BANKORGANISATIONSRECHT ALS KOORDINATIONSAUFGABE

Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht

– Susan Emmenegger –

Für Axel

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2004 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) als Habilitationsschrift angenommen. Herr Prof. Dr. Jean-Baptiste Zufferey hat ihren Fortgang durch wertvolle Denkanstösse begleitet und die Endfassung mit vorbildlicher Gründlichkeit kritisiert. Dafür danke ich ihm herzlich. Mein Dank gilt sodann Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser für das inhaltsreiche und zügig erstellte Zweitgutachten.

Der Schweizerische Nationalfonds ermöglichte mir Forschungsaufenthalte in Hamburg, Berkeley und Paris. Unter den ausländischen Betreuern gebührt besonderer Dank Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Hopt, Direktor des Max-Planck-Instituts für internationales und ausländisches Privatrecht, Hamburg. Er gewährte mir nicht nur das Gastrecht, sondern gab mir auch wichtige fachliche Impulse.

Den Kolleginnen und Kollegen der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg danke ich für die Nominierung der Arbeit als Jubiläumsbeitrag für die Reihe „Hundert Jahre Abhandlungen zum schweizerischen Recht". Danken möchte ich insbesondere auch Alexandra Rumo-Jungo, Peter Gauch und Hubert Stöckli. Sie haben mich zur Rückkehr an die Universität bewogen und mir den Einstieg leicht gemacht.

Viele praktische Hinweise verdanke ich den ehemaligen Kolleginnen und Kollegen von der Eidgenössischen Bankenkommission, die mir wertvolle Diskussionspartnerinnen und -partner waren. Meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Lehrstuhl, Susanne Heiniger, Hubertus Hillerström, Sibylle Furlenmeier, Christoph Rohrer, Martin Hofer und Zulema Omlin, danke ich für die Unterstützung bei den Recherchearbeiten und für die Durchsicht von Teilen des Manuskripts.

Gewidmet ist das Buch Axel Tschentscher. Danke für alles.

Freiburg, im Juli 2004 Susan Emmenegger

INHALTSÜBERSICHT

Einleitung

I. Bankrecht als Untersuchungsgegenstand 1
II. Methodik und Gang der Untersuchung 2
III. Hypothesen und Ausblick 5

Erster Teil: Grundfragen der Koordination von Privatrecht und Öffentlichem Recht

I. Privatrecht und öffentliches Recht – Teilrechtsordnungen im Wandel 7
II. Neuere Ansätze zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen den Teilrechtsordnungen 25
III. Ergebnisse des Ersten Teils 46

Zweiter Teil: Bausteine einer allgemeinen Rechtsdogmatik der Auffangfunktionen (Koordinationsdogmatik)

I. Begriff, Aufgaben und Ziele 50
II. Lösungsansätze im positiven Recht 62
III. Systematik der Normrelationen als koordinationsdogmatischer Lösungsansatz 87
IV. Ergebnisse des Zweiten Teils 120

Dritter Teil: Koordination von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht

I. Bankorganisationsrecht als koordinationsbedürftige Materie 122
II. Die bankengesetzliche Spezialität als primäres Koordinationsprinzip 162
III. Weitere Koordinationsprinzipien 198
IV. Ergebnisse des Dritten Teils 203

Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

I. Die Organisation der Unternehmensleitung 206
II. Die Verantwortlichkeit der Organe 223
III. Die Rechnungslegung 258
IV. Das Bankkonzernrecht 308
V. Die Prüfung (Revision) 329

Ergebnisse

I. Die Einzelergebnisse im Überblick 391
II. Übergreifende Ergebnisse und Perspektiven 399

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG

I. Bankrecht als Untersuchungsgegenstand ... 1

II. Methodik und Gang der Untersuchung ... 2

III. Hypothesen und Ausblick ... 5

ERSTER TEIL: GRUNDFRAGEN DER KOORDINATION VON PRIVATRECHT UND ÖFFENTLICHEM RECHT

I. Privatrecht und öffentliches Recht – Teilrechtsordnungen im Wandel ... 7

1. Der formelle Wandel – Abwechselnder Bedeutungsvorrang ... 8
   a) Die Entstehung der Dichotomie ... 9
   b) Das Primat des Privatrechts (liberaler Rechtsstaat) ... 10
   c) Die Rückkehr des Staatlichen (Sozialstaat) ... 11
   d) Die Wiederentdeckung des Privatrechts (Risikostaat) ... 13
   e) Erneute Trendwende? ... 15
   f) Fazit: Historische Kontingenz des Kräfteverhältnisses zwischen den Teilrechtsordnungen ... 16
2. Der materielle Wandel – gegenseitige Öffnung der Teilrechtsordnungen ... 16
   a) Die Prinzipien des Privatrechts und ihre Relativierung ... 17
   b) Die Prinzipien des öffentlichen Rechts und ihre Relativierung ... 20
   c) Objektorientierte Gesetzgebung als weitere Relativierung ... 21
   d) Fazit: Beliebigkeit des Handlungsarsenals ... 22
3. Zwischenergebnis ... 23

II. Neuere Ansätze zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen den Teilrechtsordnungen ... 25

1. Die Renaissance der „Einheit der Rechtsordnung“ ... 26
2. Ein differenziertes Gemeinrecht? ... 29
3. Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen ... 31
4. Typologie der Auffangrelationen ... 34
   a) Typologie der „Bauformen“ eines Rechts der Auffangvorgänge ... 34
      aa) Privatrechtsgestaltende Verfügung ... 34
      bb) Gestufte Steuerungsvorgaben ... 35
      cc) Autonome Systeme kollektiver Aufgabenerfüllung ... 36
      dd) Organisationszwang ... 37

b) Typologie der Normrelationen ... 38
aa) Indizierung ... 39
bb) Synchronisierung ... 40
cc) Evozierung ... 41
dd) Autonomie ... 41
c) Typologie der Verbindungsebenen ... 43
aa) Verbindung der Systemgedanken ... 43
bb) Verbindung von Einzelnormierungen ... 43
5. Zwischenergebnis ... 44

III. Ergebnisse des Ersten Teils ... 46

ZWEITER TEIL: BAUSTEINE EINER ALLGEMEINEN RECHTSDOGMATIK DER AUFFANGFUNKTIONEN (KOORDINATIONSDOGMATIK)

I. Begriff, Aufgaben und Ziele ... 50
1. Zum Begriff der Koordinationsdogmatik ... 51
a) Die drei Dimensionen der Koordinationsdogmatik ... 52
b) Die analytische Dimension: Konsistenz und Kohärenz ... 53
2. Die Aufgaben der Koordinationsdogmatik ... 54
a) Rechtsgewinnungsfunktion ... 54
b) Systematisierungsfunktion ... 55
c) Kontrollfunktion ... 55
3. Die Ziele der Koordination ... 56
a) Komplementarität und Substitution ... 56
b) Subsidiarität als Sonderfall ... 59
c) Effizienz und Effektivität ... 60
d) Kompatibilität und Konkordanz ... 60
4. Zwischenergebnis ... 61

II. Lösungsansätze im positiven Recht ... 62
1. Koordinationsbeiträge der Verfassungsrechtsdogmatik ... 62
a) Gestaltungsspielraum bei der Instrumentenwahl ... 63
aa) Förderative Vorgaben ... 63
bb) Präklusionswirkung durch genuine Staatsaufgaben? ... 63
cc) Vorrang der Selbstregulierung (Subsidiaritätsprinzip)? ... 65
b) Rahmenbedingungen des Instrumenteneinsatzes ... 67
aa) Legalitätsprinzip ... 68
bb) Funktionale Geltung der Grundrechte und Verfassungsprinzipien ... 70
cc) Übermassverbot (Schutz der Privatautonomie) ... 71
dd) Untermassverbot (staatliche Reserveverantwortung) ... 72
ee) Weitere Rahmenbedingungen ... 73
c) Fazit ... 74
2. Koordinationsbeiträge des einfachen Gesetzesrechts ... 74
a) Förderative Koordination (Art. 6 ZGB) ... 75

b) Intertemporale Koordination (Art. 60 SchlT ZGB) ... 76
c) Organisationsrechtliche Koordination ... 77
d) Weitere Einzelnormierungen ... 79
e) Fazit ... 81
3. Koordination durch allgemeine Rechtsetzungsziele? ... 82
a) Effektivität als Rechtsprinzip? ... 82
b) Effizienz als Rechtsprinzip? ... 83
c) Fazit ... 85
4. Zwischenergebnis ... 85

III. Systematik der Normrelationen als koordinations-dogmatischer Lösungsansatz ... 87

1. Begrenzte Tragweite der Vorrangregeln ... 88
a) Hierarchisierung (*lex superior*) ... 89
b) Spezialisierung (*lex specialis*) ... 90
c) Temporalisierung (*lex posterior*) ... 91
d) Fazit ... 93
2. Koordination durch formelle Normrelation ... 94
a) Arten der Normenkonkurrenz ... 94
aa) Rechtsfolgenwiderspruch ... 94
bb) Rechtsfolgendivergenz ... 95
cc) Rechtsfolgenidentität ... 96
b) Mögliche Folgen der Normenkonkurrenz ... 96
aa) Kumulation ... 96
bb) Alternativität ... 96
cc) Derogation ... 97
dd) Neutralisierung ... 97
c) Differenzierte Zuordnung von Arten und Folgen der Normenkonkurrenz ... 97
aa) Zuordnung bei Rechtsfolgenwiderspruch ... 97
bb) Zuordnung bei Rechtsfolgendivergenz ... 98
cc) Zuordnung bei Rechtsfolgenidentität ... 100
d) Fazit ... 101
3. Koordination durch materielle Normrelation ... 102
a) Begriffsparallelisierung ... 102
aa) Vermutung der kongruenten Bedeutungsinhalte ... 103
bb) Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität ... 104
b) Regelungsparallelisierung ... 105
aa) Begriff der Regelungsparallelisierung ... 105
bb) Vermutung der Regelungsadäquanz der Parallelregelung ... 106
cc) Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität ... 107

c) Verweisung ... 108
aa) Begriff der Verweisung ... 108
bb) Vermutung der Regelungsadäquanz der Referenzordnung ... 109
cc) Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität ... 110
d) Generalklausel ... 111
aa) Begriff der Generalklausel ... 111
bb) Vermutung der Regelungsadäquanz ... 112
cc) Vorbehalt der Systemkompatibilität ... 112
e) Fazit ... 113
4. Koordination durch allgemeine Rationalitätskriterien ... 114
a) Systemabstimmungsgebot (Kohärenz) ... 114
aa) Einbezug teilrechtsfremder Lösungsansätze ... 115
bb) Vermeidung dysfunktionaler Blockaden im anderen Teilrechtsgebiet ... 115
cc) Beispiele ... 115
b) Vorbehalt der Systemkompatibilität (Konsistenz) ... 117
5. Prüfungsfolge zur Systematik der Normrelationen ... 118
6. Zwischenergebnis ... 119

IV. Ergebnisse des Zweiten Teils ... 120

DRITTER TEIL: KOORDINATION VON BANKAUFSICHTSRECHT UND AKTIENRECHT

I. Bankorganisationsrecht als koordinationsbedürftige Materie ... 122
1. Wechselbezug im Gesetzgebungsprozess ... 122
a) Historische Verflechtung von Bank- und Aktienwesen ... 123
b) Stufenweise Regulierung ... 124
c) Modellfunktion des Aktienrechts für die Bankengesetzgebung ... 127
d) Wechselseitige Entlastung als Koordinationsstrategie ... 128
2. Das Organisationsrecht der Banken als Koordinationsmaterie ... 130
a) Überschneidung der Regelungsmaterien (Regelungskonkurrenz) ... 131
b) Überschneidung einzelner Regelungen (Normenkonkurrenz) ... 131
aa) Rechtsfolgenwiderspruch ... 132
bb) Rechtsfolgendivergenz ... 132
cc) Rechtsfolgenidentität ... 134
c) Überschneidung der Schutzziele (Zielkonkurrenz) ... 135
aa) Gläubigerschutz als gemeinsame Schutzkategorie ... 135
bb) Funktionsschutz als kongruente Schutzkategorie ... 138
cc) Keine Überschneidung bei den internen Schutzzielen und beim Schutz der *stakeholders* ... 143
d) Fazit ... 145

3. Diskussionsstand zur Koordination von Bankengesetz und Aktienrecht ... 146
a) Die gesetzliche Koordinationsregel im Obligationenrecht von 1936 ... 147
b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ... 148
c) Die Doktrin ... 149
d) Die Praxis der Aufsichtsbehörde ... 150
e) Würdigung ... 152
4. Unverminderte Aktualität der Koordinationsfrage ... 153
a) Bankinsolvenzrecht ... 153
b) Finanzmarktaufsichtsgesetz ... 155
c) Fusionsgesetz ... 156
d) Rechnungslegungsgesetz ... 157
e) Revision (Prüfung) ... 158
f) Neuerungen im Aktienrecht ... 159
g) Fazit ... 160
5. Zwischenergebnis ... 161

II. Die bankengesetzliche Spezialität als primäres Koordinationsprinzip ... 162

1. Einzelaspekte der bankengesetzlichen Spezialität ... 162
a) Keine *lex specialis* im Sinne der Methodenlehre ... 162
aa) Überschneidungs- statt Deckungsverhältnis ... 162
bb) Bankengesetzliche Spezialität als atypische Spezialität ... 163
b) Formelle und materielle bankengesetzliche Spezialität ... 164
c) Echte und unechte Spezialität ... 165
d) Absolute und relativierte Spezialität ... 165
e) Fazit ... 166
2. Die formelle bankengesetzliche Spezialität ... 167
a) Vorrang *qua* Gesetzesregelung? (Art. 16 SchlÜB OR 1936) ... 167
b) Vorrang *qua* Normstruktur? ... 168
c) Vorrang als Auslegungsergebnis ... 169
aa) Wortlaut ... 170
bb) Historie ... 170
cc) Systematik ... 170
dd) Teleologie ... 173
ee) Kombination der einzelnen Auslegungsergebnisse ... 175
ff) Fazit ... 176
d) Vorrang nur bei Anwendbarkeit der bankengesetzlichen Norm ... 177
e) Vorrangdurchbrechung bei Rechtsänderung? ... 179
f) Fazit ... 181
3. Die materielle bankengesetzliche Spezialität ... 181
a) Absolute materielle Spezialität? ... 181
b) Relativierte materielle Spezialität ... 183

c) Formen der Relativierung ... 185
aa) Begriffsparallelisierung ... 185
bb) Regelungsparallelisierung ... 186
cc) Verweisung ... 188
dd) Einstrahlung durch Generalklauseln ... 189
ee) Fazit ... 189
d) Schranken der Relativierung – Der Vorbehalt der Systemkompatibilität ... 189
aa) Intensivierter Schutzauftrag des Bankengesetzes ... 190
bb) Operative Besonderheit des Bankgeschäfts ... 190
cc) Fazit ... 191
e) Relativierung bei Rechtsänderung – Reflexwirkungen von Novellierungen im Aktienrecht ... 191
aa) Neues Aktienrecht im Bereich bankengesetzlicher Verweisung ... 192
bb) Neues Aktienrecht als Auslegungsdeterminante ... 192
cc) Neues Aktienrecht als lückenfüllende Analogienorm ... 193
f) Fazit ... 196
4. Bankengesetzliche Spezialität als differenzierte Spezialität ... 196

III. Weitere Koordinationsprinzipien ... 198
1. Systemabstimmung (Kohärenz) ... 198
a) Vermeidung von Inhaltswidersprüchen ... 199
b) Vermeidung dysfunktionaler Blockaden ... 200
c) Fazit ... 201
2. Integrität der Teilrechtsordnungen (Konsistenz) ... 201

IV. Ergebnisse des Dritten Teils ... 203

VIERTER TEIL: EINZELNE AUFFANGRELATIONEN

I. Die Organisation der Unternehmensleitung ... 206
1. Die Aufgaben des Bank-Verwaltungsrats als Koordinationsfrage ... 206
a) Die Regelung im Aktienrecht ... 206
b) Die Regelung im Bankengesetz ... 208
2. Meinungsstand zur Normrelation ... 208
a) Bankengesetz und altes Aktienrecht ... 208
b) Bankengesetz und neues Aktienrecht ... 210
c) Fazit ... 211
3. Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialität ... 211
a) Das Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage (absolute formelle Spezialität) ... 211

b) Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts (relativierte materielle Spezialität) ... 212
aa) Inhaltliche Verknüpfung *qua* Generalklausel ... 212
bb) Vermutung der Regelungsadäquanz des Aktienrechts ... 213
cc) Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität ... 213
c) Fazit ... 215
4. Einzelfragen der Koordination ... 215
a) Verwaltungsrat und Generalversammlung: Bankengesetzlicher Autonomiebereich ... 215
aa) Derogative Wirkung der bankengesetzlichen Gewaltentrennung ... 215
bb) Folgen für die statutarische Verfassung der Bank-Aktiengesellschaft ... 216
b) Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Aktienrechtliche Kernaufgaben als Kompetenzobergrenze des Bankverwaltungsrats? ... 217
aa) Kein Gebot der Koordinationsdogmatik ... 217
bb) Kein Gebot des Aufsichtsrechts (Bankengesetzlicher Organisationsspielraum) ... 218
cc) Fazit ... 219
c) Personalkompetenz des Verwaltungsrats und Vorbehalt der Systemkompatibilität ... 219
aa) Ausnahmeregelung zugunsten der Banken ... 220
bb) Fehlende Rechtfertigung unter der Koordinationsperspektive ... 220
5. Ergebnis zur Organisation der Unternehmensleitung ... 222

II. Die Verantwortlichkeit der Organe ... 223

1. Meinungsstand zur Normrelation ... 224
a) Bankengesetz und altes Aktienrecht ... 225
b) Bankengesetz und neues Aktienrecht ... 225
aa) „Easy Cases“: Kodifikation der geltenden Praxis ... 226
bb) „Hard Cases“: Aktienrechtliche Neuordnung ... 226
c) Fazit ... 228
2. Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialität ... 229
a) Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage (absolute formelle Spezialität) ... 229
b) Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts (relativierte materielle Spezialität) ... 231
aa) Inhaltliche Verknüpfung *qua* Regelungsparallelisierung ... 231
bb) Vermutung der Regelungsadäquanz des Aktienrechts ... 232
cc) Vorbehalt der Systemkompatibilität ... 233
c) Fazit ... 234
3. Einzelfragen der Koordination ... 234
a) Haftung bei Kapitalerhöhung ... 234
b) Prospekthaftung für „andere Titel“ ... 236
c) Haftung bei befugter Delegation ... 238

d) Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle ... 241
aa) Historie ... 242
bb) Teleologie ... 245
cc) Fazit: Art. 41 BankG als Haftungsnorm ... 246
e) Ansprüche aus Gesellschaftsschaden (Kostentragungsregel) ... 246
f) Solidarität ... 248
aa) Differenzierte Solidarität ... 249
bb) Einheitsprozess ... 251
4. Ergebnis zur Verantwortlichkeit der Organe ... 253
5. Neuregelung der Organhaftung ... 254

III. Die Rechnungslegung ... 258
1. Das System der Rechnungslegung im Bankengesetz ... 258
a) Bankautonomer Bereich ... 259
b) Verweisung auf das Aktienrecht ... 260
c) Zukünftige Neuregelungen ... 261
2. Meinungsstand zur Normrelation ... 264
a) Besonderheit: Novellierung des Aufsichtsrechts ... 264
aa) Ausbau der aktienrechtlichen Rechnungslegung (1991) ... 264
bb) Bankengesetzliche Anknüpfung an die aktienrechtliche Neuordnung (1994) ... 265
b) EBK-Praxis: Aktienrecht als Mindeststandard ... 267
aa) Grundzüge ... 267
bb) Kritik am Modell des Mindeststandards ... 268
cc) Unvereinbarkeit mit der Neuregelung (RRG) ... 268
c) Fazit ... 269
3. Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialität ... 269
a) Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage (absolute formelle Spezialität) ... 270
aa) Regelungsanspruch auch im Verweisungsbereich ... 270
bb) Umfassender Regelungsanspruch? ... 271
cc) Zukünftige Neuregelung (RRG) ... 272
dd) Fazit ... 272
b) Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts (relativierte materielle Spezialität) ... 273
aa) Inhaltliche Verkoppelung *qua* Verweisung ... 273
bb) Vermutung der bilanziellen Regelungsadäquanz des Aktienrechts ... 273
cc) Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität ... 274
dd) Zukünftige Neuregelung (RRG) ... 274
c) Fazit ... 275

4. Einzelfragen der Koordination im Bereich der Rechnungslegung 275
a) Internationale Rechnungslegung 276
aa) Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts 276
bb) Zulässigkeit der Sonderregelung? 278
cc) Zukünftige Neuregelung 279
dd) Fazit 281
b) Elemente der Jahresrechnung (Mittelflussrechnung) 281
aa) Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts 282
bb) Zulässigkeit der Sonderregelung? 282
cc) Zukünftige Neuregelung 284
dd) Fazit 285
c) Stille Reserven 285
aa) Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts 286
bb) Zulässigkeit der Sonderregelung? 287
cc) Zukünftige Neuregelung 293
dd) Fazit 294
d) Übrige Bewertungsvorschriften 294
aa) Beteiligungen (665a OR) 295
bb) Vorräte (Art. 666 OR) 297
cc) Wertschriften (Art. 667 OR) 298
dd) Zukünftige Neuregelung 299
ee) Fazit 301
e) Beteiligungspublizität 301
aa) Bundesgerichtliche Rechtsprechung 302
bb) Kritik 303
cc) Koordinationsdogmatischer Lösungsansatz 304
dd) Zukünftige Neuregelung (RRG) 306
ee) Fazit 306
5. Ergebnis zur Rechnungslegung 306

IV. Das Bankkonzernrecht 308

1. Begriffsparallelisierung als Koordinationsmodell im Bankkonzernrecht? 308
a) Zentralkriterien im Aktienrecht 309
aa) Leitungsprinzip (Rechnungslegung) 309
bb) Eingeschränktes Control-Prinzip (wechselseitige Beteiligung) 310
cc) Zukünftige Neuregelung 311
dd) Fazit 312
b) Zentralkriterien im Bankaufsichtsrecht 312
aa) Control-Prinzip (Rechnungslegung) 312
bb) Erweitertes Control-Prinzip (Eigenmittel, Risikoverteilung) 313
cc) Zukünftige Neuregelung 315
c) Fazit 316
2. Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialität ... 316
a) Geltungsvorrang des Bankaufsichtsrechts (absolute formelle Spezialität) 316

b) Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts (relativierte materielle Spezialität) ... 317
aa) Parallelität im Regulierungsfokus ... 317
bb) Schutzlücke beim Gleichordnungskonzern ... 319
cc) Schliessung der Regelungslücke durch analoge Anwendung des Aktienrechts ... 320
c) Fazit ... 321
3. Einzelfragen der Koordination: Systemabstimmung bei der Weisungsbefugnis der Konzernleitung ... 322
a) Aufsichtsrechtliche Rahmenordnung ... 323
aa) Grundsatz der „tatsächlichen Leitung von der Schweiz aus" ... 323
bb) Ausnahme: Weisung im Rahmen der Konzernsteuerung ... 323
b) Abstimmung mit den gesellschaftsrechtlichen Weisungsschranken ... 324
c) Aufsichtsrechtliche Konkretisierung der Weisungsschranken ... 325
d) Rückwirkungen auf das allgemeine Konzernrecht ... 326
e) Fazit ... 327
4. Ergebnis zum Bankkonzernrecht ... 327

V. Die Prüfung (Revision) ... 329

1. Aktienrechtliche und bankengesetzliche Revisionsstellen im Überblick ... 329
a) Die Interne Revision ... 329
b) Die externe bankengesetzliche Revisionsstelle ... 330
aa) Aktuelle Rechtslage ... 331
bb) Zukünftige Neuregelung ... 332
c) Die externe aktienrechtliche Revisionsstelle ... 332
aa) Aktuelle Rechtslage ... 333
bb) Zukünftige Neuregelung ... 333
d) Zulässigkeit der Personalunion zwischen den verschiedenen Revisionsstellen ... 334
2. Gesetzliche Aufgaben und resultierender Koordinationsbedarf ... 335
a) Aufgaben der Internen Revision ... 336
b) Aufgaben der aktienrechtlichen Revisionsstelle ... 337
aa) Prüfungsinstanz ... 337
bb) Alarminstanz ... 339
cc) Mitwirkungsinstanz ... 339
dd) Subsidiäre Exekutivinstanz ... 339
ee) Zukünftige Neuregelung ... 340
c) Aufgaben der bankengesetzlichen Revisionsstelle ... 340
aa) Prüfungsinstanz ... 340
bb) Alarminstanz ... 342
cc) Unterstützende Aufsichtsinstanz ... 342
dd) Zukünftige Neuregelung ... 343

d) Resultierender Koordinationsbedarf ... 345
aa) Exklusive Bereiche ... 345
bb) Überschneidung bei der Alarmfunktion? ... 347
cc) Überschneidung bei den besonderen Prüfungshandlungen? ... 349
dd) Koordinationsbedürftige Überschneidungsbereiche: Abschluss- und Kapitalherabsetzungsprüfung, Überschuldungsmeldung ... 350
e) Fazit ... 351
3. Koordination bei der Abschlussprüfung ... 352
a) Prüfungsverfahren ... 352
aa) Regelfall der Derogation (absolute formelle Spezialität) ... 353
bb) Ausnahme der Kumulation (relativierte formelle Spezialität) ... 353
cc) Fazit: Systemabstimmung als Korrekturprinzip ... 355
b) Prüfungsmassstab ... 356
c) Fachkompetenz ... 357
d) Gegenseitige Verwendung von Prüfungsergebnissen? ... 358
e) Zukünftige Neuregelung ... 361
f) Fazit ... 362
4. Koordination bei der Kapitalherabsetzungsprüfung ... 363
a) Das System der Kapitalherabsetzung im Bankengesetz ... 364
aa) Regulatives Wechselspiel im Gesetzgebungsprozess ... 364
bb) Resultierender Koordinationsbedarf ... 367
b) Die Revision bei deklarativer Kapitalherabsetzung ... 368
aa) Angemessenheit des aktienrechtlichen Gläubigerschutzes ... 369
bb) Bankengesetzlicher Prüfungsmassstab ... 370
cc) Prüfungskompetenz der aktienrechtlichen Revisionsstelle ... 372
c) Die Revision bei konstitutiver Kapitalherabsetzung ... 372
aa) Kumulative Anwendung von Bankengesetz und Aktienrecht? ... 373
bb) Atypische Mitwirkungspflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle ... 373
cc) Prüfungsmassstab ... 375
d) Fazit ... 375
5. Koordination der Verantwortlichkeitsregeln ... 376
a) Haftungsprivileg als Koordinationsproblem ... 378
aa) Grundsätzliches zu den Haftungsmodalitäten ... 379
bb) Die Haftungsmodalitäten im Einzelnen ... 380
b) Lösung nach bisherigem Revisorenhaftungsrecht ... 384
c) Lösung nach aktuellem Prüferhaftungsrecht ... 386
d) Funktionsdifferenzierte Haftung bei Personalunion ... 388
e) Fazit ... 389
6. Ergebnis zum Revisionsrecht ... 389

ERGEBNISSE 391

I. Die Einzelergebnisse im Überblick 391
Erster Teil: Grundlagen der Koordination 391
Zweiter Teil: Allgemeine Koordinationsdogmatik 392
Dritter Teil: Bankrechtliche Koordinationsdogmatik 394
Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen 396

II. Übergreifende Ergebnisse und Perspektiven 399
1. Differenzierte Spezialität als Element der Koordinationsdogmatik 399
2. Tragfähigkeit des Konzepts der Auffangrelationen 400
3. Exemplarische Bedeutung der bankrechtlichen Koordination 402

LITERATURVERZEICHNIS 405

SACHVERZEICHNIS 441

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a	alt
A.A. / a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
ABl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.3.1874
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Deutschland)
AFG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds
AG	Aktiengesellschaft / Die Aktiengesellschaft (Deutschland)
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	BG vom 26. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (Deutschland)
AktR	Aktienrecht
Allg.	Allgemein
AlVG	BG vom 25. Juli 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung
a.M.	am Main
Amtl.	Amtlich
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Deutschland)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie; vorher Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Deutschland)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen.
AT	Allgemeiner Teil
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000.
Aufl.	Auflage
Bank-AGs	Bank-Aktiengesellschaften

BankG	BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen
BankV	Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen
BB	Der Betriebs-Berater (Deutschland)
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BEHG	BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel
BEHV	Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel
betr.	betreffend
BF	Bank- und Finanzmarktrecht. Regulierung und Selbstregulierung der Banken, Börsen, Effektenhändler, Anlagefonds und Finanzmärkte in der Schweiz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Bundesgerichtsentscheid. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung.
BGer	Bundesgericht
BGRB	BG vom 10. Oktober 1997 über die Rüstungsunternehmen des Bundes
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BoeB	BG vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen.
BR	Baurecht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CO	code des obligations suisse = OR
CO_2G	BG vom 8. Oktober 1999 über die Reduktion der CO2-Emission
CS	Credit Suisse
D. (Dig.)	Digesten
DB	Der Betrieb (Deutschland)
d.h.	das heisst
DBW	Die Betriebswirtschaft (Deutschland)
ders.	derselbe (Autor)

Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Deutschland)
DSG	BG vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz
E-	Entwurf
E-BankG	Entwurf für eine Änderung des Bankengesetzes, Botschaft vom 20. November 2002, BBl 2003, 8060 ff.
E-RAG	Entwurf eines Bundesgesetzes über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG), Botschaft vom 23. Juni 2004, BBl 2004, 3969 ff., 4139 ff.
E-OR RevR	Entwurf für eine Änderung des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), Botschaft vom 23. Juni 2004, BBl 2004, 3969 ff., 4117 ff.
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EBK-Bull.	Bulletin der Eidgenössischen Bankenkommission
EBK-RS	Rundschreiben der eidgenössischen Bankenkommission
ed.	Edition (Ausgabe)
EDMZ	Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale (neu: Bundesamt für Bauten und Logistik, BBL)
EG	Europäische Gemeinschaft
EHG	BG vom 28. März 1905 über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post
Eidg. / eidg.	Eidgenossenschaft/Eidgenössisch
Einl.	Einleitung
EMG	Elektrizitätsmarktgesetz (abgelehnt per Volksentscheid am 22. September 2002)
endg.	endgültig
EnG	Energiegesetz vom 26. Juni 1998
etc.	et cetera = und so weiter
EU	Europäische Union
e.V.	Eingetragener Verein
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f. (ff.)	folgende Seite(n)
FASB	Financial Accounting Standards Board

FER	Fachkommission für Rechnungslegung
FIN	FASB Interpretation(s)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	BG über die Finanzmarktaufsicht (Vorentwurf vom 7. Juli 2003).
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FusG	Entwurf vom 21. März 2001 BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz)
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
Gl.	Gleiche/Gleicher
GlG	BG über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995
GmbH	Gesellschaft mit begrenzter Haftung
GstG	BG vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen
GV	Generalversammlung
GwG	BG vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
HGer	Handelsgericht
HPG	Haftpflichtgesetz. Vorentwurf für ein BG über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937
Hrsg.	Herausgeber
HWP	Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfer
IAS	International Accounting Standard(s)
IASB	International Accounting Standard Board
id.	idem = gleich
i.e.S.	im engeren Sinne
IFRIC	International Financial Reporting Interpretations Committee
IFRS	International Financial Reporting Standards
insb.	insbesondere
IOSCO	International Organization of Securities Commissions

IVG	BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung
i.V.m.	in Verbindung mit
IVV	Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung
IWIR	Insolvenz- und Wirtschaftsrecht
Jhd.	Jahrhundert
Jur.	Juristisch
JuS	Juristische Schulung (Deutschland)
JZ	Juristenzeitung (Deutschland)
KG	BG vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen
KIG	BG vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten
KMU	Kleine und Mittlere Unternehmen
KOM	Kommissionsdokumente (EU)
Komm.	Kommentar
KR	Kotierungsreglement der Schweizer Börse SWX
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Deutschland)
KWG	Kreditwesengesetz (Deutschland)
LG	Landesgericht
LwG	Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998
lit.	litera = Buchstabe
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.z.N.	mit zahlreichen Nachweisen
Mio.	Million/en
MüKo	Münchner Kommentar
N	Note
NFA	Nationaler Finanzausgleich
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Deutschland)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer	Obergericht
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30.3.1911
Para.	Paragraph

PG	Postgesetz vom 30. April 1997
PrHG	BG vom 18. Juni 1993 über die Produktehaftpflicht
PÜG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Deutschland)
REPRAX	Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis
rev.	revidiert
RevV	Verordnung vom 15. Juni 1992 über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren
RHB	Revisionshandbuch der Schweiz
RiLi	Richtlinie
RMV	Rahmenmietvertrag
Rn.	Randnummer
RPG	BG vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung
RRG	Vorentwurf vom Juni 1998 zum BG über die Rechnungslegung und Revision
RRV-EBK	Richtlinien der EBK zu den Rechnungslegungsvorschriften der Art. 23 bis 27 BankV vom 14. Dezember 1994 (zuletzt revidiert 2002)
RS	Rundschreiben
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SA	Société anonyme
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (seit 1990 SZW)
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SchKG	BG vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs
SchlT/ZBG	Schlusstitel zum ZGB
SchlÜB	Schluss- und Übergangsbestimmungen zu den Titeln XXIV-XXXIII des OR.
SEC	Securities and Exchange Commission
SemJud	La semaine judiciaire
SFAS	Statement(s) of Financial Accounting Standards
SFCA	Statement(s) of Financial Accounting Concepts
SIC	Swiss Interbank Clearing

sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SJ	La semaine judiciaire
SJV	Schweizerischer Juristenverein, Referate und Mitteilungen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SKA	Schweizerische Kreditanstalt (neu CS)
sog.	sogenannt
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Kommentar)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder
Sten. Bull. NR	Amtliches stenographisches Bulletin des Nationalrates
Sten.Bull. StR	Amtliches stenographisches Bulletin des Ständerates
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937
SVR	Sozialversicherungsrecht
SWX	Schweizer Börse
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (bis 1989 SAG)
Teilbd.	Teilband
TF	Tribunal Fédéral
u.a.	und andere(s); unter anderem (anderen)
Univ.	Universität
u.v.m.	und vieles mehr
URG	BG vom 7. Dezember 1922 über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst
URP	Umweltrecht in der Praxis
Urt.	Urteil
US	United States
USA	United States of America
USG	BG vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz
UVEK	Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UWG	BG vom 19.12.1986 gegen den unlauteren Wettbewerb
V	Verordnung
v.a.	vor allem
VAG	BG vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
VE	Vorentwurf

VG	BG vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten
vgl.	vergleiche
VOC	Flüchtige organische Verbindungen
VOCV	Verordnung über die Lenkungsabgabe auf flüchtigen organischen Verbindungen vom 12. November 1997
vol.	volume
Vorb.	Vorbemerkungen
VR	Verwaltungsrat
VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 2. Dezember 2002
VV	Vollziehungsverordnung
VVG	BG vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag
VVStL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Deutschland)
VwVG	BG vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren
VZA	Vorentwurf vom Juni 1998 über eine Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern
WM	Wertpapier-Mitteilungen; Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (ab 1947) (Deutschland)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Deutschland)
WuR	Wirtschaft und Recht
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (Deutschland)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (Deutschland)
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (Deutschland)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Deutschland)
ZH	Zürich
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Deutschland)

Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
zugl.	zugleich

EINLEITUNG

Mit dem Dualismus von Privatrecht und öffentlichem Recht knüpft die schweizerische Rechtsordnung an eine Tradition an, die ihr nicht nur Vorteile bringt. In der rechtssystematischen Bilanz kann die Gewinnspalte zwar ein hohes Niveau an teilrechtsspezifischer Grundsatzbildung verbuchen. Gleichzeitig weist die Verlustspalte aber Abstimmungsprobleme auf, wo immer sich private und öffentlich-rechtliche Teilrechtsordnung überlagern. Die dadurch ausgelösten Koordinationsaufgaben stellen sich bereits in den Kerngebieten des Privatrechts, etwa wenn das ausservertragliche Haftpflichtrecht mit den Vorschriften des Sozialversicherungsrechts oder das Vertragsrecht mit dem Steuerrecht abgestimmt werden müssen[1]. Ausgeprägt ist der Koordinationsbedarf im Wirtschaftsrecht[2], denn hier ist die Gemengelage aus privatem und öffentlichem Recht geradezu Programm[3]. Das Bankrecht als Teilgebiet des Wirtschaftsrechts bildet darum in dieser Arbeit den rechtspraktischen Hintergrund, vor dem allgemeine Fragen der Koordinationsdogmatik vertieft werden.

I. Bankrecht als Untersuchungsgegenstand

Das Bankengesetz unterwirft die im Bankgeschäft tätigen Unternehmen einer staatlichen Aufsicht, es lässt ihnen aber bei der Wahl der Rechtsform einen weit gehenden Gestaltungsspielraum. Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft. Das Aktienrecht ist vorrangig Innenorganisationsrecht; es enthält Regeln über die Organisation und die Verhaltensweisen im Verband. Das Bankengesetz ist vorrangig Aussenrecht; es bildet die aufsichtsrechtlich kontrollierte Rahmenordnung für eine spezifische Geschäftstätigkeit und stellt nur punktuelle Anforderungen an die innere Verfasstheit der Unternehmen. Wo allerdings das Bankengesetz zur Wahrnehmung seiner Funktionen auf Organisationsregeln setzt, die gleichzeitig zum üblichen Kanon des Aktienrechts gehören, kommt es zu einer Konkurrenz zwischen den Teilrechtsordnungen, wird mithin für die Dogmatik des Wirtschaftsrechts eine Koordinationsauf-

---

1 Vgl. hierzu die Habilitationsschriften von *Rumo-Jungo,* Haftpflicht und Sozialversicherung und von *Koller*, Privatrecht und Steuerrecht.

2 Grundlegend *Schluep*, Was ist Wirtschaftsrecht?, 26 ff. Für einen neuen Definitionsversuch vgl. *Amstutz*, Evolutorisches Wirtschaftsrecht, 19.

3 Vgl. etwa *Meier-Schatz*, ZSR 101 I (1982), 304 f.

gabe gestellt. Der Bewältigung dieser Aufgabe bedarf es heute dringlicher denn je: Einerseits zeichnet sich im öffentlich-rechtlichen Bereich die Neuordnung der Finanzmarktaufsicht ab; andererseits entsteht im Privatrecht ein neues Fusionsgesetz, ein neues Rechnungslegungsgesetz und ein nach „Corporate Governance"-Gesichtspunkten modernisiertes Gesellschaftsrecht. Als Koordinationsaufgabe *de lege lata* ist sodann das Recht der Publikumsgesellschaft hervorzuheben.

Wer Bankengesetz und Aktienrecht auch nur in Einzelkonstellationen interpretativ aufeinander abstimmen will, stösst sofort auf Probleme grundsätzlicher Art: Wie verhalten sich Aufsichtsrecht und Gesellschaftsrecht zueinander? Welches Verhältnis besteht überhaupt zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht? Folgt die Beziehung zwischen den Teilrechtsordnungen nach wie vor denselben Abgrenzungs- und Vorrangprinzipien, die bei der Entstehung der Gesetzesmaterien gegolten haben? Ist der Gesetzgeber in der Verhältnisbestimmung gänzlich frei, oder unterliegt er auch in Koordinationsfragen verfassungsrechtlichen Vorgaben?

Um solche Fragen beantworten und die Koordinationsaufgabe im Bankrecht fundiert bewältigen zu können, muss ein weiter Bogen geschlagen werden, der die allgemeinen Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts mit einschliesst. Das Bankorganisationsrecht als Teilgebiet des Bankrechts ist dafür nur der rechtspraktische Ausgangspunkt, in dem die Fragen gestellt und die Antworten einer Bewährungsprobe unterzogen werden. Dabei bewegt sich die hier vorgeschlagene Lösung in eine Richtung, die aus der juristischen Steuerungsdiskussion stammt und von der Lehre erst in jüngerer Vergangenheit aufgegriffen wurde: die Verhältnisbestimmung von *Privatrecht und öffentlichem Recht als wechselseitige Auffangordnungen.* Diese allgemeine Lehre soll hier zu Bausteinen einer allgemeinen Koordinationsdogmatik vorangetrieben werden, um sie für Einzelfragen der Rechtsinterpretation fruchtbar zu machen.

II. Methodik und Gang der Untersuchung

Methodisch ist diese Studie ein Beitrag zur normativen Rechtswissenschaft; sie baut ganz auf den vorgegebenen rechtlichen Regelungen und vorhandenen dogmatischen Erkenntnissen auf. Anders als bei der Rechtstheorie geht es also nicht um die allgemeinen, staaten- und zeitenunabhängigen Grundlagen des Rechts; anders als bei der Rechtsphilosophie nicht um die ideen- oder dogmengeschichtliche Herleitung allgemeinster Rechtsprinzipien. Vielmehr wird sehr viel bescheidener nach der konkreten, durchaus kontin-

genten Koordination von öffentlichem und privatem Recht gefragt, wie sie derzeit nach schweizerischem Recht vorzunehmen ist. In diesem Sinne gilt: *Koordinationsdogmatik ist die Summe aller Lehrsätze zur Koordination von öffentlichem und privatem Recht.* Nur in ganz kleinen Teilen wird die rechtsdogmatische Perspektive durch den analytischen Blick der allgemeinen Rechtstheorie ergänzt, dann nämlich, wenn es um die Charakteristik von Normen und ihre Verhältnisbestimmung im Allgemeinen geht.

Das Untersuchungsprogramm, mit dem der Weg zu einer Koordinationsdogmatik des Bankrechts verfolgt wird, ist ein normativ-deduktives: es führt in vier Teilen vom Allgemeinen zum Besonderen, von den Grundfragen der Koordination zu einzelnen Lösungsvorschlägen im Referenzgebiet. Dabei bleiben auch die abstrakten Eingangskapitel stets an die konkreten Rechtsprobleme im Bankorganisationsrecht gebunden. Selbst die Ausführungen zur allgemeinen Methodenlehre rechtfertigen sich letztlich nur aus ihrer Wirkkraft für das einzelne Auslegungsproblem. So verbindet sich mit der deduktiven Entwicklung der Gedanken stets eine Inspiration, die induktiv angelegt ist, weil sie in umgekehrter Richtung beim einzelnen Rechtsproblem des Bankrechts ihren Ursprung hat und von dort aus in die allgemeine Koordinationsdogmatik vordringt.

Der Erste Teil ist den *Grundfragen der Koordination* von Privatrecht und öffentlichem Recht gewidmet, wie sie bisher von der Gesetzgebung aufgeworfen und in der Literatur und Rechtsprechung behandelt wurden. Hier finden sich die Wechselbewegungen des Zweiteilungsdogmas, seine Relativierungen und Verfestigungen. Auch ist hier der Ort, um die gegenwärtig wieder aufgelebte Rede von der „Einheit der Rechtsordnung" als eine mögliche Antwort auf Koordinationsprobleme zu untersuchen und im Ergebnis zu verwerfen. Stattdessen wird das Auffangkonzept der Steuerungsdiskussion als Ausgangspunkt für einen Lösungsansatz gewählt. Die Auffangdiskussion versteht privates und öffentliches Recht als unterschiedliche Steuerungsressourcen, die auf vielfältige Weise kombiniert werden können. Gleichzeitig entwickelt sie Typologien, mit denen die Interaktion der beiden Teilrechtsgebiete einer ersten Einteilung unterstellt werden.

Was als Aufgabe bleibt, ist die rechtsdogmatische Erfassung des Zusammenspiels, also die Entwicklung einer *allgemeinen Koordinationsdogmatik der Auffangfunktionen*. Dieser Aufgabe ist der Zweite Teil der Untersuchung gewidmet. Vorbereitend für die konkreten Abstimmungsfragen im Bankorganisationsrecht richtet sich der Blick auf das Interaktionsfeld zwischen gleichrangigem Gesetzesrecht des Bundes. In Erweiterung der bisherigen Koordinationsinstrumente wird hierzu eine *Systematik der Normrelationen*

entwickelt. Sie nimmt das Verhältnis zwischen Einzelnormen in den Blick und unterscheidet dabei zwei unterschiedliche Verbindungsebenen: Die formelle Ebene der Normenkonkurrenz und die materielle Ebene der inhaltlichen Wechselbezüge. Die im Zuge dieser Systematik wiederkehrenden Koordinationsmuster (Geltungsvermutung zugunsten der jeweils anderen Teilrechtsordnung, Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität) verdichten sich zu Koordinationsinstrumenten, mit deren Hilfe konkrete Abstimmungsfragen einer Prüfungsfolge unterzogen werden können. Ergänzt um weitere allgemeine Koordinationsgrundsätze (Vermeidung dysfunktionaler Blockaden, Wahrung der Integrität der Teilrechtsordnungen) ist so im zweiten Teil ein Fundament bereitet, um das Bankrecht aus neuer Perspektive zu untersuchen.

Der Dritte Teil widmet sich – wiederum eine Stufe konkreter – der Koordination von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht. Hier geht es darum, die zuvor entwickelten allgemeinen Koordinationsgrundsätze auf das Bankrecht als Referenzgebiet aufsichtsrechtlich durchwirkten Privatrechts zu übertragen, also eine besondere *Koordinationsdogmatik des Bankorganisationsrechts* zu entwickeln. Analog zur allgemeinen Koordinationsdogmatik wird dabei vor dem Hintergrund der historischen Entwicklungslinien besonderes Augenmerk auf die Systematik der Normrelationen gelegt, diesmal konkret in Gestalt des *differenzierten bankengesetzlichen Spezialitätsprinzips*.

Im abschliessenden und umfangreichsten Vierten Teil müssen sich die gefundenen Koordinationsprinzipien bei der Interpretation von Normen und Normgruppen als *einzelne Auffangrelationen* bewähren. Das Referenzgebiet „Bankorganisation" wird dazu in fünf praktisch wichtigen Teilbereichen anhand einzelner Koordinationsprobleme durchforstet. Allerdings geht es nicht darum, ein Handbuch des Bankorganisationsrechts zu entwerfen. Vielmehr ist der Vierte Teil perspektivisch und exemplarisch angelegt. Perspektivisch, weil er lediglich die Organisationsfragen im Überschneidungsbereich von Aktienrecht und Bankaufsichtsrecht in den Blick nimmt. Exemplarisch, weil auch der Überschneidungsbereich nicht umfassend abgehandelt wird, sondern möglichst vielfältige Anwendungsbeispiele für die bankrechtliche Koordinationsdogmatik präsentiert werden.

III. Hypothesen und Ausblick

Im Laboratorium des Bankrechts spielen sich Koordinationsexperimente ab, die für die Verhältnisbestimmung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Normierung beispielhaft sind. Wenn es also gelingt, die Figuren der Koordinationsdogmatik im Bereich des Bankrechts einer Überprüfung durch konkrete Anwendung zu unterziehen, so verspricht dies auch Erkenntnisse für parallele Abstimmungsfragen in anderen Koordinationsfeldern. An Referenzgebieten, in denen privates und öffentliches Recht zu einer koordinationsbedürftigen Gemengelage von Einzelnormen verwoben sind, fehlt es bekanntlich nicht.

Insgesamt verfolgt das Untersuchungsprogramm mit seinem besonderen Fokus auf den einzelnen Normrelationen eine dogmatische Entwicklungsrichtung, die mit Hilfe der allgemeinen Methodenlehre die Typologien der Auffangrechtsdiskussion auf die Ebene praktischer Auslegungsprobleme herunterbricht.

ERSTER TEIL
GRUNDFRAGEN DER KOORDINATION VON PRIVATRECHT UND ÖFFENTLICHEM RECHT

Beim Bankorganisationsrecht treffen Gesellschaftsrecht und Bankengesetz aufeinander. Das Gesellschaftsrecht ist Teil des Obligationenrechts, das Bankengesetz gehört zum Aufsichtsrecht. Wenn hier also die „Koordinationsfrage" gestellt wird, so ist die Untersuchung zwangsläufig eingebettet in den weiteren Gegenstand der Koordination von öffentlichem Recht und Privatrecht, wie er heute in fast allen Anwendungsbereichen der Rechtsordnung diskutiert wird. Das Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht ist dabei in mehrfacher Hinsicht in Bewegung geraten. Dies schärft den Blick für die *geschichtliche Kontingenz der Zweiteilung* des Rechts in einen privatrechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Teil. Als rechtssystematische Grundordnung verliert die Dichotomie so zunehmend an Darstellungskraft (I.). Die Entwicklung hat zu alternativen Modellansätzen der Verhältnisbestimmung geführt. Als zukunftsträchtig erweist sich dabei das Verständnis von öffentlichem und privatem Recht als unterschiedliche Steuerungsmechanismen, die auf vielfältige Weise kombiniert werden können: Die beiden Gebiete werden nicht als autarke Systeme, sondern als wechselseitige Auffangordnungen verstanden, die sich gegenseitig beeinflussen, stützen und ergänzen (II).

I. Privatrecht und öffentliches Recht – Teilrechtsordnungen im Wandel

Der Dualismus von Privatrecht und öffentlichem Recht gehört zu den Grundbestandteilen der kontinentaleuropäischen Rechtssystematik; die Darstellung der Theorien zu ihrer Abgrenzung bilden den klassischen Kern von Lehrbüchern und Kommentaren[4]. Der Blick auf die geschichtliche Entwick-

---

4 Vgl. nur *Bucher*, OR AT, 80 ff.; *Grisel*, Droit administratif suisse, 44 ff.; *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 247 ff.; *Huber*, Berner Kommentar, N 110 ff. zu Art. 6 ZGB; *Marti*, Zürcher Kommentar, N 50 ff. zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB; *Moor*, Droit administratif I, 127 ff. Zur praktischen Bedeutung siehe *Grisel*, Traité de droit administratif I, 105; *Häfelin/Müller*, Grundriss Verwaltungsrecht, Rn. 267; *Le Roy/Schoenenberger*, Introduction, 367 f.; *Marti*, Zürcher Kommentar, N 31 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB; *Moor*, Droit administratif I, 126. Als Auswahl: Gesetzge-

lung offenbart, dass sich das Kräfteverhältnis zwischen den beiden Gebieten je nach Zeitepoche anders gestaltet hat, und wir – trotz erster Umkehrreaktionen – aktuell eine Wiederentdeckung des Privatrechts erleben (1). Die Entwicklung bedeutet aber nicht eine Rückkehr zum liberalen Wirtschaftsmodell marktbestimmter Eigenlenkung, sondern die inhaltliche Umgestaltung *beider* Teilrechtsordnungen und ihre gegenseitige Öffnung (2). Die nach der Ausgangsvorstellung des 19. Jahrhunderts bestehenden Wesensmerkmale von Privatrecht und öffentlichem Recht verlieren damit zunehmend an Darstellungskraft und vermögen höchstens noch als typische Eigenschaften der Kernbereiche Gültigkeit zu beanspruchen.

1. Der formelle Wandel – Abwechselnder Bedeutungsvorrang

Bei der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht handelt es sich nicht um eine zeitlos gültige, allem Recht vorgegebene Differenzierung. Sie ist vielmehr das Ergebnis eines geschichtlichen Prozesses, der im 19. Jahrhundert die kontinental-europäischen Rechtskulturen erfasste und im liberalen Rechtsstaat seinen Höhepunkt erreichte (a). Diese erste Zeit der Zweiteilung war durch die Vormachtstellung des Privatrechts geprägt; das öffentliche Recht als Handlungsform des Staates beschränkte sich darauf, die Rahmenbedingungen der gesellschaftlichen Selbststeuerung zu garantieren (b). Die soziale Hypothek des Liberalismus führte aber schon ab den 70er Jahren desselben Jahrhunderts zur Rückkehr des Staates als sozialordnende Kraft und zur Umkehr des Primats des Privatrechts zugunsten des öffentlichen Rechts. Die Entwicklung mündete schliesslich im modernen Sozialstaat (c). Der Übergang von der Industrie- zur Risikogesellschaft und die aktuellen Deregulierungs- und Privatisierungsvorgänge firmieren dagegen unter dem Schlagwort der „Wiederentdeckung des Privatrechts" (d). Sektoriell sind gewisse Gegenbewegungen zu verzeichnen, ohne dass aber bereits von einer allgemeinen Trendwende gesprochen werden könnte (e).

---

bungskompetenz von Bund und Kantonen, anwendbare Verfahrensvorschriften, Gerichtsbarkeit, Vertragsauslegung, materielle Voraussetzungen der Haftung, Ausgestaltung des Eigentumsrechts, allgemeine Rahmenbedingungen für die Rechtsanwendung.

a) Die Entstehung der Dichotomie

Die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht findet sich bekanntlich schon im römischen Recht[5], das damit allerdings keine systematische Zweiteilung des Rechtskanons verband[6]. Spätere Epochen, namentlich das Mittelalter, massen ihr praktisch keine Bedeutung zu[7]. In der frühen Neuzeit haucht die Rechtswissenschaft der Unterscheidung allmählich wieder Leben ein; für eine eigentliche Trennung der Rechtsmaterien ist es aber noch zu früh[8]. Den entscheidenden Impuls liefert erst das im 16. Jahrhundert einsetzende rationalistische Naturrechtsdenken. Mit seiner Gegenüberstellung von Souverän und Gesellschaft konfrontierte es den Absolutismus mit einer Sicht, die den Grundstein für die Dichotomie der Rechtsmaterien legte[9]. Dieses Gedankengut, erweitert um die Ideen der liberalen Wirtschaftslehre[10], schuf den Boden für die Forderungen der vor allem im Handel tätigen bürgerlichen Gesellschaft des 18. Jahrhunderts nach der Herauslösung des Wirtschaftssystems aus seiner feudalen, korporativen und etatistischen Verklammerung[11]. Die verfassungsmässige Bindung der Staatsgewalt versprach die Trennung von Staat und Gesellschaft und damit auch die Trennung von Politik und Ökonomie[12]. Die praktische Umsetzung dieser

---

5 So der stetige Hinweis auf die Digestenstelle D. 1,1,1 § 2 (*Ulpian*): „Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorem utilitatem pertinet".

6 Ausführlich *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 13 ff. Vgl. weiter *Druey*, Privatrecht als Kontaktrecht, 150; *Kaser*, Privatrechtsakt, 111 ff.; *ders.*, Römisches Privatrecht, § 3 II; *Savatier*, Du droit civil, 3.

7 Vgl. etwa *Caroni*, Privatrecht, 105 f.; *Carlen*, Rechtsgeschichte der Schweiz, 43; *Huber*, System und Geschichte, IV, 212 ff.; *Marty/Raynaud*, Droit Civil, 66. Ausführlich auch *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 13 ff.; *Hagemann*, Wirtschaftsordnung, 139 ff.

8 *Caroni*, Privatrecht, 33 f.; *Huber*, System und Geschichte IV, 228 f.; *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 52 f.

9 Zu den verschiedenen Ausprägungen der Naturrechtslehre vgl. *Caroni*, Privatrecht, 108 ff.; *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte, 70 ff. Zum Naturrechtsdenken in Form des Vernunftrechts vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 250 f.

10 Zentrales Werk dieser Zeitströmung war *Adam Smiths* Buch „The Wealth of Nations" (1776).

11 Zu den verschiedenen Zeitströmungen, die das 19. Jahrhundert vorbereiteten: *Wiethölter*, Rechtswissenschaft.

12 Die politische Mitbestimmung gehörte nicht von vornherein zu den bürgerlichen Forderungen. Erst die Weigerung der kontinentalen Staaten, das Wirtschaftssystem zu liberalisieren, führte zur Forderung nach der verfassungsmässigen Bindung der Staatsgewalt. Vgl. zum Ganzen *Grimm*, Privatrechtsgesetzgebung, 19.

Topoi erfolgte in den bürgerlich-liberalen Revolutionen des 18. Jahrhunderts[13].

Die im Denken vollzogene und zum Teil revolutionär umgesetzte Trennung von Staat und Gesellschaft wird im liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts in der Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht reflektiert[14]. *So ist die Zweiteilung eine Bewegung im Denken und im Sein, sie ist zugleich Voraussetzung und Ausdruck, Grundlage und Begleitphänomen des modernen Staates*[15]. Ihren praktischen Niederschlag fand sie in den Rechtsordnungen des 19. Jahrhunderts, denen trotz unterschiedlicher Entwicklung gemeinsam war, dass ihr Privatrecht lediglich eine Rahmenordnung enthielt und die Privatautonomie als ideellen Ausgangspunkt wählte, während das öffentliche Recht als politisch verstanden und dem Obrigkeitsstaat zugeordnet wurde[16].

b) Das Primat des Privatrechts (liberaler Rechtsstaat)

Die neue post-revolutionäre Ordnung beinhaltete nicht nur eine klare Trennung zwischen Staat und Gesellschaft. Vielmehr kehrt sich auch das Rangverhältnis zwischen den beiden um. In der universalen Sozialordnung des Mittelalters und unter dem umfassenden Lenkungsanspruch der absolutistischen Staatsherrschaft war eine genuine Privatsphäre nicht vorhanden. Neben dem allgegenwärtigen Gestaltungsanspruch des öffentlichen Interesses kam den privaten Entscheidungen nur marginale Bedeutung zu. Demgegenüber konstruierte das Bürgertum des liberalen Rechtsstaates sein Ord-

---

13 Im Vordergrund stehen hierbei die US-amerikanische und die französische Revolution. Zu denken ist aber auch an die Umwälzungen, die die Regeneration in der Schweiz hervorgerufen hat, vgl. *Caroni*, Privatrecht, 110. Für die Entwicklung in Deutschland, wo der bürgerlichen Revolution kein Erfolg beschieden war, *Grimm*, Politische Funktion der Trennung, 224 ff., 230.

14 Schon die Rechtssysteme des 17. und 18. Jahrhunderts ordneten die Rechtsbeziehungen unter Privaten dem Privatrecht, die Rechtsbeziehung zwischen Privaten und staatlichem Gemeinwesen dagegen dem öffentlichen Recht zu. Die frühe Unterscheidung beinhaltete aber noch nicht die Idee, dass der gesamte Rechtskanon in zwei autarke Ordnungssysteme zerfällt. Vgl. hierzu *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 16 ff., 32 ff.; *ders.*, FS Rittner, 71; *ders.*, Funktionelle Unterscheidung, 239.

15 Vgl. *Grimm*, Politische Funktion der Trennung, 242; *Ogorek*, das „Öffentliche" und das „Private", 26 f.; *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 41.

16 Zu den kontinentaleuropäischen Kodifikationen, einschliesslich der schweizerischen, vgl. *Coing*, Handbuch II/2, 1833 ff.; *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte, 91 ff., 170 ff. Zur zentralen Bedeutung der Privatautonomie siehe *Caroni*, Privatrecht, 117. Zum Abstraktionsgrad *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, 16.

nungsmodell[17] vom Privaten her: Die wirtschaftlich tätige Gesellschaft wurde als vorstaatlich und autoregulativ betrachtet[18]. Dem Primat der Gesellschaft entsprach der Vorrang des Privatrechts vor dem öffentlichen Recht. Die *Privatautonomie* war der eigentliche Grundwert. Ihr gegenüber kam dem öffentlichen Recht – gedacht als zwingende staatliche Ordnung – lediglich eine Komplementärfunktion zu: Seine Aufgabe beschränkte sich darauf, die Rahmenbedingungen der gesellschaftlichen Selbststeuerung zu garantieren, also die individuelle Freiheit zu schützen. Die bürgerliche Gesellschaft konstruierte sich im Privatrecht und erwartet von der Verfassung lediglich eine zusätzliche Leistung für den Bestand des Systems[19].

c) Die Rückkehr des Staatlichen (Sozialstaat)

Schon bei KANT war der Staat, verstanden als Bedingung der Verwirklichung des Rechtsgesetzes und einer gleichmässigen Abgrenzung der Rechtssphären zwischen den Bürgern, immer auch eine Forderung des Privatrechts[20]. Staat und Gesellschaft sowie deren funktionelle Äquivalente, das öffentliche und das private Recht, wurden nie als in sich geschlossene Systeme, sondern immer nur als wechselseitig bedingte Grössen gedacht. Der freigewordene Raum musste abgesichert werden: Der Markt war eine Struktur, die erst geschaffen und sodann garantiert werden musste. Insofern war bereits der liberale Rechtsstaat der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts von der Koexistenz zwischen *laissez-faire* und Staatsintervention geprägt[21]. Aber auch sonst galt die Zweiteilung als Ordnungssystem nicht absolut. So war etwa im historischen Ausgangspunkt der Trennung für den Staat privates Recht massgeblich, wenn er wirtschaftlich tätig wurde, wäh-

---

17 Der Zeit des liberalen Wirtschaftsrechts wird eher Modellcharakter als historischen Realcharakter zugesprochen, vgl. etwa *Baudenbacher*, SAG 57 (1985), 58; *Kämmerer*, Privatisierung, 527.

18 *Grimm*, Privatrechtsgesetzgebung, 20.

19 Vgl. etwa *Baudenbacher*, SAG 57 (1985), 58; *Caroni*, Privatrecht, 114 f.; *Grimm*, Privatrechtsgesetzgebung, 20; *ders.*, Politische Funktion der Trennung, 239, unter Hinweis auf den partiellen Erfolg der Herauslösung des Staates aus dem ökonomischen Prozess in Deutschland.

20 *Kant*, Metaphysik der Sitten, § 41 f.

21 *Caroni*, Privatrecht, 133 f., unter Hinweis auf das Gesetz über die Enteignung (1850), das sowohl Eisenbahn wie Strassennetz ermöglichte, oder die Gesetzgebung zur Vereinheitlichung der Gewichts, Mass- und Münzeinheiten. Siehe weiter *Ruey*, Monopoles, 180. Zur „Verlustliste" der orginären Zweiteilung vgl. *Bullinger*, Funktionelle Unterscheidung, 244.

rend gewisse Beziehungen unter Privaten weiterhin der staatlichen Gemeinwohlsteuerung unterlagen[22].

Diese Koexistenz und zurückhaltende Vermischung veränderte allerdings sehr bald ihre Gestalt. Die zunehmende soziale Armut, Bankschliessungen und Börsencrashs[23] dokumentierten das Marktversagen und führten in den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts zu zahlreichen interventionistischen Massnahmen, etwa in Form von Fabrik-, Arbeits- und Sozialversicherungsgesetzen. Der damit einhergehende, von einer dogmatischen Verselbständigung begleitete Ausbau des öffentlichen Rechts bewirkte einen entsprechenden Bedeutungsverlust des Privatrechts für viele Lebensbereiche[24]. Die Entwicklung zum modernen Wohlfahrtstaat forderte die positive Sozialgestaltung durch den Staat und begünstigte den kontinuierlichen Ausbau des öffentlichen Rechts. Gesellschaft und Staat rücken wieder enger zusammen: „Der von anonymen Mächten abhängig gewordene Bürger wendet sich nicht mehr gegen den Staat, sondern ruft ihn zu Hilfe. Vom Staat erwartet er nun, dass er Arbeit, Brot und Wohlstand schafft und für die wirtschaftlich Schwachen sorgt."[25]

Der Funktionszuwachs des Staates führt zur Umkehr des Primats des Privatrechts. Die Vormachtstellung kommt dem gemeinwohlgebundenen öffentlichen Recht zu. In der Zivilrechtswissenschaft bleibt dieser Vorgang nicht unbemerkt: „Tout devient du droit public"[26], vermeldete schon 1949 der französische Zivilrechtler RIPERT. Im deutschsprachigen Raum fragen gleichermassen besorgte Stimmen, ob das private Recht überhaupt noch existiere, man spricht von Abbau, Denaturierung, Rückzug, Aushöhlung, Funktionsverlust, Schrumpfungsprozess[27] und sucht gleichzeitig nach einer

---

22 Vgl. die Nachweise bei *Bullinger*, Funktionelle Unterscheidung, 244, u.a. mit Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Behandlung des Berg- und Bodenrechts.

23 Etwa der Wiener Börsencrash von 1837.

24 Zur verspäteten, sektoriellen Verselbständigung des bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts noch stark durch privatrechtliches Denken geprägten öffentlichen Rechts, vgl. insb. *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 16 ff., 30 ff., 37 ff. Der Hinweis findet sich auch bei *Marti*, Zürcher Kommentar, N 28 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB.

25 *Raiser*, JZ 13 (1958), 3. Zu den Entwicklungen auch *Ruey*, Monopoles, 183 ; *Burdeau*, Traité de Science Politique, 471 f.

26 *Ripert*, Le déclin du droit, 37.

27 Vgl. *Egger*, Zürcher Kommentar, N 1 zu Art. 6 ZGB (Grenzverschiebung zugunsten des öffentlichen Rechts); *Grossfeld*, Zivilrecht als Gestaltungaufgabe, 13 (Rückzug); *Hedemann*, Kontrahierungszwang, 258 (Denaturierung); *v. Hippel*, Aufbau und Sinnwandel, 99 f. (Abbau, Auflösung, Rückzug); *Lendi*, Wiederentdeckung, 419 (Vormarsch des öffentlichen Rechts in das Privatrecht); *Piaget*, Droit public, 13 (déplacement, au profit du droit public, des limites du domaine du

(neuen) Zukunft und Gestaltungsaufgabe für das Privatrecht und seiner Wissenschaft[28].

d) Die Wiederentdeckung des Privatrechts (Risikostaat)

Die Soziologie hat für die gegenwärtig hochentwickelte, technisierte, immer schnelleren Veränderungsprozessen unterliegende und in vielen Bereichen verwissenschaftlichte Gesellschaft den Begriff der „Risikogesellschaft" geprägt[29]. Will man diese Realität terminologisch im aktuellen Staatsverständnis reflektieren, so befinden wir uns im *Übergang vom Sozial- zum Risikostaat*[30]. Die Aussage unterliegt zweierlei Einschränkungen: Erstens wird dabei nicht die Beschreibung des realen Staates intendiert, sondern die Abfolge typischer Diskurse über Staatsaufgaben[31]. Zweitens bezeichnet der Begriff „Übergang" keine Ablösung, sondern eine Überlagerung, bei der die untere Schicht auf vielfältige Weise weiterwirkt – eingefangen im Bild der „Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen"[32].

Die Risikogesellschaft artikuliert wachsende Sicherheitsbedürfnisse, die den Staat und sein Instrumentarium auf den Plan rufen. Im Recht lässt sich das Phänomen der Risikogesellschaft an der Zunahme von Gesetzen able-

---

droit privé) ; *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, 10 f., 14 (Funktionsverlust, Schrumpfungsprozess, Rückzug). Weitere Nachweise bei *Schmidt*, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 15 ff.

28 Zur Zukunft des Privatrechts vgl. *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, 1 ff. Zum Gestaltungsauftrag *Grossfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, insb. 83 ff.

29 Grundlegend *Beck*, Risikogesellschaft (1986); *Bechmann*, KritV 1991, 212 ff. („Risiko als Schlüsselkategorie der Gesellschaftstheorie"); *Luhmann*, Soziologie des Risikos (1991).

30 Der Begriff des Risikostaats hat sich in Anlehnung an *Becks* „Risikogesellschaft" entwickelt. Vgl. nunmehr *Hart (Hrsg.)*, Privatrecht im Risikostaat. Alternativ wird vom „Vorsorgestaat", vom „Präventionsstaat", vom „Umweltstaat", vom „Schutzstaat" und vom „präzeptoralen" Staat gesprochen. Vgl. die Nachweise bei *Di Fabio*, Risikosteuerung im öffentlichen Recht, 143. Andere, etwa *Kaufmann*, Diskurse über Staatsaufgaben, 28 ff., sprechen vom „Steuerungsstaat", während *Habermas*, Faktizität und Geltung, 522, in Anlehnung an *Hirsch*, Der Sicherheitsstaat (1980), vom „Sicherheitsstaat" spricht.

31 *Kaufmann*, Diskurse über Staatsaufgaben, 33.

32 *Damm*, Risikosteuerung, 113. Zur Konkretisierung verweist *Damm* auf die Entwicklungen im Privatrecht: Auch dort kann nicht von der Ablösung der Privatautonomie (liberaler Rechtsstaat) durch sozialstaatliche Interventionen (Sozialstaat) und schliesslich deren Ablösung durch die Regulierung der neuen Risiken (Risikostaat) gesprochen werden. Vielmehr geht es um das zeitlich gestaffelte Hinzutreten neuer Regelungsmodi unter – allenfalls modifizierter – Beibehaltung der alten.

sen, die Beiträge zum Management der „neuen Risiken“[33], die in immer kürzeren Abständen auf uns zukommen, leisten wollen[34]. Die rechtliche Bewältigung neuer technologischer Risiken („rights against risks“[35]) bringt wiederum einen Wandel im Kräfteverhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht. Die zunehmende Komplexität der Aufgabenerfüllung der Gemeinwohlsicherung im Risikostaat stellt diesen in kompetenzieller und ressourcenökonomischer Hinsicht vor neue Herausforderungen. Vollzugsdefizite in der staatlichen Regulierung schärfen den Blick dafür, dass es neben dem Marktversagen auch ein Staatsversagen gibt: Man konstatiert die „Entzauberung des Staates“[36].

Als Reaktion darauf wird auch im Bereich der Staatsaufgaben vermehrt auf das marktwirtschaftliche Modell zurückgegriffen: „New Public Management“[37], Deregulierung[38], Privatisierung[39], Selbstregulierung[40] – das sind Schlagworte für Entwicklungen, die allesamt eine Wiederentdeckung des Privatrechts belegen[41].

---

33 Der Begriff hat keine klaren Konturen. Von der Richtung her sind die Gefahren der wissenschaftlich-technischen Welt, also die technisch-ökologischen Risiken, gemeint. Vgl. etwa *Bechman*, KritV 1991, 222 ff. Zur Schwierigkeit der Begriffsbestimmung auch *Damm*, ARSP 79 (1993), 162 ff.

34 Zu den zunehmenden Veränderungsgeschwindigkeiten der gesellschaftlichen Prozesse auch *Lendi*, Wiederentdeckung, 414, 418.

35 So der Titel von *Schroeder*, Columbia Law Review 86 (1986), 495 ff.

36 So der gleichnamige Titel eines Buches von *Willke* (1983). Zum Befund des Staatsversagens vgl. *Baudenbacher*, SAG 57 (1985), 62, m.w.N.; *Beck*, Risikogesellschaft, 306 ff.; *Teubner*, Quaderni Fiorentini 13 (1984), 109 f. Zahlreiche weitere Hinweise bei *Meier-Schatz*, Wirtschaftsrecht, 46 Fn. 54.

37 Zu Begriff und staatsrechtlicher Problematik siehe *Delwing/Windlin*, ZBl 1996, 183 ff.; *Mastronardi*, AJP 4 (1995), 1541 ff., jeweils m.w.N.

38 Einschlägig die Dissertation von *Lienhard*, Deregulierung. Zur vielgestaltigen Verwendung des Deregulierungsbegriffs auch: *Breining-Kaufmann*, Deregulierung, 442 ff.; *Schluep*, Revitalisierung, 484 f.

39 Zum Begriff und zu den Typologien der Privatisierung grundlegend die Habilitationsschrift von *Kämmerer*, Privatisierung, 16 ff. Überblicke u.a. bei *Jaag*, Dezentralisierung und Privatisierung, 26 ff.; *Knapp*, SZW 1999 (Sondernummer), 1 f.; *Müller/Jenni*, AJP 8 (1999), 1071 f. Allgemein zur Thematik: *Jaag* (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben; *Wiegand* (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung.

40 Zum Begriff vgl. *Nobel*, Selbstregulierung, 119 ff.; *Wiegand/Wichtermann*, Einfluss des Privatrechts auf das öffentliche Bankrecht, 129 ff.

41 Der Ausdruck stammt von *Biedenkopf*, Die Wiederentdeckung des Privatrechts, 21 ff., der damit allerdings mehr ein rechtspolitisches Postulat als eine reale Zeiterscheinung verbindet. Für die „reale“ Wiederentdeckung hingegen *Aubert/Bellanger/Tanquerel*, Fonction publique, 29 ff.; *Marti*, Zürcher Kommentar, N 32 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB, m.w.N.

e) Erneute Trendwende?

Unter dem Eindruck der Groundings, Baissen und Pleiten hat das Privatisierungsmodell in jüngster Vergangenheit von seinem Glanz eingebüsst[42]. Der Ruf nach einem Staat, der zwar nicht zaubern, wenigstens aber ordnen soll, wird wieder lauter: Auf die Wiederentdeckung des Privaten folgt die Wiederentdeckung des Staates[43]. Zumindest sektoriell sind Regulierungsschübe zu verzeichnen, die in der Schaffung neuer Aufsichtsbehörden und in der Regulierung neuer Tätigkeiten münden[44]. An der Speerspitze der Entwicklung steht die neue Finanzmarktgesetzgebung, welche die Aufsichtsbehörde mit umfassenden und flexiblen Kompetenzen ausstatten[45] und gleichzeitig das Aufsichtsfeld auf zusätzliche Akteure erweitern will[46]. Ob diese sektoriellen Entwicklungen bereits einer allgemeinen Trendwende entsprechen, bleibt allerdings noch abzuwarten[47]. Sicher ist aber, dass sich das Kräfteverhältnis zwischen den beiden Teilrechtsordnungen weiterhin dynamisch gestaltet.

---

42 Stichworte: Enron, WorldCom, Swissair, Holzmann, Kirch, Swiss Dairy Food. Exemplarisch für die neue Verunsicherung ist die Ablehnung des Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG) durch das Stimmvolk. Zum Stimmungswandel vgl. auch Finanz und Wirtschaft vom 25. September 2002, 23.

43 Vgl. die Pressenachweise bei *Forstmoser*, SJZ 98 (2002), 197 Fn. 36.

44 Zum Beispiel: Übernahmekommission (1995), Spielbankenkommission (1999), Kontrollstelle für Geldwäscherei (1999). Siehe auch unten Fn. 46.

45 Vgl. Art. 29 ff. VE FINMAG. Beispielhaft hierfür ist aber auch die laufende Revision des Bankinsolvenzrechts: Neuerdings wird diese Konkursform aus dem allgemeinen Konkursrecht herausgelöst und mit wenigen gesetzlichen Rahmenbedingungen in die Kompetenz der Aufsichtsbehörde gestellt. Vgl. Art. 25 ff. E-BankG, BBl 2002, 8118 ff.; BBl 2003, 6791 ff.

46 Beispiele: Revisionsaufsichtsbehörde, vgl. Botschaft „Revisionsrecht", BBl 2004, 3969 ff., 4139 ff. Aufsicht über die Introducing Brokers, die Vermögensverwalterinnen, Devisenhändler und anderen Finanzintermediäre, vgl. *Expertenkommission Zufferey*, Finanzmarktregulierung, 55 ff., 134 ff.; *Expertenkommission Zimmerli*, Teilbericht, 10. Schaffung einer Aufsicht über die berufliche Vorsorge, Einsetzung einer Expertenkommission im Juni 2003 unter der Leitung von Prof. Jürg Brühwiler, vgl. Pressemitteilung Bundesamt für Sozialversicherungen vom 11. Juli 2003. Im Ausland verlaufen die Entwicklungen parallel. Auslöser für den Sarbanes-Oxley Act (2003) waren namentlich die Skandale bei Enron und Worldcom. Zum Sarbanes-Oxely Act vgl. *von der Crone/Roth*, AJP 12 (2003), S. 131 ff. Für einen Überblick über die neuen Gesetzgebungsprojekte vgl. *Bertschinger*, AJP 11 (2002), 1259 ff.

47 Skeptisch *Ogorek*, Das „Öffentliche" und das „Private", 25 f.

f) Fazit: Historische Kontingenz des Kräfteverhältnisses zwischen den Teilrechtsordnungen

Die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht wurde erst im liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts zur Zweiteilung verschärft. Sie diente vor allem dem Anliegen, die wirtschaftliche Entwicklung anzukurbeln. Ökonomie und Politik sollten voneinander getrennt und durch unterschiedliche Ordnungsstrukturen mobilisiert werden[48]. Was im liberalen Rechtsstaat mit der Vormachtstellung des Privatrechts begann, führte angesichts des Marktversagens zum Sozialstaat und der damit einhergehenden Vormachtstellung des öffentlichen Rechts. Die komplexen Probleme des Risikostaats zeigen demgegenüber die Gefahr des Staatsversagens und führen zu einer Wiederentdeckung privatrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten. Der Verlauf der Trennlinie zwischen den Teilrechtsordnungen reflektiert daher immer auch den jeweiligen gesellschaftlichen Zustand. Dies alles zeigt, dass nicht nur die Zweiteilung an sich, sondern auch das Kräfteverhältnis zwischen den Teilrechtsordnungen das Ergebnis von zeitlich bedingten Sachanliegen sind.

2. Der materielle Wandel – gegenseitige Öffnung der Teilrechtsordnungen

Die aktuelle Wiederentdeckung des Privatrechts ist keine Rückkehr zu den Prämissen des liberalen Rechtsstaates des 19. Jahrhunderts im Sinne einer „Eigenlenkung mittels Markt und Wettbewerb“[49]. Das im Sozialstaat verwirklichte Ineinandergehen von Staat und Gesellschaft hat auch im Risikostaat Bestand. Das Privatrecht von heute ist nicht mehr formale Rahmenordnung, sondern sozialorientierte (häufig indirekte) Lenkungsordnung[50]. Gleichzeitig signalisiert der deregulierende und privatisierende Staat nicht einfach Distanz zur Gesellschaft, sondern er setzt die Gestaltungs- und Handlungsformen des Privatrechts in vielfältiger Kombination mit seinem traditionellen Instrumentarium ein, um den regulativen Anforderungen einer immer komplexeren Sozialordnung gerecht zu werden (überwachte Selbststeuerung)[51]. Der Blick auf die Inhalte zeigt mithin eine *Umgestaltung beider Teilrechtsordnungen im Sinne einer gegenseitigen Öffnung für die Werte*

48 *Bullinger*, Funktionelle Unterscheidung, 239.
49 *Meier-Schatz*, Wirtschaftsrecht, 49.
50 Vgl. *Teubner*, ARSP 1982, 13 (51 ff.); *ders.*, Verrechtlichung, 293 f.; 306.
51 Die Steuerung fällt nicht weg, sie wird dagegen abstrakter und weniger direkt, vgl. *Teubner*, ARSP 1982, 13 (25).

und Instrumente der jeweiligen Parallelordnung. Eine Zusammenstellung typischer „Grenzüberschreitungen" wird später vorgenommen[52]. Vorliegend geht es nur darum, anhand von Einzelbeispielen diese inhaltliche Öffnung zu skizzieren und damit einmal mehr zu verdeutlichen, was niemand bestreitet, nämlich dass die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, die im Ausgangspunkt des modernen Staates tragende Idee und Ordnungsprinzip war, zunehmend schwierig wird[53].

a) Die Prinzipien des Privatrechts und ihre Relativierung

Nach der Ausgangsvorstellung der Zweiteilungslehre des 19. Jahrhunderts bildet das Privatrecht die Rahmenordnung für das privatautonome, inhaltlich freie und keinem Begründungszwang unterliegende Handeln der Bürgerinnen und Bürger. Es ist die Ordnung der spontanen Selbstorganisation von normativ gleichberechtigten Rechtssubjekten, die nach Massgabe ihrer eigenen Interessen agieren können und sollen[54]. Ideeller Ausgangspunkt ist die Privatautonomie, die weit verstanden werden muss und gleichzeitig die Handlungsautonomie, die Güterautonomie und die Personalautonomie umfasst[55]. Die Instrumente zur Verwirklichung dieser Prinzipien sind die Vertrags-, Eigentums- und Haftungsordnung. Mit ihnen können die Privaten ihre Beziehung dezentral regeln[56]. Entsprechend der privatautonomen Grundausrichtung des Privatrechts obliegt es den Privaten selbst, diese Instrumente im Einzelfall zu aktivieren. Das Privatrecht setzt somit auf die Eigendynamik der gesellschaftlichen Beziehungen. Zwar muss auch für diese Beziehungen die Möglichkeit autoritativer Feststellung und Durchsetzung zur Verfügung gestellt werden. Doch erfüllt hier das Recht primär eine Dienstleistungsfunktion: „wo keine Klägerin, da keine Richterin."

Soweit zu den Grundsätzen. Der nähere Blick zeigt indes eine breite *Öffnung des Privatrechts für originär öffentlich-rechtliche Anliegen.* Ein erstes Einfallstor bietet das zwingende Privatrecht[57]. So verwirklicht sich etwa das

---

52 Vgl. unten S. 34 (Typologie der Auffangrelationen).

53 Statt vieler: *Bachof*, Über öffentliches Recht, 1 ff.

54 Statt vieler *Trute*, Verzahnungen, 173.

55 Zu diesem umfassenden Verständnis v.a. *Schmidt*, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 174, m.w.N. Zur Bedeutung der Privatautonomie als zentrales Prinzip des Privatechts vgl. auch *Belser*, Freiheit und Gerechtigkeit, 49 ff.; *Koller*, Privatrecht und Steuerrecht, 54 ff.; *Merz*, SPR VI/1, 31 ff.; *ders.*, Privautonomie heute, durchgehend; *Savatier*, Du droit civil, 5.

56 *Walz*, Steuergerechtigkeit, 235.

57 Vgl. hierzu *Piaget*, Droit public, 10 ff.; *Terré*, Introduction, Rn. 91.

staatliche Kontrollinteresse an privatrechtlichen Zusammenschlüssen in Gestalt des *numerus clausus* zulässiger Rechtsformen (Formenzwang) und der unnachgiebigen Kernbestimmungen des Organisationsrechts (Formenfixierung)[58]. Besonders deutlich zeigt sich dies bei der Aktiengesellschaft: Sie ist heute vom Konzessionszwang befreit, unterliegt aber für die neuralgischen Punkte des Gläubiger- und Minderheitenschutzes zwingendem Recht[59]. Als weiteres Beispiel sind die privatrechtlichen Inhaltschranken zu nennen. Sie agieren als Transformationsriemen für öffentlich-rechtliche Verbotsvorschriften: Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 20 OR schliesst auch Fälle einer Verletzung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften ein[60]. Einbrüche in die Prinzipien des Privatrechts sind sodann im Verfahrensrecht zu vermelden. Dieses kennt nämlich durchaus Konstellationen, in denen es von Amtes wegen aktiviert wird, so etwa im Kindes- und Vormundschaftsrecht[61]. Die Relativierung privatrechtlicher Verfahrensmaximen zeigt sich zudem in den Fällen der Einschränkung der Verhandlungsmaxime oder der Verleihung von zivilen Klagerechten an private Verbände[62]. All dies reflektiert die Auffassung, dass das Privatrecht nur in einer Symbiose mit öffentlichrechtlichen Sicherungen und Schrankensetzungen effektive privatautonome Gestaltung verbürgen kann[63].

Sodann vollzieht sich die Verschränkung von Privatrecht und öffentlichem Recht auch im Rahmen des sozialen Privatrechts[64]. Der Ausbau besonderer gesetzlicher Schutzgarantien für die schwächere Vertragspartei

---

58 Vgl. hierzu *Riemer*, Berner Kommentar, N 10 ff. zu Syst. Teil zu Art. 52-59 ZGB; *Weber*, SPR II/4, 78 ff.; *von Steiger*, SPR VIII/1, 239 ff. Der *numerus clausus* ist am Wanken: Für die Entwicklungen vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 11 Rn. 6a.

59 Für den geschichtlichen Hintergrund vgl. *Benz*, Konzessions- und Normativsystem, 17 ff.; *Siegwart*, Zürcher Kommentar, N 281 Einl. zu Art. 620 ff. OR; *Gutzwiller*, SPR II, 468 ff. Beispielhafte Gläubiger- bzw. Kapitalschutzbestimmungen: Art. 725 OR (Massnahmen bei Überschuldung), Art. 671 OR (gesetzliche Reserven), Art. 674 OR (einjährige Dividendenausschüttung), Art. 697 Abs. 2 OR (Einsicht in Jahresrechnung). Beispielhafte Minderheitenschutzbestimmungen: Art. 704 OR (Beschlussquoren), Art. 697a OR (Sonderprüfung).

60 Die Sanktion muss allerdings in der Verbotsnorm ausdrücklich vorgesehen sein oder sich aus deren Sinn und Zweck ergeben, vgl. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, OR AT I, Rn. 648 ff.

61 Vgl. etwa Art. 307 ff. (Kindesschutzmassnahmen), Art. 368 ff. (Bevormundungsfälle).

62 Vgl. dazu *Baudenbacher*, ZSR 109 I (1983), 167 ff.

63 *Bullinger*, FS Rittner, 89.

64 Treffend der Titel des Aufsatzes von *E. Schmidt*, JZ 1980, 153: „Von der Privat- zur Sozialautonomie".

spricht eine deutliche Sprache[65]: Hier wird das Privatrecht um das Sozialprinzip erweitert und seine privatautonome Grundordnung um eine Pflichtenordnung ergänzt. Eng mit der positiv-rechtlichen Entwicklung verbunden ist der Trend zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die nunmehr einer „materiellen Vertragsethik" verpflichtet werden[66]. Die vertragliche Pflichtenordnung ist nicht nur Ausdruck einer vertragsrechts*internen* Neuorientierung, die auf die Wiederherstellung fehlender Waffengleichheit (Vertragsdisparität) zielt. Sie besteht vielmehr in einer vertragsrechts*externen*, an den Grundrechten ausgerichteten Neuorientierung, ist also Ausdruck von sozialethischen, an den Grundprinzipien der Rechtsordnung orientierten Schranken der subjektiven Rechte. Sie firmiert dogmatisch unter dem Oberbegriff der Dritt- oder Horizontalwirkung. Danach enthalten die Grundrechte allgemein verbindliche Rechte, die entweder direkt (Art. 8 Abs. 3 BV) oder über die privatrechtlichen Generalklauseln Geltung beanspruchen.[67] Mit der Anerkennung grundrechtlicher Einflüsse im Privatrecht und der darauf fussenden Beschränkungen der Vertragsfreiheit vollzieht sich die Abkehr von der Idee eines sozialpolitisch neutralen Vertragsrechts, wie sie der Zweiteilungslehre zugrunde lag[68].

---

65 Das Arbeitsvertragsrecht, das Mietrecht, die Bestimmungen über Abzahlungsverträge oder diejenigen über das Haustürgeschäft bieten hier reiches Anschauungsmaterial. Vgl. zudem die (nicht mehr ganz aktuelle) Zusammenstellung bei *Staehelin*, BJM 1978, 1 ff.

66 Siehe nur BGE 123 III 292 (297 f.), besprochen von *Gauch*, recht 16 (1998), 55 ff. Der Wandel der formalen Willensdogmatik des liberalen Vertragsdenkens hin zu einer materiellen Vertragsethik wird oft mit der Feststellung *Wieackers* auf den Begriff gebracht, die formelle Freiheitsethik habe sich in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt. Vgl. *Wieacker*, Das Sozialmodell, 18; *ders.*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 24. Zur zunehmenden Sozialbindung im Vertragsrecht auch *Koller*, Privatrecht und Steuerrecht, 398 ff.; *Kramer*, Berner Kommentar, N 25 ff. zu Art. 19/20 OR. Für ein frühes Plädoyer: *Gilliéron*, ZSR 98 I (1979), 233 ff. Vgl. sodann *Huguenin*, Ein Beitrag, 523 ff.

67 Das umfassende Grundrechtsverständnis findet sich auch in Art. 35 Abs. 3 der neuen Bundesverfassung: „Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden." Zur Drittwirkung siehe *J.P. Müller*, Kommentar BV, N 58 zu Einl. Grundrechte, m.w.N.; *ders.*, Grundrechtstheorie, 80; *Saladin*, Grundrechte im Wandel, 307 ff. Für einen aktuellen Überblick vgl. *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 278 ff.

68 Prägnant formuliert *Raiser*, 46. DJT, Bd. II, B 30, in der Zeit der modernen Demokratie sei „das von Generationen von Zivilrechtsjuristen gepflegte Ideal einer unpolitischen, wertfreien Eigenständigkeit des Privatrechts" zerbrochen. Zur politischen Rolle des Privatrechts auch *Zöllner*, JuS 1988, 329 ff.

b) Die Prinzipien des öffentlichen Rechts und ihre Relativierung

Nach der Ausgangsvorstellung der Zweiteilungslehre des 19. Jahrhunderts ist das öffentliche Recht das Sonderrecht und die Handlungsform des Staates. Seine Entscheidungen sind durch Verfahrensstandards, Begründungspflichten und Neutralitätsgebote strukturiert und inhaltlich determinert: Staatliches Handeln ist formell gesetzesgebundenes und materiell grundrechtsgebundenes Handeln. Ideeller Ausgangspunkt des öffentlichen Rechts ist das Gemeinwohl. Seine Instrumente sind das zwingende Recht, in erster Linie die Verfügung. Mit ihr wird keine Austauschbeziehung geregelt, sondern es werden freiheitsbeschränkende Pflichten (Eingriffsverwaltung) oder staatliche Leistungen (Leistungsverwaltung) autoriativ statuiert. Das öffentliche Recht wird auch nicht nach Belieben, sondern von Amts wegen aktiviert[69].

Auch die öffentlich-rechtlichen Grundprinzipien gelten heute weniger absolut denn je. Im modernen Sozialstaat und im aktuellen Risikostaat sieht sich das traditionelle Staatsverständnis um die Prinzipien der Komplementarität und Kooperation ergänzt[70]. Dies hat vielerlei Folgen auf der „Prinzipienebene" – so wird etwa der Staat im Rahmen der Leistungsverwaltung regelmässig nicht von Amtes wegen, sondern auf Gesuch der Leistungsempfangenden hin tätig[71]. Geradezu paradigmatisch für die Relativierung der Prinzipien, die das „Wesen" des öffentlichen Rechts ausmachen, ist der zunehmende *„Abschied von der Verfügung"*[72] *als Form staatlichen Handelns*[73].

Der Vertrag, Prototyp des Handlungsarsenals des Privatrechts, ist heute fester Bestandteil des Kanons der Handlungsformen des öffentlichen

---

69 Vgl. *Brückner*, Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht, 42: „Der Staat *muss* leisten, ordnen, verhindern, fördern." Zu den Ordnungsprinzipien des öffentlichen Rechts auch *Marti*, N 42 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB; *Trute*, Verzahnungen, 172.

70 Vgl. *Saladin*, Verantwortung als Staatsprinzip, 162 ff.: ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat (1984). Siehe auch *Terré*, Introduction, Rn. 92.

71 Zur juristischen Gemengelage von öffentlichem und privatem Recht im Bereich der Leistungsverwaltung *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, 13 f.; *Marti*, Zürcher Kommentar, N 44 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB.

72 In Anlehnung an einen Beitragstitel von *Tschannen*, Privatisierung: Ende der Verfügung? Zu den Schwierigkeiten, in der neueren Gesetzgebung den Verfügungscharakter zu bestimmen, vgl. etwa *Gauch*, Zuschlag und Verfügung, 595 ff.

73 Ausführlich zu den kooperativen Handlungsformen der Verwaltung unten S. 35 (Gestufte Steuerungsvorgaben, Autonome Systeme, Organisationszwang).

Rechts geworden[74]. Die einst heftig geführte Kontroverse um seine Zulässigkeit[75] figuriert heute unter der Rubrik „ältere Lehre“[76], was allerdings nicht bedeutet, dass seine dogmatische Behandlung restlos geklärt wäre[77]. Mit der Nutzung der Vertragsfigur wird die hoheitliche Tätigkeit durch ein Verhandlungssystem ersetzt, werden Ergebnisse nicht autoritativ angeordnet, sondern durch diskursive Verständigung erreicht[78]. Damit kommt auch das privatrechtliche Legitimationsmoment zum Tragen: An Stelle der verwaltungsrechtlichen Begründungspflichten tritt der privatrechtliche Konsens. Die Vorteile einer solchen Lösung sind leicht ersichtlich: Auf die oft schwerfällige und zeitraubende verwaltungsrechtliche Entscheidstrukturierung kann zugunsten des flexiblen und effizienten Vertragshandelns verzichtet werden, dessen Legitimationsmoment zudem als Garant für ein rechtsstaatlich tragbares Ergebnis steht[79].

c) Objektorientierte Gesetzgebung als weitere Relativierung

Beispielhaft zeigt sich die Verzahnung der beiden Teilrechtsordnungen schliesslich im Bereich der objektorientierten Gesetzgebung, wie sie etwa im Arbeits-, Agrar-, Miet-, Kartell-, Umwelt-, Datenschutz und Börsenrecht vorfindbar ist[80]. Eine solche Gesetzgebung durchbricht die Systematik der Zweiteilung nicht nur formell, indem innerhalb einer Gesetzesmaterie sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Normen enthalten sind,

---

74 Vgl. etwa *Knapp*, L'Etat agissant en droit privé, 170 f.; *Richli*, ZBl 92 (1991), 381 ff. Für das französische Recht etwa *Chapus*, Droit administratif I, Rn. 721, 1360 m.w.N.

75 Erhellend die Referate zum schweizerischen Juristentag von 1958, vgl. *Imboden*, ZSR 77 II (1958), 10a ff.; *Zwahlen*, ZSR 77 II (1958), 461a ff. Pointiert *Giacometti*, Allgemeine Lehren, 441 ff., der von prinzipieller rechtsstaatlicher Inkongruenz (442) und von Anomalie (450) spricht. Vgl. auch *Burckhardt*, Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, 1 ff., insb. 70 (unlöslicher Widerspruch). Zurückhaltende Lehrmeinungen finden sich aber auch noch in den 80er Jahren, vgl. *Gygi*, Verwaltungsrecht (1986), 209; *Kölz*; ZSR 102 II (1983), 191.

76 So bei *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, 1068.

77 Grundlegend die Habilitationsschrift von *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner.

78 Vgl. dazu insbesondere *Baudenbacher*, SAG 57 (1985), 66.

79 Ausführlich zu den Gründen für die Verwendung von Verhandlungselementen im Verwaltungshandeln, insbesondere den rechtstheoretischen, rechtspraktischen, systemtheoretischen und psychologischen Aspekten, aber auch zu den Gefahren: *Richli*, ZBl 92 (1991), 389 ff. Zu den Vorteilen des Verwaltens in Privatrechtsform: *Eichenberger*, Verwaltungsprivatrecht, 85 Fn. 22.

80 Zu den sogenannten Einheitsgesetzen *Marti*, Zürcher Kommentar, N 70 ff. zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB; *Moor*, Droit administratif I, 134.

sondern sie enthält im Regelfall auch *Doppelnormen*, die öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Verhältnisse einer einheitlichen Normierung unterwerfen. Damit gelten allerdings für beide Teilrechtsordnungen auch dieselben Prinzipien und Zielvorstellungen – nach der Zweiteilungslehre eine Anomalie[81].

Im europäischen Raum ist die objektorientierte Gesetzgebung Programm: Das Integrationsrecht ist funktional – nämlich auf die Verwirklichung des Binnenmarktes – ausgerichtet und unterscheidet nicht zwischen öffentlichem und privatem Recht[82]. Objektorientierte Gesetzgebung liegt zudem bei den Querschnittsmaterien vor. Paradigmatisch ist hierfür das Finanzmarktrecht: Es besteht aus einer Gemengelage von Rechtsnormen unterschiedlicher Gesetzeserlasse des privaten und öffentlichen Rechts, die aufgrund ihres Schutzobjekts (Anleger- und Funktionsschutz) dem Finanzmarktrecht zuzuordnen sind[83]. In diesem Bereich zeigen sich auch die zunehmenden Schwierigkeiten bei der Determinierung der Rechtsnatur von Normen, die aus einer engen Verflechtung privater und staatlicher Aktivität hervorgehen. Vorzeigebeispiel ist die kontrollierte Selbstregulierung der Börse. Sie ist gesetzlich zum Erlass von Reglementen verpflichtet, wobei die Reglemente der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorzulegen sind (Art. 4 BEHG). Ob die so erlassenen Reglemente privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sind, wird kontrovers diskutiert[84].

d) Fazit: Beliebigkeit des Handlungsarsenals

Der Blick auf die geltende Rechtsordnung legt vielgestaltige juristische Gemengelagen von öffentlichem und privatem Recht offen. So bedient sich das

---

81 Vgl. hierzu die Ausführungen unten S. 40 (Synchronisierung).

82 Zur Funktionalität des Gemeinschaftsrecht etwa *Hoffmann-Riem*, Innovation und Flexibilität, 17 f.; *Schoch*, JZ 50 (1995), 109 (115 ff.).

83 Vgl. *Zufferery*, SZW 67 (1995), insb. 212: „Financial market law has been defined as a task to be performed at every regulatory opportunity with a view to protecting investors and the market function." *Ders.*, SJV 2004, 490 ff. Vgl. weiter *Werlen*, Konzeptionelle Grundlagen, 28; *Hirsch*, droit du marché financier suisse, 85; *Rhinow/Schmid/Biaggini*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 684. Im deutschen Recht: *Assmann/Schütze*, Kapitalanlagerecht, § 1 Rn. 5, 31; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, 35 ff. Grundlegend und früh die Habilitationsschrift von *Hopt*, Anlegerschutz, durchgehend. Vgl. weiter *Hopt*, ZHR 140 (1976), 201; *ders.* für die Schweiz in: WuR 38 (1986), 101 ff.

84 Intensiv sind die Diskussionen insbesondere im Zusammenhang mit der Rechtsnatur des Kotierungsreglements der Zulassungsstelle der SWX, vgl. die Nachweise bei *Wiegand/Wichtermann*, Einfluss des Privatrechts, 142 f.

öffentliche Recht zunehmend der Instrumente des Privatrechts, um zu einer höheren Effizienz der staatlichen Aufgabenerfüllung beizutragen. Andererseits zeigt sich, wie originär öffentlich-rechtliche Aufgaben das Privatrecht zwangsläufig durchdringen oder vom Privatrechtsgesetzgeber oder der Verwaltung bewusst zu Anliegen des Privatrechts gemacht werden. Die zunehmend komplexen Probleme des Risikostaates fördern die Suche nach flexiblen Methoden der Problembewältigung. Privatrecht und öffentliches Recht dienen hier als Fundus von Lösungsmechanismen; ihr Handlungsarsenal wird fast beliebig gewählt, vermischt und kombiniert.

3. Zwischenergebnis

Angesichts der umfassenden Verzahnung von Privatrecht und öffentlichem Recht wird die rechtstheoretische Erfassung der Grunddichotomie unserer Rechtssystematik zunehmend schwierig. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Lehrbücher sich für die Frage der Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht auf die Darstellung der gängigen Formeln mit den dazugehörigen Einwänden beschränken und schliesslich darauf hinweisen, dass Lehre und Praxis sich pragmatisch verhalten und nach Massgabe des Einzelfalles auf je unterschiedliche Argumentationsfiguren zurückgreifen[85]. Die Trennung der Rechtsordnung, die auf dem Modell der Trennung von Staat und Gesellschaft beruhte, sieht sich mit dem Ineinandergreifen von Staat und Gesellschaft ihrer Grundlage beraubt.

Zwar bleibt die Zivilrechtsordnung, verfassungsrechtlich vorausgesetzt und garantiert, vor allem eine Rahmenordnung der Selbstgestaltung und Selbstbestimmung von Rechtsverhältnissen der Privatrechtssubjekte[86]. Demgegenüber ist das öffentliche Recht eine solche der Sonderbindung staatlicher Akteure[87]. Auch bleibt die Zweiteilung nach dem positiven Recht bestehen: eine nicht unbedeutende Anzahl von Rechtsnormen stellen auf die herkömmliche Dichotomie ab. Die Funktionsbelege aus dem geltenden

---

85 BGE 109 Ib 149 E. 1b: Das Bundesgericht prüft „in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird." Zum Methodenpluralismus statt vieler *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 264; *Moor*, Droit administratif I, 127 ff., jeweils mit den einschlägigen Nachweisen aus der Rechtsprechung. Vgl. dazu auch den Hinweis von *Caroni*, Privatrecht, 102: „Aber eine Kombination, die immer wieder neu gebildet werden muss, leugnet im Grunde die Möglichkeit der theoretischen Bewältigung unserer Zweiteilung."

86 *Flume*, Rechtsgeschäft, 5 ff., 17 ff.; *Moor*, Droit administratif I, 135.

87 *Moor*, Droit administratif I, 135; *Brethe de la Gressaye*, droit administratif et droit privé, 305; *Terré*, Introduction, 91.

Recht und die gleich bleibend typischen Merkmale der Kerngebiete ändern allerdings nichts daran, dass die Zweiteilung den Charakter eines *rechtsgrundsätzlichen Gegensatzes* verloren hat[88]. Die theoretischen Bemühungen um eine klare Abgrenzung zwischen den Teilrechtsordnungen gleichen, um mit STOLLEIS zu sprechen, „einem Sternenlicht, das auch dann noch unterwegs ist, wenn seine Quelle längst erloschen ist."[89]

88 *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 89. So auch der ganz überwiegende Teil der Lehre, vgl. nur *Brückner*, Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht, 44 („kein Erkenntiswert"); *Caroni*, Privatrecht, 103 („schwindenden Darstellungskraft"); *Gygi*, ZSR 103 I (1984), 15 („unbewältigte Unterscheidung"); *Le Roy/Schoenenberger*, Introduction, 373 („inconvénient majeur"); *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, 19 („Geltungsverlust als Massstab und orientierende Verständnishilfe"); *Ritter*, AöR 104 (1979), 409 („hermeneutischer Kunstgriff"); *Savatier*, Du droit civil, 13 („infléchissement vers le droit public"); *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 168 („verklungene Modellansätze").

89 *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 59.

II. Neuere Ansätze zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen den Teilrechtsordnungen

Die Systementwürfe der Rechtswissenschaft sind nicht Selbstzweck. Sie dienen vielmehr dem Ziel, Normen und Normkomplexe nach systematischen Gesichtspunkten zu ordnen, um sie im Hinblick auf ihre Anwendung zu „begreifen"[90]. Wenn das Recht der modernen Gesellschaft mit dem System der Zweiteilung nicht mehr präzise beschrieben werden kann, so ruft dies nach der Ausbildung und Anwendung von neuen rechtssystematischen Perspektiven und Modellen. Die traditionsreiche Formel der Einheit der Rechtsordnung erlebt angesichts dieses Zustandes eine Renaissance. Ihre Tauglichkeit als rechtssystematisches Alternativmodell ist aber angesichts der gewollten Heterogenität der Rechtsordnung fraglich (1).

Eine differenziertere, die überkommene Dichotomie übersteigende Konzeption wurde letztmals in den späten 60er Jahren von MARTIN BULLINGER entwickelt (2). Seither scheint der Impetus zur Entwicklung eines „neuen Gemeinrechts" erlahmt, die Überblicke über den Stand der Diskussion reflektieren vor allem den Stillstand[91]. Es fehlt die Energie für das An- und Weiterdenken neuer Konzeptionen, zumal die Masse der praktischen Zuordnungsprobleme sich anhand der pragmatischen Methode zufriedenstellend lösen lassen.

Wenngleich der Entwurf eines differenzierten Gemeinrechts nicht weitergeführt wurde, so findet sich doch die Stossrichtung BULLINGERS in den weniger ambitiösen rechtwissenschaftlichen Bemühungen um einen sachadäquateren Umgang mit der Dichotomie wieder[92]. Diese Bemühungen zielen darauf ab, statt auf die formale Rechtsform und das begriffliche System verstärkt auf den Rechtsinhalt und die Funktionalität der Teilrechtsordnungen abzustellen (3). Die damit verbundene Umdeutung der Zweiteilung erweist sich als gangbarer Weg bei der Entwicklung eines Rechtsverständnisses, das besser als bisher die moderne Sozialordnung durch Recht reflektiert.

---

90 *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, 19.

91 *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 43. Für die Schweiz weist *Eichenberger*, Verwaltungsprivatrecht, 92 Fn. 33, darauf hin, dass die Abgrenzung sich auf dem selben Stand befindet, den 1962 *Hans Huber*, Berner Kommentar, N 110 ff. zu Art. 6 ZGB) ermittelt und dargestellt hat.

92 *Bullinger* mag dies selbst vorausgesehen haben, indem er dafür plädierte, die Begrifflichkeit der Zweiteilung „behutsam zu überwinden oder doch der veränderten Lage anzupassen". Vgl. *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 10.

1. Die Renaissance der „Einheit der Rechtsordnung"

OTTO VON GIERKE schrieb 1889, Privatrecht und öffentliches Recht seien „Kinder einer Mutter"[93]. Auch EUGEN HUBER bemerkte 1893, die Idee der Einheit der Rechtsordnung liege schon in den Anfängen des Privatrechts[94]. Die gleichnamige, als „Jahrhunderteinfall"[95] bezeichnete Schrift von ENGISCH erschien 1935[96]. Insofern mag es verwundern, dass eine solch traditionsreiche Figur hier unter den „neueren Modellansätzen" figuriert. In der Tat handelt es sich bei der Einheit der Rechtsordnung zwar nicht um etwas Neues, wohl aber um etwas Neuentdecktes: Sie erlebt in unseren Tagen eine vielbeschriebene und heiss diskutierte Renaissance[97].

Angesichts der rechtswissenschaftlichen Kapitulation vor einer eindeutigen Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht erstaunt ihre Auferweckung vom rechtswissenschaftlichen Schlummerdasein wenig. Sie reflektiert die allgemeine Erkenntnis, dass die Teilrechtsordnungen heute weniger denn je isoliert nebeneinander bestehen. Vereinfacht gesagt steht sie für das Anliegen der *Kohärenz der Gesamtrechtsordnung*[98]. Daraus resultie-

---

93 *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 44 f.

94 *Huber*, System und Geschichte, 223.

95 So *Schmidt*, Vielfalt des Rechts, 9.

96 Die Schrift von *Engisch* mit dem Titel „Die Einheit der Rechtsordnung" ist eine erweiterte Fassung seiner Heidelberger Antrittsvorlesung aus dem Jahre 1935. Im Gegensatz zur Wiener Schule (namentlich: *Kelsen*) sah *Engisch* davon ab, möglichst harte, aufeinander abgestimmte und aus den Äusserungen der Rechtsordnung selbst geschöpfte Kollisionsregeln zu entwickeln. Er vertrat vielmehr ein weiches Konzept, das es erlauben sollte, bei der Lösung von Normkollisionen möglichst viele materielle Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Ausführlich *Baldus*, Einheit der Rechtsordnung, 186 ff. In der Schweiz wurde die Idee *Engischs* unter anderem von *August Egger* aufgegriffen, vgl. *Egger*, Rechtsethik des ZGB, 152 ff.

97 Vgl. nur den Beitragstitel von *Lendi*, Die Wiederentdeckung der Einheit der Rechtsordnung, 407 ff. Zu nennen sind weiter: *Felix*, Die Einheit der Rechtsordnung (Passauer Habilitationsschrift, 1998), *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung (Frankfurter Dissertation 1993), *Metzger*, Der Persönlichkeitsschutz als Problem der Einheit der Rechtsordnung (Zürcher Dissertation 1993); *Münchener Juristische Gesellschaft (Hrsg.)*, Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung (Aufsatzsammlung 1996); *Schmidt (Hrsg.)*, Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung? (Aufsatzsammlung 1994). Für die wissenschaftliche Kontroverse, die über Nutz und Unnutz der Einheit der Rechtsordnung entbrannt ist, vgl. den Überblick bei *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 7 ff.

98 Zur Vielfältigkeit der mit der Argumentationsfigur verbundenen Assoziationen vgl. nur *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 5 ff. Zur Schwierigkeit ihrer Fassbarkeit *Baldus*, Einheit der Rechtsordnung, 13, wonach man den Eindruck gewinne, „als würde der Begriff, zur feierlichen Verziehrung dienend, gefliessentlich ein-

ren unmittelbare Konsequenzen für die Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Diese sollen im Kontext der Gesamtordnung erfolgen, was bedeutet, dass bei der Legiferierung und Anwendung der einen Teilrechtsordnung die Normierungen und Zielsetzungen der anderen Teilrechtsordnung berücksichtigt werden müssen[99].

Die Figur der Einheit der Rechtsordnung hat etwas Bestechendes: Sie ist „knapp, sprachlich griffig, spricht literarisch an"[100]. Zudem entschärft ihre Fokussierung auf das Verbindende die Diskussion um die Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht. Damit verhindert sie auch die Gefahr einer „ebenso eitlen wie letztlich unfruchtbaren Fächerkonkurrenz"[101]. All dies verdient Zustimmung. In der Tat haben Privatrecht und öffentliches Recht dieselbe Aufgabe. Sie besteht in der Sozialordnung durch Recht, unter Rückbindung an die Grundwerte der Verfassung[102]. Diesem Gesamtkontext sind alle Rechtsgebiete und jede einzelne Rechtsnorm verpflichtet[103]. Privatrecht und öffentliches Recht sind diesbezüglich von einer einheitlichen Ordnungsidee und nicht von inneren Gegensätzen bestimmt[104]. Mithin kommt der Figur der Einheit der Rechtsordnung *Leitbildcharakter* zu.

Als neues, die Dichotomie ersetzendes Systemmodell ist die Einheit der Rechtsordnung dennoch nicht tauglich. Sie verdeckt, dass innerhalb der Gesamtrechtsordnung, insbesondere auch zwischen Normen derselben, ver-

---

gestreut, um eine stimmungshebende und allen Zweifeln enthoben Aussage über das Gesamt der Rechtsordnung zu treffen."

99 Vgl. nur BGE 120 II 112 (114): „Das Gesetz ist als Einheit und aus dem Zusammenhang zu verstehen, wobei dieser Zusammenhang allenfalls gesetzesübergreifend, mit der ganzen Rechtsordnung zu berücksichtigen ist. Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist." Siehe auch *Häfelin*, Verfassungskonforme Auslegung, 242.

100 *Müller*, Einheit der Verfassung, 236.

101 *Kloepfer*, Natur und Recht, 338. Zum „Grabenkampf" zwischen Zivilrecht und Steuerrecht vgl. *Koller*, Privatrecht und Steuerrecht, 85 ff. Andere verbinden mit der Formel aber gerade die Verschärfung der Fächerkonkurrenz, vgl. *Sach*, Genehmigung als Schutzschild, 288: „Mit der These der Einheit der Rechtsordnung wird tendenziell immer versucht, einen Hegemonialanspruch des öffentlichen Rechts gegenüber anderen Teilrechtsordnungen durchzusetzen...". Auch *Damm*, Risikosteuerung im Zivilrecht, 134, sieht sie als Motor für „ungerechtfertigte Dominanzpostulate".

102 Vgl. etwa *Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 169; *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 12 f.

103 *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 90.

104 So auch *Bullinger*, FS Rittner, 83.

schiedene und konfligierende Ziele bestehen[105]. Diese Widersprüche sind bereits in der Dynamik des Rechts angelegt[106] und in der ausdifferenzierten Rechtsordnung der modernen Gesellschaft geradezu unumgänglich[107]. Die Einheit der Rechtsordnung wird demnach durch die gewollte Verschiedenheit der Rechtsnormzwecke begrenzt[108]. Will man dies im Rahmen der Einheitsformel berücksichtigen, so stellt sich die Frage, was sie über die ihr zugestandene Leitbildfunktion hinaus zu leisten vermag.

Die oszillierende Wertigkeit der Figur zeigt sich auch in der bundesgerichtlichen Judikatur. Einerseits gehört sie zum Standardrepertoire in den Entscheidungen des EVG, wenn es um die Frage der verfassungskonformen Auslegung geht[109]. In anderen Entscheiden wird gar ihr Verfassungsrang suggeriert[110]. Dann aber wird sie wiederum als „sehr vages Gebot" bezeichnet, das jedenfalls über den divergenten Interessenschutz innerhalb der Rechtsordnung nicht hingwegzutäuschen vermöge[111]. Allein bei der Frage nach der „Einheit" von Zivilrecht und Strafrecht hat das Bundesgericht einmal so und einmal anders entschieden[112].

---

105 So auch das Bundesgericht, vgl. nur BGE 124 I 176 (180): „Es wäre im Widerspruch zur grundsätzlichen Gleichrangigkeit von Normen der gleichen Erlassstufe, wenn die Gültigkeit eines bestimmten Gesetzes davon abhängig gemacht würde, dass es den in einem anderen Gesetz enthaltenen Wertungen entspricht. Auch das sehr vage Gebot der Einheit der Rechtsordnung vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass es divergierende Anliegen und Interessen gibt, welche durch den Gesetzgeber in den jeweiligen Spezialgesetzen zu regeln sind." Vgl. auch BGE 107 II 277 (286), wonach es sich nicht rechtfertigt, die unterschiedlichen Schutzbereiche von UWG und KG im Dienste der Einheit der Rechtsordnung zu vermengen. Die unterschiedliche Zwecksetzung von Zivilrecht und Strafrecht betont sodann BGE 117 IV 139 (149). Weitere Nachweise liefern etwa *Koller*, Privatrecht und Steuerrecht, 50 ff.; *Rumo-Jungo*, Haftpflicht und Sozialversicherung, Rn. 566 ff.

106 So schon *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, 67.

107 Hierzu ausführlich *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 399 ff., die in ihrer Untersuchung zudem zum Schluss kommt, dass die verfassungsmässige Relevanz der Figur gering sei.

108 *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 404.

109 Vgl. nur BGE 126 V 93 (97), 126 V 103 (105), 126 V 435 (438), 126 V 468 (472).

110 BGE 117 Ib 25 (39): „[Die] aus dem materiellen Recht hervorgehende inhaltliche und verfahrensmässige Koordinationspflicht ergibt sich auf Verfassungsstufe namentlich aus den Art. 4 BV hergeleiteten rechtsstaatlichen Garantien, insbesondere dem Willkürverbot und dem Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung."

111 BGE 124 I 176 (180). Vgl. auch BGE 107 II 277 (286).

112 BGE 90 IV 14 (19): Was das ZGB als erlaubt erklärt, kann nach Art. 32 StGB nicht strafbar sein, da sonst die Einheit der Rechtsordnung und die Rechtssicherheit gefährdet würde. BGE 117 IV 139 (147): Betrug ist auch im Rahmen rechtswidri-

Die Dynamik des Rechts mag mit der starren Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht nicht zufriedenstellend erfasst werden. Dennoch wäre es unfruchtbar, die Dichotomie als altes Grundprinzip zugunsten der Einheit der Rechtsordnung als neues Grundprinzip der Rechtssystematik aufzugeben. Zwar würde ein solches Vorgehen nicht vom Regen in die Traufe führen. Doch verspricht ein solcher Ansatz auch keine Aufhellung der sichtverdeckenden Wolken einer überkommenen Nomenklatur.

2. Ein differenziertes Gemeinrecht?

Ein bemerkenswerter Entwurf für ein post-dichotomes Rechtsverständnis stammt von MARTIN BULLINGER. Im Kern geht es darum, den Rechtskanon unter dem Aspekt regelungsrationaler Gemeinsamkeiten und Differenzen neu zu systematisieren. Der Kritikansatz an der bestehenden Dichotomie besteht darin, dass die strenge Teilung des Rechts in zwei Ordnungen mit jeweils unterschiedlichen Merkmalen und Wertungen nur durchführbar ist, wenn man sich darauf beschränkt, einzelne Teilaspekte herauszugreifen und diese zu verallgemeinern[113]. BULLINGER setzt dieser Partialvision mit gesamtheitlichem Geltungsanspruch einen Ansatz entgegen, der für die verschiedenen rechtlichen Wirkungsbereiche die Gemeinsamkeiten zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht aufspüren will. Wo bei der Zusammenschau von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen konvergente Regelungsrationalitäten auszumachen sind, sollten diese Regeln unter einem gemeinsamen Regelungsdach – also zu einem Gemeinrecht – zusammengefasst werden. Wo dagegen einzelne Sachbereiche eine gesonderte Regelung verlangen, sollten sie als Spezialrechtsgebiete ausgesondert werden.

In dieser Systematik fungieren die tatsächliche Aufgabe und Stellung der jeweiligen Akteure als primäres Kriterium für die Zuordnung zum grenzüberschreitenden Gemeinrecht bzw. zu einem Sonderrechtsgebiet. Die formale Zuordnung zum öffentlichen oder zum privaten Recht spielt demgegenüber keine Rolle. Entsprechend kann die Nomenklatur von öffentlichem und privatem Recht aufgegeben und durch sachnahe begriffliche Differenzierungen ersetzt werden. Ein Baustein eines solchen Gemeinrechts würde beispielsweise aus den allgemeinen Regeln für ein Verkehrsrecht bestehen, das nicht allein die privaten Lebensverhältnisse, sondern alle wirt-

---

ger (und daher nichtiger) Geschäfte möglich, auch wenn dies gewisse Autoren unter Hinweis auf die Einheit der Rechtsordnung verneinen.

113 *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, insb. 115.

schaftlichen Rechtsbeziehungen regelt, also auch die wirtschaftlichen Rechtsbeziehungen des Staates[114]. Demgegenüber wären etwa das Verfassungsrecht oder das Polizeirecht als Teilrechtsordnungen mit je eigenen Prinzipien auszusondern[115]. Mithin geht es um die Entwicklung eines Rechtsverständnisses, das auf die Sachangemessenheit der Normierung abstellt und diese nicht zusätzlich mit den Begrifflichkeiten von „öffentlich" und „privat" befrachten will[116].

Mit dem Entwurf eines *„Gemeinrechts mit gestuften Sonderregelungen"*[117] gelingt BULLINGER die Überwindung der überkommenen Dichotomie. Während die traditionelle Zweiteilungslehre auf die typischen Elemente der Kernbereiche abstellt und diese als Unterscheidungsmerkmale verallgemeinert, fokussiert er auf die zunehmende Masse von Grenznormen und sucht dort nach sachadäquaten, teilrechtsübergreifenden Regelungen. Anders als beim Modellansatz der Einheit der Rechtsordnung findet bei ihm eine ausdrückliche Berücksichtigung der verschiedenen Zielsetzungen innerhalb der Rechtsordnung statt (gestufte Sonderregelungen).

BULLINGERS konstruktiver und innovativer Ansatz eines neuen Rechtsverständnisses wurde als theoretisches Bemühen gewürdigt, aber nicht fortentwickelt[118]. Ein massgeblicher Grund liegt wohl in der grossen Zahl positiver Normen, die auf die Zweiteilung abstellen. Sie in ein neues Rechtssystem einzupassen, würde die Energien ganzer Generationen von Juristinnen und Juristen verschlingen. Angesichts der Tatsache, dass Rechtsprechung und Lehre dank ihrer pragmatischen Zuordnungspraxis den von BULLINGER geforderten sachadäquaten Umgang mit den Normen der Teilrechtsgebiete weitgehend verwirklichen können, erscheint der wissenschaftliche Kraftakt, dessen es bedürfte, um in Fortentwicklung von BULLINGERS ersten Bausteinen die umfassende Umbildung des Rechtskanons vorzunehmen, schlicht zu gross.

Daneben ist zu vermerken, dass die Praxis sich mit der Idee eines Gemeinrechts offensichtlich weniger schwer tut als die Theorie. Abgesehen von den Doppelnormen, die man als singuläre Gemeinrechtsnormen be-

---

114 Vgl. *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 111. Das Privatrecht war in der Ausgangsvorstellung der Dichotomie ein solches allgemeines Verkehrsrecht: Es galt sowohl für die Privaten wie auch für das wirtschaftliche Handeln des Staates, vgl. *Bullinger*, FS Rittner, 75.

115 *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 75 ff., 80 ff., 112 ff.

116 In diese Richtung gehen auch die Überlegungen *Brückners*, Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht, 46 f.

117 *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 81 ff., insb. 87.

118 So der Autor selbst, vgl. *Bullinger*, FS Rittner, 69, m.w.N.

zeichnen könnte, kommt es in jüngerer Zeit vermehrt zur Verabschiedung von sogenannten Einheitsgesetzen. Diese regeln für die betreffende Materie sowohl die privatrechtlichen wie auch die öffentlich-rechtlichen Aspekte. In ihrem allgemeinen Teil weisen sie oft – und hier kommt die Idee des Gemeinrechts zum Tragen – für beide Bereiche einheitliche Regeln auf (aggregierte Gemeinrechtsnormen)[119].

3. Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen

Ein weiterer rechtswissenschaftlicher Modellansatz für den Umgang mit dem Recht einer modernen, ausdifferenzierten Gesellschaft liegt in der Betonung der Funktionalität[120] der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht. Privatrecht und öffentliches Recht werden hier nicht mehr als autarke Ordnungssysteme des Rechtskanons verstanden, sondern als zwei *unterschiedliche Steuerungstechniken, mit denen der Gesetzgeber die Sozialordnung durch Recht vornehmen kann,* und die insgesamt komplentär wirken sollen.

Ausgangspunkt dieses Ansatzes bildet die (gesicherte) Erkenntnis, dass die Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht historisch kontingent und daher auch wandlungsfähig ist. Das apriorische Verständnis der Unterscheidung, wie es etwa noch RADBRUCH vertreten hat[121], wird damit endgültig verabschiedet. Andererseits werden aber weder die Einheit der Rechtsordnung im Sinne einer zwingenden Harmonie aller Rechtsnormen propagiert, noch weitere Bausteine zu einem differenzierten Gemeinrecht entwickelt. Vielmehr bleibt die Zweiteilung begrifflich bestehen. Sie erfährt aber inhaltlich insofern eine Umdeutung, als die unterschiedliche Steuerungsfunktion der beiden Teilrechtsordnungen im Vordergrund steht[122].

---

119 Beispiele: Börsengesetz (Art. 9 BEHG), Gleichstellungsgesetz (Art. 4 - 11 GlG), Kartellgesetz (Art. 5 ff.), Datenschutzgesetz (Art. 4-11 DSG), Strassenverkehrsgesetz (73 Abs. 1 SVG). Vgl. zu den Einheitsgesetzen *Marti,* Zürcher Kommentar, N 31, 71, 75 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB.

120 Zur Vieldeutigkeit des Begriffs der „Funktion" vgl. *Schluep*, Funktionalität, 139 ff. Hier wird mit Funktion und Funktionalität in erster Linie die *Rolle* und *Aufgabe* verstanden, die die einzelne Teilrechtsordnung im Gesamtkanon wahrnimmt.

121 Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, § 16 (122): „Die Begriffe ‚privates' und ‚öffentliches Recht' sind nicht positivrechtliche Begriffe ... sie gehen vielmehr logisch jeder Rechtserfahrung voran und verlangen für jede Rechtserfahrung von vornherein Geltung. Sie sind apriorische Rechtsbegriffe."

122 Zur Betonung der unterschiedlichen Funktionen von Privatrecht und öffentlichem Recht bereits *Huber*, Berner Kommentar, N 155 zu Art. 6 ZGB. In diesem

So wird dem Privatrecht eine Steuerungsfunktion bezüglich der Rahmenvorgaben zugewiesen, die in Gestalt bestimmter Verfahrensgarantien eine jeweils situativ-konsensuale Konfliktlösung der Privatrechtsakteure bloss begleiten[123]. Demgegenüber charakterisiert man das öffentliche Recht als eine Normierung der „Programmsteuerung", bei der es im Ergebnis um Inhaltsgarantien geht, die der Staat im Zweifel durch autoritative Konfliktlösung unter den interessendivergenten Akteuren verwirklicht[124].

Während inhaltliche Zielvorgaben dem Privatrecht im Ansatz fremd sind, ist für das öffentliche Recht die Ziel- und Mittelformulierung charakteristisch[125]. Innerhalb dieses grösseren Zusammenhanges stellt sich die privatrechtliche Aktivität des Normgebers eher als eine unspezifisch-mittelbare Steuerung dar, die über die Rahmenordnung des Privatrechts wirkt. Demgegenüber bietet das öffentliche Recht typischerweise eine spezifisch-präventive Steuerung, die unmittelbar auf die Vermeidung von Schädigung und die Bewirkung von Schutz gerichtet ist. Die Werkzeuge des Privatrechtsgesetzgebers sind dementsprechend solche der Rahmenordnung, etwa Haftungs- und Entschädigungsregeln; sie machen es für die privaten Akteure zur Obliegenheit, in einer bestimmten Weise zu handeln, geben diese Handlungsweise aber nicht strikt vor. Demgegenüber sind die Werkzeuge des öffentlichen Rechts typischerweise Handlungsgebote und -verbote, d.h. Instrumente der direkten Verhaltenssteuerung[126]. Diese eher allgemeinen Unterschiede in der Steuerungsfunktion der Teilrechtsordnungen haben durchaus konkrete Konsequenzen. So kommt dem Privatrecht der Sekundärrechtsschutz die massgebliche Bedeutung zu: Nicht der Handlungszwang, sondern die Schadenersatzforderung steht im Vordergrund. Demgegenüber gilt im öffentlichen Recht ein strikter Vorrang des Primärrechtsschutzes: Das Sonderrecht des Staates ist ein Handlungsrecht, kein Haftungsrecht.

Sinne auch *Marti*, Zürcher Kommentar, N 31 Vorb. zu 5, 6 ZGB, unter Bezugnahme auf die neueren, von *Schmidt-Aßmann* und *Hoffman-Riem* angestossene Diskussion.

123 Ähnlich *Schmidt*, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 169, der von den unterschiedlichen Grundansätzen der Teilrechtsordnungen zur Verwirklichung der gemeinsamen Zielsetzungen spricht.

124 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 21. Zum Programmcharakter des öffentlichen Rechts auch *Brückner*, Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht, 41.

125 *Moor*, Droit administratif I, 120.

126 Vgl. *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 1134 ff.; *Moor*, Droit administratif II, 63.

Versucht man, die unterschiedlichen Steuerungsfunktionen der einzelnen Teilrechtsordnungen auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, so ergibt sich folgendes Bild: Die privatrechtlichen Instrumente sind als Steuerungsmechanismen besonders geeignet, wenn das Handeln unter dem Gesichtspunkt der *Effizienz* erfolgen soll. Denn von ihrer Ausrichtung her lassen die privatrechtlichen Instrumente die (privaten oder staatlichen) Akteure kosteneffizient handeln[127]. Die Instrumente des öffentlichen Rechts können dagegen dann eingesetzt werden, wenn in einem Bereich die *Effektivität* das massgebliche Ziel ist. Durch die öffentlich-rechtlichen Instrumente können bestimmte Garantien im Ergebnis bewirkt werden – nötigenfalls mit erheblichem Aufwand, wie er auf freiwilliger Basis nicht geleistet würde, sowie unter Einsatz von Zwang.

Mit der Betonung der unterschiedlichen Prinzipien und Instrumente der Teilrechtsordnungen erfolgt die Ablösung vom traditionellen Zweierschema. Damit ist gedanklich aber erst die unterschiedliche Funktion der Teilrechtsordnungen festgemacht. In einem zweiten Schritt ist der Blick auf die Art des Zusammenwirkens dieser unterschiedlichen Funktionen zu richten. Hier kommt die Beobachtung und das Postulat, dass die beiden „Pole" der Rechtsordnung in ihrer Unterschiedlichkeit komplementär wirken, sich also gegenseitig ergänzen und stützen sollen. Für diese Art des Zusammenwirkens, das schon RAISER in seinem Aufsatz über die Zukunft des Privatrechts eindrücklich beschrieb[128], hat HOFFMANN-RIEM den Begriff der *wechselseitigen Auffangordnungen* geprägt[129]. Ausgangspunkt bildet die Beobachtung, „dass die wechselseitige Nutzung der Leitideen, Denkmuster, dogmatischer Figuren und Instrumente beider Teilrechtsordnungen nicht nur zugenommen, sondern zum Teil eine besondere Qualität des Zusammenspiels gebracht hat." Dieses besteht „aus einer wechselseitigen Abstimmung, die die Nutzung komplementärer oder substituierender Wirkungen der einen Teilrechtsordnung für die andere erlaubt oder daraus, dass das Regelungsregime der einen nur oder erst genutzt wird, wenn das der anderen Defizite aufweist, oder aber daraus, dass die eine Teilrechtsordnung Möglichkeiten der Feinsteuerung bereit hält, die in der anderen so nicht bestehen. Dabei kann das Zusammenwirken von vornherein in der Rechtsordnung einkalkuliert sein oder sich in der praktischen Handhabung als

127 Vgl. *Kirchner*, Regulierung, 70.

128 *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, 29 f.

129 *Hoffmann-Riem*, AöR 119 (1994), 624. In Anlehnung daran der von *Hoffmann-Riem* und *Schmidt-Aßmann* herausgegebene Band mit dem Titel „Öffentliches Recht und Privatrecht als gegenseitige Auffangordnungen" (1996).

Möglichkeit ergeben."[130] Knapp gesagt geht es also bei der Auffangidee darum, dass sich die beiden Teilrechtsordnungen in ihrer unterschiedlichen Steuerungsfunktion optimal ergänzen („auffangen")[131].

4. Typologie der Auffangrelationen

Ein Verdienst, dass der Auffangdiskussion zukommt, ist ihr Bemühen, die unübersichtlich gewordene Gemengelage von privatem und öffentlichem Recht typologisierend zu ordnen. Drei Typologien des Zusammenspiels von öffentlichem und privatem Recht sind besonders hervorhebungswürdig: die Typologie der „Bauformen"(a), die Typologie der Normrelationen (b) und die Typologie der Verbindungsgegenstände (c).

a) Typologie der „Bauformen" eines Rechts der Auffangvorgänge

Unter den Bauformen des Rechts der Auffangvorgänge versteht SCHMIDT-ASSMANN diejenigen „Rechtsinstitute und Regelungsmechanismen ..., die die Schnittstellen zwischen den beiden Teilrechtsordnungen erfassen."[132] Die Typologie versucht dazu, diejenigen Gestaltungsformen gruppierend herauszuheben, die in der tatsächlichen Normierungspraxis an der Schnittstelle zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht bereits einige praktische Bedeutung erlangt haben.

aa) Privatrechtsgestaltende Verfügung

Eine erste Bauform des Rechts der Auffangvorgänge ist die privatrechtsgestaltende Verfügung. Hier wird die Verfügung nicht nur dazu eingesetzt, eine hoheitliche Einzelanordnung gegenüber einer Privatperson zu treffen[133], sondern sie wirkt darüber hinaus unmittelbar gestaltend auf die private Rechtsbeziehung[134]. Beispiele für privatrechtsgestaltende Verfügungen finden sich unter anderem im Grundstücks-, Stiftungs- und Kartellrecht[135].

---

130 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 271.

131 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 8.

132 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 31.

133 Zur Legaldefinition der Verfügung vgl. Art. 5 VwVG.

134 Zum Kriterium des unmittelbaren gestaltenden Einflusses auf die Privatrechtsbeziehung als Kernelement des Begriffs des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes *Manßen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 24 ff. Die Wirkung kann in der Begründung, oder Vernichtung des privatrechtlichen Rechtsverhält-

Unter Zugrundelegung des Zweiteilungsdogmas sind privatrechtsgestaltende Hoheitsakte „Einmischungen" des öffentlichen Rechts in ansonsten privatautonom ablaufenden Prozessen[136]. Unter der Perspektive der Auffangordnungen tritt demgegenüber die Auffangfunktion solcher Vorgänge in den Vordergrund: Danach werden privatrechtliche Beziehungen entweder aufgrund eines besonderen öffentlichen Interesses oder aufgrund besonderer privater Schutzinteressen der unterstützenden Wahrnehmung durch die Verwaltung unterstellt[137]: Es kommt zum *Ausgleich der Funktionsschwäche* des Privatrechts durch das öffentliche Recht[138].

bb) Gestufte Steuerungsvorgaben

Von einer Gestaltung durch gestufte Steuerungsvorgaben kann man immer dann sprechen, wenn eine staatliche Regulierung solange zurückgestellt wird, wie ein förmlich festgesetztes Ziel von den Privatrechtssubjekten auch ohne staatliche Ingerenz sichergestellt wird[139]. Anders als der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt, der gleichzeitig Wirkungen im öffentlichen Recht wie im Privatrecht zeitigt, führen die Bedingungen einer gestuften Steuerungsvorgabe zu einem Wechselspiel privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Verwirklichung: Hoheitliche Ergebniserzwingung wird erst dann aktiviert, wenn die privatrechtliche Rahmenordnung versagt hat. Die ge-

---

nisses bestehen, vgl. *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 78; *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I, Nr. 35 III c.

135 Für Beispiele vgl. *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 1019 ff.; *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I, Nr. 38 B; *Rhinow/Krähenmann*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 38.

136 Entsprechend kritisch die ältere Lehre. So verneinte etwa *Mayer*, die logische Möglichkeit der Existenz öffentlich-rechtlicher Rechtsinstitute mit zivilrechtlicher Wirkung. Vgl. *Mayer*, Verwaltungsrecht I, 118 (1924), Verwaltungsrecht II, 570. Für eine jüngere Kritik vgl. *Diedrichsen*, 56. DJT, L69, wonach sich das öffentliche Recht besser um eine grössere Effektivität seiner eigenen Machtmittel kümmern solle, „statt die Usurpation des Zivilrechts anzustreben".

137 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 31 f.

138 Vgl. dazu *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I, Nr. 38 B I: „Eine privatrechtsgestaltende Verfügung hat die Tragweite eines Perfektionselements gegenüber einem nach Zivilrecht gültig abgeschlossenen Vertrag."

139 Die Terminologie ist uneinheitlich. Meist werden unter dem Oberbegriff der „gesteuerten Selbstregulierung" (*Langhart*, Rahmengesetz und Selbstregulierung, 107 ff., 116 ff.), oder der „regulierten Selbstregulierung" (*Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 301 f.) die vielfältigen Formen der neuen Steuerungsmethoden – einschliesslich der gestuften Steuerungsvorgaben – zusammengefasst.

stuften Steuerungsvorgaben begründen eine zwar rechtsverbindliche, aber *suspendierte administrative Einwirkung*.

Das Stufenmodell hat Eingang in zahlreiche neuere Gesetze gefunden; man könnte es fast als „Star" unter den neueren Rechtsetzungsmodellen bezeichnen[140]. Auch bei der gestuften Steuerung lässt sich das Auffangkonzept erkennen: Der Staat setzt zunächst auf die privatautonome Wahrnehmung von Verantwortlichkeit, spannt aber ein *staatliches Auffangnetz* in Form von Verordnungsermächtigungen. Gleichzeitig wird mit solchen Regulierungsvorbehalten auch eine Vorwirkung der gesetzlichen Zielsetzung begünstigt, indem damit die Motiviation zur privaten Massnahmenergreifung aktiviert wird[141].

cc) Autonome Systeme kollektiver Aufgabenerfüllung

Eine wiederum andersartige Gestaltungsform der „Bauformen" liegt vor, wenn Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen, der Initiative der Betroffenen überlassen werden, und ihnen zudem bei der Aufgabenerledigung ein weitgehender Entscheidungsspielraum zugestanden wird[142]. Gleich wie beim Stufenmodell besteht eine staatliche Zielvorgabe. Im Gegensatz dazu

---

140 Geradezu lehrbuchartig das CO_2-Gesetz: Zu den Massnahmen des förmlich festgesetzen CO_2-Reduktionsziels zählen die freiwilligen Emmissionsbegrenzungen durch die Verbrauchenden (Art. 3, 4 CO_2G). Der Bundesrat wird zur jährlichen Evaluation des Massnahmekatalogs verpflichtet. Ist eine Zielverfehlung absehbar, führt er eine CO_2-Abgabe ein (Art. 5, 6 CO_2G). Zum Experiment „Emissionshandel" in der Region Basel vgl. *Staehelin-Witt/Spillmann*, Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht 17 (1994), 207 ff. Umweltschutzgesetz: Prüfung der bestehenden Branchenvereinbarungen vor Erlass der Ausführungsbestimmungen (Art. 41a USG). Umweltschutzgesetz, VOC-Abgabe: Befreiung von der Lenkungsabgabe bei erfolgreichen Massnahmen zur Senkung der VOC-Emissionen (Art. 9 VOCV). Energiegesetz: Prüfung der privaten Vereinbarungen vor Erlass von Ausführungsvorschriften, weitestmögliche Übernahme im Falle hoheitlicher Regulierung (Art. 2 EnG). Andere Beispiele: Konsumenteninformationsgesetz: Verordnungsermächtigung des Bundesrates erst bei Scheitern einer privaten Lösung zwischen Organisationen der Wirtschaft und der Konsumierenden (Art. 3, 4 KIG). Preisüberwachungsgesetz: Verfügungsermächtigung des Preisüberwachers erst bei Scheitern einer einvernehmlichen Regelung mit dem betreffenden Unternehmen (Art. 9, 10 PÜG). Geldwäschereigesetz: Direkte Aufsicht der Kontrollstelle nur für Finanzintermediäre, die sich nicht einer anerkannten Selbstorganisation angeschlossen haben (Art. 24 ff. GwG); Landwirtschaftsgesetz: Regulierung über Qualitäts- und Absatzförderung nur, wenn Selbsthilfemassnahmen der Marktteilnehmer in ihrer Wirkung gefährdet sind (Art. 9 Abs. 1 LwG).

141 In diesem Sinne *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 302.

142 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 34.

fehlt es aber am Auffangnetz in Gestalt einer subsidiären hoheitlichen Handlungsermächtigung: Die private Initiative löst die zielsichernde staatliche Regulierung erst aus; ohne diese Initiative würde der Staat nicht aktiv.

So statuiert etwa das Börsengesetz die ausreichende Selbstregulierung der Börsen als (ständig geltende) Bewilligungsvoraussetzung[143], ohne aber eine subsidiäre staatliche Handlungsermächtigung vorzusehen: Der Staat wird keine Börse eröffnen, falls es an Antragstellern mangelt[144]. Kollektive Aufgaben können aber auch über Vertragssysteme wahrgenommen werden. Ein Beispiel hierfür sind die normsetzenden Kollektivverträge, etwa die allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge, Rahmenmietverträge oder Vereinbarungen von Wirtschafts- und Konsumentenorganisationen[145]. Auch hier gibt der Staat zwar den Regelungsrahmen vor, er wird aber nicht aktiv, falls solche Verträge nicht abgeschlossen werden.

Da die autonomen Systeme kollektiver Aufgabenerfüllung sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich organisiert sein können, lassen sie sich nicht eindeutig in das Modell der Auffangvorgänge einordnen. Allerdings besteht das Charakteristikum dieser Systeme in der beachtlichen Regelungsautonomie, die ihnen zugestanden wird. Unter funktionaler Betrachtungsweise der Teilrechtsordnungen zeigt sich hier also ein privatrechtliches Element, das zur Entlastung der Administration und zur Feinabstimmung eines Regelungsbereichs eingesetzt wird.

dd) Organisationszwang

Eine weitere Form der Auffangvorgänge tritt in Erscheinung, wenn Gesetzgebung oder Verwaltung durch Organisationsvorgaben ihre Interessen in die Unternehmen hineintragen. Damit wird eine *Umgestaltung des Eigenin-*

---

143 Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a BEHG sowie Art. 4 - 9 BEHG.

144 Die Börse wird teilweise auch als Anwendungsfall der gestuften Selbststeuerung gesehen, vgl. *Ruffner*, Gesteuerte Selbstregulierung der Börsen, durchgehend. Dies zeigt: Es handelt sich bei den hier dargestellten Anwendungsbeispielen um Typologien, nicht um (überschneidungsfreie) Kategorien.

145 Für das Mietrecht und das Arbeitsrecht vgl. Art. 109 Abs. 2 und 110 Abs. 2 BV. Für die Doktrin: *Baudenbacher*, SAG 57 (1985), 66; *Forstmoser*, Einführung, § 17 Rn. 5 ff.; *Hausheer*, ZSR 95 II (1976), 225 ff.; *Langhart*, Rahmengesetz und Selbstregulierung, 118 ff.; Vgl. *Marti*, AJP 11 (2002), 1159 ff. Ausführlich zu Mietrecht und der Vereinbarung zwischen der Nationalbank und der Schweizerischen Bankiervereinigung: *Perrin*, Les conventions déclarées de force obligatoire, durchgehend.

teresses der Privaten erreicht – privates Organisationsrecht bildet dann ein funktionales Äquivalent zum öffentlichen Aufsichts- und Lenkungsrecht[146].

Ein Beispiel für diese Gestaltungsform der Auffangvorgänge sind die internen Revisionsstellen, wie sie etwa vom Bankengesetz und vom Versicherungsaufsichtsgesetz vorgesehen sind[147]. Sie dienen als interne Kontrollinstanz, sind von der operativen Geschäftsleitung unabhängig und prüfen unter anderem die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben[148]. Als weitere interne Kontrollinstanz sieht das künftige Versicherungsaufsichtsgesetz die Stelle einer Aktuarin vor; sie soll als „internes Gewissen" des Versicherungsunternehmens sicherstellen, dass die Solvabilitätsspanne richtig berechnet wird und das gebundene Vermögen mit den aufsichtsrechtlichen Vorschriften übereinstimmt[149]. Auch das Umweltrecht kennt mit den betriebsinternen Umweltmanagementsystemen ein Modell für die organisationsbezogene Umsetzung öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen; man erhofft sich davon insbesondere eine verbesserte Einhaltung der Umweltschutzbestimmungen[150].

Übernimmt im Fall des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts und der gestuften Steuerungsvorgaben das öffentliche Recht die Funktion der Auffangordnung, so ist es hier das Privatrecht. Denn obwohl die internen Organisationseinheiten nicht zur staatlichen Verwaltungsorganisation gehören[151], dient ihr Einsatz klar der aufsichtsrechtlichen Zielverwirklichung. Durch das Instrument des Organisationszwangs werden also mittels einer institutionalisierten Eigenkontrolle öffentlich-rechtliche Zielsetzungen in die Unternehmen selbst hineingetragen und von ihnen internalisiert.

b) Typologie der Normrelationen

Ein anderer Aspekt des Zusammenspiels zwischen öffentlichem und privatem Recht liegt in der Frage nach dem Verhältnis ihrer Normen. Hier kön-

---

146 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 32 f.

147 Vgl. Art. 9 Abs. 4 BankV und EBK-RS 95/1 (Interne Revision); Art. 27 E-VAG (BBl 2003, 3883).

148 Vgl. EBK-RS 95/1 Rn. 9, 13, 16.

149 Vgl. Art. 23, 24 E-VAG, BBl 2003, 3882.

150 Vgl. *Huber-Wälchli*, URP 1997, 437 ff. Dass dies auch der Fall ist, vertritt *de Quervain* in seinem Praxisbericht, vgl. *ders.*, URP 1997, 463.

151 Die Verwaltung darf die betriebsinternen Kontrolleure auch nicht als ihren „verlängerten Arm" benutzen. Anders stellt sich die Lage bei externen Kontrollgremien dar, die in Privatrechtsform organisiert sind, etwa die bankengesetzliche Revisionsstelle.

nen vier Grundformen unterschieden werden: die indizielle, die synchrone, die evozierende und die autonome Normrelation[152].

aa) Indizierung

Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Normen können dergestalt verbunden sein, dass die eine Teilrechtsordnung die (Wertungs-)Vorgaben der anderen als Indiz einer angemessenen Problemlösung akzeptiert[153]. Die Definitions- und Wertungsherrschaft der rezipierenden Ordnung bleibt dabei als Feinsteuerungs- und Nachsorgekompetenz bestehen: Die fremden Wertungsvorgaben gelten nur vermutungsweise; die Vermutung wird umgestossen, wenn die eigene Zwecksetzung eine abweichende Norminterpretation verlangt[154].

Indizielle Normrelationen entstehen beispielsweise dann, wenn die beiden Teilrechtsordnungen dieselben Begriffe verwenden, also etwa von Wohnsitz, Familie oder Vertrag sprechen. Vermutungsweise kommt diesen Begriffen in beiden Teilrechtsordnungen dieselbe Bedeutung zu; eine Korrektur erfolgt nur, wenn die teilrechtseigene Zwecksetzung dies erfordert[155]. Indizielle Wirkungen können aber auch zwischen formell unverbundenen Normen bestehen. So können beispielsweise öffentlich-rechtliche Grenzwerte, anerkannte technische Regeln oder eine aufsichtsrechtliche Praxis die Konkretisierung zivilrechtlicher Pflichten und Verantwortlichkeiten indiziell präjudizieren oder zumindest auf Darlegungslasten und materielle Beweislasten zurückwirken[156]. Umgekehrt können Verhaltensregeln privater Ver-

---

152 Eine andere Typologisierung findet sich bei *Lieber*, Zürcher Kommentar, N 115 zu Art. 7 ZGB, der verstärkt auf die Mechanik des Wirkungstransfers abstellt und dabei folgende Wirkungsformen unterscheidet: Verweisung, Übertragung, Herübernahme bzw. Heranziehung allgemeiner Rechtssätze, Anknüpfung des öffentlichen Rechts an privatrechtliche Tatbestände.

153 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 274 f.

154 Vgl. etwa *Moor*, Droit administratif I, 131, m.w.N. Ausführlich zu den Varianten der indiziellen Normrelation und ihren Wirkungen unten S. 102 (Koordination durch materielle Normrelation).

155 Sogenannter „Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität", vgl. dazu unten S. 102 (Koordination durch materielle Normrelation).

156 Vgl. hierzu *Marti*, Zürcher Kommentar, N 180 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB, m.w.N. Für die Relevanz der Aufsichtspraxis bei der Auslegung des zivilrechtlichen Sorgfaltsbegriffs vgl. *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 408 ff. Für die indizierende Wirkung von öffentlich-rechtlichen Immissionsgrenzwerten für private Verhaltenspflichten vgl. etwa BGE 126 III 223 (225). Ausführlicher sogleich unten S. 41 (Autonomie).

einigungen oder gar die zivilrechtliche Beurteilung eines Verhaltens im Aufsichts- und Strafrecht indizielle Bedeutung erlangen[157].

bb) Synchronisierung

Eine synchrone Normrelation liegt vor, wenn das öffentliche und das private Recht derselben Normierung unterworfen sind, etwa im Zusammenhang mit Doppelnormen[158]. Doppelnormen können im Gesetz ausdrücklich als solche gekennzeichnet sein: Die Haftungsbestimmungen des USG gelten sowohl für Private als auch für Bund, Kantone und Gemeinden[159]. Ihnen kann eine solche Wirkung aber auch durch die Rechtsprechung oder die Lehre zuerkannt werden: Die Verhaltenspflichten des Effektenhändlers sind zugleich aufsichtsrechtlicher und privatrechtlicher Natur[160]. Sie können vereinzelt auftreten, oder sich zu sogenannten „Einheitsgesetzen" verdichten: So geschehen im Datenschutzgesetz oder im Gleichstellungsgesetz[161].

Eine Synchronisierung kann aber auch im Rahmen der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze erfolgen. Ihnen kommt aufgrund ihrer allgemeinen Tragweite sowohl im Privatrecht wie im öffentlichen Recht unmit-

---

157 Bankaufsichtsrechtliche Bedeutung der Beteiligung an sittenwidrigen Geschäften: BGE 111 Ib 126 (128); EBK-Bull 40 (2000), 37 ff. (Biber-Holding). Zur Einstrahlung der zivilrechtlichen Rechts- und Sittenwidrigkeit nach Art. 19/20 OR auf die aufsichtsrechtliche Beurteilung der Konformität mit dem Bankengesetz vgl. *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 392 ff. Indizielle Bedeutung der VSB für das Aufsichtsrecht und Strafrecht: BGE 125 IV 125 (145), und dazu *Wiegand/Wichtermann*, recht 2000, 25 ff. Im betreffenden Fall entschied sich das Bundesgericht allerdings für eine autonome Auslegung des strafrechtlichen Sorgfaltsbegriffs. Anderes gilt für das Aufsichtsrecht, wo die VSB unbestrittenermassen als Konkretisierungshilfe für den Gewährsbegriff dienen, vgl. *Zulauf*, recht 7 (1989), 83 ff.

158 Vgl. zu den Doppelnormen *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 268 ff.; *Moor*, Droit administratif I, 133.

159 Art. 59a Abs. 6 USG. Weiteres Beispiel: Das geschlechtsbezogene Diskriminierungsverbot gilt für private und öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse (Art. 3 GlG i.V.m. Art. 2 GlG).

160 Vgl. *Roth*, Kommentar BEHG, N 29 zu Art. 11 BEHG, m.w.N. Weitere Beispiele: Lohngleichheitssatz (Art. 8 Abs. 2 BV), vgl. BGE 113 Ia 107 (110) zum damaligen Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV. Auf Gesetzesebene sodann: Art. 699 Abs. 1 ZGB, vgl. BGE 106 Ib 47 (48 ff.); teilweise die baurechtlichen Abstandvorschriften, vgl. BGE 106 Ib 231 (239) sowie die Bestimmungen über die Ruhestörung, vgl. BGE 118 Ia 14 (16). Für weitere Beispiele siehe *Marti*, Zürcher Kommentar, N 72 ff. zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB.

161 Vgl. Art. 4-11 DSG; Art. 3-7 GlG. Weitere Beispiele: Kartellgesetz (Art. 5 ff.); Strassenverkehrsgesetz (Art. 73 Abs. 1 SVG). Vgl. zu den Einheitsgesetzen *Marti*, Zürcher Kommentar, N 31, 71, 75, Vorb. zu Art. 5, 6 ZGB.

telbare Geltung zu, obwohl sie meist nur im Privatrecht ausdrücklich normiert sind[162].

cc) Evozierung

Eine evozierende Normverbindung entsteht im Falle des Vorrangs der Normen einer Teilrechtsordnung gegenüber der anderen. Hier enthält die eine Teilrechtsordnung gegenüber der anderen verbindliche Vorgaben. Sie zieht sozusagen die Regelungskompetenz an sich. Die Evozierung kann in zweierlei Erscheinungsformen auftreten: Entweder beansprucht eine Norm die Regelungskompetenz kraft höherer Rangstufe (*lex superior*). Das ist etwa der Fall, wenn das Bundeszivilrecht gegenüber einer kantonalen öffentlich-rechtlichen Norm den Vorrang beansprucht[163]. Vorrangstellungen können aber auch auf der gleichen Rangstufe vorkommen. Anwendungsfälle sind unter anderem die privatrechtsgestaltende Verfügung[164] oder die *lex specialis* bzw. die *lex posterior*[165].

dd) Autonomie

Private und öffentlich-rechtliche Normen können schliesslich im Verhältnis zueinander autonom sein. Dies ist einmal der Fall, wenn zwischen ihnen keine Interaktion stattfindet („neutrale" Normen). Weiter kann eine Norm die Unabhängigkeit der teilrechtseigenen Wertungen explizit erklären: Die Zivilrichterin ist im Haftpflichtfall nicht an das Strafurteil gebunden (Art. 53 OR), die Lex Friedrich dehnt den Begriff des Grundstückerwerbs auf wirtschaftlich gleichgelagerte Sachverhalte aus (Art. 4 BewG). Oder aber die Autonomie tritt als Einzelfall auf, wenn im Rahmen der indiziellen Normrelation die teilrechtseigene Zwecksetzung eine autonome Regelung verlangt (Anwendungsfall der teilrechtseigenen Systemkompatibilität).

---

162 Beispiele sind etwa: Die Bestimmungen in Art. 1 - 4 ZGB, die Bestimmungen über Verjährung und Verwirkung, die Rückforderung grundlos erbrachter Leistungen, die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen, die Verrechnung. Zu diesen und weiteren Beispielen siehe *Grisel*, Droit administratif I, 98 ff.; *ders.*, Droit public non écrit, 153 ff.; *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 187 ff.; *Knapp*, Droit administratif, 162 ff.; *Moor*, Droit administratif I, 58 f.

163 Ausführlich unten S. 75 (Föderative Koordination); S. 89 (Hierarchisierung).

164 Vgl. oben S. 34 (Privatrechtsgestaltende Verfügung).

165 Ausführlich unten S. 90 (*lex specialis, lex posterior*).

Als Beispiel für letzteres kann das Immissionsrecht dienen[166]. Weiter oben wurde gesagt, dass öffentlich-rechtliche Grenzwerte die privatrechtlichen Verhaltenspflichten indiziell konkretisieren[167]. Für diese Grenzwerte gilt mit anderen Worten die Adäquanzvermutung, wenn es um die Frage geht, ob nachbarrechtlich eine übermässige (Lärm-)Immission vorliegt[168]. Diese Vermutung kann im Einzelfall aber aufgrund der privatrechteigenen Wertung umgestossen werden (Vorbehalt der privatrechtlichen Systemkompatibilität)[169]. So hat das Bundesgericht mit Blick auf die unterschiedliche Zwecksetzung der beiden Teilrechtsgebiete wiederholt festgehalten, dass aus der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Grenzwerte nicht zwingend geschlossen werden dürfe, es liege *keine* privatrechtliche Immissionsverletzung im Sinne von Art. 684 ZGB vor[170]. Das Hahnengeschrei auf Nachbars Grundstück mag mit Blick auf die Grenzen der Lärmschutzverordnung unbedenklich sein. Eine unzulässige Immission im Sinne des Privatrechts kann dennoch vorliegen[171]. Gegen den Gaststättenlärm von nebenan mag man gestützt auf das öffentliche Lärmschutzrecht nicht vorgehen können. Die zivilrechtliche Immissionsklage ist deshalb nicht ausgeschlossen[172]. Insgesamt bleibt dem Zivilrecht also auch bei Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Grenzwertes ein Gestaltungsspielraum für die Feinsteuerung der Rechtsbeziehung unter Privaten.

---

166 Für ein weiteres Beispiel vgl. BGE 125 IV 139 und dazu *Wiegand/Wichtermann*, recht 2000, 28 ff. (Unabhängigkeit des strafrechtlichen Sorgfaltsbegriffs vom Sorgfaltsbegriff nach den Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung).

167 Siehe oben S. 39 (Indizierung).

168 Vgl. etwa BGE 126 III 223 (225 f.); Vgl. auch BGer, Urteil vom 5.3.1996, in: URP 1997, 150 ff. und dazu *Raselli*, URP 1997, 287 f.; *Auer*, Neue Entwicklungen, 17 ff.; *Zufferey/Werro*, BR 1997, 95 f. Weitergehend *Glavas*, Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht, 180 ff. (Gleichsetzung statt Indizierung); *Raselli*, URP 1997, 285 ff. (Bindung des Zivilrichters an die öffentlichen Grenzwerte bei der Beurteilung der Übermässigkeit im Sinne von Art. 684 ZGB) und dazu die Veranstaltungsbesprechung von *Benz*, AJP 6 (1997), 1185 f.

169 Vgl. *Auer*, Neuere Entwicklungen, 29 ff.; *Zufferey*, BR 1994, 40 ff.; *Zufferey/Werro*, BR 1997, 96, 100.

170 Vgl. etwa BGE 126 III 223 (226 f.); ZR 97 (1998) Nr. 22, 65 ff. Offengelassen allerdings in Trib. Cant. VD, Urteil vom 2.1.2000, vgl. hierzu auch die Note von *Zufferey*, BR 2002, 36 (Note 163).

171 BGer, Urteil vom 5.1.1996, URP 1996, 335 (338). Vgl. hierzu auch *Zufferey/Werro*, BR 1997, 101.

172 BGE 126 III 223 (226), in casu fehlte es auch an einschlägigen Grenzwerten für Gaststättenlärm. Vgl. auch Trib. cant. TI, Urteil vom 17.6.1994, in: BR 1998, 57.

c) Typologie der Verbindungsebenen

Schliesslich kann beim Zusammenspiel von öffentlichem und privatem Recht auch die Ebene unterschieden werden, auf der die Verbindung stattfindet. Die Verbindungsgegenstände können dabei abstrakte Grundelemente sein (Systemgedanken), oder konkrete Einzelverhältnisse (Transfer von Einzelnormierungen).

aa) Verbindung der Systemgedanken

Eine Verbindungsebene zwischen öffentlichem und privatem Recht besteht in der Verbindung der Systemgedanken. Hier werden Privatrecht und öffentliches Recht teilrechtsübergreifenden Prinzipien und Zielvorstellungen verpflichtet[173]. Soweit man die Grundsätze der Verfassung als Systemgedanken heranzieht, versteht sich das von selbst; spätestens seit der Klärung der Frage über die Drittwirkung der Grundrechte steht die Rückbindung aller Teile der Rechtsordnung an die verfassungsrechtlichen Wertvorstellungen wohl ausser Streit. Darüber hinaus bilden aber auch die im Zusammenhang mit der Synchronisierung erwähnten Einheitsgesetze einen Anwendungsfall für die Verbindung der Systemgedanken[174]. Beim Gleichstellungsgesetz ist es die geschlechtliche Gleichstellung, beim Kartellgesetz ist es die Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs, beim Datenschutzgesetz ist es der Schutz der Integrität der personenbezogenen Daten, beim Energiegesetz die Sicherstellung einer umfassenden und umweltverträglichen Energieversorgung, die jeweils den einheitlichen Systemgedanken bilden.

bb) Verbindung von Einzelnormierungen

Auf einer anderen Verbindungsebene liegen die Fälle, in denen die Teilrechtsordnungen nicht einem einheitlichen Systemgedanken verpflichtet werden, sondern sie lediglich für Einzelfragen auf die Rechtsinstitute und Erfahrungen der anderen Teilrechtsordnung zurückgreifen, um sie anschliessend in das eigene Regelsystem zu integrieren. Die jeweils andere Teilrechtsnorm fungiert sozusagen als „rechtstechnischer Baustein". Hierher gehören etwa die Fälle der indizierenden Normrelation, beispielsweise die Verwendung gleichlautender Rechtsbegriffe oder das Instrument der

---

173 Zur Verbindung der Systemgedanken mit Beispielen aus dem deutschen Recht: *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 9.

174 Zu den Einheitsgesetzen *Marti*, Zürcher Kommentar, N 30 f., 75 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB.

Verweisung. Ein Transfer von Einzelnormierungen findet aber auch statt, wenn eine teilrechtsfremde Norm aufgrund ihrer Vorrangstellung Geltung in der jeweils anderen Teilrechtsordnung beansprucht (evozierende Normrelation). Als Sonderfall ist sodann die vereinzelte Doppelnorm zu nennen; auch sie verbindet das öffentliche und das private Recht nur für die relevante Einzelfrage.

5. Zwischenergebnis

Von den drei Modellansätzen eines Rechtsverständnisses, das der Evolution der Rechtsordnung vermehrt Rechnung trägt, erweist sich das ausdifferenzierte Steuerungsmodell der Auffangrelationen als zukunftsweisend. Die Dichotomie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht mag ein Thema der Geschichte sein. Sie ist aber mit dieser Geschichte im System und Sprachgebrauch des geltenden Rechts unübersehbar präsent[175]. Das Steuerungsmodell operiert innerhalb dieser Nomenklatur, gibt ihr aber durch den Perspektivenwechsel eine neue Qualität. Das Verständnis von Privatrecht und öffentlichem Recht als zwei Polen, die mit unterschiedlichen Steuerungstechniken operieren und die gerade deshalb auf vielfältige Weise kombiniert werden können, schafft die Grundlage für ein *bewegliches System von Normierungsmöglichkeiten*. Demgegenüber verbindet sich mit der Formel von der Einheit der Rechtsordnung eine Nivellierungsgefahr, die innovative Lösungsansätze mittels Kombination der Teilrechtsordnungen eher verhindert als begünstigt. Damit wird der Einheit der Rechtsordnung nicht insgesamt die Argumentationskraft abgesprochen. Sie behält ihren Leitbildcharakter und dient weiter als Ziel- und Orientierungsgrösse. Indessen wird sie als neues, die Zweiteilung ersetzendes rechtssystematisches Ordnungsprinzip abgelehnt. Was das differenzierte Gemeinrecht angeht, so stehen ihm die Bestandskraft des positiven Rechts und die tendenzielle Immobilität der rechtswissenschaftlichen Forschung entgegen. Das hat wohl auch BULLINGER erkannt; in seinen jüngeren Auseinandersetzungen mit der Dichotomie hat er sich schrittweise dem Auffangkonzept angenähert[176].

---

175 In der neueren Literatur: *Moor*, L'opposition entre droit public et droit privé, 641.

176 Vgl. *Bullinger*, FS Rittner, 91: Die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht mag im Sinne „prinzipiell unterschiedlicher allgemeiner Handlungsprinzipien sinnvoll erscheinen." *Ders.*, Funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht (1996), 249: Es geht darum, „die Leitgedanken von öffentlichem Recht und Privatrecht herauszustellen und sie *funktionell* als zwei ‚allgemeine Teile' des Rechts ... wirken zu lassen."

Die Auffangdiskussion hat die gewordene Gemengelage von privatem und öffentlichem Recht typologisierend geordnet. Typologien sind keine Kategorien. Sie erheben nicht den Anspruch, überschneidungsfrei und abschliessend zu sein. Trotzdem kommt ihnen eine gewisse analytische Bedeutung zu: Sie reduzieren die Komplexität der empirischen Vielfalt insoweit, als die Konstellationen des Zusammenspiels der beiden Teilrechtsordnungen zu herausgehobenen Formen gruppiert werden[177]. Es ist der Verdienst der an der Auffangdiskussion Beteiligten, die Typenbildung vorangetrieben zu haben. Damit weisen sie einen Weg von der Beliebigkeit disparater Einzelbeispiele hin zu einer Ordnung der ersten Annäherung – einer Darstellung der „Standardrezepte", mit denen die Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht gestaltet werden kann.

177 Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 301 f.

III. Ergebnisse des Ersten Teils

Die Zweiteilung der Rechtsordnung ist eine historisch kontingente Variante der Konfrontation von Privatrecht und öffentlichem Recht. Sie entstand aus der prinzipiellen Entgegensetzung von ökonomisch-gesellschaftlichen und politisch-administrativen Bereichen im liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts. Dieses Modell hat aufgrund des Wandels, den das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft kennzeichnet, zunehmend an Darstellungskraft verloren. Angesichts der fortschreitenden Verzahnung und Verschränkung der Teilrechtsordnungen im heutigen Risikostaat sah sich die Rechtswissenschaft vor die Herausforderung gestellt, neue Entwürfe für das Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht zu entwickeln. Als zukunftsweisend erweist sich dabei ein Modell, das die Teilrechtsordnungen nicht als autarke Systeme, die jeweils einem autonomen Bauprinzip gehorchen, sondern als zwei unterschiedliche Steuerungsmechanismen begreift, die sich ergänzen und stützen.

Die *funktionelle Umdeutung der Zweiteilung* betont die unterschiedlichen Handlungsrationalitäten von Privatrecht und öffentlichem Recht, ohne sich von der Zweiteilung als solcher zu verabschieden. An die Stelle eines Paradigmenwechsels tritt also lediglich ein Perspektivenwechsel. Dieser begleitet und reflektiert das neue Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft, die zwar stark zusammengerückt, aber dennoch nicht gleichzusetzen sind. Die vielfältigen Arten des Zusammenspiels führen zu neuen Aufgaben für die Rechtswissenschaft: Werden die Teilrechtsordnungen miteinander verbunden, besteht die Gefahr, dass nicht nur die spezifischen Vorteile der jeweiligen Handlungsformen, sondern auch die ihnen eigenen Legitimationsmomente verloren gehen[178]. Bedenkt man, mit welch geringen rechtsgrundsätzlichen Zweifeln die Formen und Regeln der einen Teilrechtsordnung in die andere übernommen werden, so wird bald deutlich, dass der post-dichotome Instrumentenmix jedenfalls nicht automatisch zu Synergieeffekten führt, schon gar nicht zu solchen, die rechtsstaatlich unbedenklich sind. Damit ist auch klargestellt, dass bei den aktuellen rechtswissenschaftlichen Überlegungen zum Verhältnis der Teilrechtsordnungen weniger die Frage ihrer Abgrenzung als vielmehr die Frage ihrer Koordination im Vordergrund stehen muss[179].

178 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 290 ff.

179 In diesem Sinne auch *Damm*, Risikosteuerung, 133 f.

Man mag in der Betonung der Funktionalität der Dichotomie auch eine Rückkehr zu ihrem Ursprung sehen: Ihre Geburt verdankt die Zweiteilung dem Bestreben, die damalige Sozialordnung aus ihrer feudalen, patrimonialen und ständischen Verstrickung und Erstarrung zu befreien und durch getrennte, unterschiedlich mobilisierende Ordnungen den wirtschaftlichen Aufschwung anzukurbeln[180]. Im gleichen Sinne gilt es heute, die Rechtsordnung als bewegliches System zu begreifen, das im Rückgriff auf die unterschiedlichen Gestaltungsprinzipien der Teilrechtsordnungen dem zunehmend komplexen sozialen Interaktionsfeld einen normativen Rahmen gibt.

180 *Bullinger*, Funktionelle Unterscheidung, 239, 241. Zum politischen Hintergrund der Trennung auch *Grimm*, Politische Funktion der Trennung, 224 ff., insb. 242.

ZWEITER TEIL

BAUSTEINE EINER ALLGEMEINEN RECHTSDOGMATIK DER AUFFANGFUNKTIONEN (KOORDINATIONSDOGMATIK)

Die zunehmende Verflechtung der beiden Teilrechtsordnungen und die Beliebigkeit ihrer Verbindung durch den Gesetzgeber haben deutlich gemacht, dass sich der heutige Rechtskanon einer klassischen Verortung in der Grunddichotomie von öffentlichem und privatem Recht weithin entzieht. Damit ist die historische Kontingenz der Unterscheidung offengelegt. Diese Kontingenz wird durch die Auffangrechtsdiskussion positiv besetzt, indem ihre nachhaltige Funktionalität betont und ein neues Bild für das Verhältnis der beiden Teilrechtsordnungen entworfen wird: dasjenige der wechselseitigen Auffangordnungen. Gleichzeitig werden Typologien entwickelt, mit denen die Vielfalt der Interaktionen zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Elementen einem ersten Ordnungsschritt unterstellt werden. Was als Aufgabe bleibt, ist die rechtsdogmatische Erfassung des Zusammenspiels zwischen den Teilrechtsordnungen, also die *Entwicklung einer Koordinationsdogmatik.* Dabei geht es primär um die Systematisierung der Gestaltungsformen des positiven Rechts an der Schnittstelle zwischen öffentlich-rechtlicher Regulierung und Privatrechtsordnung. *Die Koordinationsdogmatik wird also verstanden als Lehre von denjenigen Sätzen des positiven Rechts, die Ausdruck der wechselseitigen Auffangfunktion zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht sind.* Damit ist gleichzeitig gesagt, was nicht Aufgabe dieser Studie ist: es geht nicht um die Weiterentwicklung eines neuen „Gemeinrechts" (BULLINGER), mit dessen Hilfe die Zweiteilung überwunden wird, und auch nicht darum, dem Gesetzgeber ein (rechtspolitisches) Referenzsystem für die „richtige Mischung" der Teilrechtsordnungen vorzugeben.

Die Überlegungen hin zu ersten Bausteinen einer solchen Koordinationsdogmatik setzen bei Begriff, Aufgaben und Zielen an (I). Was ist überhaupt gemeint, wenn von Koordinationsdogmatik die Rede ist? Welche Aufgaben kommen einer solchen Dogmatik innerhalb des juristischen Gestaltungsprojekts zu? Und was schliesslich will das Recht erreichen, indem es öffentliches Recht und Privatrecht in ein Verhältnis wechselseitiger Auffangfunktionen setzt, d.h. als Koordinationsverhältnis gestaltet? In einem zweiten Schritt sind sodann die bestehenden Koordinationsbeiträge des positiven Rechts (II) zu erarbeiten, um sich der normativen Rahmenbedingun-

gen zu vergewissern, unter denen die Koordination von öffentlichem und privatem Recht stattfindet. Im Anschluss daran soll derjenige Baustein der Koordinationsdogmatik weiterentwickelt werden, der mit Blick auf die vorliegende Fragestellung (Bankorganisationsrecht) am meisten interessiert: die Koordination innerhalb des einfachen Gesetzesrechts des Bundes. Hier wird unter Rückgriff auf die Methodenlehre ein Modell der Systematik der Normrelationen vorgeschlagen (III). Die Systematik der Normrelationen nimmt das Verhältnis zwischen Einzelnormen in den Blick und unterscheidet dabei zwei unterschiedliche Verbindungsebenen: die formelle Ebene der Normenkonkurrenz und die materielle Ebene der inhaltlichen Wechselbezüge. Diese Systematisierung eröffnet den Blick auf die interpretationsleitenden Prinzipien der Koordination zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen, wozu namentlich der Vorbehalt der Systemkompatibilität und die Wahrung der Integrität der Teilrechtsordnungen gehören.

I. Begriff, Aufgaben und Ziele

Koordinationsorientierte Rechtssetzung[181], Rechtsanwendung[182] und Rechtsdurchsetzung[183] gehören seit jeher zu den Leitprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung[184]. Der Koordinationsauftrag, der häufig unter dem

---

181 Spezifisch etwa das Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidverfahren (AS 1999, 3071 ff.), das zahlreiche Bundesgesetze mit Blick auf das erwähnte Koordinationsziel abändert.

182 Inhaltlich konkretisiert das Bundesgericht den Koordinationsauftrag bei der Rechtsanwendung dahingehend, dass es den sachgerechten Einbezug und die möglichst weitgehende Rücksichtnahme auf Normen der anderen Rechtsgebiete zum gleichen Gegenstand fordert, vgl. etwa BGE 126 III 223 (225). Aber auch dort, wo die Normen der Teilrechtsgebiete nicht in einer unmittelbaren Beziehung zueinander stehen, sondern rechtssystematisch entfernt von einander eingeordnet sind, sind allfällige gemeinsame Zielsetzungen aufzuspüren. Die Einzelnorm ist mithin in das gesamte Rechtssystem zu integrieren und Widersprüche sind zu vermeiden. Siehe dazu BGE 116 II 689 (694). Vgl. auch BGE 119 V 425 (429). Für weitere Beispiele siehe unten Fn. 185. Vgl. zum Ganzen auch *Dürr*, Zürcher Kommentar, N 165 zu Art. 1 ZGB.

183 Für die Geltung des Koordinationsprinzips im Rechtsschutzverfahren vgl. nur BGE 117 Ib 35 (39); 116 Ib 50 (56). Heute sehen die durch das Bundeskoordinationsgesetz (AS 1999, 3071 ff.) geänderten Bestimmungen des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (SR 172.010) ein koordiniertes Entscheidverfahren vor, vgl. Art. 62 ff. RVOG.

184 Einschlägig BGE 117 Ib 35 (39). Für die positiv-rechtliche Statuierung der Koordinationspflicht in der Gesetzgebung siehe etwa Art. 24 RPG (Interessenabwägung).

Begriff der „Einheit der Rechtsordnung" firmiert[185] oder auf die systematische Auslegungsmethode zurückgeführt wird[186], geht mithin weit über die hier massgeblich interessierenden Abstimmungsfragen zwischen Bundesprivatrecht und Bundesverwaltungsrecht hinaus. In unserer förderativen Rechtsstruktur erstreckt sich der Koordinationshorizont insbesondere auch auf das Zusammenspiel zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht und beschlägt dort wiederum alle drei Koordinationsgebiete, also Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung[187]. Der Leitbildcharakter des Koordinationsprinzips stellt die rechtswissenschaftlichen Bemühungen um die Abstimmung der beiden Teilrechtsordnungen in einen normativen Rahmen und liefert gleichzeitig die Begründung für die Entwicklung einer Koordinationsdogmatik, deren Begrifflichkeit, Aufgaben und Ziele Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen bilden.

1. Zum Begriff der Koordinationsdogmatik

Die Koordinationsdogmatik ist als Teil der Rechtsdogmatik mit dem positiven Recht einer einzelstaatlichen Rechtsordnung zu einem bestimmten Zeitpunkt befasst. Anders als bei der Rechtstheorie geht es also nicht um die allgemeinen, staaten- und zeitenunabhängigen Grundlagen des Rechts; anders als bei der Rechtsphilosophie nicht um die ideen- oder dogmenge-

185 Dies trifft sowohl für die Lehre als auch für die Rechtsprechung zu. In den Entscheiden des Eidg. Versicherungsgerichts gehört die Formel bereits zum Standardrepertoire, vgl. nur BGE 126 V 93 (97), 126 V 103 (105), 126 V 435 (438), 126 V 468 (472). Siehe zudem BGE 125 III 123 (128), BGE 124 I 176 (180), BGE 123 III 67 (69), BGE 117 IV 139 (147), BGE 115 II 167 (172), BGE 115 II 237 (245), BGE 107 II 277 (286), BGE 90 IV 14 (19). Für die Lehre siehe etwa *Marti*, Zürcher Kommentar, N 7, 196 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB, N 52 ff. zu Art. 6 ZGB. Der Leitbildcharakter darf allerdings nicht mit dem Anspruch als neues rechtssystematisches Ordnungsmodell verwechselt werden. Siehe dazu oben S. 26 (Die Renaissance der „Einheit der Rechtsordnung").

186 Das Bundesgericht fasst den Begriff der Systematik weit: „Das Gesetz ist als Einheit und aus dem Zusammenhang zu verstehen, wobei dieser Zusammenhang allenfalls gesetzesübergreifend, mit der ganzen Rechtsordnung zu berücksichtigen ist. Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist." BGE 120 II 112 (114). Vgl. auch BGE 116 II 689 (694); BGE 114 Ia 191 (197).

187 Einschlägig *Marti*, Zürcher Kommentar zu Art. 6 ZGB. Koordinationsfragen können sich aber auch zwischen unterschiedlichen Regeleinheiten desselben Rechtsgebiets ergeben, so etwa zwischen den Normen des ZGB und denjenigen des OR. Die Bestimmung in Art. 7 ZGB statuiert hier eine positive Koordinationsregel. Einschlägig *Lieber*, Zürcher Kommentar zu Art. 7 ZGB.

schichtliche Herleitung allgemeinster Rechtsprinzipien; vielmehr wird sehr viel bescheidener nach der konkreten, durchaus kontingenten Koordination von öffentlichem und privatem Recht gefragt, wie sie derzeit nach schweizerischem Recht vorzunehmen ist. In diesem Sinne gilt: Koordinationsdogmatik ist die Summe aller Lehrsätze zur Koordination von öffentlichem und privatem Recht.

a) Die drei Dimensionen der Koordinationsdogmatik

Wie jede Rechtsdogmatik ist die Koordinationsdogmatik eine „mehrdimensionale Disziplin“[188]. In Anlehnung an ALEXY können ihr mindestens drei Tätigkeiten zugeordnet werden: die Beschreibung des geltenden Rechts, seine begrifflich-systematische Durchdringung und die Erarbeitung von Vorschlägen zur Lösung problematischer Rechtsfälle. Entsprechend kann zwischen einer deskriptiv-empirischen, einer logisch-analytischen und einer normativ-praktischen Dimension der Rechtsdogmatik und insbesondere der Koordinationsdogmatik unterschieden werden[189].

Die empirische Dimension der Koordinationsdogmatik ist beispielsweise betroffen, wenn in einer Bestandsaufnahme der Rechtspraxis dysfunktionale Blockaden zwischen öffentlich-rechtlicher Eingriffsverwaltung und privatrechtlichen Marktkräften analysiert werden. Zur analytischen Dimension der Koordinationsdogmatik gehören Aussagen über das logische Verhältnis öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Normen zueinander. Die praktische Dimension schliesslich ist betroffen, wenn nach der richtigen Auslegung koordinationsrelevanter Normen gefragt wird. Rechts*politische* Vorschläge hingegen gehören überhaupt nicht mehr zur Dogmatik im engeren Sinne[190]. Sie sind allenfalls mittelbar relevant, etwa als Aussagen darüber, welches unter mehreren verfügbaren Normprogrammen vom Gesetzgeber gewählt wurde.

---

188 *R. Dreier*, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, 15. Vgl. ferner *Adomeit*, Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik, 504, insb. Anm. 8, der versucht, den „Misch-Charakter“ der juristischen Dogmatik in einem „8-Operationen-Modell“ zu erfassen, oder *Meyer-Cording*, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein, 41, der von einem „Gemenge sehr verschiedener Tätigkeiten“ spricht. Zu Begriff und Aufgabe der Rechtsdogmatik vgl. weiter *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 8 ff.

189 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 308.

190 Die Rechtsdogmatik betritt dann das Feld der Rechtspolitik, wenn eine an den Gerechtigkeitspostulaten des geltenden Rechts gewonnene Gesetzeskritik in konkrete Vorschläge für eine Gesetzesreform mündet. *Larenz*, Methodenlehre, 194.

b) Die analytische Dimension: Konsistenz und Kohärenz

In der analytischen Dimension, die sich mit der logischen Beziehung zwischen Rechtsnormen befasst, geht es der Rechtsdogmatik vordringlich darum, die Widerspruchsfreiheit des Rechts zu sichern und so den allgemeinen Rationalitätsgeboten der Konsistenz und Kohärenz zu genügen[191].

Vom allgemeinen Rationalitätskriterium der Konsistenz ist die Rede, wenn es um die *innere Widerspruchsfreiheit* von Aussagen geht[192]. Übertragen auf Normsysteme, insbesondere auf die Normen der Rechtsordnung, erfordert die Konsistenz, dass jede Norminterpretation mit der Auslegung aller anderen Normen in ein stimmiges Gesamtkonzept gebracht wird. Im Rahmen des Koordinationsdiskurses kann dies noch weiter eingeschränkt werden: Bei der Konsistenz geht es um die innere Widerspruchsfreiheit der einzelnen Teilrechtsordnung. Bei der Auslegung einer Teilrechtsnorm kommen gemäss dem Konsistenzgebot nur diejenigen Varianten in Betracht, die sich in die teilrechtseigene Teleologie einfügen[193].

Das allgemeine Rationalitätskriterium der Kohärenz fordert die *äussere Widerspruchsfreiheit*[194], rechtswissenschaftlich also den Gleichklang zwischen den Lehren in einem Rechtsgebiet mit denen in allen anderen[195]. Ausserdem kann man von Kohärenz auch dort sprechen, wo es um die zeitlich aufeinanderfolgenden Auslegungen geht (diachrone Widerspruchsfreiheit). Inkohärent wäre es beispielsweise, die Normauslegung bei jedem neuen Einzelfall zu ändern. Wie die Konsistenz fordert auch die Kohärenz ein Mindestmass an Regelhaftigkeit und Systematisierung.

Konsistenz und Kohärenz bilden nach dem Gesagten allgemeine Koordinationsprinzipien des Rechts. Ausgedrückt in den Worten des Bundesgerichts: „[D]em Gesetzgeber [ist] das Streben nach Widerspruchsfreiheit zu unterstellen“[196].

---

191 Zu den Regeln der Konsistenz und Kohärenz vgl. *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 223 ff.

192 Vgl. *Alexy*, Juristische Begründung, 96.

193 Vgl. *Burghart*, 111 f. („innergesetzliche sachliche Verträglichkeit“).

194 Vgl. *Alexy*, Juristische Begründung, 106 f.; *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 223.

195 Vgl. *Burghart*, 111 f. („zwischengesetzliche sachliche Verträglichkeit“).

196 BGE 122 II 112 (114).

2. Die Aufgaben der Koordinationsdogmatik

Innerhalb der drei geschilderten Dimensionen können die Schwerpunkte einer rechtsdogmatischen Tätigkeit unterschiedlich verteilt sein[197]. Meist nimmt die normativ-praktische Dimension eine Zentralstellung ein, soll doch die Rechtswissenschaft als praktische Disziplin vor allem die Frage beantworten, was in einer konkreten Situation rechtens sei[198]. Damit ist als erste Aufgabe der Koordinationsdogmatik wie auch jeder anderen Dogmatik die „Rechtsgewinnung durch Normkonkretisierung“[199] vorgegeben (a). Hinzu treten zwei weitere wichtige Funktionen einer jeden Koordinationsdogmatik: die Systematisierungs- (b) und die Kontrollfunktion (c)[200].

a) Rechtsgewinnungsfunktion

Ist die Rechtsdogmatik in ihrer praktischen Dimension auf die Lösung konkreter Fälle ausgerichtet, so geht es bei der Koordinationsdogmatik um die konkreten Rechtsfragen, die sich im Rahmen des Zusammenspiels beider Rechtsordnungen ergeben können. Die Dogmatik in dieser Fallgestaltung ist insofern ein Sonderfall, als gleichzeitig öffentlich-rechtliche wie privatrechtliche Wertungs- und Gestaltungsvorgaben berücksichtigt werden müssen, während bei nicht-koordinativer Rechtsgewinnung der Blick auf eine der Teilrechtsordnungen beschränkt bleiben kann. Präferenzargumente für eine bestimmte Auslegung lassen sich im Falle des Zusammentreffens der Teilrechtsordnungen insbesondere aus einer *funktionellen Zusammenschau der Normen* gewinnen. Jedenfalls dort, wo die Teilrechtsordnungen in abgestimmter Weise zum Einsatz kommen, muss die Koordinationsanalyse als notwendiges Element der Auslegung verstanden werden. Sie ist eine besondere Aufgabe der Koordinationsdogmatik in ihrer Rechtsgewinnungsfunktion.

---

197 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 309.

198 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 9. Vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre, 195 (Jurisprudenz als System von Aussagen über geltendes Recht). Die Häufigkeit, mit der im juristischen Schrifttum mit dem Begriff der Dogmatik operiert wird, steht allerdings in keinem Verhältnis zu seiner inhaltlichen Klärung. Vgl. hierzu *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 307. Zu den zahlreichen vagen Begriffsbestimmungen von Dogmatik vgl. *Struck*, JZ 1975, 84 ff.

199 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 11.

200 Die Einteilung findet sich bei *Schlapp*, Theoriestrukturen und Rechtsdogmatik, 53 ff. Eine weitere Ausdifferenzierung in sechs verschiedene Funktionen der Rechtsdogmatik findet sich bei *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 326 ff.

b) Systematisierungsfunktion

Unter dem Blickwinkel der Systematisierungsfunktion übernimmt die Rechtsdogmatik die Aufgabe, vorhandene Rechtssätze in eine konkrete Ordnung zu bringen und neue Rechtsentwicklungen in das vorhandene System einzupassen. Sie betreibt also Begriffs- und Systembildung. Die einheitlich-systematische Darstellung der Rechtsnormen und die zwischen ihnen bestehenden Abhängigkeitsbeziehungen ermöglichen es, allgemeine Grundbegriffe, Satzformen, Rechtsinstitute und Rechtsfiguren zu bilden.

Speziell in der Koordinationsdogmatik besteht die Systematisierungsaufgabe zunächst in der *Entwicklung von Typologien*: diese vermag eine erste Komplexitätsreduktion zu leisten und somit auch eine erste Ordnungsstufe zu verwirklichen. Eine ausgebaute Koordinationsdogmatik geht allerdings einen Schritt weiter. Ihre Aufgabe besteht darin, ein System der Koordinationstatbestände zu entwickeln. In diesem System wären alle erdenklichen Verbindungskonstellationen zwischen den Teilrechtsordnungen einem bestimmten Oberbegriff oder einer bestimmten Oberkategorie zuzuordnen. Weiter besteht die Systematisierungsfunktion der Koordinationsdogmatik darin, allgemeine Geltungsbedingungen der Koordination herauszuarbeiten, die für das System der Koordinationstatbestände insgesamt prägend sind. Es geht also um die Entwicklung allgemeiner Massstäbe, die typologieübergreifend zur Anwendung gebracht werden können. Insbesondere soll damit möglich werden, was mit Typologien kaum je gelingen kann: dass neue Koordinationstatbestände kraft ihrer systematischen Stellung einer konsistenten Lösung zugeführt werden.

c) Kontrollfunktion

Schliesslich erfüllt die Rechtsdogmatik auch eine Kontrollfunktion[201]. Die sich konkret stellende Frage soll ja nicht isoliert, sondern im Hinblick auf eine Vielzahl schon entschiedener und noch zu entscheidender Fälle beurteilt werden. Die Universalisierbarkeit des einzelnen Lösungsvorschlages gehört zu den Kriterien, denen eine gerechte Rechtsordnung zu genügen hat. Die Rechtsdogmatik kann anhand der Systematisierung und Generalisierung allgemeine Kriterien erarbeiten, die für die jeweilige Fallkategorie zu gelten haben. Die Lösung im Einzelfall wird dadurch überprüfbar, denn sie

201 Vgl. hierzu *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 331 f. Hierzu v.a. *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 19, 40 ff.; *Krawietz*, Was leistet die Rechtsdogmatik, 77.

muss in das System eingepasst werden. Wo dies nicht der Fall ist, besteht ein zusätzlicher Argumentationsdruck für die abweichende Lösung. So werden sowohl systemkonforme wie auch systemabweichende Lösungen von aussen überprüfbar[202].

Auch die Koordinationsdogmatik hat eine solche Kontrollaufgabe zu erfüllen: Die im Rahmen der Systematisierung erarbeiteten generellen Geltungsbedingungen der Koordination sollen dazu beitragen, allgemeine Prüfmassstäbe und -folgen zu entwickeln, um so einzelne Koordinationslösungen überprüf- und bewertbar zu machen.

3. Die Ziele der Koordination

Aus der Breite des Koordinationsspektrums lassen sich verschiedene Koordinationsziele herausdestillieren, die allen Koordinationsvorhaben gemeinsam sind.

a) Komplementarität und Substitution

Die gegenseitige Komplementarität und Substitution der Teilrechtsordnungen im Überschneidungsbereich von öffentlichem und privatem Recht ist das allgemeinste und gleichzeitig das formale Ziel einer Dogmatik des Rechts der Auffangfunktionen. Allgemein ist das Ziel, weil es bereits im Begriff der wechselseitigen Auffangordnung angelegt ist: HOFFMANN-RIEM sieht die „besondere Qualität" des untersuchten Zusammenspiels in der „Nutzung komplementärer und substituierender Wirkungen der einen Teilrechtsordnung für die andere"[203]. Formale Ziele sind Komplementarität und Substitution deshalb, weil mit ihnen keine inhaltlichen Aussagen über die Koordination getroffen werden, sondern nur gesagt wird, wie sich die Teilrechtsgebiete formell zueinander zu verhalten haben, damit die Koordination als gelungen gelten kann.

Das formale Ziel der Komplementarität wird etwa konkret ausgefüllt und verwirklicht, wenn das Privatrecht über Schutzinstrumente verfügt, die neben der administrativen Kontrolle von Umweltvorschriften eingesetzt werden können – beispielsweise in Form von privatrechtlichen Unterlas-

---

202 Vgl. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 9, unter Bezugnahme auf *Wieacker*, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, 316, 332, 335. Zur Kontrollfunktion der Rechtsdogmatik auch bei „richterlichem Vorverständnis" vgl. *Esser*, Vorverständnis, 19.

203 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 271.

sungsansprüchen oder Schadensersatzforderungen. Dann besteht in diesem Bereich ein privatrechtliches Mittel der Feinsteuerung, das die öffentlich-rechtlichen Umweltvorschriften sinnvoll ergänzt, ohne sich mit ihnen regulativ zu überschneiden[204]. Umgekehrt können öffentlich-rechtliche Polizeivorschriften die privatrechtliche Ordnung ergänzen[205]. Dieser Anwendungsfall des positiven Rechts lässt sich verallgemeinern und als Ziel der Koordination formulieren: Die Teilrechtsordnungen sind nach Massgabe des Ziels des jeweiligen Regelungsbereichs ergänzend einzusetzen, so dass (lückenfüllende und überschneidungsfreie) Komplementarität eintritt.

Das formale Ziel der Substitution wird beispielsweise konkret ausgefüllt und verwirklicht, wenn das Privatrecht durch neue Publizitätspflichten eine Transparenz schafft, mit der sich die Privatrechtssubjekte selbst vor Gefährdungen im Geschäftsverkehr schützen können. Eine staatliche Überwachung der Geschäftstätigkeit kann sich dann auf die Einhaltung der Publizitätspflichten beschränken und im Übrigen zurückziehen. Ursprüngliche dirigistische Regulierung zum Schutz von Privatrechtssubjekten wird substituiert durch eine Kombination von Transparenz und privatautonomem Selbstschutz – so geschehen im Aktienrecht[206] und im Kapitalmarktrecht[207]. Umgekehrt kann eine privatautonome Gestaltung durch öffentlich-rechtliche Massnahmen substituiert werden, etwa wenn für die Kontrolle des ver-

---

204 Beispiele bieten etwa die Fälle des Immissionsrechts, insbesondere dort, wo keine öffentlich-rechtlichen Grenzwerte bestehen. Zu dieser Auffangfunktion bereits oben S. 39 (Indizierung); S. 41 (Autonomie).

205 *Marti*, Zürcher Kommentar, N 46 zu Art. 6 ZGB.

206 Nach dem Konzessionssystem unterstand die Gründung einer AG der staatlichen Genehmigung, in deren Rahmen Zweck und finanzielle Solidität geprüft wurde. Das Normativsystem des OR dagegen setzt auf Schutz durch Register- und Rechnungslegungspublizität: „Die Herstellung gesunder Verhältnisse wird in der Hauptsache durch eine *Selbstkontrolle* und durch eine gewisse Kontrolle seitens der *Öffentlichkeit* angestrebt. Damit diese sich auswirken können, wird ein bestimmtes Mass von *Offenkundigkeit* der Verhältnisse verlangt." *Siegwart*, Zürcher Kommentar, N 281 Einl. zu Art. 620 ff. OR. Zur Publizität als Kernaspekt des Normativsystems: *Lehmann*, Recht der Aktiengesellschaften I, 290 ff. Vgl. weiter *Gutzwiller*, SPR II, 468 ff. Zur Substitution der Staatskontrolle durch Publizität im Aktienrecht Deutschlands, Frankreichs und Englands vgl. *Merkt*, Unternehmenspublizität, 53 ff. Für den geschichtlichen Hintergrund vgl. *Benz*, Konzessions- und Normativsystem, 17 ff.

207 Für die kapitalmakrtrechtliche Entwicklung beispielhaft die USA, wo sich nach dem Börsencrash von 1929 die Frage stellte, ob man auf ein repressives Kontrollsystem (Blue Sky Laws) oder auf ein Transparenzsystem (disclosure) setzten wollte. Letzteres setzte sich durch. Vgl. hierzu *Merkt*, Unternehmenspublizität, 114 ff. Zur Rolle der Transparenz im Kapitalmarktrecht *Merkt*, Unternehmenspublizität, 140 ff.

traglichen Austauschverhältnisses der Produktsicherheit von der zivilen Klagemöglichkeit auf ein behördliches Genehmigungsverfahren umgestellt wird[208]. Schliesslich findet sich eine positiv-rechtliche Normierung der Substitution in Art. 6 Abs. 2 ZGB, wonach das kantonale öffentliche Recht die private Ordnung des ZGB ausser Kraft setzen kann, etwa durch die Statuierung eines Vertragsabschlussverbotes[209]. Diese Anwendungsfälle des positiven Rechts lassen sich wiederum verallgemeinern und als Ziel der Koordination formulieren: Eine Teilrechtsordnung, deren Regulierung durch Neuregulierung in der jeweils anderen obsolet geworden ist, hat diese Regulierung aufzugeben, so dass (überschneidungsfreie und lückenfüllende) Substitution eintritt.

Komplementarität und Substitution haben gemeinsam, dass sie im Verhältnis der Teilrechtsordnungen zueinander die Lücken füllen und Überschneidungen durch Doppelregulierung vermeiden sollen. Dabei kann man sich die Komplementarität bildlich wie die ineinander greifenden Zähne eines Reissverschlusses vorstellen: Genau dort, wo das Privatrecht im rechtlichen Schutzarrangement eine Lücke lässt, muss das öffentliche Recht als Auffangordnung die Normierung komplementieren. Die Substitution ist bildlich wie ein Seitenwechsel: Was vorher durch dirigistische Regulierung auf der Seite des öffentlichen Rechts geschah, wird jetzt vollständig ersetzt durch eine neue Gestaltung auf der Seite des Privatrechts.

Insgesamt steht eine Koordination im Sinne der wechselseitigen Auffangverhältnisse unter der formalen Zielsetzung, dass im Rahmen der Verantwortungsverteilung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht die Übernahme von Verantwortung in einer Teilrechtsordnung durch die Abgabe von Verantwortung im anderen Teilbereich begleitet wird. Die Zielsetzung versteht sich dynamisch: Nachfolgende Änderungen in der Verantwortungsverteilung müssen durch entsprechende Übernahme bzw. Abgabe von Verantwortungen durch die Teilrechtsordnungen begleitet werden.

---

208 Beispiele: Art. 253b Abs. 3 OR: keine Anfechtbarkeit von Mietzinsen (Art. 269 ff. OR) bei deren behördlichen Kontrolle. Art. 5 PrHG: keine Haftung, wenn Mangel auf eine staatlich verordnete technische Vorschrift und diese nicht nur eine Mindestanforderung statuiert, vgl. hierzu *Braun*, Abfallverminderung durch Kooperation, 78 ff., insb. 85. Auch in den Fällen der Marktzutrittsverweigerungen (Kernkraftwerke) substituiert das öffentliche Recht die privatrechtliche Kontrolle. Anders im Fall der Zulassung: hier kommt das Privatrecht als Komplementärordnung weiterhin zum Tragen.

209 *Marti*, Zürcher Kommentar, N 46 zu Art. 6 ZGB.

b) Subsidiarität als Sonderfall

Die Subsidiarität der Regulierung einer Teilrechtsordnung gegenüber derjenigen in der anderen – typischerweise als Subsidiarität der öffentlichrechtlichen Ingerenz gegenüber einer privatautonomen Gestaltung[210] – wird teilweise als ein eigenständiges Ziel der Koordinationsdogmatik verstanden[211]. Tatsächlich handelt es sich nur um eine besondere, wenn auch praktisch besonders wichtige Konstellation, in der Komplementarität und Substitution durch bedingte Regulierungsgeltung erzielt werden. Das subsidiäre Regulierungsinstrumentarium fungiert dabei als eine Art Sicherheitsnetz gegenüber dem primär anwendbaren Recht. Nur wenn die primäre Regelung versagt, tritt das subsidiäre Instrumentarium in Kraft. Dieses besondere Verhältnis lässt sich sowohl auf der Normebene beobachten, etwa wenn eine staatliche Regulierung solange zurückgestellt wird, wie ein förmlich festgesetztes Ziel von den Privatrechtssubjekten auch ohne staatliche Ingerenz sichergestellt wird (gestufte Steuerungsvorgabe[212]), als auch auf der Legitimationsebene, wenn man den allgemeinen Grundsatz eines „öffentlichrechtlichen Auffangnetzes"[213] oder einer staatlichen „Reserveverantwortung"[214] betont.

---

210 Der Begriff der Subsidiarität erstreckt sich nicht nur auf die Frage der Kompetenzaufteilung zwischen Gesellschaft und Staat. Es ist auch bedeutsam für das Verhältnis verschiedener, mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Einheiten, etwa zwischen Bund und Kantonen oder im europäischen Kontext. Vgl. zur Frage Bund-/Kanton *Saladin*, Kommentar BV, N 56, 69 ff. zu Art. 3 aBV; *Voyame*, Le principe de la subsidiarité, insb. 121 ff. Zur europarechtlichen Dimension *Dubach*, SJZ 91 (1995), 105 ff.; *Rhinow*, Die Zukunft Europas, 775 ff. Ausführlich zum Subsidiaritätsprinzip als Richtlinie für die Frage der Begrenzung staatlicher Ingerenz: *Bull*, Staatsaufgaben, 190 ff. Vgl. sodann *Eichenberger*, ZBl 1990, 533 ff.; *Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben, 75 Rn. 165 ff. Der Begriff der Subsidiarität fungiert hier als Richtlinie für die Frage, auf welche Regelungsmodalitäten der Staat zurückgreifen will. Auch der hoheitlich-abwesende Staat *regelt*. Privatrecht ist nicht Regelungsfreiheit, sondern Regelung unter Verwendung bestimmter Modalitäten. Das wird im Schrifttum häufig nicht klar genug hervorgehoben.

211 Etwa bei *Hoffmann-Riem,* Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 310 ff., der damit allerdings die in Deutschland umstrittene Frage des Verfassungsrangs des Subsidiaritätsprinzips als Kompetenzregulativ zwischen Gesellschaft und Staat offenlässt. Die Mehrheit der deutschen Lehre verneint den Verfassungsrang, vgl. etwa *Bull*, Staatsaufgaben, 196 ff.; *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, 35 ff. Auch im schweizerischen Schrifttum wird Skepsis geäussert, vgl. *Eichenberger*, Der geforderte Staat, 113; *Saladin*, Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe, 555.

212 Dazu unten S. 35 (Gestufte Steuerungsvorgaben).

213 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 11.

214 *Hoffmann-Riem,* Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 276 f., 315 f.

c) Effizienz und Effektivität

Effizienz und Effektivität bilden gemeinsam das allgemeinste materielle Ziel einer Dogmatik des Rechts der Auffangfunktionen[215]. Diese Gemeinsamkeit kommt nicht von ungefähr, denn Effizienz kann als das Paradigma privatautonomer Gestaltung angesehen werden, während Effektivität dasjenige des staatlichen Handelns ist[216]. Geht es um die Koordination privat- und öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmittel, so sind zwangsläufig beide Teilziele zu berücksichtigen, das Interesse der Privaten an einer effizienten Verfolgung ihrer Interessen ebenso wie das öffentliche Interesse an einer effektiven Sicherung gewisser Mindeststandards.

Dass zwischen den Teilzielen der Effizienz und Effektivität im Einzelfall Zielkonflikte möglich sind, muss hier nicht weiter erläutert werden. Da die Effizienz am besten mit den Mitteln des Privatrechts, die Effektivität einer Schutzgewähr aber eher mit den dirigistischen Mitteln öffentlich-rechtlicher Regulierung sichergestellt werden kann, folgt aus der Kombination der Teilziele häufig eine gleichzeitige Aktivierung beider Teilrechtsordnungen. Die Substitution bildet insofern den auf Einzelziele beschränkten Ausnahmefall, während die Komplementarität, das lückenlose und überschneidungsfreie Ineinandergreifen, der Regelfall einer gelungenen Koordination ist, in der sowohl Effizienz als auch Effektivität gefördert werden.

d) Kompatibilität und Konkordanz

Die Kompatibilitäts- und Konkordanzsicherung ist gleichzeitig Ziel und Anwendungsbedingung einer gelungenen Koordination von öffentlichem und privatem Recht – so sehr gar, dass die Entwicklung einer Koordinationsdogmatik von HOFFMANN-RIEM vor allem als Problem dieser beiden Sicherungsgehalte behandelt wird[217]. Tatsächlich dürfte die Rolle der Kompatibilitäts- und Konkordanzsicherung bescheidener sein, weil sie nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit für jede gelungene Rechtsgestaltung ausdrückt, die allerdings – insoweit ist die Schwerpunktsetzung richtig – im

---

215 Hier geht es also um die *normative* Effizienz und Effektivität. Zu Effizienz der Finanzmärkte *Zufferey*, Reglementation des marchés secondaires, Rn. 814 ff.

216 So *Kirchner*, Regulierung, 63; vgl. bereits oben S. 31 (Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen).

217 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 309 ff., der unter den „Ausgewählten Problemen einer rechtsdogmatischen Weiterentwicklung" alle Einzelkapitel als Felder der „Kompatibilitäts- und Konkordanzsicherung" tituliert.

Überschneidungsgebiet von öffentlichem und privatem Recht besondere Schwierigkeiten aufwirft.

Die Kompatibilität der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Seite einer Regelung ist insoweit eine Bedingung gelungener Koordination, als miteinander unvereinbare Regelungsgehalte oder Wirkungen zu einer Behinderung der Zielverwirklichung führen, und somit der Funktionalität der Regulierung zuwiderlaufen (dysfunktionale Blockaden)[218]. Bei der Konkordanzsicherung, also bei der Abstimmung des Zusammenwirkens privat- und öffentlich-rechtlicher Regelungsgehalte, geht es zwar nicht um die Vermeidung unüberwindlicher Blockadesituationen, wohl aber um das Ziel, möglichst reibungslos ineinander greifende Wirkungen in den einzelnen Teilrechtsordnungen zu erzeugen. Wichtig ist das beispielsweise in der Rechtswegekonkordanz, mit der nicht nur widersprüchliche Rechtswegezuordnungen vermieden werden sollen (Kompatibilitätssicherung), sondern die auch einen möglichst lückenlosen und unkomplizierten Rechtsschutz bezweckt (Konkordanzsicherung)[219].

4. Zwischenergebnis

Die Koordination von öffentlichem und privatem Recht ist ein historisch gewachsenes Element der schweizerischen Rechtsordnung. Zur Entwicklung einer eigentlichen Koordinationsdogmatik – also einer allgemeinen Lehre zur Koordination von öffentlichem und privatem Recht – hat dies aber bislang nicht geführt. Deren Aufgaben bestehen – wie bei der allgemeinen Rechtsdogmatik – in der Rechtsgewinnungs-, Systematisierungs- und Kontrollfunktion. Sie hat das formale Ziel, die Substitution oder Komplementarität (gegebenenfalls durch Etablierung eines Subsidiaritätsverhältnisses zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Gestaltung) sowie die Kompatibilität und Konkordanz unter den Teilrechtsordnungen und ihren Einzelregulierungen zu sichern. Materiell soll dabei sowohl Effizienz wie Effektivität erreicht werden, Teilziele also, zwischen denen durchaus ein Zielkonflikt entstehen kann.

---

218 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 271, 310 ff.

219 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 326 f. Deutlich auch *Calliess*, Die Verwaltung 34 (2001), 192: „Im Begriff der Auffangordnung angelegt ist der Gedanke der optimalen Steuerung. Daraus resultiert unter anderem die Vorgabe, dass Auffangvorgänge, die die Verantwortungsverteilung zwischen Staat und Gesellschaft verändern, die Grundsätze der Verwantwortungsklarheit und Rechtswegklarheit beachten müssen." Zur Koordination des Rechtsschutzes vgl. oben Fn. 183, sowie *Marti*, Zürcher Kommentar, N 59 zu Art. 6, m.w.N.

II. Lösungsansätze im positiven Recht

Nachdem die Aufgaben und Ziele einer Koordinationsdogmatik *in abstracto* umrissen wurden, geht es in einem weiteren Schritt darum, sich der verfassungsrechtlichen (1) und der einfachgesetzlichen (2) Rahmenbedingungen zu vergewissern, unter denen die Koordination zwischen öffentlichem und privatem Bundesrecht stattfindet. Abschliessend ist zu klären, welche Rolle die allgemeinen Koordinationsziele der Effektivität und Effizienz im Rahmen der positiv-rechtlichen Lösungsansätze einnehmen (3).

1. Koordinationsbeiträge der Verfassungsrechtsdogmatik

Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Koordination zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht lassen einen beachtlichen *Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Instrumentenwahl* erkennen. Diesem steht es grundsätzlich frei, für die Erfüllung seiner Aufgaben auf die Instrumente des Privatrechts, des öffentlichen Rechts oder auf eine Instrumentenkombination zurückzugreifen. Hingegen sind mit der Instrumentenwahl als solcher jeweils spezifische verfassungsrechtliche Erfordernisse verknüpft. Angesichts der aktuell zu beobachtenden „Entzauberung des Staates“[220] und der damit verbundenen Wiederentdeckung des Privatrechts als Regulierungsinstrument der Risikogesellschaft[221] stehen dabei vor allem die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz privatrechtlicher Instrumente zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Vordergrund, eine Entwicklung, die unter dem Schlagwort der „Privatisierung“[222] firmiert.

---

220 So der gleichnamige Titel eines Buches von *Willke* (1983).

221 Siehe oben S. 13 (Wiederentdeckung des Privatrechts).

222 Die Literaturfülle hierzu ist nicht mehr zu bewältigen. Als Auswahl: *Aubert/Bellanger/Tanquerel*, Fonction publique – vers une privatisiation?; *Jaag* (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben; *Wiegand* (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung. Zu Begriff und Formen der Privatisierung vgl. etwa *Jaag*, Dezentralisierung und Privatisierung, 26 ff.; *Knapp*, SZW 1999 (Sondernummer), 1 f.; *ders.*, Principes, méthodes et concepts, 274 f.; *ders.*, ZBl. 1994, 489 ff.; *Müller/Jenni*, AJP 8 (1999), 1071 f.

a) Gestaltungsspielraum bei der Instrumentenwahl

aa) Förderative Vorgaben

Eine erste Vorgabe für die Wahl des privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Instrumentariums liegt in der förderativen Kompetenzverteilung der Verfassung. Danach verfügt der Bundesgesetzgeber nur auf dem Gebiet des materiellen Privatrechts über eine umfassende Rechtsetzungskompetenz (Art. 122 BV). Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ist diese Kompetenz hingegen sektorspezifisch ausgestaltet; allerdings kann die Begründung neuer Bundeskompetenzen durch eine Verfassungsrevision erreicht werden, weshalb der Bund effektiv in eigener Kompetenz entscheidet, welche Aufgaben er an sich zieht (Komptenzkompetenz)[223]. Die verfassungsrechtliche Kompetenzausscheidung hat Folgen für den Entscheidungsspielraum des Bundesgesetzgebers hinsichtlich der Instrumentenwahl. Fällt eine Aufgabe in die Residualkompetenz der Kantone, kann dieser höchstens über den Weg der Privatrechtsgesetzgebung Einfluss nehmen[224]. Diese Schranke bei der Instrumentenwahl wird allerdings dadurch relativiert, dass das Bundesgericht kompetenzwidrig erlassenes öffentliches Bundesrecht nicht als verfassungswidrig verwerfen kann (Art. 191 BV)[225].

bb) Präklusionswirkung durch genuine Staatsaufgaben?

Eine Beschränkung der Instrumentenwahl könnte sodann in den sogenannten „genuinen Staatsaufgaben" gesehen werden, also jenem Kernbereich von Aufgaben, die zwingend vom Staat ausgeübt werden müssen. Denn hier ist

---

223 Vgl. *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 933; *Tschannen*, Staatsrecht, 274, beide unter Hinweis auf *Fleiner/Giacometti*, Bundesstaatsrecht, 38. Vgl. sodann *Rhinow*, Bundesverfassung, 75; *Zimmerli,* Neue Bundesverfassung, 88.

224 Beispielhaft für die Einflussnahme sind die verfahrensrechtlichen Normen im ZGB, etwa die Art. 254, 280, 314, 373 ff. Der Bundesgesetzgeber schuf hier prozessrechtliche Normen im Rahmen der materiellen Privatrechtsgesetzgebung. Mit der Annahme der Justizreform am 12. März 2000 (BBl 2000, 2990) erübrigen sich solche „Manöver", da nunmehr der neue Art. 122 Abs. 1 BV die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts zur Bundessache erklärt. Zum Inkrafttreten der neuen Bestimmung siehe Ziff. III Abs. 2 der Vorlage (Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999, BBl 1999, 8633). Die Bestimmung wird mit dem neuen Bundesgerichtsgesetz in Kraft treten (Planung: 1. Januar 2007).

225 Im Rahmen des NFA sollte Art. 189 neu die Überprüfungskompetenz des Bundesgerichts bezüglich der Wahrung des Subsidiaritätsprinzips vorsehen (Art. 189 Abs. 2 E-BV, BBl 2002, 2564). In den parlamentarischen Beratungen wurde die Normenkontrolle jedoch wieder verworfen, vgl. Amtl. Bull. StR 2002, 852 ff. (881); Amt. Bull. NR 2003, 1184 ff. (1187).

zu fragen, ob solche Aufgaben nicht den Einsatz von privatrechtlichen Instrumenten verbieten[226]. Trotz intensiver wissenschaftlicher Diskussionen ist allerdings weder ein Konsens darüber, welches nun „genuine" Staatsaufgaben seien, noch über deren staatstheoretische Fundierung auszumachen[227]. Im Schrifttum werden beispielhaft die Bereiche Justiz und Zwangsvollstreckung, Polizei und Militär, Währungshoheit und sozialstaatliche Fürsorgesicherung sowie das Postwesen erwähnt[228].

Allein die Beispiele machen deutlich, dass sich mit dem (wenig konturierten) Begriff der genuinen Staatsaufgaben keine generelle Präklusionswirkung für die Handlungs- und Organisationsformen des Privatrechts verbindet. Heute führt der Staat seine Rüstungsunternehmen als privatrechtliche Aktiengesellschaften mit privatrechtlich angestellten Mitarbeitenden[229], Polizei[230]- und Strafvollzugsaufgaben[231] werden teilweise an Private delegiert (die ihre Mitarbeitenden wiederum privatrechtlich anstellen), und auch die Post hat ihr Monopol in zahlreichen Bereichen aufgeben müssen[232]. Hier ist nicht nur die Macht des Faktischen am Werk: Die revidierte Bundesverfassung sieht in Art. 178 Abs. 3 die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Personen des privaten Rechts, die ausserhalb der Bundesverwaltung ste-

---

226 So etwa *Richli*, ZSR 117 II (1998), 209. Vgl. auch *Jaag*, Dezentralisierung und Privatisierung, 41 (für die Polizeiaufgaben).

227 Vgl. *Biaggini*, Verfassungsrechtliche Grenzen, 104; *Eichenberger*, ZBl 1990, 517 ff.; *Knapp*, L'exécution de tâches publiques, Rn. 18; *Lienhard*, AJP 11 (2002), 1164 m.w.N.; *Moor*, Droit administratif III, 93. Zur fehlenden staatstheoretischen Begründung *Saladin*, Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe, 554 ff. Für den aktuellen Stand der Diskussion in Deutschland vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, 157 ff.

228 *Richli*, ZSR 117 II (1998), 209; *Saladin*, Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe, 555; *Saladin*, Wozu noch Staaten?, 55. Für Deutschland vgl. *Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben, 68 Rn. 150.

229 Vgl. Art. 1 ff., 6 BGRB (SR 934.21). Siehe hierzu BBl 1997 III 769 ff. (775 f.); *Biaggini*, Verfassungsrechtliche Grenzen, 85 ff.; *Nobel*, SZW 1999 (Sondernummer), 19 f.

230 Vgl. *Gamma*, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, insb. 137 ff.

231 Siehe etwa § 29 Abs. 3 Strafvollzugsgesetz ZH. Kritisch zur Zulässigkeit von einer Privatisierung in diesem Bereich *Jaag*, Dezentralisierung und Privatisierung, 41; *Müller/Jenni*, AJP 8 (1999), 1074.

232 Sogar in den Monopolbereichen (Art. 3 PG) gelten für das Verhältnis Post-Kunden ergänzend die Bestimmungen des Privatrechts (Art. 11 PG). Streitigkeiten fallen in die Kompetenz der Zivilgerichte (Art. 17 PG). Zur rechtlichen Ausgestaltung der (dezentralisierten und teilprivatisierten) Post siehe *Nobel*, Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens, 146 ff.; *ders.*, SZW 1999 (Sondernummer), 18 f.; *Biaggini*, Verfassungsrechtliche Grenzen, 81 ff. Zu den Möglichkeiten und Grenzen einer privatisierten Post (Überlegungen vor Erlass des neuen Postgesetzes) vgl. *Knapp*, ZBl 1994, 489 ff.

hen, ausdrücklich vor. Zutreffend formuliert KNAPP: „En soi, la Constitution fédérale n'implique aucun régime juridique quant à la manière dont la Confédération exécutera ses tâches."[233]

cc) Vorrang der Selbstregulierung (Subsidiaritätsprinzip)?

Weiter könnte freie Instrumentenwahl des Gesetzgebers durch die aufgabenpolitische Dimension des Subsidiaritätsprinzips eingeschränkt sein[234]. Danach soll staatliche (Hoheits-)Regulierung erst und nur in dem Masse zum Zuge kommen, als die gesellschaftliche Selbstregulierung als Instrument zur Herstellung der angestrebten Staatsziele, insbesondere der sozialen Gerechtigkeit, versagt[235]. In jüngerer Vergangenheit hat das Prinzip vor allem im Umweltrecht Beachtung gefunden[236]; inzwischen wird es aber auch für zahlreiche andere Politikfelder beansprucht[237].

---

233 *Knapp*, SZW 1999 (Sondernummer), 5. Gleicher Ansicht *Tschannen*, Ende der Verfügung?, 239: „Der Aufgabenbestand eines Staates ist offen, nach oben wie nach unten. Wohl mag es einen Kern unablegbarer Staatsverantwortung geben, aber dieser Kern scheint derzeit nicht in Gefahr. Abgesehen davon wäre er rechtlich auch nicht wirklich zu schützen, trotz aller Beteuerungen in der Lehre über die Unverzichtbarkeit sogenannt genuiner Staatsaufgaben. Politisch verhandelbar ist letztlich alles, auch das, was heute durch Verfassung und Staatsvertrag gesichert scheint." In diesem Sinne auch *Biaggini*, Verfassungsrechtliche Grenzen, 105 f.; *Eichenberger*, ZBl 1990, 527; *ders.*, Verwaltungsprivatrecht, 75 f. Zur Hoheit des Bundes bei der Bestimmung seines Aufgabenbereichs im Hinblick auf die Kantone (Kompetenzkompetenz) siehe oben S. 63 (Föderative Vorgaben).

234 Ausführlich zum Subsidiaritätspinzip und seinen verschiedenen Aspekten *Richli*, ZSR 117 II (1997), 139 ff. Im Rahmen der Zulässigkeit von Grundrechtsbeschränkungen ist das Subsidiaritätsprinzip Teil der Erforderlichkeitsprüfung, vgl. *Junod*, Problèmes actuels, 641 f; *Marti*, Wirtschaftsfreiheit, 80.

235 *Hotz*, Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit, 49 f.; *Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben, 76 f. Rn. 168; *Saladin*, Grundrechte im Wandel, 358; *Zimmerli*, ZSR 97 II (1978), 15.

236 Vgl. *Braun*, Abfallverminderung durch Kooperation, 131.

237 Vgl. etwa Konsumenteninformationsgesetz: Verordnungsermächtigung des Bundesrates erst bei Scheitern einer privaten Lösung zwischen Organisationen der Wirtschaft und der Konsumierenden (Art. 3, 4 KIG). Preisüberwachungsgesetz: Verfügungsermächtigung des Preisüberwachers erst bei Scheitern einer einvernehmlichen Regelung mit dem betreffenden Unternehmen (Art. 9, 10 PÜG). Energiegesetz: Prüfung der privaten Vereinbarungen vor Erlass von Ausführungsvorschriften, weitestmögliche Übernahme im Falle hoheitlicher Regulierung (Art. 2 EnG). Weitere Beispiele bei *Richli*, ZSR 117 II (1998), 242 ff.

Als Richtschnur für staatliches Handeln[238] und als allgemeines Ziel der Koordination zwischen privatem und öffentlichem Recht ist das Subsidiaritätsprinzip unbestritten[239], auch wenn es in seiner praktischen Ausgestaltung (Selbstregulierung) in jüngerer Vergangenheit an Glanz verloren hat[240]. Genauso unstreitig ist allerdings, dass Funktionsüberschneidungen zwischen dem staatlichen und dem gesellschaftlichen Bereich geradezu zum Charakteristikum des verfassungsrechtlich gewollten Sozialstaates gehören[241]. Für das schweizerische Recht wird man jedenfalls festhalten können, dass dem Subsidiaritätsprinzip mit Blick auf die *aufgabenpolitische* Dimension[242] nicht der Rang eines justiziablen Verfassungsgrundsatzes zukommt[243].

---

238 *Hotz*, Notwendigkeit und Verhältnissmässigkeit, 49 f.; *Lerche*, Übermass und Verfassungsrecht, 201; *Saladin*, Grundrechte im Wandel, 357 f.; *Zimmerli*, ZSR 97 II (1978), 15.

239 Vgl. oben S. 59 (Subsidiarität als Sonderfall).

240 Vgl. oben S. 15 (Erneute Trendwende?). Zu den Stärken und Schwächen der Selbstregulierung im Finanzmarktbereich *Zufferey*, Réglementation des systèmes, Rn. 1534 ff.

241 Vgl. nur Art. 41 BV.

242 Anderes gilt für die *staatsorganisatorische* Dimension des Subsidiaritätsprinzips (Art. 3, 42, 43 BV sowie der – noch nicht in Kraft stehende – Art. 5a E-BV, vgl. BBl 2003, 6591). Die Generalklausel von Art. 5a E-BV (vormals: Art. 3a E-BV) wird damit allerdings nicht justiziabel, vgl. BBl 2002, 2458. Es bedarf vielmehr einer genügend klaren Kompetenzzuweisung für einen spezifischen Sachbereich, vgl. BBl 2002, 2465. Die Einführung einer Kontrolle durch das Bundesgericht (Art. 189 Abs. 2 E-BV, BBl 2002, 2564) wurde in den parlamentarischen Beratungen verworfen, vgl. Amtl. Bull. StR 2002, 852 ff. (881); Amt. Bull. NR 2003, 1184 ff. (1187).

243 Der entsprechende Art. 3bis VE 96 („Bei der Zuweisung staatlicher Aufgaben und bei deren Erfüllung ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.“) wurde nicht in die revidierte BV aufgenommen. Doch auch für die den Artikel befürwortende Projektgruppe war klar, dass der Grundsatz der Subsidiarität nicht als justiziabler Verfassungsgrundsatz, sondern als staatspolitische Maxime zu verstehen sei und nur als solche in der Verfassung verankert werden sollte. Vgl. hierzu *Koller*, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, 687. Gegen den Verfassungsrang des aufgabenpolitischen Subsidiaritätsprinzips auch *Eichenberger*, Der geforderte Staat, 113; *Hotz*, Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit, 52; *Knapp*, SZW 1999 (Sondernummer), 6; *Langhart*, Rahmengesetz und Selbstregulierung, 106; *Müller*, AJP 7 (1998), 65 (77); *Rhinow*, Die Zukunft Europas, 775; *Richli*, ZSR 117 II (1998), 254, *Saladin*, Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe, 555. Skeptisch auch *Braun*, Abfallverminderung durch Kooperation, 108 ff. Befürwortend dagegen *Jaag*, VVStL 54 (1995), 287 (296); *Moor*, Droit administratif I, 388. In Deutschland ist die Frage streitig, vgl. *Bull*, Staatsaufgaben, 190 ff.; *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung, 35 f., m.w.N.

Neben diesem grundsätzlichen Einwand, der vor allem das „ob" der staatlichen Tätigkeit beschlägt, bereitet auch die verfassungsrechtliche Rückführung des „wie" im Sinne des Vorrangs der gesellschaftlichen Selbstregulierung vor öffentlicher Hoheitsregulierung Schwierigkeiten. Angesichts des zunehmenden Abbaus der hierarchischen Beziehung zwischen Staat und Gesellschaft und der vielfältigen Kombinationen öffentlich-privatrechtlicher Regulierungsinstrumente kann der freiheitssichernde Inhalt von Massnahmen, die unter dem noch wenig konturierten Begriff der Selbstregulierung operieren, nicht ohne weiteres unterstellt werden. Die konsequente Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes führt mit anderen Worten nicht automatisch zu einem „mehr" an Freiheit. Die optimale Ausnutzung von Freiheitsräumen bedarf eines flexiblen Systems von *checks and balances* und der Prüfung von Massnahmen im Einzelfall. Die Statuierung des Vorrangs der „privaten" vor der staatlichen Lösung wird die Freiheitsoptimierung jedenfalls nicht automatisch gewährleistet[244].

Insgesamt bestehen also sowohl grundsätzliche Bedenken als auch praktische Schwierigkeiten bei der Annahme eines verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips. Dies schmälert keineswegs seine zentrale rechtspolitische Funktion als Orientierungsmaxime und als Triebfeder für das verantwortungsbewusste Verhalten der zivilen Gesellschaft, in deren Hand es liegt, die staatliche Intervention entbehrlich zu machen[245]; nur der Einsitz im Olymp der Verfassungsgrundsätze bleibt dieser Dimension des Subsidiaritätsprinzips verwehrt. Für den Koordinationsdiskurs bedeutet dies, dass das aufgabenpolitische Subsidiaritätsprinzip zwar Ziel der Koordination von Privatrecht und öffentlichem Recht ist, aber nicht schon den verfassungsrechtlichen Rahmen bildet, innerhalb dessen die Koordination stattfindet.

b) Rahmenbedingungen des Instrumenteneinsatzes

Hat der Gesetzgeber sich für den Einsatz privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Instrumente entschieden, so unterliegt deren Einsatz einer Reihe von verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen. Die klassische staatliche Aufgabenerfüllung mit den Mitteln des öffentlichen Rechts bietet hier wenig Probleme: Die Freiheit des Einzelnen vor staatlichen Übergriffen ist durch Grundrechte geschützt, deren Beeinträchtigung nur zulässig ist, wenn eine

244 Vgl. *Richli*, ZBl 1991 381 (397). Im gleichen Sinne auch *Braun* für den Bereich des Abfallrechts, vgl. *Braun*, Abfallverminderung durch Kooperation, 108 ff.

245 Vgl. *Gygi*, ZBJV 102 (1966) 123; *Richli*, ZSR 117 II (1998), 207, m.w.N.

gesetzliche Grundlage besteht, ein öffentliches Interesse nachgewiesen und das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt ist (Art. 36 BV)[246]. Sodann untersteht alles Verwaltungshandeln den verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien – Gesetzmässigkeit, Rechtsgleichheit und Willkürverbot, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben[247]. Weniger konturiert sind dagegen die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Verantwortungstransfer vom öffentlichen in das private Recht[248], deren wichtigste nachfolgend erläutert werden[249].

aa) Legalitätsprinzip

Im Interaktionsfeld von öffentlichem und privatem Recht wird das Legalitätsprinzip vor allem im Zusammenhang mit der Übertragung rechtssetzungsähnlicher Befugnisse an Private und der Erfüllungsdelegation an Private relevant.

Unter dem Stichwort „Rechtssetzung durch Private" sind verschiedene Erscheinungsformen der Wechselwirkung zwischen öffentlichem und privatem Recht zusammengefasst[250]. Dazu gehören die Delegation von Verordnungskompetenz an private Organisationen[251], die staatlich gesteuerte Selbstregulierung in Form von Rahmengesetzen[252] sowie – am weitaus häufigsten – die Verweisung auf private Normen[253]. Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen unterscheiden sich in Einzelpunkten[254]; als gemeinsame Grundbedingung besteht aber das Erfordernis der formellgesetzlichen Grundlage[255].

---

246 Statt vieler: *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel II, Rn. 176 ff.

247 Vgl. nur *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 363, 368 ff., 488 ff., 535 ff., 581 ff., 622 ff.; *Moor*, Droit administratif I, 387 ff., 416 ff., 427 ff.

248 In den Worten *Nobels*, SZW 1999 (Sondernummer), 11, fehlen die Gebrauchsanweisungen. Im gleichen Sinne *Biaggini*, Verfassungsrechtliche Grenzen, 93.

249 Für einen Überblick vgl. *Knapp*, SZW 1999 (Sondernummer), 6 ff.; *Müller/Jenni*, AJP 8 (1999), 1071 (1075 ff.).

250 Vgl. den Überblick bei *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1886 ff.

251 Beispielsweise Art. 51 Abs. 2 Berufsbildungsgesetz: Berufsverbände, die vom Bund anerkannte Berufsprüfungen und höhere Fachprüfungen veranstalten, können ein Prüfungsreglement erlassen, das vom Departement zu genehmigen ist. Weitere Beispiele bei *Marti*, AJP 11 (2002), 1155 f.

252 Beispielsweise Art. 3 ff. BEHG: Ausreichende Selbstregulierung als Voraussetzung für die Bewilligungserteilung als Börse.

253 Zu verschiedenen Arten der Verweisung siehe *A. Brunner*, Technische Normen, 90 ff.

254 Vgl. hierzu *Marti*, AJP 11 (2002), 1154 ff.

255 Vgl. *Brunner*, Rechtssetzung durch Private, 140 ff.; *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1890 ff. Differenziert *Marti*, AJP 11 (2002), 1155; *Moor*, Droit admini-

Bei der Erfüllungsdelegation wird die (vormals) staatliche Aufgabenerfüllung an Private übertragen[256]. Nach herrschender Lehre und Praxis bedarf sie keiner ausdrücklichen Verfassungsgrundlage[257]. Erforderlich ist hingegen sowohl für den Fall der Eingriffs- als auch der Leistungsverwaltung eine formellgesetzliche Grundlage (Art. 178 Abs. 3 BV)[258], die dem Bestimmtheitsgebot zu genügen hat. Unter anderem sind die Art der Aufgabenerfüllung und die Grundzüge der staatlichen Aufsicht zu regeln, um sicherzustellen, dass die öffentlichen Interessen genügend gewahrt werden[259]. Auch bei der Erfüllungsdelegation bildet demnach das Legalitätsprinzip eine Rahmenbedingung bei der Umsetzung der privatrechtlichen Instrumentenwahl.

---

stratif III, 102 ff.; *Knapp*, La collaboration des particuliers, 380 f. Für die Zulässigkeit der dynamischen Verweisung auf private Regelwerke (*in casu* bejaht) vgl. BGE 123 I 112 (127 ff.), mit zahlreichen Hinweisen zum aktuellen Diskussionsstand in der Doktrin. Vgl. zudem die Besprechung des Entscheids von *Hangartner*, AJP 6 (1997), 1417 ff.

256 Zu den Arten privater Rechtsträger vgl. *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 1510 ff.: Monopolkonzessionäre, mit Verwaltungsaufgaben beliehene Private, privatrechtliche Stiftungen. Eine andere Kategorisierung findet sich bei *Knapp*, L'exécution de tâches publiques, Rn. 90 ff.: le délégataire, l'auxiliaire, le concessionaire.

257 Vgl. *Burnet*, L'Exécution de tâches publiques, 124 f.; *Moor,* Droit administratif III, 114; *Müller*, AJP 7 (1998), 65 (74).

258 Vgl. *Moor*, droit administratif I, 366 f. Weitere Nachweise bei *Lienhard*, AJP 11 (2002), 1167, der selbst eine weniger strenge Haltung einnimmt. Einen lockeren Umgang mit dem Gebot der formellgesetzlichen Grundlage pflegt das Bundesgericht bei der Subdelegation, vgl. BGE 105 IV 264 (267). In anderen Entscheiden war allerdings die formellgesetzliche Grundlage stillschweigend vorausgesetzt, vgl. BGE 121 IV 138 (142). Strenge Anforderungen an die gesetzliche Grundlage stellte das Bundesgericht schliesslich hinsichtlich der Überwachungskompetenz der (damaligen) PTT in marktoffenenen Bereichen, vgl. BGE 117 IV 349.

259 Vgl. BGE 104 Ia 440 (446); BGE 103 Ia 369 (380 f.); BGE 100 Ia 60 (70); BGE 88 I 303 (312); *Biaggini*, Verfassungsrechtliche Grenzen, 97 f.; *Jaag,* Dezentralisierung und Privatisierung, 38; *Moor*, Droit administratif III, 116 ff. Vgl. weiter *Knapp*, SZW 1999 (Sondernummer), 6 f.; *ders.*, L'éxecution de tâches publiques, Rn. 13 ff. *Knapp* behandelt das öffentliche Interesse als eigenständige Voraussetzung für die Delegation (Rn. 16 ff). Dem ist entgenzuhalten, dass dem Staat – in den Grenzen des Untermassverbotes – die Einschätzungsprerogative für die Erfüllung seiner Aufgaben zukommt. Für die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot vgl. *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 1509; *Müller/Jenni*, AJP 8 (1999), 1071 (1075). Zu den Formen der staatlichen Aufsicht vgl. *Burnet*, L'Exécution de tâches publiques, 146 ff.

bb) Funktionale Geltung der Grundrechte und Verfassungsprinzipien

Obwohl es dem Gemeinwesen grundsätzlich frei steht, sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts zu bedienen, so kann es sich seiner Staatlichkeit nicht ohne weiteres durch die oft beklagte „Flucht ins Privatrecht“[260] entledigen.

So unterliegt der Staat gemäss Art. 35 Abs. 2 BV auch dann, wenn er sich privatrechtlicher Handlungs- und Organisationsformen bedient[261], im Vergleich zu den privaten Akteuren einer *verstärkten Grundrechtsbindung*[262]. Das gilt namentlich für das Willkürverbot und das Rechtsgleichheitsgebot, die gerade im Rahmen von privatrechtlich inspirierten oder gar strukturierten Verhandlungsprozessen schwieriger zu beachten sind als im Falle hoheitlichen Handelns[263]. Das gilt weiter für das Gebot der Wettbewerbsneutralität des Gemeinwesens[264]. Mit der fortbestehenden Bindung des Staates an die Grundrechte besteht mithin ein verfassungsrechtlicher Eckpfeiler, der auch im Falle einer Verantwortungszuweisung an das Privatrecht zu berücksichtigen ist.

Entsprechendes gilt, wenn der Staat nicht selbst als Privater handelt, sondern die Erfüllung öffentlicher Aufgaben an Private bzw. private Institutionen überträgt (Erfüllungsdelegation). Die Bestimmung in Art. 35 Abs. 2 BV ist auch hier anwendbar; die Privaten unterliegen mithin einer verstärkte Grundrechtsbindung[265], wobei die Bindungsintensität sich nach

---

260 Eine „Flucht von Staat und Gemeinde in das Privatrecht“ diagnostizierte schon *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts (1939), 326.

261 Beispiele: Vertragliches Handeln des Gemeinwesens (Handlungsform); Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform (Organisationsform). Zum Begriff des öffentlichen Unternehmens vgl. *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 1483.

262 BGE 129 III 35 (40); 127 I 84 (90); BGE 123 II 402. Vgl. weiter 114 Ia 423 E. 4a; *Moor*, Droit administratif III, 372 ff. Vgl. auch Entscheid UVEK, ZBl 102 (2001), 325 ff. und dazu *Häflin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 1487. Aus der (umfassenden) Literatur etwa *Schefer*, AJP 11 (2002), 1133 ff.; *Jaag*, Der Staat als Aktionär, 387 ff. Die Grundrechtsbindung ist teilweise auch in den neuen Rahmengesetzen festgeschrieben, vgl. die Beispiele bei *Häner*, AJP 11 (2002), 1146 f.

263 *Richli*, ZBl 1991, 397. Für eine gesetzlich festgeschriebene Gleichbehandlungspflicht der privatrechtlich organisierten Börse vgl. Art. 8 BEHG. Für den Bereich des Finanzmarktrechts ist zudem auf die Entwicklung eines differenzierten Gleichbehandlungsgebots hinzuweisen, vgl. nur Art. 43 VE FINMAG und dazu *Expertenkommission Zimmerli*, Teilbericht, 45. Ausführlich *Zufferey*, SJV 2004, 556 ff. Schon vorher *Expertenkommission Zufferey*, Finanzmarktregulierung, insb. 40 f.

264 *Knapp*, SZW 1999 (Sondernummer), 8 f.; *Müller*, AJP 7 (1998), 65 (78).

265 Vgl. BGE 127 I 84 (90); BGE, ZBl 88 (1987), 205 (208). Für die Lehre: *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 1509. Vgl. auch *Hangartner*, AJP 9 (2000), 515 ff., zum Fall der Grundrechtsbindung der Post.

dem Umfang der Marktalternativen richtet[266]. Zudem gelten die Verfahrensgarantien, denen das Gemeinwesen bei eigener Aufgabenerfüllung unterstehen würde[267].

cc) Übermassverbot (Schutz der Privatautonomie)

Auf den ersten Blick scheint der Verantwortungstransfer vom öffentlichen auf das Privatrecht kaum je Gefahr zu laufen, als unangemessene Beeinträchtigungen der Grundrechtsträgerinnen in Konflikt mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Übermassverbot)[268] zu geraten. In der Praxis sind solche Vorgänge typischerweise von der Intention getragen, eine staatlich imperative Regulierung durch eine verstärkt privatautonome, selbstregulative Elemente einschliessende Gestaltung abzulösen[269]. Tatsächlich dürfte die grundrechtliche Eingriffsintensität einer imperativen Regulierung typischerweise grösser sein als diejenige einer selbstregulativen. Gleichwohl kann die Verschiebung hin zur den Gestaltungsformen des Privatrechts an verfassungsrechtliche Grenzen des Übermassverbotes stossen. Wenn nämlich ein ursprünglich imperativ regulierter Gegenstand für privatautonome Gestaltung geöffnet wird, so entsteht ein neuer Normierungsbedarf für die privatrechtliche Rahmenordnung, dem regelmässig durch Erlass neuer, privatrechtsgestaltender Gesetze entsprochen wird[270]. So ändert sich, selbst wenn per Saldo ein Freiheitsgewinn eintreten sollte, die Art der freiheitsbeeinträchtigenden Massnahmen. An die Stelle schlichter Verbote treten häufig komplizierte Privatrechtsgestaltungen (z.B. Transparenzgebote, Publizitätsvorschriften), die inhaltlich wie persönlich andersartige Wirkun-

---

266 BGE 127 I 84 (90). Zu den Fallgruppen der Grundrechtsbindung bei Auslagerungen vgl. *Schefer*, AJP 11 (2002), 1139 ff.

267 In Anwendung dieses Grundsatzes ausdrücklich Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG. Vgl. hierzu *Müller*, AJP 7 (1998), 65 (75).

268 Das Bundesgericht verwendet das Übermassverbot im Sinne der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn: Danach muss zwischen dem Ziel und dem eingesetzten Mittel ein vernünftiges Verhältnis bestehen, vgl. BGE 126 II 439 (441); BGer, Urt. v. 21.6.2000 (2A.265/2000/leb). In der Doktrin wird – in Anlehnung an die deutsche Terminologie – das Übermassverbot dem Verhältnismässigkeitsprinzip im weiteren Sinne (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit i.e.S.) verwendet, vgl. *Zimmerli*, ZSR 97 II (1978), 12 ff., 18.

269 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 300 ff. Vgl. auch *Marti*, AJP 11 (2002), 1157, wonach die Verpflichtung zur Selbstregulierung weniger weit geht, als wenn der Staat dieselben Vorschriften erlässt.

270 Vgl. *Baudenbacher*, SAG 57 (1985), 57 (69); *Biaggini*, Verfassungsrechtliche Grenzen, 96; *Kämmerer*, Privatisierung, 425, 474 ff. Für den deregulierungsbedingten Zuwachs an Normen im Bereich des Finanzmarktrechts vgl. *Zufferey*, SJV 2004, 516 ff.

gen entfalten. Insofern handelt es sich um *neue Beschränkungen der Privatautonomie*, die als grundrechtsrelevante Freiheitsminderungen jeweils am Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu messen sind und im Einzelfall jedenfalls für einzelne Adressatengruppen auch unangemessene Folgen haben können[271].

Ähnlich gelagerte Gefahren können entstehen, wenn ein hoheitlich regulierter Bereich um privatrechtlich inspirierte Verhandlungselemente ergänzt oder gar durch diese ersetzt wird. Der kooperative Rahmen kann nämlich auch dazu führen, Grundrechtsbeschränkungen zu legitimieren, die der Staat gestützt auf seine übermässige Verhandlungsmacht durchzusetzen vermag[272]. Auch beim kooperativen Staatshandeln bildet daher das Übermassverbot den Rahmen für den Einsatz des privatrechtlichen Instrumentariums.

dd) Untermassverbot (staatliche Reserveverantwortung)

Grundrechte sind nicht nur Eingriffsverbote, sondern auch Schutzgebote[273]. Die Schutzverpflichtung manifestiert sich im Untermassverbot[274]. Wie das Übermassverbot ist auch das Untermassverbot Teil des Verhältnismässigkeitsprinzips und partizipiert an dessen Verfassungsrang[275]. Während das Übermassverbot dem Staat ein Handeln untersagt, folgt aus dem Untermassverbot eine Pflicht der Hoheitsträger zum Einschreiten. Das Unter-

---

271 So kann eine Buchpublikation oder eine Meinungsäusserung sowohl mit den Mitteln des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts verboten werden: Die Grundrechtsträger werden in beiden Fällen staatlichem Zwang ausgesetzt. Vgl. hierzu *Canaris*, JuS 1989, 162, 167 ff.

272 Zu dieser Problematik – allerdings unter dem Teilaspekt der Erforderlichkeit: *Richli*, ZBl 1991, 397.

273 Sog. konstitutiv-institutionelles Grundrechtsverständnis, vgl. insb. Art. 35 Abs. 1 BV. Die Schutzpflichtendogmatik muss heute als Bestandteil der schweizerischen Verfassungsdogmatik angesehen werden, vgl. BGE 126 II 300 (314). Grundlegend schon *Saladin*, Grundrechte im Wandel (1970). Zum aktuellen Stand der Diskussion vgl. *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 261 ff.

274 Die rechtswissenschaftliche Diskussion um das Untermassverbot ist jüngeren Datums; die Begriffsprägung erfolgte durch *Canaris*, vgl. *ders.*, AcP 184 (1984), 228; *ders.*, JuS 1989, 163 f.

275 Vgl. hierzu BGE 111 II 2 (9) für den Fall vormundschaftlicher Massnahmen: Unverhältnismässig und damit bundesrechtswidrig ist ein vormundschaftlicher Eingriff nicht nur dann, wenn er zu stark ist, sondern auch, wenn er zu schwach ist. Im Schrifttum wird das Untermassverbot z.T. unter dem Prinzip des Sozialstaats abgehandelt, vgl. etwa *Eichenberger*, Kommentar BV, N 102 f. zu Verfassungsrechtliche Einleitung; *Müller*, AJP 7 (1998), 65 (79).

massverbot legt so die Untergrenze des legislativen Gestaltungsspielraums fest[276].

Für die Rahmenbedingungen und Modalitäten des hier vorrangig interessierenden Verantwortungstransfers vom öffentlichen auf das private Recht ist das Untermassverbot von wesentlicher Bedeutung. In dem Masse nämlich, in dem ein ursprünglich imperativ regulierter Gegenstandsbereich für privatautonome Gestaltung und damit den kollidierenden Interessen der Privatrechtssubjekte geöffnet wird, entstehen neue (Schutz-)Bedürfnisse für die betroffenen Grundrechtsträger. Eine Gestaltung im Koordinationsbereich zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht gibt nur noch einen ausfüllungsbedürftigen Rahmen vor, ohne dass die im öffentlichen Recht bezweckte effektive Sicherung von Gemeinwohlbelangen ohne weiteres garantiert wäre. Insbesondere das flexible und situationsorientierte Privatrecht erhöht das Risiko, dass der Staat seine verfassungsrechtlichen Pflichten, etwa die Erbringung lebenswichtiger Dienstleistungen, vernachlässigt. In dem Umfang, in dem eine Einstands- oder Reserveverantwortung des Staates bejaht wird[277], kann die Forderung nach genügendem Schutz im Rahmen von Verantwortungszuweisungen an das öffentliche und private Recht als Ausdruck des Untermassverbotes angesehen werden. Insoweit lassen sich Forderungen nach einem „öffentlich-rechtlichen Auffangnetz"[278] als Ausdruck verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen der Koordination verstehen.

ee) Weitere Rahmenbedingungen

Im Rahmen eines Verantwortungstransfers vom öffentlichen auf das private Recht ist der Grundsatz des Schutzes des Staatsvermögens zu beachten. Werden im Rahmen eines solchen Transfers staatliche Vermögenswerte auf Private übertragen, so sind diese zum Verkehrswert zu veräussern[279]. Abschliessend ist sodann zu erwähnen, dass bei der Übertragung von öffentli-

---

276 Vgl. *Schefer*, AJP 11 (2002), 1135, wonach der Bindungsmodus der Grundrechte auch die Pflicht bedeutet, „den entsprechenden normativen Gehalten druch geeignete gesetzgeberische Massnahmen tatsächliche Wirkung zu verschaffen."

277 Vgl. nur *Biaggini*, Verfassungsrechtliche Grenzen, 94 f. *Eichenberger*, Kommentar BV, N 102 zu Verfassungsrechtliche Einleitung; *Müller*, AJP 7 (1998), 65 (79); *Knapp*, SZW 1999 (Sondernummer), 7 f., unter dem Begriff der Pflicht zum „sauvegarde du service publique".

278 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 11.

279 *Knapp*, SZW 1999 (Sondernummer), 9; *Müller/Jenni*, AJP 8 (1999), 1071 (1080).

chen Aufgaben an Private auf Bundesebene die Staatshaftung (Art. 146 BV) greift[280].

c) Fazit

Zu den Koordinationsbeiträgen der Verfassungsrechtsdogmatik kann festgehalten werden, dass für die bereichsspezifische Zuweisung der Regulierungsverantwortung an das Privatrecht oder das öffentliche Recht grosse Gestaltungsspielräume bestehen. Das gilt insbesondere für den aktuell zu beobachtenden Verantwortungstransfer vom öffentlichen Recht auf das Privatrecht, der kaum Schranken unterliegt, andererseits aber auch kein verfassungsrechtliches Gebot bildet.

Dennoch ändert sich die Funktionswahrnehmung durch den Staat, wenn er zu neuen kooperativen oder privatrechtlichen Handlungs- und Rechtsformen greift. Insbesondere entsteht dadurch die *Gefahr einer Verflachung der Grundrechtspositionen*, die es rechtsdogmatisch zu kompensieren gilt[281]. Mit anderen Worten: Die Wahl des privatrechtlichen, öffentlichrechtlichen oder kombinierten Regelungsinstrumentariums unterliegt kaum Schranken, wohl aber die Rahmenbedingungen und Modalitäten der gewählten Struktur. Hier wirken die verfassungsrechtlichen Gebote des Gesetzesvorbehalts sowie des Über- und Untermassverbots und schliesslich die Funktionalität der Grundrechtsbindung im Sinne einer *substance over form*. Sie beanspruchen Geltung gegenüber jeder Regulierung durch den Gesetzgeber, also auch gegenüber jeder Neugestaltung des Koordinationsfeldes zwischen öffentlichem und privatem Recht. Mittelbar wirkt zudem das Untermassverbot als verfassungsrechtlicher Hebel, um dem Gebot effektiven Schutzes zumindest teilweise einen Rechtsrang zu verschaffen.

2. Koordinationsbeiträge des einfachen Gesetzesrechts

Auch wenn die verfassungsrechtlichen Koordinationsregeln nicht immer die erwünschte Schärfe und Präzision aufweisen, so ist ihnen immerhin eine ge-

---

280 Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. f und Art. 19 VG (SR 170.32). Allerdings haftet der Bund diesfalls nur – aber eben immerhin – subsidiär. Vgl. hierzu *Wiegand/Wichtermann*, recht 1999, 12 ff. Zudem sieht die Revision des Haftpflichtrechts die weitgehende Unterstellung des Staates unter die Regeln des privaten Haftpflichtrechts vor, vgl. Art. 43 VE HPG und dazu *Widmer/Wessner*, Expertenbericht, 23 f., 67 ff., 309 ff.

281 *Kämmerer*, Privatisierung, 4.

wisse Beständigkeit eigen. Die einfachgesetzlichen Rahmenbedingungen der Koordination sind im Vergleich dazu viel flexibler; grundsätzlich kann jede Gesetzesrevision eine Neugestaltung des Koordinationsfeldes bewirken. Auf der Ebene des Gesetzesrechts lassen sich denn auch eine Vielzahl punktueller Koordinationsregeln ausmachen.

a) Förderative Koordination (Art. 6 ZGB)

Eine augenscheinliche Koordinationsregel für das Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht bildet Art. 6 ZGB. Danach werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt[282]. Die Bestimmung regelt also ein *für Bundesstaaten spezifisches Koordinationsproblem* zwischen öffentlichem und privatem Recht.

In Wirklichkeit handelt es sich bei Art. 6 ZGB um einen unechten Vorbehalt zugunsten des öffentlichen kantonalen Rechts, da die Kompetenzausscheidung bereits auf Verfassungsstufe (Art. 122 Abs. 1 BV) geregelt ist[283]. Die einschlägige Bestimmung wurde im Zuge der Justizreform um die Kompetenz zum Erlass von Verfahrensrecht erweitert, so dass eine wichtige kantonale Residualkompetenz dahinfällt[284]. Allerdings war Art. 6 ZGB schon zuvor keine unumstössliche Bestandsgarantie für das kantonale öffentliche Recht. Soweit das Bundeszivilrecht öffentliches (Verfahrens-)Recht enthielt, kam die derogatorische Kraft des Bundesrechts zum Tragen[285].

Aus der Bestimmung in Art. 6 Abs. 1 ZGB wird die *Pflicht zur Harmonisierung beider Teilrechtsordnungen* abgeleitet[286]. Der Harmonisierungsgedanke lässt sich insbesondere aus der bundesgerichtlichen Formel zu den Schranken der (expansiven) Kraft des öffentlichen kantonalen Rechts entnehmen. Danach sind öffentlich-rechtliche Vorschriften in einem vom Bundeszivilrecht geregelten Bereich unter folgenden drei Voraussetzungen zu-

---

282 Art. 6 Abs. 2 ZGB, wonach die Kantone in den Schranken ihrer Hoheit den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen beschränken oder untersagen oder gewisse Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig bezeichnen können, kommt neben der Kompetenzzuteilung gemäss Art. 6 Abs. 1 ZGB keine eigenständige Bedeutung zu, vgl. *Marti*, Zürcher Kommentar, N 391 f. zu Art. 6 ZGB.

283 Vgl. *Marti*, N 24 zu Art. 6 ZGB, m.w.N.; *Grisel*, droit administratif II, 815.

284 Justizreform, Annahme durch Volk und Stände am 12. März 2000 (BBl 2000, 229). Ausnahmsweise bestimmt die Bundesversammlung das Inkrafttreten (vgl. Ziff. III Abs. 2 der Vorlage (Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999), BBl 1999, 8633). Zur Zeit ist die Bestimmung noch nicht in Kraft.

285 Heute ausdrücklich: Art. 49 Abs. 1 BV.

286 Vgl. *Deschenaux*, SPR II, 26 ff.; *Marti*, Zürcher Kommentar, N 2, N 54 ff. zu Art. 6 ZGB, m.w.N.

lässig: (1) Es darf für die betreffende Frage keine abschliessende bundeszivilrechtliche Regelung vorliegen, (2) die kantonale Vorschrift muss einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse entsprechen, und (3) die kantonale Vorschrift darf nicht gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen bzw. dessen Anwendung vereiteln oder erheblich erschweren[287].

Die Kollisionsnorm von Art. 6 ZGB hat seit ihrem Erlass an faktischer Bedeutung eingebüsst. Dies liegt einerseits an der fehlenden Sanktionsmöglichkeit bei einer Kompetenzverletzung seitens des Bundesgesetzgebers[288]. Vor allem aber führt der starke Ausbau des öffentlichen Rechts auf Bundesebene zu einer Verschiebung der Koordinationslast von der vertikalen auf die horizontale Achse des privaten und öffentlichen Bundesrechts[289].

b) Intertemporale Koordination (Art. 60 SchlT ZGB)

In Art. 60 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB findet sich die Bestimmung, dass die mit dem Zivilgesetzbuch in Widerspruch stehenden älteren zivilrechtlichen Bestimmungen des Bundesrechts aufgehoben sind. Damit werden nach Ansicht einiger Autoren auch widersprechende öffentlich-rechtliche Vorschriften des Bundes erfasst[290]. Andere dagegen beschränken die Anwendung von Art. 60 SchlT auf die frühere partielle privatrechtliche Gesetzgebung des Bundes[291]. Dies entspricht auch dem Wortlaut der besagten Bestimmung. Auch wenn man von einem weiten, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften einschliessenden Anwendungsbereich ausgehen würde, so bliebe die aktuelle Tragweite dieser positiv-rechtlichen Kollisionsregel beschränkt. Erstens nennt Art. 60 Abs. 3 SchlT selbst zahlreiche – auch öffentlich-rechtliche – Gesetze, deren Geltung durch den Erlass des ZGB nicht berührt wird. Zweitens hat die öffentlich-rechtliche Regelungsfreude des Bundesgesetzgebers erst nach dem Erlass des ZGB im Jahre 1912 eingesetzt. Für die neuen öf-

---

287 BGE 122 I 21, 145; 120 Ia 290 f.; 120 Ia 90, 303; 119 Ia 61. Vgl. auch *Caroni*, Einleitungstitel, 233 ff.; *Deschenaux*, SPR II, 26 ff.; *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 28. Für eine Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: *Marti*, Zürcher Kommentar, N 239 ff. zu Art. 6 ZGB.

288 Vgl. hierzu *Marti*, Zürcher Kommentar N 267 zu Art. 6 ZGB.

289 *Huber*, Berner Kommentar, N 132 ff, 147 f. zu Art. 6 ZGB; *Marti*, Zürcher Kommentar, N 16, 129 zu Art. 6 ZGB; *Nobel*, Entscheide, 277.

290 *Beck*, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 60 SchlT ZGB; *Marti*, Zürcher Kommentar, N 20 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB.

291 *Kley*, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 60 SchlT; *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1073.

fentlich-rechtlichen Erlasse bietet die intertemporale Kollisionsregel des ZGB mangels Anwendbarkeit keine normative Lösungsskizze.

c) Organisationsrechtliche Koordination

Schon im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Koordination zwischen privatem und öffentlichem Recht wurde deutlich, dass es der öffentlichen Hand freisteht, die Unternehmen in ihrem Einflussbereich „in die eleganten Kleider des Privatrechts zu kleiden"[292]. Fraglich ist, ob es sich damit gleichzeitig an die *gesellschaftsrechtlichen Strukturprinzipien* bindet, oder ob es ihr freisteht, die privatrechtlichen Kleider für seine Zwecke zurechtzuschneidern[293].

Sicher lässt sich trefflich darüber philosophieren, ob dem Gesetzgeber bei der Gestaltung des Koordinationsfeldes zwischen öffentlichem und privatem Recht Grenzen gezogen sind, die sich schon aus dem einfachen Gesetzesrecht selbst, aus seinen inhärenten Strukturprinzipien und Grundgedanken ergeben. So wird teils betont, das private Recht schliesse *qua definitionem* Sonderrechte aus, weshalb es dem Staat nicht erlaubt sei, das Privatrecht für seine Unternehmen „umzubiegen"[294]. All dies ist irrelevant. Der Gesetzgeber ist grundsätzlich frei, einfachgesetzliche Regelungen des Privatrechts zu ändern, selbst wenn dadurch ein *corpus* von Sonderregeln zugunsten von Unternehmungen im staatlichen Interessenbereich geschaffen wird.

Die weitestgehende gesellschaftsrechtliche „Sonderform" ist die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft[295]. Ihre Organisation richtet sich nach dem einschlägigen Spezialgesetz und den Statuten; das Obligationenrecht kommt meist nur ergänzend zur Anwendung. Die Zuordnung der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften zum privaten oder öffentlichen Recht ist streitig.

---

292 *Raiser,* ZGR 1996, 458. Zu den verschiedenen Organisationsformen siehe *Burnet*, L'Exécution de tâches publiques, 105 ff. Zögerlicher noch die ältere Doktrin, siehe etwa *Meylan*, L'accomplissement par des organismes de droit privé, 439. Die praktischen Schwierigkeiten des Rechsformwechsels sind dank dem neuen Fusionsgesetz weitgehend beseitigt, vgl. dazu *Forstmoser*, SJZ 98 (2002), 199.

293 So das Bild bei *Kämmerer,* Privatisierung, 235.

294 *Spannowsky*, ZGR 1996, 400 (422).

295 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften des Bundes sind etwa die Swisscom, die Schweizerischen Bundesbahnen oder die Nationalbank, die ihrerseits sehr unterschiedlich ausgestaltet sind. Vgl. Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes, Nationalbankgesetz.

Meist werden sie allerdings dem öffentlichen Recht zugerechnet[296]. Soweit man dem folgt, erübrigt sich auch die Frage nach dem Geltungsanspruch privatrechtlicher Strukturprinzipien, da es bereits formell am „privatrechtlichen Kleid" fehlt. Die Frage bleibt allerdings mit Blick auf die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften der *Kantone* relevant. Denn bekanntlich sind kantonale öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht zulässig, wenn das Bundeszivilrecht einen Bereich – hier das Gesellschaftsrecht – abschliessend geregelt hat[297]. Doch enthält das Bundeszivilrecht für diesen Grenzbereich zwischen privatem und öffentlichem Recht das Bundeszivilrecht selbst eine Koordinationsregel: Art. 763 OR nimmt Gesellschaften, die durch kantonale Gesetze gegründet wurden, von der Anwendung aktienrechtlicher Bestimmungen pauschal aus, selbst wenn das Kapital ganz oder teilweise in Aktien zerlegt ist und unter Beteiligung von Privatpersonen aufgebracht wird. Voraussetzung ist allerdings, dass der Kanton die subsidiäre Staatshaftung übernimmt[298].

Wählt dagegen das Gemeinwesen für die Erfüllung seiner Aufgabe die Form der privatrechtlichen Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, hat es sich an die privatrechtlichen Rahmenbedingungen zu halten[299]. Wo allerdings das Privatrecht selbst für solche Unternehmen zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten vorsieht, öffnet es seine Strukturen für öffentlich-rechtlich motivierte Sonderregelungen. So enthalten sowohl das Genossenschaftsrecht als auch das Aktienrecht für den Grenzbereich der Teilrechtsgebiete besondere organisationsrechtliche Koordinationsregeln. Bei der sogenannten *gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft* kann dem Gemeinwesen statutarisch das Recht eingeräumt werden, Vertreterinnen in den Verwaltungsrat oder die Revisionsstelle (Art. 762 OR) bzw. in die Verwaltung und die Kontrollstelle (Art. 926 OR) abzuordnen oder abzuberufen[300]. Im Gegenzug für

---

296 So etwa *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 1489; *Schürmann*, ZSR 72 (1953), 89a f. Auf den Einzelfall abstellend *Forstmoser/Jaag*, Der Staat als Aktionär, Rn. 19 Fn. 11.

297 Siehe dazu oben S. 75 (Föderative Koordination).

298 Beispiele für gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften im Sinne von Art. 762 OR bieten etliche Kantonalbanken, etwa der Kantone Genf, Luzern, Jura, Wallis, St. Gallen, Zug. Vgl. *Schweizerische Nationalbank*, die Banken der Schweiz (2002), B 3.

299 Vgl. etwa *Dénéréaz*, ZSR 72 (1953), 57a f.; *Forstmoser*, SJZ 98 (2002), 317 ff.; *Knapp*, L'exécution de tâches publiques, Rn. 40 ff., 62 ff.; *Meylan*, L'accomplissement par des organismes de droit privé, 426.

300 Der Begriff „gemischtwirtschaftlich" wird hier in Übereinstimmung mit der überwiegenden neueren gesellschaftsrechtlichen Literatur für all jene Gesellschaften verwendet, die auf der Sonderregelung von Art. 672 bzw. 962 OR beru-

diese Abweichung von den fundamentalen Regeln des Gesellschaftsrechts[301] haftet das Gemeinwesen allerdings gegenüber Gläubigern und Aktionären für die von ihm abgeordneten Mitglieder[302]. Über die Sonderbefugnisse von Art. 762 bzw. 926 OR hinaus bleibt es allerdings beim uneingeschränkten Geltungsanspruch der obligationenrechtlichen Bestimmungen[303].

d) Weitere Einzelnormierungen

Neben den bereits erwähnten positiv-rechtlichen Kollisionsregeln gibt es noch eine Vielzahl von Einzelkonstellationen, die das Verhältnis zwischen den Teilrechtsordnungen normativ regeln. So kann eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Gesetzesbestimmung ihren Regelungsanspruch zugunsten der jeweils anderen Teilrechtsordnung explizit zurücknehmen: Sie erklärt unkonditionell den Vorrang der anderen Teilrechtsordnung[304], oder sie tritt für den Fall zurück, dass die andere Teilrechtsordnung von ihrer Regelungskompetenz Gebrauch macht[305]. Sie kann auch die ande-

---

hen. Ob der Staat gleichzeitig eine Kapitalbeteiligung hält – wie dies die Terminologie von Art. 762 Abs. 2 OR suggeriert – spielt keine Rolle. Vgl. etwa *Forstmoser/Jaag*, Der Staat als Aktionär, Rn. 13; *von Greyerz*, SPR VIII/2, 308; *Knapp*, L'exécution de tâches publiques, Rn. 63; *Stämpfli*, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, 4. Anders dagegen *Poltier*, Les entreprises d'économie mixte, 46 f.; *Dénéréaz*, ZSR 72 (1953), 24a; *Schürmann*, ZSR 72 (1953), 93a: Eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft i.e.S. bedingt die Kapitalbeteiligung des Gemeinwesens.

301 Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 705; Art. 879 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 890 Abs. 1 OR.

302 Vgl. hierzu *Forstmoser/Druey*, der Staat als Aktionär, durchgehend. Zum Rückgriff des Staates auf seinen Vertreter vgl. *dies*., Rn. 170 ff., sowie *Jaag*, Der Staat als Aktionär, 398.

303 BGE 71 I 187 (189): Statutarisches Pluralstimmrecht zugunsten derjenigen Verwaltungsratsmitglieder der AG, die das Gemeinwesen vertreten, ist unzulässig. BGE 67 I 262 (264 ff.): Statutarische Klausel, wonach Statutenänderungen nur mit Zustimmung des beteiligten Gemeinwesens oder einer Behörde erfolgen können, ist unzulässig. Allerdings: Die überwiegende Doktrin nimmt in Abweichung von Art. 717 OR eine direkte Weisungsbefugnis des abordnenden Gemeinwesens gegenüber den von ihm entsandten Vertreterinnen an, vgl. die Nachweise bei *Wernli*, Basler Kommentar, N 23 f. zu Art. 762 OR. Siehe auch *Forstmoser*, SJZ 98 (2002), 194 f.

304 Beispiel: Art. 59 Abs. 1 ZGB; Art. 702 ZGB (Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Regelungen von Bund und Kantonen sowie – im Falle von 702 ZGB – der Gemeinden).

305 Beispiele: Art. 61 Abs. 1 OR (Vorbehalt eigener Verantwortlichkeitsgesetzgebung von Bund und Kantonen). Weitere Beispiele bei *Deschenaux*, SPR II, 22 f.; *Huber*, Berner Kommentar, N 103 zu Art. 6 ZGB.

re Teilrechtsordnung als zusätzlich anwendbar erklären[306], oder sie trifft zu deren Gunsten eine Spezialregelung[307]. Umgekehrt kann eine Teilrechtsordnung explizit ihre Autonomie[308] oder gar ihren Vorrang[309] bezüglich der anderen Teilrechtsordnung erklären. Schliesslich kann die eine Teilrechtsordnung die Rücknahme ihres Regelungsanspruchs auch mit einem Regelungsauftrag an die andere Teilrechtsordnung kombinieren[310].

Eine andere Art der einfachgesetzlichen Koordination findet sodann statt, wenn ein Erlass grenzüberschreitende Gestaltungsformen verbietet, etwa, wenn ein öffentlich-rechtliches Gesetz – meist im Bereich der Engriffsverwaltung – festlegt, dass der Entscheid per Verfügung ergeht[311]. Damit werden vertragliche Gestaltungsformen und mithin auch das Interaktionspotential ausgeschlossen.

Die praktisch häufigste Konstellation von koordinativen Einzelbestimmungen findet sich in den *Übergangsbestimmungen* bei Gesetzeserlassen oder Revisionen. Neue oder revidierte Bundesgesetze enthalten meist eine umfassende Liste von Bestimmungen über das Verhältnis der neuen Normen zu bestehenden Gesetzen. Auch hier wird häufig das Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht geregelt. So enthält das Bundesgesetz

---

306 Beispiele: Art. 342 Abs. 2 OR (Erweiterung der privatrechtlichen Regeln durch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften); Art. 14 GlG (Weitergehende Gleichstellungsmassnahmen durch die Kantone); Art. 52, 58, 103 VVG (Erweiterung um Regeln des kantonalen öffentlichen Rechts).

307 Beispiele: 784, 836 ZGB (Verzicht auf die Eintragung als Gültigkeitsvoraussetzung für öffentlich-rechtliche Grundlasten und Pfandrechte).

308 Beispiel: Art. 53 OR (Keine Bindung des Zivilgerichts an das Strafurteil beim Haftpflichtfall).

309 Beispiel: Art. 61 Abs. 2 OR (Keine abweichende kantonale Verantwortlichkeitsregelung bei gewerblichen Verpflichtungen. Heute wird die Bestimmung allerdings überwiegend als Mindestvorschrift verstanden, die ein strengeres kantonales Haftungsregime nicht ausschliesst, vgl. *Brehm*, Berner Kommentar, N 49 zu Art. 61, m.w.N. Als weitere Beispiele: Art. 86 Abs. 3 SchKG (nur teilweise Geltung von Art. 63 OR); Art. 25 Abs. 3 E-BankG (Art. 293 ff. SchKG, Art. 725 f. OR und Art. 729b Abs. 2 OR sind nicht anwendbar).

310 Beispiele: Art. 52 SchlT (Auftrag an den kantonalen Gesetzgeber zum Erlass ergänzender Bestimmungen; vgl. dazu *Caroni*, Einleitungstitel, 236; *Tuor/Schnyder/-Schmid/Rumo-Jungo*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 31 f.); Art. 664 Abs. 3 ZGB (Auftrag an den kantonalen Gesetzgeber u.a. zum Erlass von Vorschriften über die Aneignung öffentlicher Sachen. Der Verpflichtungscharakter der Norm ist umstritten, vgl. die Nachweise bei *Marti*, Zürcher Kommentar, N 31 zu Art. 6 ZGB).

311 Zu dieser Einschränkung des vertraglichen Handelns der Verwaltung vgl. BGE 103 Ia 505 (512); BGE 105 Ia 207 (209), jeweils mit Hinweisen auf die Doktrin. Weitere Beispiele bei *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 276 ff.; *Imboden-/Rhinow*, Verwaltungsrechtssprechung I, Nr. 2 B II (9 f.).

über die Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches von 26. Juni 1998[312] Bestimmungen über die Anpassungen in öffentlich-rechtlichen Gebieten wie der Steuer-, Alters- und Sozialvorsorgegesetzgebung[313]. Umgekehrt verfügt das Gerichtsstandsgesetz vom 24. März 2000 die Aufhebung zahlreicher Bestimmungen im Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht[314].

e) Fazit

Die Koordinationsregeln des Gesetzesrechts bilden Rahmenbedingungen, innerhalb derer sich die Koordination der Rechtsmaterien abspielt. Allerdings gibt das Gesetz längst nicht auf jede Koordinationsfrage eine Antwort, sondern es regelt nur punktuell – ein geschlossenes System der Normenkoordination kann ihm nicht entnommen werden. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass es dem einfachen Gesetzgeber freisteht, die Grundentscheidung über das Verhältnis zwischen den Teilrechtsordnungen für Einzelbereiche zu durchbrechen. Die vielbeschworene „Einheit der Rechtsordnung" mag als Leitlinie der Interpretation und rechtspolitisches Ideal verdienstvoll sein[315] – eine rechtliche Bindung der legislativen Gestaltungsmöglichkeiten erzeugt sie innerhalb der einfachgesetzlichen Normenmasse indes nicht.

Nicht ganz ohne Bedeutung ist das einfache Gesetzesrecht allerdings dort, wo seine freiheitssichernde Funktion ins Spiel kommt, also in der Kombination mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Privatautonomie. So wäre es dem privatrechtsgestaltenden Gesetzgeber verwehrt, eine Sonderregelung zu schaffen, die unangemessene Nebenfolgen für das bestehende Eigentum an Unternehmen oder für die Freiheit der Berufsausübung hat[316]. Insoweit ist das einfachgesetzliche Recht aber nicht kraft eigener Systemgedanken verbindlich, sondern nur als Ausdruck einer letztlich auf Verfassungsebene geschützten Ordnung.

---

312 In Kraft seit 1. Januar 2000, AS 1999, 1118.

313 Vgl. BG über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Anhang, AS 1999, 1145 ff.

314 Vgl. BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Anhang.

315 Vgl. oben S. 26 (Renaissance der „Einheit der Rechtsordnung").

316 Vgl. *Meylan*, L'accomplissement par des organismes de droit privé, 426.

3. Koordination durch allgemeine Rechtsetzungsziele?

Als allgemeinstes materielles Ziel sind Effizienz und Effektivität bereits in der Dogmatik des Rechts der Auffangfunktionen präsent[317] – Effizienz als das Paradigma privatautonomer Gestaltung und Effektivität als dasjenige des staatlichen Handelns. Eine davon zu unterscheidende Frage ist aber, inwieweit Effizienz und Effektivität jenseits blosser Zweckmässigkeitsüberlegungen auch *rechtlich geboten* sind. Wären sie als Rechtsgebote verbindlich, so würde damit jede rechtspolitische Diskussion um den „optimalen Mix" von privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Gestaltung automatisch zu einer rechtsdogmatischen aufgewertet.

Als erste Einschränkung ist hierzu bereits im Ansatz zu berücksichtigen, dass Effizienz und Effektivität im Einzelfall in einen *Zielkonflikt* geraten können. Für die rechtliche Bindungswirkung – soweit sie überhaupt besteht – würde dies in jedem Fall zu einer Relativierung führen. Denn in der Herstellung praktischer Konkordanz unter gleichrangigen konkurrierenden Geboten steht dem Gesetzgeber ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu: er hat die Einschätzungsprärogative darüber, welcher „Mix" sich im Ergebnis als der für alle konkurrierenden Belange Förderlichste erweist[318]. Abgesehen von solcher Relativierung in Konfliktfällen ist es bereits fraglich, ob und wann Effizienz und Effektivität überhaupt den Status rechtlicher Gebote erlangen.

a) Effektivität als Rechtsprinzip?

Kein Zweifel: Im Ansatz kann zumindest der „effektive Rechtsschutz" als ein Verfassungsgebot angesehen werden, vermittels dessen dem Effektivitätsprinzip Rechtsrang zukommt. Aber effektiver Rechtsschutz ist wiederum nur ein Verwirklichungsanspruch im Rahmen der inhaltlichen Normsetzung, nicht ein Gebot für optimale Interessenverwirklichung durch das Recht. Der Gesetzgeber muss zwar Verfahren schaffen, um den gewährten Rechten im Ergebnis auch faktisch Wirksamkeit zu verleihen; er ist aber nicht *aktiv* auf ein Legislativprogramm verpflichtet, das grundrechtlich geschützten Interessen in möglichst hohem Masse eine inhaltliche Verwirklichung durch das einfache Gesetzesrecht verschafft. Auf das Koordinations-

317 Dazu oben S. 31 (Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen); S. 60 (Effizienz und Effektivität).

318 Für die Einschätzungsprärogative im Zusammenhang mit Privatisierungen vgl. *Biaggini*, Verfassungsrechtliche Grenzen, 77; *Jaag*, Dezentralisierung und Privatisierung, 42; *Zimmerli*, ZSR 97 II (1978), 122 ff.

feld zwischen öffentlichem und privatem Recht bezogen: Der Gesetzgeber hat nicht die Pflicht, stets nach neuen Kombinationen zu suchen, die noch effektiver als die bisherigen die Interessen der Privatrechtssubjekte in Rechtsnormen giessen. Insoweit ist es zumindest irreführend, wenn davon gesprochen wird, die Verfassung enthalte einen „programmatischen Auftrag an den Staat, in seiner Rechtsordnung positive Synergieeffekte zu fördern“[319].

Als Rechtsprinzip kann das Effektivitätsziel allenfalls dort gelten, wo ein hoheitlicher Mindestschutz im Rahmen des Untermassverbotes gefordert ist[320]. Innerhalb eines weiten Spielraums muss der Staat hier tatsächlich eine effektive Erfüllung seiner Schutzpflichten gewährleisten. Eine weitere Grenze ergibt sich aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot: Wer für einzelne Grundrechtsträger effektiven Schutz bietet, muss diesen staatlichen Dienst grundsätzlich auch allen anderen in vergleichbarer Lage zubilligen. Im Übrigen aber beschränkt sich das Effektivitätsziel auf ein rechtspolitisches Anliegen, das typischerweise Teil jedes Koordinationsvorhabens ist, ohne deshalb gleich zu einem umfassenden Rechtsgebot zu werden.

b) Effizienz als Rechtsprinzip?

Ähnlich verhält es sich mit dem Status der Effizienz im Recht. Hier wird vor allem von der ökonomischen Analyse des Rechts der Anspruch geltend gemacht, Rechtsetzung und Rechtsanwendung seien am Regelungsziel ökonomischer Effizienz auszurichten[321]. Unstreitig gehören ökonomische Gesichtspunkte mittlerweile auch in Kontinentaleuropa zum rechtspraktischen Diskurs[322]. Hingegen lässt sich Effizienz weder als allgemeines Verfassungs-

---

319 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 293.

320 Dazu oben S. 72 (Untermassverbot).

321 Der eigentliche Durchbruch der ökonomischen Analyse des Rechts erfolgte 1973 mit *Posners* Buch „Economic Analysis of Law“. Sie war indessen schon vorher ins Blickfeld der Rechtswissenschaft geraten. Zu den Klassikern gehören die Abhandlungen von *Coase*, Journal of Law and Economics 1 (1960), 1 ff. und von *Calabresi*, Yale Law Journal 70 (1961), 499 ff.

322 Belegt etwa durch die bereits in dritter Auflage erscheinende „ökonomische Analyse des Zivilrechts“ von *Schäfer/Ott*. Vgl. zudem *Behrens*, ökonomische Grundlagen des Rechts; *Mestmäcker*, Recht und ökonomisches Gesetz, jeweils mit zahlreichen Literaturhinweisen. In der schweizerischen Literatur findet sich die ökonomische Sichtweise als Argumentationsmuste in zahlreichen Rechtsgebieten, beispielhaft etwa bei *von der Crone*, Rahmenverträge: Vertragsrecht, Systemtheorie, Ökonomie; *Weber*, ökonomische Rationalität und Vertragsrecht; *Ruffner*, Ökonomische Grundlagen der Publikumsgesellschaft; *Zufferey*, Droit de la per-

prinzip noch als inhärentes Strukturprinzip des einfachen Gesetzesrechts begreifen[323].

Die Verfassung verpflichtet den Gesetzgeber nicht, effizientes Recht zu setzen. Aus gutem Grund: Stünden die Gesetze unter dem Vorbehalt eines Effizienzkalküls, könnte ein Steuergesetz, das gestern noch der verfassungsrechtlichen Prüfung standgehalten hätte, morgen bereits aufgrund der veränderten ökonomischen Rahmenbedingungen als sub-optimal und daher verfassungswidrig eingestuft werden[324]. Kein Wunder also, dass Verfassungen gewöhnlich weder Effizienz noch Optimalität überhaupt erwähnen. In gewisser Weise nimmt die Rechtsordnung hinsichtlich Effizienz und Optimalität einen kontrafaktischen Standpunkt ein: Alle Normen beanspruchen gleiche Gültigkeit ohne Rücksicht darauf, ob ihre Implementierung kostspielig oder einfach ist[325].

Hingegen findet sich Effizienz als Rechtsprinzip vereinzelt im einfachen Gesetzesrecht kodifiziert. So bestimmt etwa der Zweckartikel des Bundesgesetzes für das öffentliche Beschaffungswesen, das Gesetz diene dem wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel[326]. Gleichzeitig ist dasselbe Gesetz aber auch der Transparenz, der Stärkung des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung unter den Anbietern verpflichtet, also konkurrierenden Teilzielen, die im Einzelfall dem Effizienzprinzip durchaus entgegenlaufen können. Insgesamt wird man die Reichweite des Effizienzgedankens in der geltenden einfachgesetzlichen Rechtsordnung als punktuell bezeichnen müssen[327]. Er kommt bei der Gesetzesauslegung in Betracht, soweit Effizienz zum Gesetzeszweck gehört oder soweit eine effizienzorientierte Auslegung als zulässige Gesetzeskonkretisierung angesehen werden kann[328].

Unter einem weiteren Gesichtspunkt ist das Effizienzprinzip sodann von Bedeutung: Es wird im Rechtssystem *indirekt* integriert, indem nichtstaatlichen Akteuren gestattet wird, innerhalb einer privatrechtlichen Rah-

---

sonnalité: quelques éléments d'une analyse économique. Für die Effizienzanalyse bei Gesetzgebungsverfahren siehe *Mader*, L'évaluation législative, 84 f., 120 ff.

323 Eingehend zur Thematik die Habilitationsschrift von *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 464 ff. Differenziert *Kübler*, Effizienz als Rechtsprinzip, 687 ff.; *Morlok*, Vom Reiz und Nutzen, 1 ff.

324 Zu den praktischen Schwierigkeiten der Integration des Effizienzgedankens in die Verfassungsordnung vgl. *Tschentscher*, Indienstnahme der Gerichte, 188. Ähnlich auch *Möstl*, DÖV 1998, 1029 (1038).

325 *Morlok*, Vom Reiz und Nutzen, 15.

326 Art. 1 Abs. 1 lit. c BoeB.

327 Für eine umfassende Auseinandersetzung mit der Thematik vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, insb. 463 ff.

328 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 487.

menordnung ihrem Eigeninteresse freien Lauf zu lassen, Verträge also beispielsweise nur danach zu schliessen, ob sie sich für sie selbst lohnen oder nicht[329]. Das öffentliche Recht kann sich diesen mittelbaren Effizienzgewinn durch das Privatrecht zunutze machen, indem es seine eigenen Organisationen in die Welt privater Formen ausdehnt. Damit wird aber nicht das Effizienzprinzip unmittelbar zu einem neuen Rechtsprinzip erhoben, sondern Effizienz gelangt nach wie vor nur mittelbar im Koordinationsbereich zwischen öffentlichem und privatem Recht zu Geltung. Sie beschränkt sich im Übrigen auf ein rechtspolitisches Anliegen, das zwar typischerweise Teil eines jeden Koordinationsvorhabens ist, ohne deshalb aber zu einem umfassenden Rechtsgebot zu werden.

c) Fazit

Effizienz und Effektivität gehören nicht zu den positivrechtlichen Rahmenbedingungen, die für den Gesetzgeber eine Einschränkung der freien Instrumentenwahl bewirken. Zwar soll der Staat in seiner Rechtsordnung positive Synergieeffekte fördern und dysfunktionale Blockaden vermeiden[330]. Die Existenz eines „Optimierungsprinzips", das die Aufgabenverteilung zwischen öffentlichem und privatem Recht oder gar diejenige ihrer optimalen Kombination inhaltlich vorgeben würde, wird in der Schweiz aber nicht angenommen[331]. Mithin bleibt es dabei, dass der Hoheitsträger, dem die Aufgabenerfüllung obliegt, grundsätzlich die Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Instrumentenwahl geniesst[332].

4. Zwischenergebnis

Bei den Lösungsansätzen, die das positive Recht zu den Problemen der Koordination von öffentlicher und privater Teilrechtsordnung bietet, stehen die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen im Vordergrund. Zwar ist der Gesetzgeber weitgehend frei, für die Erfüllung seiner Aufgaben die Instrumente des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts zu wählen. Indessen ist

---

329 Zur Effizienzoptimierung der Finanzmarktregulierung durch die Kombination von Rahmengesetzgebung und Selbstregulierung siehe *Zufferey*, Réglementation des systèmes, Rn. 1516 ff.

330 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 293.

331 *Eichenberger*, ZBl 1990, 534.

332 *Biaggini*, Verfassungsrechtliche Grenzen, 77; *Jaag*, Dezentralisierung und Privatisierung, 42; *Zimmerli*, ZSR 97 II (1978), 122 ff.

die jeweilige Wahl mit spezifischen Erfordernissen verknüpft. Das Verfassungsrecht enthält damit durchgehende Gestaltungsvorgaben für die Koordination der beiden Teilrechtsordnungen. Was dagegen die allgemeinen Koordinationsziele der Effektivität und Effizienz angeht, so bieten diese keine rechtlich zwingenden Massstäbe für die Frage, ob eine Materie privatrechtlich, öffentlich-rechtlich oder mittels kombiniertem Instrumenteneinsatz gestaltet wird. Das Gesetzesrecht schliesslich enthält zwar eine Vielzahl expliziter Koordinationsregeln. Naturgemäss bleiben diese Regeln aber ein Stückwerk: Sie entfalten ihre Wirkung punktuell aus Anlass einzelner Gesetzgebungsvorhaben, d.h. zeitlich häufig befristet und zudem materiell immer beschränkt auf die gerade zur Regelung anstehenden Gegenstände. Damit bleiben gerade im praktisch wichtigen Interaktionsfeld der Teilrechtsordnungen zahlreiche Koordinationsfragen offen.

III. Systematik der Normrelationen als koordinationsdogmatischer Lösungsansatz

Dass die expliziten Koordinationsregeln des Gesetzesrechts nur einen Bruchteil der Koordinationsfragen lösen, ist an sich eine Trivialität. Die Vorstellung eines einheitlichen Gesetzgebers, der planmässig die Beziehungen zwischen allen von ihm gesetzten Rechtsnormen bestimmt, ist nicht erst durch die föderale Vielfalt zur Fiktion geworden. Heute gibt es materialiter den Privat-, Straf-, Steuer-, Sozial-, Umwelt- und Polizeigesetzgeber u.v.m. – und jeder dieser Einzelgesetzgeber hat grösste Mühe zu wissen, was der andere gerade tut[333]. Die Misere des positiven, namentlich des öffentlichen Rechts liegt, wie NIKLAS LUHMANN bereits vor mehr als 20 Jahren festgestellt hat, in der Zusammenhangslosigkeit grosser Normmengen, die zu unüberblickbaren Haufen zusammengeschoben werden[334]. Vor dieser Situation stehen Rechtspraxis und Rechtslehre heute noch, wenn sie Probleme der Koordination von öffentlichem und privatem Recht zu lösen haben.

Was also fehlt, ist eine allgemeine Koordinationsdogmatik, die für jede Interaktion zwischen öffentlichen und privaten Rechtsnormen einen ersten Lösungsansatz bietet. Dabei ist methodisch deduktiv vorzugehen: Die zunächst unabhängig von den konkret koordinationsbedürftigen Inhalten entwickelten Prinzipien werden erst in einem zweiten Schritt auf ihre Leistungsfähigkeit als Koordinationswerkzeuge überprüft. Den Ausgangspunkt für diese Herangehensweise bilden die einzelnen Normrelationen – es wird eine *Koordination durch die Systematik der Normrelationen* angestrebt. Diese nimmt allerdings nicht, wie sonst üblich, die Vorrangregeln der Methodenlehre zum Ausgangspunkt (1), sondern sie baut auf die *Unterscheidung zwischen formeller und materieller Normrelation*. Im Rahmen der formellen Normrelation ist zu fragen, wie es sich mit der Geltungskraft von Normen in ihrer Funktion als einschlägige Rechtsgrundlage verhält (2). Im Rahmen der materiellen Normrelation geht es hingegen um den inhaltlichen Wechselbezug zwischen Rechtsnormen, der selbst dann noch auftreten kann, wenn sich die Anwendungsbereiche der Normen formell ausschliessen (3). Ergänzt durch die allgemeinen Rationalitätskriterien der Koordination (4) können so konkrete Fragen der Normrelation einer Prüfungsfolge unterzogen werden (5).

---

333 Vgl. *Dreier,* Einheit und Vielfalt, 114.

334 *N. Luhmann*, Rechtssoziologie (1972), 331.

Das Untersuchungsprogramm ist also insgesamt durch drei Besonderheiten ausgezeichnet: deduktive Methodik, Normgeltungssystematik und Differenzierung zwischen formeller und materieller Normrelation.

1. Begrenzte Tragweite der Vorrangregeln

Befragt man die juristische Methodenlehre auf ihre Aussagen zur Systematik der Normrelationen, so lautet die erste Antwort: Vorrangregeln. Die Grundsätze der *lex superior*, *lex specialis* und *lex posterior* gelten als wichtigstes Mittel zur systematischen Koordination von Normen[335]. Die Vorrangregeln stossen lückenfüllend zwischen die punktuellen Koordinationsregeln, die der Gesetzgeber explizit erlässt. Eine eigene Grundlage im Gesetz benötigen sie dazu nicht, sind sie doch dem positiven Recht bereits deshalb immanent, weil jedenfalls im Falle eines Normwiderspruchs die Frage der formellen Normrelation geklärt werden *muss*[336]. Für eine Geltungsvermutung zugunsten der Vorrangregeln spricht dann ihre Plausibilität: Der Vorrang des höherrangigen Rechts findet im Stufenbau der Rechtsordnung seine Begründung, der Vorrang des spezielleren Rechts erscheint aufgrund seiner grösseren Sachnähe als gerechtfertigt, und der Vorrang der jüngeren Norm trägt der Notwendigkeit eines dynamischen Ordnungssystems Rechnung.

Welche Tragweite den Vorrangregeln in einer Systematik der Normrelationen insgesamt zukommen kann, ist hingegen trotz ihrer Plausibilität nur schwer einzuschätzen. Immerhin haben die Vorrangregeln neben dem formellen auch einen materiellen Gehalt – stehen sozusagen *zwischen* den formellen und materiellen Fragen der Normrelation. Einerseits sind sie in ihrer Konsequenz rein formal: die derogierte Norm wird insgesamt verdrängt, sie ist im Konkurrenzbereich gar nicht mehr anwendbar. Andererseits lassen sich die Vorrangregeln nur selten ohne Rückgriff auf den *Inhalt* der Regelungen anwenden: Weder die Reichweite des Über-/Unterordnungs- noch die des Spezialitätsverhältnisses ist ein rein formell zu beant-

---

335 Eine weitere *„lex"* kennen sodann das Strafrecht und das Verwaltungsrecht, nämlich die *lex mitior*. Sie ist allerdings keine Koordinationsregel für den Fall einer Normkonkurrenz, sondern sie statuiert eine Ausnahme vom Grundsatz der Anwendung des jeweils geltenden Rechts. Sie gilt auch nur teilrechtsintern, weshalb ihr im Interaktionsfeld von öffentlichem und privatem Recht keine Koordinationsfunktion zukommt. Zur strafrechtlichen *lex mitior* (Ausnahme vom Rückwirkungsverbot, Art. 2 Abs. 2 StGB) vgl. etwa *Cassani*, AJP 6 (1997), 901 ff.; *Killias*, Précis de droit pénal, Rn. 1627; *Riklin*, Strafrecht AT I, § 8 Rn. 6. Zur verwaltungsrechtlichen *lex mitior* vgl. *Moor*, Droit administratif I, 180.

336 Zum Normwiderspruch siehe sogleich S. 94.

wortender Prüfungspunkt. So ist zu erklären, dass die Vorrangregeln in Rechtsprechung und Literatur gelegentlich auch für die inhaltlichen Fragen der Koordination herangezogen werden.

So vielversprechend die „formalen Auslegungsregeln"[337] als universelle Antwort auf Fragen nach der Normrelation auch erscheinen, so wenig vermögen sie den begehrten inhaltlichen Massstab für das Verhältnis zwischen Normengruppen zu liefern. Der folgende Blick auf die Einzelgrundsätze und die Wechselbeziehungen unter ihnen belegt, dass sie allenfalls als dogmatisch-technische Klassifizierung der Ergebnisse, nicht aber als Mittel der Auslegung taugen.

a) Hierarchisierung (*lex superior*)

Der Vorrang der höherrangigen Norm (*lex superior derogat legi inferiori*) ist Ausdruck der Hierarchisierung[338] innerhalb des Rechts – d.h. des Stufenbaus der Rechtsordnung[339]. Höherrangiges Recht bricht untergeordnetes Recht, wenn dieses zu ihm in einen Widerspruch tritt; es beansprucht und erhält den Geltungsvorrang. So geht beispielsweise das Parlamentsgesetz der Verordnung vor; gleichzeitig muss es sich dem Vorrang der Verfassung als Grundordnung beugen[340]. Im Bundesstaat ist zusätzlich die derogatorische Kraft des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht zu beachten (Art. 49 Abs. 1 BV)[341]. Sie führt unter anderem dazu, dass kompetenzwidrig erlassenes kantonales Recht vom Bundesrecht sogar dann derogiert wird, wenn das kantonale Recht dieselbe Regelung trifft wie das Bundesrecht[342].

Im Beziehungsgeflecht zu den anderen Kollisionsnormen kommt der *lex superior*-Regel idealiter der höchste Rang zu: weder spätere noch speziel-

---

337 So die Bezeichnung bei *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 219.

338 Die griffigen Kurzformeln ‚Hierarchisierung', ‚Spezialisierung', ‚Temporalisierung' gebraucht *Dreier*, Einheit und Vielfalt der Verfassungsordnungen, 116 ff.

339 Grundlegend *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 228 ff.

340 Vgl. *Moor*, Droit administratif I, 81. Allerdings immer unter dem praktischen Vorbehalt der eingeschränkten Verwerfungskompetenz des Bundesgerichts (Art. 191 BV).

341 Vgl. *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1171 ff. Für die Rechtsprechung beispielhaft BGE 124 I 107 (112); BGE 122 I 139 (146); BGE 120 Ia 299 (303 ff.).

342 Vgl. *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1183 f. Eine Ausnahme gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Grundrechte, die durch die Bundesverfassung und die kantonalen Verfassungen gleichermassen garantiert werden. Soweit die Grundrechte von der Bundesverfassung abgedeckt sind, haben allerdings die kantonalen Garantien keine selbständige Bedeutung. Vgl. etwa BGE 119 Ia 53 (55).

lere Normen des untergeordneten Rechts können sich durchsetzen. Die vermeintliche Klarheit, die dies verspricht, stellt sich in der Praxis allerdings nicht ein. In allen schwierigen Fällen ist es nämlich gerade streitig, welcher Gehalt mit welcher Regelungsintensität – gegebenenfalls ungeschrieben – schon auf höherrangiger Rechtsebene garantiert ist und sich deshalb gegenüber späterem oder speziellerem Recht niederen Ranges durchsetzt. Ist die neue Mietrechtsregelung eine zulässige Änderung einfachen Gesetzesrechts oder verletzt sie die Eigentumsgarantie der höherrangigen Verfassung?[343] Greift die kantonale Regelung tatsächlich in die privatrechtliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes ein, so dass der Bundesgesetzgeber den Geltungsvorrang des Bundesrechts gegenüber kantonalen Normen einfordern darf?[344] In solchen und anderen Fällen ist die Feststellung, dass sich die höherrangige Norm gegenüber derjenigen niederen Ranges durchsetze, eine wenig aussagekräftige Trivialität. Sie kennzeichnet das Ergebnis der Auslegung, hilft aber nicht bei der Festlegung der Normrelation.

b) Spezialisierung (*lex specialis*)

Der Vorrang der besonderen gegenüber der allgemeineren Norm (*lex specialis derogat legi generali*) ist Ausdruck der differenzierten Regelungsintensitäten innerhalb des Rechts. Er verleiht der inhaltlich genaueren Norm gegenüber der allgemeinen Norm den Vorrang[345]. Dem Spezialitätsgrundsatz wird für die Rechtsanwendung überragende Bedeutung eingeräumt[346]. Namentlich bei diesem Grundsatz zeigt sich aber auch, dass die Qualifizierung der Vorrangregeln als *formale* Auslegungsregeln nicht ganz zutreffend ist. Denn die Ermittlung, ob eine Norm gegenüber der anderen als speziellere vorgehen soll, ist bereits Ausdruck einer Wertung. Die Spezialität ist daher keine schematisch anwendbare Regel; vielmehr setzt sie inhaltlich gehaltvoll voraus, dass „aus dem Sinnzusammenhang heraus eine Rechtsnorm

343 Der Vorrang der Verfassung ist auf Bundesebene allerdings aufgrund der Bindung der Judikative an die Bundesgesetze (Art. 191 BV) nur von eingeschränkter praktischer Bedeutung. Vgl. *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1180 ff.

344 Vgl. Art. 122 Abs. 1 BV, Art. 6 ZGB. Für Beispiele aus der Rechtsprechung siehe oben Fn. 287 sowie *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1186 f.

345 Zum Spezialitätsgrundsatz *Larenz*, Methodenlehre, 266 ff.; *Ott*, Methode der Rechtsanwendung, 206 f.; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 76; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 35.

346 *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 76.

im Verhältnis zu einer anderen Rechtsnorm als Sonderregelung zu verstehen und zu behandeln ist."[347]

Der Vorrang der spezielleren Norm ist der Hierarchisierungsregel nachgestellt, so dass selbst die speziellste Regelung nicht den Vorrang der höherrangigen allgemeinen Norm durchbrechen kann – das Spezialgesetz nicht die Verfassung, die Detailregelung der Verordnung nicht entgegenstehendes Gesetzesrecht. Auslegungsprobleme lassen sich mit dieser vermeintlich klaren Anordnung indes nicht beantworten. Die Reichweite der spezialgesetzlichen Regelung ist ja gerade eine *inhaltliche* Frage. Wie weitgehend der Gesetzgeber gegenüber den allgemeinen Regeln ein Sonderrecht schaffen wollte, kann nur für jede Normrelation einzeln ermittelt werden. Wenn dann am Ende der Auslegung feststeht, dass ein einzelner Gehalt tatsächlich als spezieller Rechtssatz der allgemeinen Regel vorgeht, dann ist diese Vorrangaussage nur noch eine technische Umschreibung des Ergebnisses, ein im Vergleich zu den Schwierigkeiten der vorausgegangenen Norminterpretation einfacher Schlusssatz.

c) Temporalisierung (*lex posterior*)

Der Vorrang der späteren Norm (*lex posterior derogat legi priori*) ist Ausdruck der Temporalisierung des Rechts. Schon das Bedürfnis nach Rechtsveränderung zwingt dazu, widerstreitende ältere Normen verdrängen zu können[348]. Zudem gehört es zu den Grundelementen der parlamentarischen Demokratie, dass ein neues Parlament auf die gesetzgeberischen Entscheide des vorhergehenden Parlaments zurückkommen kann. Die Regel, die im älteren Schrifttum keineswegs nur Zustimmung fand[349], gilt auch und gerade dann,

---

347 *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 220.

348 Das soll bei Normen gleicher Rangstufe unabhängig davon gelten, ob sie dem öffentlichen oder privaten Recht zugehören. Vgl. *Huber*, Berner Kommentar, N 41 ff. zu Art. 6 ZGB; *Marti*, Zürcher Kommentar, N 21, 199 Vorb. zu Art. 5, 6 ZGB. *Riemer*, Einleitungsartikel, § 10 N 5 f.

349 Es gab Zeiten, wo dem alten Recht der Vorrang eingeräumt wurde, weil das alte Recht auch das gute Recht war. Siehe hierzu *Engisch*, Einführung, 211. Dieser Standpunkt (also: das ältere Recht geht dem jüngeren vor, wenn nicht eine besondere Regel die Abänderung der älteren Norm gestattet) findet sich etwa bei *Merkl*, Lehre von der Rechtskraft, 228 ff. Einschränkend auch *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, 48, und *Petraschek*, System der Rechtsphilospohie, 296 f. Beide Autoren setzten das „Bewusstsein des Schöpfers des späteren Gesetzes voraus, dass durch dasselbe das frühere Gesetz berührt werden könnte." *Engisch* fordert zusätzlich, dass der spätere Wille dem früheren als gleichwertig, als gleich ernstlich oder dergleichen erachtet werden müsse.

wenn die jüngere Norm die ältere nicht ausdrücklich aufhebt[350]. Punktuell wird sie durch explizite Gesetzesregelungen bekräftigt oder durchbrochen, etwa wenn übergangsrechtliche Bestimmungen mögliche Unklarheiten beseitigen oder massgeschneiderte Lösungen im Einzelfall erlauben[351].

Der Vorrang der späteren Norm ist die schwächste unter den Vorrangregeln. Sie gilt idealiter nur für Normen gleicher Rangstufe und gleichen Spezialisierungsgrades. Eine neue Gesetzesregelung kann nach diesem Idealbild weder die Vorgaben der Verfassung noch die eines früher erlassenen Spezialgesetzes durchbrechen[352].

Doch selbst dieses Bild bietet nur vermeintliche Klarheit. Gegenüber der Verfassung gilt die schon erwähnte Ungewissheit über die konkrete Reichweite der zwingenden konstitutionellen Gebote. Gegenüber dem spezielleren Gesetz ist die Lage noch komplizierter. Häufig verfolgt der Gesetzgeber ein umfassendes Modernisierungsanliegen, „vergisst" aber die Nachführung von Spezialgesetzen oder will deren Fortentwicklung bewusst den flexibleren Instrumentarien von Rechtsprechung und Lehre überlassen. In solchen Fällen kann die Auslegung ergeben, dass einzelne Gehalte des neueren Gesetzes auch in spezialgesetzlich geregelten Bereichen Auswirkungen haben – sei es durch Auslegung generalklauselartiger Rechtsbegriffe oder auf dem Wege der Analogie[353]. Normtechnisch wird hier also das Spezialitätsverhältnis zwischen den Materien nachträglich neu bestimmt, um dem moderneren Recht die vom Gesetzgeber intendierte Wirkung zu verschaffen. Auch hier zeigt sich: Die Vorrangregel hilft nicht bei der Auslegung, sondern ist eine terminologische Klassifizierung des durch Interpretation gewonnenen Ergebnisses.

---

350 Zur *lex posterior* etwa *Ott*, Methoden der Rechtsanwendung, 206; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 83; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 37.

351 So etwa der erste Abschnitt der Anwendungs- und Ausführungsbestimmungen des ZGB („Die Anwendung bisherigen und neuen Rechtes"). Hierzu *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Zivilgesetzbuch, 1079 ff. Zur Funktion von übergangsrechtlichen Bestimmungen i.w.S. vgl. *Broggini*, SPR I, 423 ff.

352 Vgl. auch BGE 123 II 534 (538 f.); BGE 96 I 485 (490 f.). Weitere Nachweise bei *Imboden/Rhinow/Krähenmann*, Nr. 20 B III a. Zum Vorrang der lex-specialis-Regel vor der lex-posterior-Regel siehe *Giacometti*, Allgemeine Lehren, 183; *Ott*, Methode der Rechtsanwendung, 206 Fn. 681; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 84.

353 Zum Verhältnis zwischen *lex specialis* und *lex posterior* vgl. etwa BGE 123 V 20; BGE 115 Ib 88 (92). Vgl. auch *Imboden/Rhinow/Krähenmann*, Nr. 20 B III a. Die Rezeption der Rechtsprechung durch die Lehre ist ungenau: In den zitierten BGE verdrängte die *lex posterior* die *lex specialis* nicht als einschlägige Rechtsgrundlage, sondern die ältere *lex specialis* wurde im Lichte der späteren *lex posterior* ausgelegt (materielle Normrelation).

d) Fazit

Trotz ihrer unbestreitbaren Plausibilität sind die Kollisionsregeln bei der Bestimmung der Normrelation gewichtigen Einschränkungen ausgesetzt. Erstens regeln sie nur die Normrelation der Derogation. Für die Relationen der Kumulation und Alternativität[354] bleiben sie unanwendbar. Dies nicht, weil die Spezialisierung, Temporalisierung oder Hierarchisierung die Kumulation oder Alternativität *per se* ausschliessen würden, sondern weil man – methodisch unpräzise – diese drei Aspekte der Normkonkurrenz mit der Konkurrenzfolge der Derogation verknüpft, obwohl diese Verknüpfung nur im Fall eines Normwiderspruchs zwingend, in den anderen Fällen hingegen Auslegungsfrage ist[355]. Insgesamt erweisen sich die Vorrangregeln dadurch als wenig aussagekräftig für die Entscheidung über Normrelationen. Zugespitzt kann man sogar die These aufstellen, dass den Vorrangregeln überhaupt eine Eignung als Leitlinie für die Klärung der Normrelation fehlt. Sie fungieren lediglich als *dogmatisches Etikett* für das rechtstechnische Ergebnis einer Interpretation, die für das konkrete Normverhältnis die Derogation erklärt[356].

Methodisch ist das unpräzise, weil die tatbestandsmässigen, zeitlichen oder hierarchischen Aspekte eines Konkurrenzverhältnisses mit einer spezifischen Konkurrenzfolge (Derogation) vermischt werden: Man sagt „*lex specialis*", meint aber „Derogation". Als Folge davon muss man – auch wenn tatbestandsmässig ein Fall der Spezialisierung vorliegt – die *lex specialis* verneinen, weil man eine Derogation ausschliessen will[357]. Mit der formelhaften Vorrangregel allein ist für die eigentliche Bestimmung der Normrelation also noch nichts gewonnen. Die Wahrung durchlaufender Wertungslinien und die Erhaltung der Konsistenz und Kohärenz der Rechtsordnung als Ge-

354 Dazu sogleich S. 96 (Mögliche Folgen der Normenkonkurrenz).

355 Anschaulich zu den konzeptionellen Schwierigkeiten im Umgang mit der *lex specialis Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, 670 f.: Im Konkurrenzfall „allgemeine Verschuldenshaftung/Kausalhaftung" sei die Annahme einer *lex specialis* nicht sinnvoll, wenn beide Konkurrenznormen dieselbe Rechtsfolge anordnen. Die Sinnhaftigkeit verliert sich aber nur deshalb, weil die Autoren mit der *lex specialis* zwingend die Derogationsfolge verbinden. Richtigerweise ist aber die Frage der Spezialität eine Frage des sachnäheren Tatbestands und nicht eine Frage der Konkurrenzfolge.

356 Vgl. *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, 29.

357 So beispielsweise im Fall der Konkurrenz zwischen der privatrechtlichen Verschuldenshaftung und der privatrechtlichen Kausalhaftung: Trifft den Kausalhaftpflichtigen ein zusätzliches Verschulden, sind beide Normen anwendbar.

samtssystem ist mit einer solchen Etikettierung nämlich keinesfalls gewährleistet[358].

Angesichts dieser Diagnose bleibt für die Entwicklung erster Bausteine einer Koordinationsdogmatik die Aufgabe, alternative Kriterien für die Verhältnisbestimmung von Teilrechtsnormen zu entwickeln. Als vielversprechend erweist sich dabei ein Ansatz, der zwischen der formellen und der materiellen Normrelation unterscheidet.

2. Koordination durch formelle Normrelation

Die Frage nach der formellen Relation zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen wird aktuell, wenn zwischen ihnen ein *Konkurrenzverhältnis* besteht. Normkonkurrenzverhältnisse treten auf, wenn sich die Tatbestände von mindestens zwei Normen vollständig oder teilweise decken, so dass derselbe Lebenssachverhalt von ihnen erfasst wird[359]. Führt man sich die vielfältigen Erscheinungsformen von Normkonkurrenzverhältnissen (a) und von Normkonkurrenzfolgen (b) vor Augen, so zeigt sich schnell, dass die Anwendung der Vorrangregeln nur eine unter verschiedenen möglichen Konsequenzen der Normkonkurrenz darstellt und deshalb nicht als erschöpfende Antwort auf die Frage nach der formellen Normrelation dienen kann (c).

a) Arten der Normenkonkurrenz

Mit Blick auf die Rechtsfolgen lassen sich verschiedene Arten der Normenkonkurrenz unterscheiden:

aa) Rechtsfolgenwiderspruch

Im Falle des Rechtsfolgenwiderspruchs schliessen sich die Anordnungen der beiden Rechtsnormen gegenseitig aus. Die blosse Normenkonkurrenz

---

358 Vgl. *Dreier*, Einheit und Vielfalt der Verfassungsordnungen, 117. Kritisch auch *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, 47 ff. (47), wonach die Kollisionsregeln nur eine „lückenhafte Lösung der Probleme" bieten. Kritisch zur „wertungsfreien" Auslegung durch die formalen Auslegungsregeln ingesamt *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 219. Kritisch zum positivistischen Gehalt der formalen Auslegungsregeln *Germann*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 239.

359 Die Terminologie ist nicht einheitlich. Wie hier *Kramer*, Methodenlehre, 81; *Larenz*, Methodenlehre, 266; *Ott*, Methode der Rechtsanwendung, 192. Anders etwa *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, 668 ff.

schlägt hier zu einem eigentlichen *Normenkonflikt* um: Die Befolgung oder Anwendung der einen Norm verletzt notwendigerweise die andere[360]. So schliessen sich etwa die Regel „liebe deine Feinde" und die Regel „hasse deine Feinde" schon *in abstracto* gegenseitig aus[361]. *In concreto* liegt dagegen ein Normwiderspruch vor, wenn ein Vorgesetzter die Tötung eines Kriegsgefangenen anordnet, die Rechtsordnung aber gleichzeitig die Tötung verbietet *und* den Gehorsam gegenüber dem Vorgesetzen gebietet. Der Untergebene sieht sich dann zwei widersprechenden Normen ausgesetzt[362]. Typische Fälle von Normenkonflikten sind in der Schweiz solche zwischen dem kantonalen Recht und dem übergeordneten Bundesrecht[363].

bb) Rechtsfolgendivergenz

Im Falle der Rechtsfolgendivergenz enthalten die Teilrechtsnormen mit Blick auf denselben Sachverhalt unterschiedliche Rechtsfolgeanordnungen, ohne dass die Verwirklichung der einen Anordnung zwingend die Verletzung der anderen zur Folge hat[364]. Entwendet X ein Buch aus der Buchhandlung, so löst dies die Strafandrohung des Art. 139 StGB und den Ersatzanspruch gemäss Art. 41 OR aus. Die beiden Rechtsfolgen sind unterschiedlich, sie schliessen einander aber nicht *a priori* aus. Entsprechendes gilt, wenn etwa im Fall der Bank-Aktiengesellschaft das Bankengesetz für alle Banken ein Mindestkapital von 10 Mio. Franken fordert, während im Aktienrecht 100'000 Franken genügen. Die Erfüllung der aktienrechtlichen Vorschrift

360 So *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 99, der allerdings auch die Fälle der Rechtsfolgendivergenz als (einseitige) Normwidersprüche qualifiziert. Vgl. auch *Canaris*, Systemdenken, 117; *Larenz*, Methodenlehre, 335; *G. Müller*, Rechtssetzungslehre, 137; *Schilling*, Rang und Geltung von Normen, 381. Zu den vielfältigen Arten von Widersprüchen in der Rechtsordnung vgl. *Engisch*, Einführung, 209 ff., der zwischen gesetzestechnischen Widersprüchen, Normwidersprüchen, Wertungswidersprüchen, teleologischen Widersprüchen und Prinzipienwidersprüchen unterscheidet.

361 Das Beispiel stammt von *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 99.

362 Das Beispiel stammt von *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 209 f.

363 Vgl. etwa BGE 124 I 107 (112): Keine Prozessbefugnis des Willensvollstreckers (Art. 518 ZGB) nach kantonaler ZPO, obwohl dies nach Bundesrecht zu seinen Pflichten gehört; BGE 123 I 56 (60): Ausschliessliche kantonale Feuerwehrpflicht für Männer, obwohl Art. 4 BV die Gleichbehandlung der Geschlechter verlangt.

364 Im Schrifttum wird diese Erscheinungsform der Rechtsfolgenrelation auch als besondere Form des Normwiderspruchs bezeichnet, so etwa bei *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 99 („einseitiger Normenkonflikt"); *Schilling*, Rang und Geltung von Normen, 381 („unechter Normwiderspruch"). Einen weiten Begriff der Normenkonkurrenz verwendet auch *Canaris*, Systemdenken, 117. Wie hier aber *Larenz*, Methodenlehre, 335.

schliesst die Beachtung der weitergehenden bankengesetzlichen Vorschrift nicht *per se* aus.

cc) Rechtsfolgenidentität

Im Falle der Rechtsfolgenidentität ordnen die beiden Konkurrenznormen dieselbe Rechtsfolge an[365]. So sehen beispielsweise Art. 45 OR und Art. 5 des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes (VG) als „Schadenersatz bei Tötung" dieselbe Rechtsfolge vor, nämlich die Erstattung der daraus entstandenen Kosten, insbesondere diejenigen der versuchten Heilung, der Bestattung und des Versorgerschadens[366].

b) Mögliche Folgen der Normenkonkurrenz

Rechtsfolgenwiderspruch, Rechtsfolgendivergenz und Rechtsfolgenidentität erweisen sich als äusserst unterschiedliche Arten der Normkonkurrenz. Das Recht muss in seiner Regelung der Normrelation ein entsprechend differenziertes System von Konkurrenzfolgen vorsehen. Welches sind aber nun die Konkurrenzfolgen, die das Recht bereitstellt? Hier genügt zunächst ein knapper Überblick, um zunächst das Spektrum zu umreissen, bevor dann die Folgen auf die einzelnen Konkurrenzarten bezogen werden (c).

aa) Kumulation

Eine erste mögliche Folge der Normkonkurrenz ist die Kumulation der beiden Konkurrenznormen. Diesfalls sind beide Bestimmungen ohne Einschränkung anwendbar.

bb) Alternativität

Gilt für das Verhältnis zwischen zwei Konkurrenznormen die Alternativität, so sind zwar beide anwendbar, jedoch schliesst die Wahl oder Verwirklichung der einen Norm die andere aus, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob mit der Konkurrenznorm zusätzliche Rechtsfolgen eingetreten wären bzw. zusätzliche Ansprüche bestehen würden. Da die Alternativität voraussetzt,

---

365 Im Zivilrecht firmiert diese Konstellation unter dem Begriff der Anspruchskonkurrenz, vgl. etwa *Larenz*, Methodenlehre, 267 Fn. 25.

366 Art. 5 VG soll im Rahmen der Revision des Haftpflichtrechts aufgehoben werden. Neu sieht das VG eine Globalverweisung auf das private Haftpflichtrecht vor, soweit es keine selbständige Regelung enthält (Art. 9 rev. VG). Vgl. zum Ganzen *Widmer/Wessner*, Expertenbericht, 310 f.

dass die Betroffen selbst die anwendbare Norm wählen können, findet sie grundsätzlich keine Anwendung auf Normkonkurrenzverhältnisse im Interaktionsfeld von privatem und öffentlichem Recht. Das hat seinen Grund darin, dass das auf einer Seite beteiligte öffentliche Recht grundsätzlich zwingenden Charakter hat, also nicht der Dispositionsfreiheit privater Akteure unterliegen kann.

cc) Derogation

Im Falle der Derogation gilt eine der beiden Konkurrenznormen exklusiv. Die Anwendung der anderen Norm ist ausgeschlossen; die derogierende Norm tritt an deren Stelle.

dd) Neutralisierung

Schliesslich können Konkurrenznormen sich in seltenen Fällen auch gegenseitig ausschliessen. Dann ist keine der beiden Normen anwendbar – sie *neutralisieren* sich. Als Folge dieser Neutralisierungswirkung bleibt eine Lücke, die rechtlich nach den Regeln der Lückenfüllung zu schliessen ist[367].

c) Differenzierte Zuordnung von Arten und Folgen der Normenkonkurrenz

Allein die Vielfalt der Konkurrenzfolgen macht deutlich: Der Hinweis auf die Vorrangregeln der *lex superior, lex specialis* und der *lex posterior* kann nicht genügen, um das gesamte Spektrum der Normkonkurrenzfälle abzudecken. Vielmehr ist für jeden Konkurrenzfall die Frage nach der möglichen Konkurrenzfolge einzeln zu prüfen.

aa) Zuordnung bei Rechtsfolgenwiderspruch

Der Rechtsfolgenwiderspruch ruft im Regelfall nach der Aufhebung der Wirkungskraft der einen Rechtsnorm durch die andere (materielle Derogation)[368]. Grundsätzlich ist nämlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nicht gleichzeitig X und Nicht-X gebieten wollte, und er den Rechtsunter-

---

367 Siehe dazu unten S. 97 (Zuordnung bei Rechtsfolgenwiderspruch).

368 Zu den verschiedenen Derogationsbegriffen *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust, 163. Zu den Formen der Derogation vgl. *Weinberger*, Norm und Institution, 105: Ausdrückliche Aufhebung der Norm durch eine andere (formelle Derogation); Aufhebung einer Norm, soweit sie mit einer anderen im Widerspruch steht (materielle Derogation).

worfenen auch keine Autonomie der Wahl zwischen widersprüchlichen Rechtsfolgen einräumen wollte (alternative Normanwendung)[369]. Die Aufgabe, zur Vermeidung von Normwidersprüchen das methodologische Arsenal einzusetzen[370], findet ihre Grundlage im rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz[371]. Danach müssen die Rechtsunterworfenen erkennen können, was von ihnen verlangt wird. Das aber können sie solange nicht, wie dieselbe Handlung gleichzeitig geboten und verboten ist. Bei Rechtsfolgenwidersprüchen finden daher die derogativ wirkenden Regeln der *lex superior*, *lex specialis* und der *lex posterior* notwendigerweise Anwendung.

Was aber ist zu tun, wenn keine Anhaltspunkte für den Vorrang der einen Norm gegenüber der anderen bestehen? In diesen Fällen kann keine Derogation stattfinden; es besteht dann ein unauflösbarer Normwiderspruch. Solche Widersprüche werden in der Methodenlehre dahingegehend behandelt, dass beide Konkurrenznormen im Rahmen ihres gemeinsamen Anwendungsbereichs als unbeachtlich gewertet werden. Es besteht dann eine sogenannte „Kollisionslücke", die nach den Grundsätzen der Lückenfüllung zu schliessen ist[372]. Hier besteht die Konkurrenzfolge in der gegenseitigen Aufhebung (Neutralisierung).

bb) Zuordnung bei Rechtsfolgendivergenz

Anders als beim Rechtsfolgenwiderspruch ist im Falle der Rechtsfolgendivergenz die Derogationsfolge nicht zwingend[373]. Denn obwohl unterschiedliche Rechtsfolgen angeordnet werden, können die Normadressaten beiden Anordnungen Folge leisten. Bei der Rechtsfolgendivergenz rücken daher die Konkurrenzfolgen der kumulativen oder der alternativen Anwendung in den Blick[374].

---

369 Vgl. nur *Schreiber*, Logik, 60: „Würde ein solcher Widerspruch in der Rechtsordnung existieren, so müsste er das Rechtssystem zerstören."

370 *Canaris*, Systemdenken, 116.

371 So etwa *Schilling*, Rang und Geltung von Rechtsnormen, 377.

372 So schon *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 109 f. Ausführlich *Canaris*, Systemdenken, 121 ff.; *Canaris*, Lücken, 65. Vgl. sodann *Engisch*, Einführung, 211 f.; *ders.*, Einheit der Rechtsordnung, 50; *Kramer*, Methodenlehre, 143; *Mayer-Maly*, Einführung, 23; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 419 zu Art. 1 ZGB; *Ott*, Methode der Rechtsanwendung, 207 f. Anders *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, 146: Passt eine der beiden Normen besser in das Gedankensystem der Rechtsordnung, so verdient sie der Natur der Sache nach den Vorzug.

373 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 268; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 88 f.; *Ott*, Methode der Rechtsanwendung, 197. Vgl. weiter *Forstmoser*, Einführung, 366.

374 Ausführlich und anschaulich zu den Konkurrenzfolgen der Kumlation und Alternativität *Ennecerus/Nipperdey*, AT Bd. 1, § 60 I.

Die Konkurrenzfolge der Kumulation tritt etwa im erwähnten Fall des Bücherdiebstahls ein: Die Art. 139 StGB (Diebstahl) und Art. 41 OR (Deliktshaftung) kommen nebeneinander zur Anwendung[375]. Kumulativ anwendbar sind auch die Bestimmungen in Art. 59a USG und Art. 679 ZGB, wenn eine Kleinunternehmerin auf ihrem Grundstück eine Verbrennungsanlage mit Schadensfolge für die umliegenden Weinbauern betreibt[376]. Entsprechendes gilt im Falle von Rechtskollisionen zwischen Urheberrecht und allgemeinem Persönlichkeitsrecht[377]. OTT sieht gar für die Fälle ausserhalb des Rechtsfolgenwiderspruchs die kumulative Anwendung als das primäre Normverhältnis an[378].

Von der Alternativität als Regelfall der inner-zivilrechtlichen Konkurrenzfolge bei Rechtsfolgendivergenzen geht dagegen das Bundesgericht aus: „Sieht das Gesetz für gleiche Tatbestände mehrere Rechtsbehelfe mit *unterschiedlichen Rechtsfolgen* vor, so sind seine Normen vermutungsweise alternativ anwendbar, wenn ihre Auslegung nicht ergibt, dass die eine als Sonderbestimmung den andern vorgeht."[379] Entsprechend bestehe zwischen der kaufrechtlichen Sachgewährleistung und dem Grundlagenirrtum Alternativität und nicht – wie teilweise von der Lehre vertreten – Derogation[380]. Derogation nimmt das Bundesgericht hingegen im Konkurrenzverhältnis zwischen Vindikation und ungerechtfertigter Bereicherung an[381].

All dies zeigt: Welches Konkurrenzinstrument bei der Rechtsfolgendivergenz *effektiv* zum Tragen kommt, ist eine Frage der *Auslegung im Einzel-*

---

375 Siehe hierzu *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 583 f.

376 Zur Kumulation von Art. 59a USG und Art. 679 ZGB siehe *Kramer*, Methodenlehre, 85. Zur Aktivlegitimation im Zusammenhang mit Art. 679 ZGB siehe *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Zivilgesetzbuch, 883.

377 Beispiel: Das Urheberrecht einer Fotografin darf nur ausgeübt werden, wenn es auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 28 ZGB rechtmässig ist. Vgl. hierzu *Barrelet/Egloff*, Komm. URG, N 5 zu Art. 12 URG. Weitere Beispiele bei *Riemer*, sic! 1999, 103 (109). Andererseits gilt aber auch, dass (Geld-)Ansprüche, die grundsätzlich im URG geregelt sind, nicht auf dem Wege des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geltend gemacht werden können: Diesbezüglich gilt also die Konkurrenzfolge der Derogation. Vgl. *Riemer*, sic! 1999, 103 (109).

378 *Ott*, Methode der Rechtsanwendung, 196 f.

379 BGE 114 II 131 (136). Kritisch zur allgemein formulierten Vorrangstellung der Alternativität durch das Bundesgericht *Kramer*, Methodenlehre, 85 Fn. 234.

380 Mit ausführlicher Begründung BGE 114 II 131 (136 ff.). Vgl. auch BGE 97 II 169 (178). M.E. könnte man hier auch einen Fall der Kumulation annehmen, wiederum mit der Besonderheit, dass bei wirtschaftlicher Befriedigung des einen Anspruchs die Erfüllung des zweiten ausbleibt.

381 Vgl. BGE 110 II 228 (234). Subsidiarität der Kondiktion besteht gemäss Bundesgericht auch gegenüber vertraglichen Ansprüchen, vgl. BGE 114 II 152 (156), BGE 126 III 119 (121).

fall, die nach den gängigen Auslegungsmitteln – also der grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Methode – vorzunehmen ist. So kann sich im Falle der Rechtsfolgendivergenz aus der Historie, der Teleologie oder dem systematischen Zusammenhang der in Frage stehenden Normen ergeben, dass eine Derogationswirkung, eine alternative oder gar eine kumulative Anwendung der Normen intendiert war[382].

cc) Zuordnung bei Rechtsfolgenidentität

Was für die Rechtsfolgendivergenz gesagt wurde, gilt gleichermassen für die Rechtsfolgenidentität. Auch hier ergibt sich die Anwendung der Vorrangregeln nicht zwingend, sondern sie ist allenfalls das Resultat einer Auslegung im Einzelfall. Unkompliziert ist dabei derjenige Fall der Rechtsfolgenidentität, bei dem eine (potentielle) Konkurrenznorm ausdrücklich ihren Vorrang erklärt – so etwa Art. 3 Abs. 6 des Kernenergiehaftpflichtgesetzes. Weiter gilt die Derogation gemäss Bundesgericht im Konkurrenzfall zwischen den besonderen Bestimmungen des privaten Haftpflichtrechts und dem (öffentlich-rechtlichen) Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes: Obwohl die Normen der beiden Teilrechtsordnungen regelmässig identische Rechtsfolgen vorsehen, schliessen die Sonderbestimmungen des privaten Haftpflichtrechts (z.B. Art. 56, Art. 679 ZGB) die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes aus[383]. Umgekehrt derogieren aber die allgemeinen Haftungsbestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes die allgemeine Haftungsnorm von Art. 41 OR, obwohl auch hier die Rechtsfolge – Die Pflicht zum Ersatz des Schadens – identisch ist[384].

---

382 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 268; *Ott*, Methode der Rechtsanwendung, 197.

383 Vgl. BGE 115 II 237 (244): „Das Verantwortlichkeitsgesetz steht somit im Verhältnis des übrigen Haftpflichtrechts auf dem Boden der exklusiven Gesetzeskonkurrenz." Vgl. auch BGE 108 II 184 (185) betreffend die Haftung des Gemeinwesens nach Art. 58 OR. Für die Doktrin: *B. Gross*, Haftpflicht des Staates, 314 ff.; *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 2273 ff.; *Knapp*, droit administratif, Rn. 2412; *Moor*, droit administratif I, 730 f.; *Müller*, ZBJV 105 (1969), 360; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, 672; *Tercier*, responsabilité publique et responsabilité privée, 718 f.

384 *Gross*, Haftpflicht des Staates, 314 ff. Hier zeichnet sich mit dem Vorentwurf zum neuen Haftpflichtrecht (VE HPG) eine Änderung ab: Gemäss Art. 43 VE HPG untersteht der Bund grundsätzlich dem *privaten* Haftpflichtrecht. Eine Ausnahme besteht im Fall von Sondergesetzen, die allerdings nur dann zur Anwendung kommen sollen, wenn eine hoheitliche Tätigkeit ausgeübt wird. Vgl. hierzu *Widmer/Wessner*, Expertenbericht, 70.

Im Übrigen steht aber im Fall der Rechtsfolgenidentität regelmässig die Konkurrenzfolge der Kumulation im Vordergrund[385]. So kann sich nach ganz herrschender Lehre und Rechtsprechung eine Geschädigte bei gegebenen Voraussetzungen sowohl auf den vertraglichen (Art. 97 OR) als auch auf den ausservertraglichen Haftungsgrund (Art. 41 OR) berufen, um ihren Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Die herrschende Lehre und auch das Bundesgericht verwenden allerdings für diesen Fall den Begriff der Alternativität[386]. Richtigerweise gilt sodann die Kumulation bei der Konkurrenz zwischen einer Norm des allgemeinen und einer Norm des speziellen privaten Haftpflichtrechts[387].

d) Fazit

Normenkonkurrenzen werden keinesfalls immer dahingehend aufgelöst, dass eine Norm gegenüber der anderen formellen Vorrang beansprucht. Die strikte Derogation ist vielmehr nur dann eine *notwendige* Folge, wenn sich die normativen Anordnungen widersprechen. Wo hingegen die Rechtsfolgen der konkurrierenden Normen bloss divergieren oder gar identisch sind, werden keine juristischen Widersprüche ausgelöst. Entsprechend flexibel ist dann das zur Auswahl stehende Instrumentarium: Neben der starren Dero-

385 Vgl. *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, § 13 Rn. 7, 11, 32, der allerdings den Begriff der „Alternativität" wählt. Zur uneinheitlichen Terminologie vgl. die nachfolgende Fussnote.

386 Häufig wird mit Blick auf die einmalige Ersatzpflicht von der Alternativität der Ansprüche gesprochen, vgl. etwa *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, OR AT II, Rn. 2912; *Kramer*, Methodenlehre, 85; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, § 13 Rn. 43. Auch das Bundesgericht spricht von Alternativität, vgl. BGE 117 II 394 (398), wonach der Grundsatz gilt, dass „verschiedene Normen vermutungsweise alternativ anwendbar sind, wenn die gesetzliche Ordnung für die gleichen Sachverhalte mehrere Rechtsbehelfe vorsieht...". Überzeugend aber *Ennecerus/Nipperdey*, AT Bd. 1 § 60 I: Dass die Erfüllung *wirtschaftlich* nur einmal geschuldet ist, bedeutet nicht, dass die *Ansprüche* nicht selbständig bestehen und selbständig zu beurteilen sind. Der eine Anspruch erlischt nur insoweit, als damit der Konkurrenzanspruch wirtschaftlich abgedeckt ist.

387 So *Gauch*, recht 1998, 209 f. und *Tercier*, résponsabilité des entreprises de chemins de fer, 36, für das Verhältnis zwischen den Normen des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes (EHG) und dem allgemeinen Haftpflichtrecht. Entgegen der herrschenden Meinung, die unter Hinweis auf die *lex specialis* eine umfassende derogative Wirkung der Normen des EHG annimmt, gehen die Autoren von der „Mehrfachwirkung" der Haftungsgründe aus. Das ist richtig, soweit zwischen den beiden Teilrechtsordnungen eine Rechtsfolgendivergenz oder eine Rechtsfolgenidentität vorliegt. Im Falle eines Rechtsfolgenwiderspruchs müsste man dagegen dem EHG als dem sachlich näheren Recht vermutungsweise den Vorrang einräumen.

gation kommt für die formelle Normrelation auch die Kumulation oder Alternativität der Rechtsfolgen in Betracht.

3. Koordination durch materielle Normrelation

Bei der formellen Normrelation ging es nur darum, ob eine Norm für eine bestimmte Fallkonstellation überhaupt als Rechtsgrundlage in Betracht kommt – also um eine Alles-oder-nichts-Entscheidung über ihre Anwendbarkeit. Bei der materiellen Normrelation hingegen geht es um das „Wie" der wechselseitigen Einflussnahme – das heisst um Geltungsbedingungen, Varianten und Wirkungen der *inhaltlichen Verknüpfung von Teilrechtsnormen*. Solche inhaltlichen Verknüpfungen können sich sogar unabhängig von Normkonkurrenzen ergeben, etwa, wenn zwei nicht konkurrenzierende Rechtsvorschriften gleiche Rechtsbegriffe verwenden. Insofern geht der Anwendungsbereich der materiellen Normrelation über denjenigen der formellen Normrelation hinaus.

Im Vordergrund stehen inhaltliche Bezüge, die nicht zufällig entstehen, sondern die schon in der Normstruktur angelegt sind: Begriffsparallelisierung (a), Regelungsparallelisierung (b) und Verweisung (c) sowie den Sonderfall der Generalklausel (d). Sie alle führen zu einer Verkoppelung von Teilrechtsnormen oder Teilrechtskomplexen und bilden sozusagen den Grundstock einer materiellen koordinativen Normarchitektur.

Wo immer eine derartige Inhaltsverkoppelung vorliegt, lässt sich unabhängig von der einzelnen Rechtskonstruktion ein Wechselspiel zwischen zwei Charakteristika der Normrelation beobachten. Erstens besteht eine *Geltungsvermutung* zugunsten der jeweils anderen Teilrechtsordnung. Und zweitens gibt es eine *Widerlegungsmöglichkeit* für diese Vermutung aus der jeweils eigenen Teilrechtsordnung heraus[388].

a) Begriffsparallelisierung

Die wohl häufigste inhaltliche Verknüpfung von Teilrechtsnormen liegt in der Verwendung gleicher rechtstechnischer Begriffe. Fahrlässigkeit, Widerrechtlichkeit, Nichtigkeit, Familie, Vertrag, Eigentum, Wohnsitz, Arbeitnehmer: Sie werden nicht nur in einem, sondern in mehreren Teilrechtsge-

388 Für die Koordination bei den übrigen inhaltlichen Wechselbezügen zwischen öffentlichem und privatem Recht vgl. unten S. 114 (Koordination durch allgemeine Rationalitätskriterien).

bieten, insbesondere auch im Privatrecht *und* im öffentlichen Recht verwendet[389]. Die Frage der teilrechtsübergreifenden Begriffsparallelisierung wird besonders eingehend in den Bereichen Zivilrecht/Steuerrecht[390], Zivilrecht-/Strafrecht[391] und Zivilrecht/Sozialversicherungsrecht[392] diskutiert. Trotz zahlreicher Meinungsverschiedenheiten lässt sich als gemeinsamer Ertrag der rechtswissenschaftlichen Untersuchungen festhalten, dass gleichlautenden Begriffen vermutungsweise, aber nicht zwingend, derselbe rechtstechnische Sinngehalt zukommt. Die Begriffsparallelisierung führt mithin zu einer *indizierenden Wechselwirkung* zwischen den Teilrechtsordnungen.

aa) Vermutung der kongruenten Bedeutungsinhalte

Die Frage nach dem Verhältnis gleichlautender Begriffe, die in verschiedenen Teilrechtsordnungen verwendet werden, ist einerseits ein Sachanliegen der Methodenlehre und der Rechtstheorie, andererseits aber auch des Verfassungsrechts[393]. Der Gleichheitssatz verlangt, dass Gleiches gleich behandelt wird. Wertungswidersprüche verletzen das Gleichheitsgebot. Ein Mittel zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen liegt nicht zuletzt in der einheitlichen Auslegung von Rechtsbegriffen[394]. In der Ausgangslage ist daher davon auszugehen, dass dieselben Rechtsbegriffe denselben Bedeutungsinhalt aufweisen[395]. Das wird auch in der Rechtsprechung immer wieder betont[396].

---

389 Zu einigen dieser Begriffe *Kramer*, Methodenlehre, 49, m.w.N.

390 Grundlegend die Habilitationsschriften von *Koller*, Privatrecht und Steuerrecht; *Maaßen*, Privatrechtsbegriffe; *Walz*, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung.

391 Vgl. *Kramer*, AcP 171 (1991), 422 ff.; *Nipperdey*, NJW 10 (1957), 1777 ff.; *Wiethölter*, Rechtfertigungsgrund, 1 ff.

392 Grundlegend: *Rumo-Jungo*, Haftpflicht und Sozialversicherung, durchgehend. Vgl. sodann *Riemer*, Berührungspunkte, 147 ff. Speziell zur Frage der Begriffsinhalte vgl. die Urteilsbesprechungen von *Koller*, AJP 3 (1994), 1193 ff.; *ders.*, AJP 3 (1995), 1080 ff.; *ders./Kissling*, AJP 3 (1994), 1600 ff.

393 Vgl. *Wank*, Juristische Begriffsbildung, 115.

394 *Canaris*, Systemdenken, 117.

395 Vgl. etwa *Kramer*, Methodenlehre, 49 Fn. 89; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 49, 53. Für das Verhältnis zwischen Privatrecht und Sozialversicherungsrecht: *Riemer*, Berührungspunkte, 160. Für das Verhältnis zwischen ZGB und OR: *Friedrich*, Berner Kommentar, N 56 zu Art. 7 ZGB (mit Beispielen).

396 Vgl. BGE 118 II 50 (53); BGE 104 Ib 269 (272). Zugunsten der koordinativen Auslegung gleichlautender Rechtsbegriffe wird insbesondere die Figur der Einheit der Rechtsordnung angeführt, vgl. BGE 116 II 689 (694), 114 II 404 (406), 114 Ia 191 (197), wonach bei der Norminterpretation danach zu trachten ist, die Norm in das *gesamte* Rechtssystem zu integrieren und nach Möglichkeit Widersprüche zu vermeiden.

bb) Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität

Die Bedeutungskongruenz identischer Rechtsbegriffe gilt allerdings nur vermutungsweise. Denn jede Teilrechtsordnung hat ihre eigene Historie, Systematik und Teleologie, so dass Begriffe, wenngleich formell identisch, in unterschiedliche Zusammenhänge eingebettet sind und entsprechend eine unterschiedliche Bedeutung erhalten können (*Relativität der Rechtsbegriffe*)[397]. Die Definitions- und Wertungsherrschaft der jeweiligen Teilrechtsordnung bleibt also auch bei einer Identität von Rechtsbegriffen bestehen und kann im Einzelfall zu einer individualisierenden Variation der Begriffsinhalte führen[398]. Verlangt die eigene Entstehungsgeschichte, Systematik oder Zwecksetzung eine abweichende Begriffsinterpretation, ist die Vermutung der Bedeutungskongruenz widerlegt. Gleichlautende Rechtsbegriffe führen also lediglich zu einer indizierenden Wechselwirkung zwischen den Teilrechtsordnungen[399]. Teilweise hat sich diese „teilrechtseigene Filterfunktion" bereits in einer eigenen Rechtsfigur niedergeschlagen. So firmieren etwa im Steuerrecht und im Bilanzrecht die Beachtung der eigenen Zwecksetzung unter dem Begriff der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise"[400]. Gesamthaft gesprochen steht der gleiche Sinngehalt gleichlautender Rechtsbegriffe immer unter dem *Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität*[401].

---

397 Grundlegend der Beitrag von *Müller-Erzbach*, Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, in: Jherings Jahrbücher 61 (1913), 343 ff. Eingehend auch *Wank*, Juristische Begriffsbildung, 110 ff. *Wank* zeigt auch eindrücklich, dass die Relativität der Begriffsbildung auch innerhalb derselben Teilrechtsordnung gilt. Für weitere Nachweise vgl. *Engisch*, Einführung, 94, 209; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 433 ff.

398 *Grünhut*, Methodische Grundlagen I, 19.

399 Siehe *Wank*, juristische Begriffsbildung, 114 f.: Jedes Rechtsgebiet ist in seiner Begriffsbildung selbständig, jedoch darf die Abweichung „nicht willkürlich erfolgen" (115). Zur Notwendigkeit des Wechselspiels von Geltungsvermutung und Wiederlegungsmöglichkeit im Verhältnis Privatrecht/Sozialversicherungsrecht vgl. *Koller*, AJP 4 (1995), 1080; *Riemer*, Berührungspunkte, 160.

400 Vgl. dazu *Riemer*, Wirtschaftliche Betrachtungsweise, 129 ff., mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung. Für das Bilanzrecht vgl. BGE 106 Ib 145 (149); *Neuhaus*, ST 1999, 483 ff. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nahm das Bundesgericht auch mit Blick auf die aufsichtsrechtlichen Erfordernisse bei Konzernierungskonstellationen an, vgl. BGE 116 Ib 331 (338).

401 Illustrativ hierzu die Rechtsprechung des EVG zum Wohnsitzbegriff. Das Gericht prüfte in jedem Einzelfall, ob dem sozialversicherungsrechtlichen Wohnsitzbegriff derselbe Sinngehalt zukommt wie in Art. 23 ZGB (so z.B. in BGE 100 V 57 (59); BGE 110 V 170 (172), oder ob der *Zweck* der Sozialversicherung einen teilrechtseigenen Sinngehalt fordert (so z.B. in BGE 115 V 448 (449); BGE 111 V 180 (182 f.) im Hinblick auf Art. 42 AHVG, Fassung vom 30. Juni 1972, 8. AHV-Revision). Neu verweist Art. 13 ATSG (in Kraft seit 1. Januar 2003) für den

Ob die teilrechtseigene Historie, Systematik und Teleologie eine eigenständige Begriffsbestimmung verlangt, kann nur im Einzelfall bestimmt werden. Von vorrangiger Bedeutung ist dabei die Zwecksetzung[402]. Als Richtschnur kann gelten, dass dort, wo die Rechtsmaterien denselben Zielen verpflichtet sind, Auslegungsergebnisse und dogmatische Weiterentwicklungen teilrechtsübergreifende Geltung haben. Die Vermutung der Bedeutungskongruenz gleichlautender Rechtsbegriffe ist mithin umso stärker, je näher die Blickrichtungen und Zwecke der beiden Teilrechtsordnungen zusammen liegen.

b) Regelungsparallelisierung

Auch die Parallelnormierung ist ein Instrument, um Regeln des öffentlichen und des privaten Rechts materiell zu verkoppeln. Hier erfolgt die Verknüpfung über gleichgelagerte Anordnungen.

aa) Begriff der Regelungsparallelisierung

Eine Parallelnormierung besteht, wenn zwei Teilrechtsordnungen inhaltsgleiche Normen aufweisen. Am weitesten geht die Gleichgestaltung, wenn die Normen formell identisch sind, also den gleichen Wortlaut aufweisen[403]. Häufiger ist allerdings der Fall der *materiellen Identität*. Hier regeln zwei Normen gleichgelagerte Sachverhalte auf dieselbe Weise, doch deutet der Wortlaut der Normen (z.B. spricht die eine Norm von „Beamten", die andere von „Personen") auf den unterschiedlichen Anwendungsbereich hin. Die Abweichungen können nur gerade einzelne Wörter betreffen[404], oder die

---

Wohnsitzbegriff auf die Art. 23-26 ZGB. Damit werden die Möglichkeiten zu einer autonomen Begriffsbestimmung erheblich eingeschränkt, denn die Verweisung ist das intensivste Instrument der inhaltlichen Verkoppelung von Teilrechtsnormen, vgl. unten S. 108 (Verweisung). Für Beispiele kongruenter und teilrechtsspezifischer Begriffsinhalte im Vergleich zwischen ZGB und OR vgl. *Friedrich*, Berner Kommentar, N 56 zu Art. 7 ZGB.

402 Siehe die soeben zitierte Rechtsprechung des EVG.

403 Beispiele: Art. 45 OR und Art. 5 des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes (VG) über die haftungsrechtlichen Folgen bei der Tötung eines Menschen; Art. 60 Abs. 2 OR und Art. 760 Abs. 2 OR sowie Art. 45 Abs. 2 BankG über die Verjährung des Haftungsanspruchs, wenn dieser aus einer strafbaren Handlung abgeleitet wird.

404 Vgl. etwa Art. 46 OR und Art. 6 Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (VG) betreffend Schadenersatz bei Körperverletzung: Das OR spricht von der Kompetenz des Richters, das VG von der Kompetenz der zuständigen Behörde zur Herabsetzung.

ganze Formulierung, Normstruktur und Normenanordnung erfassen[405]. Eine Vielzahl materiell identischer Normen findet sich etwa im ausservertraglichen Haftpflichtrecht, wo sich die Bestimmungen im Vergleich zur Grundordnung des Obligationenrechts und im Vergleich untereinander im wesentlichen dadurch unterscheiden, dass sie einen jeweils speziellen Bereich – etwa den Eisenbahn- oder den Postverkehr oder den Gewässerschutz – regeln[406].

bb) Vermutung der Regelungsadäquanz der Parallelregelung

Bei der Parallelisierung von Normen verbleibt diesen häufig ihr jeweils eigenes Anwendungsgebiet. Innerhalb dieses Gebiets sind sie also die ausschliessliche Rechtsgrundlage (Derogation als formelle Normrelation)[407]. Dennoch „wissen" die beiden Ordnungen voneinander und sind von der gesetzgeberischen Intention insoweit koordinativ gemeint, als sie eine Gleichgestaltung der Rechtsordnung bewirken sollen. Wenn das gesetzgeberische Motiv der Parallelnormierung in der *materiellen Gleichgestaltung von Lebenssachverhalten* liegt, so folgt daraus, dass Theorie und Praxis zur einen Norm für die andere mehr als nur inspirierende Wirkung haben. Vielmehr bleiben die Normen selbst und die dazu entwickelte Theorie und Praxis für die jeweils andere Teilrechtsordnung auf Dauer beachtlich – ein Wechselspiel, das sich beim aktienrechtlichen und bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsrecht[408] oder zwischen allgemeinen und besonderen Haftpflichtnormen besonders deutlich zeigt[409]. Es stellt sich eine kontinuierliche Wechselwirkung zwischen der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normierung ein, bei der Untersuchungsergebnisse und dogmatische Weiterentwicklungen aus dem jeweils anderen Teilrechtsgebiet grundsätzlich zu über-

---

405 Vgl. etwa Art. 44 OR und Art. 5-7 Eisenbahngesetz (EHG) betreffend Herabsetzungsgründe.

406 Siehe nur die Hinweise bei OR-Textausgabe (Gauch), Art. 41 ff. OR. Die fragmentarische Ordnung des Haftpflichtrechts soll im Rahmen der Neuordnung des Haftpflichtrechts (VE HPG) möglichst weitgehend harmonisiert werden. Vgl. *Widmer/Wessner*, Expertenbericht, 21. Einen anderen Anwendungsfall der Parallelnormierung bildeten die vor Erlass des UWG verbreitete Übernahme der Immissionsschutzvorschrift von Art. 684 ZGB in das kantonale öffentliche Recht. Siehe hierzu *Marti*, Zürcher Kommentar, N 78 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB.

407 Der exklusive formelle Geltungsanspruch im jeweiligen Anwendungsgebiet ergibt sich meist aus dem spezifischen Regelungszweck der beiden Normierungen. Zur Derogation als Erscheinungsform der formellen Normrelation vgl. oben S. 97 (Derogation).

408 Dazu ausführlich unten S. 223 (Verantwortlichkeit der Organe).

409 Vgl. hierzu *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, § 13 Rn. 34.

nehmen sind. In den Worten des Bundesgerichts: „Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist."[410] Auf dieser Grundlage hat das Gericht für die Auslegung des einen Gesetzes die Bestimmungen des Parallelgesetzes herangezogen[411].

cc) Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität

Wenn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Auslegung einer Norm die Theorie und Praxis zur Parallelnorm herangezogen werden muss, so ist dem anzufügen, dass die Parallelnorm keine zwingenden Vorgaben zu setzen vermag. Sie wirkt nur, aber immerhin, vermutungsweise als angemessene Problemlösung und Auslegeordnung (indizierende Normrelation[412]). Wo die Übernahme der dogmatischen Weiterentwicklung in der Parallelordnung dem Zweck der eigenen Ordnung zuwiderläuft, bleibt sie unbeachtlich. Die wechselseitige Einwirkung der Parallelnormierung steht also unter dem Vorbehalt der Systemkompatibilität.

Der Vorbehalt der Systemkompatibilität hat grundsätzliche Bedeutung für die Auslegung. Selbst dort, wo sich die Parallelnormierung als formelle spiegelbildliche Ordnung präsentiert, sind dogmatische Weiterentwicklungen nicht uneingeschränkt übertragbar. Bildlich gesprochen steht vor der rezipierenden Teilrechtsordnung immer ein *teilrechtseigener Filter*. Dieser ändert einmal das formelle Kleid der aufgenommenen Daten, indem er ihnen den Code der eigenen Ordnung zuordnet: privatrechtliche Auslegungsergebnisse werden so zu öffentlich-rechtlichen Auslegungsergebnissen und umgekehrt. Zweitens filtert er diejenigen Vorgaben heraus, die der Zielsetzung der eigenen Teilrechtsordnung widersprechen.

---

410 BGE 120 II 112 (114).

411 BGE 114 Ia 191 (197 f.) Nach der Auffassung des Gerichts folgt aus der parallelen Gestaltung der Haftungsordnung im altrechtlichen Zivilschutz- und im altrechtlichen Militärversicherungsgesetz, dass für die Auslegung der Haftungsordnung des Zivilschutzgesetzes die militärgesetzliche Parallelnorm zu berücksichtigen sei, mit der Folge, dass die direkte Belangbarkeit eines Zivilschutzdienstpflichtigen im selben Masse ausgeschlossen sei, wie diejenige eines Wehrmannes.

412 Vgl. dazu oben S. 39 (Indizierung).

c) Verweisung

Das stärkste Instrument zur inhaltlichen Verkoppelung von öffentlichen und privaten Rechtsnormen ist die Verweisung. Indem die – privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche – Verweisungsordnung die Normen der Referenzordnung für anwendbar erklärt und sie in ihr eigenes Normierungssystem inkorporiert, qualifiziert sie deren Anordnungen im Grundsatz als adäquate Problemlösungen für ihren Sachbereich. Als Mittel der materiellen Gleichgestaltung zwischen den Teilrechtsordnungen müssen Verweisungen als erstens dynamische und zweitens flexible Verhältnisbestimmung interpretiert werden.

aa) Begriff der Verweisung

Bei der Verweisung erklärt eine Teilrechtsordnung eine Norm oder einen Normenkomplex der anderen Teilrechtsordnung für anwendbar und übernimmt sie in ihr eigenes Normierungssystem[413]. Die Verweisung bildet eine abkürzende Figur der Gesetzgebungstechnik: Das Gesetz verzichtet auf eine Wiederholung der Regelungselemente[414]. Sofern nicht ausnahmsweise eine nur statische Verweisung auf die aktuell geltende Normfassung gemeint ist, muss jede Verkoppelung von Verweisungs- und Referenzordnung als dynamische verstanden werden: Spätere Änderungen der Norm sowie dogmatische Weiterentwicklungen in der Referenzordnung sind auch für die Verweisungsordnung verbindlich[415].

---

413 Vgl. *Karpen*, Verweisung, 19 ff. In Anlehnung an *Karpen* sodann *Lieber*, Zürcher Kommentar, N 19 zu Art. 7 ZGB. *Ders.*, Zürcher Kommentar, N 22 zu Art. 7 ZGB, zu den Arten der Verweisung (Einzel- und Spezialverweisung, Globalverweisung, Binnenverweisung, Aussenverweisung). Für eine andere Einteilung siehe etwa *Brunner*, Technische Normen, 90 ff. (mittelbare und unmittelbare, statische oder dynamische, normkonkretisierende und normergänzende Verweisung). Noch einmal anders *Müller*, Rechtssetzungslehre, 165 ff. (normative und informative, statische und dynamische, Binnenverweisung und Aussenverweisung). Im Zuge der „Wiederentdeckung des Privatrechts" erfolgt die Verweisung immer häufiger auf nicht staatliche Normen. Für den Bereich des Baurechts vgl. etwa *Brunner*, Technische Baunormen, 22 ff.; *Zufferey*, Les normes techniques, 15 ff.

414 *Grauer*, Verweisung, 9 ff. m.w.N. Siehe auch *Lieber*, Zürcher Kommentar, N 7 zu Art. 7 ZGB.

415 Vgl. *Hotz*, Methodische Rechtssetzung, 217 ff.; *Marti*, Zürcher Kommentar, N 180 zu Art. 6 ZGB; *Koller/Kläy*, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung, 197. Einschränkend *Karpen*, Verweisung, 136, der diese Vermutung nur bei Identität des Gesetzgebers (also nicht im Falle der Verweisung auf private Regelwerke) gelten lassen will.

Für Verweisungen innerhalb des Privatrechts ist anerkannt, dass der Gesetzgeber mit ihnen den Richter zur Verwirklichung einer weitestmöglichen Kohärenz im Bereich der gesamten Privatrechtsordnung verpflichtet[416]. Diese Funktion lässt sich auf Verweisungen zwischen öffentlichem und privatem Recht übertragen[417] und ausserdem verallgemeinern: Der Gesetzgeber weist damit alle Hoheitsträger an, die Kohärenz zwischen den Teilrechtsordnungen zu fördern. Eine Verweisung vom öffentlichen Recht auf das Privatrecht gebietet also beispielsweise, den mit diesem Recht befassten staatlichen oder gemeindlichen Behörden (z.B. einer Aufsichtsbehörde) sowie den mit Koordinationsproblemen befassten Gerichten, für ein möglichst harmonisches Zusammenspiel zwischen öffentlichem und privatem Recht zu sorgen.

bb) Vermutung der Regelungsadäquanz der Referenzordnung

Vorweg ist festzuhalten, dass bei der Verweisung die Referenznorm in die Teilrechtsordnung der verweisenden Norm übernommen wird und nunmehr einen Teil derselben bildet. Gelangt also Privatrecht kraft Verweisung im öffentlichen Recht zur Anwendung, so ausnahmslos als subsidiäres öffentliches Recht[418]. Damit untersteht es grundsätzlich auch der öffentlichrechtlichen Handlungsrationalität und dem dort vorgesehenen Rechtsschutz[419].

Auch wenn die Referenznormen kraft Verweisung *formell* Bestandteil der Verweisungsordnung bilden, bleiben sie mit Blick auf ihren *Regelungsinhalt* ihrer ursprünglichen Ordnung verpflichtet. Wenn also beispielsweise das Bankengesetz für die Rechnungslegung auf das Aktienrecht verweist, so werden dessen Regeln zwar zu subsidiärem Bankaufsichtsrecht, materiell wird aber das Aktienrecht angewendet. Die Teilrechtsordnung, auf die verwiesen wird, gilt also im Zweifel als relevante Auffangordnung; sie hat die *Vermutung adäquater Problemlösung* für sich.

---

416 *Lieber*, Zürcher Kommentar, N 6 zu Art. 7 ZGB.

417 Für die Verweisung von Art. 60 Abs. 2 OR (deliktische Verjährungsregel) auf die allenfalls längere strafrechtliche Verjährung BGE 122 III 225 (228): „Gemäss Rechtsprechung und Lehre hat diese Regel den Sinn, die zivilrechtliche Verjährung mit der strafrechtlichen zu harmonisieren, weil es stossend wäre, wenn der Täter zwar noch bestraft werden könnte, die Wiedergutmachung des zugefügten Schadens aber nicht mehr verlangt werden dürfte...".

418 *Lieber*, Zürcher Kommentar, N 114 zu Art. 7 ZGB; *Moor*, Droit administratif III, 151.

419 Vgl. *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 304; *Lieber*, Zürcher Kommentar, N 116 zu Art. 7 ZGB; *Moor*, Droit administratif III, 151.

cc) Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität

Nach Lehre und Rechtsprechung kommt im Falle der Verweisung die Referenznorm nicht unmittelbar, sondern *in entsprechender Weise* zur Anwendung[420]. Aus der bloss sinngemässen Anwendbarkeit der Referenznorm folgt, dass regelmässig die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen sind, mithin zu prüfen ist, ob sich die Anwendung im Einzelfall sachlich rechtfertigt. Danach kann bei einer Verweisung nicht einfach automatisch vorgegangen werden, sondern die Übernahme ist stets der wertenden Beurteilung im Hinblick auf die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsmaterie unterstellt[421]. Diese Besonderheiten können dazu führen, dass die Referenznorm entweder gar nicht oder allenfalls in modifizierter Art und Weise anwendbar ist[422]. Allerdings rechtfertigen sich Abweichungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann, wenn sie sich *gebieterisch* aufdrängen[423].

Während die Verweisung innerhalb des Privatrechts einerseits oder innerhalb des öffentlichen Rechts andererseits selten Systembrüche verursacht[424], weil sie ja innerhalb eines weitgehend nach gleichen Grundregeln gestalteten Systems verbleibt, ist dies für koordinationsrechtliche Verweisungen anders. Bedient sich beispielsweise der Gesetzgeber für öffentlichrechtliche Regulierungen im Werkzeugkasten des Privatrechts, so muss selbst eine Einzelverweisung in der Anwendung stets auf ihre Systemkompatibilität überprüft und zur Wahrung dieser Kompatibilität nötigenfalls beschränkt oder modifiziert ausgelegt werden. Dieser koordinationsrechtli-

---

420 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 261: „[D]ie Anwendung einer Norm, auf die in der Verweisungsnorm verwiesen wird, [kann] immer nur eine ‚entsprechende' sein." In der Schweiz finden sich die entsprechenden Hinweise zur Verweisungswirkung insbesondere im Zusammenhang mit Art. 7 ZGB (Verweisung auf das Obligationenrecht), vgl. BGE 102 Ib 115 (120), BGE 101 II 203 (208), BGE 79 II 27 (28), BGE 49 II 149 (157). Für die Lehre vgl. *Bucher*, OR AT, 67; *Deschenaux*, SPR II, 62; *Forstmoser*, Einführung, 392; *Friedrich*, Berner Kommentar, N. 50 zu Art. 7 ZGB; *Lieber*, Zürcher Kommentar, N 32 f., 35 zu Art. 7 ZGB; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 265 zu Art. 1 ZGB.

421 Vgl. die vorerwähnte Rechtsprechung und Literatur sowie insbesondere *Bucher*, OR AT, 67; *Forstmoser*, Einführung 392; *Friedrich*, Berner Kommentar, N 50 zu Art. 7 ZGB.

422 Vgl. BGE 118 II 1 (5): Nichtanwendbarkeit; BGE 107 II 396 (399): modifizierte Anwendbarkeit. Siehe zudem *Lieber*, Zürcher Kommentar, N 38, N 41 zu Art. 7 ZGB.

423 BGE 101 II 203 (208), BGE 79 II 27 (29).

424 Vgl. aber immerhin die Nichtanwendbarkeit (BGE 118 II 1 (5)) und Modifikation (BGE 107 II 396 (499)) des Obligationenrechts im Rahmen der Verweisungsnorm von Art. 7 ZGB.

che *Vorbehalt der Systemkompatibilität* fügt sich zwanglos in die allgemeine Methodenlehre zur Verweisung ein: Er ist hier Ausdruck der ohnehin nur *sinngemässen* Anwendbarkeit der Referenznorm im Verweisungsrechtsgebiet.

d) Generalklausel

Verweisung und Generalklausel werden häufig in einem Atemzug genannt, wenn es um ihre Eigenschaft als sogenannte „Lücken *intra legem*" geht[425]. In der Tat haben sie gemein, dass ihre Konkretisierung mittels Rückgriff auf zusätzliche, ausserhalb der Norm liegenden Wertungen erfolgt. Aus der Koordinationsperspektive erscheint allerdings die Generalklausel als weniger „typisch" für die inhaltliche Verkoppelung von Teilrechtsnormen, weil sie regelmässig auf *gesellschaftliche* Wertungen[426] und nicht auf andere Teilrechtsnormen abstellt. Dennoch ist auch die Generalklausel ein taugliches Instrument, um eine materielle Normrelation zwischen privatem und öffentlichem Recht herzustellen.

aa) Begriff der Generalklausel

KRAMER bezeichnet die Generalklauseln trefflich als „auf gesellschaftliche Wertungen bezogene, normative Tatbestandselemente, die sich durch besonders qualifizierte Vagheit auszeichnen und den zentralen Gehalt einer gesetzlichen Regelung ausmachen."[427] In ihrer Primärfunktion ist die Generalklausel ein dynamisches Bindeglied zwischen Recht und Gesellschaft[428]; sie erlaubt die kontinuierliche Anpassung des Rechts an den gesellschaftlichen Wertewandel, ohne dass der Gesetzgeber tätig werden muss[429]. Die Anpassung kann aber auch mit Blick auf andere Teilrechtsnormen erfolgen; die Rezeptionsfunktion der Generalklauseln ist zwar herkömmlich auf den aus-

---

425 Vgl. *Forstmoser*, Einführung, 391 f.; *Kramer*, Methodenlehre, 140; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 262 ff. zu Art. 1 ZGB; *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Zivilgesetzbuch, 50 f. Bei der Verweisung als Lücke *intra legem* geht es allerdings primär um die Spielart der Verweisung auf das richterliche Ermessen. Den Lückenbegriff ablehnend *Canaris*, Feststellung von Lücken, 103.

426 Vgl. nur die nachfolgende Definition von *Kramer*. Für einen rechtssoziologischen Ansatz bei der Behandlung solcher Klauseln folgerichtig *Teubner*, Standards und Direktiven, durchgehend.

427 *Kramer*, Methodenlehre, 51.

428 Zu dieser „Rezeptionsfunktion" der Generalklauseln *Teubner*, Standards und Direktiven, 65 ff.

429 *Kramer*, Methodenlehre, 54.

serrechtlichen Bereich ausgerichtet, aber nicht auf ihn beschränkt[430]. Deutlich wird dies etwa im Rahmen der Auslegung privatrechtlicher Generalklauseln im Lichte der Verfassungsnormen (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte)[431].

bb) Vermutung der Regelungsadäquanz

Die Generalklausel bezieht sich nicht zum vornherein auf eine bestimmte Teilrechtsnorm oder einen bestimmten Normenkomplex. Damit es überhaupt zur Vermutung der Regelungsadäquanz kommen kann, muss zwischen der „Generalklauselordnung" und der „Konkretisierungsordnung" ein besonderes Näheverhältnis bestehen. Dann aber kann die sachnahe Norm ohne weiteres als Konkretisierungsmassstab für die Generalklausel herangezogen werden – WIEACKER bezeichnet sie gar als deren „erste Richtschnur"[432]. All dies gilt auch für das Koordinationsfeld von öffentlichem und privatem Recht. Beispielhaft sei hier auf die bereits ausführlich behandelte Wechselwirkung im Immissionsrecht hingewiesen: Die Generalklausel der „übermässigen Einwirkung" auf das nachbarliche Grundstück (Art. 684 Abs. 2 ZGB) wird heute indiziell durch die öffentlich-rechtlichen Grenzwerte konkretisiert[433].

cc) Vorbehalt der Systemkompatibilität

Wie im Fall der übrigen Bausteine der koordinativen Normarchitektur bleibt die Generalklausel in ihrem eigenen Teilrechtssystem verhaftet. Die Wertungen der anderen Teilrechtsordnung können daher auch hier nicht unbesehen übernommen werden, sondern unterliegen dem Vorbehalt der Systemkompatibilität. Um beim Beispiel des Immissionsrechts zu bleiben: Die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Grenzwerte bedeutet nicht zwingend, dass *keine* übermässige Einwirkung im Sinne von Art. 684 Abs. 1 OR vorliegt.

---

430 So verweist etwa die Generalklausel in Art. 698 OR auf weitere Gesetzesbestimmungen, vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 22 Rn. 8.

431 Vgl. dazu oben S. 17 (Prinzipien des Privatrechts und ihre Relativierung). Vgl. sodann *Bydlinsky*, Möglichkeiten und Grenzen, 204 ff.

432 *Wieacker*, rechtstheoretische Präzisierung, 24. Vgl. auch *Bydlinsky*, Möglichkeiten und Grenzen, 203 (einschlägige gesetzlichen Wertungen als erstes Konkretisierungsmittel der Generalklausel).

433 Siehe oben S. 39 (Indizierung); S. 41 (Autonomie).

e) Fazit

Begriffsparallelisierung, Parallelnormierung, Verweisung und Generalklausel sind Instrumente, mit denen eine inhaltliche Verkoppelung zwischen den Teilrechtsordnungen im Sinne einer Parallelisierung hergestellt wird. Kennzeichnend für diese Verkoppelung ist das *Wechselspiel aus Geltungsvermutung und Widerlegungsmöglichkeit:* Geht es um die inhaltliche Determinierung einer Teilrechtsnorm, die mit einer anderen Teilrechtsnorm durch eine Begriffsparallelisierung, Parallelnormierung, Verweisung oder durch eine Generalklausel verbunden ist, so sind die Auslegungsergebnisse und dogmatischen Weiterentwicklungen grundsätzlich wechselseitig anwendbar. Im Anwendungsbereich der Parallelstruktur ist daher von einer materiellen Gleichgestaltung der beiden Teilrechtsordnungen auszugehen. Bezüglich der Intensität der Geltungsvermutung wird man die Regelungsparallelisierung und die Verweisung in der Tendenz gleich behandeln müssen[434]. Häufig hängt es nämlich von entstehungsgeschichtlichen Zufällen ab, ob der Gesetzgeber zum Mittel der Verweisung oder zu demjenigen der Parallelnormierung greift[435].

Die materielle Gleichgestaltung unterliegt aber in allen Fällen dem Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität. Denn trotz der Parallelisierung bleibt die Wertungshoheit und Definitionsmacht der jeweiligen Teilrechtsordnung erhalten. Jedes teilrechtsfremde Untersuchungsergebnis muss sich in die teilrechtseigene Teleologie einfügen; tut es dies nicht, ist es nicht oder allenfalls in modifizierter Form zu übernehmen. Mit Blick auf das Wechselspiel zwischen Geltungsvermutung und Widerlegungsmöglichkeit lassen sich alle drei Spielarten der materiellen Verkoppelung als *indizielle Normrelation* einstufen.

---

434 So ausdrücklich *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, § 13 Rn. 34, für das Verhältnis zwischen den allgemeinen Normen des OR und den Normen der Spezialhaftpflichtgesetze.

435 So stand beispielsweise bei der Gestaltung der bankengesetzlichen Haftungsordnung das ursprünglich geplante Mittel der Verweisung auf das Aktienrecht nur deshalb nicht zur Verfügung, weil sich die OR-Revision über Gebühr verzögert hatte. Der Gesetzgeber griff daher auf das Instrument der Parallelnormierung zurück, ohne dass sich an der Intention der Gleichgestaltung dadurch etwas geändert hätte.

4. Koordination durch allgemeine Rationalitätskriterien

Die bisherige Untersuchung war den spezifischen Koordinationsinstrumenten gewidmet, die auf der formellen und materiellen Ebene der Normrelation zum Einsatz kommen. Darüber hinaus hat die Koordination aber den allgemeinen Rationalitätskriterien zu genügen, die für das Recht insgesamt gelten[436]. Im Vordergrund stehen dabei die Kriterien der Kohärenz und der Konsistenz. Sie übernehmen die Funktion allgemeiner Koordinationskriterien, die auch dann zu beachten sind, wenn es an einem Konkurrenzverhältnis oder an einer strukturell bedingten inhaltlichen Wechselwirkung zwischen den Teilrechtsordnungen fehlt.

a) Systemabstimmungsgebot (Kohärenz)

Zur Gewährleistung äusserer Widerspruchsfreiheit (Kohärenz) ist die Abstimmung zwischen den Teilrechtsordnungen so zu gestalten, dass sie Schwierigkeiten im systematischen Zusammenspiel mit der anderen Teilrechtsordnung vermeidet – es muss eine *Systemabstimmung* garantiert bleiben. Solcherlei Aussenkoordination ist nicht nur ein wohlfeiler Wunsch der Rechtspolitik, sondern gewinnt über die impliziten Zwecksetzungen des Gesetzgebers die Kraft eines rechtlichen Gebots. Im Zusammenwirken der Teilrechtsordnungen liegt eine unabdingbare Voraussetzung für deren Funktion und für die Verwirklichung der legislativen Ziele. Daraus erwächst den Rechtsanwendenden die Pflicht, die verschiedenen Teilrechtsordnungen so aufeinander abzustimmen, dass über die Konsistenz innerhalb der Einzelgebiete hinaus auch *insgesamt* eine widerspruchsfreie Ordnung entsteht[437].

Systemabstimmung erfolgt teils legislativ, etwa im Falle von Einheitsgesetzen oder Doppelnormen[438]. Die weitaus häufigere Variante ist indes die interpretative, insbesondere die *teleologische Systemabstimmung*: Bei der Interpretation ist diejenige unter mehreren Deutungen zu wählen, die sich mit Blick auf die gesetzgeberische Zielsetzung unter Einbezug des Koordinationszieles als die zutreffende erweist[439].

---

436 Siehe oben S. 53 (Konsistenz und Kohärenz).

437 BGE 120 II 112 (114): „[D]em Gesetzgeber [ist] das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen."

438 Siehe dazu oben S. 40 (Synchronisierung).

439 In diesem Sinne auch *Marti*, Zürcher Kommentar, N 58 zu Art. 6 ZGB.

aa) Einbezug teilrechtsfremder Lösungsansätze

Das rechtsdogmatische Mittel der interpretativen Systemabstimmung ist die Einbeziehung des Koordinationsziels in die Teleologie der einzelnen Teilrechtsnorm. Inhaltlich konkretisiert das Bundesgericht diesen Koordinationsauftrag, indem es den sachgerechten Einbezug und die möglichst weitgehende Rücksichtnahme der anderen Rechtsgebiete fordert[440]. Positiv gesprochen geht es also um die koordinativ ausgerichtete *Rezeptionsfunktion der gesetzgeberischen Einzelregelung*, die nicht allein aus dem Kontext der jeweiligen Teilrechtsordnung, sondern von Anfang an auch aus der Sicht des Koordinationszieles zu interpretieren ist.

bb) Vermeidung dysfunktionaler Blockaden im anderen Teilrechtsgebiet

Negativ gesagt geht es bei der Systemabstimmung um die Vermeidung dysfunktionaler Blockaden, die entstehen können, wenn bei der Anwendung einer Teilrechtsbestimmung die (blockierenden) Konsequenzen in der anderen Teilrechtsordnung nicht bedacht werden[441]. Prägnant formuliert KOLLER: „Eine Rechtsordnung, die diesen Namen verdient, kann es nicht zulassen, dass eine Teilrechtsordnung gegen tragende Gerechtigkeitspostulate und grundlegende Ordnungsintentionen eines anderen Rechtsgebietes verstösst. Im Spannungsfeld zwischen zwei Bereichen der Gesamtrechtsordnung sind daher – stets mit dem Ziel, Wertungswidersprüche zu vermeiden oder doch wenigstens zu minimieren – Wertungen aus beiden Rechtsordnungen soweit als möglich aufeinander abzustimmen."[442]

cc) Beispiele

In einer konkreten Ausprägung wurde das Systemabstimmungsgebot bereits erwähnt, nämlich als *Adäquanzvermutung* zugunsten der jeweils anderen Teilrechtsnorm im Rahmen der Parallelisierung[443]. Inhaltlich bedeutet die Geltungsvermutung den wechselseitigen Transfer von Auslegungsergebnissen zwischen Teilrechtsordnungen. Im Ergebnis wird damit eine Systemabstimmung erreicht.

---

440 BGE 126 III 223 (226).

441 *Engisch*, Einführung, 214, spricht in diesem Zusammenhang von „teleologischen Widersprüchen" in der Rechtsordnung.

442 *Koller*, AJP 4 (1995), 1081 f. (ohne die Hervorhebung im Original). Siehe auch *Koller*, AJP 3 (1994), 1194; *ders./Kissling*, AJP 3 (1994), 1601.

443 Siehe oben S. 102 (Koordination durch materielle Normrelation, jeweils: Vermutung).

Als genereller Koordinationsgrundsatz ist das Gebot der Systemabstimmung aber auch in den Fällen der *wirkungsbedingten materiellen Normrelation* zu beachten. Bei dieser Spielart der materiellen Normrelation entsteht nicht strukturbedingt (Parallelisierung), sondern lediglich wirkungsbedingt (spontan) ein Koordinationsbedarf, weil die Gefahr einer gegenseitigen Verhinderung der jeweiligen Zielsetzung besteht. So bewirkt etwa die Zugrundelegung der Beitragsjahre des Ehemannes für die Berechnung der Ehepaar-Rente nach (richtiger) Ansicht KOLLERS eine Blockade der grundlegenden Wertungen und Zielsetzungen des partnerschaftlichen Eherechts, wenn sie auch im Falle höherer Beitragsjahre der Ehefrau als Berechnungsgrundlage herangezogen werden. Angesichts einer solchen Blockadesituation seien die Auslegungsspielräume im Sinne einer Systemabstimmung mit dem Eherecht zu nutzen[444]. Das Gebot der Systemabstimmung kommt sodann zum Tragen, wenn öffentlich-rechtliche Grenzwerte, anerkannte technische Regeln oder eine aufsichtsrechtliche Praxis die Konkretisierung zivilrechtlicher Sorgfaltspflichten indiziell präjudizieren oder zumindest auf Darlegungslasten und materielle Beweislasten zurückwirken[445], oder wenn umgekehrt das zivilrechtliche Verhalten einer Bank auch für das Aufsichtsrecht von Bedeutung ist[446]. In der Rechtsprechung findet sich das Systemabstimmungsgebot unter der Formel, dass auch bei rechtssystematisch weit entfernten Normen allfällige gemeinsame Zielsetzungen aufzuspüren und Widersprüche zu vermeiden seien[447].

Eine Rolle kann die Systemabstimmung schliesslich auch als Auslegungshilfe bei Normkonkurrenzfragen (formelle Normrelation) spielen. Beispielsweise kann der koordinative Blickwechsel zwischen Konkurrenznormen ergeben, dass die Konkurrenzfolge der Derogation zu einer dysfunktionalen Blockade in der zurücktretenden Teilrechtsordnung führt, weil die derogierte Norm innerhalb ihrer Teilrechtsordnung zusätzliche Zwecke erfüllt,

---

444 *Koller*, AJP 3 (1994), 1196. Anders dagegen das von ihm an dieser Stelle besprochene Urteil des EVG. Im Rahmen der 10. AHV-Revision hat der Gesetzgeber diesem Problem mit dem Rentensplitting Rechnung getragen, vgl. Art. 29 ff. des aktuellen AHVG.

445 Vgl. hierzu *Marti*, Zürcher Kommentar, N 180 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB, m.w.N. Für die Relevanz der Aufsichtspraxis bei der Auslegung des zivilrechtlichen Sorgfaltsbegriffs vgl. *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 408 ff.

446 Vgl. nur BGE 111 Ib 126 (128). Zur Einstrahlung der zivilrechtlichen Rechts- und Sittenwidrigkeit nach Art. 19/20 OR auf die aufsichtsrechtliche Beurteilung der Konformität mit dem Bankengesetz vgl. *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 392 ff.

447 BGE 116 II 689 (694). Vgl. auch BGE 119 V 425 (429). Für weitere Beispiele siehe die zur „Einheit der Rechtsordnung" aufgeführten Entscheide, oben Fn. 396. Vgl. zum Ganzen *Dürr*, Zürcher Kommentar, N 165 zu Art. 1 ZGB.

die auf der Grundlage der derogierenden Norm nicht gleichermassen wahrgenommen werden können. Dies gilt etwa für die Frage der Prüfung der Jahresrechnung bei Bank-Aktiengesellschaften. Das Bankengesetz verlangt die Prüfung durch die bankengesetzliche, das Aktienrecht fordert eine Prüfung durch die aktienrechtliche Revisionsstelle. Im Regelfall verdrängt die bankengesetzliche Regel die aktienrechtliche Parallelnormierung (Konkurrenzfolge der Derogation)[448]. Hier allerdings würde die Derogation zum Systembruch im aktienrechtlichen System der *checks and balances* führen. Anders als die aktienrechtliche Revisionsstelle trifft nämlich die bankengesetzliche Revisionsstelle keine Mitwirkungspflicht bei der Generalversammlung. Eine exklusive Prüfungspflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle würde so zur Aushöhlung grundlegender Kontrollmöglichkeiten der Aktionäre und Aktionärinnen führen. Das Systemabstimmungsgebot führt hier zur Konkurrenzfolge der kumulativen Anwendung der bankengesetzlichen und aktienrechtlichen Bestimmung[449].

b) Vorbehalt der Systemkompatibilität (Konsistenz)

Vom allgemeinen Rationalitätskriterium der Konsistenz ist die Rede, wenn es um die innere Widerspruchsfreiheit von Aussagen geht. Im Koordinationsdiskurs bezieht sich die innere Widerspruchsfreiheit auf die Abstimmung innerhalb der einzelnen Teilrechtsordnung. Bei der Auslegung einer Teilrechtsnorm kommen gemäss dem Konsistenzgebot nur diejenigen Varianten in Betracht, die sich in die teilrechtseigene Teleologie einfügen[450].

Auch das Konsistenzgebot hat sich bereits in konkreter Ausprägung manifestiert, nämlich als Vorbehalt der Systemkompatibilität. Seine Rolle im Zusammenhang mit den Parallelisierungsformen war diejenige eines Korrekturprinzips: Auch dort, wo die Normen strukturell auf ihre gegenseitige Abstimmung angelegt sind, bleibt es beim Vorrang der teilrechtseigenen Widerspruchsfreiheit: Wo die eigene Zielsetzung durch die Beachtung teilrechtsfremder Wertungen in Frage gestellt wird, bleiben diese unbeachtlich. Knapp gesagt: Die Systemabstimmung darf nicht auf Kosten der Integrität der Teilrechtsordnung erfolgen. Die Integrität der Teilrechtsordnung ist aber nicht nur im Falle der Parallelisierung zu beachten, sondern sie gilt all-

448 Siehe dazu unten S. 169 (Vorrang als Auslegungsergebnis); S. 181 (Ergebnis zur formellen bankengesetzlichen Spezialität).

449 Dazu ausführlich unten S. 353 (Ausnahme der Kumulation).

450 Vgl. oben S. 53 (Konsistenz und Kohärenz).

gemein. Insofern präsentiert sich der Vorbehalt der Systemkompatibilität als allgemeiner Grundsatz für jede Art der Normrelation.

5. Prüfungsfolge zur Systematik der Normrelationen

(1) In einem ersten Prüfungsschritt ist zu untersuchen, ob sich Fragen der *formellen Normrelation* stellen. Dies trifft nur im Falle einer Normenkonkurrenz zu. Fehlt diese, beschränkt sich die Koordinationsaufgabe auf die Frage nach der inhaltlichen Wechselwirkung (materielle Normrelation, Schritt 4).

(2) Bejaht man eine Normenkonkurrenz, ist die Art des Konkurrenzverhältnisses zu präzisieren: Handelt es sich um einen Rechtsfolgenwiderspruch, eine Rechtsfolgendivergenz oder eine Rechtsfolgenidentität?

(3) Liegt ein Rechtsfolgenwiderspruch vor, kann nur eine der Konkurrenznormen als einschlägige Rechtsgrundlage Bestand haben (Derogationswirkung). In den anderen Fällen ist dagegen mit Hilfe der gängigen Auslegungsmethoden – also der grammatikalischen, historischen, systematischen[451] und teleologischen Methode – zu ermitteln, ob die Normkonkurrenzfolge die Derogation, Alternativität oder die Kumulation ist. Je nach Auslegungsergebnis besteht eine exklusive, eine alternative oder eine doppelte einschlägige Rechtsgrundlage.

(4) Neben der Frage der formellen Normrelation und gleichsam unabhängig vom Vorliegen oder der Art einer Normenkonkurrenz stellt sich die Frage der *inhaltlichen Verbindung zwischen Teilrechtsnormen*. Für die koordinative Normgeltung bedeutungsvoll sind inhaltliche Zusammenhänge, die nicht spontan, sondern strukturbedingt bestehen, die also durch begriffliche, regelorientierte oder verweisungsbedingte Verkoppelungen hergestellt werden. Hier kommt es bei allen Konstruktionen zum *Wechselspiel zwischen Geltungsvermutung und Widerlegungsmöglichkeit*. Für die Rechtsanwendung bedeutet dies konkret: Die in der jeweils anderen Teilrechtsordnung erarbeiteten Auslegungsergebnisse und dogmatischen Weiterentwicklungen gelten indiziell als adäquate Ergebnisse für die eigene Teilrechtsordnung. Ihre effektive Übernahmen steht allerdings unter dem Vorbehalt der teilrechtseigenen Wertungen (Vorbe-

451 Im Rahmen der systematischen Auslegung sind dabei die Koordinationsgrundsätze der Systemabstimmung und der Integrität der Teilrechtsordnungen im Auge zu behalten.

halt der Systemkompatibilität). Kommt der Koordinationsbedarf dagegen erst dadurch zustande, dass die Teilrechtsnormen sich in ihrer Zielsetzung konterkarieren, ist das Spannungsverhältnis mit Blick auf das Gebot der Systemabstimmung und dem Gebot der Wahrung der Integrität der Teilrechtsordnung zu beurteilen.

6. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass in der Unterscheidung zwischen formeller und materieller Normrelation ein geeigneter Ausgangspunkt für die systematische Herangehensweise an die Aufgabe „Koordination der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Teilrechtsordnungen" liegt. Die Regeln, denen die Normrelation auf der jeweiligen Ebene unterliegt, können weitgehend der Methodenlehre entnommen werden: Fragen nach der einschlägigen Rechtsgrundlage (formelle Normrelation) bestimmen sich nach grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Gesichtspunkten; das führt zum Verhältnis der Kumulation, Alternativität, Derogation oder Neutralisierung. Die materielle Normrelation ist bestimmt vom Wechselspiel zwischen Geltungsvermutung der jeweils anderen Teilrechtsordnung und Widerlegungsmöglichkeit durch die eigene Teilrechtsordnung. Sowohl formelle als auch materielle Normrelation unterliegen den allgemeinen Koordinationsgrundsätzen des Systemabstimmungsgebots und des Vorbehalts der Systemkompatibilität. Insgesamt führt die Systematik der Normrelationen damit zu einem Netz interpretationsleitender Prinzipien, das in eine Prüfungsfolge für die Koordination zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen gebracht werden kann.

IV. Ergebnisse des Zweiten Teils

Die Ziele einer allgemeinen Rechtsdogmatik der Auffangfunktionen zwischen öffentlichen und privaten Rechtsnormen (Koordinationsdogmatik) – namentlich das Streben nach Systematisierung, die Suche nach Interpretationshilfen und die Eröffnung kritischer Reflexion – erreicht man weder mit den Vorgaben der Verfassung, noch mit den punktuellen Koordinationsregeln des einfachen Gesetzesrechts oder gar mit den allgemeinen Rechtssetzungsanliegen der Effizienz und Effektivität. Auch die Normvorrangregeln der Methodenlehre helfen allein nicht weiter. Deshalb wird hier in Rückbesinnung auf die Grundsätze der Methodenlehre ein neuer Lösungsansatz für die Koordinationsfrage beschritten: die Koordination durch eine Systematik der Normrelationen.

Die Systematik der Normrelationen baut auf der Unterscheidung zwischen formeller und materieller Normrelation auf. Die *Systematisierung* ermöglicht es, auch zukünftige neuartige Regelungen im Koordinationsfeld zwischen öffentlichem und privatem Recht einzuordnen, also beispielsweise jede neue Gesetzestechnik der Parallelisierung mit den Instrumenten der ‚Adäquanzvermutung' und dem ‚Vorbehalt der Systemkompatibilität' zu verbinden. Darüber hinaus verbinden sich mit der Systematik der Normrelationen zwei weitere Vorteile, die mit den Schlagworten ‚Interpretationshilfe' und ‚kritische Reflexion' beschrieben werden können. Die *Interpretationshilfe* besteht darin, dass die einzelnen Formen mit ihrem Sinngehalt im legislativen Koordinationsprogramm verbunden werden; die Auslegung erfolgt nicht mehr nur im Rahmen der Teilrechtsordnung, sondern von Anfang an mit Blick auf das Zusammenspiel von öffentlichem und privatem Recht. Die *kritische Reflexion* schliesslich stellt sich ein mit Blick auf die vielzitierten Vorrangregeln (*lex superior, lex specialis, lex posterior*), die angesichts der koordinativ relevanten Gestaltungsvarianten nur einen bescheidenen Koordinationsbeitrag leisten können: Der Derogationseffekt der Vorrangregeln ist blosses Etikett für das Ergebnis, während sich die tragenden Gründe aus einer Analyse der inhaltlichen Bedeutung ergeben. Wichtiger aber noch ist der mit der kritischen Reflexion verbundene Blickwechsel von der reinen Bestandsaufnahme, die in Typologien geleistet werden kann, hin zur Formulierung von *Sollenssätzen der Koordination*.

DRITTER TEIL
KOORDINATION VON BANKAUFSICHTSRECHT UND AKTIENRECHT

Nachdem der zweite Teil sich mit der Koordination zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im allgemeinen befasste, gilt es nun, die besonderen Koordinationsbausteine im Verhältnis von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht zu untersuchen – also das *Koordinationsrecht der Bank-Aktiengesellschaft*[452]. Die teilrechtsübergreifende Interaktion ist dabei bereits in den beiden begrifflichen Bestandteilen der Bank-Aktiengesellschaft angelegt. Einerseits unterstehen die Banken wegen ihrer besonderen Geschäftstätigkeit dem Bankengesetz. Andererseits findet auf sie aufgrund der gewählten Organisationsform das Aktienrecht Anwendung, also ein Normenkomplex aus dem Obligationenrecht. Mithin treffen in der Bank-Aktiengesellschaft zwangsläufig die beiden „Pole" der Rechtsordnung aufeinander, deren Koordinationsbedürftigkeit im zweiten Teil allgemein behandelt wurde: das Privatrecht und das öffentliche Recht.

Interpretiert man Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen, so gilt auch für das Koordinationsrecht der Bank-Aktiengesellschaft, *dass Aktienrecht und Bankaufsichtsrecht sich in ihrer Unterschiedlichkeit gegenseitig ergänzen und stützen, also komplementär wirken sollen.* So kann das Bankaufsichtsrecht im Wissen um die gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten der Feinsteuerung von autoritativen Eingriffen absehen. Das Aktienrecht wirkt dann als Entlastungsordnung. Wo die aktienrechtliche Feinsteuerung zur Sicherung aufsichtsrechtlicher Schutzziele hingegen nicht ausreicht, muss das Aufsichtsrecht selbst aktiv werden und sein Instrumentarium einsetzen. Hier übernimmt wiederum das Aufsichtsrecht die Funktion des öffentlich-rechtlichen Auffangnetzes.

Vor dem Hintergrund solcher koordinationsdogmatischen Überlegungen spielt sich die Interpretation der einzelnen Normen des positiven Rechts ab, die im vierten Teil zu vertiefen sein wird. Schon früher, nämlich eine Ebene über solch detaillierten Norminterpretationen, lassen sich allgemeine Grundlinien der Verhältnisbestimmung zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht herausarbeiten (I). Aus diesen ragt das bankengesetzliche Spe-

---

452 Für Koordinationsansätze zwischen dem Bankaufsichtsrecht und dem Bankprivatrecht im allgemeinen vgl. *Nobel*, Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht, 235 ff.

zialitätsprinzip als ein immer wiederkehrendes Schlüsselelement heraus (II). Daneben gibt es weitere Koordinationsprinzipien, die zwar weniger prominent sind, aber gleichwohl den Argumentationsrahmen für Interpretationen im Einzelfall vervollständigen (III).

I. Bankorganisationsrecht als koordinationsbedürftige Materie

Das Aktienrecht bildet unabhängig vom Gesellschaftszweck die massgebliche Ordnung für alle Aktiengesellschaften. Das Bankengesetz ist die von der Rechtsform unabhängige aufsichtsrechtlich kontrollierte Rahmenordnung für die Geschäftstätigkeit aller Banken. Schon aus historischen Gründen (1) bestehen zwischen den beiden Normgruppen formelle sowie materielle Überschneidungen und Wechselbezüge. Sachlich geht es massgeblich um den Bereich des *Bankorganisationsrechts* – also die Summe der Normen über die innere und äussere Struktur eines dem Bankengesetz unterstellten Geschäftsbetriebs. Die dort auftretenden Regelungs-, Norm- und Zielkonkurrenzen verweben das Bankaufsichtsrecht und das Aktienrecht zu einer interpretativen Einheit, die insgesamt einen koordinationsbedürftigen Normenkomplex bildet (2). Angesichts der fragmentarischen Behandlung in Lehre und Rechtsprechung (3) bedarf die Koordination allerdings weiterer Ausbauschritte. Dies umso mehr, als sich am legislativen Horizont bereits neue Koordinationsaufgaben abzeichnen (4).

1. Wechselbezug im Gesetzgebungsprozess

Neben der Rechtsform der Genossenschaft, die vor allem von regional ausgerichteten Banken rege genutzt wird, gehört diejenige der Aktiengesellschaft zu den am meisten gewählten Organisationsformen der Banken[453]. Die enge Verbindung zwischen dem Bank- und Aktienwesen geht schon auf die „Erfindung" der Aktiengesellschaften zurück (a). In einer ersten Phase konzentrierte sich die Regulierung allerdings auf die Aktiengesellschaften

453 Per Ende 2002 waren von den insgesamt 356 bewilligten Instituten 255 als Aktiengesellschaften organisiert (davon 121 von den insgesamt 122 ausländisch beherrschten Banken). Die übrigen Rechtsformen verteilen sich wie folgt: Privatbankiers: 15; Genossenschaften: 32; Staatsinstitute: 16; Gemeindeinstitute: 10. Zahlenmässig wichtigste Gruppe bleiben allerdings die Genossenschaftsbanken. Allein der – statistisch als eine Bank zählende – Raiffeisenverband umfasst 493 lokale Genossenschaftsbanken. Vgl. zum Ganzen *Schweizerische Nationalbank*, Die Banken der Schweiz (2002), Tabelle A12.

im allgemeinen. Der Bundesgesetzgeber wurde erst aktiv, als es trotz aktienrechtlicher Kautelen in den 30er Jahren zu grossen Bankzusammenbrüchen kam (b). Das Bankengesetz von 1934 blieb dabei stark auf Aktiengesellschaften ausgerichtet (c), was sich noch heute in den gegenseitigen Entlastungsfunktionen bemerkbar macht (d).

a) Historische Verflechtung von Bank- und Aktienwesen

Das Aktien- und das Bankwesen verbindet eine lange gemeinsame Geschichte. So weist ein Teil der Rechtsgeschichte den norditalienischen Banken des 15. Jahrhunderts den Platz als erste Aktiengesellschaften zu. Als bekannteste und bedeutendste gilt dabei die St. Georgsbank[454] in Genua, deren Gründungsgeschichte bis in das Jahr 1345 zurückreicht. Aus ihr entwickelte sich 1407 eine Diskonto- und Zettelbank, die rund 400 Jahre lang Bestand hatte[455]. Auch in England, das eine von Kontinentaleuropa unterschiedliche Aktienrechtsentwicklung durchmachte, gebührt der Platz der „ersten AG" einer Bank, nämlich der späteren Bank von England[456].

In der Schweiz begann die entscheidende Epoche des Aktien- und Bankwesens in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Der Strukturwandel der zweite Phase der Industrialisierung – eingeleitet durch den Bau von Eisenbahnlinien, den technischen Fortschritt in der Textilbranche und dem Aufbau der Maschinenindustrie – erforderte umfangreiche Investitionen und neue Wege der Kapitalisierung. Der Grundstein für den *boom* der Aktiengesellschaften als Kapitalsammelbecken und der Banken als Geldvermittlungsinstitute war gelegt. Die Banken selbst wiederum verwendeten mit Vorliebe

---

454 Meist übersetzt mit banca di San Georgio. Gemäss Goldschmidt, Universalgeschichte, 296: società delle compere e de' banchi di San Giorgio.

455 Grundlegend *Fick*, ZHR 5 (1862), 40 ff. Ihm folgend etwa *Gierke*, Genossenschaftsrecht I, 991 ff.; *Goldschmidt*, Universalgeschichte, 290 ff., insb. 296 ff.; *Lehmann*, Recht der Aktiengesellschaften, 42 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen. Über den genauen Zeitpunkt der Aufhebung der St. Georgsbank besteht Uneinigkeit: 1808 (*Fick*, 41), 1805 mit erfolglosem Versuch zur Wiederherstellung 1814 (*Lehmann*, 46), 1816 (*Goldschmidt*, 297). Andere sehen die Wiege der modernen Aktiengesellschaft in den grossen Handelskompanien des 17. und 18. Jahrhunderts in England, den Niederlanden und Frankreich, vgl. dazu *Lehmann*, Geschichtliche Entwicklung, 7; *Wieland*, Handelsrecht II, 4 ff.; *Wiethölter*, Interessen und Organisation, 56. Schliesslich wollen einige den Ehrenplatz der in den Jahren 1592-1598 in Mailand gegründeten St. Ambrosiusbank zuweisen, so etwa *Steinitzer*, Ökonomische Theorie der Aktiengesellschaft, 11, 49. Für einen Überblick siehe etwa *v. May*, Gründung der Aktiengesellschaft, 21 m.w.N.

456 Vgl. *Frick*, Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter, 31.

die Organisationsform der Aktiengesellschaft, war sie doch besonders geeignet, den für das Bankgeschäft notwendigen Kapitalbedarf durch die Zusammenfassung einer Vielzahl von Kapitalbeiträgen aufzubringen. Es erstaunt daher nicht, dass unter den ersten nachweisbaren Aktiengesellschaften zahlreiche Banken figurieren[457].

b) Stufenweise Regulierung

Die Regulierung des Aktien- und Bankwesen vollzog sich stufenweise, wobei sich die ersten Regulierungsschritte zunächst ausschliesslich auf die Aktiengesellschaften konzentrierten. Allerdings liess auch diese Regulierung in der Schweiz vergleichsweise lange auf sich warten. Zwar hatte bereits die Welthandelsbewegung des 17. und 18. Jahrhunderts das Aktienwesen – wenngleich nicht in der heutigen Form – hervorgebracht. Doch fehlte es sowohl am Begriff der Aktiengesellschaft als auch an einem Aktienrecht, das Entstehung, Organisation und Untergang dieser wirtschaftlichen Erscheinungsform autoritativ festlegte. Erst der französische Code de Commerce von 1807 bereicherte das System des Handelsrechts um den Begriff der Aktiengesellschaft und führte sie einer (knappen) rechtlichen Ordnung zu[458]. In der Schweiz liess man sich mit den gesetzgeberischen Massnahmen mehr Zeit. Die kantonalen Parlamente wurden erst aktiv, als sich die Aktiengesellschaften im Zusammenhang der Industrialisierungswelle um 1850 stark vermehrten[459].

Das Potential der AG als Katalysatorin wirtschaftlichen Wachstums blieb dabei nicht unerkannt. Auf der anderen Seite sah man aber auch die Gefahr von allgemeinen Spekulationsepidemien und Gründungskatastrophen[460]. Den Krisen, Pleiten und Schwindelgründungen sollte mittels staat-

---

457 So z.B. die „Bank Schwyz" (1873), die Freiburger „Caisse Hypothecaire" (1853), die Baselstädtische „Bank in Basel" (1845), die Basellandschaftliche „Hypothekenbank" (1848), die Tessiner „Banca Cantonale" (1867), die Waadtländer „Banque cantonale Vaudoise" (1846). Vgl. zum Ganzen *v. May*, Gründung der Aktiengesellschaft, 27 ff.

458 Vgl. *Lehmann*, Geschichtliche Entwicklung, 1. *Wiethölter*, Interessen und Organisation, 64.

459 Die meisten kantonalen Gesetze zur Regulierung der Aktiengesellschaften stammen aus der späten Mitte des 19. Jahrhunderts, vgl. *v. May*, Gründung der Aktiengesellschaft, 1 ff., 82 f.

460 So waren auch in der Schweiz anfangs des 18. Jhd. die sogenannten Mississippi-Aktien und die Aktien der englischen Südsee-Compagnie als Privat-, aber auch als Staatsinvestitionen sehr beliebt Der „Mississippi-Crash" von 1720 führte zu bislang unerreichten Verlusten und zu einer eigentlichen Krisensituation. Vgl.

licher Gesetzgebung ein Riegel geschoben werden[461]. Die meisten Kantone wählten mit dem *Konzessionssystem* eine weitgehende Marktzutritts- und Überwachungsregulierung, durch welches ihnen ein Kontroll-, ja gar Mitspracherecht bei der AG gesichert war[462]. Erst das Obligationenrecht von 1881 führte gesamtschweizerisch das heutige *Normativsystem* ein, das bei Erfüllung der Gründungsvoraussetzungen ein subjektives öffentliches Recht auf Erlangung der Rechtspersönlichkeit gewährt[463].

Das Bankgewerbe blieb von der Regulierungswelle vorerst verschont. Zwar wurden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in rund der Hälfte der Kantone Schutzvorschriften zugunsten der Spareinlagen erlassen. Hingegen wurden nur in wenigen Kantonen die Sparkassen einer speziellen Aufsicht unterstellt. Meist begnügte man sich mit der Statuierung von Min-

---

hierzu *v. May*, Gründung der Aktiengesellschaft, 47 ff., 70. Im Nachbarland Deutschland war es zudem in der Mitte des 19. Jahrhunderts zu grossen Gründungskatastrophen gekommen, die auch in der Schweiz nicht unbeachtet blieben. Zur Lage in Deutschland bildhaft *Jhering*, Der Zweck im Recht I (1877), 173: „Die Aktiengesellschaft ... ist eine der unvollkommensten und verhängnisvollsten Einrichtungen unseres ganzen Rechts ... Die Verheerungen, die sie im Privatbesitz angestiftet haben, sind ärger, als wenn Feuers- und Wassersnot, Misswachs, Erdbeben, Krieg und feindliche Okkupation sich verschworen hätten, den Nationalwohlstand zu ruinieren." An gleicher Stelle führt der Autor aus, die zahlreichen Gründungskatastrophen führten „ein Bild eines Schlachtfeldes oder eines Kirchhofes vor Augen – Blutlachen, Leichen, Gräber – Marodeure, Totengräber – nur letztere sind wohlauf, denn nur sie allein haben gewonnen!" Ähnliche Töne finden sich im Vorlesungsmanuskript des Berner Professors *Snell* im Jahre 1859: „In neuerer Zeit haben sich in vielen Staaten auch anonyme Gesellschaften oder sogenannte Actiengesellschaften gebildet ... Die anonymen Gesellschaften können unter Umständen dem öffentlichen Wohl, namentlich dem Nationalwohlstand sehr gefährlich werden." Zitiert in *Caroni*, Privatrecht, 149 Fn. 97.

461 Vgl. *v. Greyerz*, SPR VIII/2, 22 f.: „Die Sorge der kantonalen Gesetzgeber galt vor allem der Verhinderung von Schwindelgründungen und der Überwachung der Tätigkeit von Verwaltung und Geschäftsführung." Vgl. weiter *Benz*, Konzessions- und Normativsystem, 29. Ein Frühstarter war der Kanton Zürich, der bereits 1835 ein Gesetz über das Ragionenwesen erliess, vgl. *v. May*, Gründung der Aktiengesellschaft, 73 ff.

462 Vgl. die Nachweise bei *Benz*, Konzessions- und Normativsystem, 11 ff; *v. May*, Gründung der Aktiengsellschaft, 1 ff., 82 f. Zur Sicherung der Kontroll- und Mitspracherechte mit den Mitteln des Konzessionssystems: *Benz*, Konzessions- und Normativsystem, 22 ff.; *Lehmann*, Recht der Aktiengesellschaft I, 288 f.; *Siegwart*, Zürcher Kommentar, N 281 Einl. AktR.

463 Zuvor hatte bereits Genf mit seinen Gesetzen von 1864, 1868 und 1869 das Normativsystem adoptiert, vgl. *v. May*, Gründung der Aktiengesellschaft, 85. Ausführlich zum Normativsystem *Lehmann*, Recht der Aktiengesellschaft I, 290 ff. Für einen Überblick, einschliesslich der Normativbestimmungen des Obligationenrechts von 1881 vgl. *Benz*, Konzessions- und Normativsystem, 54 ff.

destzinsvorschriften[464]. Allerdings unterstanden die Bank-Aktiengesellschaften aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Organisationsform den diversen kantonalen Konzessionensystemen und später dem Normativsystem des Obligationenrechts von 1881. Ein umfassendes Bankaufsichtsrecht stand aber nicht zur Diskussion; bis zum Ende des Jahrhunderts war man noch zu stark mit der Notenbankgesetzgebung beschäftigt, um an eine Bankaufsichtsgesetzgebung zu denken[465]. Im ZGB von 1914 überliess man die Materie insoweit den Kantonen, als diese die Befugnis zur Sicherung der Spareinlagen erhielten (Art. 57 SchlT aZGB).

Die Bankkatastrophen von 1910 bis 1913 machten die fehlende Bankenaufsicht zum Politikum. Indessen verhinderte der erste Weltkrieg und die Skepsis gegenüber jeglicher staatlicher Regulierung in den Nachkriegsjahren, dass der 1916 fertiggestellte Entwurf eines Bankengesetzes von JULIUS LANDMANN weiterverfolgt wurde[466]. Es bedurfte einer weiteren Krise, um die immer wieder verschobene Bankgesetzgebung in Gang zu bringen. Sie kam mit dem New Yorker Börsencrash vom 24. Oktober 1929 und der dadurch eingeleiteten weltweiten Depression. Der eigentliche Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte und den stockenden Gesetzgebungsprozess neu belebte, war die Krise der Volksbank im Spätherbst von 1933. Die Bank musste vom Bund mit CHF 100 Mio. saniert werden[467]. Nun ging es schnell: Im November 1933 lag der Entwurf der Expertenkommission vor, sieben Wochen später wurde die Endfassung an den Bundesrat überwiesen, innerhalb von zwei Wochen wurde die bundesrätliche Botschaft fertiggestellt und

---

464 Eine spezielle (allerdings sehr weitmaschige) Aufsicht bestand in Freiburg (1862), Bern (1847), St. Gallen (1892). Spezielle Gründungsvorschriften u.a. für Banken sah das bündnerische Privatgesetzbuch (1862) vor. Eine Beschräknung des Zinsfusses kannten etwa St. Gallen (1832), Bern (1836), Luzern (1841), Aargau (1852), Thurgau (1841). Vgl. zum Ganzen *Bänziger*, Sparerschutz, 9 ff.; *Frick*, Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter, 35; *Müller*, Bewilligung zum Geschäftsbetrieb, 21 ff.; *Reinmann*, Komm. BankG, 9.

465 Der Bund erhielt erst 1891 das ausschliessliche Recht zur Ausgabe von Noten (Art. 39 aBV). Der Erlass des Nationalbankgesetzes verzögerte sich bis 1905, da ein erstes Projekt 1897 in der Volksabstimmung scheiterte. *Bänziger*, Sparerschutz, 15.

466 Vgl. *Reinmann*, Komm. BankG, 10. Ausführlich zum Entwurf Landmann: *Bänziger*, Sparerschutz, 31 ff.; *Müller*, Bewilligung zum Geschäftsbetrieb, 26 ff.

467 Vgl. BBl 1933, 801 ff.; Sten. Bull. NR 1933, 743 ff.; Sten. Bull. StR 1933, 401 ff. Vgl. weiter *Ehrsam*, Bankenkrise, 97 ff.

ins Bundesblatt eingeschoben, im selben Jahr erfolgte die Beratung und Verabschiedung im Parlament[468].

c) Modellfunktion des Aktienrechts für die Bankengesetzgebung

Als im Zusammenhang mit der Bankenkrise von 1910 bis 1913 gesetzliche Massnahmen gefordert wurden, richtete sich der Blick zunächst auf das Aktienrecht. So verlangte die diesbezügliche nationalrätliche Motion eine Haftungsverschärfung für die Verwaltung und Revision[469]. Auch die Schweizerische Bankiervereinigung vertrat die Auffassung, die Bankengesetzgebung sei eine gesellschaftsrechtliche Materie, der mit entsprechenden Vorschriften zur Bilanzierung, Rechnungslegung und Organhaftung genügt werde[470]. Als EUGEN HUBER 1920 seine Vorschläge zur Revision des Gesellschaftsrechts vorlegte, enthielten diese zahlreiche Punkte des gescheiterten Landmannschen Entwurfs für ein Bankengesetz[471]. Noch 1932 erwogen Bundesrat und Kammern für die Bankenkontrolle eine gesellschaftsrechtliche Lösung im Rahmen der laufenden OR-Revision[472]. All dies zeigt: *Die Frage des Bankgläubigerschutzes wurde von vielen Seiten als primär gesellschaftsrechtliches Problem wahrgenommen.*

Auch wenn letztlich nicht der Weg über das Gesellschaftsrecht, sondern derjenige der Sondergesetzgebung gewählt wurde, so stand die Aktiengesellschaft für das Bankenaufsichtsgesetz weiterhin Modell. Begünstigt

---

468 Eingehend und mit viel Hintergrundinformation zum Werdegang des Bankengesetzes: *Bänziger*, Sparerschutz, insb. 66 ff. Für eine Kurzversion: *Reinmann*, Komm. BankG, 10, 15.

469 Motion Affolter vom 30. Januar 1914: „Der Bundesrat wird eingeladen zu prüfen, ob nicht der OR-Titel AG im Sinne einer Verschärfung der Haftung von Verwaltung und Kontrolle beförderlichst zu revidieren sei." zitiert in: *Frick*, Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter, 39 Fn. 38.

470 Dies hatte auch taktische Gründe, da man sich mit der punktuellen Regulierung des Bankwesens im OR die Vermeidung einer umfassenden Bankengesetzgebung erhoffte. Vgl. *Bänziger*, Sparerschutz, 30, 47, 65.

471 Vgl. *Huber*, Referat über die Revision des Obligationenrechts, Punkte 8 (Rechnungslegung), 9 (Publizität), 14 und 16 (Revision). *Hubers* diesbezüglichen Vorschläge wurden allerdings später aus dem Entwurf gestrichen. Vgl. *Bänziger*, Sparerschutz, 43 f.

472 Vgl. *Bänziger*, Sparerschutz, 65 f.; *Reiff*, Aktienrechtliche Bedeutung, 4 ff.; *Reinmann*, Komm. BankG, 10; *Zgraggen*, Rechtsformen privatrechtlicher Banken, 49, jeweils m.w.N. Auch im Ständerat wurde noch einmal darüber diskutiert, ob man das Postulat einer gesetzlichen Kontrolle nicht durch eine Verschärfung der Prüfungspflicht im Gesellschaftsrecht verwirklichen könne, indem die Bilanz neu durch Büchersachverständige geprüft werden sollten, vgl. Sten. Bull. StR 1932, 332 ff. (insb. 333 a.E.).

wurde die aktienrechtliche Ausrichtung des Bankengesetzes durch das besondere Gläubigerschutzsystem für Aktiengesellschaften, das im Vergleich zu den anderen Gesellschaftsformen deutlich stärker ausgebaut war[473]. Eine massgebliche Rolle spielte schliesslich der Zeitfaktor. So fielen die parlamentarischen Beratungen über das neue Bankengesetz mit denjenigen zur Revision des Obligationenrechts zusammen: Als 1934 das Bankengesetz verabschiedet wurde, war auch die Revision des Aktienrechts Gegenstand nationalrätlicher Diskussion[474]. Die Abstimmung der beiden Gesetze war denn auch erklärtes Ziel. Die Verzögerungen bei der Verabschiedung des neuen Obligationenrechts führten allerdings zur Aufnahme aktienrechtlicher Belange in das Bankengesetz – namentlich beim Verantwortlichkeitsrecht[475].

Insgesamt trugen also vielfältige Faktoren dazu bei, dass zwischen den beiden Gesetzen eine enge systematische und terminologische Verknüpfung entstand. Zu Recht wird daher hervorgehoben, dass das Bankengesetz zwar auf alle Banken Anwendung findet, aber eigentlich auf Aktiengesellschaften zugeschnitten ist[476].

d) Wechselseitige Entlastung als Koordinationsstrategie

Das enge Zusammenspiel von Bankengesetz und Aktienrecht zeigt sich auch in ihrer wechselseitigen Entlastungsfunktion. So kann dort, wo für Bank-Aktiengesellschaften eine spezielle bankengesetzliche Organisationsregel besteht, das Aktienrecht für die übrigen Aktiengesellschaften eine liberalere Regelung treffen. Umgekehrt kann das Aktienrecht dort als Entlastungsordnung wirken, wo seine Regeln den aufsichtsrechtlichen Bedürfnissen entsprechen.

Als Beispiel für die *Entlastungsfunktion des Bankengesetzes* kann das bankengesetzlichen Prinzip der Gewaltentrennung dienen. Als der Gesetzgeber unter dem Eindruck der Bankzusammenbrüche in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts das Projekt einer Bankengesetzgebung erneut aufnahm, galt als gesichert, dass bei zahlreichen Bankkonkursen das Organisationsversa-

---

473 Vgl. *Zgraggen*, Rechtsformen privatrechtlicher Banken, 49.

474 Vgl. *Egger*, SJZ 34 (1937/38), 3 f.: „Aber in den gleichen Tagen, als der Ständerat unter wolkenlosem blauen Himmel die Bilanzfrage erörterte, wurde im Nationalrat eine Interpellation über die Bankenkontrolle und eidg. Bankengesetzgebung behandelt."

475 *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 170.

476 Vgl. etwa *Frick*, Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter, 39; *Nobel*, Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht, 240; *Zgraggen*, Rechtsformen privatrechtlicher Banken, 49.

gen eine massgebliche Rolle gespielt hatte[477]. Zur Stärkung des Gläubigerschutzes führte man daraufhin im Bankengesetz den Grundsatz der Gewaltentrennung ein[478]. Die 30er Jahre waren aber nicht nur die Zeit der Bankzusammenbrüche, sondern der Gründungskatastrophen insgesamt. Auch im allgemeinen Unternehmensrecht wurde zur Verstärkung des Gläubigerschutzes teilweise mit der Einführung des dualistischen Führungssystems reagiert, so etwa im deutschen Aktienrecht. Die Entwicklung jenseits des Rheins war für die Schweiz von vorrangiger Bedeutung, denn das Obligationenrecht von 1881 war zu weiten Teilen der liberalen deutschen Aktienrechtsnovelle von 1870 gefolgt[479]. Die in die Zeit der OR-Revision fallende deutsche Kurskorrektur musste daher zu denken geben[480]. Dennoch konnte man auf den Führungsdualismus für reguläre Aktiengesellschaften verzichten: Das Bankengesetz übernahm die Funktion der Entlastungsordnung und führte für die aus Gläubigersicht besonders risikobehafteten Bankunternehmen den strengeren Grundsatz des Führungsdualismus ein[481].

Umgekehrt wirkt aber auch das *Aktienrecht als Entlastungsordnung* für das Bankengesetz, wie sich etwa am Beispiel des Wohnsitzerfordernisses für die Führungsorgane zeigen lässt. Als es in den 60er Jahren zu neuen Bankzusammenbrüchen kam[482] und das Parlament zur ersten grossen Revision des Bankengesetzes schritt, führte man unter dem Titel der erschwerten Gründungsvoraussetzungen in Art. 3 Abs. 2 lit. d BankG ein Wohnsitzerfordernis für die Mitglieder der Geschäftsleitung ein[483]. Damit sollte sichergestellt werden, dass die Unternehmensführung von der Schweiz aus erfolgt,

---

477 Vgl. etwa *Brühlmann*, Komm. BankG, 42: „Die Erfahrung hat in zahlreichen Fällen gezeigt, dass namentlich die mangelnde Ausscheidung der Kompetenzen und das Versagen der Kontrolle mehr Schaden angerichtet hat, als verbrecherischer Wille." Ähnlich *Wetter*, Bankkrisen und Bankkatastrophen, 194. Schon der *Landmann*-Entwurf von 1916 sah als Korrekturmassnahme eine Kompetenzausscheidung zwischen einem Geschäftsführungsorgan und einem Oberleitungs- und Kontrollorgan vor, vgl. Art. 3 VE Bankengesetz (1916) und dazu *Landmann*, Entwurf, 124 f.

478 Vgl. hierzu BBl 1934 I 184; *Brühlmann*, Kommentar zum Bankengesetz, 43; *Reinmann*, Kommentar zum Bankengesetz, 26; *Rossy-Reimann*, Kommentar zum Bankengesetz, 20; *Zgraggen*, Rechtsformen privatrechtlicher Banken, 101.

479 Vgl. BBl 1880 I, 222 f. Ferner *Weiss*, Aktienrecht, 27, m.w.N. Insgesamt beschränkte sich der schweizerische „Alleingang" auf rund 16 Abweichungen vom deutschen Recht, vgl. dazu *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 4 Rn. 39.

480 Vgl. zum Gesetzgebungsprozess insgesamt *v. Greyerz*, SPR VIII/2, 26 ff.

481 Zur Entlastungsfunktion des Bankengesetzes vgl. *Egger*, SJZ 34 (1937/38), 4.

482 Zusammenbruch der Schweizerischen Spar- und Kreditbank und der Banque Genevoise de Commerce et de Crédit, vgl. BBl 1970, 1144 (1145).

483 Vgl. BBl 1970, 1144 (1150 f.).

die Geschäftsleitung mit den hiesigen Verhältnissen vertraut ist, und man diese im Ernstfall auch zur Verantwortung ziehen kann[484]. Man mag die Zweckmässigkeit der Regelung in Frage stellen – sie soll denn auch im Rahmen der GmbH-Revision aufgehoben werden[485] –, doch ist jedenfalls sicher, dass diese Zielsetzung nur halb verwirklicht wäre, wenn der *Verwaltungsrat* der Bank keiner Wohnsitzpflicht unterläge. Das Bankengesetz kann indessen auf eine Regelung verzichten, weil die aktienrechtliche Grundordnung die vom Bankengesetz bezweckte Schutzfunktion bereits erfüllt. Der (nunmehr europakonform ausgelegte[486]) Art. 708 OR bestimmt, dass die Mehrheit der Verwaltungsräte in der Schweiz wohnhaft sein müssen. Das aktienrechtliche Wohnsitzerfordernis übernimmt mithin die Rolle der Entlastungsordnung für das Bankengesetz.

An den organisationsrechtlichen Beispielen „Gewaltentrennung" und „Wohnsitzerfordernis" zeigt sich, wie Aktienrecht und Bankengesetz als Komplementärmaterien funktionieren. Wo das Bankengesetz dem Gläubigerschutzanliegen für den besonders sensiblen Bereich der Banken bereits Rechnung trägt, kann das Aktienrecht auf eine besondere Verschärfung seiner Organisationsregeln verzichten. Wo die aktienrechtliche Normierung bereits Pflichten vorsieht, kann das Bankengesetz darauf zurückgreifen. Die Regulierungen greifen hier wie Zahnräder ineinander, so dass im Ergebnis eine wechselseitige Entlastung durch Koordination der Teilrechtsordnungen dabei herauskommt.

2. Das Organisationsrecht der Banken als Koordinationsmaterie

Im Bereich des Organisationsrechts – also der Summe der Normen über die innere und äussere Struktur eines dem Bankengesetz unterstellten Geschäftsbetrieb*s* – lassen sich sowohl mit Blick auf ganze Sachbereiche als auch mit Blick auf einzelne Normen Überschneidungen aufzeigen (a, b). Auch die Schutzziele der beiden Teilrechtsordnungen weisen Überschnei-

---

484 Vgl. BBl 1970, 1144 (1151). Kritisch zur Zweckmässigkeit der Bestimmung *Müller*, Bewilligung zum Geschäftsbetrieb, 112; *Zgraggen*, Rechtsformen privatrechtlicher Banken, 193.

485 Vgl. BBl 2002, 3148.

486 Art. 708 OR sieht neben dem Wohnsitzerfordernis auch ein Nationalitätserfordernis für die Mitglieder des Verwaltungsrates vor. Heute sind in „staatsvertragskonformer Auslegung" die Bürgerinnen und Bürger der EU- und EFTA-Staaten den schweizerischen Staatsangehörigen gleichgestellt, vgl. das Kreisschreiben des Eidg. Handelsregisteramtes vom 25.7.2003 an die kantonalen Handelsregisterämter. Hierzu auch *Suter*, NZZ vom 9./10. August 2003, 26.

dungen auf (c). Bankengesetz und Aktienrecht sind so zu einer interpretativen Einheit verwoben, die einen Koordinationsbedarf auslöst (d).

a) Überschneidung der Regelungsmaterien (Regelungskonkurrenz)

Die historische Entwicklung von Bankengesetz und Aktienrecht hat zu zahlreichen Überschneidungen der Regelungsmaterien geführt. Dieses Überschneidungsphänomen in der Bankenorganisation lässt sich für verschiedene Sachgebiete belegen. Beispielhaft seien die Regeln über die Kapitalisierung[487], die Organisation der Unternehmensleitung[488], die Rechnungslegung[489], die Konzernierung[490] oder das Registerrecht[491] erwähnt. In diesen und anderen Bereichen greift das Bankengesetz mit Regeln über die Organisation in die ursprüngliche Domaine des Aktienrechts ein und macht mit Blick auf die Bank-Aktiengesellschaft trotz der Existenz aktienrechtlicher Normen einen Regelungsanspruch geltend. Häufig entsprechen die Überschneidungen bei den Sachgebieten auch Überschneidungen auf der Normebene (Normenkonkurrenz); diese wird im nachfolgenden Abschnitt behandelt, weshalb die hier erwähnten Beispiele nicht weiter vertieft werden.

b) Überschneidung einzelner Regelungen (Normenkonkurrenz)

Häufig kommt es im Falle einer Regelungskonkurrenz auch zu einer Konkurrenz auf der Einzelnormebene. Diesfalls knüpfen die Normen des Aktienrechts und diejenigen des Bankengesetzes an genau denselben oder jedenfalls partiell (d.h. für einzelne Fallgruppen) denselben Sachverhalt an, treten also in ein Normenkonkurrenzverhältnis[492]. Wie schon im Rahmen der Systematik der Normrelationen dargelegt, kann man drei Erscheinungsformen von Konkurrenzverhältnissen unterschieden: den Rechtsfolgenwiderspruch, die Rechtsfolgendivergenz und die Rechtsfolgenidentität[493].

---

487 Art. 621 OR und Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG i.V.m. Art. 4 BankV.
488 Art. 716a, 716b OR und Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG.
489 Art. 662 ff. OR und Art. 6 BankG.
490 Art. 663e Abs. 1 OR und Art. 6 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 23a BankV.
491 Art. 643 OR und Art. 3 Abs. 3 BankG.
492 *Larenz*, Methodenlehre, 266.
493 Siehe oben S. 94 (Arten der Normenkonkurrenz).

aa) Rechtsfolgenwiderspruch

Im Falle eines Rechtsfolgenwiderspruchs schliessen sich die vom Bankengesetz und die vom Aktienrecht angeordneten Rechtsfolgen gegenseitig aus, so dass nur entweder der bankengesetzliche oder der aktienrechtliche Rechtssatz zur Anwendung gelangen kann[494].

Ein Beispiel für einen Rechtsfolgenwiderspruch findet sich im Regelungskomplex über die *Organisation der Unternehmensführung*. So findet in der regulären Aktiengesellschaft die Organisation der Geschäftsleitung in den Statuten keine Erwähnung. Mehr noch: Sie darf dort nicht geregelt werden, weil die Einsetzung der Geschäftsleitung und die Festlegung ihrer Aufgaben zu den exklusiven Aufgaben des Verwaltungsrats gehört. Eine statutarische Bestimmung, die mehr als die Kompetenz des Verwaltungsrats zur Aufgabendelegation vorsieht, verstösst gegen zwingendes Aktienrecht[495]. Demgegenüber folgt aus dem zwingenden Gewaltentrennungsgrundsatz des Bankengesetzes in Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG, dass Verwaltungsrat und Geschäftsführung zu trennen sind. Damit wird die Geschäftsführung ein notwendiges Organ, das in den Statuten erwähnt werden *muss*[496]. Beiden Anordnungen gleichzeitig Folge zu leisten, ist nicht möglich[497].

bb) Rechtsfolgendivergenz

Während bei einem Rechtsfolgenwiderspruch zwingend nur einer der beiden Rechtssätze zur Anwendung gelangen kann, bleibt bei einer Rechtsfolgendivergenz Raum für die gleichzeitige Anwendbarkeit der aktienrechtlichen und der bankengesetzlichen Rechtsfolge[498]. Zwar enthalten sie unterschiedliche Rechtsfolgeanordnungen, aber die Befolgung der einen Anordnung führt nicht zwingend zur Verletzung der anderen. Eine Rechtsfolgendivergenz besteht beispielsweise bei den *Mindestkapitalvorschriften.* Obwohl das bankengesetzliche Mindestkapital das aktienrechtliche Mindestkapital

---

494 Siehe oben S. 94 (Rechtsfolgenwiderspruch).

495 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 716b Abs. 1 OR. Vgl. *Böckli*, Aktienrecht, § 13 Rn. 560; *ders.*, unentziehbare Kernkompetenzen, 38; 54 Fn. 63; *Emmenegger/Geiger*, Bank-Aktiengesellschaften, Rn. 104 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 29 Rn. 28; *Forstmoser*, SZW 66 (1994), 172 f.

496 So die Praxis der Aufsichtsbehörde. Vgl. zudem *Böckli*, Aktienrecht, § 13 Rn. 560; *ders.* Kernkompetenzen, 38 Fn. 38; *Emmenegger/Geiger*, Bank-Aktiengesellschaften, Rn. 104 ff.; *Forstmoser*, SZW 66 (1994), 175 Fn. 44. In die gleiche Richtung *Müller*, Praxis der EBK, 297, wonach die Zweiteilung in den Statuten und Reglementen zum Ausdruck kommen muss.

497 Dazu ausführlich S. 215 (Verwaltungsrat und Generalversammlung).

498 Siehe oben S. 98 (Zuordnung bei Rechtsfolgendivergenz).

um das Hundertfache übersteigt[499], schliessen sich die beiden Anordnungen nicht *a priori* aus: Die Bank-Aktiengesellschaft kann sowohl der einen als auch der anderen Anordnung Folge leisten.

Ein anderes Beispiel für eine Rechtsfolgendivergenz bieten die Vorschriften über die *Kapitalherabsetzung*. Hier ist es für einmal das Aktienrecht, das eine strengere Regelung trifft als das Bankengesetz: Während Art. 733 Abs. 2 OR die dreimalige Publikation des Herabsetzungsbeschlusses im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im statutarisch vorgesehenen Publikationsorgan fordert, verlangt Art. 11 Abs. 2 lit. b BankG lediglich die einmalige Publikation im statutarisch vorgesehenen Publikationsorgan. Auch hier kann die Bank-Aktiengesellschaft ohne weiteres die strengere Regel des Aktienrechts befolgen, ohne sich deshalb zu den bankengesetzlichen Anforderungen in Widerspruch zu setzen[500].

In den meisten Fällen ist es allerdings das Bankengesetz, das ein „Mehr" gegenüber den parallelen Regelungsbereichen des Aktienrechts erfordert. Häufig geht es um die *Einschränkung der nach Aktienrecht erlaubten Gestaltungsmöglichkeiten*. So gestattet das Aktienrecht die Vereinigung von Oberaufsicht und Geschäftsführung, während das Bankengesetz die strikte Gewaltentrennung verlangt. Oder das Aktienrecht sieht gewisse Ausnahmen bei der Reservenbildung vor, die im Bankengesetz nicht enthalten sind[501]. In anderen Fällen besteht das „Mehr" im höheren Detaillierungsgrad der bankengesetzlichen Normen. So enthält etwa das Aktienrecht vergleichsweise grobe Vorschriften über die Gliederung der Bestandteile des Geschäftsberichts, die im Detaillierungsgrad von den bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften weit übertroffen werden[502]. Die intensivere Pflichtenbindung ist typisch für den Bereich des aufsichtsrechtlich überlagerten Privatrechts im Bereich des Wirtschaftsrechts[503].

---

499 Art. 621 OR (100'000 Franken); Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG i.V.m. Art. 4 BankV (10 Mio. Franken).

500 Zur koordinationsrechtlichen Behandlung dieser Divergenz siehe unten S. 175 (Kombination der einzelnen Auslegungsergebnisse).

501 So muss etwa gemäss Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR ein aus der Aktienausgabe erzielter Gewinn den Reserven nicht zugewiesen werden, soweit er zu Abschreibungen oder Wohlfahrtszwecken verwendet wird. Die sonst gleich lautende Norm in Art. 5 Abs. 1bis lit. a BankG erlaubt diese Ausnahme nicht. Es handelt sich um ein qualifiziertes Schweigen des Bankengesetzgebers, vgl. EBK-RS 93/1 Rn. 22; *Lutz*, Komm. BankG, N 9 zu Art. 5 BankG.

502 Vgl. Art. 662a ff. OR; Art. 24 ff. BankV, Rn. 43 ff. RRV-EBK.

503 Beispiele: Versicherungsaufsicht: Art. 8 Abs. 1 lit. f VAG (Genehmigungspflicht der Tarife), Art. 21 Abs. 4 VAG (Rechnungslegungspublizität), Art. 12 VAG (Beschränkung der Geschäftstätigkeit auf das Versicherungsgeschäft); Aufsicht über

Eine andere Spielform der Rechtsfolgendivergenz besteht schliesslich darin, dass Aktienrecht und Bankengesetz mit Blick auf einen (partiell) identischen Sachverhalt eine Anordnung treffen, diese Anordnung sich aber an *unterschiedliche Normadressaten* richtet. Im Interaktionsfeld von Bankengesetz und Aktienrecht kommt es zu dieser Konstellation, weil das Bankengesetz der bankengesetzlichen Revisionsstelle gewisse Aufgaben zuweist, die das Aktienrecht der aktienrechtlichen Revisionsstelle überträgt, etwa die Prüfung der Jahresrechnung[504]. Wie auch in den übrigen Fällen der Rechtsfolgendivergenz schliessen sich hier die Anordnungen der beiden Teilrechtsordnungen nicht *per se* aus, bleibt doch die Prüfung durch beide Revisionsstellen und somit die Beachtung beider Rechtsnormen möglich.

cc) Rechtsfolgenidentität

Schliesslich kann bei gleichzeitiger Regelung eines Sachverhalts im Aktienrecht und im Bankengesetz auch eine Rechtsfolgenidentität eintreten, nämlich dann, wenn beide Teilrechtsordnungen für einen Sachverhalt dieselbe Anordnung treffen. Wie schon bei der Rechtsfolgendivergenz schliessen sich bei der Rechtsfolgenidentität die Anordnungen von Aktienrecht und Bankengesetz nicht aus. Mehr noch: Sie können gleichzeitig angewendet werden, ohne dass für die Bank-Aktiengesellschaft daraus inhaltlich ein „Mehr" an Pflichtenbindung entsteht[505].

Rechtsfolgenidentität herrscht etwa zwischen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 BankG und Art. 662 Abs. 1 OR, die beide an die Existenz der Bank bzw. der Aktiengesellschaft die Pflicht zur Erstellung eines Geschäftsberichts knüpfen. Rechtsfolgenidentität herrscht aber auch zwischen der bankengesetzlichen und der aktienrechtlichen Haftungsordnung. Bislang war die Verantwortlichkeit in den beiden Gesetzen parallel normiert und sah in zahlreichen Fällen identische Rechtsfolgen vor[506]. Neuerdings verweist das Bankengesetz auf die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts – und er-

---

Effektenhändler: Art. 12 BEHG i.V.m. Art. 22 BEHV (Mindeskapital); Art. 10 Abs. 2 lit. a, Abs. 3 BEHG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 BEHV (Funktionentrennung); Art. 15 BEHG (Rechnungslegungspublizität). Anlagefondsgesetz: Art. 7 Abs. 1 AFG (Genehmigung des Fondsreglements), Art. 9 Abs. 2 AFG i.V.m. Art. 11 AFV (Mindestkapital), Art. 9 Abs. 4 AFG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 AFV (Mindestzahl an Verwaltungsräten), Art. 48 AFG (Rechnungslegungspublizität); Anwaltsgesetz: Art. 12 (Berufsregeln, u.a. Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn).

504 Art. 728 OR; Art. 18 BankG.

505 Siehe dazu oben S. 100 (Zuordnung bei Rechtsfolgenidentität).

506 Vgl. etwa Art. 41 BankG und Art. 752 OR; Art. 45 BankG und Art. 760 OR.

klärt damit dessen Rechtsfolgen als anwendbar[507]. Auch damit wird Rechtsfolgenidentität erzielt.

c) Überschneidung der Schutzziele (Zielkonkurrenz)

Ausser in den Sachgebieten und Normen besteht auch bei den Schutzzielen eine Überschneidung zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht. Sie betrifft die externen Schutzziele, also den Gläubigerschutz (aa) und den Funktionsschutz (bb), die beide sowohl vom allgemeinen Gesellschaftsrecht als auch vom Sonderrecht der Banken verfolgt werden. Daneben gibt es noch weitere gesetzliche Zwecke, die bankrechtsunabhängig als ausschliessliche Aufgabe des Aktienrechts verbleiben (cc), insbesondere den internen Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Gesellschaftsbeteiligten[508] und ganz allgemein den Schutz von sogenannten *stakeholdern*[509].

aa) Gläubigerschutz als gemeinsame Schutzkategorie

Aktienrecht wie Bankengesetz sind dem Gläubigerschutz verpflichtet. Prägnant hiess es anlässlich der 1970 erfolgten Revision des Bankengesetzes: „La protection des créanciers est l'objectif principal; elle apparaît comme la toile de fond de la loi."[510] Nicht anders lautet die Diagnose für das Aktienrecht: „Unser Aktienrecht [bleibt] von Kopf bis Fuss auf die Gewährleistung der Kapitalaufbringung und später der Kapitalerhaltung eingestellt...das geltende Aktienrecht [ist] nicht nur, aber auch *Gläubigerschutzrecht*."[511] Die Schutzkongruenz erklärt sich aus der besonderen Risikosituation, die sich im Zu-

---

507 Art. 39 BankG.

508 Die Bedeutung der unterschiedlichen aktienrechtlichen Schutzaufträge und ihr Verhältnis zueinander ist nicht ein für allemal festgelegt, sondern wandelt sich mit den gesellschaftlichen und öknonomischen Verhältnissen. Vgl. *Forstmoser-/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 3 Rz. 9: „Hier den Ausgleich zu finden ist ein nie restlos gelöster, von jeder Zeit aufgrund der in ihr herrschenden Wertvorstellung neu zu bewältigender Auftrag."

509 Zum Begriff *von der Crone/Beyeler/Dédeyan*, ZSR 122 (2003), 409 ff.

510 Sten. Bull StR 1970, 296. Klar auch die übrigen Materialien: BBl 1934 I 171 (175), BBl 1970 I 1144 (1145). Uneingeschränkt sodann das Bundesgericht: BGE 121 II 147 (149); BGE 117 II 315 (318); BGE 116 Ib 193 (196); BGE 111 Ib 126 (127); BGE 108 Ib 78 (81). Einstimmig auch die Lehre: Grundlegend *Zufferey*, Referate SJV 2004, 499 ff. *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 378, *Kleiner*, Komm. BankG (1999), N 93 zu Art. 3 BankG, jeweils m.w.N.

511 *Böckli*, Aktienrecht, § 1 Rn. 97. Vgl. auch Rn. 101b ff. Die Vorauflage war noch dezidierter: „Aktienrecht ist nicht nur, aber auch und vor allem *Gläubigerschutzrecht*." *Böckli*, Aktienrecht (1996), Rn. 26.

sammenhang mit der Unternehmensform der Aktiengesellschaft und der Gewerbeart des Bankengeschäfts ergeben. Allerdings ist das Risiko im Bankensektor erhöht, was zu einem *intensivierten Schutzauftrag des Bankengesetzes* gegenüber dem Aktienrecht führt.

(1) Aktienrechtlicher Gläubigerschutz

Die besondere Risikosituation bei der Aktiengesellschaft folgt aus der Beschränkung der Haftung ihrer Kapitaleigner auf die Höhe der Kapitaleinlage[512]. Volkswirtschaftlich erfüllt das aktienrechtliche Haftungsprivileg eine wichtige Funktion: Es schafft den Anreiz für die Bereitstellung von unternehmerischem Risikokapital. Für die Gesellschaftsgläubiger bedeutet dasselbe Haftungsprivileg aber ein ernsthaftes Risiko. Gerät die Aktiengesellschaft in Zahlungsschwierigkeiten, so gibt es keinen unbeschränkt haftenden Schuldner. Damit die Aktiengesellschaft als volkswirtschaftlich erwünschte Rechtsform auf dem Markt genügend Vertrauen geniesst, um als Vertragspartnerin und insbesondere als Schuldnerin in Betracht zu kommen, muss die gesetzliche Rahmenordnung geeignete Verfahren für die Kapitalaufbringung und vor allem Sicherungsinstrumente für die Kapitalerhaltung vorsehen[513].

(2) Intensivierter Gläubigerschutz des Bankengesetzes

Obwohl das Aktienrecht den Schutzzweck des Bankengesetzes mit abdeckt, ist sein Schutzauftrag weniger intensiv. Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass das Aktienrecht als privatrechtliche Teilrechtsordnung neben seiner zwingenden, teilweise behördlich kontrollierten Organisationsordnung im wesentlichen auf die Instrumente des Privatrechts zurückgreift und auf die Selbstregulierung durch Einräumung privater Klagemöglichkeiten setzt. Das Bankaufsichtsrecht ist demgegenüber über weite Strecken hoheitlich-autoritativ durchgesetzes Recht[514]. Seine Instrumente sind trotz umfangreicher selbstregulativer Elemente die typisch öffentlich-rechtlichen, namentlich die Verfügung. Das effizienz-orientierte privatrechtliche Instrumentarium wird also im Banksektor um das effektivitäts-orientierte Instrumentarium des öffentlichen Rechts ergänzt.

---

512 Vgl. Art. 620 OR.

513 *Böckli*, Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, 346, spricht treffend von den Kapitalschutzbestimmungen als „unabdingbare Korrelate für die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr unter beschränkter Haftung."

514 Vgl. hierzu etwa *Zufferey*, SJV 2004, 582 ff.

Der Grund für die gläubigerschützende Aktivierung des öffentlichrechtlichen Auffangnetzes in Gestalt einer hoheitlichen Regulierung der Bankinstitute liegt in der Sonderstellung der Banken gegenüber ihren Gläubigern. Die Banken fungieren als *Ersparnis-Sammelstelle des Volksvermögens*. Wer sparen will, hat die Wahl zwischen der Matratze und dem Bankkonto. Entsprechend verstehen sich die meisten Bankeinleger nicht als Kreditgeber der Bank. Sie wollen nicht an deren unternehmerischem Risiko partizipieren, sondern ihre Vorsorgegelder sicher aufbewahrt wissen[515]. Trotz des faktischen Zwangs zur Kreditvergabe an die Banken in Form von Spareinlagen fehlt den Gläubigerinnen und Gläubigern aber im Regelfall die Verhandlungsmacht, um gegenüber den Banken individuell befriedigende Sicherheitsmassnahmen auszuhandeln[516]. Auch verfügen die wenigsten über die notwendigen Fachkenntnisse, um die vorhandenen Informationen über die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Bank sachgerecht auswerten zu können[517]. Kurz: gegenüber den exklusiven Ersparnis-Sammelstellen namens „Banken" bestehen seitens der Kapitalgeber nur beschränkte Selbstschutzmöglichkeiten[518].

Die beschränkten Selbstschutzmöglichkeiten wiegen im Bankensektor besonders schwer, weil die Banken über eine verhältnismässig geringe Ausstattung mit Eigenkapital verfügen[519]. Das Wesen des Bankgeschäfts liegt darin, dass die Bank mit dem Geld ihrer Gläubiger operiert. Das ist bei der Aktiengesellschaft anders: Sie finanziert ihre Geschäftstätigkeit massgeblich mit eigenen Mitteln; die Kreditfinanzierung hat lediglich ergänzenden Charakter[520]. Zudem liegt es in der Natur des Bankgeschäfts, dass Banken *potentiell illiquid* sind: Typischerweise bestehen kurzfristige Finanzierungen auf der Passivseite (Spareinlagen) und langfristige Finanzierungen auf der Ak-

---

515 Zur Risikoaversion vieler Bankgläubiger vgl. *Bieg*, Bankbilanzen, 29.

516 Zur fehlenden Verhandlungsmacht: *Bieg*, Bankbilanzen, 26; *Erdland*, Eigenkapital, 39; *Expertengruppe Zufferey*, Finanzmarktregulierung, 80; *Stützel*, Bankpolitik, 31 Rn. 53; *Waschbusch*, Bankenaufsicht, 12 f; *Winzeler*, Banken- und Börsenaufsicht, 36.

517 Zum Informationsdefizit als massgebliches Motiv für die Bankenaufsicht vgl. namentlich *Diamond*, Revue of Economic Studies 51 (1984), 393 ff.; *Kupitz*, Kreditwirtschaft, 138 ff.; *Waschbusch*, Bankenaufsicht, 14.

518 *Waschbusch*, Bankenaufsicht, 17.

519 Zu diesem Motiv für ein Aufsichtsregime über die Banken vgl. *Bürgi-van der Stroom*, Teilrevision des Aktienrechts, 38; *Stützel*, Bankpolitik, 29 f.

520 *Bieg*, Externe Rechnungslegung, 58, weist für Deutschland nach, dass der Eigenkapitalanteil der Kreditinstitute bei 3,5% der Bilanzsumme liegt, während er bei Handels- und Industrieunternehmen rund 20% beträgt. Vgl. auch *ders.*, WPg 1986, 262.

tivseite (Bankkredite); kommt es zum Abzug der Einlagen, entstehen Liquiditätsengpässe[521].

Das Zusammenwirken des fehlenden Selbstschutzes mit dem sektorspezifischen Vermögensverlustrisiko des Bankgewerbes rechtfertigt daher eine gläubigerschutzmotivierte Einschränkung des Handlungsspielraums der Banken, die über die aktienrechtlichen Schutzmassnahmen hinausgehen[522].

bb) Funktionsschutz als kongruente Schutzkategorie

Während es sich beim Gläubigerschutz um eine besondere Art des Individualschutzes handelt, dient der Funktionsschutz dem kollektiven Interesse an einem funktionierenden Markt. Ein solcher Funktionsschutz gehört zu den weitgehend unbestrittenen Zielen der Bankenaufsicht; er figuriert aber meist nicht auf der Liste der typischen aktienrechtlichen Schutzziele. Nichtsdestotrotz enthält auch das Aktienrecht eine Funktionsschutzkomponente, die insbesondere im Zuge der Revision von 1991 stärkere Konturen erhalten hat und dadurch zu einer weiteren Überschneidung der Schutzziele beider Teilrechtsgebiete führt.

(1) Bankengesetzlicher Funktionsschutz

Der Funktionsschutz bildet heute – trotz vereinzelter Kritik in der Lehre[523] – einen zentralen Bestandteil des bankengesetzlichen Schutzauftrags[524]. Er

---

521 Zum Risikoaspekt der Fristentransformation vgl. *Expertengruppe Zufferey*, Finanzmarktaufsicht, 79; *Hüpkes*, Legal Aspects of Bank Insolvency, 8.

522 *Waschbusch*, 18. Vgl. ferner *Schneider*, Bankenaufsicht (1978), 89 ff., *Welcker*, Bankenaufsicht (1978), 22 f.; *Mayer*, Bundesaufsichtsamt, 222. Vgl. auch *Zufferey*, ZSR 115 I (1996), 170 f.

523 Kritisch namentlich *de Capitani*, SZW 64 (1992), 187; *Junod*, La garantie d'une activité irréprochable, 116 ff.; *Kleiner*, Komm. BankG (1999), N 95 zu Art. 3 BankG; *Rhinow/Bayerdörfer*, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht (1990), 47. Überzeugend die Argumente zugunsten des Funktionsschutzes bei *Hertig*, ZSR 113 II (1994), 261 ff. Für das Ziel des Funktionsschutzes auch *Aellen*, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung, 93; *Gygi*, Objectifs, 161 ff.; *Hirsch*, Objectifs, 276 ff.; *Hopt*, WuR 1986, 126; *Juri*, Entzug der Bewilligung, 34; *Zufferey*, SJV 2004, 503 ff.; *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 379; *ders.* mit weiteren Nachweisen in Fn. 44. Der Funktionsschutz als aufsichtsrechtliches Ziel findet sich auch in anderen Rechtsordnungen, vgl. die Übersicht bei *Möschel*, Systematik von Bankregulierungszielen, 1070 ff.

524 Zu den weiteren „Nebenzwecken" des Bankengesetzes vgl. etwa BGE, EBK-Bull. 22 (1992), 9 (15): „[d]er Gesamtwirtschaft notwendige Kredite zu vertretbaren Bedingungen sichern, und eine übermässige Kapitalausfuhr verhindern, der Na-

steht in *positiver Korrelation* zum Gläubigerschutz und bildet sozusagen sein marktbezogenes Pendant[525]. Hier geht es nicht mehr um den Schutz einzelner Sparguthaben, sondern um die gesamtwirtschaftlichen Folgen von Bankzusammenbrüchen. Banken sind unerlässliche Transformationsdienstleister der Volkswirtschaft. Sie ermöglichen den Zahlungsverkehr, sie sorgen mit ihren Finanzierungsmöglichkeiten für den Ausgleich im Wirtschaftsplan der Unternehmen sowie der privaten und öffentlichen Haushalte, und sie sind die Hauptanlaufstelle für Kapitalanlagen[526]. Daher muss nicht nur die einzelne Bank auf das Vertrauen ihrer einzelnen Kunden zählen, sondern es sind die Banken als gesamter Gewerbezweig auf das uneingeschränkte Vertrauen der breiten Öffentlichkeit angewiesen. Dieses Vertrauen ist deshalb so zentral, weil der Zusammenbruch einer einzelnen Bank leicht zu einem „Run" auf die Bankschalter aller übrigen Banken führen kann[527]. Ernsthafte

---

tionalbank das für ihre währungs- und kreditpolitischen Aufgaben notwendige Instrumentarium zur Verfügung stellen sowie die Banken selber vor massiven Kapitalrückzügen schützen". Zum bankengesetzlichen Nebenziel der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität sodann *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 380; *ders.*, recht 7 (1989), 83.

525 Vgl. nur BGE, Urt. v. 2.2.2000, EBK-Bull. 40 (2000), 39 (58). Zur positiven Korrelation beider Schutzfunktionen vgl. etwa *Bieg*, Bankbilanzen, 38; *Möschel*, Systematik von Bankregulierungszielen, 1074; *Waschbusch*, Bankenaufsicht, 27, 167; *Winzeler*, ZSR 118 I (1999), 205; *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 473. Grundlegend für das ähnliche Verhältnis zwischen Anlegerschutz und Funktionsschutz im Kapitalmarktrecht *Hopt*, Kapitalanlegerschutz, insb. 51 f., 336; *ders.*, Gutachten, 47 ff. Vgl. weiter *Kiel*, Internationales Kapitalanlegerschutzrecht, S. 7, *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 40; *Zufferey*, Réglementation des systèmes, Rn. 811 ff., jeweils mit zahlreichen Nachweisen. Für den Vorrang der Funktionsschutzkomponente vor der Gläubigerschutzkomponente *Werlen*, Konzeptionelle Grundlagen, 285 ff.

526 *Möschel*, Systematik von Bankenregulierungszielen, 1073. Die massgebliche volkswirtschaftliche Rolle (und Macht) der Banken hatte auch der Bankengesetzgeber von 1934 nicht verkannt, vgl. nur BBl 1934, 171: „Der unbeschränkte Einfluss derer, die den Geldmarkt beherrschen und den Kredit verteilen, ist unbestreitbar einer der grossen Machtfaktoren der Gegenwart. Bei desen Verhältnissen ist die Banktätigkeit eine Art öffentlicher Dienst geworden." Prononciert auch *Gygi*, Objectifs, 169 f. Zu den Transformationsleistungen von Banken vgl. etwa *Burghof/Rudolph*, Bankenaufsicht, 5 f.; *Hüpkes*, Legal Aspects of Bank Insolvency, 8 f.

527 Vgl. *Winzeler*, ZSR 118 I (1999), 204 f. Zur Präzisierung der Bedingungen für das Zustandekommen dieser Sogwirkung im Kreditgewerbe aufgrund eines Bankzusammenbruchs vgl. *Stützel*, Bankpolitik, 29 f.; *Bieg*, Bankbilanzen, 30 ff.; *Seifert*, Privilegierung und Regulierung im Bankwesen, 123 ff., 186 ff.

Funktionsstörungen im Bankensektor schlagen so mit multiplikativer Wirkung auf die übrige Wirtschaft durch[528].

Die volkswirtschaftlich fatale „Ansteckungsgefahr" bei der Krise eines Bankinstituts lässt sich reduzieren, wenn ein Aufsichtsregime vorhanden ist, das bei den Gläubigern der anderen Kreditinstitute genügend Vertrauen in den Bankensektor insgesamt generiert. Es fehlt dann am Impuls für den Dominoeffekt. Ein solches Aufsichtsregime kann sich allerdings nicht auf den Einzelfaktor der genügenden Kapitalausstattung beschränken, denn das Vertrauen in die Banken richtet sich nicht allein auf deren finanzielle Solidität. Vielmehr erstreckt es sich gemäss Lehre und Rechtsprechung auf die Seriosität bei der Geschäftsführung[529]. Dieses Vertrauen ist nicht zuletzt mit Blick auf die Rolle der Schweizer Banken im internationalen Wettbewerb um das Kapital von Bedeutung. Es geht also beim Funktionsschutz nicht nur um das Vertrauen der Schweizer Kundschaft in die Seriosität ihrer (Haus-)Banken, sondern auch um das Vertrauen in den Finanzplatz Schweiz[530]. Schon darin wird deutlich, dass das Bankengesetz einen vielfältigen und breit angelegten Korpus an Regelungen benötigt, um diese umfassend verstandene Vertrauenssicherung zu bewirken.

(2) Aktienrechtlicher Funktionsschutz

In älterer Zeit stand der Schutz der Aktionäre und Gläubiger als Ziel der aktienrechtlichen Gesetzgebung im Vordergrund. Damit verbunden war

---

528 *Bresser*, ZfgK 1978/1, 12. Zum Domino-Effekt zwischen Finanzmärkten vgl. *Zufferey*, Réglementation des systèmes, Rn. 432 ff. Zu den „negativen Externalitäten" von Bankzusammenbrüchen als Motiv für die Bankenregulierung siehe etwa *Möschel*, Systematik von Bankenregulierungszielen, 1073 ff.; *Kupitz*, Kreditwirtschaft, 161 f.; *Expertengruppe Zufferey*, Finanzmarktaufsicht, 79 f. Vgl. auch *Hertig*, ZSR 113 II (1994), 266. Historisch lassen sich die Folgen des allgemeinen Gläubigerruns - ausgelöst durch den Zusammenbruch einer einzelnen Bank - vor allem anhand der Bankenkrise des Jahres 1931 belegen. Ein weiterer multiplikativer Krisenfaktor liegt im Inter-Bank-Zahlungsverkehr, vgl. *Expertengruppe Zufferey*, Finanzmarktaufsicht, 80; *Hüpkes*, Legal Aspects of Bank Insolvency, 9, m.w.N.

529 Vgl. etwa BGE 111 Ib 126 (127). Vgl. sodann *Rhinow/Bayerdörfer*, Rechtsfragen, Rn. 122 ff. ; *Zufferey*, SJV 2004, 504.

530 BGer, EBK-Bull. 40 (2000), 39 (58), wonach die Bankenaufsicht über den Gläubigerschutz hinaus „auch der Sicherstellung der Vertrauenswürdigkeit der Banken und des Finanzplatzes Schweiz schlechthin" diene. Vgl. auch die Urteilsbesprechung von *Matthys/Roberto*, AJP 9 (2000), 749 ff. Zum „Schutz des guten Rufs" als Teil des Funktionsschutzes vgl. auch *Hirsch*, Objectifs, 276 ff.; *Winzeler*, Banken- und Börsenaufsicht, 41. Enger *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 382 f., der den Rufschutz als separates Ziel der Bankenaufsicht definiert.

schon immer eine Funktionsschutzkomponente, bildet doch der Schutz dieser Gruppen die Vertrauensgrundlage die Bereitstellung von Kapital in Form von Beteiligungen und Krediten[531]. Mit der Revision von 1991 erlebte das Aktienrecht einen Modernisierungsschub, der diese Tendenz verstärkte. Bestandteil der Modernisierung war unter anderem die *verstärkte Orientierung an den Bedürfnissen des Kapitalmarktes*[532]. Das zeigt sich in der Verbesserung des Kapitalschutzes[533], vor allem aber im Ausbau des Rechnungslegungsrechts und vor allem in den neuen Publizitätsvorschriften für diejenigen Aktiengesellschaften, die den Kapitalmarkt beanspruchen[534]. Die Kapitalmarktorientierung findet im Revisionsentwurf zum Aktienrecht (Transparenzgesetz) ihre Fortsetzung. Danach sollen die Vergütungen der Mitglieder der Unternehmensleitung von börsenkotierten Gesellschaften im Anhang zur Bilanz offengelegt werden[535]. In einem zweiten Schritt soll dies auch für nichtkotierte Gesellschaften gelten[536]. Ein verschärftes Rechnungslegungsrecht, vor allem wenn es mit erweiterten Publizitätspflichten verbunden wird, fördert die Markttransparenz. Diese wiederum bildet die Grundlage für den informierten Entscheid über Investition oder Desinvestition und damit für die effiziente Allokation von Kapital (allokative Funktionsfähigkeit)[537]. Damit ist letztlich die Brücke zum Funktionsschutz geschlagen, denn verstärkte Publizität bedeutet immer auch Funktionsschutz, gleich ob die Publizität normativ allein im Börsenrecht oder – wie neuerdings – zusätzlich im Aktienrecht etabliert ist[538].

---

531 Zu letzterem *Böckli*, Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, 346.

532 Zur Kapitalmarktrelevanz der Aktienrechtsrevision vgl. *Nobel*, Börsengesellschaftsrecht, 304 ff. Zu den Zielen eines Kapitalmarktrechts grundlegend *Hopt*, Kapitalanlegerschutz, 49 ff., 336 f.; *ders.*, Gutachten, 47 ff. Für die Schweiz *Werlen*, Konzeptionelle Grundlagen, durchgehend; *Zufferey*, Réglementation des systèmes, Rn. 600 ff.; *ders.*, ZSR 115 I (1996), 178 ff.

533 Zur Systemschutzfunktion des Kapitalschutzes vgl. *Böckli*, Aktienrecht, § 4 Rn. 76; *ders.*, Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, 346.

534 Vgl. Art. 662 ff. OR; Art. 663c OR, Art. 697h Abs. 1 OR.

535 Vgl. Art. 663b^{bis} VE OR. Bericht und Vorentwurf für eine Änderung des Obligationenrechts, durchgehend. Stand: Vernehmlassungsunterlagen vom November 2003.

536 Die Eröffnung des entsprechenden Vernehmlassungsverfahrens wird Mitte 2004 erwartet, vgl. Bericht und Vorentwurf für eine Änderung des Obligationenrechts (November 2003), 4.

537 Vgl. *Meier-Schatz*, Wirtschaftsrecht, 197 ff.; *von der Crone*, SZW 75 (2003), 61. Vgl. weiter *Behr*, Capital Markets – The Role of Accounting and Auditing, 21 ff. (Betonung auf die zentrale Funktion des Auditing).

538 Vgl. *Meier-Schatz*, Wirtschaftsrecht, 145.

Der Ausbau der Mechanismen zur Förderung der Markteffizienz lässt folglich eine Perspektivenerweiterung in den Schutzzielen des Aktienrechts erkennen. Das Ziel der Markteffizienz[539] geht über den klassischen, auf die Koordination individueller Interessen ausgerichteten aktienrechtlichen Normenkanon hinaus. Rechnungslegungs- und Publizitätsnormen dienen nach heutigem Verständnis nicht nur dem Individualschutz, sondern *auch* der Funktionsfähigkeit des Marktes, mithin also dem *Kollektivschutz*[540]. Indem diese Regeln im Zuge der Revision von 1991 ein stärkeres Gewicht erhielten und in Zukunft gar ausgebaut werden sollen, hat auch die Kollektivschutzkomponente des Aktienrechts an Konturen gewonnen. Das Aktienrecht erscheint mehr denn je in funktionalem Zusammenhang mit dem Kapitalmarktrecht und dient dem kapitalmarktrechtlichen (Funktionsschutz-)Ziel der Markteffizienz[541].

(3) Zielkongruenz statt Deckungsgleichheit

Obwohl Bankengesetz wie Aktienrecht dem Funktionsschutz verpflichtet sind, kann man dennoch nicht von einem deckungsgleichen Schutzziel sprechen. Denn im Fall des Bankengesetzes geht es um das allgemeine Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des *Bankenapparats*, während es im Aktienrecht um das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des *Kapitalmarktes* geht[542]. Wie die Aktiengesellschaften gehören aber auch die Banken zu den zentralen Akteuren des Kapitalmarkts und sind Teil seines Räderwerks. Bei isolierter Betrachtung drehen sich das aktienrechtliche und das bankengesetzliche Rad zwar getrennt, sie sind aber im Gesamtgefüge doch so aufeinander abgestimmt, dass sie *gemeinsam* zum guten Funktionieren des Kapitalmarktes beitragen[543]. So werden richtigerweise unter erweiterter Perspektive auch

---

539 Zu deren Voraussetzungen vgl. die Übersicht bei *Kohl/Kübler/Walz/Wüstrich*, ZHR 138 (1974), 1, 16 ff; *Kübler*, AG 1977, 88 ff.; *Merkt*, Unternehmenspublizität, 345 ff.; *Zufferey*, Réglementation des systèmes, Rn. 814 ff. Knapp gesagt bedarf es für die Verwirklichung der Markteffizienz der allokativen Funktionsfähigkeit (effiziente Verteilung des Kapitals durch Transparenz), der institutionellen Funktionsfähigkeit (Gewährleistung des freien Marktzugangs) und der operativen Funktionsfähigkeit (Minimalisierung der Transaktionskosten).

540 Schon früh *Hopt*, Kapitalanlegerschutz, 336. Ausführlich *Meier-Schatz*, Wirtschaftsrecht, 214 ff.; 318 ff.; *Merkt*, Unternehmenspublizität, 251 ff. Vgl. auch *Böckli*, Aktienrecht, § 8 Rn. 19.

541 So schon früh *Hopt*, ZHR 140 (1976), S. 201 ff. Vgl. weiter *Nobel*, Börsengesellschaftsrecht, 304 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 477.

542 Zu den unterschiedlichen Interessenlagen *Zufferey*, ZSR 115 I (1996), 170 f.

543 Zur Notwendigkeit des Zusammenspiels der finanzmarktrelevanten Teilrechtsordnungen *Grundmann*, ZSR 115 I (1996), 129 ff.

beide Teilrechtsordnungen dem *kapitalmarktrechtlichen „Institutionenrecht"* zugeordnet[544]. Ein effizienter und glaubwürdiger Kapitalmarkt braucht einen effizienten und glaubwürdigen Bankenapparat. Der bankengesetzliche Funktionsschutz ist zwar enger gefasst, er fügt sich aber ohne weiteres in das grössere Schutzziel des kapitalmarktrechtlichen Funktionsschutzes ein. Trotz fehlender Deckungsgleichheit sind also die funktionsbezogenen Schutzziele der beiden Teilrechtsordnungen kongruent.

cc) Keine Überschneidung bei den internen Schutzzielen und beim Schutz der *stakeholders*

Beim Gläubigerschutz und Funktionsschutz geht es nicht um einen internen, sondern um einen externen Interessenausgleich. Die internen Schutzziele, die den Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen *innerhalb* der Gesellschaft sicherstellen sollen, sind dagegen ausschliessliche Aufgabe des Aktienrechts. Das Interesse der Aktionäre an ihrer unternehmerischen Mitwirkung und am guten Verlauf ihrer Investition, das Interesse der Unternehmensleitung an einem möglichst weiten Handlungsspielraum – diese vielschichtigen Interessengegensätze und Machtansprüche müssen vom Aktienrecht und nicht vom Bankengesetz koordiniert werden[545].

Dementsprechend ist der Aktionärsschutz ein vorrangiges Ziel des Aktienrechts, nicht aber des Bankengesetzes[546]. Dasselbe trifft für den Unternehmensschutz zu. Er ist ein fester – wenn auch hinsichtlich seiner Tragweite nicht unumstrittener – Bestandteil der Diskussion um die konzeptionellen Grundlagen des Aktienrechts[547]. In schillernder Bedeutungsvielfalt verwen-

---

544 *Assmann/Schütze*, Kapitalanlagerecht, § 1 Rn. 5, 31. Vgl. weiter *Rhinow/Schmid/-Biaggini*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 684; *Zufferey*, SZW 67 (1995), 212.

545 Zu den vielseitigen Interessenkonflikten *Walz*, Komm. HGB/Heymann, N 40 zu Einl. §§ 342 ff. HGB.

546 Vgl. hierzu die Botschaft zum neuen Bankinsolvenzrecht, BBl 2002, 8086: „Grundsätzlich geht ... der Gläubigerschutz dem Schutz der Eigner vor."

547 Das Konzept des Unternehmensschutzes ist im Schrifttum überwiegend anerkannt. Grundlegend die Dissertation von *Schluep*, Wohlerworbene Rechte des Aktionärs (1959); *ders.*, SAG 1960/61, 400 ff. Zustimmend auch *Egger*, SJZ 21 (1924/25), 346; *Guhl*, ZBJV 62 (1926), 103; *Kuhn*, ZBJV 69 (1933), 53; *Vischer*, Verwaltung und Delgationsmöglichkeit, 347; *Weiss*, Aktienrecht, Rn. 153. Kritisch insb. *Bär*, ZBJV 95 (1959), 369 ff.; *ders.*, ZSR 85 II (1966), 514 ff.; *Siegwart*, Zürcher Kommentar, N 217 Einl. AktR. Für einen Überblick vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz-/Nobel*, Aktienrecht, § 3 Rn. 16 ff. Das Bundesgericht hat sich auf die Seite der Befürworter des Unternehmensschutzes geschlagen, vgl. etwa BGE 59 II 44 (48): „la prospérité de l'entreprise est la meilleure sauvegarde des intérêts des sociétaires eux-mêmes". Vgl. weiter BGE 51 II 412 (427); BGE 29 II 452 (466); BGE 72 II 293 (306).

det, dient er regelmässig als Argument für die Stärkung der Unternehmensleitung gegenüber den (Mehrheits-)Aktionären oder als Argument für eine verstärkte Beteiligung der Arbeitnehmenden im unternehmerischen Entscheidungsprozess[548]. Demgegenüber findet sich der „Schutz der Banken" zwar als Formel in der bankengesetzlichen Rechtsprechung und Doktrin[549], doch ging es dabei immer um die besonderen Bestimmungen im Bankinsolvenzrecht, mit denen die kurzfristige Krise einer Bank aufgefangen und somit der weitere Wirtschaftskreislauf vor der (Domino-)Gefahr eines Bankzusammenbruchs bewahrt werden sollte[550]. Schutzobjekt ist die *Funktionsfähigkeit des Bankenapparats* und mithin ein Bereich, der heute unter dem Begriff des Funktionsschutzes firmiert. Darüber hinaus aber dient das Bankengesetz, so auch die knappe Regestenbemerkung des Bundesgerichts, „nicht dem Schutz der Banken, sondern deren Gläubiger."[551]

Schliesslich ist auch der Schutz der sogenannten *stakeholder*-Interessen[552], insbesondere das Interesse der Arbeitnehmenden am Fortbestand ihrer Arbeitsplätze, nicht eine Aufgabe des Bankengesetzes. Von den *stakeholder*-Interessen spricht man mit Blick darauf, dass die Aktiengesellschaft nicht als isolierte Einheit besteht, sondern in die Gesamtwirtschaft und in die Gesamtgesellschaft eingebunden ist und damit auch eine besondere Verantwortung trägt: Verantwortung als Arbeitgeberin, Verantwortung gegenüber dem Wirtschaftsstandort Schweiz, Verantwortung als konstruktiv Mitwirkende in Gesellschaft und Politik. Die umfassende Berücksichtigung der *stakeholder*-Interessen ist Gegenstand des über das Aktienrecht hinausgehenden Unternehmensrechts[553]. Punktuell ist aber auch das Aktienrecht diesen Zielen verpflichtet. Zwar ist die Aktiengesellschaft keine „soziale Ver-

548 Vgl. etwa *Wiethölter*, Interessen und Organisation, 38 ff. Unter dem Eindruck der fast grenzenlosen Bedeutungsvielfalt bemerkt *Lambert*, Gesellschaftsinteresse, 249 f., der Begriff gehöre zu jenen juristischen Zauberwörtern, die materielle Inhalte suggerien, ohne dass diese wirklich feststünden.

549 Vgl. z.B. BGer, EBK-Bull. 22 (1992), 9 (15); *Hauri*, Ausblick auf das neue Bankengesetz, 180; BBl 1970 I 1145.

550 Vgl. *Lutz/Balsiger*, Komm. BankG, N 1 zu Art. 29 - 35 BankG. Vgl. weiter *Lutz*, Komm. BankG, N 1 zu Art. 25 - 28 BankG; *Reinmann*, Komm. BankG, 84, 87.

551 BGE 106 Ib 357 (358). Deutlich zeigt sich dies auch im neuen Bankinsolvenzrecht. So ist etwa ein Sanierungsplan von der Aufsichtsbehörde dann zu genehmigen, wenn er „die Gläubiger voraussichtlich besser stellt als eine Liquidation der Bank". Art. 31 Abs. 1 lit. a E-BankG.

552 Zum Begriff der *stakeholder* vgl. *von der Crone/Beyeler/Dédeyan*, ZRS 122 (2003), 409 ff.

553 Einführend dazu *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 2 ff.

anstaltung ersten Ranges"[554]. Doch wird zu Recht die Auffassung vertreten, dass namentlich die wirtschaftliche und soziale Bedeutsamkeit von Grossunternehmen eine besondere Berücksichtigung der *stakeholder*-Interessen verlangt[555]. Einzelne Ansätze des *stakeholder*-Schutzes sind denn auch im geltenden Gesellschaftsrecht enthalten[556]. Im Bankengesetz dagegen fehlen entsprechende Regelungen[557].

Zwar profitieren auch die exklusiv aktienrechtlichen Schutzgruppen, namentlich die Aktionäre, von den zusätzlichen aufsichtsrechtlichen Massnahmen gegenüber Bank-Aktiengesellschaften. Die bankengesetzlichen Eigenmittelanforderungen, Liquiditäts- und Risikovorschriften, überhaupt das gesamte aufsichtsrechtliche Regime, tragen massgeblich zur Stabilität der Bankinstitute bei. Davon profitieren alle. Die mittelbare Schutzwirkung ist aber insoweit ein blosser *Reflex*, nicht das eigentliche Regelungsanliegen. Das Bankengesetz wird ob dieser Reflexwirkung nicht zu einem aktionärsschützenden oder unternehmensschützenden Unterfangen. Eine Überschneidung der Teilrechtsordnungen liegt insoweit nicht vor.

d) Fazit

Aktienrecht und Bankengesetz überschneiden sich in Gestalt von Regelungskonkurrenzen, Normenkonkurrenzen und Zielkonkurrenzen. Die Koordinationsbedürftigkeit der Teilrechtsordnungen, die aus solchen Überschneidungen resultiert, betrifft vor allem den Bereich des Bankorganisationsrechts. Bankengesetz und Aktienrecht sind dort zu einer interpretativen Einheit verwoben, die insgesamt als ein koordinationsbedürftiger Normenkomplex angesehen werden muss. Innerhalb des Organisationsrechts ragen die Fälle der *Normenkonkurrenz als prominentester Koordinationsbereich* heraus.

---

554 So aber *Rittner*, Festschrift für Gessler (1970), 158. Zu dieser Entwicklungslinie in Deutschland etwa *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, 133 f. Die Aussage ist auf das deutsche Aktienrecht gemünzt und angesichts der stark ausgebauten Beteiligung der Arbeitnehmenden am gesellschaftlichen Entscheidungsprozess auch zutreffender als für die Schweiz. Vgl. aber immerhin *Vischer*, Verwaltung und Delegationsmöglichkeit, 348, wonach sich der Verwaltungsrat einer AG nach den Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Öffentlichkeit auszurichten hat.

555 So auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 3 Rn. 27.

556 Vgl. etwa Art. 671 Abs. 3, 673, 674 Abs. 3 OR, Art. 697h Abs. 1 Ziff. 2 OR. Zu den *stakeholder*-Interessen sodann *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 3 Rn. 21. Generell schützen auch die erweiterten Publizitätspflichten die *stakeholder*-Interessen.

557 Vgl. Art. 671 Abs. 3 OR und Art. 5 BankG.

Im Normkonkurrenzverhältnis stellen sich vielfältige Fragen: Gelten bankengesetzliche und aktienrechtliche Normen nebeneinander, oder gilt nur eine und – bejahendenfalls – welche? Ist die Frage unterschiedlich zu beantworten, je nachdem, ob die Überschneidung sich als Rechtsfolgenwiderspruch oder als Rechtsfolgenidentität präsentiert? Wirkt beim Geltungsvorrang der einen Norm diese absolut, oder bleibt Raum für eine influenzierende Wirkung der verdrängten Parallelnormierung? Ähnlich kompliziert verhält es sich mit der Koordination konkurrierender Regelungsansprüche: Regeln Bankengesetz und Aktienrecht verschiedene Aspekte desselben Sachbereichs? Drohen dysfunktionale Blockaden zwischen den Teilrechtsordnungen? Ergänzen sich die Normenkomplexe im Sinne wechselseitiger Auffangfunktionen?

Insgesamt ergibt sich im Bankorganisationsrecht der dringliche und vielgestaltige Bedarf nach einer dogmatischen Koordination der öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Teilordnung.

3. Diskussionsstand zur Koordination von Bankengesetz und Aktienrecht

Für die Koordination von Bankengesetz und Aktienrecht im Bereich der Normenkonkurrenz gibt es eine Reihe von verstreuten Ansatzpunkten, die von Erwägungen des Gesetzgebers bis hin zu einzelnen Lösungsvorschlägen in der Literatur reichen. So war man sich, als 1936 die Revision des Obligationenrechts zum Abschluss kam, über den Geltungsvorrang des Bankengesetzes gegenüber dem Aktienrecht einig (a). Mit Ausnahme von vereinzelten Stellungnahmen des Bundesgerichts (b) wurde es danach aber still um die Koordination der beiden Teilrechtsordnungen. Erst die Revision des Aktienrechts von 1991 brachte die Verhältnisfrage wieder ans Tageslicht. Das modernisierte Aktienrecht enthält im Vergleich zum Bankengesetz so viele neue, ausdifferenziertere und damit „modernere" Organisationsregeln, dass sich sofort die Frage stellte, inwieweit die dogmatische Weiterentwicklung für das unveränderte Bankengesetz beachtlich sei. Während ein Teil der Lehre das Verhältnis der Teilrechtsordnungen nunmehr als *relativierte Spezialität* begreifen und die aktienrechtlichen Neuerungen berücksichtigen wollen, vertreten andere ein *absolutes Spezialitätsprinzip*, das die Geltung des revidierten Aktienrechts im Anwendungsbereich des Bankengesetzes insgesamt ausschliesst (c). Noch weiter geht die Aufsichtsbehörde, die die Revision zum Anlass nimmt, um für eine gänzlich neue Koordinationsordnung

zu optieren. Konkurrenzfälle sollen anhand der *lex severior* gelöst werden – es gilt die jeweils strengere Norm (d).

a) Die gesetzliche Koordinationsregel im Obligationenrecht von 1936

Bei den Schlussberatungen zur Revision des Obligationenrechts von 1936 war man sich bewusst, dass die Überschneidungen mit dem Bankengesetz von 1934 etliche Koordinationsfragen aufwarfen. In der vorberatenden Expertenkommission wurde die Verhältnisfrage kontrovers diskutiert. Im Nationalrat hielt der Berichterstatter fest: „Bei einer Reihe von Fragen haben sich divergierende Auffassungen ergeben, je nachdem man von der Auslegungsregel *lex posterior derogat legi priori* oder von der Regel *lex specialis derogat legi posteriori* ausgeht. Das Bankengesetz ist das ältere, gleichzeitig aber das Spezialgesetz, das revidierte Obligationenrecht ist das allgemeine, aber gleichzeitig das neuere Gesetz."[558] Mit der Einfügung von Art. 16 in die Schluss- und Übergangsbestimmungen der Gesetzesnovelle von 1936 wurde die Frage zugunsten des Geltungsvorrangs des Bankengesetzes gelöst: „Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen bleiben vorbehalten." Aus den Beratungsprotokollen geht zudem hervor, dass umgekehrt „überall dort, wo das Bankengesetz keine eigene Vorschrift enthält, die Bestimmungen des revidierten Obligationenrechts Anwendung finden soll[t]en"[559].

Als man 1991 zur Revision des Aktienrechts schritt, wurde die Verhältnisfrage zum Bankengesetz weder in der bundesrätlichen Botschaft noch in den parlamentarischen Beratungen aufgeworfen. Auch die Übergangsbestimmungen zur Gesetzesnovelle enthalten keine dem Art. 16 SchlÜB entsprechende Koordinationsnorm. Nach überwiegender Meinung bleibt die frühere Bestimmung auch für die Normkoordination zwischen dem Aktienrecht von 1991 und dem Bankengesetz von 1934 anwendbar[560].

---

558 Sten. Bull. NR 1936, 784 f. Die Frage stellte sich auch mit Bezug auf die anderen Gesellschaftsformen, vgl. nur *Graner*, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, durchgehend.

559 Sten. Bull. NR 1936, 784 f.

560 Für die Anwendung: *Forstmoser*, Organisation und Organisationsreglement, 40; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 61 Rn. 58; *Kleiner*, SZW 64 (1992), 257; *Kleiner*, Komm. BankG, N 12 zu Art. 3 BankG; *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 178; *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 103. Differenziert *Tanner*, Auswirkungen des neuen Aktienrechts, 47 f. (Prüfung im Einzelfall). Wiederum anders die vorliegende Untersuchung, die eine (formale) Weitergeltung einer altrechtlichen Übergangsbestimmung verneint, vgl. unten S. 167 (Vorrang *qua* Gesetzesregelung?).

b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

In einem Entscheid aus dem Jahre 1971 hielt das Bundesgericht fest: „[E]s ergibt sich, dass dort, wo das Bankengesetz eine Vorschrift enthält, diese gilt, und dass dort, wo im Bankengesetz eine Bestimmung fehlt, das Obligationenrecht anwendbar ist."[561] In Normkonkurrenzfällen sollte also das Bankengesetz im Sinne einer Exklusivordnung den Vorrang geniessen *(Derogation)*.

Zwanzig Jahre später rückte das Bundesgericht von seiner eigenen Koordinationsordnung ab. Es wendete auf die Organe einer Bank-Aktiengesellschaft sowohl die Bestimmungen des Aktienrechts als auch diejenigen des Bankengesetzes an *(Kumulation)*[562]. Ob das Bundesgericht damit die Konkurrenzfolge der Kumulation zur neuen bank-aktienrechtlichen Koordinationsordnung kürte, wird man mit Fug bezweifeln dürfen. In der damaligen Fassung sahen Art. 754 Abs. 2 OR und Art. 41 BankG identische Rechtsfolgen vor. Aus der kumulativen Anwendung beider Teilrechtsordnungen resultierte also im konkreten Fall keine zusätzliche Pflichtenbindung für die Bank-Aktiengesellschaft.

In einem neueren Entscheid aus dem Jahre 1998 schwenkt das Bundesgericht scheinbar auf eine *materielle Betrachtungsweise* um: „Soweit die Bankengesetzgebung ... kompetenzkonform ... strengere Anforderungen stellt, gehen diese der aktienrechtlichen Regelung vor."[563] Der Satz blieb allerdings ohne Tragweite für die Entscheidfindung. Effektiv entschied das Bundesgericht nämlich nur, dass der bankrechtliche Verordnungsgeber seinen Delegationsrahmen nicht überschreite, wenn er zwischen zwei im *Aktienrecht* vorgesehenen Regeln die strengere als für die Banken massgeblich erkläre[564].

Den vorläufigen Schlusspunkt setzt ein Urteil aus dem Jahr 2002, in dem das Bundesgericht klarstellte, dass die Organe einer Bank-Aktiengesell-

---

561 BGE 97 II 403 (408). Kritisch *Kleiner*, SZW 64 (1992), 257 Fn. 3, unter Hinweis auf den bewussten Verzicht des historischen Bankengesetzgebers auf einen Spezialgerichtsstand.

562 BGE 117 II 432. Für die materielle Entscheidfindung stützt sich das Bundesgericht allerdings exklusiv auf das Aktienrecht und die aktienrechtliche Doktrin. Ausser in der Regeste („Organ im Sinne von Art. 754 Abs. 2 OR bzw. Art. 41 BankG") findet sich Art. 41 BankG nur in einem Nebensatz am Ende des Entscheids („Nach Art. 754 Abs. 1 OR, welchem Art. 41 BankG entspricht ..." [S. 441]).

563 BGE 124 II 581 (586), unter Hinweis auf Art. 16 SchlÜB OR (1936) und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 61 Rn. 58.

564 BGE 124 II 581 (584 f.). Ausführlich zu diesem Entscheid unten S. 301 (Beteiligungspublizität).

schaft nach den besonderen Verantwortlichkeitsbestimmungen des Bankengesetzes haften *(Derogation)*. Es fügte aber präzisierend hinzu, dass aufgrund der Parallelität mit dem Aktienrecht für Bankorgane dieselben Haftungsvoraussetzungen gelten wie für die Organe einer Aktiengesellschaft[565].

c) Die Doktrin

Schon vor der Revision von 1991 wurde diskutiert, welche Norm gelten solle, wenn – wie etwa bei der konstitutiven Kapitalherabsetzung – das Bankengesetz eine mildere Regelung treffe als das Aktienrecht[566]. Die Frage wurde judikativ nie entschieden. Indessen vertrat schon damals ein Teil der Lehre, dass das zeitlich spätere Aktienrecht für die Bank-Aktiengesellschaft den organisatorischen Mindeststandard setze, weshalb die strengere Regel des Aktienrechts als *lex posterior* Vorrang geniesse[567].

Im Rahmen der neueren Diskussion um das Verhältnis der Teilrechtsordnungen findet sich die soeben erwähnte *relativierte Spezialität* des Bankengesetzes namentlich bei NOBEL, dessen Artikel die konzeptionelle Grundlage für das diesbezügliche EBK-Rundschreiben legte[568]. Danach soll der spezialgesetzliche Vorrang des Bankengesetzes kraft des weitergeltenden Art. 16 SchlÜB auch nach der Revision ausser Frage stehen. Hingegen gelte das Aktienrecht dann, wenn es Bestimmungen enthalte, die weiter gingen als die bankengesetzliche Sonderbestimmung: „Denn es kann ja nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, spezialgesetzliche Sonderbereiche hinter das allgemeine Recht zurückfallen zu lassen."[569]

---

565 BGE 4C.201/2001 E. 2.

566 Art. 11 BankG, Art. 732 ff. OR. Während Art. 733 Abs. 2 OR die dreimalige Publikation des Herabsetzungsbeschlusses im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im statutarisch vorgesehenen Publikationsorgan vorsieht, verlangt Art. 11 Abs. 2 lit. b BankG lediglich die einmalige Publikation im statutarisch vorgesehenen Publikationsorgan.

567 Vgl. etwa *Peter*, Kapitalherabsetzung (1949), 19. Auch *Bodmer*, Komm. BankG (1976), N 12 zu Art. 11 BankG, lässt das strengere Aktienrecht gelten, allerdings ohne ausdrücklichen Verweis auf die Geltung der *lex posterior*. Aus der jüngeren Literatur zugunsten der Geltung des Aktienrechts etwa *Forstmoser/Meier-Hayoz-/Nobel*, Aktienrecht, § 53 Rn. 140 Fn. 45. Für den Vorrang des Bankengesetzes dagegen *Graner*, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz (1937), 161. Aus der jüngeren Literatur *Lutz*, Komm. BankG (2001), N 4 zu Art. 11 BankG.

568 EBK-RS 93/1. Das Rundschreiben übernahm zum Teil die Formulierungen wörtlich, vgl. etwa Grundsatz 2 und *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 172.

569 *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 172.

Demgegenüber betont KLEINER die Ausschliesslichkeit und Eigenständigkeit des Bankengesetzes im gesamten koordinationsrelevanten Bereich. Der spezialgesetzliche Vorrang des Bankengesetzes bleibe von der Aktienrechtsreform gänzlich unberührt: „Es kann nicht durch eine nachträgliche Änderung des Gesellschaftsrechts im OR ohne ausdrücklichen Einbezug des Bankengesetzes in die eigenständige bankengesetzliche Regelung eingegriffen werden."[570] Das strenge und in diesem Sinne *absolute Spezialitätsprinzip* gilt nach KLEINER auch für die engeren und präziser gefassten Bestimmungen des Aktienrechts gegenüber den allgemeinen, aber als abschliessend zu betrachtenden Regeln des Bankengesetzes – etwa den Regeln über die Organisation der Unternehmensführung. Hier habe die aufsichtsrechtliche Praxis lange vor der Revision ein eigenes System für Banken entwickelt. Für die punktuelle Ergänzung durch das Obligationenrecht bleibe kein Raum – und zwar selbst dann nicht, wenn sich im Bankengesetz nur eine allgemeine und keine spezifische Norm finde[571].

Ein auf etwas andere Art strenges Verständnis des bankengesetzlichen Spezialitätsprinzips findet sich schliesslich bei TANNER. Für sie beanspruchen die aktienrechtlichen Neuerungen für Bank-Aktiengesellschaften nicht schon dann Geltung, wenn im Bankengesetz die entsprechende Regelung fehlt. Vielmehr sei im Einzelfall zu prüfen, ob die neue aktienrechtliche Bestimmung den besonderen Verhältnissen von Banken Rechnung trage. Sei dies der Fall, so müsse man die neuen Regeln unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Bankengesetzes „sinngemäss und analog" auf Bank-Aktiengesellschaften anwenden[572].

d) Die Praxis der Aufsichtsbehörde

Die vielen offenen Fragen zur Auswirkung der Aktienrechtsreform 1991 auf das gleichbleibende Bankengesetz bewegten die Aufsichtsbehörde dazu, ein Rundschreiben zur näheren Verhältnisbestimmung zwischen den Teilrechtsordnungen zu erlassen[573]. Darin hält sie fest, dass bei Überlagerungen und Widersprüchen zwischen den beiden Normengruppen jeweils im Einzelfall festzulegen sei, ob zugunsten der bankrechtlichen Vorschriften ein spezial-

---

570 *Kleiner*, SZW 64 (1992), 257.

571 Vgl. etwa *Kleiner*, Komm. BankG, N 10 ff. zu Art. 3 BankG (1999); *Kleiner/Schwob*, Komm. BankG (2001), N 4 Vorb. zum 14. Abschnitt; *Kleiner/Lutz/Schwob*, Komm. BankG (1997), N 104 Vorb. zum BankG.

572 Vgl. *Tanner*, Auswirkungen des neuen Aktienrechts, 47 ff.

573 EBK-RS 93/1 vom 25. August 1993 (letzte Änderung am 1. Februar 1995).

gesetzlicher Vorrang angenommen werden müsse, oder ob das revidierte Aktienrecht als *lex posterior* Geltung beanspruche[574]. Es werden fünf Grundsätze aufgestellt, die als Kriterien für die Abgrenzung dienen sollen[575]:

- der Vorbehalt zugunsten des Bankengesetzes in Art. 16 der Schluss- und Übergangsbestimmungen des OR vom 18. Dezember 1936 gilt auch gegenüber dem revidierten Aktienrecht;
- das revidierte Aktienrecht gilt integral auch für Bank-Aktiengesellschaften, soweit das Bankengesetz nicht wie bisher vorbehaltene Bestimmungen enthält;
- enthält das revidierte Aktienrecht Bestimmungen, die weitergehen als die bankengesetzlichen Sonderbestimmungen, gilt für Bank-Aktiengesellschaften grundsätzlich das revidierte Aktienrecht;
- Verweisungen des Bankengesetzes und der Bankenverordnung auf das Aktienrecht meinen das jeweils geltende Aktienrecht, also nunmehr das revidierte Aktienrecht in der Fassung vom 4. Oktober 1991;
- das Bankengesetz und die Bankenverordnung gelten dort als Spezialgesetz, wo sie abweichende Vorschriften enthalten: fehlt es an solchen, ist das Aktienrecht anwendbar.

Im Ergebnis führt die Anwendung der fünf Grundsätze zu einer Koordinationsordnung mit *relativiertem Spezialitätsprinzip*. Der Vorrang kraft bankengesetzlicher Spezialität wird so weit zurückgenommen, dass die neue aktienrechtliche Ordnung als ein absoluter Mindeststandard für alle Bank-Aktiengesellschaften gilt. Sofern die Gesetzesnovelle also zu einer strengeren Regelung im allgemeinen Aktienrecht geführt hat, als sie nach dem älteren Bankengesetz gelten würde, hat die bankengesetzliche Spezialnorm vor der aktienrechtlichen *lex posterior* zurückzustehen[576].

Gemäss den weiteren Erläuterungen des Rundschreibens gilt allerdings das Prinzip des Mindeststandards nicht nur für die einzelnen novellierten Aktienrechtsnormen, sondern für *jede* im Vergleich zum Bankengesetz stärker ausdifferenzierte aktienrechtliche Norm, solange sie nur „weitergeht als

574 EBK-RS 93/1 Rz. 2.

575 EBK-RS 93/1 Rz. 3.

576 Konzeptionelle Grundlage des Rundschreibens bildete der Artikel von *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 169 ff. Das Rundschreiben übernahm zum Teil die Formulierungen wörtlich, vgl. etwa Grundsatz 2 und *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 172.

die bankengesetzliche Sonderbestimmung"[577]. Indem die Aufsichtsbehörde nicht nur die revidierten aktienrechtlichen Bestimmungen, sondern das Aktienrecht *insgesamt* als absoluten Mindeststandard definiert, stellt sie eine gänzlich neue bank-aktienrechtliche Koordinationsordnung auf. Das erklärte Ziel des Rundschreibens, nämlich die Abstimmung zwischen bankengesetzlicher *lex specialis* und aktienrechtlicher *lex posterior*, wird bedeutungslos. Gleichermassen bedeutungslos werden auch die fünf Koordinationsgrundsätze, mit deren Hilfe die Abstimmung vorzunehmen ist. Vielmehr gilt einfach die jeweils strengere Regel – an die Stelle von *lex specialis* und *lex posterior* tritt die Vorrangregel der *lex severior.*

e) Würdigung

Der Diskussionstand zur Koordination von Bankengesetz und Aktienrecht zeigt im wesentlichen zwei Lösungsmodelle: Die relativierte und die absolute Spezialität. Die relativierte Spezialität kennt zwei Erscheinungsformen. Entweder wird der bankengesetzliche Geltungsvorrang durch die spätere *und* strengere aktienrechtliche Norm durchbrochen, oder er wird durch *jede* strengere aktienrechtliche Norm durchbrochen.

Die relativierte Spezialität präsentiert sich auf den ersten Blick als attraktives Koordinationsmodell für bank-aktienrechtliche Konkurrenzverhältnisse, weil damit dem Modernisierungsprogramm des Aktienrechts Rechnung getragen wird. Es weist aber eine entscheidende Schwäche auf: *Mit der Anerkennung einer aktienrechtlichen lex posterior wird die Einheit des Aufsichtsrechts durchbrochen*: Für Bank-Aktiengesellschaften gelten dann einzelfallweise die Bestimmungen des Aktienrechts, während für Genossenschaftsbanken weiterhin die bankengesetzlichen Bestimmungen anwendbar bleiben. Die relativierte Spezialität rüttelt somit an der Grundstruktur des Bankengesetzes, dessen Sinn und Zweck gerade darin besteht, ein für alle Banken geltendes rechtsformunabhängiges Aufsichtsregime zu schaffen[578].

Dasselbe Problem stellt sich bei der zweiten Erscheinungsform der relativierten Spezialität, die auf die *lex severior* abstellt. Zwar verfolgt das Bankengesetz einen intensivieren Gläubigerschutz als das Aktienrecht. Gleichzeitig will es aber eine rechtsformunabhängige Regulierung aller Banken erreichen. Letzteres ist auch eine Frage des Gleichbehandlungsprinzips, dem das Aufsichtsrecht verpflichtet ist. Der Vorrang der strengeren aktienrecht-

577 EBK-RS 93/1 Rz. 3.

578 So ausdrücklich die Botschaft zum Bankengesetz im Hinblick auf die einheitliche Haftungsordnung, vgl. BBl 1934, 179.

lichen Regel führt aber zur Ungleichbehandlung zwischen Banken verschiedener Rechtsformen. Hinzu kommt, dass sich das Prinzip des strengeren Rechts in dieser Pauschalität methodentechnisch und dogmatisch nicht abstützen lässt.

Demgegenüber bleibt mit dem absoluten Spezialitätsprinzip die Einheit des Aufsichtsrecht gewahrt: Hier wird das besondere Risiko „Bankgeschäft" aufsichtsrechtlich gleichmässig erfasst und reguliert. Das Konzept weist allerdings einen anderen gewichtigen Nachteil auf: *Die absolute Spezialität führt zu einem starren Aufsichtsregime, das sich neuen organisationsrechtlichen Impulsen verschliesst und damit seiner Rolle als intensiviertem Schutzgesetz nicht gerecht wird.*

4. Unverminderte Aktualität der Koordinationsfrage

Bislang fehlt ein dogmatisch fundiertes Modell für die Verhältnisbestimmung von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht. Dieser Mangel wiegt umso schwerer, als sich am legislativen Horizont bereits neue Koordinationsaufgaben abzeichnen. Aktuell stehen sowohl das Bankaufsichtsrecht als auch das Gesellschaftsrecht vor einer umfassenden Neuordnung. Schon bei kursorischer Betrachtung der rund dreissig kleineren und grösseren Revisionsvorhaben[579] wird deutlich, dass die Koordinationsdogmatik des Bankrechts in Zukunft weitere Anwendungsbereiche finden wird, weil die Gesetzesänderungen wiederum neue Fragen aufwerfen. Beispielhaft seien erwähnt:

a) Bankinsolvenzrecht

Das neue Bankinsolvenzrecht[580] sieht im Ergebnis ein umfassendes Sonderrecht für Banken unter der Federführung der Bankenkommission vor. Eine Bank in finanziellen Schwierigkeiten soll fortan in einem auf den Einzelfall zugeschnittenen Verfahren saniert oder liquidiert werden[581]. Gesichert wird der behördliche Handlungsspielraum, indem an die Stelle der regulären Verfahrensschritte nach Aktienrecht und nach SchKG solche nach Bankaufsichtsrecht treten. So kann die Bankenkommission gegenüber der Bank, die

579 Eine Übersicht findet sich unter www.finweb.admin.ch.

580 Vgl. Art. 25 ff. BankG (in Kraft seit 1. Juli 2004). Vgl. auch BBl 2002, 8117 ff., 8060 ff.

581 Für einen (durchaus umfassenden) Überblick vgl. *Hüpkes*, IWIR 2002, 125 ff. sowie IWIR 2003, 1 ff. Siehe auch *Bertschinger*, AJP 11 (2002), 1263 ff.; *Kobelt*, ST 2003, 819 f.; *Schaerer*, Bankeninsolvenzrecht, 55 ff.; *Zulauf*, Revision, 25 ff.

sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, eine Reihe von Schutzmassnahmen anordnen[582]. Bei fortbestehenden Schwierigkeiten kann sie – nötigenfalls wiederum in Verbindung mit Schutzmassnahmen – entweder ein Sanierungs- oder ein Konkursverfahren einleiten[583].

Die klassische Konkursverwaltung wird es in der Bankeninsolvenz nicht mehr geben. Ihre Funktionen gehen auf Liquidatoren über, die die Bankenkommission einsetzt und überwacht[584]. Eine Gläubigerversammlung findet nur statt, falls es die Liquidatoren für angezeigt erachten. Hält die Bankenkommission eine Interessenvertretung der Gläubiger für nötig, so bestimmt sie einen Gläubigerausschuss[585]. Die Aufsichtsfunktion über die Liquidationshandlungen, die nach allgemeinen Regeln des SchKG den Gerichten zusteht, verlagert der Gesetzgeber für Bankeninsolvenzen auf die Bankenkommission. Zu den obligationenrechtlichen Bestimmungen, deren Anwendung im Bankenkontext zukünftig ausgeschlossen wird, gehören die Art. 725, 725a, 729b Abs. 2 OR[586]. Unter anderem entscheidet dadurch die Aufsichtsbehörde über einen Sanierungsplan, nicht die Generalversammlung[587]. Gleichzeitig findet mit der Revision eine Flurbereinigung im Verantwortlichkeitsrecht statt, bei der die separate Organverantwortlichkeit nach dem Bankengesetz durch einen Verweis auf die aktienrechtliche Haftungsordnung ersetzt wird[588].

Die Novellierung wirft zahlreiche Koordinationsfragen auf[589], von denen die folgenden erwähnt seien: Wie ist die Verweisung auf die aktienrechtliche Organhaftung zu verstehen, wenn es keine Konkursverwaltung (Art. 757 OR), sondern von der Aufsichtsbehörde eingesetzte Liquidatoren gibt?[590] Was bedeutet es, wenn für die Geltendmachung von Verantwort-

---

582 Art. 26 ff. BankG.

583 Art. 28 ff. BankG, Art. 33 ff. BankG. Eine sofortige Liquidation in den Fällen von Art. 23^{quinquies} BankG bleibt vorbehalten.

584 Art. 33 ff. BankG.

585 Art. 35 Abs. 2 BankG.

586 Vgl. Art. 25 Abs. 3 BankG.

587 Vgl. Art. 29 Abs. 3 BankG und Art. 725 Abs. 1 OR. Auch die Gläubiger sind in ihren Rechten eingeschränkt. Ein Sanierungsplan kann nur blockiert werden, wenn mehr als die Hälfte der Drittklassgläubiger dies vertreten (Art. 30 BankG). Im Konkursaufschub nach Art. 725a OR ist dagegen nur ein aussergerichtlicher Sanierungsvertrag möglich, dem alle Gläubiger zustimmen müssten. Vgl. hierzu auch *Hüpkes*, IWIR 2002, 136.

588 Vgl. Art. 39 BankG.

589 *Bertschinger*, AJP 11 (2002), 264, spricht von einem „guten Stück Finanzmarktgesellschaftsrecht", das geschaffen werde.

590 Zu den dadurch aufgeworfenen Koordinationsfragen siehe unten S. 254 (Neuregelung der Organhaftung).

lichkeitsklagen im Sanierungsverfahren die besonderen Regeln über die paulianische Anfechtung von Rechtsgeschäften „sinngemäss" gelten?[591] Sind die nach Aktienrecht klageberechtigten Aktionäre auch hier aktivlegitimiert, obwohl das Gesetz die Anfechtungsklage der Bank und – subsidiär – den Bankgläubigern vorbehält?[592] Ist die „begründete Besorgnis einer Überschuldung"[593] in beiden Teilrechtsordnungen nach denselben Kriterien zu beurteilen (Systemabstimmung), oder müssen bankspezifische Massstäbe angelegt werden (Vorbehalt der Systemkompatibilität)?[594]

Schon diese wenigen Fragen zeigen, dass die explizite Schaffung eines Sonderrechts für Banken keinesfalls eine verringerte Koordinationsbedürftigkeit mit dem Aktienrecht bedeutet. Gerade die „sinngemässe" Anwendung aktienrechtlicher Regeln in der Bankenliquidation wird durch spezialgesetzliche Bestimmungen eher schwieriger als bisher. Allerdings gilt diesen Revisionsfragen hier keine vertiefte Behandlung: Der Fokus liegt auf den gesunden, nicht auf den kranken Banken.

b) Finanzmarktaufsichtsgesetz

Das neue Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG)[595] soll nach dem vorliegenden Teilbericht unmittelbar nur die Zusammenlegung der verschiedenen Finanzaufsichtsbehörden regeln und beansprucht damit keinen direkten Einfluss auf das Organisationsrecht der Bank-Aktiengesellschaft[596]. Gleichwohl ist das private Organisationsrecht *mittelbar* betroffen, denn der Gesetzgeber unterstellt die aufsichtsrechtlichen Revisionsstellen (neu: Prüfgesellschaften) einer einheitlichen Regelung und definiert dabei gleichzeitig deren Aufgabenbereiche[597]. Da fortan die Rechnungsprüfung zu den Aufgaben der besonderen Prüfgesellschaften zählen soll[598], kommt es durch das FINMAG zu denselben Überschneidungen der Pflichtenkataloge mit der aktienrechtli-

591 Art. 32 Abs. 4 BankG.
592 Vgl. hierzu *Bertschinger*, AJP 11 (2002), 264.
593 Vgl. Art. 725 Abs. 2 OR; Art. 25 Abs. 1 BankG.
594 Für eine bankspezifische Beurteilung *Hüpkes*, IWIR 2002, 130.
595 Stand: Erster Teilbericht der *Expertenkommission Zimmerli* vom 7. Juli 2003, Vernehmlassung von Oktober 2003 bis Januar 2004. Der zweite Teilbericht (Sanktionsmöglichkeiten) ist in Arbeit. Der Zeitpunkt des dritten Teilberichts (prudentielle Aufsicht über die unabhängigen Vermögensverwalter, Introducing Broker und Devisenhänder) ist noch offen.
596 Art. 1 ff. E-FINMAG.
597 Art. 22 ff. E-FINMAG.
598 Art. 25 Abs. 1 lit. a E-FINMAG.

chen Revisionsstelle, wie sie heute durch das Bankengesetz besteht[599]. Hier wandelt sich lediglich die eine koordinationsbedürftige Gesetzeskonstellation (Bankengesetz/Aktienrecht) in eine andere (FINMAG/Aktienrecht), ohne dass sich der Koordinationsbedarf selbst verringerte. Er wird im Gegenteil sogar grösser, weil jeder Neuzuschnitt der Aufgaben auch Fragen aufwirft, die sich bisher anders oder gar nicht gestellt haben[600].

c) Fusionsgesetz

Mit dem Fusionsgesetz[601] werden die punktuellen Regelungen des Obligationenrechts und des Bankengesetzes[602] durch ein umfassendes Regelwerk zur Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern ersetzt[603]. Den Kantonalbanken beschert das neue Gesetz die willkommene gesetzliche Grundlage für Privatisierungsvorhaben[604]. Die Fusion, Spaltung und Umwandlung unter Beteiligung eines Instituts des öffentlichen Rechts erfolgt unter sinngemässer Anwendung der entsprechenden Bestimmungen. Damit soll es möglich werden, „insofern und insoweit von den massgeblichen Bestimmungen des Entwurfs abzuweichen, als dies in einem konkreten Fall auf Grund der gegebenen Unterschiede zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern erforderlich ist"[605] – ein Beispiel also für die Anerkennung des *Vorbehalts der Systemkompatibilität* im Zusammenspiel zwischen den Teilrechtsordnungen[606]. Auch wenn dem Vorbehalt heute noch

---

599 Siehe unten S. 335 (Gesetzliche Aufgaben und resultierender Koordinationsbedarf).

600 So stellt sich etwa die Frage, ob der Aufgabenkatalog des FINMAG abschliessend zu verstehen ist, obwohl er nicht alle Aufgaben erwähnt, die das Bankengesetz aktuell der bankengesetzlichen Revisionsstelle zuweist. Vgl. dazu unten S. 343 (Zukünftige Neuregelung).

601 Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung. Inkrafttreten: 4. Juli 2004. Botschaft: BBl 2000, 4337 ff.

602 Vgl. Art. 14 BankG, der durch das Fusionsgesetz aufgehoben wird, vgl. Ziff. 11 Anhang FusG.

603 Einführend *Meier-Schatz*, AJP 11 (2002), 514 ff.; *ders.*, Das neue Fusionsgesetz, durchgehend. Vgl. auch das Sonderheft SZW 76 (2004). Im übrigen sei auf die Kommentarliteratur verwiesen.

604 Vgl. Art. 99 FusG. Frühere Umstrukturierungen erfolgten dank der Kreativität von Rechtsgutachtern, der freundlichen Unterstützung der Handelsregisterbehörden und dem *placet* der Eidg. Bankenkommission. Zum Präzedenzfall „Berner Kantonalbank" vgl. *v. Büren*, SZW 67 (1995), 85 ff. Vgl. auch *ders.*, SZW 76 (2004), 178 ff. zur neuen Rechtslage.

605 BBl 2000, 4481.

606 Vgl. oben S. 117 (Vorbehalt der Systemkompatibilität).

klare Umrisse fehlen, so zeichnen sich diesbezüglich doch neue Koordinationsfragen ab[607]. Materialisieren werden sie sich im Rahmen des aufsichtsrechtlichen Genehmigungsverfahrens. So stellt sich für die Aufsichtsbehörde aktuell die Frage, ob das neue Gläubigerschutzsystem des Fusionsgesetzes dem intensivierten (Gläubiger-)Schutzauftrag des Bankengesetzes genügt, so dass – mit Ausnahme der Genehmigungspflicht[608] – weitere aufsichtsrechtliche Schutzmassnahmen verzichtbar sind[609].

Weiter sollen die zukünftigen Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsprüfungen durch einen besonders befähigten Revisor – künftig gar durch einen zugelassenen Revisionsexperten –, sonst aber von der Gesellschaft frei wählbaren Revisor vorgenommen werden[610]. Die Aufsichtsbehörde hingegen verweist die Sonderprüfungen generell in den exklusiven Aufgabenbereich der bankengesetzlichen Revisionsstelle[611]. Diejenige Koordination, die schon heute für die gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Revisionsprüfungen gilt[612], dehnt sich dadurch zusätzlich auf das neue Fusionsrecht aus. Für die Koordinationsdogmatik öffnet sich im Überschneidungsbereich von Fusionsgesetz und Bankengesetz also ein weiteres Anwendungsfeld.

d) Rechnungslegungsgesetz

Die Vorlage für ein neues Rechnungslegungsgesetz (RRG)[613] ordnet die Buchführungs- und Prüfungspflicht für alle Gesellschaftsformen des Privat-

---

607 So weist *Teis*, Komm. FusG, N 4 zu Art. 100 FusG, darauf hin, dass Institute des öffentlichen Rechts vom Formenzwang des Gesellschaftsrechts befreit sind und deshalb oft historisch-politische Eigenheiten aufweisen.

608 Vgl. Art. 3 Abs. 3 BankG: Statutarische Änderungen bedürfen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde, bevor sie im Handelsregister eingetragen werden können.

609 Die Frage wird zur Zeit von der Aufsichtsbehörde geprüft.

610 Art. 15, 62, 100 FusG. Das Erfordernis der Prüfung durch einen zugelassenen Revisionsexperten erfolgt in Anpassung an den Entwurf zum neuen Revisionsrecht, vgl. BBl 2004, 4134 ff. Das Fusionsgesetz war somit eine Woche vor seinem Inkrafttreten bereits Gegenstand neuer Revisionsvorhaben.

611 Bei der Bankfusionen verlangt die Aufsichtspraxis die Bestätigung von der bankengestzlichen Revisionsstelle, dass alle gesellschaftsrechtlichen Vorschriften eingehalten sind. Allfällige Prüfungshandlungen (bislang z.B. Kapitalerhöhungsprüfung) sind von der bankengesetzlichen Revisionsstelle vorzunehmen.

612 Vgl. dazu unten S. 349 (Überschneidung bei den besonderen Prüfungshandlungen).

613 Stand: Vorentwurf vom 29. Juni 1998. Die Vorlage ist anlässlich der Legislaturplanung 2004-2007 zurückgestellt worden. Zeitpunkt und Art der Wiederaufnahme sind noch ungewiss.

rechts an. Daraus ergeben sich ähnliche Koordinationsaufgaben, wie sie schon im Zusammenhang mit der Aktienrechtsrevision von 1991 bestanden: Das allgemeine Gesetz wird modernisiert und überholt das eigentlich schutzintensivere Spezialgesetz. So setzt beispielsweise die Pflicht zur Erstellung einer Mittelflussrechnung nach RRG früher ein als nach der Bankenverordnung[614]. Zudem verlangt das RRG von den „grossen Organisationen" zwingend die Rechnungslegung nach international anerkannten Standards, während das Aufsichtsrecht den Banken lediglich die Wahl einräumt, solche Standards anzuwenden[615]. Auch mit Bezug auf die stillen (Absichts-)Reserven trifft das RRG eine strengere Regelung. Es verbannt sie nicht nur aus dem Konzernabschluss, sondern – grundsätzlich – auch aus dem Einzelabschluss[616]. Damit droht im Rechnungslegungsrecht der nächste asynchrone Entwicklungsschub, bei dem die bankenrechtlichen Besonderheiten nur durch eine ausgefeilte Koordinationsdogmatik an die allgemeinen Regeln angeschlossen werden können.

e) Revision (Prüfung)

Am 23. Juni 2004 hat der Bundesrat die Botschaft zur Neuregelung des Revisionsrechts verabschiedet[617]. Betroffen sind die Körperschaften des Obligationenrechts und die Stiftung. Kern des Entwurfs bildet das Konzept der *unternehmensdifferenzierten Revision*: Der Prüfungsumfang und die Anforderungen and die Prüfenden unterliegen je nach Unternehmen unterschiedlichen Mindestanforderungen[618]. Zu diesen Anforderungen gehört auch die Unabhängigkeit, die nunmehr ausführlich geregelt wird. Ergänzt werden die Änderungen im Obligationenrecht durch ein Revisionsaufsichtsgesetz, das die Zulassung und Beaufsichtigung von Personen regelt, die Revisonsdienstleistungen erbringen[619].

Auch im Bankaufsichtsrecht durchläuft das Revisionsrecht aktuell einen Modernisierungsprozess. Die Eidgenössische Bankenkommission hat im Herbst 2003 das Vernehmlassungsverfahren über ein „Rundschreiben-Paket" zur Bankprüfung eröffnet. Zwei Rundschreiben (Grossbanken, Selbst-

614 Vgl. Art. 21 VE RRG und Art. 23 BankV.
615 Vgl. Art. 36 VE RRG und Art. 28 Abs. 3 BankV i.V.m. RRV-EBK Rn. 1c.
616 Vgl. Art. 8 und Art. 34 VE RRG sowie Art. 24 Abs. 3 und Art. 25d BankV.
617 Botschaft „Revisionsrecht": Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBl 2004, 3969 ff.
618 Art. 727 ff. E-OR RevR, BBl 2004, 4117 f.
619 Entwurf RAG, BBl 2004, 3969 ff., 4139 ff.

regulierung) sind seit 1. Juni 2004 in Kraft[620]. Drei weitere Rundschreiben zu den Themen „Prüfung", „Prüfbericht" und „Prüfgesellschaften" werden zur Zeit einem Testlauf bei ausgewählten Banken unterzogen[621]. Sie werden voraussichtlich Mitte 2005 in Kraft gesetzt[622].

Im Revisionsrecht sind die Koordinationsfragen nicht neu. Durch den doppelten Entwicklungsschub rücken sie aber verstärkt in den Blick. Wie stellen sich die Möglichkeiten einer eingeschränkten Prüfung oder gar eines Prüfungsverzichts im Bankenkontext dar? Welche Unabhängigkeitsregeln und Fachanforderungen sollen gelten? Untersteht eine Gesellschaft, die das bankengesetzliche und das aktienrechtliche Mandat in Personalunion wahrnimmt, fortan der allgemeinen Revisionsaufsichtsbehörde und der Eidgenössischen Bankenkommision? Gelten für die leitenden Revisoren die Rotationsregeln des Obligationenrechts oder diejenigen des Bankaufsichtsrechts?[623]

Mit den neuen Einzelfragen eröffnet sich also auch hier für die Koordinationsdogmatik ein weiteres Anwendungsfeld, wobei der Koordinationsbedarf sich schlagwortartig auf folgende Punkte zuspitzen lässt: Zuständige Revisionsstelle, relevantes Verfahren, inhaltlicher Prüfungsmassstab und zulässige Inhaltsübernahme.

f) Neuerungen im Aktienrecht

Im Aktienrecht schliesslich zeichnet sich mit dem Entwurf der Transparenzbestimmungen eine Änderung des obligationenrechtlichen Bilanzrechts ab. Gemäss dem neuen Art. 663b^{bis} OR sollen die Vergütungen der Mitglieder der Unternehmensleitung von börsenkotierten Gesellschaften im Anhang zur Bilanz offengelegt werden[624]. Bei dem Entwurf handelt es sich um einen vorgezogenen Teil eines grösseren Revisionsprojekts zur Abstützung der Corporate Governance, das sich zur Zeit in der Vernehmlassung befindet[625]. Noch grundlegender sind die Novellierungsvorschläge, die einzelne Mitglieder der Expertengruppe „Corporate Governance" publizistisch vertreten ha-

620 EBK-RS 04/1 Aufsicht über die Grossbanken vom 21. April 2004, EBK-RS 04/2 Selbstregulierung als Mindestandard vom 21. April 2004.

621 Abrufbar unter www.ebk.admin.ch/d/aktuell/default.htm (Mitteilung vom 23. Juni 2004).

622 Schreiben EBK vom 22.6.2004.

623 Siehe dazu unten S. 361 (Zukünftige Neuregelung).

624 Vgl. BBl 2004, 4495 ff.; BBl 2004 4471 ff. (Botschaft).

625 Vgl. *Böckli/Huguenin/Dessemontet*, Expertenbericht Corporate Governance vom 30. September 2003. Für einen Überblick siehe *Böckli*, Aktienrecht, § 14 Rn. 330 ff.

ben. So greift PETER BÖCKLI die Idee der Neuordnung des aktienrechtlichen Kapitalschutzrechts auf, bei der unter anderem das nominelle Aktienkapital seine Funktion als bestimmende Grösse des Aktienrechts verlieren soll, die Regelung der gesetzlichen Reserven abzuschaffen sind und das Verfahren zur Kapitalherabsetzung umgestaltet wird[626]. Und von PETER FORSTMOSER liegt ein Vorschlag für die Novellierung des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts vor[627]. In allen diesen Bereichen enthält das Bankengesetz eine parallele Ordnung[628], so dass die Corporate Governance der nächste Sachbereich ist, in dem sich bereits heute ein asynchroner Entwicklungsschub des modernisierten Aktienrechts abzeichnet.

g) Fazit

Das Organisationsrecht der Bank-Aktiengesellschaft befindet sich in einem regelrechten Strudel von einander überlagernden Gesetzgebungsprojekten. Einerseits wird das Aufsichtsrecht modernisiert und dadurch unter anderem an das vorausgeeilte Aktienrecht angepasst. Andererseits zeichnen sich bereits wieder grundlegende Neuerungen im Aktienrecht ab. Dass der Gesetzgeber die dabei aufgeworfenen Koordinationsfragen lückenlos und ohne zeitliche Verzögerung löst, ist nicht zu erwarten. Es wäre praktisch auch kaum möglich, zahlreiche Einzelarbeiten unterschiedlicher Kommissionen bereits frühzeitig mit dem Bankaufsichtsrecht abzustimmen. So hat die Bankenkommision zwar eine Expertengruppe „Revisonswesen" eingesetzt, deren Empfehlungen nun von einer Arbeitsgruppe „Bankenprüfung- und Überwachung" umgesetzt werden. Sie hat auf materieller Ebene auch die Rechnungslegungsrichtlinie revidiert. Andererseits war sie in der Expertenkommission zum Projekt RRG/VZA nicht vertreten. Unter solchen Vorzeichen werden die Koordinationsfragen des Bankorganisationsrechts auch bei den zukünftigen Gesetzen zunächst unbeantwortet bleiben. Umso wichtiger

---

626 *Böckli*, Aktienrecht, § 4 Rn. 55 ff.; *ders.*, ZBJV 138 (2002), 709 ff. (717 ff.); *ders.*, Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, 331 ff. (341 ff.). Schon früher *Stoffel*, SJZ 97 (2001), 533 ff.; *ders.*, Nennwertlose Aktien für die Schweiz, NZZ vom 19./20. Mai 2001, 29.

627 *Forstmoser*, ST 2002, 490.

628 Vgl. etwa Art. 25 Abs. 1 Ziff. 2.11 BankV und Art. 663a Abs. 3 OR (Aktienkapital); Art. 5 BankG und Art. 671 OR (gesetzliche Reserven); Art. 25 E-BankG und Art. 725 OR (Alarmglocke bei Kapitalverlust); Art. 11 BankG und Art. 732 ff. (Kapitalherabsetzung). Mit Blick auf die Vorschläge der Expertengruppe Corporate Governance sodann: Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und Art. 716a OR (Aufgaben des Verwaltungsrats).

ist die Entwicklung einer allgemeinen Koordinationsdogmatik für die Verhältnisbestimmung zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht.

5. Zwischenergebnis

Der Koordinationsbedarf im Bankorganisationsrecht ist geradezu evident, wenn man sich die zahlreichen Überschneidungen des Bankengesetzes mit den aktienrechtlichen Organisationsregeln vor Augen führt. Da die Bank häufig im Gewand einer Aktiengesellschaft daherkommt, gehört die Entscheidung über das anwendbare Recht zu den Kernfragen des Bankrechts überhaupt. Der kurze Überblick über den Diskussionsstand zur Koordination von Bankengesetz und Aktienrecht zeigt im Ergebnis, dass weder der Gesetzgeber noch Rechtsprechung, Administration oder Literatur eine umfassende Verhältnisbestimmung bereithalten. Die systematische rechtsdogmatische Koordination von Bankengesetz und Aktienrecht muss deshalb als bisher ungelöste Aufgabe angesehen werden. Dass für eine solche Dogmatik auch zukünftig Bedarf bestehen wird, zeigt sich an den derzeitigen Gesetzesprojekten, die zu weiteren asynchronen Entwicklungsschüben führen und damit neuen Koordinationsbedarf erzeugen werden.

II. Die bankengesetzliche Spezialität als primäres Koordinationsprinzip

Der wichtigste Anknüpfungspunkt für die Verhältnisbestimmung zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht ist und bleibt das bankengesetzliche Spezialitätsprinzip: Es ragt aus allen Diskussionen als Grundlinie heraus, ist ein immer wiederkehrendes Schlüsselelement. Auch im Folgenden wird es im Mittelpunkt stehen, wenn seine Eignung als ein primäres Koordinationsprinzip näher untersucht wird. Bei näherer Betrachtung erweist sich allerdings das Spezialitätsprinzip als eine überaus facettenreiche Koordinationsregel (1). In Anknüpfung an die Systematik der Normrelationen lässt sich auch hier ein wesentlicher Aspekt herausgreifen und als Ausgangspunkt für die Koordination von Bankengesetz und Aktienrecht verwenden: Die Unterscheidung zwischen formeller und materieller bankengesetzlicher Spezialität (2, 3). Sie erlaubt, die oftmals ungenau verwendete Formel zu einem schärferen Schwert der Dogmatik zu schmieden.

1. Einzelaspekte der bankengesetzlichen Spezialität

Auf den ersten Blick erscheint die bankengesetzliche Spezialität als einfaches, leicht zu handhabendes Koordinationsinstrument. Tatsächlich verbergen sich aber hinter dem Spezialitätsprädikat zahlreiche Einzelaspekte, deren wichtigste nachfolgend erläutert werden.

a) Keine *lex specialis* im Sinne der Methodenlehre

Nach ganz herrschender Lehre gelten die bankengesetzlichen Normen gegenüber den aktienrechtlichen Normen als *lex specialis*. Genau genommen handelt es sich bei der bankengesetzlichen Spezialität aber nicht um eine herkömmliche Form im Sinne der Methodenlehre. Der Spezialitätsbegriff dient vielmehr nur dazu, den (begründungsbedürftigen) Geltungsvorrang der bankengesetzlichen Normen auf eine griffige Formel zu bringen.

aa) Überschneidungs- statt Deckungsverhältnis

In der Methodenlehre gehört die Parömie *„lex specialis derogat legi generali“* zu den gängigen Kollisionsregeln für Normkonkurrenzverhältnisse. Im Wettbewerb der Normen trägt sie den differenzierten Regelungsintensitäten Rechnung, indem sie der auf den Sachverhalt genauer zugeschnittenen

Norm gegenüber der allgemeinen Norm den Vorrang zuweist[629]. Methodentechnisch liegt ein Spezialitätsverhältnis allerdings nur vor, wenn der Anwendungsbereich der speziellen Norm *vollständig* in demjenigen der allgemeineren Norm aufgeht, wenn also zwischen beiden Normen ein *Deckungsverhältnis* besteht. Das ist der Fall, wenn der Tatbestand der spezielleren Norm alle Merkmale der allgemeineren Norm und darüber hinaus noch mindestens ein zusätzliches Merkmal enthält[630]. Die Fälle der speziellen Norm sind also immer auch Fälle der allgemeineren Norm, nur dass ihr Anwendungsbereich aufgrund zusätzlicher Tatbestandsmerkmale enger gefasst ist. Bildlich kann man sich die Spezialität vorstellen als zwei Kreise, von denen der Kreis der Spezialnorm sich vollständig innerhalb des Kreises der allgemeinen Grundnorm befindet – sozusagen dessen Unterkreis und Teilmenge bildet.

Beim Verhältnis zwischen Aktienrecht und Bankengesetz liegt keine Spezialität im Sinne der Methodenlehre vor. Die aktienrechtlichen Normen gelten für alle Aktiengesellschaften, unabhängig von deren Geschäftstätigkeit; die bankengesetzlichen Normen gelten für alle Banken, unabhängig von deren Rechtsform. Damit unterfallen einige Fälle ausschliesslich der aktienrechtlichen Norm, andere ausschliesslich der bankengesetzlichen Norm, und einige schliesslich beiden Normen – das ist der Gegenstandsbereich der Bank-Aktiengesellschaften. Die „speziellere" bankengesetzliche Norm geht nie vollständig in der aktienrechtlichen Norm auf, sondern teilt mit ihr lediglich einen sachlichen *Überschneidungsbereich*. Bildlich kann man sich das Verhältnis vorstellen als zwei übereinander schwebende Kreisflächen, die teilweise dieselbe Grundfläche beschatten, bei denen aber selbst im Bereich der Überlagerung, also im gemeinsamen Schattenwurf, keine völlige Identität besteht, weil die Kreisflächen auf unterschiedlichen Ebenen – einmal im Privatrecht, einmal im öffentlichen Recht – angeordnet sind.

bb) Bankengesetzliche Spezialität als atypische Spezialität

Wenn also die bankengesetzliche Norm im Vergleich zu ihrem aktienrechtlichen Pendant als die „speziellere" bezeichnet wird, so ergibt sich das nicht aus dem methodischen Vergleich der beiden Normtatbestände[631]. Vielmehr wird hier den bankengesetzlichen Normen in einem untechnischen Sinn ein „Spezialitätsprädikat" zugewiesen. Effektiv ging und geht es dabei weniger

---

629 Zum Spezialitätsgrundsatz siehe oben S. 90 (Spezialisierung).

630 *Larenz*, Methodenlehre, 266; *Kramer*, Methodenlehre, 82.

631 *Larenz*, Methodenlehre, 268, sieht hierin denn auch keine Fälle der Spezialität.

um die Spezialität als erkanntes Normverhältnis als um die damit herkömmlich verbundene *Wirkung des Geltungsvorrangs* (Derogationswirkung). Der spezialgesetzliche Vorrang gilt nicht, *weil* hier eine im methodentechnischen Sinne speziellere Norm auf ihr allgemeineres Pendant trifft, sondern der Vorrang gilt, *als ob* eine derogativ wirkende Spezialität bestünde.

Aus Sicht der Methodenlehre ist die bankengesetzliche Spezialität letztlich nichts anderes als eine *fingierte Spezialität*. All dies macht sie aber nicht weniger gewichtig. Zwar wird der Geltungsvorrang neu begründungsbedürftig, weil er sich nicht aus der Struktur des Normverhältnisses ergibt. Wie aber noch zu zeigen sein wird, sind zumindest für die Frage nach der einschlägigen Rechtsgrundlage die bankengesetzlichen Normen jeweils als die Vorrangigen gedacht.

b) Formelle und materielle bankengesetzliche Spezialität

In Anknüpfung an die oben entwickelte Systematik der Normrelationen bildet auch bei der bankengesetzlichen Spezialität aus den zahlreichen Einzelaspekten die Unterscheidung zwischen der formellen und der materiellen bankengesetzlichen Spezialität eine grundlegende Differenzierung, die gleichzeitig als Ausgangspunkt für die Koordination zwischen Aktienrecht und Bankaufsichtsrecht dienen kann.

Bei der formellen Normrelation geht es um die Frage nach dem Verhältnis von zwei Rechtsnormen mit Blick auf deren Anspruch, einschlägige Rechtsgrundlage zu sein. Sie stellt sich nur im Falle einer Normenkonkurrenz. Die materielle Normrelation bezieht sich dagegen auf die inhaltliche Wechselwirkung zwischen Rechtsnormen. Sie kann sich auch ausserhalb von Konkurrenzfällen stellen[632].

Die Unterscheidung zwischen dem formellen und dem materiellen Aspekt einer Normrelation kann man auch für das Konzept der bankengesetzlichen Spezialität fruchtbar machen. Die formelle bankengesetzliche Spezialität drückt aus, dass mit Blick auf ein determiniertes Konkurrenzverhältnis eine *einschlägige bankengesetzliche Rechtsgrundlage* besteht. Ohne ein solches Konkurrenzverhältnis tritt die formelle bankengesetzliche Spezialität nicht in Erscheinung – wo nur eines der beiden Gesetze eine Regelung trifft, ergibt sich die Geltung der jeweiligen Norm schon aus dem gesetzlichen Normativanspruch[633]. Die materielle bankengesetzliche Spezialität kann

---

632 Vgl. oben S. 94 (formelle Normrelation); S. 102 (materielle Normrelation).

633 Beispiele: Nur im Bankengesetz geregelt sind etwa die Liquiditätsvorschriften (Art. 4 Abs. 1 lit. b BankG i.V. m. Art. 15 ff. BankV) oder das Risikomanagement

man demgegenüber als *inhaltliche Autonomie* verstehen. Eine materielle bankengesetzliche Spezialität liegt demnach vor, wenn die bankengesetzliche Spezialnorm nicht nur überhaupt anwendbar, sondern darüber hinaus auch autonom – d.h. ausschliesslich nach Massgabe des Bankengesetzes – auszulegen ist. Die Wertungen der aktienrechtlichen Grundordnung bleiben dann insgesamt unbeachtlich. Die Frage der materiellen bankengesetzlichen Spezialität stellt sich bei allen Normkonkurrenzverhältnissen, darüber hinaus aber auch bei *a priori* unverbundenen Normen, etwa im Falle der Verwendung gleicher Rechtsbegriffe.

c) Echte und unechte Spezialität

Eine an die vorgenannte Differenzierung anknüpfende Unterscheidung ist diejenige zwischen echter und unechter Spezialität. Schon im Rahmen der allgemeinen Normrelationen hat sich gezeigt, dass der formelle Aspekt eines Normverhältnisses deren materiellen Aspekt nicht präjudiziert: Die Existenz einer exklusiven Rechtsgrundlage schliesst inhaltliche Wechselwirkungen zwischen Konkurrenznormen nicht aus.

Angewendet auf die bankengesetzliche Spezialität bedeutet dies: Aus der Existenz einer einschlägigen bankengesetzlichen Norm folgt nicht automatisch, dass die darunter liegende aktienrechtliche Grundordnung vollständig verdrängt wird. Inhaltliche Verbindungen zwischen Aktienrecht und Bankengesetz bleiben vielmehr möglich. Bleibt das Aktienrecht interpretatorisch relevant, und sei es nur seinen Grundgedanken nach, so fallen formelle und materielle bankengesetzliche Spezialität auseinander. Das Bankengesetz ist dann *lex specialis* allein im formellen, nicht auch im materiellen Sinne. Nur wo der Spezialitätsgrundsatz formell *und* materiell trägt, liegt eine echte Spezialität vor. Wo dagegen das Bankengesetz zwar einen formellen Regelungsanspruch erhebt, die inhaltliche Determinierung der bankengesetzlichen Norm aber durch das Aktienrecht bestimmt oder mitbestimmt wird, liegt eine unechte Spezialität vor.

d) Absolute und relativierte Spezialität

Der Überblick über die Binnendifferenzierungen der Spezialität wäre unvollständig, wenn nicht nochmals die Unterschiede zur Sprache kämen, die

---

(Art. 9 Abs. 2 BankV). Nur im Aktienrecht geregelt sind beispielsweise die Rechte der Aktionäre gemäss 660 ff. OR (vgl. aber Art. 23ter Abs. 1bis BankG).

bei den unterschiedlichen Interpretationen in der Literatur zutage getreten sind. Hier war die von KLEINER vertretene Verhältnisbestimmung als *absolute Spezialität* charakterisiert worden: Regeln des Bankengesetzes sind von jeglicher Änderung des Aktienrechts unabhängig; sie sind gewissermassen „immunisiert" gegen allgemeine Rechtsänderungen. Demgegenüber konnte die von NOBEL vorgenommene Auslegung als *relativierte Spezialität* bezeichnet werden, weil nach ihr das Bankengesetz durch neuere aktienrechtliche Gesetzgebung verdrängt werden kann. Eine relativierte Spezialität vertritt auch die Aufsichtsbehörde, allerdings in etwas anderer Ausgestaltung: hier verdrängen die strengeren aktienrechtlichen Normen unabhängig vom zeitlichen Element die bankengesetzlichen Konkurrenzbestimmungen. Die Position von TANNER lässt sich schliesslich im Variationsfeld zwischen diesen Grundpositionen verorten.

Mit absoluter und relativierter Spezialität sind die Auslegungsarten folglich nach ihrem Ergebnis bezeichnet. Wie solche Auslegungen rechtsdogmatisch begründet werden, ist hingegen in den Charakterisierungen als „absolut" oder „relativiert" offen.

e) Fazit

Die Spezialität lässt sich in mindestens vierfacher Weise weiter nach Einzelaspekten differenzieren. Solcherlei verfeinerte Binnendifferenzierung zeigt bereits, dass es den alles umfassenden Fall der Spezialität – also die typische (auch methodentechnische), echte (formelle wie materielle Aspekte vereinende) und absolute (im Ergebnis ausschliessliche) Spezialität – eher selten gibt. Vielmehr ist gerade die bankengesetzliche Spezialität eine atypische Form, bei der formelle und materielle Aspekte auseinanderfallen können. Wann das genau der Fall ist und ob im Ergebnis eher eine Immunisierung gegenüber dem Aktienrecht oder eine Offenheit gegenüber dessen Fortentwicklungen die Koordination bestimmt – das sind die Fragen, die es weiter zu untersuchen gilt. Im Folgenden wird dem für das bankengesetzliche Spezialitätsprinzip anhand einiger Schwerpunkte (Verhältnis zur *lex posterior*-Regel, formelle und materielle Gehalte, heteronome Normierungen) vertieft nachgegangen.

2. Die formelle bankengesetzliche Spezialität

Die formelle bankengesetzliche Spezialität fungiert als Kurzformel, mit der für Bank-Aktiengesellschaften im Falle der Normenkonkurrenz ein spezieller Geltungsanspruch des Bankengesetzes gegenüber der aktienrechtlichen Rahmenordnung erhoben wird. Die explizite Koordinationsregel des Art. 16 SchlÜB OR (1936) bildet heute keine gültige Grundlage mehr, um den Vorrang der bankengesetzlichen Konkurrenznormen dogmatisch abzustützen (a). Begründen lässt sich dieser bankengesetzliche Geltungsvorrang auch nicht „logisch" aus der Normstruktur (b). Hingegen bleibt der Vorrang als Auslegungsergebnis belegbar (c). Im Anwendungsbereich der bankengesetzlichen Norm (d) behauptet sich diese formelle Spezialität auch gegenüber späteren Modernisierungen des Aktienrechts und wird nicht etwa im Sinne einer *lex posterior*-Regel durch neue Normen des Obligationenrechts durchbrochen (e).

a) Vorrang *qua* Gesetzesregelung? (Art. 16 SchlÜB OR 1936)

Die massgebliche Koordinationsdeterminante für das bank-aktienrechtliche Normverhältnis war über lange Zeit eine Regelung in den Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Obligationenrecht von 1936. Dieses statuierte einen *unkonditionellen Vorbehalt* zugunsten des Bankengesetzes von 1934 (Art. 16 SchlÜB). Die bankengesetzlichen Normen sollten ungeachtet der Konkurrenzart an die Stelle der aktienrechtlichen Normen treten. Die Regelung beinhaltete somit eine umfassende Derogativwirkung im bank-aktienrechtlichen Normverhältnis[634]. Das Bundesgericht hat diese umfassende Verdrängung des Aktienrechts durch das Bankengesetz in ein prägnantes Diktum gebracht, wonach „dort, wo das Bankengesetz eine Vorschrift enthält, diese gilt"[635].

Heute hingegen ist die gesetzliche Verhältnisbestimmung von 1936 nicht mehr relevant. Der Gesetzgeber hat im Jahre 1991 das Aktienrecht erneut revidiert. Die Übergangsbestimmungen der früheren Revision haben damit ihre Anwendbarkeit verloren. Als jüngeres Recht gelten gemäss der *lex posterior*-Regel allein die neuen Übergangsbestimmungen. Diese aber enthalten nicht länger eine dem Art. 16 SchlÜB entsprechende Regel. Es

634 Vgl. *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 103.
635 BGE 97 II 403 (408).

fehlt mit anderen Worten eine explizite gesetzliche Regel für das bank-aktienrechtliche Normverhältnis[636]. Zwar existieren Ausnahmefälle, bei denen das Bankengesetz punktuell das Normverhältnis positiv-rechtlich festlegt[637]. Im Übrigen muss aber das Verhältnis zwischen den beiden Gesetzesmaterien mit den üblichen Mitteln der Auslegung bestimmt werden.

b) Vorrang *qua* Normstruktur?

In der bisherigen Diskussion wird die bankengesetzliche Spezialität so behandelt, als liesse sich eine umfassende Verdrängung der aktienrechtlichen Bestimmungen aus der *lex specialis*-Eigenschaft der bankengesetzlichen Normen herleiten. Dadurch entsteht der Eindruck, die bankengesetzliche Spezialität könne normstrukturell als einfacher Anwendungsfall der Methodenlehre begründet werden. Eine solche Sicht ist schon deshalb unvollständig, weil die bankengesetzliche Spezialität eine atypische Spezialität ist – keine solche im Sinne der Methodenlehre[638].

Selbst wenn man – hypothetisch – zwischen Bankengesetz und Obligationenrecht ein Spezialitätsverhältnis im Sinne der Methodenlehre annähme, würde dies nicht genügen, um eine *umfassende* Verdrängung des allgemeineren Gesetzes zu begründen. Nur dort nämlich, wo sich die Rechtsfolgen der konkurrierenden Normen ausschliessen (Rechtsfolgenwiderspruch), führt das Verhältnis der Spezialität *notwendig* zur Verdrängung der allgemeinen Norm. Wo hingegen die Rechtsfolgen der konkurrierenden Rechtssätze sich nicht ausschliessen (Rechtsfolgendivergenz, Rechtsfolgenidentität), kommt es darauf an, ob nach der *Regelungsabsicht des Gesetzes* die Rechtsfolge der spezielleren Norm diejenige der allgemeinen Norm wirklich verdrängen, oder ob sie nicht vielmehr als Ergänzung neben dieser eintreten soll. Das

---

636 Anders die herrschende Meinung, die von der Weitergeltung von Art. 16 SchlÜB ausgeht. Vgl. *Forstmoser*, Organisation und Organisationsreglement, 40; *ders.*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 24; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 61 Rn. 58; *Kleiner*, SZW 64 (1992), 257; *Kleiner*, Komm. BankG, N 12 zu Art. 3 BankG; *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 178; *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 103. Differenziert *Tanner*, Auswirkungen des neuen Aktienrechts, 47 f.

637 So bestimmt der neue Art. 25 Abs. 3 E-BankG, dass die Bestimmungen über das aktienrechtliche Moratorium (Art. 725 f. OR) und über die Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung (Art. 729b Abs. 2 OR) auf Banken nicht anwendbar sind. Damit wird die Konkurrenz zwischen Art. 25 Abs. 1 E-BankG und Art. 725 f. OR sowie zwischen Art. 21 Abs. 4 BankG und Art. 729b Abs. 2 OR per Gesetz zugunsten des Bankengesetzes gelöst.

638 Dazu oben S. 162 (Keine *lex specialis* im Sinne der Methodenlehre).

Wirkungsverhältnis zwischen Spezialnorm und Grundnorm ist bei Rechtsfolgendivergenz und Rechtsfolgenidentität eine *Auslegungsfrage,* die mit Blick auf die Zielsetzung der konkret involvierten Teilrechtsordnungen zu beantworten ist[639]. Bei der bankengesetzlichen Spezialität sind es gerade die differenzierungsbedürftigen Fallgruppen, die das Konkurrenzverhältnis bestimmen: es geht meist um Rechtsfolgendivergenz oder Rechtsfolgenidentität, nur selten hingegen um direkt widersprüchliche Rechtsfolgen[640]. So verlangen sowohl das Aktienrecht als auch das Bankengesetz von der Bank-Aktiengesellschaft die Erstellung eines Jahresabschlusses (Rechtsfolgenidentität), weisen aber die Prüfung jeweils ihren teilrechtseigenen Revisionsstellen zu (Rechtsfolgendivergenz). Angesichts solcher Fälle widerspruchsfreier Normparallelen wäre es also selbst bei einem (hypothetischen) Spezialitätsverhältnis im Sinne der Methodenlehre unzulässig, aus der Normstruktur einen allgemeinen bankengesetzlichen Vorrang abzuleiten, der jede Anwendung konkurrierender Aktienrechtsnormen ausschliesst.

Noch weniger lässt sich der bankengesetzliche Vorrang auf normstrukturelle Überlegungen zurückführen, wenn man in Rechnung stellt, dass zwischen Bankengesetz und Aktienrecht tatsächlich *kein* Spezialitätsverhältnis im Sinne der Methodenlehre vorliegt. Strukturell gesehen liegen hier zwei gleichrangige, sich partiell überlagernde Normkreise vor. Aus einer solchen Struktur lässt sich nicht einmal im Falle des Normwiderspruchs ein „logischer" Vorrang zugunsten des einen oder des anderen Normkreises ableiten; die Bank-Aktiengesellschaft ist gleichermassen Bank, wie sie Aktiengesellschaft ist. Für das bank-aktienrechtliche Normverhältnis muss also nach anderen Koordinationsdeterminanten gesucht werden.

c) Vorrang als Auslegungsergebnis

Wo das Gesetz keine punktuelle Koordinationsregel für das Zusammenwirken zweier Teilrechtsmaterien enthält, sind für das Normverhältnis die üblichen Mittel der Interpretation ausschlaggebend, wobei bei widersprüchli-

---

639 Ausführlich oben S. 98 (Zuordnung bei Rechtsfolgendivergenz); S. 100 (Zuordnung bei Rechtsfolgenidentität). Einschränkend ist zu bemerken, dass aufgrund des aufsichtsrechtlichen Charakters des Bankengesetzes die Möglichkeit der Alternativität grundsätzlich entfällt: Die Bank kann nicht wählen, ob sie sich lieber dem Aktienrecht oder dem Bankaufsichtsrecht unterwirft. Denkbar ist hingegen, dass beide Normen nebeneinander gelten, die einen mit aufsichtsrechtlicher Relevanz, die anderen als zivilrechtlicher Massstab.

640 Für weitere Beispiele siehe oben S. 132 (Rechtsfolgendivergenz).

chen Auslegungsergebnissen deren Gewicht im Einzelfall zu berücksichtigen ist[641].

aa) Wortlaut

Der Wortlaut einer Einzelnorm ist im Normkonkurrenzfall meist wenig ergiebig. Nur dort, wo sie ausdrücklich ihren Vorrang erklärt und gleichzeitig eine eigene Regelung statuiert, kann man sich für das Normverhältnis auf den Wortlaut abstützen. Nimmt hingegen eine Norm ihren Regelungsanspruch ausdrücklich zurück, so fehlt es bereits an einem Konkurrenzverhältnis. Als interpretationsbedürftige Fälle bleiben damit von vornherein nur diejenigen übrig, bei denen das Normverhältnis aus dem Kontext ermittelt werden muss. Im Vordergrund stehen folglich die Intention des historischen Gesetzgebers, die Systematik sowie Sinn und Zweck der in Frage stehenden Regeln.

bb) Historie

Auch wenn Art. 16 SchlÜB heute nicht mehr gilt, so gibt er dennoch den klaren Willen des historischen Gesetzgebers wieder, wonach die gesellschaftsrechtlichen Konkurrenznormen hinter den bankengesetzlichen Bestimmungen zurückstehen sollten. Diese Intention wird durch die Materialien zum OR von 1936 zusätzlich unterstrichen[642]. Der Inhalt der Bestimmung in Art. 16 SchlÜB, also der bankengesetzliche Vorrang, bleibt mithin über deren Geltung als Gesetzesnorm als historisch begründete Koordinationsdeterminante bedeutsam[643].

cc) Systematik

Nach der systematischen Auslegung ergibt sich die Bedeutung einer Norm aus deren Stellung innerhalb eines bestimmten Gesetzes, aus dem Gesetz als einheitlichem Ganzen und schliesslich aus dem Regelungszusammenhang

---

641 Die Ablehnung einer festen Rangordnung der Auslegungsergebnisse durch das Bundesgericht fasst dieses selbst unter dem Begriff des „pragmatischen Methodenpluralismus" zusammen. Vgl. BGE 123 III 24 (26). Für die Lehre etwa *Forstmoser*, Einführung, 462.

642 Vgl. oben S. 147 (Gesetzliche Koordinationsregel im OR von 1936).

643 Vgl. nur BGE 114 Ia 191 (196 f.), wonach die vom Gesetzgeber erkennbar getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur bleiben, auch wenn es darum geht, das Gesetz mittels teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung neuen, vom Gesetzgeber nicht vorausgesehenen Umständen anzupassen oder zu ergänzen.

zwischen Gesetz und der Gesamtrechtsordnung[644]. Die isolierte Sicht auf den jeweils eigenen Gesetzeszusammenhang erlaubt nur bedingt Rückschlüsse auf teilrechtsübergreifende Normrelationen. Bei Konkurrenzverhältnissen steht daher unter systematischen Gesichtspunkten die Stellung des jeweiligen Gesetzes im Systemzusammenhang der Gesamtrechtsordnung im Vordergrund. Ergibt sich aus der Gegenüberstellung der Gesetze im Gesamtkontext ein Präferenzargument zugunsten des einen, so ist damit auch die Leitlinie für das Verhältnis auf der Einzelnormstufe festgelegt. Auf den vorliegenden Koordinationsfall angewendet: Bei der systematischen Interpretation ist darauf abzustellen, dass zwischen aktienrechtlichen und bankengesetzlichen Konkurrenzregeln mit Blick auf den Systemzusammenhang der Gesamtrechtsordnung eine vernünftige und zweckgerechte Normrelation besteht.

(1) Regelfall der Derogation

Aus der Gesamtperspektive resultiert ein Präferenzargument zugunsten der derogativen Wirkung bankengesetzlicher Konkurrenznormen. Inhaltlich erfasst das Bankengesetz mit seinen Regeln querschnittmässig die besondere Risikosituation „Bankgeschäft". Das Risiko ist unabhängig von der privatautonom gewählten Rechtsform der Bank; es stellt sich für die Genossenschaftsbank wie für die Bank-Aktiengesellschaft und sogar – allerdings mit Einschränkungen – für Privatbankiers. Indem die bankengesetzlichen Konkurrenznormen mit Vorrangwirkung ausgestattet werden, vermeidet man *rechtsformabhängige Unterschiede in der Behandlung einer einheitlichen Risikosituation.* Systematisch überzeugt dies deutlich mehr als die umgekehrte Konstellation, bei der eine Genossenschaftsbank und eine Bank-Aktiengesellschaft trotz bestehender bankengesetzlicher Organisationsregeln unterschiedliche organisatorische Rahmenbedingungen für ihre Geschäftstätigkeit vorfinden.

Zweckgerecht und mit einer Gesamtperspektive im Einklang stehend ist sodann eine Normrelation, die Überregulierung vermeidet. Solches leistet die umfassende Verdrängungswirkung der bankengesetzlichen Spezial-

644 Für einen Überblick siehe *Forstmoser*, Einführung, 451 f.; *Seiler*, Einführung, 218 f. Vertiefter *Larenz*, Methodenlehre, 324 ff.; *Röhl*, Rechtslehre, 609 f. Für die Bedeutungsvielfalt der systematischen Auslegung vgl. *Engisch*, Einführung, 94 f. m.z.N. Für die Rechtsprechung siehe BGE 120 II 112 (114): „Die Interpretation hat auch unter systematischen Gesichtspunkten zu erfolgen. Das Gesetz ist als Einheit und aus dem Zusammenhang zu verstehen, wobei dieser Zusammenhang allenfalls gesetzübergreifend, mit der ganzen Rechtsordnung zu berücksichtigen ist."

normen: sie entlastet die Bank-Aktiengesellschaft vom Erfordernis einer doppelten Pflichtenbindung. Ein Beispiel möge dies verdeutlichen: Banken und Aktiengesellschaften sind zur Rechnungslegung verpflichtet, wobei das materielle Rechnungslegungsrecht Unterschiede aufweist[645]. Die Bank-Aktiengesellschaft *kann* beide Gesetze befolgen und zwei unterschiedliche Geschäftsberichte erstellen (Rechtsfolgendivergenz). Zweckgerecht wäre eine solche Doppelbelastung indes nicht, denn gesamthaft gesehen genügt es, dass die Bank einen einzigen Geschäftsbericht erstellt. Die umfassende derogative Wirkung bankengesetzlicher Normen trägt also dem Anliegen Rechnung, dass im Interaktionsfeld von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht die Bank-Aktiengesellschaften in einen möglichst überschaubaren, klaren und effizienten Regelungsrahmen eingebettet werden.

(2) Ausnahmefall der Kumulation

Der Regelfall der umfassenden Vorrangposition bankengesetzlicher Normen unterliegt allerdings einer systematisch begründeten Ausnahme. Auch wenn grundsätzlich bei teilrechtsübergreifenden Konkurrenzverhältnissen das Zusammenspiel der Normen in der Gesamtrechtsordnung im Vordergrund steht, so wird die Stellung einer Norm *innerhalb* ihrer eigenen Teilrechtsordnung nicht gänzlich irrelevant. Jede Konkurrenznorm erfüllt gesetzesintern eine spezifische Funktion. Tritt eine bankengesetzliche Regel an die Stelle einer aktienrechtlichen Konkurrenzbestimmung, so muss sie deren Funktion umfassend wahrnehmen können. Das ist die Konsequenz einer den Normzweck berücksichtigenden Systematik (systematisch-teleologische Auslegung).

Im Regelfall ist die systeminterne Funktionswahrung unproblematisch. Ein Ausnahmefall besteht aber bei der Rechtsfolgendivergenz im Rechnungslegungsrecht: Das Bankengesetz schreibt die Prüfung der Jahresrechnung durch die bankengesetzliche Revisionsstelle vor, das Aktienrecht verlangt dasselbe von der aktienrechtlichen Revisionsstelle[646]. Das Konkurrenzverhältnis untersteht nach der Systematik des Bankengesetzes grundsätzlich dessen derogativer Wirkung. Die exklusive Prüfungspflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle hätte aber den Wegfall der Mitwirkung der aktienrechtlichen Revisionsstelle bei der Generalversammlung zur Fol-

---

645 Art. 6 BankG, Art. 662 OR. Zu den Unterschieden siehe unten S. 275 (Einzelfragen der Koordination, jeweils: Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts).

646 Art. 18 BankG, Art. 728 OR.

ge[647]. Damit würde ein zentrales Instrument des Aktionärsschutzes untergraben, nämlich die sachlich fundierte Entscheidung über Genehmigung oder Rückweisung der Jahresrechnung. Eine solche *dysfunktionale Blockade* im aktienrechtlichen System der *checks and balances* ist im Rahmen einer systematischen Auslegung nicht vertretbar, weshalb ausnahmsweise beide Teilrechtsordnungen anwendbar bleiben müssen[648].

Die systematische Verhältnisbestimmung spricht folglich im Regelfall für einen formellen Vorrang des Bankengesetzes gegenüber den aktienrechtlichen Regeln. In einzelnen Ausnahmefällen erweist sich eine solche Verdrängungswirkung gegenüber dem Aktienrecht indes als systemwidrig. Eine eindeutige Antwort auf die Koordinationsfrage ist der Systematik allein darum nicht zu entnehmen.

dd) Teleologie

Die teleologische Auslegung ist in ihrer Erforschung von Sinn und Zweck einer Regelung mit den übrigen Auslegungselementen eng verwoben, denn der Zweck einer Norm erschliesst sich meist erst über Wortlaut, systematischen Zusammenhang und Gesetzgebungsgeschichte. Bei der teleologischen Auslegung zu teilrechtsübergreifenden Koordinationsfragen kommt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Prinzip der *Gleichbehandlung von Gleichartigem* massgebliche Bedeutung zu[649]. Damit wird der besonders enge Konnex zwischen systematischer und teleologischer Auslegung offensichtlich, denn für das Bundesgericht folgt schon aus der systematischen Auslegung die Notwendigkeit der Gleichbehandlung gleichartiger Tatbestände[650]. Gleichzeitig ragt aus dem spezifischen Koordinationskontext zwischen Bankengesetz und Aktienrecht heraus, dass das Bankengesetz einem *intensiveren Gläubigerschutz* verpflichtet ist als das Aktienrecht[651]. Diese besondere, sich aus dem Vergleich der beiden Teilrechtsnormen erge-

---

647 Vgl. Art. 729 OR.

648 Ausführlicher unten S. 353 (Ausnahme der Kumulation).

649 Vgl. nur BGE 114 Ia 191 (199), unter Hinweis auf *Larenz*, Methodenlehre (3. Aufl.), 319 ff. So immer noch *Larenz*, Methodenlehre (6. Aufl.), 334.

650 In BGE 114 Ia 191 ff. verwendet das Bundesgericht für die systematische und die teleologische Auslegung dieselben Kriterien, nämlich die Gleichartigkeit der Tatbestände in zwei besonderen Haftpflichtgesetzen. Für die These, dass sich systematische und teleologische Auslegung kaum trennen lassen, siehe *Engisch*, Einführung, 95.

651 Siehe oben S. 136 (intensivierter Gläubigerschutz).

bende Zielsetzung des Bankengesetzes ist im Rahmen der teleologischen Auslegung mit zu berücksichtigen.

(1) Gleichbehandlungsprinzip

Mit Blick auf das Konkurrenzverhältnis zwischen aktienrechtlichen und bankengesetzlichen Normen ergibt sich hinsichtlich der Teleologie der Gleichbehandlung ein *Präferenzargument zugunsten des bankengesetzlichen Vorrangs*. Strukturell gesehen ist die Bank-Aktiengesellschaft zwar nicht mehr Bank als Aktiengesellschaft. Wenn es aber ein Bankengesetz mit eigenen Organisationsregeln gibt, so kann dessen Zweck nur sein, das rechtsformunabhängige Risiko des Bankgeschäfts einer entsprechend rechtsformunabhängigen Regelung zu unterstellen. Die Regelungsabsicht eines einheitlichen organisatorischen Regimes würde aber konterkariert, wenn für die als Aktiengesellschaften organisierten Banken nach den besonderen Anordnungen des Gesellschaftsrechts andere Regeln gälten als für die übrigen Banken.

Keine zwingende Folge des Gleichbehandlungsprinzips ist hingegen die umfassende derogative Wirkung der bankengesetzlichen Normen. Die aufsichtsrechtliche Gleichbehandlung des bankspezifischen Risikos ist bereits dann erreicht, wenn die Anwendung des Bankengesetzes sichergestellt ist. Ob neben dem bankrechtlichen Regime auch noch die obligationenrechtlichen Organisationsvorschriften Anwendung beanspruchen, spielt aus dieser Sicht keine Rolle.

(2) Intensivierter Gläubigerschutz

Keine eindeutige Antwort über das bank-aktienrechtliche Normverhältnis liefert die teleologische Auslegung, wenn man auf den intensivierten Schutzauftrag des Bankengesetzes abstellt. Wo Bankengesetz und Aktienrecht dasselbe anordnen (Rechtsfolgenidentität), lässt sich aus dem gesteigerten Schutzauftrag des Bankengesetzes weder der Vorrang bankengesetzlicher Normen und schon gar nicht deren *exklusive* Anwendung ableiten. Liegt dagegen ein Rechtsfolgenwiderspruch vor, so steht die derogative Wirkung der bankengesetzlichen Konkurrenznorm nur dann im Einklang mit der Zielsetzung des gesteigerten Schutzauftrags, wenn sie *effektiv* ein strengeres Regime vorsieht. Erreicht dagegen das Aktienrecht ein höheres Schutzniveau, so verfehlt das Bankengesetz seine koordinationsdogmatische Zielsetzung. Im Sinne einer Schadensbegrenzung wäre dann der substitutive Vorrang der aktienrechtlichen Norm in Erwägung zu ziehen. Ähnlich

verhält es sich im Falle der Rechtsfolgendivergenz. Hier liesse sich selbst bei einem *höheren* bankengesetzlichen Schutzniveau nicht die umfassende derogative Wirkung der bankengesetzlichen Norm ableiten. Denn die Zielsetzung des intensivierten Gläubigerschutzes wird nicht gehindert, wenn *neben* dem Bankengesetz zusätzlich das minder schutzintensive Aktienrecht gilt – wichtig ist unter diesem Gesichtspunkt nur, *dass* die Anwendung des schutzintensiveren Bankengesetzes gewährleistet ist.

Teleologisch betrachtet spricht also das Prinzip der Gleichbehandlung aller Banken für den umfassenden Vorrang der bankengesetzlichen Konkurrenznormen, während sich aus dem Prinzip des intensivierten Schutzauftrags keine eindeutige Antwort über das Normverhältnis gewinnen lässt.

ee) Kombination der einzelnen Auslegungsergebnisse

Bei Normkonkurrenzen zwischen Bankengesetz und Aktienrecht ergeben sich aus der historischen, systematischen und teleologischen Auslegung starke Präferenzargumente für die Annahme, dass im Regelfall das Bankengesetz einen *umfassenden Geltungsvorrang* geniessen soll. Eine Ausnahme besteht im praktisch seltenen Fall, bei dem der bankengesetzliche Geltungsvorrang zu einer dysfunktionalen Blockade des Aktienrechts führen würde.

Klärungsbedürftig bleibt bei diesem Ergebnis die Rolle des teleologischen (Teil-)Kriteriums des intensivierten bankengesetzlichen Schutzauftrags. Im Gegensatz zu den anderen Auslegungskriterien verlangt dieses nämlich den Vorrang der strengeren aktienrechtlichen Norm. Soll ihm gegenüber den anderen Auslegungskriterien ein solch überragendes Gewicht zukommen, dass es für die Frage nach der einschlägigen Rechtsgrundlage als ergebnisbestimmend anzusehen ist? Ist mit anderen Worten der intensivierte Schutzauftrag des Bankengesetzes das *overriding principle* der formellen Verhältnisbestimmung zwischen Bankengesetz und Aktienrecht? Dagegen sprechen gewichtige Argumente.

Erstens kann der intensivierte Schutzauftrag nicht das allein geltende Kriterium für die Verhältnisfrage bilden, weil er nicht in allen Konkurrenzfällen eine Antwort bereithält. Wo Bankengesetz und Aktienrecht dieselbe Rechtsfolge anordnen, hilft das Kriterium der Schutzintensität für die Frage nach der einschlägigen Rechtsgrundlage nicht weiter.

Zweitens besteht schon innerhalb der teleologischen Auslegung ein Spannungsverhältnis zwischen der Zielsetzung einer formellrechtlichen Gleichbehandlung aller Banken durch das Bankengesetz und der Zielsetzung des intensivierten bankengesetzlichen Schutzauftrags. Dieses *intern-*

teleologische Spannungsverhältnis relativiert die Argumentationskraft des Schutzkriteriums, kann man sich doch nicht einfach auf Sinn und Zweck einer bankengesetzlichen Konkurrenznorm berufen, um dem Aktienrecht im Einzelfall den Vorrang einzuräumen[652].

Drittens war die Zielsetzung des intensivierten bankengesetzlichen Schutzauftrags in keiner Phase der parallelen Existenz der beiden Teilrechtsordnungen durchgehend verwirklicht. Es bestanden immer Fälle der Rechtsfolgenidentität – aus der Perspektive der intensivierten Schutzperspektive eine Inkongruenz. Wichtiger aber noch: Es gab schon unter dem aktienrechtlichen Regime von 1936 den Fall einer strengeren aktienrechtlichen Regelung, ohne dass der Gesetzgeber eine Korrektur für notwendig erachtete: So verlangte Art. 733 OR (1936) im Gegensatz zu Art. 11 BankG (1934) für die konstitutive Kapitalherabsetzung nicht nur einen *einmaligen* Schuldenruf im statutarischen Publikationsorgan, sondern einen *dreimaligen* Schuldenruf im Schweizerischen Handelsamtsblatt *und* im statutarischen Publikationsorgan[653]. Im Rahmen der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum OR 1936 wurde Art. 11 BankG revidiert, aber nicht etwa im Sinne einer Angleichung an das OR von 1936. Gemäss Art. 17 SchlÜB OR (1936) wurde vielmehr ein neuer Absatz 2 zu Art. 11 BankG hinzugefügt. Er regelte die Kapitalherabsetzung bei der Bank-Genossenschaft und der Bank-GmbH und erklärte die im Vergleich zum Aktienrecht liberalere Regelung von Art. 11 Abs. 1 BankG auch für diese beiden Rechtsformen als verbindlich. Obwohl es nur eines zusätzlichen Federstrichs bedurft hätte, um Art. 11 BankG auf das aktienrechtliche Schutzniveau zu heben, verzichtete der Gesetzgeber auf diesen Schritt.

Damit ist der intensivierte Gläubigerschutz des Bankengesetzes als Auslegungselement nicht insgesamt in Frage gestellt. Nur kann man ihm angesichts solcher gesetzgeberischer Entscheide auch nicht den Vorrang vor allen anderen Auslegungsergebnissen einräumen und ihm den Rang eines *overriding principle* der Verhältnisbestimmung zuschreiben.

ff) Fazit

Aus der historischen und systematischen Perspektive ergibt sich ein Präferenzargument für eine umfassende derogative Vorrangwirkung bankenge-

---

652 Zur beschränkten Aussagekraft des teleologischen Auslegungselements, wenn die verschiedenen Zielsetzungen des Gesetzes in einem Spannungsverhältnis stehen, vgl. *Forstmoser*, Einführung, 456.

653 Vgl. Art. 11 BankG, Art. 733 OR.

setzlicher Konkurrenznormen. Eine Ausnahme gilt für die praktisch seltenen Fälle, in denen die Annahme einer umfassenden derogativen Wirkung der bankengesetzlichen Spezialnorm zu einer dysfunktionalen Blockade im Aktienrecht führt. Diesfalls wirkt das Aktienrecht als Grundordnung weiter, das Bankengesetz tritt als Kumulativordnung hinzu.

d) Vorrang nur bei Anwendbarkeit der bankengesetzlichen Norm

Steht somit fest, dass im Falle konkurrierender Regelungsansprüche die bankengesetzliche Norm regelmässig den Vorrang geniesst (formelle bankengesetzliche Spezialität), so bleibt dabei noch offen, wann genau ein solcher Regelungsanspruch vom Bankengesetz überhaupt erhoben wird. Auch das lässt sich nicht pauschal, sondern nur in einer Auslegung der einzelnen Bestimmungen klären. Dabei gibt es innerhalb der Vielfalt von bankengesetzlichen Regelungen zwei unterschiedliche Gruppen von Normen und Normkomplexen: erstens solche, die eine Sachfrage mindestens ebenso umfassend regeln wie das entsprechende Aktienrecht, und zweitens solche, die eine Sachfrage im Vergleich zum Aktienrecht weniger umfassend, ja gar lediglich punktuell regeln.

In der ersten Fallgruppe bieten sich für die Feststellung des bankengesetzlichen Regelungsanspruchs und damit der formellen Spezialität wenig Schwierigkeiten. Wo beide Gesetze gleichermassen umfassende Regelungen vorsehen oder gar das Bankengesetz noch detailliertere Regeln trifft als das Aktienrecht, ist das Konkurrenzverhältnis für den gesamten Regelungsbereich leicht erkennbar – und damit auch der bankengesetzliche Geltungsvorrang. Solche einfachen Fälle sind etwa die Parallelnormierungen bei der Mindestkapitalisierung, bei der gesetzlichen Reserve, bei den Gliederungsvorschriften für die Bilanz und Erfolgsrechnung und bei der Abschlussprüfung[654].

In der zweiten Gruppe, wenn also das Bankengesetz im Vergleich zum Aktienrecht weniger detaillierte oder weniger umfassende Regeln setzt, ist hingegen nicht gleichermassen klar ersichtlich, wie weit der damit verbundene Regelungsanspruch reicht. Hier kann es auch Sachverhalte geben, die von der bankengesetzlichen Norm nicht effektiv erfasst werden sollen und darum trotz der formellen bankengesetzlichen Spezialität in die residuelle

654 Vgl. jeweils Art. 621 OR und Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG i.V.m. Art. 4 BankV (Mindestkapital); Art. 671 OR und Art. 5 BankG (gesetzliche Reserve); Art. 663 ff. OR und Art. 6 Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 24 ff. BankV sowie RRV-EBK (Rechnungslegung); Art. 728 OR und Art. 18 BankG (Abschlussprüfung).

Regelungskompetenz des Aktienrechts fallen. Was etwa gilt, wenn das Bankengesetz zwar über ein eigenes System von Verantwortlichkeitsbestimmungen verfügt, anders als das Aktienrecht aber keine Gerichtsstandsregel trifft? Handelt es sich hier um ein qualifiziertes Schweigen oder um einen Regelungsverzicht zugunsten des Aktienrechts?[655] Wie steht es, wenn das Bankengesetz ein Verfahren für die konstitutive Kapitalherabsetzung vorsieht (Art. 11 BankG), nicht aber für die deklarative Kapitalherabsetzung und auch nicht für die Kapitalerhöhung? Ist hier von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Bankengesetzes auszugehen oder von einem Regelungsverzicht?[656] Die gleiche Frage stellt sich angesichts der bankengesetzlichen Wohnsitzregelung, die nur die Mitglieder der Geschäftsführung erwähnt, nicht aber die Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 3 Abs. 2 lit. d BankG)[657]. Kurz: die Reichweite des Regelungsanspruchs – ob also eine bankengesetzliche Bestimmung nur zu einer isolierten Einzelfrage Stellung nimmt, oder ob sie den Anspruch erhebt, für den gesamten Themenkomplex der damit verbundenen Sachfragen die ausschliessliche Rechtsgrundlage zu stellen – muss in dieser zweiten Gruppe wiederum durch Auslegung der einzelnen Bestimmungen ermittelt werden.

Für diese Auslegung sind die ausserordentlich knappe bundesrätliche Botschaft und die im Eiltempo durchgeführten parlamentarischen Beratungen wenig ergiebig. Auch die systematische Perspektive trägt zur Konkretisierung der überall im Gesetz verstreuten Organisationsregeln wenig bei. Hingegen kann hier das teleologische (Teil-)Kriterium des intensivierten bankengesetzlichen Gläubigerschutzes eine Leitlinienfunktion übernehmen: Genügt bereits das aktienrechtliche Instrumentarium dem Schutzauftrag des Bankengesetzes, so spricht dies dafür, dass der in Frage stehende Sachbereich in der Residualkompetenz des Aktienrechts verbleibt. Werden dage-

---

655 Geltung der aktienrechtlichen Gerichtsstandbestimmung: BGE 97 II 403 (408). Nach dem revidierten Bankengesetz wird die bisherige Parallelnormierung durch eine Verweisung des Bankengesetzes auf die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts ersetzt (Art. 39 BankG). Die aktienrechtliche Gerichtsstandsbestimmung wurde aufgehoben gemäss Ziff. 5 des Anhangs zum GstG. Heute gelten die Art. 7 Abs. 1 und Art. 29 GstG.

656 Von einem bankengesetzlichen Regelungsanspruch bezüglich der Kapitalerhöhung geht etwa die EBK aus, vgl. EBK-RS 93/1 Rn. 7. Vgl. aber unten S. 349 (Überschneidung bei den besonderen Prüfungshandlungen). Für die aktienrechtliche Residualkompetenz bei der deklarativen Kapitalherabsetzung vgl. sodann S. 369 (Angemessenheit des aktienrechtlichen Gläubigerschutzes).

657 Die EBK geht von einem Regelungsanspruch aus. Sie verlangt über die Bestimmung von Art. 708 OR hinaus, dass Präsident(in) und Vizepräsident(in) des Verwaltungsrats in der Schweiz Wohnsitz haben.

gen die Gläubigerinteressen so intensiv berührt, dass die Schutzmechanismen des Aktienrechts als ungenügend angesehen werden müssen, so führt dies im Rahmen der Auslegung zu einer Bejahung des bankengesetzlichen Regelungsanspruchs.

Wohlgemerkt: Der intensivierte Schutzauftrag des Bankengesetzes ist für die Frage der formellen Regelungskompetenz nur dann beachtlich, wenn das Bankengesetz Organisationsregeln mit unklarer Reichweite trifft (zweite Gruppe). Daraus folgt zweierlei: Wo dem Bankengesetz unmissverständlich eine umfassende Regelungsverantwortung übertragen wird (erste Gruppe), kommt es auf die Frage des intensivierten Schutzauftrages nicht an; das Bankengesetz ist auf jeden Fall einschlägige Rechtsgrundlage. Wo keine auslegungsfähige Rechtsgrundlage für eine Regelungsverantwortung besteht, hilft auch der Hinweis auf den intensivierten Schutzauftrag nicht weiter; die Aufsichtsbehörde kann diesfalls die aktienrechtliche Ordnung nicht ausser Kraft setzen, ohne das Legalitätsprinzip zu verletzen.

e) Vorrangdurchbrechung bei Rechtsänderung?

Das Bankengesetz geniesst nach alledem formelle Spezialität gegenüber konkurrierenden Regelungen des Aktienrechts. Was aber gilt, wenn der Gesetzgeber das Aktienrecht im weiteren Sinne (OR, RRG, FusG) modernisiert? Durchbrechen dann die neueren Normen der allgemeinen Grundordnung gemäss der *lex posterior*-Regel die „veralteten" Bestimmungen des Bankengesetzes?

Wenn es stimmen sollte, dass den jeweils moderneren Normen ein Anwendungsvorrang zukommt, so wären in der Tat alle oben präsentierten Differenzierungen überflüssig: man könnte sich nach Belieben jeweils bei den Normen bedienen, mit denen der Gesetzgeber zuletzt seinen Willen geäussert hat. Die Frage, wie man in der Koordination der Teilrechtsordnungen auf Rechtsänderungen zu reagieren hat, ist darum eine Herausforderung für die bisherigen Untersuchungsergebnisse.

Gewichtige *methodische Einwände* sprechen allerdings dagegen, die formelle bankengesetzliche Spezialität jeweils zu durchbrechen, wenn der Gesetzgeber im Aktienrecht eine neue Regelung schafft. Methodisch fehlerhaft wäre es nämlich, die *lex posterior*-Regel auch gegenüber spezialgesetzlichen Normen anzuwenden. Die spätere Norm kann nur eine *gleichartige* frühere Norm verdrängen, nicht aber eine Norm, die als *lex specialis* gilt. Die festgestellte bankengesetzliche Spezialität wäre gar keine Spezialität, wenn sie durch eine Änderung der allgemeineren Norm unterlaufen werden könnte.

Nach der Methodenlehre lässt der Spezialitätsgrundsatz für den Temporalisierungsgrundsatz nämlich keinen Raum[658]. Entgegen anderslautenden Hinweisen in der Doktrin entspricht dies auch der bundesgerichtlichen Praxis[659]. Das Bundesgericht hat in keinem Fall entschieden, dass die jüngere allgemeine Norm die ältere Spezialnorm als einschlägige *Rechtsgrundlage* verdrängt. Vielmehr erfolgte die Berücksichtigung der Novellierung im Rahmen der *Auslegung* der Spezialnorm[660]. Inwieweit aber für die inhaltliche Konkretisierung der Spezialnorm die Wertungen und Wertungs*änderungen* der Grundnorm beachtlich sind, ist keine Frage der formellen Normrelation, sondern gehört allein zur materiellen Verhältnisbestimmung[661].

Methodisch inkonsequent ist es zudem, wenn der Vorrang des neuen Rechts mit *lex posterior*-Argumenten begründet, gleichzeitig aber *selektiv* eingesetzt wird. Tatsächlich soll nämlich die Vorrangwirkung nur dort eintreten, wo das neue Aktienrecht eine intensivere Schutzwirkung entfaltet als die ältere bankengesetzliche Konkurrenznorm[662]. Eine allfällige Rücknahme des aktienrechtlichen Schutzinstrumentariums bliebe dagegen unbeachtlich. Das mag im praktischen Ergebnis durchaus plausibel sein. Wer wollte schon behaupten, dass jede Liberalisierung im Aktienrecht – etwa die Abschaffung des Schuldenrufs bei der Kapitalherabsetzung – gleichzeitig unmittelbar auf das Bankengesetz durchschlägt und die freiheitlicheren aktienrechtlichen Regeln, nur weil sie neueren Datums sind, an die Stelle der bankengesetzlichen Konkurrenznormen treten? Allerdings: Die *lex posterior*-Regel kann derartige Differenzierungen nicht leisten. Sie stellt für den Gel-

---

658 Siehe oben S. 91 (Temporalisierung).

659 *Imboden/Rhinow/Krähenmann*, Verwaltungsrechtssprechung, Nr. 20 B III a, Hinweis auf BGE 115 Ib 88 (92).

660 Vgl. BGE 115 Ib 88 (93): Bei der *Auslegung* der Bestimmungen des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen vom 3. Oktober 1975 ist die entsprechende Bestimmung des neueren und allgemeinen Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 heranzuziehen. In diesem Fall scheute das Bundesgericht auch nicht davor zurück, die ältere Spezialbestimmung trotz klaren Wortlauts im Lichte der neueren Bestimmung auszulegen. Vgl. sodann BGE 123 V 20 (24): Bei der *Auslegung* der Bestimmung der Verordnung zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung über das Wartetaggeld ist die neuere Bestimmung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes über die allgemeine Wartezeit heranzuziehen, und dies auch dann, wenn der Wortlaut der IVV-Bestimmung her klar eine andere Regelung trifft.

661 Dazu sogleich S. 181 ff.

662 Vgl. nur EBK-RS 93/1 Rz. 3: „[E]nthält das revidierte Aktienrecht Bestimmungen, die weitergehen als die bankengesetzlichen Sonderbestimmungen, gilt für Bankaktiengesellschaften grundsätzlich das revidierte Aktienrecht."

tungsvorrang ausschliesslich auf den *Zeitpunkt* des Normerlasses ab, nicht auf den *Inhalt* der Norm. Soll also die Vorrangwirkung der späteren aktienrechtlichen Bestimmung vom inhaltlichen Kriterium der intensivierten Schutzwirkung abhängen, so ist die Figur der *lex posterior* methodisch das falsche Gefäss.

f) Fazit

Insgesamt kann sich die formelle bankengesetzliche Spezialität als Auslegungsergebnis durchsetzen – und zwar auch gegenüber *neuerem* Aktienrecht. Im Konkurrenzverhältnis geniesst mit anderen Worten die bankengesetzliche Bestimmung den exklusiven Geltungsvorrang: Sie bildet die ausschliessliche formelle Organisationsvorschrift der Bank-Aktiengesellschaft.

3. Die materielle bankengesetzliche Spezialität

Die ohnehin schon variantenreiche Ausgangsposition im Formellen wird bei der inhaltlichen Ausdeutung des Spezialitätsgrundsatzes noch um einige Facetten reicher. Der Variantenreichtum der materiellen bankengesetzlichen Spezialität liegt in den verschiedenen Formen ihrer Relativierung (c). Hier findet sich der eigentliche Kern der bankorganisationsrechtlichen Koordinationsdogmatik, der für die Einzelfragen des letzten Teils zur ständigen Referenz werden wird. Bevor allerdings die Formen und, daran anschliessend, auch die Schranken der Relativierung (d) geschildert werden, bleibt zunächst zu begründen, warum die materielle Spezialität überhaupt mit Relativierungen verbunden sein muss (b). Immerhin könnte man auch auf den Gedanken kommen, dass es eine *absolute* materielle Spezialität gibt (a).

a) Absolute materielle Spezialität?

Bei der materiellen bankengesetzlichen Spezialität geht es um die Frage der *inhaltlichen Autonomie der bankengesetzlichen Regelung* gegenüber der allgemeineren Regel, die sich in der aktienrechtlichen Grundordnung findet. Spezialität in diesem inhaltlichen Sinne besteht nur insoweit, als die bankengesetzliche Norm aus sich heraus (autonom), das heisst ohne Bezugnahme auf das Aktienrecht ausgelegt werden kann. Eine absolute materielle Spezialität würde demzufolge voraussetzen, dass der Inhalt der bankengesetzlichen Norm unter keinem Gesichtspunkt mit Blick auf das Aktien-

recht interpretiert werden müsste, sondern vielmehr von ihm völlig unabhängig wäre – ein *isoliertes Sonderrecht* also.

Ein solches autonomes Sonderrecht ist aber im Bereich der Spezialität gar nicht möglich. Denn diese setzt formell voraus, dass eine Normenkonkurrenz des Bankengesetzes mit dem Aktienrecht vorliegt; ohne eine solche Konkurrenz könnte man gar nicht sinnvoll von Spezialität sprechen. Sobald aber die Konkurrenz auftritt, lässt sich der bankengesetzliche Tatbestand nicht mehr völlig isoliert von seinem aktienrechtlichen Pendant interpretieren. Während sich also die formelle Spezialität als absolute, das Aktienrecht ausschliessende, Spezialität erweist, handelt es sich bei der materiellen Spezialität stets um eine *relativierte*, die offen ist für aktienrechtliche Einwirkung.

Diese Aussage lässt sich belegen, indem man sie für die unterschiedlichen Spezialgestaltungen durchspielt. Besteht die Spezialität des Bankengesetzes darin, dass es sich in einzelnen Tatbestandsmerkmalen unterscheidet, dann bleibt die aktienrechtliche Grundordnung ohne weiteres für die Interpretation der übrigen relevant. Dasselbe gilt erst recht, wenn eine Parallelregelung getroffen wird, die an identische Tatbestandsmerkmale anknüpft. Ist das Bankengesetz hingegen spezieller, weil es explizit oder implizit die Nichtanwendbarkeit einer aktienrechtlichen Norm bestimmt, dann benötigt man das Aktienrecht immer noch für die Frage, von *welchen* Regelungsinhalten der Gesetzgeber eigentlich die Banken ausnehmen wollte – schliesslich muss man auch die Bedeutung und Reichweite der Nichtanwendung interpretatorisch erfassen. Letztlich gilt dieser allgemeine interpretative Rückbezug für alle Spezialitätsverhältnisse: erst der Blick auf den Normalfall macht deutlich, worin die Spezialität eigentlich besteht.

Im Ergebnis gibt es deshalb keine absolute materielle Spezialität – das heisst keine vollständige inhaltliche Autonomie der spezielleren Norm gegenüber der allgemeinen. Schon aus dem Konkurrenzverhältnis, das für den Begriff der Spezialität konstitutiv ist, folgt vielmehr eine inhaltliche Beziehung, die sich jeder isolierten Interpretation des Spezialgesetzes entgegenstellt. Selbst wenn ein Sachverhalt sich formell allein nach Bankengesetz beurteilt (formelle Spezialität), besteht deshalb immer die Möglichkeit, dass das Aktienrecht bei der Inhaltsbestimmung weiterhin berücksichtigt werden muss (relativierte materielle Spezialität).

Mit dieser allgemeinen Erkenntnis ist allerdings über die einzelne Verhältnisbestimmung im *Ergebnis,* wie sie zwischen den Vertretern einer absoluten Spezialität (KLEINER) bzw. denen einer relativierten Spezialität (NOBEL) umstritten ist, noch keinesfalls entschieden. Wenn es keine absolute Isolati-

on des Bankengesetzes im koordinationsbedürftigen Überschneidungsbereich geben kann, bedeutet dies lediglich, dass das Bankengesetz *möglicherweise* trotz seiner Spezialität durch Entwicklungen des Aktienrechts beeinflusst wird. Ob diese Einflussmöglichkeit sich in den umstrittenen Fallgruppen *tatsächlich* aktualisiert, oder ob dabei im Ergebnis die bankengesetzliche Spezialnorm unabhängig von der aktienrechtlichen Grundordnung wirkt, hängt unter anderem auch von gegenläufigen Prinzipien, namentlich dem Vorbehalt der Systemkompatibilität[663] ab und bleibt zwangsläufig der Interpretation im Einzelfall überlassen[664].

b) Relativierte materielle Spezialität

Die relativierte materielle Spezialität ist nach alledem der Normalfall innerhalb des bankengesetzlichen Spezialitätsprinzips, wie überhaupt bei jeder Spezialität von Normen und Normengruppen. Inhaltlich lassen sich solche Normen nicht autonom (ganz aus sich heraus), sondern nur heteronom interpretieren; das heisst konkret: Spezialregeln des Bankengesetzes im Zusammenhang mit den allgemeinen Normgestaltungen des Aktienrechts.

Sogar der Sinngehalt der knappen und intuitiv sofort verständlichen bankengesetzlichen Mindestkapitalbestimmung[665] lässt sich bei näherer Betrachtung nur unter Rückgriff auf das Aktienrecht konkretisieren. Der Begriff des Mindestkapitals wird im Bankengesetz und seiner Verordnung nämlich nicht präzisiert. Da aber das Aktienrecht unter dem Begriff des Mindestkapitals das *Aktien*kapital versteht[666], geht man für die inhaltliche Determinierung des aufsichtsrechtlichen Begriffs bei Bank-Aktiengesellschaften gleichfalls davon aus, dass das Aktienkapital gemeint ist[667].

Solcherlei Relativierungen der materiellen Spezialität, wie sie schon bei einfachen und vollständig erscheinenden bankengesetzlichen Vorschriften nachzuweisen sind, treten um so stärker in Erscheinung, je offener die bankengesetzlichen Vorschriften formuliert sind, je häufiger sie aktienrechtlich geprägte *termini technici* verwenden, je intensiver sie parallele Normierungen integrieren und je weitreichender sie für einzelne Sachfragen auf Teile des Aktienrechts verweisen. Mit anderen Worten: Im Überschneidungs-

---

663 Dazu näher unten S. 189 (Schranken der Relativierung).

664 Dazu näher im IV. Teil.

665 Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG i.V.m. Art. 4 BankV.

666 Vgl. die Marginale zu Art. 621 OR („Mindestkapital") und deren Inhalt („Das Aktienkapital muss mindestens 100'000 Franken betragen").

667 Vgl. *Lutz*, Komm. BankG (2002), N 75 zu Art. 4 BankG.

bereich der Teilrechtsordnungen geschieht die Normgestaltung der bankengesetzlichen Vorschriften regelmässig so, dass die Normen ihren Inhalt aus dem Aufsichtsrecht *und* aus dem Aktienrecht beziehen.

Diese heteronome Normgestaltung öffnet das Bankengesetz nicht nur für aufsichtsrechtlich motivierte Weiterentwicklungen. Wo das Bankengesetz eine rezeptionsfähige Regelung schafft, öffnet es sich vielmehr insgesamt für neue Entwicklungen in der Rechtsordnung, soweit sich deren Fruchtbarmachung im Bankenkontext anbietet. Dass der aktienrechtlichen Entwicklung dabei zwar keine ausschliessliche, aber doch eine vorrangige Bedeutung zukommt, liegt an der geschilderten sachlichen und entstehungsgeschichtlichen Nähe zwischen beiden Teilrechtsordnungen. Trotz der Überlagerung durch die bankengesetzlichen Spezialnormen bildet das Aktienrecht nach wie vor die organisatorische Grundordnung für die Bank-Aktiengesellschaft. Die Adäquanz ihrer Wertungsentscheidungen ist daher auch im Bankenkontext zu vermuten. Damit ist auch gleichzeitig die Schranke der aktienrechtlichen Wirkungsmöglichkeiten umschrieben: Wo die aktienrechtlichen Wertungen der aufsichtsrechtlichen Zielsetzung nicht oder nur ungenügend entsprechen, bleiben sie unbeachtlich[668].

Als weiterer Gesichtspunkt der relativierten materiellen Spezialität ist noch die Richtung der Beeinflussung zwischen den Teilrechtsordnungen zu bedenken. Zwar wird meist das Bankengesetz aus dem Aktienrecht heraus interpretiert, nicht umgekehrt. Aber eine Einflussnahme in der Gegenrichtung ist keinesfalls ausgeschlossen. Wird beispielsweise die Normverkoppelung durch Begriffsparallelisierung hergestellt, so ist damit grundsätzlich eine wechselseitige Beeinflussung möglich: was als „Mindestkapital" zählt, kann für das Bankengesetz aus dem Aktienrecht abgelesen werden; die interpretative Einwirkung vollzieht sich aber auch umgekehrt, wenn insoweit verallgemeinerbare Gerichtsentscheide zum Fall einer Bank-Aktiengesellschaft ergangen sind[669].

Tatsächlich ist es allerdings meist das Aktienrecht, aus dem Anhaltspunkte für die inhaltliche Determinierung der Begriffe und allgemein für die Influenzierung des Bankengesetzes gewonnen werden. Das folgt schon aus seiner Funktion als organisatorische Grundordnung der Bank-Aktiengesellschaft: während das Bankengesetz punktuell regelt, schafft das Aktienrecht eine umfassende Normierung. Zudem verfügt das Bankengesetz – wie das

668 Vgl. unten S. 189 (Schranken der Relativierung).

669 So weist insbesondere *Nobel* darauf hin, dass die Fälle aus dem Bankbereich auch die allgemeine Verantwortlichkeitspraxis im Gesellschaftsrecht beeinflusst haben. Vgl. *Nobel*, Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht, 244 f.

Verwaltungsrecht insgesamt – nur über ein relativ junges dogmatisches Fundament. Das Aktienrecht bildet demgegenüber ein in langer zivilrechtlicher Tradition entwickeltes Ausgleichssystem. Hinzu kommt, dass es in der Schweiz rund 800 Banken mit eigener Rechtspersönlichkeit gibt, aber rund 170'000 Aktiengesellschaften[670]. Der Zahlenunterschied schlägt sich auch in der judiziellen und rechtsdogmatischen Erfassung der Aktiengesellschaft nieder: Es wird mit Bezug auf die Aktiengesellschaft mehr entschieden, mehr geschrieben, mehr überlegt. All dies führt dazu, dass aktienrechtliche Ausdifferenzierungen meist zur Weiterentwicklung der bankengesetzlichen Sonderordnung führen, während der umgekehrte Fall die Ausnahme bleibt.

c) Formen der Relativierung

Die geschilderte Relativierung der materiellen bankengesetzlichen Spezialität tritt in einer Reihe von Formen auf, die äusserlich unterschiedlich gestaltet sind, aber ähnliche Koordinationseffekte haben. Dazu gehören zunächst diejenigen Spielarten der inhaltlichen Verkoppelung von Teilrechtsnormen, die schon im Rahmen der Systematik der Normrelationen als Grundstock einer materiellen koordinativen Normarchitektur Erwähnung fanden, also die Begriffsparallelisierung (aa), die Regelungsparallelisierung (bb) und die Verweisung (cc). Hinzu treten die bankengesetzlichen Generalklauseln, mit denen ebenfalls eine Relativierung der materiellen Spezialität verbunden ist (dd). Mit allen diesen Formen der Relativierung öffnet sich die bankengesetzliche Spezialität gegenüber Wertungen der Rechtsordnung, die ausserhalb des Bankengesetzes liegen, insbesondere gegenüber denjenigen der aktienrechtlichen Grundordnung.

aa) Begriffsparallelisierung

Im Interaktionsfeld von Bankengesetz und Aktienrecht liegt eine Parallelisierung zunächst dort vor, wo die Gesetze identische Begriffe verwenden. Es entsteht eine Verkoppelung der beiden Teilrechtsordnungen: vermu-

---

670 Stand für die Banken: 31.12.2002, vgl. Schweizerische Nationalbank, Die Banken in der Schweiz, Tabelle A 12 (Aufteilung: 255 Bank-AGs, 526 Genossenschaftsbanken (davon 493 im Raifeissenverbund zusammengeschlossen). Stand für die Aktiengesellschaften: 174'370 per 31.12.2003 (unter Einschluss der Kommandit-Aktiengesellschaften), SHAB Nr. 22 vom 3.2.2004, 30. *Forstmoser*, ST 2002, 485, bezeichnet die Aktiengesellschaft denn auch treffend als „Bonne à tout faire" des schweizerischen Gesellschaftsrechts. Zum weiten Spektrum der „real existierenden" Aktiengesellschaften auch *Böckli*, Aktienrecht, § 1 Rn. 74.

tungsweise kommt einem Rechtsbegriff in beiden Ordnungen derselbe Sinngehalt zu. Widerlegt ist die Vermutung erst, wenn die teilrechtseigene Wertung eine abweichende Begriffsbestimmung erfordert[671].

Im Interaktionsfeld zwischen Bankengesetz und Aktienrecht ist es meist das Bankengesetz, dass originär aktienrechtliche Begriffe in sein Regelwerk übernimmt. Es gibt allerdings Ausnahmen, etwa den Begriff der „Oberleitung", der erst im Zuge der Aktienrechtsreform von 1991 Eingang in das Obligationenrecht fand. Andere Beispiele für Parallelisierung finden sich bei der Kapitalherabsetzung im Begriff der „Generalversammlung", bei der Reservenbildung in den „Dividenden" und im „Nennwert", bei der Kapitalisierung im „Mindestkapital" und bei der Rechnungslegung im Begriff des „Geschäftsberichts". Der Bereich der Rechnungslegung zeigt dabei besonders deutlich, dass die Begriffsparallelisierung vom Bankengesetzgeber bewusst verfolgt wird. So wurden die Bestimmungen über die Rechnungslegungspflicht der Banken der neuen Terminologie des Aktienrechts angepasst; heute sprechen beide Teilrechtsordnungen einheitlich von der Pflicht, jedes Jahr einen Geschäftsbericht zu erstellen, der sich aus der Jahresrechnung und dem Jahresbericht zusammensetzt.

bb) Regelungsparallelisierung

Weitergehend als die blosse Begriffsparallelisierung ist die Regelungsparallelisierung. Hier weisen Bankengesetz und Aktienrecht inhaltlich gleichgestaltete Normen auf, ohne dass es massgeblich auf den formellen Gleichklang der rechtstechnischen Begriffe ankäme. Zwar setzen die Teilrechtsordnungen mit der Regelungsparallelisierung noch keine verbindlichen Vorgaben füreinander, so dass der Sinngehalt des Spezialgesetzes nicht einfach aus der Grundordnung übernommen werden kann. Es ist ja in vielen Fällen gerade der Zweck der bankengesetzlichen Regelung, hinsichtlich einzelner Tatbestandselemente oder Rechtsfolgen von der aktienrechtlichen Grundordnung abzuweichen. Doch sind die Regelungen im Übrigen von der gesetzgeberischen Intention her insoweit koordinativ gemeint, als sie eine materielle Gleichgestaltung der Teilrechtsordnungen bewirken sollen. Die Parallelisierung strebt *prima facie* nach einem *Gleichklang der Interpretation von Spezialgesetz und Grundordnung*. Die jeweils andere Parallelnorm wirkt daher vermutungsweise als angemessene Problemlösung und Auslegeordnung. Auch bei der Regelungsparallelisierung von Bankengesetz und Aktienrecht

671 Siehe oben S. 102 (Begriffsparallelisierung).

darf man sich daher nicht ohne besondere Anhaltspunkte für divergierende Norminterpretationen entscheiden[672].

Die Parallelisierung der Regelungen bleiben auf Dauer beachtlich. Während eine Begriffsparallele als formelle Verkoppelungsform in dem Moment endet, in dem der Gesetzgeber den *terminus technicus* in einer der beiden Teilrechtsordnungen aufgibt, ist die Regelungsparallelisierung als inhaltliche Verkoppelung bestandskräftig. Selbst wenn der Gesetzgeber in grundlegender Revision einen ganzen Kanon neuer Normen geschaffen hat, muss dies nicht zwingend bedeuten, dass er von einer Parallelgestaltung der Rechtsgebiete zu einer Eigengestaltung wechseln wollte. Solange ein regulativer Programmwechsel ausbleibt, gilt die Grundordnung für die Auslegung des Spezialgesetzes auch in ihrer veränderten Form weiterhin als Interpretationsrahmen. Was der Gesetzgeber in der Grundordnung novelliert, schlägt zwar nicht automatisch mit Regelungskraft auf das Spezialgesetz durch, kann aber zu dessen Interpretationswandel führen, weil die materielle bankengesetzliche Spezialität eben keine absolute Isolation, sondern nur eine relativierte Eigenständigkeit bedeutet. Im praktischen Ergebnis wird so ein Modernisierungsvorhaben des Aktienrechts im Bereich der Regelungsparallelisierung auch für die Auslegung bankengesetzlicher Regeln beachtlich[673].

Da die Regelungsparallelisierung an inhaltliche, die Begriffsparallelisierung aber an formale Gesichtspunkte anknüpft, liegen häufig beide gleichzeitig vor: der Gesetzgeber verfolgt die Intention gleichartiger Regelung unter anderem mit dem technischen Mittel gleicher Begriffe. Wenn einer der verkoppelnden rechtstechnischen Begriffe entfällt, kann folglich immer noch eine Regelungsparallelität das Verhältnis bestimmen. Angenommen, das Bankengesetz würde künftig von „Basiskapital" statt von „Mindestkapital" sprechen, dann wäre diese Neuregelung, solange nicht gegenteilige Anhaltspunkte vorlägen, immer noch als Parallelregelung zu verstehen und das neue Basiskapital müsste bei Bank-Aktiengesellschaften weiterhin wie im Obligationenrecht, also als Aktienkapital, verstanden werden.

Eine Regelungsparallelisierung besteht etwa bezüglich der Pflicht zur Bildung gesetzlicher Reserven[674] oder – nach bisherigem Recht – hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Bankorgane[675].

---

672 Siehe oben S. 105 (Regelungsparallelisierung).

673 Ein Beispiel für die Bestandskraft der Regelungsparallelisierung bieten die Verantwortlichkeitsbestimmungen im Bankengesetz und im Aktienrecht, vgl. unten S. 234 (Einzelfragen der Koordination); S. 253 (Ergebnis zur Verantwortlichkeit der Organe).

674 Art. 5 BankG; Art. 671 OR.

675 Art. 39 ff. BankG; Art. 752 ff. OR.

cc) Verweisung

Die Verweisung ist eine weitere Form der inhaltlichen Verknüpfung von Bankengesetz und Aktienrecht. Mit der Verweisung erklärt das Bankengesetz die Normen des Aktienrechts für anwendbar. Es übernimmt sie also in seine eigene Ordnung und gibt ihnen den Charakter neuer Rechtssätze – die aktienrechtlichen Normen werden zu subsidiärem Aufsichtsrecht (formelle Spezialität). Entsprechend werden die aktienrechtlichen Normen im Bankaufsichtsrecht nur *sinngemäss* angewendet[676].

Die Verweisung ist das stärkste Instrument der inhaltlichen Koppelung des Bankengesetzes an das Aktienrecht. Der formelle Charakter der Verweisungsnormen als subsidiäres Aufsichtsrecht ändert nichts daran, dass sich der Inhalt dieses Aufsichtsrechts in aller Regel nach der Referenzordnung richtet. Nur ausnahmsweise, wenn sich die bloss sinngemässe Anwendbarkeit tatsächlich einmal in Gestalt von Modifikationen auswirkt, offenbart sich die materielle Eigenständigkeit der besagten Normen.

Beispiele für Verweisungen auf das Aktienrecht kennt das Bankengesetz traditionell in zwei Sachbereichen: bei der Rechnungslegung (Art. 6 Abs. 2 BankG) und bei der Kapitalherabsetzung (Art. 11 Abs. 1 BankG). Neuerdings wird auch das Verantwortlichkeitsrecht (Art. 39 E-BankG) auf diese Weise geregelt. Allerdings behält sich das Bankengesetz in den ersten beiden Fällen gewisse Unterbereiche zur eigenständigen Regelung vor und schränkt damit die Verweisung punktuell ein[677]. Dadurch ist sowohl im Bilanzrecht als auch bei der Kapitalherabsetzung eine Zweiteilung entstanden, bei der das resultierende Regelwerk einerseits aus einem aktienrechtlich determinierten Verweisungsbereich und andererseits aus einem bankengesetzlichen Sonderrechtsbereich besteht.

---

676 Zur Verweisung und ihrer Wirkung oben S. 108 (Verweisung). Im bankengesetzlichen Schrifttum wird die Verweisung durchweg als dynamische verstanden: Die bankengesetzlichen Verweisungsnormen verweisen auf die jeweils geltende Referenzordnung. Vgl. etwa *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 172; *Tanner*, Auswirkungen des neuen Aktienrechts, 37, m.w.N. Gleicher Ansicht die EBK, vgl. EBK-RS 93/1 Rz. 3.

677 Im Bereich der Rechnungslegung erfolgt der Vorbehalt regelmässig in Form einer besonderen Regelungskompetenz des Bundesrates, vgl. etwa Art. 6 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 23a BankV (Pflicht zur Erstellung der Konzernrechnung); Art. 6 Abs. 3 BankG i.V.m. Art. 23b BankV (Periodizität der Rechnungslegung); Art. 6 Abs. 4 BankG i.V.m. Art. 23 ff. BankV, RRV-EBK Rn. 43 ff. (Gliederungsvorschriften); Art. 6 Abs. 4 BankG (Publizität).

dd) Einstrahlung durch Generalklauseln

Eine heteronome Normgestaltung trifft das Bankengesetz schliesslich dann, wenn es für einen Regelungsbereich bloss die Eckpunkte vorgibt, im Übrigen aber Raum lässt für die Feinabstimmung im Einzelfall oder für allgemeinere zukünftige Konkretisierungen. Ein klassisches Beispiel für eine offen formulierte bankengesetzliche Norm ist die schon mehrmals erwähnte Bestimmung über die Organisation der Unternehmensleitung (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG). Mit ihr hat der Bankengesetzgeber eine Regelung geschaffen, die Platz lässt für unterschiedliche Modelle der Gewaltentrennung[678]. Einen Teil der Konkretisierung hat dabei der Verordnungsgeber vorgenommen: auf der Verordnungsstufe wird die Gewaltentrennung für die personelle Ebene präzisiert (Art. 8 Abs. 2 BankV). Im übrigen bleibt die gesetzliche Regelung offen für interpretative Einflüsse aus dem Aktienrecht.

ee) Fazit

Die vielfältigen Erscheinungsformen der inhaltlichen Verknüpfung von Bankengesetz und Aktienrecht machen deutlich, dass auf der materiellen Ebene die bankengesetzliche Spezialität regelmässig als relativierte Spezialität auftritt. Inhaltlich lassen sich die bankengesetzlichen Normen nicht autonom, sondern nur heteronom interpretieren, also im Zusammenhang mit den allgemeinen Normgestaltungen des Aktienrechts.

d) Schranken der Relativierung – Der Vorbehalt der Systemkompatibilität

In den erwähnten Spielarten der heteronomen Normgestaltung zeigt sich der materielle Einfluss des Aktienrechts auf die Inhaltsbestimmung der bankengesetzlichen Spezialnormen. Auf die Wertungsherrschaft des Bankengesetzes hat dies allerdings keinen Einfluss. Charakteristisch für die Parallelisierungen, Verweisungen und Generalklauseln ist ja gerade das *Wechselspiel zwischen Geltungsvermutung und Widerlegungsmöglichkeit*. Die Regelungsadäquanz des Aktienrechts gilt nur vermutungsweise; sie steht immer unter dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität.

Der Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität übernimmt die Funktion eines teilrechtseigenen Filters. Er ändert einmal das formelle Kleid der aufgenommenen Daten, indem er ihnen den Code der eige-

678 Die Flexibilität des Gewaltentrennungsgrundsatzes entsprach unstreitig der Intention des Gesetzgebers, vgl. nur BBl 1934, 184.

nen Ordnung zuordnet: privatrechtliche Auslegungsergebnisse werden so zu öffentlich-rechtlichen Auslegungsergebnissen und umgekehrt. Zweitens filtert er diejenigen Vorgaben heraus, die der Zielsetzung der eigenen Teilrechtsordnung widersprechen. Wann aber soll im Interaktionsfeld von Bankengesetz und Aktienrecht der bankengesetzliche Filter ein aktienrechtliches Auslegungsergebnis blockieren? Hier sind zwei Aspekte zu beachten:

aa) Intensivierter Schutzauftrag des Bankengesetzes

Zieht man in Betracht, dass das Bankengesetz als Antwort auf ein gesteigertes Schutzbedürfnis der Bankkunden konzipiert wurde, das Bankengesetz also grundsätzlich einem intensivierten Gläubigerschutz verpflichtet ist, so liegt in dieser *intensivierten bankengesetzlichen Schutzpflicht* auch das Kriterium für die Übernahme aktienrechtlicher Wertungen. Wo die aktienrechtlichen Wertungen, seien sie nun im Gesetz, in der Judikatur oder in der Dogmatik verankert, den verschärften bankengesetzlichen Anforderungen an einen angemessenen Gläubigerschutz nicht genügen, dürfen sie nicht oder allenfalls nur modifiziert als bankengesetzliche Auslegungskriterien dienen. Wird im Ergebnis das erhöhte Schutzbedürfnis von Bankgläubigern gegenüber aktienrechtlichen Normen in Stellung gebracht, dann drückt sich darin der Vorbehalt bankengesetzlicher Systemkompatibilität aus. Anders herum wirkt aber das Aktienrecht dann als verbindliche Auslegeordnung, wenn es gegenüber der gängigen Interpretation des Bankengesetzes eine erhöhte Schutzintensität gewährleistet. Auf der *materiellen* Ebene ist also NOBEL durchaus Recht zu geben, wenn er sagt, dass das Bankengesetz nicht hinter das Schutzniveau des Aktienrechts zurückfallen dürfe[679].

bb) Operative Besonderheit des Bankgeschäfts

Ein weiteres Kriterium für die Übernahme aktienrechtlicher Wertungen liegt in der operativen Besonderheit des Bankgeschäfts. Banken funktionieren zwar nicht grundlegend anders als alle anderen Unternehmen. Im Einzelfall können aus der Banktätigkeit Konstellationen resultieren, die eine Abweichung von der aktienrechtlichen Grundordnung erfordern. Zu denken ist etwa an das Wertschriftenhandelsgeschäft der Banken, die allenfalls eine Abweichung von der aktienrechtlichen Beschränkung des Haltens eigener Aktien rechtfertigen könnten[680]. Aus denselben Gründen sind auch einzelne

679 *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 172.
680 Vgl. EBK-RS 93/1 Rn. 10.

Abweichungen im Bewertungsrecht denkbar[681]. Gegenüber dem intensivierten Schutzauftrag spielt allerdings diese Spielform des Vorbehalts der Systemkompatibilität eine vernachlässigbare Rolle.

cc) Fazit

Die Wahrung der bankengesetzlichen Systemkompatibilität zwingt also dazu, bei jeder interpretativen Übernahme aktienrechtlicher Gehalte, sei es im Bereich von Generalklauseln, Verweisungen oder sonstigen Regelungsparallelisierungen, zusätzlich zu kontrollieren, ob dieser Einfluss des Privatrechts mit den Besonderheiten des Bankaufsichtsrechts vereinbar ist. Sofern der intensivierte Schutzauftrag, das Ziel effizienter Aufsicht oder ein anderer spezifisch öffentlich-rechtlicher Belang der gleichartigen Anwendung von aktienrechtlicher und bankengesetzlicher Norm entgegensteht, darf die aktienrechtliche Grundordnung nicht in das Bankrecht übernommen werden. Für die Relativierung der materiellen bankengesetzlichen Spezialität ist dadurch eine äusserste Grenze gezogen – sozusagen eine Relativierung der Relativierung.

e) Relativierung bei Rechtsänderung – Reflexwirkungen von Novellierungen im Aktienrecht

Ein weiterer Prüfstein für die Koordinationsleistungen der Dogmatik liegt in ihrer differenzierten Erfassung von asynchronen Gesetzgebungsschüben, insbesondere in der Art, wie Änderungen in der allgemeinen Grundordnung für das Spezialgesetz fruchtbar gemacht werden. Bei der formellen Spezialität war die Antwort eindeutig: Neues Aktienrecht durchbricht den spezialgesetzlichen Vorrang des Bankengesetzes nicht[682]. Wie aber verhält es sich mit den materiellen Einflüssen? Immerhin führt die Unterscheidung von formeller und materieller Spezialität ja gerade zu der Erkenntnis, dass sich der bankengesetzliche Vorrang der Normgeltung nicht in einer absoluten inhaltlichen Abkoppelung niederschlägt, sondern im Gegenteil zwangsläufig nur eine *relativierte* inhaltliche Autonomie zulässt. Diese Relativierung lässt sich für aktienrechtliche Modernisierungsschübe dahin konkretisieren, dass das Aktienrecht auf unterschiedliche Weise Einfluss auf das Bankengesetz nimmt, wobei einzelne Wirkungspfade einfach und unumstritten, andere aber kompliziert und umstritten sind.

---

681 Vgl. unten S. 294 (Übrige Bewertungsvorschriften).

682 Dazu oben S. 179 (Vorrangdurchbrechung bei Rechtsänderung).

aa) Neues Aktienrecht im Bereich bankengesetzlicher Verweisung

Unstreitig besteht ein materieller Einfluss neuen Aktienrechts auf das Bankenrecht überall dort, wo eine Verbindung zwischen den Gesetzen durch bankengesetzliche Verweisung auf das Aktienrecht geschaffen wurde. Da solche Verweisungen als dynamische aufgefasst werden müssen[683], wirkt die Inhaltsänderung des Aktienrechts so, als sei gleichzeitig auch das Bankengesetz inhaltlich geändert worden. Die Verweisung ist damit der direkteste und einfachste Weg, auf dem das neuere Aktienrecht die älteren Bankenrechtsregeln beeinflusst. Aber auch in den anderen Spielarten inhaltlicher Verkoppelung der beiden Teilrechtsordnungen, namentlich im Zusammenhang mit den bankengesetzlichen Generalklauseln und der Regelungsparallelisierung, vermag die jüngere aktienrechtliche Norm inhaltlich im älteren Bankengesetz zu Änderungen führen:

bb) Neues Aktienrecht als Auslegungsdeterminante

Zunächst kann eine neue aktienrechtliche Regelung auf das formell geltende Bankengesetz dort materiell einwirken, wo dessen Regelungen sehr allgemein und offen formuliert sind. Beispielsweise gilt bankengesetzlich, es seien „besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden und die Befugnisse zwischen den Organen so abzugrenzen, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist“ (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG). Für den Verwaltungsrat hat das revidierte Aktienrecht die Kernaufgaben konkretisiert (Art. 716a OR). Zwar erhebt das Bankengesetz auch für die Frage der Aufgabenverteilung zwischen den Führungsorganen weiterhin einen klaren Regelungsanspruch, so dass Art. 716a OR als einschlägige *Rechtsgrundlage* für die Aufgabenverteilung verdrängt wird (formelle Spezialität). Gleichwohl muss der durch die aktienrechtliche Grundordnung vorgenommenen Ausdifferenzierung bei der Konkretisierung der Aufgabenverteilung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG Rechnung getragen werden (materielle Spezialität). Dafür spricht erstens die *Vermutung der Regelungsadäquanz* des Aktienrechts als Grundordnung für alle Aktiengesellschaften und zweitens der mit dem Aufgabenkatalog verbundene erhöhte Gläubigerschutz, der um so stärker ist, je klarer die Pflichten und Verantwortlichkeiten im Gesetz konkretisiert sind[684].

683 Vgl. oben S. 108 (Begriff der Verweisung).

684 Vgl. dazu unten S. 212 (Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts).

Selbst dort, wo die bankengesetzliche Norm nicht so offen gefasst ist, bleibt meist ein Auslegungsspielraum. Hat der Aktiengesetzgeber diesen Spielraum im Zuge der Revision positivrechtlich ausgefüllt, so ist wiederum zu vermuten, dass diese Entscheidung auch im Rahmen der Auslegung der bankengesetzlichen Parallelnorm Beachtung verdient. Beispielhaft kann hier der Fall der Gründerhaftung erwähnt werden, die vor der Revision des Aktienrechts in beiden Gesetzen materiell identisch geregelt war (vgl. Art. 40 BankG, Art. 753 aOR). Unter dem alten Regime war umstritten, ob die Haftung sich auf das Gründungsstadium beschränke, oder ob sie sich auf die Fälle einer Kapitalerhöhung erstrecke[685]. Der aktienrechtliche Revisionsgesetzgeber erweiterte die Haftung explizit. Auch in diesem Fall der aktienrechtlichen Ausdifferenzierung bleibt für Bank-Aktiengesellschaften *formell* allein die bankengesetzliche Bestimmung massgeblich. Ihre Auslegung hat aber im Lichte der aktienrechtlichen Neuregelung zu erfolgen, weil dafür sowohl das Argument der Regelungsadäquanz als auch der mit jeder Haftungsverschärfung verstärkte Gläubigerschutz spricht[686]. Im Rahmen der aktuellen Revision des Bankengesetzes wird diese Divergenz beseitigt: das Bankengesetz verweist für die Verantwortlichkeit insgesamt auf das Aktienrecht, womit auch die erweiterte Gründungshaftung in das Bankengesetz übernommen wird[687].

cc) Neues Aktienrecht als lückenfüllende Analogienorm

Eine weitere Konstellation, in der die neue aktienrechtliche Regelung auf das formell speziellere Bankengesetz materiell einwirkt, ist die Lückenfüllung durch Analogie. Bei der Novellierung des Aktienrechts wurden etliche Überschneidungsnormen stärker ausdifferenziert, um auf zwischenzeitliche Entwicklungen in der Rechtspraxis zu reagieren. Die damit verbundene Anhebung des aktienrechtlichen Schutzniveaus ist selbst dort für das Bankengesetz beachtlich, wo der Einfluss nicht mehr durch blosse Auslegung hergestellt werden kann, sondern durch Analogie zu vermitteln ist. Metho-

---

685 Das Bundesgericht hatte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1933 festgehalten, die Bestimmungen über die Gründungshaftung beschränkten sich auf das Gründungsstadium, vgl. BGE 59 II 434. Die Doktrin hingegen befürwortete überwiegend eine extensive Auslegung der Haftungsbestimmung, vgl. die Nachweise bei *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, N 907. Für frühe Nachweise *Henggeler/Henggeler*, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, 18 f.

686 Vgl. dazu unten S. 234 (Haftung bei Kapitalerhöhung).

687 Art. 39 BankG.

disch liegen hier besondere Fälle der Lückenhaftigkeit des Gesetzes vor, nämlich *nachträgliche* planwidrige Unvollständigkeiten.

(1) Lückenhaftigkeit durch rechtliche Entwicklungen

Eine nachträgliche Lücke kann zunächst durch rechtliche Entwicklungen entstehen, etwa wenn das eigentlich schutzintensivere Gesetzeswerk (Bankengesetz) durch asynchrone Entwicklungsschübe hinter das allgemeine Gesetz (Aktienrecht) zurückfällt. Beispielhaft kann hier folgender Fall erwähnt werden: Das Bankengesetz enthält in Art. 5 eine eigene Regelung für die gesetzlichen Reserven, die mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte als umfassender Regelungsanspruch zu verstehen ist[688]. In seiner Fassung von 1934 enthielt allerdings Art. 5 BankG im Gegensatz zur später verabschiedeten aktienrechtlichen Parallelnorm (Art. 671 OR) keine Bestimmung über die Zuweisungen von Mitteln *nach* Erreichen der gesetzlichen Höhe (20% des Grundkapitals)[689].

Was also sollte gelten? Die Zuweisung weiterer Mittel zu den Reserven erhöht unstreitig den Gläubigerschutz[690]. Wenn durch die spätere aktienrechtliche Norm das Schutzniveau für die Gläubiger angehoben wird, so ist dies für die Spezialnorm im Bankengesetz beachtlich. Das Bankengesetz will den Gläubigerschutz gegenüber den allgemeineren Normen intensivieren, nicht verringern. Fällt es hinter das Schutzniveau des Aktienrechts zurück, so liegt darin eine systematisch begründbare Lückenhaftigkeit durch rechtliche Entwicklung. Diese *nachträgliche Lücke* war durch analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regelung im Bankengesetz zu schliessen.

Das vorliegende Ergebnis sieht sich durch die legislative Entwicklung bestätigt. Bei der Revision des Bankengesetzes von 1970 glich der Bankengesetzgeber Art. 5 BankG unter Hinweis auf den Schutzzweck des Bankengesetzes weitgehend der aktienrechtlichen Parallelnorm an[691].

Warum aber sollte man nicht einfach annehmen, dass in der Zwischenphase von 1934 bis 1970 das Aktienrecht als *lex posterior* direkt anwendbar

---

688 Vgl. Sten. Bull. NR 221.

689 Bei Banken ohne einbezahltes Kapital: 5% der fremden Gelder.

690 Die Eignung der geltenden Regelung als wirksames Gläubigerschutzinstrument wird allerdings zu recht bezweifelt, vgl. etwa *Böckli*, Aktienrecht, § 1 Rn. 116 ff., 122 ff., mit Vorschlägen *de lege ferenda* in Rn. 127 ff.

691 BBl 1970 I 1172. Auf die Übernahme der Regel in Art. 671 Abs. 2 Ziff. 2 OR wurde mit dem Hinweis verzichtet, sie sei von bescheidener finanzieller Tragweite – eine aus Sicht des bankengesetzlichen Schutzzwecks nicht nachvollziehbare Argumentation.

war?[692] Die Antwort liegt im Regelungsanspruch des Bankengesetzes und damit in der formellen Spezialität: Ein ursprünglich abschliessender Regelungsanspruch kann nicht nachträglich zu einem punktuellen mutieren. Allenfalls wird die Regelung nachträglich lückenhaft, nicht aber der Regelungsanspruch nachträglich punktuell.

(2) Lückenhaftigkeit durch tatsächliche Entwicklungen

Eine nachträgliche Lücke kann auch durch tatsächliche Entwicklungen entstehen. Ein Beispiel bietet wiederum Art. 5 BankG. Wie bereits erläutert, übernahm der Revisionsgesetzgeber von 1970 die aktienrechtliche Regelung über die weitergehende Zuweisung von Gewinnen zu den gesetzlichen Reserven (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1, 3 OR). Hingegen enthält das Bankengesetz im Gegensatz zum Aktienrecht nach wie vor keine Regelung über die *Auflösung* solcher Reserven. Diese sind nach dem Wortlaut des Bankengesetzes ausschliesslich zur Deckung von Verlusten und für Abschreibungen verfügbar. Bedenkt man, dass die Revision unter dem Eindruck der Bankzusammenbrüche der 60er Jahre erfolgte[693], so erstaunt dies nicht. Jede Reservenauflösung vermindert das Substrat, das den Bankgläubigerinnen sonst zur Verfügung stünde. Insoweit kann mit guten Gründen angenommen werden, es liege ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes vor.

Allerdings waren im Zeitpunkt der Revision die Entwicklungen der 90er Jahre nicht voraussehbar. Die massiven Gewinne der Banken führten zu einer entsprechend hohen Reserven. Heute behindert dies ihre Marktgängigkeit, weil sie damit zu ausserordentlich teuren Übernahmekandidatinnen werden. Dem Bankengesetz fehlen Anhaltspunkte dafür, wie man mit dieser Marktblockade umgehen soll; durch einfache Auslegung lässt sich dem Instrumentenkanon von Art. 5 BankG jedenfalls keine positive Regelung entnehmen. Das ursprünglich lückenlose System von Art. 5 BankG wird mit anderen Worten durch die neuen Rahmenbedingungen *nachträglich lückenhaft*.

Auch hier kann die aktienrechtliche Ausdifferenzierung in Art. 671 Abs. 3 OR eine (späte) Reflexwirkung auf die bankengesetzliche Parallelnorm entfalten, indem sie ihr als Analogienorm den fehlenden Regelungsbaustein liefert. Zu beachten ist allerdings, dass – wie immer im bank-aktienrechtlichen Koordinationsfeld – die Übernahme einer aktienrechtlichen Norm in den bankengesetzlichen Kontext unter dem Vorbehalt der banken-

692 Für die Anwendung des Aktienrechts etwa *W. Müller*, Bilanzrecht, 68 ff.

693 Vgl. BBl 1970 I 1144 (1145).

gesetzlichen Systemkompatibilität erfolgt. Die Richtlinie bildet der intensivierte bankengesetzliche Gläubigerschutz. Allein daraus ergibt sich, dass Art. 671 Abs. 3 OR nur in modifizierter Form – nämlich unter Beachtung zusätzlicher aufsichtsrechtlicher Kautelen – auf die Bank-Aktiengesellschaften Anwendung finden kann.

In diese Richtung bewegt sich auch die Praxis der Aufsichtsbehörde, die bislang in eng begrenzten Einzelfällen die Auflösung der gesetzlichen Reserven erlaubt hat.

f) Fazit

Insgesamt zeigen die geschilderten materiellen Einflusspfade, wie vielseitig die aktienrechtliche Grundordnung auf die bankengesetzlichen Spezialnormen einwirkt. Das gilt für alle aktienrechtlichen Normen, unabhängig vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens. Auch ein Modernisierungsschub des Aufsichtsrechts würde mithin die inhaltlichen Wechselbezüge zwischen den beiden Teilrechtsordnungen nicht aufheben. Solange bank-aktienrechtliche Normkonkurrenzen bestehen, bleibt es bei der inhaltlichen Verkoppelung der beiden Teilrechtsnormen. Es zeigt sich aber auch, dass sich die jüngere Rechtsnorm des allgemeinen Gesetzes in einzelnen Fällen gegenüber dem älteren Spezialgesetz durchzusetzen vermag. Der Sache nach wirkt ein neues Aktienrecht dabei als Motor und Inhaltsbestimmung für das Bankengesetz – im Ergebnis also beinahe so, als würde es Vorrang vor der spezielleren Norm geniessen.

Die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Spezialität macht aber deutlich, dass die verschiedenen inhaltlichen Einflüsse es nur so erscheinen lassen, als geniesse hier die neuere Norm einen Vorrang vor der älteren. In Wirklichkeit handelt es sich nicht um eine Anwendung der *lex posterior*-Regel. Vielmehr findet durch die Aktienrechtsnovelle lediglich eine inhaltliche Gewichtsverlagerung in der Koordination von Bankengesetz und Aktienrecht statt. Die Koordination selbst folgt dabei nach der Gesetzesnovelle strukturell denselben Grundsätzen, die schon vorher gegolten haben.

4. Bankengesetzliche Spezialität als differenzierte Spezialität

Massgeblich für die auf unterschiedliche Weise diffizilen Normverhältnisse, die sich unter der Pauschalbezeichnung der bankengesetzlichen *lex specialis* versammeln, ist in erster Linie die Unterscheidung zwischen dem formellen und materiellen Aspekt der bankengesetzlichen Spezialität.

Die formelle bankengesetzliche Spezialität fungiert als Kurzformel, mit der für Bank-Aktiengesellschaften im Falle einer bank-aktienrechtlichen Normenkonkurrenz der Geltungsvorrang des Bankengesetzes gegenüber der aktienrechtlichen Rahmenordnung erhoben wird. Anders als bei der typischen Spezialität im Sinne der Methodenlehre ergibt sich aber der bankengesetzliche Geltungsvorrang nicht aus der Normstruktur des enger gefassten Sachverhalts, sondern aus der historischen, systematischen und teleologischen Auslegung. Der Geltungsvorrang bleibt zudem auch gegenüber einer späteren Modernisierung des Aktienrechts bestehen.

Die materielle bankengesetzliche Spezialität bleibt hingegen immer relativiert durch interpretative Einflüsse des Aktienrechts. Das schliesst zwar nicht aus, dass im Einzelfall die Besonderheiten des Bankengesetzes tatsächlich eine Normanwendung gebieten, die von den aktienrechtlichen Entwicklungen unabhängig ist. Insbesondere dann, wenn die Übernahme aktienrechtlicher Wertungen mit den Grundprinzipien des Bankengesetzes inkompatibel wäre, wird die eigenständige Interpretation zum rechtlichen Gebot (Vorbehalt der Systemkompatibilität). Die materielle Ebene des Interaktionsfeldes der beiden Teilrechtsordnungen ist somit gekennzeichnet durch das Wechselspiel aus Geltungsvermutung zugunsten der anderen Teilrechtsordnung und Widerlegungsmöglichkeit durch die jeweils eigene Teilrechtsordnung. Mithin kann die bankengesetzliche Spezialität inhaltlich nicht von vornherein als eine Isolation des Gesetzes gegenüber aktienrechtlichen Einflüssen verstanden werden.

Typisch für das Koordinationsfeld von Bankengesetz und Aktienrecht ist also das Auseinanderfallen des formellen und materiellen Aspekts: Die bankengesetzliche Spezialität präsentiert sich als differenzierte Spezialität.

III. Weitere Koordinationsprinzipien

Für die bankengesetzliche Spezialität als primäres Koordinationsprinzip hat der vorige Abschnitt gezeigt, wie ein differenziertes Spezialitätsverständnis helfen kann, das Wechselspiel zwischen Aktienrecht und Bankaufsichtsrecht zu systematisieren. Dabei fiel dem Vorbehalt der Systemkompatibilität die Aufgabe zu, inneren Widersprüchlichkeiten der einzelnen Teilrechtsordnung vorzubeugen (*Konsistenzgebot*). Gleichzeitig waren alle Erscheinungsformen der Relativierung materieller Spezialität damit befasst, die Abstimmung zwischen den Teilrechtsordnungen widerspruchsfrei zu halten (*Kohärenzgebot*). Diese Einsichten in Kohärenz- und Konsistenzgebote der Koordination bewegten sich ganz im Rahmen des bankengesetzlichen Spezialitätsprinzips.

Nun erschöpft sich aber die Koordination zwischen Aktienrecht und Aufsichtsrecht nicht in Normen, für die das Spezialitätsprinzip gilt. Vielmehr ist das Verhältnis zwischen den Materien vielfach durch ein formell kollisionsfreies Zusammenspiel geprägt, in dem Einzelregelungen von Bankengesetz und Aktienrecht regulativ ineinandergreifen. Auf einer allgemeineren Ebene, die die Systematik der Normrelationen insgesamt dogmatisch umgreift, lässt sich ergänzend zeigen, wie Kohärenz- und Konsistenzgebote auch hier unterschieden und zur Koordination fruchtbar gemacht werden können. Damit zeigt sich für den besonderen Fall von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht, was in der Koordinationsdogmatik des zweiten Teils unter der Überschrift „Koordination durch allgemeine Rationalitätskriterien" bereits allgemein thematisiert worden ist[694].

1. Systemabstimmung (Kohärenz)

Das allgemeine Rationalitätskriterium der Kohärenz fordert die äussere Widerspruchsfreiheit, rechtswissenschaftlich also den Gleichklang zwischen den Rechtsgebieten[695]. Der Gleichklang kann normativ vorgegeben sein, etwa in Form von Einheitsgesetzen oder Doppelnormen. Sehr viel häufiger tritt er aber als *interpretatives* Systemabstimmungsgebot in Erscheinung, also als Gebot, mittels Auslegung öffentliches und privates Recht miteinander in eine widerspruchsfreie Einheit zu bringen.

---

694 Dazu oben S. 114 (Koordination durch allgemeine Rationalitätskriterien).

695 Zur Systemabstimmung siehe oben S. 53 (Konsistenz und Kohärenz); S. 114 (Systemabstimmung).

Das rechtsdogmatische Mittel der interpretativen Systemabstimmung ist die Einbeziehung des Koordinationsziels in die Teleologie der einzelnen Teilrechtsnorm. Trotz des formellen Geltungsvorrangs des Bankengesetzes sind also seine Vorschriften nicht mehr allein aus dem bankengesetzlichen Kontext, sondern von Anfang an mit Blick auf eine möglichst weitgehende Koordination mit dem Aktienrecht zu interpretieren. Augenscheinlich auf die Systemabstimmung angelegt sind die bereits erwähnten Fälle der relativierten bankengesetzlichen Spezialität; dort ergibt sich der Rückgriff auf das „Erfahrungswissen" des Aktienrechts bereits aus der Normgestaltung, bzw. der darin ersichtlichen gesetzgeberischen Intention eines materiellen Gleichklangs. Die Verbindung zwischen Bankengesetz und Aktienrecht spielt sich aber nicht nur auf dieser prominenten Ebene ab, sondern sie kann grundsätzlich bei jeder Auslegungsfrage relevant werden. Nach dem Grundsatz der Systemabstimmungen ist unter mehreren Deutungsmöglichkeiten jeweils diejenige als „zutreffende" zu wählen, die gleichzeitig den Prinzipien, Wertungen und Entscheidungen der Interaktionsordnung entspricht.

Gefahren drohen der Systemabstimmung zwischen Bankengesetz und Aktienrecht vor allem von zwei Seiten. Erstens ist zu besorgen, dass nicht die Auslegung des Bankengesetzes zu einem inhaltlichen Widerspruch mit derjenigen des Aktienrechts führt (Inhaltswiderspruch). Zweitens darf die Auslegung einer Teilrechtsordnung nicht das Funktionieren der anderen Teilrechtsordnung verhindern (Praxiswiderspruch: dysfunktionale Blockade).

a) Vermeidung von Inhaltswidersprüchen

Die Systemabstimmung muss weiter sicherstellen, dass die Interpretation nicht zu inhaltlichen Widersprüchen zwischen den Teilrechtsordnungen führt. Als Beispiel kann hier das Problem des Weisungsadressaten beim *Outsourcing von Bankdienstleistungen dienen*. Nach dem Outsourcing-Rundschreiben der Bankenkommission muss sich die auslagernde Bank im Outsourcing-Vertrag gegenüber dem externen Dienstleister Weisungsrechte einräumen lassen[696]. Über den genauen Adressaten des Weisungsrechts schweigt das Rundschreiben. In der Doktrin wird als Weisungsempfänger unter anderem das Führungsorgan des Dienstleisters genannt[697]. Ist der Dienstleister als Aktiengesellschaft organisiert, bestünde eine Situation, wie

696 EBK-RS 99/1, Grundsatz 2.

697 *Brändli*, Outsourcing, Rn. 528; *Zerwas/Hanten*, WM 1998, 1114 f.

sie sonst nur bei Konzernen vorfindbar ist. Die Bank könnte aufgrund ihres direkten Weisungszugriffs das externe Unternehmen wie eine eigene Betriebsabteilung leiten. Das outsourcing-typische Risiko eines Kontrollverlusts seitens der Bank und, damit verbunden, einer Schwächung des Aufsichtsregimes, würde damit minimalisiert.

Gegen ein solches – aufsichtsrechtlich optimales – Weisungsverständnis spricht allerdings, dass die Aktiengesellschaft als eigenbestimmte Wirtschaftseinheit allein kraft organschaftlich gebildeten Willens tätig wird. Das geschäftsführende Organ – bei der regulären Aktiengesellschaft also der Verwaltungsrat oder die von ihm bestimmte Geschäftsleitung – hat daher eigenverantwortlich zu entscheiden, wie die Gesellschaft ihren Verbandszweck verwirklicht (vgl. Art. 716a, 717 OR). Eine Unterwerfung unter einen fremden Willen wäre bei Führungsaufgaben gesellschaftsrechtlich systemwidrig und unzulässig. Es entstünde folglich ein *inhaltlicher Widerspruch* zwischen den Teilrechtsordnungen, wenn man das Aufsichtsrecht im Sinne einer Weisungspflicht an das Führungsorgan interpretierte, diesem Organ aber eine solche Weisungsunterwerfung nach dem Gesellschaftsrecht verboten ist. Als erforderlicher Weisungsadressat im Outsourcing-Vertrag kommt deshalb nur der externe Dienstleister als juristische Person insgesamt in Frage, selbst wenn damit eine Relativierung der mit Rundschreiben angestrebten Kontrolläquivalenz einhergeht.

Im Ergebnis können solche inhaltliche Widersprüche zwischen den Teilrechtsordnungen nur dadurch vermieden werden, dass eine interpretative Gesamtschau von Bankengesetz und Aktienrecht stattfindet.

b) Vermeidung dysfunktionaler Blockaden

Die Systemabstimmung muss zweitens auch vermeiden, dass die Auslegung einer Teilrechtsordnung in der anderen zu einer dysfunktionalen Blockade führt. Das beispielhafte Stichwort hierfür ist bereits bei der formellen bankengesetzlichen Spezialität gefallen: die ausnahmsweise kumulative Anwendung von Bankengesetz und Aktienrecht bei der Abschlussprüfung[698]. Hier hätte die Spezialität des Bankengesetzes zu einer *dysfunktionalen Blockade* im Aktienrecht geführt, weil sie den Aktionären die verantwortliche Entscheidung über die Jahresrechnung unmöglich gemacht hätte. Das aktienrechtliche System der checks and balances war nach dem Gebot der Systemabstim-

698 Siehe oben S. 172 (Ausnahmefall der Kumulation).

mung folglich nur dadurch zu schützen, dass die Prüfungspflichten nach Bankengesetz und Aktienrecht als kumulative interpretiert wurden.

c) Fazit

Die verschiedenen Erfordernisse für eine interpretative Systemabstimmung zwischen Bankaufsichts- und Aktienrecht können nur dadurch gewahrt werden, dass die bankengesetzlichen Regeln im Lichte des Aktienrechts und die aktienrechtlichen Normen unter inhaltlicher Auffüllung durch aufsichtsrechtliche Sonderpflichten ausgelegt werden. In jedem Fall ist eine Gesamtschau beider Rechtsgebiete nötig, um Widersprüche und Blockaden im Verhältnis zwischen den Teilrechtsordnungen zu vermeiden. Nur so lässt sich die Kohärenz der bankengesetzlichen mit der aktienrechtlichen Rechtsanwendung sicherstellen.

2. Integrität der Teilrechtsordnungen (Konsistenz)

Das allgemeine Rationalitätskriterium der Konsistenz fordert für den besonderen Fall der Koordination von Rechtsgebieten die *innere Widerspruchsfreiheit jeder Teilrechtsordnung*. Im hier diskutierten Spezialfall bedeutet dies, dass die Normen innerhalb des Bankaufsichtsrechts und diejenige innerhalb des Aktienrechts je für sich genommen stimmig interpretiert werden müssen. Das ist keinesfalls trivial, denn immerhin fordert ja die geschilderte Systemabstimmung zwischen den Teilrechtsordnungen, dass die eine jeweils im Lichte der anderen zu interpretieren ist. Aus dem Konsistenzgebot ergibt sich nun ein gegenläufiges Kontrollprinzip: die Koordination mit der jeweils anderen Teilrechtsordnung darf nicht so weit gehen, dass Grundsätze innerhalb eines Gebietes konterkariert werden; vielmehr muss stets die *Integrität der eigenen Teilrechtsordnung* gewahrt bleiben[699]. Zur Rechtsanwendung kommen gemäss diesem Konsistenzgebot nur solche Interpretationsvarianten in Betracht, die sich in die teilrechtseigene Teleologie einfügen.

Als wichtigste Konsequenz dieses Gebotes lässt sich für das Bankengesetz der *Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität* ausmachen. Dieser trat bereits beim bankenrechtlichen Spezialitätsprinzip als Schranke der Relativierung auf[700]. Allgemeiner gefasst fordert die bankengesetzliche Sy-

699 Zur Integrität der Teilrechtsordnungen siehe oben S. 117 (Vorbehalt der Systemkompatibilität).

700 Siehe oben S. 189 (Schranken der Relativierung).

stemkompatibilität, dass interpretative Einflüsse von Rechtsmaterien ausserhalb des Bankengesetzes zwar zulässig und im Einzelfall sogar zur Systemabstimmung geboten sind, dabei aber nicht die grundlegenden Zielsetzungen des Bankengesetzes konterkarieren dürfen. Wäre dies der Fall, so läge eine *interpretatio contra legem* vor, die den Rechtsanwenderinnen und -anwendern untersagt ist. Bankengesetz und Aktienrecht sind zwar auf gegenseitige Abstimmung angelegt; die interpretative Koordination findet aber ihre Grenze im Vorrang der teilrechtseigenen Widerspruchsfreiheit. Da die Systemabstimmung nicht auf Kosten der Integrität der Teilrechtsordnung erfolgen darf, sind in der Koordination von Bankaufsichts- und Aktienrecht insbesondere solche Interpretationen ausgeschlossen, die den intensivierten Gläubigerschutz des Bankengesetzes unterlaufen.

IV. Ergebnisse des Dritten Teils

Gerade das Bankorganisationsrecht führt mit seinen Überschneidungen von bankengesetzlichen und aktienrechtlichen Regeln zu einem Koordinationsbedarf zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Teilordnung. Das bankengesetzliche Spezialitätsprinzip ist dabei ohne genauere Differenzierungen als pauschale Antwort auf die entstehenden Normenkollisionen untauglich. Bei Lichte betrachtet handelt es sich nämlich um eine äusserst facettenreiche Koordinationsregel. Zu ihrer Präzisierung muss zwischen der formellen und der materiellen Spezialität unterschieden werden *(differenzierte Spezialität)*. Innerhalb des materiellen Teilgehalts offenbaren sich dann Parallelgestaltungen von Bankengesetz und Aktienrecht, durch die der Spezialitätsgrundsatz relativiert wird. Als Grenzen dieser Relativierung wie auch insgesamt bei den ineinander verschränkten Normen lassen sich schliesslich die allgemeinen Koordinationsprinzpien der Systemabstimmung und Integritätssicherung für das Bankorganisationsrecht konkretisieren, wodurch für eine Auslegung im Einzelfall der dogmatische Argumentationsrahmen geschaffen ist.

VIERTER TEIL
EINZELNE AUFFANGRELATIONEN

Bestimmt man, wie im dritten Teil, das Verhältnis zwischen den Rechtsmaterien des Bankaufsichts- und Aktienrechts zunächst *in abstracto* durch allgemeine koordinationsrechtliche Grundsätze, dann bewährt sich eine derartige Koordinationsdogmatik erst dadurch, dass sie Aussagekraft auch für einzelne Regelungsgegenstände *in concreto* gewinnt. Das dogmatische Programm erfüllt sich, und das ist Gegenstand dieses vierten Teils, in einzelnen Auffangrelationen, die den bankaufsichts- und aktienrechtlichen Normen eine stimmig zusammenklingende Auslegungsperspektive verleihen.

Ziel der Einzelstudien ist es, das Bankaufsichtsrecht insgesamt als einen Anwendungsfall der oben entwickelten differenzierten Spezialität unter Beweis zu stellen. Mit dieser Lösung können eine Reihe von Widersprüchen vermieden werden, die bisher zwischen den divergierenden Lehrmeinungen auftraten. So stimmt sie einerseits KLEINER und TANNER darin zu, dass die bankengesetzlichen Vorschriften exklusive Geltung beanspruchen können – allerdings nur auf der formellen Ebene. Anderseits anerkennt sie – wie von NOBEL, ZULAUF und der Eidgenössischen Bankenkommission vertreten –, den Einfluss des Aktienrechts auf das Bankengesetz. Dieser Einfluss wird aber nicht pauschal oder gar nach Zweckmässigkeitsüberlegungen gehandhabt, denn darin bestünde eine Quelle ständiger Rechtsunsicherheit. Vielmehr wird die Wirkung des Aktienrechts im Bankenkontext auf einige wenige dogmatische Grundkonstellationen zurückgeführt, um so eine grössere Berechenbarkeit des Einflusses und damit Rechtssicherheit zu schaffen.

Eine Koordination durch die Einstrahlung von Generalklauseln[701] bietet zunächst die schon mehrfach angesprochene Organisation der Unternehmensleitung (I.). Für die inhaltliche Verknüpfung durch Regelungsparallelisierung[702] folgt anschliessend die Verantwortlichkeit der Organe (II.). Als Anwendungsfall für die Verweisung[703] dient sodann der Themenbereich der Rechnungslegung (III.) Im Bankkonzernrecht stehen die Begriffsparallelisierung[704] und die Systemabstimmung[705] im Vordergrund (IV.). Auf dem Gebiet der Revision schliesslich zeigt sich eine vielfältige Kombination der

---

701 Dazu oben S. 189 (Einstrahlung durch Generalklauseln).
702 Dazu oben S. 186 (Regelungsparallelisierung).
703 Dazu oben S. 188 (Verweisung).
704 Dazu oben S. 185 (Begriffsparallelisierung).
705 Dazu oben S. 198 (Systemabstimmung).

koordinativen Grundmuster (V.). Thematisch nehmen die Untersuchungsgebiete ihren Anfang bei der inneren Struktur der Bank-Aktiengesellschaft und enden mit der externen Kontrolle. Bei aller Detailarbeit versteht sich auch dieser letzte Abschnitt der Untersuchung *perspektivisch* und *exemplarisch*. Es geht nicht darum, ein Handbuch der Bankorganisation zu entwerfen, sondern es sollen Organisationsfragen im Überschneidungsbereich von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht untersucht und innerhalb des Überschneidungsbereichs beispielhaft Anwendungsbeispiele für die bankrechtliche Koordinationsdogmatik präsentiert werden.

I. Die Organisation der Unternehmensleitung

Sowohl das Bankengesetz als auch das Aktienrecht enthalten Regeln über die Organisation der Unternehmensleitung. Besonders interessant für die Koordinationsperspektive ist dabei das Konkurrenzverhältnis zwischen der Generalklausel in Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und dem Kernkatalog der Verwaltungsratsaufgaben in Art. 716a Abs. 1 OR (1). Die Auseinandersetzung über das Verhältnis der beiden Teilrechtsnormen folgt entlang der bekannten Fronten: Die einen betonen die umfassende Autonomie der bankengesetzlichen Organisationsbestimmung, die anderen befürworten die Geltung von Art. 716a OR im Bankenkontext (2). Das Modell der differenzierten bankengesetzlichen Spezialität bietet mit seiner Unterscheidung zwischen formeller und materieller Ebene einen vermittelnden Lösungsansatz (3). Bewähren muss sich das Modell mit Blick auf Einzelfragen im Koordinationsfeld der beiden Organisationsbestimmungen (4).

1. Die Aufgaben des Bank-Verwaltungsrats als Koordinationsfrage

Dass sich Bankengesetz und Aktienrecht bezüglich der Aufgaben des Verwaltungsrats konkurrenzieren, steht ausser Frage. Die Ausgestaltung ihres Regelungsanspruchs ist allerdings unterschiedlich.

a) Die Regelung im Aktienrecht

Das Aktienrecht stellt der Gesellschaft für die Organisation der Unternehmensleitung seit jeher eine flexible Rahmenordnung zur Verfügung, die eine Wahl zwischen monistischer und der dualistischer Führungsstruktur erlaubt: Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die

Geschäftsführung nicht an einzelne Mitglieder oder an Dritte übertragen hat[706].

Die Delegationsbefugnis des Verwaltungsrats unterlag allerdings schon immer gewissen Einschränkungen. Bereits unter dem Aktienrecht von 1936 existierten Aufgaben, die der Verwaltungsrat zwingend selbst wahrnehmen musste. Diese Pflichten waren allerdings im Gesetz nur zum Teil ausdrücklich erwähnt; ihre Konkretisierung erfolgte durch Lehre und Praxis und blieb insgesamt punktuell[707]. Die Revision von 1991 brachte diesbezüglich eine umfassende Konkretisierung und Ausdifferenzierung. Heute weist das Gesetz dem Verwaltungsrat ausdrücklich einen Katalog unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben zu, die sogenannten *Kernaufgaben* (Art. 716a Abs. 1 OR)[708]. In teilweiser Anlehnung an BÖCKLI[709] können diese Aufgaben mit den folgenden Kurzbegriffen umschrieben werden: Oberleitung, Organisationsverantwortung, Finanzverantwortung, Personalverantwortung, beschränkte Administrativ- und Ausführungsverantwortung und schliesslich die Alarmverantwortung[710]. Der Begriff der Verantwortung umfasst dabei sowohl die ausschliessliche Pflicht als auch die ausschliessliche Kompetenz, diese Bereiche zu regeln.

706 Vgl. Art. 716 Abs. 2 OR; Art. 722 Abs. 2 Ziff. 2 aOR.

707 Vgl. Art. 722 aOR. Zur Doktrin siehe etwa *Bürgi*, Zürcher Kommentar, N 18 f. zu Art. 722 aOR. *Böckli*, Kernkompetenzen, 16 f., fasst diese Aufgaben unter folgenden Schlagwörtern zusammen: Normsetzungsfunktion, Wahlfunktion, Überwachungs- und Begleitfunktion gegenüber der Geschäftsleitung.

708 Art. 716a OR ist die zentrale Bestimmungen. Andere unübertragbare Aufgaben enthalten sodann die folgenden Bestimmungen: Art. 725 Abs. 1 OR; Art. 634a Abs. 1 OR; Art. 726 OR; Art. 651 Abs. 4 OR; Art. 651a, 652g, 653g OR sowie Art. 727b OR. Vgl. zum Ganzen *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 30 Rn. 57 ff.; *Forstmoser*, Organisation, 18 f.; *ders.*, ST 2002, 487 Fn. 35.

709 *Böckli*, Kernkompetenzen, 21 ff.

710 Diese Kurzformeln sind folgenden Gesetzesziffern des Art. 716a Abs. 1 zugeordnet: Oberleitung: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR; Organisationsverantwortung: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR; Finanzverantwortung: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR; Personalverantwortung: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4, 5 OR; beschränkte Administrativ- und Ausführungsverantwortung: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR; Alarmverantwortung: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

b) Die Regelung im Bankengesetz

Im Gegensatz zum Aktienrecht gilt im Bankengesetz der Zwang zur *dualistischen Führungsstruktur* (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG)[711]. Zwar verlangt der Wortlaut der Gesetzesbestimmung die Gewaltentrennung nur insoweit, als Geschäftszweck und Geschäftsumgang es erfordern. Von der aufsichtsrechtlichen Praxis wurde sie allerdings bereits 1937 als zwingend erklärt[712].

Zudem sind die Kernaufgaben des Verwaltungsrats nur *generalklauselartig* aufgeführt. Das Gesetz weist ihm als unübertragbare Funktionen die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle zu; funktionsübergreifendes Ziel ist die sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung. Die Verordnung präzisiert, dass das Oberleitungsorgan aus mindestens drei Personen bestehen muss[713].

2. Meinungsstand zur Normrelation

Die bank-aktienrechtliche Normenkonkurrenz gab unter dem alten Aktienrecht zu wenig Diskussionen Anlass. Mit der revisionsbedingten Einführung eines zwingenden Aufgabenkatalogs für den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft (Art. 716a OR) trat allerdings die eigenständige bankengesetzliche Organisationsregel des Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG verstärkt in Erscheinung – und mit ihr die Frage nach dem Verhältnis der beiden Konkurrenznormen.

a) Bankengesetz und altes Aktienrecht

Das Bankengesetz von 1934 und das Aktienrecht von 1936 setzten der Führungsstruktur nur wenige Leitplanken und delegierten die weitere Ausdiffe-

---

711 Vgl. zudem Art. 8 Abs. 2 BankV. Der Zwang zur dualistische Führungsstruktur ist ein Spezifikum des Bankengesetzes. Effektenhändler, Fondsleitungen und Versicherungen unterstehen keinem solchen Erfordernis.

712 EBK-RS vom 8. Oktober 1937 über die Anpassung der inneren Organisation der Banken an die gesetzlichen Vorschriften. Das Rundschreiben hält fest, „dass die Einsetzung besonderer Organe ... bei sämtlichen Banken am Platze ist, die als Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Genossenschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung [organisiert sind]". Aktuell EBK-RS 93/1 Rn. 28, das die Zweiteilung ohne Einschränkungen statutiert.

713 Art. 8 Abs. 1 BankV. Zwar besteht die Möglichkeit einer Ausnahmebewilligung (Art. 8 Abs. 3 BankV). Sie wird allerdings höchst selten und nur in zeitlich und sachlich beschränktem Umfang gewährt, vgl. EBK Jahresbericht 1991, 46 f.; EBK-Bull. 1997/32, 61 ff., Sachverhalt.

renzierung an Lehre und Praxis. Die massgeblichen Konkretisierungsimpulse für beide Teilrechtsordnungen kamen allerdings durchweg aus dem aktienrechtlichen Lager[714]. Zwar stand der formelle Geltungsvorrang des Bankengesetzes nicht in Frage[715]. Er trat aber angesichts der umfassenden *inhaltlichen* Übernahme der aktienrechtlichen Doktrin zur Verwaltungsorganisation stark in den Hintergrund. Die materielle Normrelation zwischen Bankengesetz und Aktienrecht stand also klar im Zeichen der *unangefochtenen Dominanz des Aktienrechts*.

Eindrücklich zeigt sich der damalige Einfluss des Aktienrechts in der Kommentierung von KLEINER. Er, der heute ein absolutes bankengesetzliches Spezialitätsprinzip vertritt und die bankengesetzliche Organisationsordnung als abschliessend versteht[716], hielt 1976 noch fest: „Die Pflichten des Verwaltungsrats einer Bank-AG richten sich nach OR 722 ff."[717] Auch die Aufsichtsbehörde orientierte sich an der aktienrechtlichen Ordnung und der dazu entwickelten Doktrin. So verwiesen etwa die internen Grundsatzpapiere der EBK zur Führungsstruktur bei den Banken ausschliesslich auf die aktienrechtliche Literatur[718]. Als 1985 der Direktor des EBK-Sekretariats die Kernaufgaben des Bank-Verwaltungsrats umschrieb, übernahm er fast wörtlich die seit zwanzig Jahren bestehenden aktienrechtlichen Lehrmeinungen[719].

Noch einen Schritt weiter ging das Bundesgericht. In einem Verantwortlichkeitsprozess gegen die Verwaltungsräte einer Bank-Aktiengesellschaft verwies es auf die Überwachungspflicht gemäss 722 aOR und hielt dabei fest: „Diese Vorschriften sind, obwohl im Bankengesetz nicht enthalten, deshalb anzuwenden, weil die KVB eine Aktiengesellschaft ist..." Der I. Zivilabteilung war offenbar entgangen, dass Art. 3 Abs. 1 lit. a BankG die Überwachungspflicht des Verwaltungsrates ausdrücklich statuiert. Es ist wohl geradezu symptomatisch für die damalige Dominanz des Aktienrechts

---

714 Etwas anders noch in den Anfängen, wo eine Wechselwirkung zwischen bankengesetzlicher und aktienrechtlicher Literatur feststellbar ist, vgl. etwa *Zimmermann*, Stellung der Verwaltungsratsmitglieder (1946), 39; *Vischer*, Verwaltung und Delegationsmöglichkeit (1968), 352.

715 In den parlamentarischen Debatten zum Aktienrecht von 1936 wurde ausdrücklich auf den Geltungsvorrang von Art. 3 Abs. 2 BankG hingewiesen, vgl. Amt. Bull. StR 1936, 91.

716 Vgl. *Kleiner*, Komm. BankG (1999), N 11 zu Art. 3 BankG.

717 *Kleiner*, Komm. BankG (1976), N 12 zu Art. 41 BankG.

718 Grundsatzpapier „Gewaltentrennung" (1980).

719 Vgl. die Ausführungen bei *Müller*, Praxis der Eidg. Bankenkommission (1985), 297 f., mit denjenigen von *Vischer*, Verwaltung und Delegationsmöglichkeit (1968), 352.

in der Frage der Verwaltungsorganisation, dass in einem Entscheid, der seither für die prägnante Formulierung des bankengesetzlichen Geltungsvorrangs herangezogen wird („Daraus ergibt sich, dass dort, wo das Bankengesetz eine Vorschrift enthält, diese gilt...“[720]), die bankengesetzliche Vorschrift über die Aufgaben des Verwaltungsrats komplett ignoriert wurden.

b) Bankengesetz und neues Aktienrecht

Solange die Übernahme aktienrechtlicher Konkretisierungsschritte in den Bankenkontext in kleinen Schritten vor sich ging, wurde sie kaum beachtet und noch weniger hinterfragt. Das änderte sich mit der Verabschiedung von Art. 716a OR. Denn nunmehr stand eine umfassende formellgesetzliche Ausdifferenzierung im Raum, deren Verhältnis zur aufsichtsrechtlichen Ordnung ersichtlich klärungsbedürftig war. Damit war es auch mit der doktrinellen Einigkeit vorbei.

Nach Auffassung der Bankenkommission „entspricht“ der Aufgabenkatalog von Art. 716a OR den bankengesetzlichen Anforderungen an die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle[721]. Einzig die Pflicht des Verwaltungsrates zur Ernennung der Zeichnungsbefugten (Art. 716a Abs. 2 Ziff. 4 OR) will sie restriktiv auslegen: Diese umfasse nur die Pflicht zur Ernennung der Geschäftsleitung, nicht aber aller anderen Zeichnungsbefugten (z.B. Prokuristinnen)[722]. Damit folgt die Aufsichtsbehörde der von NOBEL aufgestellten Koordinationsordnung[723]. Dieselbe Auffassung findet sich auch bei ZULAUF, der – mit Ausnahme der Zeichnungsregelung – keinen Grund sieht, warum „die aktienrechtlichen Delegationsbeschränkungen nicht auch für Banken in Form von Aktiengesellschaften gelten sollten.“[724]

Prononciert anders als die „EBK-Riege“[725] äussern sich KLEINER und TANNER. Unter Hinweis auf die Materialen und die Gesetzessystematik halten sie fest, dass die bankengesetzliche Organisationsordnung einen abschliessenden Guss darstelle, der für nachträgliche Ergänzungen aus dem Obligationenrecht keinen Raum lasse. Zwar dürfe unter bankengesetzlichen Aspekten für die Verwaltungsorganisation „etwa dasselbe gelten“[726], was

720 BGE 97 II 403 (408).
721 EBK-RS 93/1 Rn. 29.
722 EBK-RS 93/1 Rn. 30.
723 Vgl. *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 173 f.
724 *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 449 f.
725 *Nobel* war damals Mitglied der Kommission, *Zulauf* war (und ist) Vizedirektor des Sekretariats.
726 *Kleiner*, Komm. BankG (1999), N 31 zu Art. 3 BankG.

Art. 716a OR für die regulären Aktiengesellschaften festschreibe. Die *normative Eigenständigkeit des Bankengesetzes* werde davon aber nicht berührt[727].

c) Fazit

Der ungehemmte Einfluss des Aktienrechts auf die bankengesetzliche Organisation der Führungsstruktur stiess im Zuge der Aktienrechtsrevision erstmals auf doktrinellen Widerstand. Während die Befürworter der umfassenden Autonomie des Bankengesetzes immerhin historische und systematische Argumente anführen, fehlt es den übrigen Diskussionsbeiträgen an rechtsdogmatischen Konturen: Der aktienrechtliche Aufgabenkatalog „entspricht" den bankengesetzlichen Vorgaben, das Aktienrecht „kann dahingehend verstanden werden", und schliesslich ist „kein Grund ersichtlich", warum Art. 716a OR nicht auch für Bank-Aktiengesellschaften gelten sollte. Bei alledem bleiben die normativen Grundlagen und Rahmenbedingungen des Zusammenspiels von Aktienrecht und Bankengesetz im Dunklen.

Insgesamt werden also zwei Lösungsalternativen geboten: die absolute Spezialität des Bankengesetzes und eine nicht weiter begründete und in ihrer Tragweite unklare „Geltung" des Aktienrechts für die Bank-Aktiengesellschaft.

3. Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialität

Eine Alternative zu den bestehenden Lösungsansätzen für das Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und Art. 716a OR bietet das Modell der differenzierten bankengesetzlichen Spezialität mit seiner Unterscheidung zwischen der formellen und der materiellen Ebene der Normrelation.

a) Das Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage (absolute formelle Spezialität)

Als Ergebnis zur formellen bankengesetzlichen Spezialität wurde im dritten Teil festgehalten, dass den bankengesetzlichen Bestimmungen überall dort, wo sie einen Regelungsanspruch erheben, gegenüber ihren aktienrechtlichen Konkurrenznormen ein exklusiver Geltungsvorrang zukommt, und dass

727 *Kleiner*, Komm. BankG (1999), N 11, 31 zu Art. 3 BankG; *Tanner*, Auswirkungen des neuen Aktienrechts, 50.

diese Vorrangwirkung von einer allfälligen Rechtsänderung im Aktienrecht nicht berührt wird[728].

Auf das vorliegende Konkurrenzverhältnis angewendet: Das Bankengesetz enthält in Art. 3 Abs. 2 lit. a bezüglich der Aufgabenverteilung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Bank-Aktiengesellschaft einen klaren Regelungsanspruch: „[Es] sind besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden und die Befugnisse zwischen den Organen so abzugrenzen, dass eine sachgerechte Überwachung der Geschäftsführung möglich ist." Zusammen mit den darauf gestützten Verordnungsbestimmungen bildet folglich die Bestimmung in Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG bezüglich der Aufgaben des Verwaltungsrats einer Bank-AG die *exklusive Rechtsgrundlage*. Die formelle bankengesetzliche Spezialität wirkt absolut: Art. 716a OR kommt als Rechtsgrundlage nicht in Betracht.

b) Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts (relativierte materielle Spezialität)

Die materielle bankengesetzliche Spezialität ist nach der vorliegenden Koordinationsordnung grundsätzlich eine *relativierte Spezialität*, die sich offen zeigt für konkretisierende Einwirkungen des Aktienrechts. Verwendet das Bankengesetz – wie vorliegend – eine Generalklausel (aa), so ist die Wechselwirkung strukturell bedingt: Die aktienrechtliche Grundordnung ist als Konkretisierungsordnung heranzuziehen, weil für sie die Vermutung der Regelungsadäquanz gilt (bb). Bankautonome Lösungen sind nur zulässig, wenn der bankengesetzliche Sonderzweck dies gebietet (cc).

aa) Inhaltliche Verknüpfung *qua* Generalklausel

Materielle Relativierungen der Spezialgesetzlichkeit treten umso stärker in Erscheinung, je offener die bankengesetzlichen Vorschriften formuliert sind[729]. Durch solche Offenheit wird das Bankengesetz den Einflüssen rezeptionsfähiger Regelungen aus anderen Teilrechtsordnungen ausgesetzt und so insgesamt einer *heteronomen Normgestaltung* unterworfen. Bezogen auf das Bankaufsichtsrecht führt dies dazu, dass die organisatorische

728 Siehe oben S. 179 (Vorrangdurchbrechung bei Rechtsänderung); S. 181 (Ergebnis zur formellen bankengesetzlichen Spezialität).

729 Dazu oben S. 183 (relativierte materielle Spezialität).

Grundordnung letztlich dem Aktienrecht zu entnehmen ist, welches mit all seinen Veränderungen einflussreich bleibt.

Die spezifische Form, in der diese Öffnung und Einflussnahme bei den Organisationsregeln der Unternehmensleitung verwirklicht wurde, ist die der Generalklausel[730]. Das Bankengesetz gibt für diesen Regelungsbereich bloss Eckpunkte vor und lässt im übrigen Raum für die interpretative Einflüsse der aktienrechtlichen Grundordnung.

bb) Vermutung der Regelungsadäquanz des Aktienrechts

Die Generalklausel gehört zu den Bausteinen der materiellen koordinativen Normarchitektur. Wo sich der Bankengesetzgeber ihrer bedient, öffnet er das Gesetz bewusst für die Wertungen anderer Teilrechtsgebiete. Für die Bank-Aktiengesellschaft stehen dabei die Wertungen des Aktienrechts in seiner Funktion als organisatorische Grundordnung im Vordergrund.

Auf das vorliegende Konkurrenzverhältnis angewendet: Mit der generalklauselartigen Formulierung der bankengesetzlichen Organisationsbestimmung in Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG hat der Bankengesetzgeber sich für eine inhaltliche Verkoppelung mit der aktienrechtlichen Grundordnung entschieden. Für die aktienrechtlichen Wertungen, Konkretisierungen und Modernisierungen spricht in diesem Fall die Vermutung der Regelungsadäquanz. Folglich ist Art. 716a OR für die Konkretisierung der bankengesetzlichen Konkurrenzbestimmung heranzuziehen.

cc) Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität

Die Wertungshoheit des Bankengesetzes bleibt allerdings auch bei heteronomer Normstruktur erhalten: Die vermutete Regelungsadäquanz des Aktienrechts steht unter dem Vorbehalt des *bankengesetzlichen Sonderzwecks:* Sie ist widerlegt, wenn ein erhöhter Schutzbedarf für die Bankgläubiger oder eine operative Besonderheit des Bankgeschäfts eine andere Regelung erforderlich macht.

Auf das vorliegende Konkurrenzverhältnis angewendet: Der Aufgabenkatalog von Art. 716a OR ist als Konkretisierung von Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG insoweit zu beachten, als er nach dem heutigen Kenntnisstand zur Verwirklichung der bankengesetzlichen Zielsetzung beiträgt. Soweit er hingegen die bankengesetzliche Zielsetzung blockiert, ist er im Bankenkontext unbeachtlich.

---

730 Allgemein dazu bereits oben S. 189 (Einstrahlung durch Generalklauseln).

Bei allgemeiner Betrachtung spricht gegen die Aktivierung des Vorbehalts der Systemkompatibilität – und somit *für* die interpretative Übernahme von Art. 716a OR –, dass die dort enthaltene Präzisierung der Aufgabenverteilung eine Verschärfung der Haftungsordnung mit sich bringt. So führt das Aktienrecht im Wesentlichen weiter, was im Bankengesetz das massgebliche Motiv für die Gewaltentrennung war: Eine schärfere Abgrenzung der Kompetenzen und damit eine leichtere Feststellung von Verantwortlichkeiten, die angesichts der generalpräventiven Funktion einer jeden Haftungsordnung zur besseren Verwirklichung des Gläubigerschutzes beiträgt.

Vielseitigen Bedarf für die Aktivierung des bankengesetzlichen Vorbehalts der Systemkompatiblität sieht hingegen KLEINER, der im Bereich der Finanzverantwortung sowie der Administrativ- und Ausführungsverantwortung jeweils eine Sonderbehandlung für Banken einfordert[731]. Seine „aufsichtsrechtlichen Präzisierungen" decken sich allerdings mit der neueren aktienrechtlichen Doktrin zu Art. 716a OR, so dass sich diesbezüglich die Frage nach der Aktivierung des bankengesetzlichen Systemvorbehalts erübrigt[732].

Im übrigen ist der Vorbehalt der Systemkompatibilität für jede Aufgabe des Verwaltungsrats separat und immer wieder von Neuem zu prüfen: Es ist möglich und sogar wahrscheinlich, dass die aufsichtsrechtlichen Praxis im Zusammenhang mit Art. 716a OR Schutzlücken aufdeckt, die sie durch eine vom Aktienrecht abweichende Aufgabenteilung oder durch eine abweichende Ausgestaltung der Aufgaben schliessen muss. Das Kriterium für eine solche Modifikation der aktienrechtlichen Wertungen bildet immer der Sonderzweck des Bankengesetzes, also primär sein intensivierter Schutzauftrag.

---

731 *Kleiner*, Komm. BankG (1999), N 31 zu Art. 3 BankG. Er macht namentlich zwei organisatorisch-kompetenzielle Einschränkungen geltend: Erstens sei die Ausgestaltung des Rechnungswesens ein Vorgang technischer Natur und nicht Aufgabe des Bank-VR. Zweitens sei die Erstellung des Geschäftsberichts und Vorbereitung der GV nur insoweit Aufgabe des Bank-VR, als sie die Verabschiedung des revidierten Jahresberichts und der ihr vorgelegten Rechnungen, bzw. die Aufstellung der Traktandenliste und die Formulierung der Anträge betreffen.

732 Vgl. zum ersten Einwand *Böckli*, Kernkompetenzen, 27 f. sowie *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 30 Rn. 40: Der VR muss nur die wesentlichen Grundsätze festlegen. Vgl. zum zweiten Einwand *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 30 Rn. 52 ff.: Gleiche Ansicht wie *Kleiner*.

c) Fazit

Im Streit um die Bedeutung von Art. 716a OR für die Bank-Aktiengesellschaft führt das Modell der differenzierten bankengesetzlichen Spezialität gegenüber der herkömmlichen Diskussion zu einem alternativen Lösungsansatz: Die Bestimmung in Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG bildet die ausschliessliche Rechtsgrundlage für die Aufgabenteilung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Bank-Aktiengesellschaft. Auf der inhaltlichen Ebene dagegen konkretisiert Art. 716a OR die bankengesetzliche Generalklausel und erhält auf diesem Wege materielle Geltung im Bankenkontext. Im Ergebnis vereint die differenzierte Spezialität die beiden gegensätzlichen doktrinellen Ansätze, indem sie ihnen innerhalb des bank-aktienrechtlichen Koordinationsfeldes eine spezifische Rolle zuweist.

4. Einzelfragen der Koordination

Mit der soeben skizzierten Koordinationsordnung ist die Grundlage für die Beantwortung von Einzelfragen der Koordination zwischen der bankengesetzlichen und der aktienrechtlichen Organisationsbestimmung gelegt. Nachfolgend sollen einige dieser Fragen exemplarisch aufgegriffen werden, um damit dem Anwendungsbereich und der Funktionsweise des Zusammenspiels von Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und Art. 716a Abs. 1 OR schärfere Konturen zu verleihen.

a) Verwaltungsrat und Generalversammlung: Bankengesetzlicher Autonomiebereich

Der Aufgabenkatalog von Art. 716a Abs. 1 OR ist nur insoweit Lieferant interpretativer Bausteine im Bankenkontext, als die Generalklausel Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG ihre Öffnung gegenüber dem Aktienrecht nicht selbst wieder zurücknimmt. Das ist namentlich beim Grundsatz der Gewaltentrennung der Fall: Hier besteht – trotz heteronomer Normgestaltung – eine bankautonome Lösung. Soweit der Kernkatalog in Art. 716a OR diese Frage betrifft, ist angesichts der klaren Rechtslage im Bankaufsichtsrecht der aktienrechtliche Einfluss ausgeschlossen. Dies hat Konsequenzen:

aa) Derogative Wirkung der bankengesetzlichen Gewaltentrennung

Bei der regulären Aktiengesellschaft gehen im Interessenspiel um die Bestimmung der Führungsstruktur weder die Generalversammlung noch der

Verwaltungsrat als eindeutige Siegerin hervor. Vielmehr ist – entsprechend dem Paritätsprinzip – die Kompetenz auf beide Organe verteilt. So bedarf der Verwaltungsrat zur Delegation der Geschäftsführung der „Erlaubnis" der Generalversammlung in Form einer statutarischen Ermächtigungsklausel[733]. Erzwingen kann die Generalversammlung die Delegation aber nicht. Deren effektive Vornahme gehört vielmehr zur exklusiven Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR). Zwar kann die Generalversammlung den uneinsichtigen Verwaltungsrat abwählen. Sie kann sich aber nicht an die Stelle des Verwaltungsrates setzen und in den Statuten eine Geschäftsführung vorsehen[734].

Bei der Bank-Aktiengesellschaft verhält es sich anders. Hier schiebt sich das Aufsichtsrecht als neue Determinante in das Interessenspiel zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung hinein und statuiert autoritativ den Grundsatz der Gewaltentrennung (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG). Für den Teilbereich der Delegationshoheit ist damit der interpretative Einfluss von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR im Bankenkontext ausgeschlossen: Das Bankengesetz bleibt aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung auch auf der *materiellen Ebene* autonom.

bb) Folgen für die statutarische Verfassung der Bank-Aktiengesellschaft

Der bankengesetzliche Sonderweg hat praktische Folgen für die Ausgestaltung der Statuten. Während bei der regulären Aktiengesellschaft die Statuten eine Delegationsermächtigung enthalten *müssen*, wenn eine Geschäftsleitung eingesetzt werden soll (Art. 716b Abs. 1 OR), ist dieselbe Ermächtigung bei der Bank-Aktiengesellschaft ohne materielles Gehalt, ja sie ist sogar systemwidrig. Denn wo das Aufsichtsrecht die Delegation der Geschäftsleitung zwingend vorschreibt, ist die diesbezügliche Kompetenz der Generalversammlung aufgrund des bankengesetzlichen Geltungsvorrangs aufgehoben.

Andererseits ist auch der Status der Geschäftsleitung ein anderer: Sie ist nicht mehr fakultatives, sondern *notwendiges Verwaltungsorgan*. Während also bei der regulären Aktiengesellschaft die Erwähnung Geschäftsleitung

733 Art. 627 Ziff. 12 i.V.m. 716b Abs. 1 OR. Fehlt die Ermächtigung, trägt der Verwaltungsrat die volle Verantwortung für allfällige Schäden (Art. 754 Abs. 2 OR *e contrario*). Vgl. auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 29 Rn. 28 Fn. 6. Zu den Gründen für die statutarische Grundlage der Delegation vgl. *v. Greyerz*, SPR VIII/2, 207.

734 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 716b Abs. 1 OR. Vgl. auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 29 Rn. 28.

als Gesellschaftsorgan in den Statuten unzulässig ist, weil die Generalversammlung damit in die Kompetenz des Verwaltungsrates eingreift, gehört sie bei der Bank-Aktiengesellschaft als formell ausgeschiedenes Teilorgan der Verwaltung zum notwendigen Statuteninhalt (Art. 626 Ziff. 6 OR)[735].

b) Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Aktienrechtliche Kernaufgaben als Kompetenzobergrenze des Bankverwaltungsrats?

Nach Auffassung der Aufsichtsbehörde „entsprechen" die aktienrechtlichen Kernaufgaben des Verwaltungsrats gemäss Art. 716a OR den bankengesetzlichen Anforderungen an die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG[736]. Bedeutet dies gleichzeitig, dass der Bank-Verwaltungsrat nicht *mehr* Kompetenzen ausüben darf, als im Aufgabenkatalog von Art. 716a OR vorgesehen ist? Innerhalb der Aufsichtsbehörde wird diese Meinung teilweise vertreten. Die aktienrechtlichen Kernkompetenzen wären also aufsichtsrechtlich nicht nur zwingende Minimalpflicht, sondern auch *beschränkende Obergrenze.* Alles andere müsste durch die Geschäftsleitung erledigt werden.

aa) Kein Gebot der Koordinationsdogmatik

Aus Sicht der differenzierten Spezialität ist hierzu Folgendes anzumerken: Die offene Normstruktur von Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG fordert – unter dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität – die interpretative Übernahme der aktienrechtlichen Kernaufgaben. Die Übernahmepflicht geht allerdings nicht weiter als die aktienrechtliche Norm. Art. 716a Abs. 1 OR schreibt einzig fest, welche Aufgaben der Gesamtverwaltungsrat auf jeden Fall selbst vornehmen muss. Die Übernahme *zusätzlicher* Aufgaben ist hingegen durch die Bestimmung in Art. 716a Abs. 1 OR nicht eingeschränkt. Im Koordinationsfeld von Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und Art. 716a Abs. 1 OR stellen sich also lediglich Fragen bezüglich des zwingenden Minimums an Pflichten, die der Verwaltungsrat einer Bank-Aktiengesellschaft wahrzunehmen hat. Wenn daher geltend gemacht wird, die aktienrechtlichen Kernaufgaben würden für den Verwaltungsrat der Bank-Aktiengesellschaft

735 Vgl. zum Ganzen *Böckli*, Aktienrecht, § 13 Rn. 560; *ders.*, Kernkompetenzen, 38 Fn. 38; 54 Fn. 63; *Emmenegger/Geiger*, Bank-Aktiengesellschaften, Rn. 104 ff.; *Forstmoser*, SZW 66 (1994), 172 f., 175 Fn. 44. In die gleiche Richtung *Müller*, Praxis der EBK, 297, wonach die Zweiteilung in den Statuten und Reglementen der Bank zum Ausdruck kommen muss.

736 EBK-RS 93/1 Rn. 29.

gleichzeitig eine beschränkende Obergrenze der Kompetenz darstellen, so ist das jedenfalls *kein Gebot der bank-aktienrechtlichen Koordination*. Mehr noch: Da weder Art. 716a Abs. 1 OR noch sonst eine aktienrechtliche Norm die Kompetenzerweiterung des Verwaltungsrats beschränkt (Prinzip der monistischen Führungsstrukur), beurteilt sich die Frage, ob es überhaupt eine Obergrenze für die Kompetenzzuweisung an den Bank-Verwaltungsrat gibt, allein nach dem Aufsichtsrecht.

bb) Kein Gebot des Aufsichtsrechts (Bankengesetzlicher Organisationsspielraum)

Auch unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten vermag die Einstufung der aktienrechtlichen Kernaufgaben als Obergrenze der Verwaltungsratskompetenzen nicht zu überzeugen. Die strikte Beschränkung auf die Kernaufgaben im Sinne von Art. 716a Abs. 1 OR ist weder mit Blick auf die bankengesetzliche Zielsetzung gefordert, noch ist sie in der aufsichtsrechtlichen Praxis in dieser Weise verwirklicht. Letztere lässt es nämlich durchaus zu, dass der Verwaltungsrat Aufgaben wahrnimmt, die „unterhalb" des Kernaufgabenbereichs von Art. 716a Abs. 1 OR angesiedelt sind. Man spricht in diesem Zusammenhang vom *bankengesetzlichen Organisationsspielraum*.

Der bankengesetzliche Organisationsspielraum ist eine etablierte Kategorie der aufsichtsrechtlichen Praxis – auch wenn sich der Begriff in keinem Rundschreiben und in keiner Mitteilung findet[737]. Er bezeichnet den Bereich, der zwischen den beiden Polen der Unternehmensleitung – also zwischen der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle einerseits und der Geschäftsführung andererseits – liegt, und den die Bank unter Vorbehalt des aufsichtsrechtlichen *placet* frei strukturieren kann.

Dass die lebendige Struktur einer Bank solche Spielräume braucht, kann anhand des Geschäftsbereichs der Kreditvergabe veranschaulicht werden. Angenommen, ein von der Aufsichtsbehörde genehmigtes Kreditreglement einer Bank sieht für den Entscheid zur Vergabe von Lombardkrediten bis zu CHF 10 Mio. die Zuständigkeit der Geschäftsleitung vor. Kredite oberhalb dieser Summe verweist das Reglement in die Entscheidkompetenz des Verwaltungsrats. Der Genehmigungsentscheid der Aufsichtsbehörde beinhaltet die Feststellung, dass dieses Reglement den aufsichtsrechtlichen Vorgaben, also auch der bankengesetzlichen Gewaltentrennung, entspricht.

---

737 Geprägt hat ihn *Romain Marti*, Vizedirektor der EBK, vgl. *Marti*, Grundsatzexposé zur Gewaltentrennung, 11. Im Schrifttum nunmehr *Emmenegger/Geiger*, Bank-Aktiengesellschaften, Rn. 93.

Bei einem mechanisch-strengen Verständnis der Zweiteilung wäre zu folgern, dass ein Kredit, der die Grenze von CHF 10 Mio. um einen Franken übersteigt, für die Bank eine Existenzfrage (Oberleitungsentscheid) darstellt, während ein Kredit, der gerade CHF 10 Mio. beträgt, bei dieser Bank zum Tagesgeschäft (Geschäftsleitungsentscheid) gehört.

Das Konzept des Organisationsspielraums vermeidet solche lebensfremden Folgerungen. Zuweilen wird im betreffenden Zusammenhang geltend gemacht, die Oberleitung sei ein relativer Begriff, der einmal mehr und einmal weniger Geschäftsführungsaufgaben beinhalte[738]. Tatsächlich geht es aber nicht um die Relativierung des Begriffs der Oberleitung, sondern vielmehr um die Aktivierung des aufsichtsrechtlichen Organisationsspielraums.

cc) Fazit

Die Frage, ob die unübertragbaren und unentziehbaren Kernaufgaben gemäss Art. 716a Abs. 1 OR gleichzeitig die Obergrenze der Kompetenzen eines Bank-Verwaltungsrates festlegen, ist also im Ergebnis zu verneinen. Sie ist kein Gebot der Koordination zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht. Auch wäre sie mit den sonstigen aufsichtsrechtlichen Kriterien nicht vereinbar, denn die im Rahmen des Organisationsspielraums dürfen Aufgaben wahrgenommen werden, die ausserhalb der in Art. 716a Abs. 1 OR festgelegten Kernkompetenzen liegen. Die Bestimmung konstituiert mithin im Anwendungsbereich des Bankengesetzes lediglich eine Untergrenze, nicht aber eine Obergrenze für die Kompetenzen des Bankverwaltungsrats.

c) Personalkompetenz des Verwaltungsrats und Vorbehalt der Systemkompatibilität

Eine dritte Präzisierung betrifft die Frage der Pflicht des Verwaltungsrats zur Ernennung der Zeichnungsberechtigten (Art. 716 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Aufsichtsrechtliche Doktrin und Praxis machen diesbezüglich übereinstimmend einen aufsichtsrechtlichen Modifikationsbedarf geltend – in der hier vertretenen Dogmatik: den Vorbehalt der Systemkompatibilität[739]. Ob allerdings die Voraussetzungen für den Vorbehalt gegeben sind, bleibt zu untersuchen.

---

738 Vgl. *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 454.

739 Vgl. oben S. 189 (Schranken der Relativierung).

aa) Ausnahmeregelung zugunsten der Banken

Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR gehört zu den Kernaufgaben des Verwaltungsrats die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen. Nach dem Willen des Gesetzgebers besteht die Ernennungspflicht für *alle* zeichnungsberechtigten Personen, einschliesslich der Prokuristinnen oder der Handlungsbevollmächtigten[740]. Das ist auch die Praxis der Handelsregisterämter[741].

Die Bankenkommission geht für die Frage der Zeichnungsberechtigung von einer aufsichtsrechtlichen Modifikation des Aktienrechts aus. Danach muss der Verwaltungsrat nur über die Zeichnungsberechtigung einzelner seiner Mitglieder und der Geschäftsleitung selbst entscheiden. Die Ernennung der Handlungsbevollmächtigen und Prokuristinnen kann nach ihrer Auffassung auch an die Geschäftsleitung übertragen werden[742]. Diese Modifikation der aktienrechtlichen Ordnung, die letztlich nichts anderes ist als die Geltendmachung des Vorbehalts der Systemkompatibilität, findet im Schrifttum übereinstimmend Zustimmung[743]. Die Handelsregisterämter lassen bezüglich der Bank-Aktiengesellschaften die Auslegeordnung der EBK gelten und tragen auch Statuten in das Register ein, die eine solche Ernennungsdelegation vorsehen. Die Bank-Aktiengesellschaften ihrerseits machen von der aufsichtsrechtlich motivierten Erleichterung rege Gebrauch[744].

bb) Fehlende Rechtfertigung unter der Koordinationsperspektive

Unstreitig entspricht die Sonderregelung für Banken einem praktischen Bedürfnis: Für Grossgesellschaften, zu denen auch die meisten Banken zählen, erscheint die direkte Ernennung der Zeichnungsberechtigten durch den Ver-

---

740 Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. *Homburger*, Zürcher Kommentar, N 573 zu Art. 716a OR. Im Schrifttum stösst die weitgehende Ernennungspflicht aufgrund der damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten auf Kritik, vgl. etwa *Böckli*, Aktienrecht, § 13 Rn. 356; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 29 Rn. 64, § 30 Rn. 46. Teils wird gegen den Wortlaut argumentiert und eine eingeschränkte Ernennungspflicht angenommen, vgl. *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 174; *Turin*, Reprax 1999, 39 ff. (Pflicht nur für die mit der Geschäftsführung *und* Vertretung betrauten Personen); *Watter*, Basler Kommentar, N 16 zu Art. 716a OR.

741 Anfrage bei den Handelsregisterämtern Zürich, Bern, Basel, Genf. Vgl. auch *Turin*, REPRAX 1999, 39.

742 EBK-RS 93/1 Rn. 30.

743 Vgl. *Zulauf*, ZSR 113 II (1994), 449; *Kleiner*, Komm. BankG, N 31 zu Art. 3 BankG; Für die Ausnahme zugunsten der Banken auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 29 Rn. 65. Kritisch immerhin *Turin*, REPRAX, 39 Fn. 1.

744 Vgl. hierzu *Emmenegger/Geiger*, Bankaktiengesellschaften, Rn. 97.

waltungsrat wenig zweckmässig. Nach der hier entwickelten Koordinationsordnung steht es dem Aufsichtsrecht allerdings nicht frei, die aktienrechtliche Grundordnung aus reinen Zweckmässigkeitsüberlegungen zu modifizieren. Wo das Bankengesetz mit Generalklauseln operiert, sind zu deren Konkretisierung die Regeln der aktienrechtlichen Grundordnung heranzuziehen (Vermutung der Regelungsadäquanz des Aktienrechts). Eine modifizierte Übernahme der aktienrechtlichen Wertungen – und damit die Möglichkeit einer abweichenden Praxis für die Bank-Aktiengesellschaft – setzt voraus, dass das Aktienrecht dem *intensivierten bankengesetzlichen Schutzauftrag* nicht genügt. Wenn also für die Frage der Ernennung der Zeichnungsberechtigten für Bank-Aktiengesellschaften eine vom Aktienrecht abweichende Regelung beansprucht wird, so rechtfertigt sich dies nur dann, wenn daraus ein intensiverer Gläubigerschutz resultiert[745].

Zeichnungsberechtigte Personen können die Gesellschaft gegenüber Dritten *rechtsgültig* verpflichten. Darin liegt auch der Grund für die Zuweisung der Ernennungskompetenz an den Verwaltungsrat. Er soll in seiner Funktion und Verantwortung als Oberleitungsorgan die Kontrolle darüber behalten, wer und vor allem welcher zahlenmässige Kreis von Personen die Bank verpflichten kann. Die typischerweise von der Geschäftsleitung vorbereiteten Ernennungsvorschläge unterliegen so einer weiteren (Plausibilitäts-)Kontrolle. Den Wegfall dieser Kontrolle wird man mit Blick auf die mit der Zeichnungsberechtigung verbundene Kompetenz – nämlich die Verpflichtung der Bank – nicht als verstärkt gläubigerschützend bezeichnen können. Im Ergebnis wird hier unter dem rhetorischen Deckmantel der *lex specialis* eine – zugegebenermassen fragwürdige – aktienrechtliche Lösung unter Privilegierung des Bankensektors korrigiert, ohne den dazu allein berufenen Gesetzgeber zu berücksichtigen.

Unter diesen Umständen ist die Voraussetzung für eine Aktivierung des Vorbehalts der Systemkompatibilität nicht gegeben. Die vom Aktienrecht vorgesehene Pflicht des Verwaltungsrates, alle Zeichnungsberechtigten zu ernennen, ist daher im Rahmen der Konkretisierung von Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG eine verbindliche Vorgabe. Entgegen der herrschenden Meinung und Praxis trifft also auch der Verwaltungsrat einer Bank-Aktiengesellschaft die Pflicht zur Ernennung aller Zeichnungsbefugten[746].

---

745 Vgl. oben S. 190 (Intensivierter Schutzauftrag). Die zweite Spielart des Vorbehalts, nämlich die operative Besonderheit des Bankgeschäfts, fällt hier von vornherein ausser Betracht.

746 Kritisch zur Privilegierung der Banken immerhin *Turin*, REPRAX, 39 Fn. 1.

5. Ergebnis zur Organisation der Unternehmensleitung

Am Themenkomplex „Organisation der Unternehmensleitung" zeigt sich beispielhaft eine interpretative Auffangrelation in Form einer bankengesetzlichen Generalklausel: Zwar bleibt die Bestimmung in Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG exklusive Rechtsgrundlage für die normative Festlegung der Führungsstruktur einer Bank-Aktiengesellschaft (formelle Spezialität). Auf der *inhaltlichen* Ebene bewirkt hingegen die Wahl der offenen Normstruktur durch den Bankengesetzgeber eine Wechselwirkung mit der aktienrechtlichen Grundordnung. Im Ergebnis übernimmt so das Aktienrecht mit seiner Modernisierung (Art. 716a OR) die Rolle als *Auffangordnung*, indem es dem Bankengesetz die interpretativen Bausteine zur weiteren Ausdifferenzierung der Aufgaben des Verwaltungsrats bereitstellt.

Das Prinzip der *differenzierten bankengesetzlichen Spezialität*, das den Überlegungen dieses Abschnittes zugrunde liegt, kann auch auf für andere, ja gar für zukünftige Verhältnisfragen fruchtbar gemacht werden. Wenn im Parlament eine neue aktienrechtliche Regel erwogen wird, die es Personen mit „SchKG-Vergangenheit" verbieten soll, im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft Einsitz zu nehmen[747], stellt sich sofort wieder die Frage nach der Relevanz einer solchen Entwicklung für das Bankengesetz. Auch hier wird man gestützt auf das Konzept der differenzierten Spezialität sagen können, dass der Gewährsartikel des Bankengesetzes weiterhin die einschlägige und exklusive Rechtsgrundlage für die Bank-Aktiengesellschaft bleibt (formelle Spezialität), dass aber die fragliche Bestimmung aufgrund ihrer gläubigerschützenden Wirkung bei der *Auslegung* von Art. 3 Abs. 2 lit. d BankG als verbindlichen Standard zu beachten ist. Mithin zeigt sich, dass die differenzierte bankengesetzliche Spezialität sogar zukünftige Regelungen des Aktienrechts im Koordinationsfeld zwischen den Teilrechtsordnungen einzuordnen vermag, indem auch andere Generalklauseln des Bankengesetzes mit den Instrumenten der Adäquanzvermutung und dem Vorbehalt der Systemkompatibilität verbunden werden können.

747 Parlamentarische Initiative Nr. 01.412 von NR *Fabio Abate*, Amtl. Bull. vom 10. März 2003, 168. Die Initative verlangt einen neuen Art. 708bis OR, in dem festgelegt wird, dass Personen, die wegen Konkurs- oder Betreibungsverbrechen oder -vergehen (Art. 163-171 StGB) verurteilt worden sind, nicht in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft gewählt werden können. Der Initiative wurde Folge gegeben.

II. Die Verantwortlichkeit der Organe

Die Haftungsordnung des Bankengesetzes ist gegenwärtig im Umbruch begriffen. Nach einer intensiven Diskussion über die Auswirkungen der aktienrechtlichen Novellierung auf das Bankaufsichtsrecht strebt der Gesetzgeber inzwischen eine explizite Vereinheitlichung der Rechtsmaterien im Haftungsbereich an[748]. Die *bisherige* Rechtslage bleibt aber aus drei Gründen für die Koordinationsdogmatik relevant und bildet daher den Schwerpunkt in diesem Abschnitt:

Erstens lässt sich am Haftungsrecht beispielhaft zeigen, wie *asynchrone Entwicklungsschübe* in eigentlich parallel gedachten Rechtsmaterien auftreten können. Derartige Situationen, bei denen der Gesetzgeber die eine Teilrechtsordnung modifiziert, ohne sich Gedanken um die Auswirkungen auf die andere zu machen, können jederzeit wieder auftreten und gehören darum zum Basisrepertoire einer Koordinationsdogmatik. Zweitens lässt sich am bisherigen Haftungsrecht die *Fallgruppe der Regelungsparallelisierung* und deren Wirkungen erläutern. Daran zeigt sich, wie Koordinationsprobleme mit dem Instrument der differenzierten Spezialität bewältigt werden können, selbst wenn der Gesetzgeber zunächst untätig bleibt. Drittens gilt eine *fortgesetzte Anwendbarkeit* des bisherigen bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsrechts, soweit einer Klage Tatsachen zugrunde liegen, die vor dem Inkrafttreten der Revision eingetreten sind[749]. Angesichts der typischen Dauer von Verantwortlichkeitsprozessen wird das bisherige Regime für das Bundesgericht mindestens in den nächsten zehn Jahren weiterhin massgeblich bleiben. Das zeigt schon bei den „regulären" Verantwortlichkeitsprozessen[750] und der Befund wird im Bankbereich bestätigt[751]. Die Koordinations-

748 Neu ist die Haftung der Bankorgane durch Verweisung auf das Aktienrecht geregelt, vgl. Art. 39 BankG (in Kraft seit 1. Juli 2004). Zu den koordinationsdogmatischen Folgen dieser Neugestaltung, insbesondere zum gleichwohl geltenden Vorbehalt der Systemkompatibilität siehe unten S. 254 (Neuregelung).

749 Vgl. BGE 4C.53/2003 (SLT, Spar- und Leihkasse Thun); BGE 128 III 92; BGE 4C.262/2000 E. 2a; BGE 127 III 453. Im aktienrechtlichen Kontext gelten die prozessualen Regeln des neuen Verantwortlichkeitsrechts ab Inkrafttreten der Revision, vgl. BGE 122 III 324 (325). Für den Bankenkontext trifft dies nicht zu, da die Inkorporation des gesamten aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts vom Geltungszeitpunkt der Verweisungsnorm (Art. 39 BankG) abhängt, der seinerseits auf den Zeitpunkt der Tatsachengrundlage abstellt.

750 Die Durchsicht der in der amtlichen Sammlung und auf dem Internet publizierten Bundesgerichtsentscheide zum aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht zeigt, dass für den Zeitraum zwischen Januar 2000 und August 2003 die altrechtlichen Fälle deutlich überwiegen: 70% wurden nach altem Verantwortlichkeits-

dogmatik kann wertvolle Hilfestellung leisten, wo die gesetzgeberische Vereinfachung noch nicht wirkt.

Die Regelungsparallelisierung, die das bisherige Verhältnis zwischen der bankengesetzlichen und der aktienrechtlichen Haftungsordnung charakterisiert, zeichnet sich dadurch aus, dass die Materien zwar separat geregelt werden, dabei aber gleichgerichtet und nach der Absicht des Gesetzgebers dynamisch aufeinander bezogen bleiben. Die Normarchitektur der Regelungsparallelisierung wurde allerdings für die Verhältnisbestimmung zwischen den Teilrechtsordnungen in der Literatur nur unzureichend berücksichtigt. Die herkömmliche Diskussion betont den Gegensatz zwischen bankengesetzlicher Autonomie und aktienrechtlicher *lex posterior*, was besonders bei den revidierten Verantwortlichkeitsregeln des neuen Aktienrechts zu einer Verhärtung der Fronten führte (1). Versteht man dagegen das Verhältnis zwischen Bankengesetz und Aktienrecht als *differenzierte Spezialität*, so folgt daraus unmittelbar, dass die Regelungsparallelisierung weitreichende Folgen für die Normrelation zwischen den Teilrechtsordnungen hat (2). Gerade der Blick auf streitige Einzelfragen der bisherigen Haftungskoordination zeigt, dass die Einsicht in die Funktionsweise der differenzierten Spezialität selbst ohne Eingreifen des Gesetzgebers zu plausibleren Ergebnissen und konsistenteren Begründungen führt als die herkömmlich vertretenen Auslegungsvarianten (3).

1. Meinungsstand zur Normrelation

Der Bankengesetzgeber von 1934 nahm mit den Verantwortlichkeitsbestimmungen in Art. 38 ff. BankG materielles Zivilrecht in das Bankengesetz auf. Ursprünglich wollte man die Materie durch einen Verweis auf das revidierte Aktienrecht von 1936 regeln[752]. Da aber die Revisionsarbeiten am OR von 1881 im Zeitpunkt der Beratungen zum Bankengesetz noch nicht abge-

---

recht entschieden. Auch *Forstmoser*, ST 2002, 493 Fn. 35 kommt zum Befund, dass bis zum letztinstanzlichen Entscheid „gut ein Jahrzehnt" verstreichen könne.

751 Beispiele: Das Urteil gegen die Kontrollstelle der Spar- und Leihkasse Thun (4C.53/2003) erging im Jahr 2003. Tatsachengrundlage bildeten Handlungen im Zeitraum zwischen 1989 und 1991. Das Urteil gegen den Verwaltungsrat der Bank X (BGE 4C.201/2001) erging im Jahr 2002. Tatsachengrundlage bildeten Handlungen im Jahr 1989. Dasselbe Bild zeigt sich beim Verantwortlichkeitsprozess im Fall der Bank Leclerc (BGE 117 II 315). Das Urteil erging 1991, die Schliessung der Bank erfolgte 1977 (vgl. BGE 112 II 444).

752 Vgl. *Kleiner*, SZW 64 (1992), 256.

schlossen waren[753], übernahm man die Verantwortlichkeitsbestimmungen des OR-Entwurfs und späteren OR 1936 insgesamt in das Bankengesetz und erklärte sie somit auf alle Banken anwendbar[754]. Als das revidierte OR 1937 in Kraft trat, standen sich aus Sicht der Bank-Aktiengesellschaft mit Art. 752 ff. OR und Art. 38 ff. BankG zwei praktisch deckungsgleiche Konkurrenzordnungen gegenüber.

a) Bankengesetz und altes Aktienrecht

Für Lehre und Rechtsprechung bestand aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte kein Zweifel an der materiellen Identität der bankengesetzlichen und aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen. Daraus folgerte man die beliebige Austauschbarkeit judizieller und doktrineller Auslegungsergebnisse: Was in der einen Haftungsordnung galt, hatte auch für die andere zu gelten[755].

b) Bankengesetz und neues Aktienrecht

Stand unter der Geltung des Aktienrechts von 1936 die gegenseitige Austauschbarkeit von Auslegungsergebnissen zwischen den beiden Haftungsordnungen ausser Frage, so änderte sich mit der Revision von 1991 die Sichtweise. Das neue Aktienrecht kodifizierte nicht nur die bereits bestehende Lehre und Praxis, sondern entschied auch streitige Fragen und führte zudem neue prozessrechtliche Instrumente ein. Dies wiederum führte in

---

753 Schon 1911 wurde *Eugen Huber* vom Bundesrat mit der Erstellung eines Entwurfs beauftragt. Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. etwa *Kuhn*, ZBJV 69 (1933), 49 ff.

754 Vgl. Sten. Bull. StR 1934, 268. Allfälligen Differenzen zwischen der endgültigen Fassung des Obligationenrechts und dem Bankengesetz wollte man mit Angleichung im Bankengesetz Rechnung tragen, *id.* Diese Angleichung wurde allerdings nie in die Tat umgesetzt.

755 Für die Rechtsprechung vgl. nur BGE 117 II 432 (441): „Nach Art. 754 Abs. 1 OR, welchem Art. 41 BankG entspricht ...". Zudem: BGE 97 II 403 (414); BGE 95 II 320 (324); BGer, Urteil vom 1. März 1978 (unveröffentlicht), zitiert in *Nobel*, Praxis 1979, 183. Für die Doktrin vgl. *Henggeler/Henggeler*, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, 8; *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, N 2, 376; *Graner*, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, 136; *Kleiner*, Gesetzgebung über das Bankwesen, 58; *ders./Schwob*, Komm. BankG (1976), N 3 zu Vorb. 14. Abschn.; *Kleiner*, SZW 64 (1992), 256; *Nobel*, Bemerkungen zum Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht, 242 Fn. 32; *Meier-Wehrli*, Verantwortlichkeit, 28, 40, 50, 90; *Rossy/Reimann*, Bundesgesetz über die Banken, 74.

der Doktrin zu einer Kontroverse darüber, ob und wie diese Novellierungen im Aufsichtsrecht zu berücksichtigen seien.

aa) „Easy Cases": Kodifikation der geltenden Praxis

Keinen Anlass zu Diskussionen gaben diejenigen Novellierungen, die lediglich die bestehende Praxis in die Gesetzesform überführten – das Aktienrecht regelt nun einfach explizit, was für beide Haftungsordnungen schon vorher galt. Das ist etwa der Fall für die irreführende Angabe bei der Prospekthaftung (Art. 38 BankG, Art. 752 OR) und bei der Gründungshaftung (Art. 40 BankG, Art. 753 OR); sie galt bereits vor der Revision als haftungsbegründender Tatbestand[756]. Auch die aktienrechtliche Präzisierung, wonach bei der Prospekthaftung nicht nur die Gesellschafter und Obligationäre, sondern generell die „Erwerber" zu den Anspruchsberechtigten zählen, entsprach der klar vorherrschenden aktienrechtlichen und bankaufsichtsrechtlichen Doktrin[757]. Ein Fall kodifizierter Praxis liegt auch hinsichtlich des Adressatenkreises der Organhaftungsbestimmung vor (Art. 41 BankG, Art. 754 OR). Das neue Aktienrecht spricht nicht mehr von den mit der Unternehmensführung betrauten, sondern den damit *befassten* Personen. Dieser sogenannte „materielle" Organbegriff war schon vor der Revision geltende Auslegung[758], so dass sich auch hier die Frage nach der Bedeutung der neuen Aktienrechtsbestimmung für die bankengesetzliche Parallelbestimmung erübrigte. Schliesslich bestimmt das neue Aktienrecht, dass der Entlastungsbeschluss (Art. 43 Abs. 3 BankG, Art. 758 OR) nur für bekannte Tatsachen wirkt. Auch dies entsprach bereits vor der Revision der geltenden Praxis[759].

bb) „Hard Cases": Aktienrechtliche Neuordnung

Kontrovers diskutiert werden diejenigen Änderungen, die effektiv Neues bringen. Im Vordergrund stehen dabei die Kostentragungsregel bei Klagen einzelner Aktionäre für Schäden, die der Gesellschaft entstanden sind (Art. 756 Abs. 2 OR) sowie die Institution des Einheitsprozesses bei Klagen gegen

---

756 Vgl. *Kleiner*, Komm. BankG (1976), N 3 zu Art. 39 BankG, N 3 zu Art. 40 BankG.

757 Vgl. *Kleiner*, Komm. BankG (1976), N 5 zu Art. 39 BankG, m.w.N.

758 Vgl. BGE 117 II 432 (441), präzisiert in BGE 128 III 29 (30 f.) und BGE 128 III 92 (93 f.). Vgl hierzu *Tercier/Stoffel*, SZW 74 (2002), 335 f.; *Trigo Trindade/Peter*, SZW 74 (2002), 251 ff.

759 Vgl. BGE 95 II 320 (330).

mehrere verantwortliche Organe der Gesellschaft (Art. 759 Abs. 2 OR)[760]. Uneinigkeit besteht aber auch hinsichtlich der Bedeutung der Haftungsentlastungsregel in Art. 754 Abs. 2 OR sowie hinsichtlich der Anwendbarkeit der Haftungsbestimmung für die interne Revisionsstelle (Art. 755 OR).

Die Diskussion verläuft hier in den bekannten Bahnen zwischen absoluter und relativierter bankengesetzlicher Spezialität[761]. Allerdings wird selbst von denjenigen, die das Bankengesetz in einem absoluten Sinne zur Spezialmaterie erklären und dadurch ganz von Entwicklungen des Aktienrechts abkoppeln wollen, diese Position im Ergebnis nicht für alle Sachbereiche durchgehalten. So verneint KLEINER jeglichen Einfluss der Aktienrechtsrevision auf das Bankengesetz: Weder die legislativen Änderungen noch die neuere aktienrechtliche Rechtsprechung und Doktrin dürften für die Auslegung des bankengesetzlichen Haftungsrechts herangezogen werden[762]. Andererseits bejaht er aber die unmittelbare Anwendbarkeit der neuen Artikel 756 Abs. 2 und 755 OR[763].

Unterschiedlich weit gehen auch die Vertreter der relativierten bankengesetzlichen Spezialität: Die einen wollen in der Tendenz jede Novellierung, die über eine blosse Kodifikation der geltenden Praxis hinausgeht, unmittelbar auf die Bank-Aktiengesellschaft anwenden[764]. Andere dagegen beschränken die aktienrechtliche Residualgeltung auf diejenigen Konstella-

---

760 Die Kontroverse, ob die in Art. 759 Abs. 1 OR geregelte „differenzierte Solidarität" im Bankenkontext Anwendung finden solle, wurde durch das Bundesgericht entschärft. Vgl. dazu unten S. 249 (Differenzierte Solidarität).

761 Vgl. oben S. 149 (Doktrin).

762 *Kleiner*, SZW 64 (1992), 257. Konsequenterweise berücksichtigt *Kleiners* Kommentierung zum bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsrecht auch (fast) nur die Lehre und Rechtsprechung zum *alten* Aktienrecht, vgl. *Kleiner*, Komm. BankG (1993, 1997), durchgehend zu Art. 38 - 45 BankG. Gleicher Ansicht auch *Kunz*, Rechtsnatur und Einredeordnung, 91. Für die Weitergeltung des „alten" Verantwortlichkeitsrechts auch *Forstmoser*, SZW 64 (1992), 72. Gl. Ansicht für Frage der differenzierten Solidarität (Art. 759 Abs. 2 OR) *Widmer/Wessner*, Expertenbericht, 404.

763 Vgl. *Kleiner/Schwob*, Komm. BankG (1993), N 4 Vorb. zum 14. Abschnitt; *ders.*, Komm. BankG (1976, 1993), N 16 zu Art. 41 BankG.

764 Vgl. EBK-RS 93/1 Rn. 37 (direkte Anwendbarkeit von Art. 754 Abs. 2, 755, 759 OR und 761 aOR). Weitergehend *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 77: Zusätzliche direkte Anwendbarkeit von 756 Abs. 2 OR. Die Bestimmung wurde von der EBK offenbar übersehen. Vgl. sodann *Forstmoser*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 24: Direkte Anwendbarkeit von Art. 756 Abs. 2 OR, Art. 759 OR und Art. 761 aOR.

tionen, in denen die Angleichung des Bankengesetzes nicht mittels Auslegung erreicht werden kann[765].

c) Fazit

Nach gängiger Sichtweise vollzieht sich mit der Aktienrechtsrevision eine Zäsur in der Normrelation zwischen aktienrechtlichen und bankengesetzlichen Haftungsbestimmungen. Die beiden Teilrechtsordnungen erscheinen nicht mehr als organische Einheit, sondern als *autarke Systeme mit gekappten Verbindungslinien:* Im Modell der absoluten bankengesetzlichen Spezialität werden Lösungen ausschliesslich teilrechtsintern gesucht, im Modell der relativierten bankengesetzlichen Spezialität tritt spätestens dort, wo keine rezeptionsfähige bankengesetzliche Norm existiert, eine teilrechtsfremde Lösung (Aktienrecht) an die Stelle der teilrechtseigenen Entscheidfindung. Auf die Schwächen beider Modelle wurde bereits hingewiesen: Knapp gesagt verstösst die absolute Spezialität gegen den bankengesetzlichen Schutzauftrag, weil sie sich auch solchen aktienrechtlichen Entwicklungsschüben verschliesst, die das Niveau des Gläubigerschutzes anheben. Demgegenüber verstösst die relativierte Spezialität gegen den Grundsatz der Einheit des Aufsichtsrechts, indem rechtsformabhängige Unterschiede im Aufsichtsregime toleriert werden[766].

---

765 Vgl. etwa *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 147 ff. (interpretative Berücksichtigung von Art. 759 Abs. 1; direkte Anwendbarkeit von Art. 759 Abs. 2 und 3 sowie Art. 756 Abs. 2 OR), unklar im Vergleich zur Vorauflage Rn. 152; *Montavon*, Droit suisse de la SA III (interpretative Berücksichtigung von Art. 759 Abs. 1 OR); *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 180 (interpretative Berücksichtigung von Art. 759 Abs. 1 OR; direkte Anwendbarkeit von Art. 756 Abs. 2 OR); *Tercier*, Le nouveau régime de la responsabilité, 461 (allgemeines Votum für die interpretative Berücksichtigung der Novellierung, wohl gegen die direkte Anwendbarkeit bei Fehlen einer rezeptionsfähigen Norm); *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 104 f. (interpretative Berücksichtigung von Art. 759 Abs. 1 OR; direkte Anwendbarkeit von Art. 759 Abs. 2 OR); *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 754 OR (direkte Anwendbarkeit von Art. 756 Abs. 2, 759 Abs. 2 OR).

766 Zwar könnte man über die Verweisung in Art. 920 OR die aktienrechtliche Neuregelung auch für Genossenschaftsbanken aktivieren. Am grundsätzlichen Problem der Durchbrechung der Einheit des Aufsichtsrechts durch die unmittelbare Anwendung des Aktienrechts auf Bank-Aktiengesellschaften ändert dies allerdings nichts.

2. Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialität

Nach dem Modell der differenzierten Spezialität ist im Verhältnis zwischen aktienrechtlichen und bankengesetzlichen Normen zwischen der Frage nach der einschlägigen Rechtsgrundlage (formelle Spezialität) und derjenigen nach den inhaltlichen Wechselwirkungen zwischen Bankengesetz und Aktienrecht zu unterscheiden (materielle Spezialität). Wendet man dieses Konzept auf das Zusammenspiel der beiden Haftungsordnungen an, so bietet sich eine Alternative zu den bestehenden Lösungsansätzen.

a) Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage (absolute formelle Spezialität)

Die Untersuchung zur Koordination von Bankaufsichts- und Aktienrecht hat ergeben, dass bankengesetzliche Bestimmungen gegenüber ihren aktienrechtlichen Konkurrenznormen einen exklusiven Geltungsvorrang beanspruchen (formelle bankengesetzliche Spezialität)[767]. Dies kann angesichts der jüngsten Rechtsprechung im Verantwortlichkeitsrecht nicht mehr streitig sein[768]. Die absolute Spezialität im Formellen gilt allerdings nur insoweit, als das Bankengesetz effektiv einen Regelungsanspruch erhebt. Gerade im Verantwortlichkeitsrecht kann man sich aber durchaus die Frage stellen, wie umfassend der haftungsrechtliche Regelungsanspruch des Bankengesetzes zu verstehen ist. Diese Frage hat für das alt- wie für das neurechtliche Koordinationsfeld Konsequenzen. Geht man von einem punktuellen Regelungsanspruch aus, so kommt es beim Fehlen einer rezeptionsfähigen Spezialnorm zur Residualgeltung des Aktienrechts. Geht man dagegen von einem abschliessenden Regelungsanspruch aus, dann können solche Bestimmungen im Bankenkontext nur auf dem Wege der Lückenfüllung durch Analogie Geltung erlangen.

An dem umfassenden Regelungsanspruch des Bankengesetzes im Haftungsrecht lässt vor allem eine Regelung zweifeln, die von Anfang an umstritten war. Schon in der ursprünglichen Konkurrenzsituation fehlte dem Bankengesetz der *Spezialgerichtsstand* von Art. 761 aOR[769]. Nach herrschender Auffassung wurde zudem die aktienrechtliche Revisionsstelle vom Wortlaut der bankengesetzlichen Organhaftungsbestimmung (Art. 41

---

767 Siehe oben S. 169 (Vorrang als Auslegungsergebnis); S. 181 (Ergebnis zur formellen bankengesetzlichen Spezialität).

768 Vgl. BGE 4C.201/2001 E. 2 (Bank X.).

769 Heute: Art. 29 GstG.

BankG) nicht erfasst[770]. Sollte das bankengesetzliche Verantwortlichkeitsrecht also nur punktuelle Regeln setzen?

Allgemein mag die bundesgerichtliche Formel als erster Anhaltspunkt und Leitlinie für die Koordination der Teilrechtsordnungen dienen. Nach ihr gilt „dort, wo das Bankengesetz eine Vorschrift enthält, diese ... und ... dort, wo im Bankengesetz eine Bestimmung fehlt, das Obligationenrecht“[771]. Allerdings ist diese Formel mit Vorsicht einzusetzen. Denn erstens schliesst auch ein *qualifiziertes Schweigen* des Bankengesetzgebers die Residualgeltung des Aktienrechts aus[772]. Und zweitens würde der Schluss, dass eine fehlende Regelung *immer* einen Regelungsverzicht bedeutet, die Möglichkeit von Gesetzeslücken generell leugnen – eine schon mit Blick auf Art. 1 Abs. 2 ZGB für die schweizerische Rechtsordnung unzutreffende Annahme.

Gerade am Beispiel der aktienrechtlichen Gerichtsstandsklausel (Art. 761 aOR) zeigt sich, dass die bundesgerichtliche Formel *kein verbindliches Koordinationsinstrument* sein kann. Ihre Prägnanz lässt nämlich vergessen, dass die konkrete Entscheidfrage – die direkte Anwendbarkeit von Art. 761 aOR bei Banken – einen besonderen legislativen Hintergrund aufwies: Die Einführung des Spezialgerichtsstandes wurde bei der Beratung zum Bankengesetz und in der parallel laufenden Aktienrechtsrevision kontrovers diskutiert. Das Parlament entschied sich bei den Beratungen zum Bankengesetz gegen einen Spezialgerichtsstand und war dabei der Auffassung, man treffe einen für beide Gesetze gültigen Grundsatzentscheid[773]. Später machte der Gesetzgeber im Aktienrecht doch wieder eine Kehrtwendung. Die Disparität mit dem Bankengesetz wurde dahingehend gelöst, dass man *explizit* festhielt, die neue aktienrechtliche Bestimmung solle auch für die Bank-Aktiengesellschaft gelten[774]. Als ein knappes Jahr später die Übergangsbestimmungen beraten wurden, wollte man auch die parlamentarische Lösung des „Gerichtsstandsproblems“ formell verankern. In *diesem* Zusammenhang wurde erklärt, dass „dort, wo das Bankengesetz keine eigene Vorschriften enthält, die Bestimmungen des revidierten Obligationenrechts Anwendung fin-

770 Siehe dazu aber S. 241 (Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle).

771 BGE 97 II 403 (408).

772 Unstreitig im Fall der Reservenbildung: Art. 5 Abs. 1bis lit. a BankG hat Vorrang gegenüber Art. 671 Abs. 2 lit. a OR, vgl. EBK-RS 93/1 Rn. 22; *Lutz*, Komm. BankG, N 9 zu Art. 5 BankG. Kritisch aus diesem Grund auch *Kleiner*, SZW 64 (1992), 257 Fn. 3, der für die Gerichtsstandsfrage mit Blick auf die Materialen ein qualifiziertes Schweigen des Bankengesetzgebers annimmt.

773 Vgl. Sten. Bull. StR 1934, 268, 455 f., 463 f.; Sten. Bull. NR 1934, 716, 819, 824.

774 Vgl. Sten. Bull. NR 1935, 193 f.

den."[775] Dem Anliegen wurde mit dem Vorbehalt zugunsten des Bankengesetzes (Art. 16 SchlÜB OR 1936) schliesslich Rechnung getragen. All dies zeigt: Art. 761 aOR galt für Bank-Aktiengesellschaften nicht schon deshalb, weil das Bankengesetz darüber keine Regel enthielt, sondern erst dadurch, dass die Anwendbarkeit unzweifelhaft dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprach und ursprünglich auch in einer Übergangsbestimmung enthalten war.

Im Ergebnis kann also aus der von Anfang an intendierten und ursprünglich ausdrücklich geregelten Anwendung der Gerichtsstandsklausel nicht gefolgert werden, dass das bankengesetzliche Haftungsinstrumentarium insgesamt nur punktuell gemeint war. Ob ein punktueller oder ein abschliessender Regelungsanspruch besteht, muss vielmehr für jedes Haftungssegment separat geprüft werden und ist daher im Rahmen der „Einzelfragen der Koordination" näher zu beleuchten[776]. Wo immer sich dann ein Regelungsanspruch des Bankengesetzes ergibt, bildet dieses auch die exklusive Rechtsgrundlage (absolute formelle Spezialität).

b) Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts (relativierte materielle Spezialität)

Im Modell der differenzierten Spezialität schliesst der formelle Geltungsvorrang der bankengesetzlichen Normen die inhaltliche Wechselwirkung mit den aktienrechtlichen Konkurrenzbestimmungen nicht aus. Liegt – wie im Fall des Verantwortlichkeitsrechts – eine Regelungsparallelisierung vor (aa), ist die Wechselwirkung normativ: Dogmatische Weiterentwicklungen in der einen Teilrechtsordnung sind für die Konkurrenzordnung zwingend beachtlich und vermutungsweise verbindlich (bb, cc).

aa) Inhaltliche Verknüpfung *qua* Regelungsparallelisierung

Unstreitig waren die bankengesetzlichen und die aktienrechtlichen Haftungsnormen im Ausgangspunkt identisch. Die Unterschiede waren massgeblich redaktioneller Art und primär dadurch bedingt, dass die bankengesetzlichen Bestimmungen auf alle Banken mit juristischer Persönlichkeit Anwendung finden sollten – ausser auf Bank-Aktiengesellschaften also insbesondere auch auf Genossenschaftsbanken[777].

---

775 Sten. Bull. StR 1936, 784.

776 Siehe unten S. 234 (Einzelfragen der Koordination).

777 Vgl. Sten. Bull. StR 1934, 268.

Mit der Regelungsparallelisierung wurde eine Normstruktur gewählt, die notwendig die inhaltliche Verknüpfung von Bankengesetz und Aktienrecht zur Folge hat. Wie bei den anderen Instrumenten der materiellen koordinativen Normarchitektur kommt es mithin zum Wechselspiel zwischen der Adäquanzvermutung zugunsten der jeweils anderen Teilrechtsnorm und der Widerlegungsmöglichkeit durch die eigene Teilrechtsordnung[778].

bb) Vermutung der Regelungsadäquanz des Aktienrechts

Die Normstruktur der Regelungsparallelisierung ist Ausdruck der gesetzgeberischen Intention, eine materielle Gleichgestaltung zwischen der bankengesetzlichen und der aktienrechtlichen Haftungsordnung zu bewirken. Untersuchungsergebnisse und dogmatischen Weiterentwicklungen aus dem einen Teilrechtsgebiet sind daher für das andere beachtlich[779]. Dabei ist unerheblich, ob diese Ausdifferenzierung doktrinell, judikativ oder – wie hier – legislativ erfolgt. Solange kein regulativer Programmwechsel stattfindet, bleibt die Intention der materiellen Gleichgestaltung intakt. *Die mit der Regelungsparallelisierung verbundene Wechselwirkung ist also grundsätzlich revisionsresistent*[780].

Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der aktienrechtliche Revisionsgesetzgeber von der bank-aktienrechtlichen Parallelgestaltung zu einer aktienrechtlichen Eigengestaltung wechseln wollte. Folglich bleibt es trotz der Revision bei der inhaltlichen Verkoppelung zwischen den bankengesetzlichen und den aktienrechtlichen Haftungsnormen. Im praktischen Ergebnis bedeutet dies, dass die aktienrechtlichen Neuerungen für die bankengesetzliche Haftungsordnung beachtlich sind – sei es im Rahmen der *Auslegung*, sei es mittels *Lückenfüllung* durch Analogie[781].

---

778 Zu den verschiedenen Erscheinungsformen der koordinativen Normarchitektur siehe oben S. 102 (Koordination durch materielle Normrelation).

779 Vgl. BGE 120 II 112 (114): „Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist."

780 Zur Figur der Regelungsparallelisierung vgl. oben S. 105 (Regelungsparallelisierung).

781 Aufgrund der aktienrechtlichen Neuordnung steht bei der haftungsrechtlichen Normrelation der Einfluss des Aktienrechts auf das Bankengesetz im Vordergrund. Die materiellen Gleichgestaltung wirkt aber auch im umgekehrten Fall, also vom Bankengesetz auf das Aktienrecht. Vgl. die Beispiele bei *Nobel*, Bemerkungen zum Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht, 244 f.

Das entspricht im Ergebnis auch dem Bundesgerichtsurteil in der Sache „Bank X"[782]. Das Gericht hielt fest, dass zwar im Gegensatz zur altrechtlichen Rechtslage die Art. 41 BankG und Art. 754 OR heute nicht mehr identisch seien. Die aktienrechtliche Regelung habe aber nur geringfügige Änderungen erfahren, so dass auch heute für die fraglichen Organe dieselben Haftungsvoraussetzungen gelten müssten. Offen bleibt nach dem Urteil allerdings, wie umfangreich die Änderungen sein dürfen, ohne dass die inhaltliche Gleichgestaltung in Frage steht.

cc) Vorbehalt der Systemkompatibilität

Trotz der strukturell bedingten materiellen Gleichgestaltung vermag auch bei der Regelungsparallelisierung die eine Teilrechtsordnung für die andere nicht in jedem Fall eine verbindliche Vorgabe zu setzen. Sie wirkt nur vermutungsweise als angemessene Problemlösung und Auslegeordnung. Wo die Übernahme der Ausdifferenzierungen dem Zweck der eigenen Ordnung zuwiderläuft, bleibt sie unbeachtlich. Die inhaltliche Wechselwirkung steht also auch hier immer unter dem Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität.

Im Verantwortlichkeitsrecht, wie überhaupt bei allen Fällen der Regelungsparallelisierung, tritt der Vorbehalt der Systemkompatibilität selten in Erscheinung[783]. Das kann deshalb nicht verwundern, weil parallele Normierungen in aller Regel kongruente Ziele verfolgen, so dass die teilrechtseigene Zwecksetzung die Einbeziehung teilrechtsfremden „Wissens" kaum jemals verbietet. Trotzdem ist der Vorbehalt auch hier unverzichtbar, ruft er doch in Erinnerung, dass man es mit zwei autonomen Teilrechtsordnungen zu tun hat, die für ihren jeweiligen Anwendungsbereich die Wertungs- und Definitionsmacht behalten. Gerade im Fall von einseitigen Gesetzesrevisionen, bei denen die Aktualität des einen Gesetzeswerks hinter die des anderen zurückfällt, muss man sich die relative Eigenständigkeit von Parallelnormierungen bewusst machen. Behält man sie im Blick, so stellt sich die einseitige legislative Weiterentwicklung nicht anders dar als jede andere Ausdifferenzierung: als vermutungsweise adäquate Lösung, die für teilrechtseigene Modifikationen offen bleibt.

---

782 BGE 4C.201/2001.

783 Vgl. aber die ‚Differenzierte Solidarität' unten S. 249 (Differenzierte Soliarität).

c) Fazit

Das Modell der differenzierten Spezialität führt auch im Verantwortlichkeitsrecht zu einer anderen Verhältnisbestimmung als die in der herkömmlichen Diskussion vertretenen Varianten. Die direkte Anwendbarkeit der neuen aktienrechtlichen Bestimmungen wird genauso abgelehnt wie die umfassende Autonomie des Bankengesetzes gegenüber denselben. Vielmehr vereint die differenzierte Spezialität die beiden gegensätzlichen Ansätze, indem sie ihnen innerhalb des bank-aktienrechtlichen Koordinationsfeldes eine spezifische Rolle zuweist: Die bankengesetzliche „Autonomie" gilt im formellen Bereich, also für die Frage der einschlägigen Rechtsgrundlage. Die aktienrechtlichen Neuerungen sind dagegen im Rahmen der inhaltlichen Konkretisierung der bankengesetzlichen Haftungsordnung beachtlich und vermutungsweise – also unter dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität – auch verbindlich.

3. Einzelfragen der Koordination

Mit der differenzierten Spezialität erfolgt eine allgemeine Positionierung bezüglich des haftungsrechtlichen Koordinationsfeldes von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht. Das Modell muss sich aber auch bei der Lösung von Einzelfragen bewähren. Zu diesen Einzelfragen gehören die Haftung bei Kapitalerhöhung (a), die Prospekthaftung für „andere Titel" (b), die Haftung bei unbefugter Delegation (c), die Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle (d), die Kostentragungsregel bei Ansprüchen aus Gesellschaftsschaden (e) sowie die Solidarhaftung (f). Zusammen bieten diese exemplarischen Gebiete ein vielfältiges Spektrum für die Anwendung der differenzierten Spezialität im Haftungsrecht.

a) Haftung bei Kapitalerhöhung

Eine in der Koordinationsdiskussion wenig beachtete Neuordnung erfolgte im Rahmen der Gründungshaftung (Art. 40 BankG, Art. 753 OR). Der Wortlaut der beiden ursprünglichen Haftungsordnungen sah eine Haftung lediglich für das Gründungsstadium vor. In einem Entscheid aus dem Jahre 1933 hatte das Bundesgericht eine Haftungserweiterung auf die Fälle der Kapitalerhöhung abgelehnt[784]. Im Laufe der Zeit stellte sich aber die ganz überwie-

784 BGE 59 II 434 (451), zum OR von 1881.

gende Doktrin auf den entgegengesetzten Standpunkt[785]. Diesem Standpunkt trug die Revision Rechnung, indem sie die Haftung für Kapitalerhöhungen in den aktienrechtlichen Gesetzestext aufnahm.

Mit der Erweiterung der Gründungshaftung auf die Kapitalerhöhung wurde im Zuge der aktienrechtlichen Neuordnung eine in der Lehre umstrittene und vom Bundesgericht ursprünglich anders gelöste Frage entschieden. Damit stellt sich auch die Frage nach der Auswirkung der aktienrechtlichen Neuregelung auf das Bankengesetz. In der Doktrin wurde die Frage lediglich von KLEINER aufgegriffen, der auch hier die absolute bankengesetzliche Spezialität vertritt. Demnach bleibt die Entscheidung des Revisionsgesetzgebers ohne Auswirkung für das Bankengesetz, weshalb sich im Bankenkontext das Bundesgericht und die Lehre nach wie vor kontrovers gegenüberstehen[786].

Anderes gilt, wenn man auf das Modell der differenzierten Spezialität zurückgreift. Zwar bleibt für die Bank-Aktiengesellschaft Art. 40 BankG die einschlägige und einzige Rechtsgrundlage (absolute formelle Spezialität). Für die Auslegung der genannten Bestimmung ist dagegen der Entscheid des Revisionsgesetzgebers beachtlich (relativierte materielle Spezialität). Das ergibt sich aus der mit der Normstruktur der Regelungsparallelisierung verbundenen Intention eines materiellen Gleichklangs der beiden Haftungsordnungen. Mit der Revision wollte der Gesetzgeber diesen Gleichklang der Materien nicht aufheben. Nach wie vor gilt der haftungsrechtliche Interessenausgleich, wie er im Aktienrecht für die grosse Gruppe der Aktiengesellschaften etabliert wird, als eine Auslegeordnung, die vermutungsweise auch für die bankengesetzlichen Parallelnormen adäquat ist. Bei Änderungen der Rechtsprechung ist das unmittelbar einsichtig: wenn das Bundesgericht eine kontroverse Frage zum aktiengesellschaftlichen Haftungsumfang entscheidet, wird dieser Entscheid auch im Bankrecht beachtet. Nichts anderes gilt, wenn der Gesetzgeber eine kontroverse Frage im Aktienrecht neu regelt, ohne dabei ausdrücklich einen Unterschied zum Bankrecht einführen zu wollen. In beiden Fällen – Rechtsanwendungs- wie Gesetzesänderung – bleibt es bei der inhaltlichen Parallelgestaltung der Teilrechtsordnungen und damit bei der Adäquanzvermutung für die materiellrechtlichen Regelungen des Aktienrechts im Bankenkontext.

---

785 Vgl. die Nachweise bei *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, N 907. Für frühe Nachweise *Henggeler/Henggeler*, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, 18 f.

786 Vgl. *Kleiner*, Komm. BankG (1993), N 2 zu Art. 40 BankG. In der Sache selbst votiert *Kleiner* zugunsten einer extensiven Auslegung von Art. 40 BankG, vgl. *ders.*, *id.*, N 7 zu Art. 40 BankG.

Diese aktienrechtliche Adäquanzvermutung unterliegt ihrerseits dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität: eine Lösung im Aktienrecht ist unbeachtlich, wenn sie mit der bankengesetzlichen Wertordnung nicht vereinbar ist. Im konkreten Fall materialisiert sich aber der Vorbehalt nicht. Die Ausdehnung der Gründungshaftung auf die Fälle der Kapitalerhöhung bewirkt eine *Verschärfung des Haftungsregimes.* Die damit verbundene generalpräventive Wirkung zugunsten einer einwandfreien Organisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a, c BankG) stärkt auch den Gläubigerschutz[787]. So gesehen lässt die aktienrechtliche Neuregelung den intensivierten Schutzauftrag des Bankengesetzes nicht nur unbeeinträchtigt, sondern sie trägt darüber hinaus zu seiner Stärkung bei. Im Ergebnis ist daher die legislative Weiterentwicklung der aktienrechtlichen Gründungshaftung auch im Rahmen der Auslegung von Art. 40 BankG verbindlich.

b) Prospekthaftung für „andere Titel"

Ähnlich wie bei der Gründungshaftung stand mit Blick auf die Auswirkungen der Aktienrechtsrevision auch die Prospekthaftung (Art. 39 BankG, Art. 752 OR)[788] nicht im Zentrum der Koordinationsdiskussion, obwohl auch hier mehr als nur die geltende Praxis kodifiziert wurde. So wurde namentlich die Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Prospekthaftungsbestimmung über die Ausgabe von Aktien und Obligationen hinaus auch auf „andere Titel" erweitert. Damit wird im neuen Aktienrecht insbesondere auch die Ausgabe von Partizipationsscheinen haftungsmässig erfasst[789].

---

787 Die zentrale Bedeutung der Präventivfunktion des Verantwortlichkeitsrechts ist sowohl für das Aktienrecht als auch für das Bankengesetz unbestritten, vgl. etwa *Kleiner*, SAG 50 (1978), 5 (für AGs und Bank-AGs); *Siegwart*, Zürcher Kommentar, N 249a, Einl. zum AktR. Weitere Nachweise bei *Kunz*, Rechtsnatur und Einredeordnung, 106.

788 Art. 39 BankG findet nur Anwendung, wenn die Bank eigene Obligationen öffentlich zur Zeichnung auflegt, vgl. *Zobl/Arpagaus*, Prospekt-Prüfungspflicht der Banken, 205 Fn. 36, m.w.N. Ist sie als *Lead Manager* tätig, so haftet sie gestützt auf Art. 752 bzw. 1156 Abs. 3 OR. Zur einschlägigen Rechtsnorm vgl. *Watter*, Basler Kommentar, N 23 zu Art. 1156 OR sowie BGE 129 III 71 (74). Zu den Anforderungen des Bundesgerichts an die Nachprüfungspflicht der federführenden Bank vgl. BGE 129 III 71 (75 f.), besprochen von *Marolda/von der Crone*, SZW 75 (2003), 158 ff.

789 Weitergehend *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 21: Unter den Titel fallen „alle der Kapitalanlage dienenden marktfähigen Finanzprodukte der Gesellschaft ..., also auch unverbriefte Wertrechte oder von der Gesellschaft ausgegebene Optionen (z.B. Gratis- oder Aktionärsoptionen)."

Die Frage, inwieweit die aktienrechtliche Haftungserweiterung im Bankenkontext Anwendung findet, wird ersichtlich wiederum nur von KLEINER diskutiert. Nach dem von ihm vertretenen Prinzip der absoluten Spezialität ist die aktienrechtliche Neuerung unbeachtlich. Eine Erweiterung der bankengesetzlichen Prospekthaftungsbestimmung erwägt er unter dem Titel einer „unechten Lücke" im Bankengesetz[790].

KLEINER ist insoweit zuzustimmen, als die formelle Normrelation zwischen der bankengesetzlichen und der aktienrechtlichen Prospekthaftungsbestimmung durch die Revision nicht verändert wird. Art. 39 BankG bleibt die ausschliesslich anwendbare Rechtsgrundlage für die Prospekthaftung bei der Bank-Aktiengesellschaft (absolute formelle Spezialität). Methodisch unbefriedigend ist aber die Argumentation mit der Figur der unechten Lükke. Mit dieser Figur sind nämlich wesentliche Bestimmungsschwierigkeiten verbunden. Angesichts des „Verwirrspiels um eine im Ergebnis weder zielführende noch ergiebige Rechtsfigur"[791] hat nunmehr auch der die schweizerische Methodenlehre grundlegend prägende ARTHUR MEIER-HAYOZ von der „fragwürdigen Figur der unechten Lücke" Abschied genommen[792].

Verwendet man das Modell der differenzierten Spezialität, so wird der Rückgriff auf die Rechtsfigur der unechten Lücke verzichtbar. Materiell ist nämlich das Modernisierungsprogramm des Aktienrechts bereits gestützt auf die *Normstruktur der Regelungsparallelisierung* für das Bankengesetz vermutungsweise beachtlich (relativierte materielle Spezialität). Zwar unterliegt die Geltungsvermutung dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität. Wie schon bei der Gründungshaftung ist aber mit der aktienrechtlichen Haftungserweiterung keine Absenkung, sondern vielmehr eine Anhebung des Gläubigerschutzniveaus verbunden, so dass der Vorbehalt sich hier nicht begrenzend auswirken kann. Denn obwohl aus Prospekthaftung unmittelbar das zeichnende Publikum und nicht die Bankgläubigerinnen berechtigt sind, fördert auch diese Haftungsverschärfung die

790 *Kleiner*, Komm. BankG (1993), N 2 zu Art. 39 BankG, unter Hinweis auf *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, N 972 (wo allerdings das Vorliegen einer unechten Lücke nicht geltend gemacht wird). Zum Begriff der unechten Lücke vgl. *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 296 zu Art. 1 ZGB.

791 *Tschentscher*, Grundprinzipien des Rechts, 111.

792 Vgl. *Meier-Hayoz*, Schlusswort, 90 ff. Für den Verzicht auch *Canaris*, Feststellung von Lücken im Gesetz, 131 ff.; *Honsell*, Basler Kommentar, N 29 f. zu Art. 1 ZGB. Für einen Verzicht auch *Huwiler*, Aequitas und bona fides, 88. Für den schweizerischen Stimmungswechsel massgebend: *Kramer*, Teleologische Reduktion, 71 ff.; *Nobel*, Entscheide, 25 f. Vorsichtig zustimmend („nachvollziehbar") auch *Tuor-/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Zivilgesetzbuch, 47.

Achtung der bankengesetzlichen Pflicht zur angemessenen Organisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a, c BankG)[793]. Auf der materiellen Ebene setzt folglich die aktienrechtliche Haftungserweiterung auf „andere Titel" für den Bankenkontext eine normative Vorgabe.

Während bei den bisherigen Anwendungsbeispielen die jeweilige bankengesetzliche Norm strukturell offen war für interpretative Einflüsse aus dem Aktienrecht, stösst diese Art der Einflussnahme vorliegend auf Schwierigkeiten. Art. 39 BankG enthält einen detaillierte Aufzählung derjenigen Kapitalanlagen (Aktien, Stammeinlagen, Anteilsscheine oder Obligationen), die die bankengesetzliche Prospekthaftung auslösen. Enthält das Gesetz einen Katalog haftungsbegründender Tatbestände, so ist davon auszugehen, dass dieser *abschliessend* gemeint ist. Die Verwirklichung des aktienrechtlichen Modernisierungsprogramms kann hier also nicht mittels entsprechender Interpretation von Art. 39 BankG erreicht werden.

Zur Herstellung des materiellen Gleichklangs zwischen den beiden Prospekthaftungsbestimmungen steht allerdings noch ein zweiter Weg offen: Die *Lückenfüllung durch Analogie*. Wie schon im Rahmen der allgemeinen Verhältnisbestimmung der beiden Teilrechtsordnungen dargelegt, verbietet der intensivierte Gläubigerschutzauftrag des Bankengesetzes dessen Zurückfallen hinter das aktienrechtliche Schutzniveau. Wird also durch die Novellierung der aktienrechtlichen Prospekthaftung das Schutzniveau für die Gläubigerinnen und Gläubiger angehoben, ohne dass dieses Resultat interpretativ auch im Bankengesetz verwirklicht werden kann, dann wird das Bankengesetz *nachträglich lückenhaft*. Diese Lückenhaftigkeit kann und muss durch die analoge Anwendung des aktienrechtlichen Teiltatbestands der „anderen Titel" ausgefüllt werden[794].

c) Haftung bei befugter Delegation

Kontrovers diskutiert wird die bank-aktienrechtliche Verhältnisfrage mit Blick auf den neuen Art. 754 Abs. 2 OR. Die Bestimmung sieht zugunsten der mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Liquidation befassten Per-

---

793 Die zentrale Bedeutung der Präventivfunktion des Verantwortlichkeitsrechts ist sowohl für das Aktienrecht als auch für das Bankengesetz unbestritten, vgl. die Nachweise oben Fn. 787. Prägnant in diesem Zusammenhang *Kleiner* SAG 50 (1978), 4: „Organisationsvorschriften, Organisation und Verantwortlichkeit bilden gegenseitig abhängige Elemente eines Ganzen."

794 Zur Funktion des Aktienrechts als lückenfüllende Analogienorm vgl. oben S. 193 (Neues Aktienrecht als lückenfüllende Analogienorm).

sonen eine Haftungsentlastung vor, wenn diese ihre Aufgaben befugterweise einem anderen Organ übertragen[795]. Voraussetzung ist der Nachweis der sorgfältigen Auswahl, Unterrichtung und Instruktion. In der bankengesetzlichen Parallelnorm (Art. 41 BankG) fehlt dagegen eine explizite Regelung der Haftungsentlastung[796].

Über den Platz dieser neuen Aktienrechtsbestimmung im Normenkosmos von Aktienrecht und Bankengesetz sind die Meinungen geteilt: Die Bankenkommission und ein Teil der Doktrin gehen von der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 754 Abs. 2 OR für Bank-Aktiengesellschaften aus – „als *lex posterior*, bzw. weil eine entsprechende Norm im Bankengesetz fehlt"[797]. Andere verneinen die unmittelbare Geltung der aktienrechtlichen Bestimmung; massgeblich sei Art. 41 BankG (Organhaftung) in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG (Gewaltentrennung)[798]. Herausragender und weitestgehender Kritiker innerhalb dieser Gruppe ist – im Rahmen seines Ansatzes konsequent – KLEINER. Nach seiner Auffassung richtet sich die Haftungsentlastung nicht nur formell, sondern auch materiell autonom nach dem Bankengesetz: Allein aufgrund der „verwirrenden Unzulänglichkeit der aktienrechtlichen Regelung" sei unmissverständlich festzustellen, dass Art. 754 OR für Banken nicht gelte und die bankengesetzlichen Vorschriften auch nicht im Sinne des neuen Aktienrechts zu interpretieren seien[799].

Legt man der Frage das Modell der *differenzierten bankengesetzlichen Spezialität* zugrunde, so ergibt sich folgendes Bild: Art. 41 BankG enthält einen klaren Regelungsanspruch bezüglich des Themenkomplexes der Organhaftung. Zwar ist die Haftungsentlastung nicht ausdrücklich normiert. Das ist allerdings gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender

---

795 Zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 754 Abs. 2 OR bei der Delegation von Aufgaben an einen Ausschuss vgl. *Trigo Trindade*, SZW 76 (2004), 24 ff.; *Mustaki*, SZW 76 (2004), 64 ff.

796 Die Haftung der bankaufsichtsrechtlichen Liquidatoren und Kommissäre wird in einem separaten Artikel geregelt (Art. 42 BankG). Die Bestimmung verweist für die Haftung auf Art. 41 BankG. Vorliegend wird jeweils nur auf Art. 41 BankG Bezug genommen.

797 EBK-RS 93/1 Rn. 37. Vgl. auch *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 148, 152; *Forstmoser-/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 36 Rn. 4 (Verweis auf EBK-RS 93/1 ohne eigene Stellungnahme). Offengelassen bei *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 178 f.

798 *Kleiner*, Komm. BankG (1993), N 7 zu Art. 41 BankG; *Kunz*, Rechtsnatur und Einredenordnung, 196; *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 106. Vgl. zudem *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 6 Vorb. zu Art. 754-761 OR.

799 *Kleiner*, Komm. BankG (1993), N 7 zu Art. 41 BankG. Differenzierter *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 106.

Lehre auch nicht erforderlich[800]. Die Haftungsentlastung entspricht der „Grundidee der Organverantwortlichkeit überhaupt"[801] und ist daher im Regelungsanspruch von Art. 41 BankG enthalten. Soweit aber das Bankengesetz einen Regelungsanspruch erhebt, kommt es für die Frage der anwendbaren Rechtsnorm zum exklusiven Geltungsvorrang der bankengesetzlichen Regelung (absolute formelle Spezialität). Die unmittelbare Anwendung von Art. 754 Abs. 2 OR auf Bank-Aktiengesellschaften ist daher unzulässig.

Eine andere Frage ist, ob die Ausgestaltung der Haftungsentlastung in Art. 754 Abs. 2 OR auch für Art. 41 BankG eine *verbindliche Auslegeordnung* darstellt. Mit anderen Worten: Gelten für die Haftungsentlastung im Bankenkontext dieselben Modalitäten wie im Aktienrecht? KLEINER verneint dies unter Hinweis auf die „verwirrende Unzulänglichkeit der aktienrechtlichen Regelung"[802]. In der Tat ist nach der Aktienrechtsrevision eine Kontroverse entstanden, weil Art. 754 Abs. 2 OR nur von der Delegation an ein anderes „Organ" spricht, weshalb streitig war, ob dies eine Haftungsentlastung bei Delegation an Dritte, denen keine Organqualität zukommt (z.B. Prokuristinnen) ausschliesse. Die höchstricherliche Klärung der Frage steht noch aus. Heute nimmt die herrschende Lehre an, dass – die Beachtung der drei *curae* vorausgesetzt – die Delegation an Dritte haftungsentlastend wirkt, wenn befugterweise organtypische (Führungs-)Aufgaben übertragen werden, der Dritte also durch die Delegation funktional zum Organ der Gesellschaft wird[803].

So oder anders ändert aber eine Auslegungskontroverse im Aktienrecht nichts an der grundlegenden *materiellen Normrelation* zwischen den beiden Haftungsbestimmungen. Danach sind die aktienrechtlichen Ausdifferenzierungen für die Auslegung der bankengesetzlichen Norm vermutungsweise

---

800 Vgl. BGE 122 III 195 (198); BGer, Urteil v. 24. Mai 1982, in: SJ 1983, 96: Schon unter dem Regime des altrechtlichen Art. 754 aOR – dem eine explizite Regelung der Haftungsentlastung genauso fehlte wie dem aktuell geltenden Bankengesetz – anerkannte das Bundesgericht die Möglichkeit der Haftungsentlastung durch die drei *curae* (Auswahl, Instruktion, Überwachung). Gleicher Ansicht die Doktrin, vgl. etwa *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, N 321 ff., m.w.N.; *Meier-Wehrli*, Verantwortlichkeit, 35 f.

801 *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 118.

802 *Kleiner*, Komm. BankG, N 7 zu Art. 41 BankG.

803 Vgl. *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 254 ff.; *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 131; *Flach,* ST 66 (1992), 538; *Montavon*, Droit suisse de la SA III, 321; *Nobel*, Aktienrechtliche Entscheide, 2. Aufl., Bern 1991, 328; *Stoffel,* Le conseil d'administration, 197; *Wiegand*, Verantwortlichkeit, 14; *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 42 zu Art. 754 OR. Im Ergebnis auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 37 Rn. 39. Weitergehend *Bertschinger*, Arbeitsteilung, 25 (organtypische Aufgaben sowie Hilfsaufgaben).

verbindlich. Die Wechselbeziehung ist normativ (Regelungsparallelisierung) und kann daher nicht von Zweckmässigkeitsüberlegungen abhängig gemacht werden. Das Bankengesetz behält seine Autonomie und Wertungshoheit im Rahmen des Vorbehalts der Systemkompatibilität, weil nur solche Auslegungsergebnisse übernommen werden, die den Schutzauftrag des Bankengesetzes nicht in Frage stellen. Die herrschenden Leseart von Art. 754 Abs. 2 OR enthält kein diesbezügliches Gefährdungspotential. Sie orientiert sich am materiellen Organbegriff, den das Bundesgericht unter anderem im Zusammenhang mit einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe einer Bank-Aktiengesellschaft entwickelt hat[804].

Im Ergebnis bleibt es also für die Frage der Haftungsentlastung beim formellen Geltungsvorrang von Art. 41 BankG. Materiell dagegen bleibt es bei der Verkoppelung der beiden Haftungsnormen, was zu einem Gleichklang bei der Lösung der damit verbundenen Rechtsfragen führt: die Delegation von Aufgaben an Dritte gemäss Art. 41 BankG ist im gleichen Umfang haftungsentlastend wie allgemein im Aktienrecht (Art. 754 Abs. 2 OR)[805].

d) Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle

Während das alte Aktienrecht die Haftung von Verwaltung, Geschäftsführung und Revisionsstelle in einer einzigen Gesetzesbestimmung regelte (Art. 754 OR), enthält das neue Aktienrecht eine separate Bestimmung zur Revisonshaftung (Art. 755 OR)[806]. Dass hier die ganz herrschende Lehre von der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 755 OR auch für die aktienrechtliche Revisionsstelle der Bank-Aktiengesellschaften ausgeht[807], hat seinen Grund

---

804 BGE 117 II 432 (441). Vgl. auch die Regeste: Begriff des Organs im Sinne von Art. 754 OR bzw. Art. 41 BankG. Für einen einheitlichen Organbegriff im Aktienrecht und Bankengesetz auch *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 95.

805 Der Umfang der zulässigen Delegation richtet sich nach Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG, der seinerseits durch Art. 716a Abs. 1 OR inhaltlich konkretisiert wird. Zur Konkretisierung durch Art. 716a Abs. 1 OR siehe oben S. 212 (Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts).

806 Die Haftungsvoraussetzungen bleiben dieselben: Die Revisorinnen und Revisoren haften für jeden in Pflichtverletzung fahrlässig oder absichtlich verursachten Schaden.

807 Vgl. *Kleiner*, Komm. BankG (1993), N 16 zu Art. 41 BankG; EBK-RS 93/1 Rn. 37. Unter Hinweis auf die EBK oder die „herrschende Lehre": *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 77. Siehe weiter *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 152; *Forstmoser/Meier-Hayoz-/Nobel*, Aktienrecht, § 36 Rn. 4; *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 123. A.A.

darin, dass schon unter dem alten Aktienrecht die Auffassung vorherrschte, die aktienrechtlichen Revisionsstelle hafte nach Art. 754 Abs. 1 aOR und nicht nach Art. 41 BankG[808]. In diesem Sinne hat jüngst auch das Bundesgericht entschieden[809]. Dabei ist zu präzisieren: Es geht hier ausschliesslich um die *aktienrechtliche* Revisionsstelle. Die *bankengesetzliche* Revisionsstelle untersteht nach bisheriger Rechtslage nicht den besonderen Organhaftungsbestimmungen, sondern dem allgemeinen Haftungsrecht[810]. Auf diese Unterschiede im Haftungsregime wird im Zusammenhang mit den Revisionsfragen vertieft eingegangen[811]. Mit Blick auf die aktienrechtliche Revisionsstelle ist hingegen an dieser Stelle festzuhalten, dass die Historie und die Teleologie des bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsrechts für eine Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle nach Art. 41 BankG sprechen.

aa) Historie

Nach Art. 41 BankG sind die mit der Geschäftsführung oder mit der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle einer Bank betrauten Personen für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Der Begriff des Organs für „Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle" findet sich auch in der Organisationsgrundnorm von Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG. Für Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft ist er nach heutigem Verständnis unstreitig Synonym für den Verwaltungsrat. Die herrschende Lehre zieht aus dieser Begriffparallelisierung den Schluss, auch Art. 41 BankG regle einzig die Verantwortlichkeit von Geschäftsführung und Verwaltungsrat. Sie übersieht dabei, dass hier die Ver-

---

Kleiner, SZW 65 (184); *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 755 OR (fälschlicherweise unter Hinweis auf *Kleiner*, SZW 64 (1992), 256 ff.).

808 Vgl. *Kleiner*, Komm. BankG (1976), N 16 zu Art. 41 BankG. Die (ganz) frühe Doktrin hatte dies noch anders gesehen, vgl. *Henggeler/Henggeler*, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, 31 f.

809 BGE 4C.53/2003 (SLT) E. 6.

810 BGE 117 II 315 (317); BGE 123 III 60 (63). Zustimmend *Forstmoser*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Rn. 591; *Hirsch*, ST 9/1976, 11; *Lutz*, Komm. BankG (2002), N 53 zu Art. 18-22 BankG (zurückhaltender nunmehr *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 96 ff. zu Art. 18-22 BankG); *Lutz*, Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, 131 f.; *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 755 OR. Anderer Meinung hingegen *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 170 Fn. 7, 175; *ders.*, SZW 65 (1993), 184. Vertragsverletzungen der bankengesetzlichen Revisionsstelle können die Gläubiger und Aktionäre allenfalls gestützt auf Art. 260 SchKG verfolgen, vgl. hierzu *Hirsch*, ST 9/1976, 10 f.; *Lutz*, Komm. BankG, N 53 zu Art. 18-22 BankG.

811 Siehe unten S. 376 (Koordination der Verantwortlichkeitsregeln).

mutung der kongruenten Bedeutungsinhalte durch die Materialien widerlegt wird[812]. Ursprünglich bezeichnete der Begriff „Kontrolle" nämlich nicht eine Funktion des Verwaltungsrats, sondern ein *Organ*: die aktienrechtliche Kontrollstelle (heute: Revisionsstelle).

Schon das OR von 1881 unterwarf „die mit der Verwaltung und Kontrolle betrauten Personen" der besonderen aktienrechtlichen Verantwortlichkeit[813]. Dass damit die beiden notwendigen Organe der Aktiengesellschaft, also die „Verwaltung" und die „Kontrollstelle" gemeint waren, steht ausser Zweifel[814]. Der OR-Entwurf von 1928 übernahm diese Formulierung[815], und auch der erstberatende Ständerat stimmte ihr 1931 zu[816]. Im Ausgangspunkt lautete Art. 748 E-OR wie folgt:

> „Die mit der Verwaltung *und Kontrolle* betrauten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich..."[817]

In der Beratung zum bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsrecht empfahl die vorbereitende Kommission dem Ständerat, den OR-Entwurf in das Bankengesetz aufzunehmen, und zwar „in der vom Ständerat beschlossenen Fassung (kleine, redaktionelle, durch den Rahmen des Bankengesetzes bedingte Änderungen vorbehalten)"[818]. Zu den „kleinen Änderungen" gehörte die *Haftungserweiterung auf die Geschäftsleitung*[819]. Sie wurde notwendig, weil der bankengesetzliche Entwurf den Grundsatz der Gewaltentrennung vorsah (Art. 3 Abs. 2 E-BankG) und es sich daher nicht länger rechtfertigte, die besonderen Organhaftungsbestimmungen auf die Verwaltung und die Kontrollstelle zu beschränken. Art. 37 E-BankG lautete wie folgt:

---

812 Zur Begriffsparallelisierung und ihren Wirkungen siehe oben S. 102 (Begriffsparallelisierung).

813 Art. 673 und 674 OR von 1881 (AS 1881, 782).

814 Vgl. hierzu *Henggeler/Henggeler*, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, 31.

815 Vgl. BBl 1928 I 407: „Die mit der Verwaltung und Kontrolle betrauten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obligenden Pflichten verursachen."

816 Sten. Bull. StR 1931, 612 (Hervorhebung hinzugefügt).

817 Sten. Bull. StR 1931, 612 (Hervorhebung hinzugefügt).

818 Sten. Bull. StR 1934, 265.

819 Unter dem Haftungsrecht des OR 1881 konnten die Direktoren nur gestützt auf unerlaubte Handlung belangt werden. Vgl. hierzu *Henggeler/Henggeler*, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, 31.

> „Die mit der eigentlichen Geschäftsleitung oder mit der Oberleitung, Aufsicht *und Kontrolle* einer Bank betrauten Personen sind sowohl der Bank als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich..."[820]

Der Begriff „Verwaltung" verschwand zugunsten einer umfassenderen Formulierung. Dabei wurde – nicht ganz glücklich – eine Begriffsparallelisierung mit Art. 3 Abs. 2 E-BankG hergestellt und die „Kontrolle" sprachlich mit der „Oberleitung und Aufsicht" zusammengehängt. Wieder bei der OR-Revision angelangt, übernahm das Parlament die bankengesetzliche Haftungserweiterung in das Aktienrecht[821].

> „Alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung *oder Kontrolle* betrauten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich..."[822]

Auch hier stand ausser Frage, dass mit „Kontrolle" die „Kontrollstelle" (OR 1881) bzw. die „Revisionsstelle" (OR 1936) gemeint war. Jedenfalls wurde die Bestimmung bis zu ihrer Novellierung im Jahre 1991 nie in einem anderen Sinne ausgelegt. Zugegebermassen ist die aktienrechtliche Regelung („oder Kontrolle") etwas eindeutiger als die bankengesetzliche Version („und Kontrolle"). Führt man sich aber den Gesetzgebungsprozess vor Augen, ist klar, dass dieselben Haftungsadressaten gemeint waren.

Auch andere Stellen in den Materialien belegen, dass Art. 41 BankG auf die aktienrechtliche Revisionsstelle der Bank-Aktiengesellschaft angewendet werden wollte. So bezeichnete der Berichterstatter im Nationalrat als verantwortliche „dirigeants" im Sinne von Art. 37 bis 39 E-BankG die Direktoren, Mitglieder des Verwaltungsrats, *Revisoren*, Liquidatoren und Kommissäre[823].

Im Übrigen wurde auch im Parlament die „Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle" im Sinne von Art. 3 Abs. 2 E-BankG keineswegs nur als Synonym für die Aufgaben des Verwaltungsrats verstanden[824]. Schon bei der Eintretensdebatte im Nationalrat hielt der Berichterstatter fest:

---

820 Sten. Bull. StR 1934, 265.
821 Sten. Bull. StR 1935, 107 (Hervorhebung hinzugefügt).
822 Sten. Bull. St.R 1935, 107.
823 Sten. Bull. NR 1934, 717.
824 Vgl. Sten. Bull. NR 1934, 705.

> „Dans les banques importantes, il faudra nettement partager: d'un côté, la direction permanente...., d'un autre côté, la direction superieure, la surveillance et le contrôle. Ces trois missions, dans les grandes sociétés par actions, sont concentrées dans le conseil d'administration et les vérificateurs de comptes nommés par l'assemblée; mais l'esprit de la loi comporte quand même ... un partage entre la haute surveillance qui est à faire par le conseil d'administration, et le contrôle proprement dit qui est l'affaire des vérificateurs..."[825]

Allerdings wurde die Formel im Rahmen der Debatten häufig in einem engeren Sinne – also ausschliesslich zur Bezeichnung des Verwaltungsrats – verwendet[826], so dass die doppelte Bedeutung des Wortes „Kontrolle" mit der Zeit gänzlich in den Hintergrund rückte. Dennoch lässt die Gesetzgebungsgeschichte keine Zweifel, dass die Revisionsstelle, die als Gesellschaftsorgan immer schon der besonderen Verantwortlichkeitsordnung unterstand, auch von der Organhaftungsbestimmung in Art. 41 BankG erfasst werden sollte.

bb) Teleologie

Auch die Teleologie des Bankengesetzes spricht für den Einbezug der aktienrechtlichen Revisionsstelle in die Haftung gemäss Art. 41 BankG. Die Organhaftung gehört unstreitig zu den zentralen Instrumenten des Gläubigerschutzes[827]. Daher kann es nicht Ziel und Zweck des Bankengesetzes entsprechen, wenn in einem derart vitalen Bereich die ultimative Wertungshoheit auch nur teilweise einer anderen Teilrechtsordnung überantwortet wird[828]. Mit Blick auf den bankengesetzlichen Schutzauftrag vollends fragwürdig ist sodann die mit der Abkoppelung der Revisionshaftung verbundene *Fragmentierung der Haftungsgrundlagen*. Man braucht bloss an die unterschiedliche Entwicklung der beiden Teilrechtsordnungen in der Frage der

825 Sten. Bull. NR 1934, 446.

826 Einschlägig etwa Sten. Bull. NR 1934, 705.

827 So schon die Botschaft zum Bankengesetz, vgl. BBl 1934, 179.

828 Ein solcher Hoheits-Transfer hätte im übrigen auch bei der ursprünglich geplanten Verweisung des Bankengesetzes auf das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht nicht stattgefunden. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung erfolgt die verweisungsbedingte Übernahme von teilrechtsfremden Regeln immer unter dem Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität (oben S. 110). Die ultimative Wertungshoheit verbleibt mithin bei der Verweisungsordnung.

Solidarhaftung zu denken, um zu sehen, dass eine fragmentierte Haftungsbasis Koordinationsprobleme aufwirft, die nicht im Sinne eines umfassenden Gläubigerschutzes sein können.

cc) Fazit: Art. 41 BankG als Haftungsnorm

Im Ergebnis ist die herrschende Meinung abzulehnen, wonach Art. 755 OR für die aktienrechtliche Revisionsstelle einer Bank-Aktiengesellschaft unmittelbar Geltung beansprucht. Vielmehr ist gestützt auf historische und teleologische Aspekte davon auszugehen, dass die besagte Revisionsstelle nach Art. 41 BankG haftet. Was sich also im Aktienrecht neuerdings auf zwei Normen verteilt, ist im Bankengesetz noch vereint. Dabei kann die in Art. 754 und 755 OR vorgenommene Differenzierung bezüglich der Haftungsentlastung auch innerhalb von Art. 41 BankG verwirklicht werden. Dass der Revisionsstelle der Entlastungsnachweis nicht zur Verfügung steht, ergibt sich nicht erst aus Art. 755 OR, sondern schon daraus, dass sie – anders als der Verwaltungsrat – zur Delegation gar nicht befugt ist[829].

e) Ansprüche aus Gesellschaftsschaden (Kostentragungsregel)

Ein Novum der Aktienrechtsrevision ist die Kostentragungsregel bei Klagen der einzelnen Aktionärinnen für Schäden, die der Gesellschaft entstanden sind. Gemäss Art. 756 Abs. 2 OR kann das Gericht die Prozesskosten auch im Falle des Unterliegens der klagenden Aktionärin nach seinem Ermessen auf diese und auf die Gesellschaft verteilen, wenn aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeter Anlass zur Klage bestanden hat[830]. Die bankengesetzliche Norm über die Ansprüche aus Gesellschaftsschaden (Art. 43 BankG) kennt keine solche Regel[831].

---

829 Für das Aktienrecht vgl. *Böckli*, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, 15; *Eggmann*, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, 34. *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 132. A.A. *Bertschinger*, SZW 71 (1999), 81 ff., der einen Entlastungsbeweis der Revisionsstelle für das schädigende Verhalten ihrer leitenden Revisoren sowie einen Entlastungsbeweis der leitenden Revisoren für die Handlungen seines Prüfungsteams bejaht. Dafür wären nach Auffassung des Autors die leitenden Revisoren direkt für ihre Pflichtverletzungen haftbar. Kritisch hierzu *Lutz*, Komm. BankG, N 53d zu Art. 18 - 22 BankG.

830 Sie ist in Worten von *Forstmoser*, SZW 64 (1992), 72, „ziemlich abenteuerlich". Denn die Gesellschaft ist im Regelfall bei diesen Prozessen nicht Partei. Wie aber *Böckli*, Neues Aktienrecht, Rn. 2001 Fn. 47a festhält, entspricht sie der „absoluten Entschlossenheit des Gesetzgebers, die Prozesskostenhürde niedrig zu halten."

831 Trotz seiner zivilprozessualer Natur wird auch unter der neuen Verweisungsordnung (Art. 39 BankG) die Bestimmung in Art. 756 Abs. 2 OR nicht unmittelbar

Nach ganz überwiegender Auffassung, der sich auch KLEINER anschliesst, ist die Kostentragungsregel von Art. 756 Abs. 2 OR auf Bank-Aktiengesellschaften unmittelbar anwendbar[832]. Zur Begründung wird auf den Entscheid des Bundesgerichts zur Gerichtsstandsfrage (Art. 761 aOR)[833] verwiesen, wonach beim Fehlen einer einschlägigen bankengesetzlichen Bestimmung für Bank-Aktiengesellschaften das Aktienrecht gelte[834]. Wie vorne einlässlich erörtert, greift die bundesgerichtliche Formel als allgemeine Koordinationsregel zu kurz[835]. Für einen abschliessenden bankengesetzlichen Regelungsanspruch der Thematik „Ansprüche aus Gesellschaftsschaden" spricht jedenfalls, dass beide Haftungsordnungen im Ausgangspunkt gleichermassen weitgehende Regeln enthielten. Ursprünglich stand also ausser Zweifel, dass das Bankengesetz für diese Frage nicht nur punktuell in das Aktienrecht eingriff, sondern vielmehr seine eigene umfassende Regelung traf. Ein ursprünglich abschliessender Regelungsanspruch kann aber nicht nachträglich zu einem punktuellen mutieren. Allenfalls wird die Regelung nachträglich lückenhaft, nicht aber der Regelungsanspruch nachträglich punktuell. Ist folglich der bankengesetzliche Regelungsanspruch abschliessend, so schliesst dies auch die unmittelbare Anwendung von Art. 756 Abs. 2 BankG aus (absolute formelle Spezialität).

Demgegenüber gilt für die materielle Normrelation, dass der aktienrechtliche Entwicklungsschub von Art. 756 Abs. 2 OR aufgrund der *Normstruktur der Regelungsparallelisierung* und dem damit intendierten materiellen Gleichklang beider Teilrechtsordnungen für das Bankengesetz *normative* Beachtung verlangt (relativierte materielle Spezialität). Konkret bedeutet dies, dass die aktienrechtliche Weiterentwicklung für sich die Adäquanzvermutung auch im Bankaufsichtsrecht beansprucht. Das Bankengesetz muss daher die Kostentragungsregel in sein Verantwortlichkeitsrecht integrieren. Ihre Nichtbeachtung im Bankenkontext wäre nur zulässig, wenn sie den bankengesetzlichen Wertungen entgegenstünde. Die Kostentragungsregel

---

mit Inkrafttreten der Revision anwendbar. Vgl. dazu unten S. 246 (Ansprüche aus Gesellschaftsschaden).

832 *Kleiner/Schwob*, Komm. BankG (1993), N 4 Vorb. zum 14. Abschnitt, N 3 zu Art. 43 BankG. Vgl. sodann EBK-RS 93/1 Rn. 37. Gleicher Meinung *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 150; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 36 Rn. 4; *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 180; *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 6 Vorb. zu Art. 754-761 OR. A.A. aber *Kunz*, Rechtsnatur und Einredeordnung, 125, 128 (Keine Anwendbarkeit von Art. 756 Abs. 2 OR, die Frage entscheidet sich nach den kantonalen Zivilprozessordnungen).

833 Heute: Art. 29 GstG.

834 BGE 97 II 403 (408).

835 Siehe oben S. 229 (Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage).

bezweckt, die Prozesskostenhürde niedrig zu halten. Wie in den meisten anderen Fällen läuft also auch hier das aktienrechtliche Modernisierungsprogramm auf eine Haftungsverschärfung hinaus, dessen Präventionspotential mittelbar auch den Gläubigerschutz verstärkt[836]. Folglich ist auch die Kostentragungsregel von Art. 756 Abs. 2 OR in die bankengesetzlichen Parallelordnung zu übertragen.

Dass ein solcher Transfer nur mittels *Lückenfüllung durch Analogie* erfolgen kann, ist angesichts des Fehlens einer rezeptionsfähigen bankengesetzlichen Norm offensichtlich. Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Lückenfüllung gegeben: Das Bankengesetz will den Gläubigerschutz gegenüber den allgemeineren Normen intensivieren, nicht verringern. Fällt die eigentlich schutzintensivere Spezialnorm durch asynchrone Entwicklungsschübe hinter die aktienrechtliche Grundnorm zurück, so liegt darin eine systematisch begründbare Lückenhaftigkeit durch rechtliche Entwicklung[837]. Diese nachträglich entstandene planwidrige Unvollständigkeit des Bankengesetzes kann und muss durch die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Kostentragungsregel behoben werden.

f) Solidarität

Neues brachte die Revision des Aktienrechts schliesslich bei der Ausgestaltung der Solidarhaftung. Der revidierte Art. 759 OR enthält ein Bekenntnis zugunsten der „differenzierten Solidarität", mit der Folge, dass im Aussenverhältnis der Grad des Verschuldens der einzelnen ersatzpflichtigen Personen zu berücksichtigen ist[838]. Das Bundesgericht hatte den altrechtlichen Art. 759 OR und den materiell identischen Art. 44 BankG trotz heftiger Kritik der Lehre im Sinne einer absoluten Solidarität ausgelegt; individuelle Herabsetzungsgründe gemäss Art. 43 und 44 OR konnten zwar im Rahmen des Regresses, nicht aber im Aussenverhältnis geltend gemacht werden[839].

Eine weitere, damit zusammenhängende Neuerung betrifft den Einheitsprozess. Gemäss Art. 759 Abs. 2 OR kann der Kläger mehrere Beteiligte

---

836 Die zentrale Bedeutung der Präventionsfunktion des Verantwortlichkeitsrechts ist sowohl für das Aktienrecht als auch für das Bankengesetz unbestritten, vgl. die Nachweise oben Fn. 787.

837 Zur Funktion des Aktienrechts als lückenfüllende Analogienorm vgl. oben S. 193.

838 Vgl. etwa *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 486; *ders.*, SZW 65 (1993), 267 ff. Restriktiver *Tercier*, La solidarité et les actions récursoires, 63 ff.

839 Vgl. BGE 97 II 403 (415). Das entsprach der Rechtsprechung zur Solidarität gemäss Art. 50, 51 OR, vgl. etwa BGE 93 II 317 (323). Schon damals gegenteilig OGer Basel, BJM 1991, 135 ff., zu Art. 759 aOR.

gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass die Richterin im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt. Mit dem Instrument des Einheitsprozesses sollte die materiellrechtliche Haftungsmilderung der Beklagten durch eine prozessualrechtliche Stärkung der klagenden Partei ausgeglichen werden[840]. Bei alledem ist die bankengesetzliche Solidaritätsbestimmung (Art. 44 BankG) dieselbe geblieben, weshalb sich auch hier die Frage nach den Auswirkungen der aktienrechtlichen Entwicklung auf das Bankengesetz stellt.

Mit Blick auf die Neuordnung des bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsrechts, das seit dem 1. Juli 2004 mit dem Instrument der Verweisung auf das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht arbeitet, drängt sich hier eine Präzisierung auf. Im Aktienrecht wurde Art. 759 Abs. 2 OR aufgrund seiner prozessualen Natur unmittelbar mit Inkrafttreten der Novellierung anwendbar[841]. Gilt er also auch unmittelbar mit Inkrafttreten des neuen Art. 39 BankG? Das ist zu verneinen. Damit die aktienrechtlichen Normen verweisungsbedingt in das Bankengesetz übernommen werden, muss zunächst die Verweisungsnorm anwendbar sein. Dies ist aber erst der Fall, wenn sich der Verantwortlichkeitsanspruch auf Tatsachen stützt, die sich nach dem Inkrafttreten der neuen Verweisungsbestimmung ereignet haben[842]. Anders als im Aktienrecht kommt es also im Bankenkontext nicht zu einer Spaltung bezüglich der Anwendbarkeit neuen Rechts.

aa) Differenzierte Solidarität

Bezüglich der differenzierten Solidarität hat sich die Kontroverse um die direkte Anwendbarkeit von Art. 759 OR insoweit entschärft[843], als das Bundesgericht 5 Jahre nach der Revision seine Auslegungspraxis zu Art. 759

---

840 Siehe hierzu *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 484; *ders.*, SZW 63 (1993), 271 f.; *Tercier*, La solidarité et les actions récursoires, 78. Das „Zwei-Säulen-Prinzip" der Solidarität geht auf einen Minderheitsantrag im Nationalrat (Sprecher der Minderheit: NR *Eugen David*) zurück, dem sich der Ständerat erst nach Widerständen anschloss. Vgl. Amtl. Bull NR 1990, 1389 ff., Amt. Bull. NR 1991, 853/54; Amt. Bull. StR 1991, 76, 471, 920.

841 BGE 122 III 324 (325).

842 Vgl. BGE 4C.53/2003 (SLT); BGE 128 III 92; BGE 4C.262/2000 E. 2a; BGE 127 III 453.

843 Für die unmittelbare Anwendbarkeit: EBK-RS 93/1 Rn. 37; *Forstmoser*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 227 ff. Etwas anders allerdings *Forstmoser*, ST 1997, 392 (Orientierung des Bankengesetzes an der aktienrechtlichen Neuordnung). Weitere Nachweise bei *Kleiner*, Komm. BankG, N 2 zu Art. 44 BankG.

aOR im Sinne der neurechtlichen Regelung korrigierte[844]. Damit kommt es zur Normrelation, wie sie noch unter dem alten Aktienrecht angenommen wurde: Es gilt nach einhelliger Lehre und Praxis die uneingeschränkten wechselseitige Übertragbarkeit der Auslegungsergebnisse. Folglich ist Art. 44 BankG fortan im Sinne der differenzierten Spezialität auszulegen, während sich die direkte Anwendbarkeit von Art. 759 Abs. 1 OR erübrigt[845].

Das Beispiel der differenzierten Solidarität zeigt vorzüglich, dass bei der Regelungsparallelisierung von der *Äquivalenz judizieller und legislativer Ausdifferenzierung* auszugehen ist. Methodisch ist nämlich kaum zu begründen, warum die Kongruenz bzw. Divergenz der beiden Haftungsordnungen von der Zufälligkeit eines späten bundesgerichtlichen Urteils abhängen soll[846]. Stellt man hingegen auf die mit der Regelungsparallelisierung verbundene Intention der materiellen Gleichgestaltung von Parallelnormierungen ab, so folgt ohne weiteres, dass dogmatische Weiterentwicklungen *jedwelcher* Art für die jeweils andere Parallelnorm grundsätzlich beachtlich sind.

Andererseits unterliegt die Übernahme von Ausdifferenzierungen aus der Parallelordnung immer dem *Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität*. Mit der judiziell bedingten Verschiebung der Verhältnisfrage auf die Ebene altes Aktienrecht/Bankengesetz ist das Problem also nur scheinbar bewältigt. Entgegen der einhelligen Lehre und Praxis sind nämlich auch in der altrechtlichen Konstellation die Ausdifferenzierungen der beiden Haftungsordnungen nicht beliebig austauschbar, sondern es gelten die allgemeinen Transfer-Voraussetzungen der Regelungsparallelisierung. Demnach kommt dem Lösungsmodell der Parallelnorm lediglich indizielle Bedeutung zu. Widerspricht sie den teilrechtseigenen Wertungen, so bleibt sie unbeachtlich. Die Frage des „teilrechtseigenen Filters" stellt sich hier mit besonderer Dringlichkeit, führt doch ausnahmsweise die aktienrechtliche Ausdifferenzierung nicht zu einer Haftungsverschärfung, sondern zu einer *Haftungsmilderung*. Dass aber eine Haftungsmilderung mit dem intensivierten

---

844 BGE 122 III 324. Die für die vorliegende Frage einschlägigen Erwägungen wurden allerdings nicht publiziert. Sie finden sich in einer Urteilsbesprechung von *Nobel*, SZW 68 (1996), 234 f. Bestätigt in BGE 127 III 453 (455).

845 Für die interpretative Übernahme der differenzierten Spezialität schon immer *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 104 f.

846 So aber *Kleiner*, der 1993 davon ausging, die vom Bundesgericht enwickelte Praxis zur Solidarität gelte für Banken weiter, auch wenn sie der Sache nach kritikwürdig sei (Komm. BankG, N 2 zu Art. 40 BankG), während er 1997 festhielt, aufgrund der Praxisänderung des Bundesgerichts müsse wohl auch für Art. 44 BankG gelten (Komm. BankG, N 2 zu Art. 40 BankG).

Schutzauftrag des Bankengesetzes kompatibel sein soll, ist jedenfalls nicht unmittelbar einsichtig, sondern bedarf der näheren Begründung.

Im konkreten Fall sprechen allerdings trotz der Haftungsmilderung gewichtige Gründe für das Modell der differenzierten Solidarität auch im Bankenkontext. Wie die Doktrin in ihrer Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 759 aOR und Art. 44 BankG treffend festgehalten hat, führt das Modell der absoluten Solidarität zu *Wertungswidersprüchen* innerhalb der haftpflichtrechtlichen Ordnung: Denjenigen Haftpflichtigen, die als alleinige Schädigerin die Reduktionsgründe gemäss Art. 43 und 44 OR geltend machen kann, werden diese abgeschnitten, sobald andere Verantwortliche hinzutreten[847]. Solche von Zufälligkeiten abhängende Unterschiede sind mit dem Ziel einer konsistenten Haftungsordnung nicht vereinbar. Für Art. 44 BankG folgt daraus, dass die absolute Solidarität zwar die Stellung der Gläubigerinnen und Gläubiger stärkt, sie aber aus systematischer Perspektive als Auslegungsergebnis nicht tragbar ist. Folgt aber die Annahme einer differenzierten Solidarität bereits aus der *systematischen Auslegung* von Art. 44 BankG, so kommt auch der Vorbehalt der Systemkompatibilität nicht zum Tragen.

Insgesamt ist also im Sinne der herrschenden Doktrin davon auszugehen, dass auch für die Bank-Verantwortlichen die Regeln der differenzierten Solidarität gelten. Dieses Ergebnis folgt aber weder aus der unmittelbare Anwendbarkeit des revidierten Art. 759 OR, noch aus dem späten Bundesgerichtsentscheid zu Art. 759 aOR. Vielmehr ergibt sich aus der Normstruktur der Regelungsparallelisierung, dass die aktienrechtliche Ausdifferenzierung – und zwar auch die legislative – für die bankengesetzliche Haftungsordnung grundsätzlich verbindlich ist.

bb) Einheitsprozess

Beim Einheitsprozess bewegt sich die Diskussion wieder in den alten Bahnen: Es steht die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 759 Abs. 2 OR gegen die ausschliessliche Anwendbarkeit von Art. 44 BankG, der die Institution des Einheitsprozesses nicht kennt[848]. Von den Befürwortern der Anwendbarkeit von Art. 759 Abs. 2 OR wird entweder geltend gemacht, das Ban-

847 Vgl. die Nachweise bei *Rey*, Ausservertragliches Haftpflichrecht, Rn. 1465.

848 Für die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 759 Abs. 2 OR: EBK-RS 93/1 Rn. 37; *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 151; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 36 Rn. 4; *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 105. Für die Autonomie des Bankengesetzes: *Kleiner/Schwob*, Komm. BankG (2001), N 4 Vorb. zum 14. Abschnitt; *ders.*, SZW 64 (1992), 257.

kengesetz sehe den Einheitsprozess nicht vor, weshalb die Residualgeltung der aktienrechtlichen Grundordnung zum Tragen komme[849], oder es wird argumentiert, der Einheitsprozess bilde ein Korrektiv zur Haftungsmilderung der differenzierten Solidarität, weshalb auch für Banken die aktienrechtliche Bestimmung heranzuziehen sei[850].

Auch wenn im Ergebnis einsichtig ist, dass der Einheitsprozess als Ausgleich für die mildere differenzierte Solidarität auch im Bankenkontext Anwendung finden muss, so sind die gängigen Argumentationsstrategien methodisch unbefriedigend. Die Bedenken bezüglich der Annahme einer automatisierten aktienrechtlichen *Residualgeltung* im Falle des Fehlens einer bankengesetzlichen Norm wurden vorne ausführlich erörtert[851]. Knapp gesagt kann aus dem Fehlen einer bankengesetzlichen Regelung dann kein Regelungsanspruch des Aktienrechts abgeleitet werden, wenn von einem abschliessenden Regelungsanspruch des Bankengesetzes auszugehen ist. Für einen solchen spricht, dass im Ausgangspunkt beide Haftungsordnungen eine identische Regelung über die Solidarhaftung trafen. Die Bestimmung in Art. 44 BankG regelte im Vergleich zu Art. 759 aOR nicht nur eine Einzelfrage, sie war nicht punktuelle Ergänzungsordnung, sondern umfassende Solidarhaftungsordnung. Ein abschliessender Regelungsanspruch kann aber nicht nachträglich zu einem punktuellen mutieren. Insofern vermag weder das Fehlen allein noch die Korrektivfunktion des Einheitsprozesses die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 759 Abs. 2 OR zu begründen.

Auch hier bietet die differenzierte Spezialität eine überzeugendere Möglichkeit, um das aktienrechtliche Modernisierungsprogramm im Bankengesetz zu verwirklichen. Denn nach diesem Modell bleibt es trotz des formellen Geltungsvorrangs von Art. 44 BankG bei der inhaltlichen Wechselwirkung zwischen Grundordnung und Spezialgesetz. Ist die Wechselwirkung mittels Regelungsparallelisierung strukturell angelegt, kommt es zur Adäquanzvermutung mit Widerlegungsmöglichkeit im Sinne des Vorbehalts der teilrechtseigenen Systemkompatibilität. Dass Letzterer sich vorliegend nicht materialisiert, weil das Institut des Einheitsprozesses die Stellung der Klägerinnen und Kläger im Verantwortlichkeitsprozess stärkt und damit mittelbar gläubigerschützende Wirkung entfaltet, bedarf keiner weiteren Hinterfragung. Folglich ist die in Art. 759 Abs. 2 OR getroffene Regelung über die Einklagung des Gesamtschadens in einem Einheitsprozess auch für den bankaufsichtsrechtlichen Kontext normativ verbindlich.

---

849 EBK-RS 93/1 Rn. 37; *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 151.

850 *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 105.

851 Siehe oben S. 229 (Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage).

Wie schon bei der Prospekthaftung für „andere Titel" (Art. 752 OR) und der Kostentragungsregel bei den Ansprüchen für den Gesellschaftsschaden (Art. 756 Abs. 2 OR)[852] kann auch hier der Transfer mangels einer rezeptionsfähigen bankengesetzlichen Norm nur mittels Lückenfüllung durch Analogie erfolgen. Ihr steht nichts im Wege: Fällt die eigentlich schutzintensivere bankengesetzliche Spezialnorm durch asynchrone Entwicklungsschübe hinter die aktienrechtliche Grundnorm zurück, so wird das Bankengesetz nachträglich planwidrig unvollständig[853]. Diese Lücke ist mittels analoger Anwendung der aktienrechtlichen Regel über den Einheitsprozess zu schliessen.

4. Ergebnis zur Verantwortlichkeit der Organe

Das bisherige bank-aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht erweist sich als Exempel für einen weiteren Baustein koordinativer Normarchitektur: die Figur der Regelungsparallelisierung. Sie lässt den formellen Geltungsvorrang des Bankengesetzes unberührt, verlangt aber auf der materiellen Ebene einen fortlaufenden „Wissens-Transfer" zwischen Bankengesetz und Aktienrecht. Dadurch erscheint die aktienrechtliche Novellierung der Art. 752 ff. OR nicht als Zäsur, sondern lediglich als dogmatische Weiterentwicklung, die dem allgemeinen Wechselspiel zwischen der Geltungsvermutung zugunsten des Aktienrechts und der Widerlegungsmöglichkeit durch das Bankengesetz unterliegt.

Im Ergebnis bleiben die Bestimmungen in Art. 39 bis 46 BankG zwar nach bisherigem Recht die ausschliessliche Rechtsgrundlage für Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe der Bank-Aktiengesellschaft. Die Rechtsanwendenden trifft allerdings auch ohne eine explizite gesetzliche Angleichung der Materien bereits die Pflicht, dem aktienrechtlichen Modernisierungsprogramm innerhalb der bankengesetzlichen Ordnung zum Durchbruch zu verhelfen. Kann die Integration der aktienrechtlichen Regelungsgehalte mangels einer rezeptionsfähigen bankengesetzlichen Norm nicht interpretativ bewältigt werden – so etwa im Fall der „anderen Titel" bei der Prospekthaftung (Art. 753 OR), der Kostentragungsregel (Art. 756 Abs. 2 OR) sowie des Einheitsprozesses (759 Abs. 2 OR) –, so sind die Aktienrechtsbestimmungen als lückenfüllende Analogienormen heranzuziehen.

---

852 Vgl. oben S. 236 (Prospekthaftung für „andere Titel"); S. 246 (Ansprüche aus Gesellschaftsschaden).

853 Siehe oben S. 194 (Lückenhaftigkeit durch rechtliche Entwicklung).

Gegenüber den herkömmlichen Auslegungsvarianten sind mit der Figur der Regelungsparallelisierung zwei wesentliche Vorteile verbunden: Auf welchem Wege auch immer die Integration der aktienrechtlichen Neuordnung in das Bankengesetz erfolgt, im Ergebnis verwirklicht sich immer die gesetzgeberische Intention, eine *einheitliche Regelung für alle Banken* zu erreichen, die den Art. 39 ff. BankG unterstehen – mithin für Genossenschaftsbanken ebenso wie für Bank-Aktiengesellschaften. Das Bankengesetz behält trotz der Wechselwirkung mit dem Aktienrecht seine relative Eigenständigkeit, weil die Regelungsparallelisierung mit dem Vorbehalt der Systemkompatibilität ein Instrument zur Feinsteuerung bereithält. Würde also – hypothetisch überlegt – bei einer erneuten Novellierung das Schutzniveau im Aktienrecht drastisch gesenkt, so gälte dieses Ergebnis für das Bankaufsichtsrecht nicht schon deshalb, weil „dem Bankengesetz eine entsprechende Bestimmung fehlt"[854]. Verbindlich wird es vielmehr nur in dem Umfang, in dem es mit der bankengesetzlichen Wertordnung vereinbar ist.

5. Neuregelung der Organhaftung

Durch die Teilrevision des Bankengesetzes zum Bankinsolvenzrecht wurde unter anderem auch das bankengesetzliche Verantwortlichkeitsrecht geändert. Der Gesetzgeber gleicht gewissermassen den asynchronen Entwicklungsschub aus, mit dem vorher beim Aktienrecht neue Standards geschaffen wurden. Künftig richtet sich die Verantwortlichkeit der Bankorgane und der Revisionsstellen „nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 752 ff. des Obligationenrechts)"[855]. Der Gesetzgeber trägt dabei dem Umstand Rechnung, dass durch die Aktienrechtsnovelle von 1991 „einige Unsicherheiten entstanden" seien[856]. Die Koordinationsbedürftigkeit des banklichen Haftungsrechts wird nunmehr ausdrücklich erkannt und mit einer stark vereinfachten Lösung beantwortet: der *Verweisung auf das Aktienrecht.*

An der zukünftigen Regelung ist koordinationsdogmatisch dreierlei bemerkenswert. Erstens bewirkt sie für die Bankorgane im Regelungsanliegen und Ergebnis dieselben Konsequenzen, die bereits nach dem bisherigen Haftungsrecht auf dogmatischem Wege herzuleiten waren. Es bleibt bei dem gesetzgeberischen Anliegen, eine Parallelität der Regelungen zu garantieren, und es bleibt dabei, dass materiell die Wertungen des Aktienrechts

854 Vgl. BGE 97 II 403 (408), sinngemäss.
855 Vgl. Art. 39 BankG, in Kraft seit 1. Juli 2004.
856 BBl 2002, 8105.

auch für alle Banken – einschliesslich der Genossenschaftsbanken – ausschlaggebend sind.

Zweitens ergibt sich nach der Neuregelung ein *fortbestehender und neuer Koordinationsbedarf* im Haftungsrecht. Die Verweisung gehört wie die Regelungsparallelisierung zu den Bausteinen der koordinativen Normarchitektur: Sie wird im hier anschliessenden Referenzgebiet der Rechnungslegung vertieft behandelt[857]. Durch eine Verweisung importiert der Gesetzgeber Normen der Referenzordnung, hier also die aktienrechtlichen Haftungsnormen der Art. 752 ff. OR, in die aufsichtsrechtliche Teilrechtsordnung. Dadurch erlangen diese Normen den Charakter von subsidiärem Aufsichtsrecht. Dennoch hat man es weiterhin mit zwei autonomen Teilrechtsordnungen zu tun, die für ihren jeweiligen Anwendungsbereich die Wertungs- und Definitionsmacht behalten. Als Aufsichtsrecht unterliegen die aktienrechtlichen Haftungsregelungen dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität, wie er bereits für die Regelungsparallelisierung nach bisherigem Recht untersucht worden ist[858]. Damit stellt sich nach zukünftigem Recht die Frage, ob der Import von aktienrechtlichen Haftungsregeln zu einem Konflikt mit Normen des Bankengesetzes führt. Für das bisherige Haftungsrecht der Regelungsparallelisierung war eine derartige Gefährdung der Systemkompatibilität nicht festzustellen. Nach der zukünftigen Regelung sticht indes zumindest eine Vorschrift mit *neuem Koordinationsbedarf* ins Auge. Nach der Referenznorm in Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR steht es der Konkursverwaltung zu, den Schaden der Gesellschaft geltend zu machen. Die Konkursverwaltung gibt es aber unter dem neuen Sonderrecht für die Banken nicht mehr. Ihre Aufgaben werden von einem oder mehreren Liquidiatoren wahrgenommen, die die Bankenkommission einsetzt und überwacht[859]. Hier können also die aktienrechtlichen Haftungsnormen nicht unbesehen in die bankengesetzliche Ordnung übernommen werden. Vielmehr wird man als systemkompatible Anpassung davon auszugehen haben, dass der durch Verweisung importierte Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR zukünftig eine Anspruchsdurchsetzung der Liquidatoren vorsieht.

Drittens schliesslich ist bemerkenswert, dass die Neuregelung nicht nur auf die von der Bank mandatierte bankengesetzliche Revisionsstelle ausgedehnt wird, sondern dass sie fortan auch für die von der Bankenkommission eingesetzten Sonderbeauftragten (Untersuchungsbeauftragter, Sanierungs-

857 Siehe unten S. 269 (Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialität).

858 Siehe oben S. 233 (Vorbehalt der Systemkompatibiltät).

859 Vgl. Art. 33 Abs. 2 BankG.

beauftragter, Liquidator, ausserordentlicher Revisor)[860] gelten soll. Auch diesbezüglich können die aktienrechtlichen Haftungsnormen nicht unbesehen in den aufsichtsrechtlichen Kontext übertragen werden. Denn die aktienrechtliche Organhaftung setzt die Verletzung *aktienrechtlicher* Pflichten voraus. Das Aktienrecht enthält aber für die Sonderbeauftragten gar keinen Pflichtenkatalog. Als systemkompatible Anpassung wird man hier die Pflichtverletzung in eine solche des Aufsichtsrechts umdefinieren müssen.

Vor allem aber bedeutet die Neuregelung den *Ausschluss der Staatshaftung* für Aufgaben, die auf direktes Geheiss der Aufsichtsbehörde erfolgen. Die Doktrin unterstellte die Sonderbeauftragten (Beobachter, ausserordentlicher Revisor) unter Hinweis auf die fehlende zivilrechtliche Bindung zur Bank und auf die Rolle als „verlängerter Arm" der EBK bislang dem Staatshaftungsrecht[861]. Hier hat nun der Gesetzgeber explizit eine andere Lösung getroffen, was zwar dogmatisch nicht vollends überzeugt, aber aus praktischer Sicht nachvollziehbar ist. Ein regelrechter *Systembruch* erfolgt allerdings im Hinblick auf die „neuen" Sonderbeauftragten des Bankinsolvenzrechts. Der Sanierungsbeauftragte erfüllt im wesentlichen die Funktion des Sachwalters nach SchKG, die Liquidatoren bilden das bankengesetzliche Äquivalent zur Konkursverwaltung[862]. Während Art. 5 SchKG seit der Revision von 1994 als vielgelobte Verbesserung des Geschädigtenschutzes für diese Tätigkeiten die kausale Staatshaftung vorsieht[863], sollen die Geschädigten bei der Bankliquidation vom staatlichen Verantwortlichkeitsrecht nicht mehr profitieren können und stattdessen auf die privatrechtliche Verschuldenshaftung verwiesen werden.

In der Botschaft wird hierzu folgendes ausgeführt: „Die Mandatierten erfüllen keine öffentlichen Aufgaben im engeren Sinn und haften daher der Bank sowie ihren Aktionären und Gläubigern gegenüber zivilrechtlich. Eine Haftbarkeit kann selbstverständlich insofern nicht bestehen, als die schädigenden Handlungen im Rahmen einer ordnungsgemässen Ausübung des Mandats der Bankenkommission erfolgten. Diesfalls stellt sich höchstens die Frage, ob nicht eine Haftung der Eidgenossenschaft gestützt auf das Ver-

860 Nicht erwähnt wird die Aufgabe der Revisionsstelle als verlängerter Arm der EBK bei der Prüfung ausländischer Niederlassungen von Banken, für deren konsolidierte Aufsicht sie verantwortlich ist (Art. 23^{septies} Abs. 1 BankG). Das ist wohl ein gesetzgeberisches Versehen.

861 vgl. *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 99 zu Art. 18-22 BankG; *Lutz*, Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, 132.

862 Vgl. *Hüpkes*, IWIR 2002, 133 und IWIR 2003, 2.

863 Vgl. *Gross*, Staatshaftungsrecht, 28.

antwortlichkeitsgesetz vorliegt."[864] Wie allerdings die Sonderbeauftragten angesichts der Verweisung auf die privatrechtliche Organhaftung und angesichts der Tatsache, dass sie „keine öffentliche Aufgabe" ausführen, doch noch in den Anwendungsbereich des Verantwortlichkeitsgesetzes fallen könnten, bleibt ein Geheimnis der Botschaft. Bei wohlwollender Leseart ergäbe der Gedanke nur für den exotischen Fall einen Sinn, dass die Bankenkommission einen rechtswidrigen Auftrag erteilt, der von den Beauftragten dann ohne weitere eigene Pflichtwidrigkeit durchgeführt wird. Solche Fälle betreffen dann aber die Haftung der Bankenkommission, die am Ausschluss der Staatshaftung für Liquidatoren nichts zu ändern vermag.

Insgesamt werden die neuen Bankinsolvenzregeln nicht zu einer verringerten, sondern lediglich zu einer im Schwerpunkt verlagerten Koordinationsbedürftigkeit des Verantwortlichkeitsrechts führen. Durch die Verweisung auf das Aktienrecht werden teils sogar neue Probleme begründet, die nach bisheriger Rechtslage als dogmatisch gelöst galten.

---

864 BBl 2002, 8106

III. Die Rechnungslegung

Wenige Bestimmungen im Bankengesetz lassen die Auffangrelation zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht so deutlich hervortreten wie diejenigen über die Rechnungslegung. Hier nimmt das Bankengesetz für einmal *explizit* auf Letzeres Bezug: Es verweist für die Erstellung des Geschäftsberichts auf „die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaften". Gleichzeitig behält es sich aber auch gewisse Bereiche zur eigenständigen Regelung vor. Das Rechnungslegungsrecht der Banken setzt sich also aus einem *bankautonomen Sonderrechtsbereich* und einem *aktienrechtlich determinierten Verweisungsbereich* zusammen (1). In der herkömmlichen Diskussion wird diese Zweiteilung allerdings kaum beachtet; dort dominiert die von der Aufsichtsbehörde vertretene Auffassung, das Aktienrecht bilde einen allgemeinen *Mindeststandard* für das Rechnungslegungsrecht der Banken (2). Auch hier schärft das Modell der differenzierten bankengesetzlichen Spezialität den Blick für die Möglichkeiten und Schranken des Zusammenspiels zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht (3), was sich insbesondere im Rahmen der Behandlung von exemplarischen Einzelfragen zeigt (4).

1. Das System der Rechnungslegung im Bankengesetz

Der Jahresabschluss einer Bank enthält einen massgeblichen Teil der aufsichtsrechtlich relevanten Informationen. Eine zuverlässige Rechnungslegung gehört daher zu den zentralen Regulierungsinstrumenten der Bankenaufsicht[865]. Das Recht der Rechnungslegung bestimmt, wie der Jahresabschluss zu erstellen ist. Mit dieser Frage aufs engste verknüpft sind Bestimmungen darüber, wer Rechnung legen muss, wie oft Rechnung zu legen ist, wer Zugang zu den Rechnungslegungsdaten hat, welche Wirkungen das Gesetz an diese Daten knüpft und wer das Datenmaterial wie prüft. Sie gehören nicht mehr zum eigentlichen Rechnungslegungsrecht, doch werden sie weder im Aktienrecht noch im Bankengesetz konsequent separat – also durch jeweils einzelne Normen und getrennte Normenkomplexe – geregelt.

Den Ausgangspunkt für das Rechnungslegungsrecht der Banken bildet Art. 6 BankG – die einzige Bestimmung im Abschnitt „Jahresrechnungen

865 Beispielsweise enthält der Jahresabschluss die Daten für die Ermittlung der haftenden Eigenmittel, für die Klumpenrisiken oder insgesamt für die Beurteilung der genügenden Mittel für das sachliche und geographische Geschäftsfeld. Vgl. *Hanenberg/Hillen*, ZfgK 2003, 574.

und Bilanzen" des Gesetzes. Er bestimmt, dass die Banken für jedes Geschäftsjahr einen Geschäftsbericht verfassen müssen, der sich aus der Jahresrechnung und dem Jahresbericht zusammensetzt. Zentral für die Koordinationsfrage ist Absatz 2 der genannten Bestimmung. Danach ist der Geschäftsbericht „nach den Vorschriften des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaften und nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zu erstellen"[866]. Mit dem ersten Teilgehalt der Norm erklärt der Gesetzgeber im Grundsatz die aktienrechtlichen Vorschriften kraft Verweisung für anwendbar, mit dem zweiten behält er sich die Möglichkeit bankautonomer Sondervorschriften vor.

a) Bankautonomer Bereich

Zum bankautonomen Rechnungslegungsrecht gehören diejenigen Themengebiete, die Art. 6 BankG entweder selbst regelt oder dem Verordnungsgeber zur Regelung überträgt. Das Gesetz behält folgende Kompetenzen vor:

- Bestandteile des Geschäftsberichts (Art. 6 Abs. 1 BankG). Er besteht aus der Jahresrechnung und dem Jahresbericht.
- Einjährige Periodizität (Art. 6 Abs. 1 BankG).
- Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechung (Art. 6 Abs. 1 BankG). Die Voraussetzungen regelt der Bundesrat[867].
- Erstellung von Zwischenabschlüssen (Art. 6 Abs. 3 BankG). Die Voraussetzungen regelt der Bundesrat[868].
- Gliederungsvorschriften (Art. 6 Abs. 5 BankG). Auch hier ist der Bundesrat zuständig, der seinerseits die weitergehende Detailregelung an die Aufsichtsbehörde delegiert hat (Art. 28 BankV). Hinter der knappen Erwähnung der Gliederung im Bankengesetz steckt heute ein dichtes Regulierungsnetz, bestehend aus seitenlangen Verordnungsbestimmungen,

---

866 Die Gesetzesbestimmung enthält den Zusatz „Wenn die allgemeinen Verhältnisse es erfordern, kann der Bundesrat Abweichungen davon gestatten". Es handelt sich dabei um eine Katastrophenklausel: Bei Kriegen oder anderen – insbesondere wirtschaftlichen – Systemzusammenbrüchen sollten etwa Ausnahmen bezüglich der obligationenrechtlichen Bewertungsvorschriften möglich sein. Beispielhaft erwähnt sei der Fall eines rapiden Kursverlustes von Staatsanleihen, der die Banken im laufenden Bilanzjahr zu massiven Abschreibungen zwingen würde, obwohl der innere Wert der Anleihen gleich bleibt. Vgl. zum Ganzen Sten. Bull. StR 1934, 221 f.; Sten. Bull. NR 1934, 649 f.

867 Vgl. Art. 23a BankV.

868 Vgl. Art. 23b BankV.

die mittels 261 Randziffern in der EBK-Rechnungslegungsrichtlinie konkretisiert werden[869].

- Publizität der Rechnungslegung (Art. 6 Abs. 4 BankG). Auch in diesem Bereich wird die Einzelregelung, namentlich Form, Umfang und Frist der Veröffentlichung, dem Bundesrat zur Regelung übertragen (Art. 6 Abs. 5 BankG)[870].
- Erleichterungen für Privatbankiers (Art. 6 Abs. 6 BankG).

b) Verweisung auf das Aktienrecht

Was den Verweisungsbereich angeht, so sagt Art. 6 Abs. 2 nichts darüber, welche aktienrechtlichen Bestimmungen von der Verweisung im Einzelnen erfasst sind. Als Referenznormen müssen daher diejenigen Bestimmungen gelten, die das Aktienrecht selbst dem Titel „Geschäftsbericht" zuweist, also die Bestimmungen in Art. 662 - 670 OR[871]. Soweit allerdings die Referenzordnung Fragen regelt, die gleichzeitig unter die bankengesetzliche Sonderordnung fallen (Normenkonkurrenz), gilt aufgrund des bankengesetzlichen Geltungsvorrangs allein das Bankengesetz[872]. Als *„bereinigter Verweisungsbereich"* bleiben dann folgende Bestimmungen übrig:

- Bestandteile der Jahresrechnung (Art. 662 Abs. 2 OR). Sie besteht aus Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang.

---

869 Vgl. Art. 23 ff. BankV, Rn. 43 ff. RRV-EBK (2002). Hinzu kommen über zwanzig Seiten EBK-Erläuterungen (EBK-Bull 26 (1995), 34 ff.), die zu den (damals neuen) Rechnungslegungsvorschriften von 1994 verfasst wurden und auch heute noch relevant sind.

870 Für das Aktienrecht vgl. Art. 697h OR. Die aktienrechtliche Publizitätsregel ist von der Verweisung in Art. 6 Abs. 2 OR nicht erfasst, da sich diese auf die „Bestimmungen über den Geschäftsbericht" (Art. 662-670 OR) beschränkt. Die Wirkung ist allerdings dieselbe: Das Bankengesetz schafft gegenüber der aktienrechtlichen Grundordnung einen Sonderrechtsbereich. Zur Begründung der bankengesetzlichen Publizität vgl. BGE 105 Ib 406 (411 f.).

871 Abweichend EBK-RS 93/1 Rn. 13 f.: Die Verweisung umfasst auch die Vorschriften zur Reservebildung (Art. 671 - 674 OR) sowie die Vorschriften über Dividenden und Bauzinsen (Art. 675, 676 OR). Wie hier allerdings EBK-Bull 26 (1995), 18, 25.

872 Siehe oben S. 169 (Vorrang als Auslegungsergebnis); S. 181 (Ergebnis zur formellen bankengesetzlichen Spezialität). Eine Derogation findet in folgenden Bereichen statt: Bestandteile des Geschäftsberichts, einjährige Periodizität, Voraussetzungen für die Erstellung der Konzernrechnung, Gliederungsvorschriften. Ausserhalb des Verweisungsbereichs verdrängt zudem Art. 6 Abs. 4 BankG die Bestimmung in Art. 697h OR (allgemeine Rechnungslegungspublizität).

- Inhalt des Jahresberichts (Art. 663d OR). Er stellt im Wesentlichen den Geschäftsverlauf dar.
- Beteiligungspublizität (Art. 663c OR). Die massgeblichen Aktionäre der Publikumsgesellschaft müssen im Anhang zur Bilanz bekannt gegeben werden.
- Grundsätze der ordnungsmässigen Rechnungslegung (Art. 662a, 663g OR). Hier wird präzisiert, welche Leitlinien bei der Erstellung der Jahresrechnung zu beachten sind[873].
- Buchungs- und bilanzpflichtige Tatbestände (Art. 662a, 663b, 663h OR). Sie geben Auskunft darüber, welche Vorgänge des Geschäftslebens für die Jahresrechnung bzw. deren Bestandteile relevant sind[874].
- Bewertungsvorschriften (Art. 664-670 OR). Sie setzen den Rahmen für die Wertzumessung, die für die einzelnen buchungs- und bilanzierungspflichtigen Vermögensposten vorzunehmen ist.

c) Zukünftige Neuregelungen

Gleich drei Gesetzesentwürfe nehmen auf die Rechnungslegung von Banken Bezug, nämlich der der Teilentwurf für ein neues Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG), der Entwurf für eine Neuregelung der konsolidierten Aufsicht über Finanzgruppen und Finanzkonglomerate (Rev. BankG), und der Vorentwurf für ein neues Rechnungslegungsrecht (RRG). Auch auf der Ebene der Rundschreiben sind Änderungen zu vermerken.

Das FINMAG[875] sieht unter anderem die Harmonisierung des Revisionswesens der verschiedenen Institute vor, die zukünftig von der integrierten Finanzmarktaufsichtsbehörde beaufsichtigt werden sollen. Es legt unter anderem fest, dass die Prüfgesellschaften (vormals: Revisionsgesellschaften) zu prüfen haben, ob ein Institut seine Rechnung aufsichtsrechtlich ordnungsgemäss ablegt. Die Harmonisierung des materiellen Rechnungslegungsrechts ist hingegen nicht vorgesehen[876].

---

873 Zudem gelten, soweit das Aktienrecht diese nicht modifiziert, die Bilanzierungsgrundsätze der allgemeinen Buchführungspflichten gemäss Art. 959 ff. OR, vgl. Art. 662a Abs. 4 OR.

874 Das Aktienrecht enthält nur hinsichtlich des Anhangs zur Jahresrechnung (Art. 663b OR) eine ausführliche Liste der Informationen, die als relevant angesehen werden. Die Relevanz des übrigen Datenmaterials ergibt sich dagegen aus den Grundsätzen der ordnungsgemässen Rechnungslegung (Art. 662a, 663h OR).

875 *Expertenkommission Zimmerli*, Teilbericht zu einem Gesetz über ein neues Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 7. Juli 2003.

876 Expertenkommission Zimmerli, Teilbericht, 38.

Im Bereich des Prüfwesens kommt es durch ein „Rundschreiben-Paket" der Eidgenössischen Bankenkommission zu einem Entwicklungsschub. Die Rundschreiben betreffen die Themen „Prüfung", „Prüfbericht" und „Prüfgesellschaften"[877]. Das materielle Rechnungslegungsrecht wird davon allerdings nicht berührt.

Eine neue Grundlage für die Regulierung der Rechnungslegung auf Konzernebene sieht dagegen Art. 3g E-BankG vor. Er ist Teil der geplanten aufsichtsrechtlichen Neuregelung von Unternehmensverbindungen im Finanzbereich. Enthalten ist diese bankengesetzliche Revision in den Schlussbestimmungen des Entwurfs für ein neues Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)[878]. Gemäss Art. 3g E-BankG soll die Aufsichtsbehörde unter anderem ermächtigt sein, Vorschriften über die Rechnungslegung von Finanzgruppen und Finanzkonglomeraten zu erlassen[879]. In Zukunft wird also die Regulierungskompetenz der Aufsichtsbehörde neben die bereits bestehende Regulierungskomptenz des Verordnungsgebers treten.

Im Juni 1998 legte die Expertenkommission „Rechnungslegung" dem Bundesrat den Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) und zu einer Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA) vor[880]. Das neue Buchführungsrecht sollte für alle Gesellschaftsformen des Privatrechts gelten und den internationalen Entwicklungen Rechnung tragen. Nachdem die kontroverse Aufnahme des Vorentwurfs einen vorübergehenden Stillstand bewirkt hatte[881], erhielt das Projekt angesichts der diversen Pleiten und „Groundings" neuen Auftrieb[882]. Anfang 2003 beschloss der Bundesrat die umfassende Überarbeitung des Entwurfs und kündigte für den Herbst 2003 (Revisoren) und die zweite Jahreshälfte 2004 (Buchführung und Rechnungslegung) die bundesrätlichen Botschaften an. Die Botschaft zum neuen Revisionsrecht wurde am 23. Juni

---

877 Siehe dazu unten S. 344 (Neue EBK-Rundschreiben).

878 Vgl. BBl 2003, 3789 ff.

879 Zum Begriff der Finanzgruppe und zum Finanzkonglomerat siehe Art. 3c Abs. 1 E-BankG.

880 Expertenkommission „Rechnungslegungsrecht", Revision des Rechnungslegungsrechts, Vorentwürfe und Begleitbericht vom 29. Juni 1998.

881 Zur Aufnahme des Vorentwurfs vgl. Bundesamt für Justiz, Zusammenstellung der Vernehmlassungen vom 4. Dezember 2000. Hauptkritikpunkte waren die mangelnde Koordination mit dem Steuerrecht, die mangelnde Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse der KMU sowie das faktische Ende der Zulässigkeit der Bildung von Willkürreserven. Eine umfassende Auseinandersetzung mit zahlreichen Beiträgen zum Entwurf findet sich in ST 1999, 14 ff, 427 ff.

882 Stichworte: Enron, WorldCom, Swissair.

2004 verabschiedet[883]; die Neuregelung hat keinen Einfluss auf das materielle Rechnungslegungsrecht. Die Botschaft zum Rechnungslegungsrecht wurde zunächst auf das Jahr 2005 verschoben[884] und dann bei der Legislaturplanung 2004 bis 2007 zurückgestellt[885].

Von der Stossrichtung her lässt der Vorentwurf zum Rechnungslegungsrecht das System der bankengesetzlichen Rechnungslegung unverändert. Art. 2 Abs. 2 VE RRG hält fest: „Das Gesetz gilt nicht für Organisationen, die aufgrund ihres Tätigkeitsbereichs einer staatlichen Aufsicht unterliegen, soweit für sie eigene abschliessende Regelungen bestehen. Wird auf Bestimmungen des Obligationenrechts verwiesen, welche den sachlichen Regelungsbereich dieses Gesetzes betreffen, so gilt dieses Gesetz."[886]

Auch wenn in der Vernehmlassung die mangelnde Klarheit der Bestimmung moniert wurde[887], so kann immerhin gesagt werden, dass das RRG erstens den Geltungsvorrang der bankengesetzlichen Rechnungslegungsvorschriften nicht in Frage stellt, und dass es zweitens das Aktienrecht als Referenzordnung für die bankengesetzliche Rechnungslegung ersetzt. Für die Banken bleibt es also voraussichtlich beim kombinierten Rechnungslegungsregime, auch wenn die Einzelheiten der Koordination zwischen Verweisungsbereich (mit dem RRG als neuer Referenzordnung) und aufsichtsrechtlichem Sonderrechtsbereich noch offen ist.

Insgesamt sind von den neuen Gesetzgebungsprojekten das RRG und der neue Art. 3g E-BankG für die materielle Rechnungslegung der Banken von Bedeutung. Auf Letzteren wird hier nur am Rande Bezug genommen, da nicht absehbar ist, wie und ob die Aufsichtsbehörde die potentielle „carte blanche" im Konzernrechnungslegungsrecht nutzen wird. Beim RRG sind dagegen mit Blick auf die Rechnungslegung der Banken die Pflöcke vorerst eingeschlagen. Hier bahnt sich unweigerlich eine neue Koordinationsaufgabe an. Zu deren Bewältigung ist es allerdings unerlässlich, die Rahmenbedingungen des geltenden Rechnungslegungsrechts der Bank-Aktiengesellschaft herauszuarbeiten. Ohne das Wissen um die Tragweite und Wir-

---

883 BBl 2004, 3969 ff.

884 Beschluss des Bundesrats vom 25. März 2003.

885 Beschluss des Bundesrats vom 25. Februar 2004.

886 Vgl. hierzu *Expertenkommission Rechnungslegungsrecht*, Revision Rechnungslegungsrecht, 69; *Mengiardi*, ST 1999, 11.

887 Bemängelt wurde insbesondere, es sei nicht klar, was mit staatlicher Aufsicht und mit abschliessender Regelung gemeint sei. Auch die EBK äusserte solche Bedenken; sie hielt zudem fest, dass mit der Inkraftsetzung des RRG Art. 6 BankG revidiert werden müsse. Vgl. zum Ganzen *Bundesamt für Justiz*, Zusammenstellung der Vernehmlassungen, 201 ff.

kungsweise von Art. 6 BankG fehlt es auch für die Diskussion über die Rechnungslegung *de lege ferenda* am rechtsdogmatischen Fundament.

2. Meinungsstand zur Normrelation

Welches sind die Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Aktienrecht und Bankaufsichtsrecht, wenn das Bankengesetz für die Rechnungslegung auf das Aktienrecht verweist, gleichzeitig aber Vorbehalte statuiert? Wie in den übrigen Auffangrelationen zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht gab auch hier die Revision des Aktienrechts von 1991 den Anstoss für entsprechende Überlegungen. Im Unterschied zu den bisher behandelten Überschneidungsbereichen reagierte hier allerdings das Bankaufsichtsrecht mit einer Novellierung, um die aktienrechtliche Modernisierung nachzuvollziehen (a). Damit waren viele Einzelfragen der Koordination in die eine oder andere Richtung entschieden. Zum Verhältnis zwischen privatrechtlicher und aufsichtsrechtlicher Rechnungslegung *im Allgemeinen* äusserte sich im wesentlichen noch die Aufsichtsbehörde, die hierfür das Modell des aktienrechtlichen Mindeststandards verwendete (b).

a) Besonderheit: Novellierung des Aufsichtsrechts

Die Aktienrechtsrevision von 1991 führte zu einer umfassenden Neugestaltung der Rechnungslegung. Im Bankaufsichtsrecht bewirkte sie eine Gesetzesanpassung und einen beachtlichen Modernisierungsschub auf Verordnungs- und Richtlinienebene.

aa) Ausbau der aktienrechtlichen Rechnungslegung (1991)

Aus heutiger Sicht kann man das aktienrechtliche Bilanzrecht von 1936 mit Fug als rudimentär bezeichnen: Es bestand im wesentlichen aus den allgemeinen Buchführungspflichten gemäss Art. 957 ff. aOR und den speziellen aktienrechtlichen Bewertungsregeln gemäss Art. 664 ff. aOR[888]. Der Revisionsgesetzgeber von 1991 erkannte den Handlungsbedarf und nahm eine entsprechend umfassende Neugestaltung vor. Neben der Einführung einer neuen Begrifflichkeit – so wurde der „Geschäftsbericht" als Oberbegriff für

888 Geregelt wurde zudem die Berechnung des Reingewinns und Behandlung der stillen Reserven. Vgl. zum alten Recht *Bossard*, Zürcher Kommentar, N 299 Vorb. zu Art. 957 ff. OR.

die verschiedenen Teile der Rechnungslegung eingeführt[889] – kam es insbesondere zu einer *Verschärfung der Rechnungslegungsbestimmungen*. Heute gelten für die Aktiengesellschaften über die allgemeinen Grundsätze von Art. 957 ff. OR hinaus eigene und weitergehende Buchführungspflichten (Art. 662a OR). Weiter enthält das Gesetz ausdrückliche Mindestvorschriften für die Gliederung der einzelnen Teile der Jahresrechnung[890]. Zudem enthält das revidierte Aktienrecht die Definition des Konzerns und seine gesetzliche Normierung im Hinblick auf die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung (Art. 663e OR.). Zu den zentralen Revisionspunkten gehörte schliesslich die Sonderregelung für Publikumsgesellschaften bezüglich der Rechnungslegungspublizität und der Beteiligungspublizität[891].

bb) Bankengesetzliche Anknüpfung an die aktienrechtliche Neuordnung (1994)

Die aktienrechtliche Ausdifferenzierung des Rechnungslegungsrechts bewirkte, dass die bankengesetzliche Sonderordnung hinter die allgemeine Grundordnung zurückfiel. Als Reaktion darauf setzte die Aufsichtsbehörde im Frühjahr 1992 – also wenige Monate nach Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts – eine Expertenkommission unter dem Vorsitz von Prof. MAX BOEMLE ein, die einen Verordnungsentwurf mit neuen Gliederungsvorschriften betreffend den Einzel- und Konzernabschluss vorlegen sollte[892]. Gestützt auf einen ersten Zwischenbericht der Expertenkommission unterbreitete die Eidg. Bankenkommission und die Schweizerische Bankiervereinigung im April 1993 der Kommission des Ständerates für Wirtschaft und Abgaben unter anderem einen Vorschlag zur Revision von Art. 6 BankG[893]. Das Anliegen war, den neuen Rechnungslegungsartikel zusammen mit den

889 Art. 662 OR. Weitere terminologische Änderungen betreffen die „Erfolgsrechnung" (früher: Gewinn- und Verlustrechnung, Art. 662 aOR) und den „Jahresbericht" (früher: Geschäftsbericht, Art. 724 aOR).

890 Art. 663, 663a, 663b OR. Vgl. auch Art. 662a Abs. 1 OR.

891 Art. 697h, 663c OR. Art. 697h OR nennt als Pflichtige Aktiengesellschaften, die Anleihensobligationen ausstehend haben (Art. 697h Abs. 1 Ziff. 1) und solche, deren Aktien an der Börse kotiert sind (Art. 697h Abs. 1 Ziff. 2). Da die erste Konstellation alleine praktisch nicht vorkommt, wird hier vereinfachend von der „Publikumsgesellschaft" gesprochen.

892 EBK-Bull 26 (1995), 23 f.

893 Vgl. BBl 1994 I 85 ff. (Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, Zusatzbericht des Eidg. Finanzdepartements zuhanden der Kommission des Ständerates für Wirtschaft und Abgaben, Juli 1993).

Änderungen, die bereits im Rahmen des „Swisslex-Pakets“[894] vorgesehen waren, in die parlamentarischen Beratungen einzubringen; die Gunst der Revisionsstunde sollte genutzt und aus „Swisslex“ ein „Swisslex-Plus“ werden[895]. Im dazu veröffentlichten Bericht des eidg. Finanzdepartement wird dazu ausgeführt, Art. 6 BankG müsse auf das neue Aktienrecht abgestimmt werden und es müsse namentlich eine gesetzliche Grundlage für den bestehenden Vorordnungsentwurf geschaffen werden[896]. Faktisch präsentiert sich die Lage also wie folgt: Die Aufsichtsbehörde setzt eine Expertenkommission ein, diese erarbeitet einen Verordnungsentwurf und zuletzt wird eine Gesetzesrevision angestrebt, um die Verordnung mit der notwendige Gesetzesgrundlage zu unterlegen!

Auf der formellen Seite wurde allerdings der Stufenbau des Rechts gewahrt: Mit dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 wurde Art. 6 BankG revidiert[897]; das Bankengesetz übernahm den Begriff des „Geschäftsberichts“ und führte die Konzernrechnungslegungspflicht auf Gesetzesstufe ein[898]. Zudem ergriff der Gesetzgeber die Gelegenheit, um in Art. 6 Abs. 4 BankG die Voraussetzungen für die Erstellung von Zwischen*abschlüssen* (vormals: Zwischenbilanzen) an den Bundesrat zu delegieren. Am 12. Dezember 1994 verabschiedete der Bundesrat die neue Bankenverordnung[899]. Sie forderte unter anderem die im Aktienrecht von 1991 für Publikumsgesellschaften eingeführte Beteiligungspublizität von allen Banken (Art. 25c Abs. 1 Ziff. 3.10.2 BankV). Zudem führte sie die Mittelflussrechnung als neues Element der Jahresrechnung ein (Art. 23 Abs. 2 BankV), verbot die Bildung von stillen Reserven im Konzern (Art. 25d BankV) und ermächtigte die Aufsichtsbehörde zur Anerkennung internationaler Rechnungslegungsstandards (Art. 28 Abs. 2 BankV). Am 14. Dezember 1994 erliess die Bankenkommission ih-

---

894 Folgeprogramm zur Schaffung einer minimalen Kompatibilität mit der EU-Gesetzgebung nach der Ablehnung des EWR-Abkommens von 1992, BBl 1993 I 805 ff.

895 Vgl. hierzu *Hauri*, Die Swisslex-Revision des Bankengesetzes, 12 f.

896 BBl 1994 I 91. In diesem Sinne auch die parlamentarischen Beratungen, vgl. Sten. Bull. StR 1993, 770 (Oktober 1993).

897 AS 1995, 246 ff.

898 Der Konzern war bis anhin nur ein sektoriell erfasstes Phänomen der Bankenverordnung: Seit 1980 waren die Banken zur Erstellung konsolidierter Ausweise verpflichtet, die der Ermittlung der Eigenkapitalerfordernisse dienten, vgl. Art. 12 Abs. 2 aBankV, Bundesratsbeschluss vom 1. Dezember 1980 (AS 1980, 1814). Zudem verlangte die EBK von den Grossbanken neben der Konzernbilanz auch eine überprüfte Konzernerfolgsrechnung. Allerdings waren beide Ausweise nur für die Aufsichtsbehörde bestimmt. Vgl. hierzu *Lutz*, Komm. BankG (2002), N 20 zu Art. 6 BankG; *Boemle*, ST 1995, 985; *Rufer*, ST 1994, 429 f.

899 AS 1995, 153. Die Verordnung trat am 1. Februar 1995 in Kraft.

re neue Rechnungslegungsrichtlinie (EBK-RRV) mit insgesamt 259 Randnummern und 14 Tabellen[900].

b) EBK-Praxis: Aktienrecht als Mindeststandard

Da Gesetzgeber, Verordnungsgeber und Aufsichtsbehörde mit der breit abgestützten Neuregelung des Bank-Rechnungslegungsrechts viele dringliche Abstimmungsfragen mit dem Aktienrecht bereits entschieden hatten, kam es in der juristischen Fachliteratur kaum zu Diskussionen über das *allgemeine* Verhältnis zwischen den beiden Teilrechtsbereichen. Ein anderer Grund für die doktrinelle Zurückhaltung liegt wohl auch in der Materie selbst. So diagnostiziert MERKT „elementare Berührungsängste" der Juristinnen und Juristen gegenüber dem Rechnungslegungsrecht, das als „spröde und hochtechnische Spezialmaterie gilt, die man tunlichst den Betriebswirten und namentlich den Bilanzwissenschaftlern überlassen sollte"[901]. In der Schweiz jedenfalls hat sich im Anschluss an die Aktienrechtsrevision an erster Stelle die Aufsichtsbehörde und nicht die Doktrin mit der Verhältnisfrage im Rechnungslegungsrecht auseinandergesetzt.

aa) Grundzüge

Im einschlägigen EBK-RS 93/1 hält die EBK fest, dass die Verweisung in Art. 6 Abs. 2 BankG dynamisch zu verstehen sei und sich somit auf das *revidierte* Aktienrecht beziehe[902]. Mit Blick auf das *allgemeine* Verhältnis zwischen den beiden Teilrechtsordnungen äussert sie sich wie folgt:

> „Im Verhältnis zum Aktienrecht ist das Bankengesetz zwar grundsätzlich Spezialgesetz und geht somit vor, doch ergibt sich aus dem durch Art. 6 BankG stipulier-

---

900 Richtlinien der EBK zu den Rechnungslegungsvorschriften der Art. 23 bis 27 BankV vom 14. Dezember 1994. Die EBK-RRV wurde am 18.12.2002 revidiert (in Kraft: 31.12.2002).

901 *Merkt*, Unternehmenspublizität, 249. Der Autor verweist auf Seite 250, Fn. 98 unter anderem auf *Canaris*, Handelsrecht, 193, der zum Rechnungslegungsrecht folgendes ausführt: „Es handelt sich somit um eine ausgesprochene Spezialmaterie. Wegen dieser systematischen und teleologischen Sonderstellung werden die §§ 238 ff. HGB in diesem Lehrbuch – ebenso wie in anderen Handelsrechtslehrbüchern – nur in den Grundzügen behandelt."

902 EBK-RS 93/1 Rn. 3. Daran anschliessend HWP III, 23. Vorher schon *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 176. Nach der hier vertretenen Auffassung entspricht die dynamische Verweisung dem Regelfall der Verweisungsdogmatik, vgl. oben S. 108 (Begriff der Verweisung).

> ten Grundsatz der kumulativen Anwendung von Aktienrecht und Bankengesetz im Bereich der Rechnungslegung, dass das Aktienrecht für die Banken in diesem Bereich zum Mindeststandard wird. Das bedeutet im Grundsatz, dass in der Bankengesetzgebung nur von diesen Vorgaben abgewichen werden kann, wenn es die spezifischen Bedürfnisse der Rechnungslegung der Banken erfordern oder wenn gegenüber dem Aktienrecht strengere Vorschriften aufgestellt werden."[903]

bb) Kritik am Modell des Mindeststandards

Ungeachtet ihrer pragmatischen Vorteile verdient die von der Aufsichtsbehörde vorgenommene Interpretation von Art. 6 BankG Kritik[904]. So ist die Auffassung, dass der Bankengesetzgeber nur dann von den aktienrechtlichen Vorgaben abweichen könne, wenn bankspezifische Bedürfnisse dies erfordern, eine bloss rechtspolitische Forderung. Zwar *sollte* das Bankengesetz unstreitig nur dann von den aktienrechtlichen Vorgaben abweichen, wenn der Sonderzweck des Bankengesetzes dies gebietet. Wo aber der Bankengesetzgeber – bzw. der Bundesrat in Ausübung seiner Verordnungskompetenz – eine Regelung getroffen hat, ist der Sonderzweck normativ festgelegt. Aufsichtsbehörde und Gerichte sind dann *auf jeden Fall* zur Anwendung der spezialgesetzlichen Bestimmung verpflichtet.

Grundsätzliche Bedenken sind sodann bezüglich der Auffassung anzumelden, es gelte für die Banken jeweils die strengere aktienrechtliche oder bankaufsichtliche Rechnungslegungsbestimmung. Wie schon im Rahmen der allgemeinen Verhältnisfrage erläutert wurde, lässt sich hinsichtlich des Verhältnisses von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht die Vorrangregel der *lex severior* in dieser Pauschalität weder methodentechnisch noch sonst dogmatisch abstützen[905].

cc) Unvereinbarkeit mit der Neuregelung (RRG)

Die Problematik eines allgemeinrechtlichen Mindeststandards würde sich unter dem vorgeschlagenen Art. 2 Abs. 2 VE RRG zusätzlich akzentuieren.

---

903 EBK-Bull 26 (1995), 18 (Hervorhebung angefügt).

904 Kritisch auch *Lutz*, Komm. BankG (2001), N 12 zu Art. 6 BankG, wonach mit dem Modell des Mindeststandards eine erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen werde. Im Anschluss an die Aufsichtsbehörde dagegen *Portmann*, ST 1994, 948.

905 Vgl. oben S. 152 (Würdigung).

Im Gegensatz zum geltenden Aktienrecht nimmt das RRG nämlich seinen Regelungsanspruch gegenüber den Spezialgesetzen ausdrücklich zurück. Dabei stellt es nicht auf die inhaltliche Strenge der Regelung ab, sondern darauf, ob die spezialgesetzliche Regelung einen Bereich abschliessend regeln will[906]. Bei konsequenter Anwendung der aufsichtsrechtlichen Mindeststandard-Regel und der Koordinationsregel des RRG droht also die Gefahr der *Regelungslücke:* Die Aufsichtsbehörde will das Aufsichtsrecht nicht anwenden, wenn das RRG eine strengere Regelung trifft, während das RRG ungeachtet der Inhalte seinen Geltungsanspruch zurücknimmt, wenn das Bankengesetz eine abschliessende Regelung trifft.

c) Fazit

Im Bereich der Rechnungslegung wurde das Aufsichtsrecht auf Gesetzes-, Verordnungs- und Richtlinienebene dem Modernisierungsprogramm der Aktienrechtsrevision von 1991 angepasst. Im Zusammenhang mit diesem aufsichtsrechtlichen „Nachvollzug" der Aktienrechtsrevision wurde von der Aufsichtsbehörde das Kriterium des aktienrechtlichen Mindeststandards entwickelt. Danach bildet das Aktienrecht für das Bankaufsichtsrecht eine Leitplanke, die zwar jederzeit über-, aber keinesfalls unterschritten werden darf. Diese Koordinationsregel der *lex severior* ist allerdings mit dem bankengesetzlichen Vorrangprinzip und der normativen Geltung seiner Bestimmungen weder unter dem geltenden Recht noch mit Blick auf das RRG begründbar. Umso dringlicher stellt sich die Frage, wie man die Koordination anders begründen kann.

3. Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialität

Statt mit der Pauschallösung eines aktienrechtlichen Mindeststandards lässt sich die Koordination des bankrelevanten Rechnungslegungsrechts plausibler mit der differenzierten Spezialität des Bankaufsichtsrechts begründen.

---

906 VE RRG Art. 2 Abs. 2: „Dieses Gesetz gilt nicht für Organisationen, die aufgrund ihres Tätigkeitsbereichs einer staatlichen Aufsicht unterliegen, soweit für sie eigene, abschliessende Regeln bestehen."

a) Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage (absolute formelle Spezialität)

Gemäss dem Untersuchungsergebnis zum allgemeinen Verhältnis zwischen Bankengesetz und Aktienrecht beanspruchen die bankengesetzlichen Bestimmungen gegenüber ihren aktienrechtlichen Konkurrenznormen einen exklusiven Geltungsvorrang; bei einer Normenkonkurrenz bildet mithin das Bankengesetz die ausschliessliche Rechtsgrundlage für das Organisationsrecht der Bank-Aktiengesellschaft[907]. Diese Feststellung lässt sich auch auf das kombinierte Regelungsregime des bankrelevanten Rechnungslegungsrechts übertragen.

aa) Regelungsanspruch auch im Verweisungsbereich

Unmittelbar deutlich wird die formelle Vorrangwirkung des Bankengesetzes dort, wo Art. 6 BankG einen Sachbereich selbst regelt, bzw. dem Verordnungsgeber für eine bankrechtsspezifische Regelung überträgt: mithin bei den oben erwähnten Sonderrechtsbereichen (u.a. Konzernrechnung, Gliederungsvorschriften, Publizität). Ohne Besonderheit gegenüber den bisher behandelten Materien funktionieren zudem die Bereiche, die von der Verweisungsnorm in Art. 6 Abs. 2 BankG erfasst werden. Die Verweisung ist – wie die allgemeine Koordinationsdogmatik gezeigt hat[908] – ein Instrument der Gesetzgebungstechnik, das nicht den Verzicht auf einen eigenständigen Regelungsanspruch bedeutet, sondern mit dem der Gesetzgeber nur vermeidet, das später erlassene Gesetzes nochmals mit Normen zu befrachten, die schon andernorts ausformuliert sind. Trotz der Verweisung behält das Bankengesetz also im Rechnungslegungsrecht der Banken seinen eigenständigen Regelungsanspruch (formelle Spezialität). Dass es gleichzeitig die grundsätzliche Regelungsadäquanz des aktienrechtlichen Rechnungslegungsrechts anerkennt, ist eine Frage der *materiellen* Normrelation, nicht des formellen Regelungsanspruchs. Formell werden die aktienrechtlichen Referenznormen kraft Verweisung in die bankengesetzliche Ordnung übernommen und erhalten den Charakter von subsidiärem Aufsichtsrecht. In dieser Eigenschaft wird das aktienrechtliche Rechnungslegungsrecht für die Banken *aller* Rechtsformen zum massgeblichen aufsichtsrechtlichen Massstab.

Als wichtige Konsequenz der exklusiven formellen Regelungshoheit des Bankengesetzes sind Bank-Aktiengesellschaften nicht zwei Rechnungs-

---

907 Siehe oben S. 169 (Vorrang als Auslegungsergebnis); S. 181 (Fazit zur formellen bankengesetzlichen Spezialität).

908 Ausführlich zur Verweisung oben S. 108 (Verweisung).

legungsregimes gleichzeitig verpflichtet – einem privatrechtlichen in Gestalt des aktienrechtlichen Teils des Obligationenrechts und einem öffentlich-rechtlichen in Gestalt des Bankenaufsichtsrechts. Vielmehr gilt für alle Banken *ausschliesslich die bankengesetzliche Rahmenordnung*. Artikel 6 Abs. 2 BankG ist insofern eine Zentralnorm, mit der das Aufsichtsrecht die Bestandteile des Rechnungslegungsregimes zusammenzieht – einerseits durch Einbeziehung kraft Verweisung, andererseits durch Betonung des bankengesetzlichen Vorbehalts der Sonderregelung.

bb) Umfassender Regelungsanspruch?

Das Bankengesetz verdrängt das Aktienrecht als Organisationsordnung allerdings nur dort vollständig, wo es für den fraglichen Bereich einen umfassenden und nicht nur einen punktuellen Regelungsanspruch erhebt. Daher ist für jeden Sachbereich zu prüfen, inwieweit Art. 6 BankG für das Rechnungslegungsrecht der Banken abschliessende Geltung beansprucht.

Mit Blick auf den Sonderrechtsbereich ergibt sich der abschliessende Regelungsanspruch von Art. 6 BankG sowohl aus dem Regelungsgegenstand als auch der Regelungsweise der einzelnen Teilbestimmungen. Diese haben eine Einzelfrage zum Gegenstand: Wer muss eine Konzernrechnung, wer einen Zwischenabschluss erstellen, wer muss Jahresrechnungen, Konzernrechnungen und Zwischenabschlüsse publizieren, wer ist zuständig für den Erlass von Gliederungsvorschriften. Ist der Regelungsgegenstand in dieser Weise auf Details konkretisiert, ohne dass noch unbestimmte, generell regelungsbedürftige Bereiche offen blieben, so ist für die getroffenen Regelungen ein abschliessender Geltungsanspruch anzunehmen. Die Absicht der abschliessenden Regelung zeigt sich zudem in der Art und Weise, wie der Bankengesetzgeber diese Details behandelt: soweit überhaupt Ausdifferenzierungen nötig sind, werden diese jeweils dem Verordnungsgeber übertragen[909]. Dadurch entsteht ein dichtes Regulierungsnetz, das im bankengesetzlichen Sonderrechtsbereich die aktienrechtliche Grundordnung vollständig verdrängt.

Ein abschliessender Regelungsanspruch besteht aber auch für den Verweisungsbereich. Das ergibt sich ohne weiteres aus der *Funktionsweise der*

909 Eine Ausnahme besteht insoweit hinsichtlich der Sonderregelung für Privatbankiers (Art. 6 Abs. 6 BankG), die nach dem Gesetz keine Zwischenabschlüsse erstellen müssen (Art. 6 Abs. 3 BankG) und die von der Publizitätsordnung ausgenommen sind (Art. 6 Abs. 4 BankG). Hier ergibt sich der abschliessende Charakter der Regelung bereits aus dem Umstand, dass der Regelungsgegenstand keiner weiteren Ausdifferenzierung bedarf.

Verweisung. Mit ihr übernimmt das Bankengesetz die aktienrechtlichen Rechnungslegungsbestimmungen – und zukünftig die Rechnungslegungsbestimmungen des RRG – als subsidiäres Aufsichtsrecht in seine eigene Ordnung. Damit enthält das Bankengesetz die gleich umfassende Ordnung wie das allgemeine aktienrechtliche Rechnungslegungsrecht. Wo aber beide Teilrechtsordnungen eine gleich umfassende Regelung treffen, ist von einem abschliessenden Geltungsanspruch des Bankengesetzes auszugehen. Ob das Bankengesetz diesen Geltungsanspruch in der Weise ausgestaltet, dass im Ergebnis die Normen des allgemeinen Rechnungslegungsrechts auch inhaltlich für alle Banken massgeblich sind, spielt für die Frage des abschliessenden *formellen* Regelungsanspruchs des Bankengesetzes keine Rolle.

cc) Zukünftige Neuregelung (RRG)

Würde sich an der exklusiven formellen Zuständigkeit des Bankorganisationsrechts für die Rechnungslegung etwas ändern, wenn der Gesetzgeber den aktuellen Vorentwurf zum Gesetz machte? Gemäss Art. 2 Abs. 2 VE RRG sind staatlich beaufsichtigte Organisationen vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen, sofern für sie eine abschliessende Regelung besteht. Damit wiederholt der Vorentwurf, was im Falle einer Normenkonkurrenz von Bankengesetz und Aktienrecht schon heute gilt. Das Rechnungslegungsrecht der Banken bleibt weiterhin massgeblich durch die koordinationsrechtliche Regelung in Art. 6 BankG bestimmt. Im Hinblick auf die formelle Normrelation zwischen bankengesetzlichem und allgemeinem Rechnungslegungsrecht bleibt es folglich auch beim exklusiven formellen Geltungsanspruch des Bankengesetzes. Mit anderen Worten: Die gesetzliche Grundlage für das Rechnungslegungsrecht der Banken bildet auch zukünftig Art. 6 BankG, nicht hingegen das RRG.

dd) Fazit

Sowohl im Sonderrechtsbereich als auch im Verweisungsbereich, sowohl nach geltendem Recht als auch nach der geplanten Neuregelung, bleibt die Rechnungslegung der Banken eine Materie, die ihre formelle Rechtsgrundlage ausschliesslich in Art. 6 BankG findet.

b) Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts (relativierte materielle Spezialität)

Mit der formellen Regelungskompetenz ist erst die aufsichtsrechtliche Etikette an das Gefäss angebracht, innerhalb dessen die Fragen rund um die Rechnungslegung gelöst werden. Mit welchen Inhalten dieses Gefäss *in concreto* gefüllt wird – also die Frage der materiellen Normrelation – ist noch offen. Zentral im Bereich der Rechnungslegung ist die Figur der Verweisung (aa). Sie begründet die Vermutung der Regelungsadäquanz der aktienrechtlichen Referenzordnung (bb), die nur dann widerlegt ist, wenn deren Normen dem bankengesetzlichen Systemgedanken widersprechen (cc). Diese Ordnung wird auch im neuen RRG beibehalten (dd).

aa) Inhaltliche Verkoppelung *qua* Verweisung

Mit dem Instrument der Verweisung nimmt Art. 6 Abs. 2 BankG eine explizite normative Verkoppelung mit dem Aktienrecht vor. Wie bei den anderen Instrumenten der materiellen koordinativen Normarchitektur[910] kommt es dadurch zu einem Wechselspiel zwischen der Adäquanzvermutung des allgemeinen aktienrechtlichen Rechnungslegungsrechts, ergänzt um eine Widerlegungsmöglichkeit durch die besondere Teilrechtsordnung des Bankenaufsichtsrechts.

bb) Vermutung der bilanziellen Regelungsadäquanz des Aktienrechts

Selbst für eine so technische und von Sonderregelungen durchzogene Materie wie die bankenrechtliche Rechnungslegung gilt kraft der Verweisung in Art. 6 Abs. 2 BankG eine Vermutung für die Regelungsadäquanz aktienrechtlicher Referenznormen. Indem das Bankengesetz (Verweisungsordnung) die Normen des Aktienrechts (Referenzordnung) für anwendbar erklärt, werden diese zwar formell eigenständig in das bankengesetzliche Normierungssystem inkorporiert. Gleichzeitig qualifiziert sie der Gesetzgeber aber trotz aller Eigenständigkeit als eine materiell im Grundsatz adäquate Problemlösung. So werden die aktienrechtlichen Regeln über die Erstellung des Geschäftsberichts als subsidiäres Aufsichtsrecht in das Bankengesetz übernommen und bilden für alle Banken *prima facie* auch inhaltlich den aufsichtsrechtlichen Massstab.

---

910 Zu den verschiedenen Erscheinungsformen der koordinativen Normarchitektur siehe oben S. 102 (Koordination durch materielle Normrelation).

cc) Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität

Nach der allgemeinen Verweisungsdogmatik behält das Bankrecht als Verweisungsordnung gegenüber dem allgemeinen Aktienrecht als Referenzordnung die Wertungshoheit: die inkorporierten Rechtsvorschriften gelten nicht als Aktienrecht, sondern als Bankaufsichtsrecht. Ob die Rechnungslegungsvorschriften genau so, wie sie im Aktienrecht geregelt sind, auch im Rechnungslegungsrecht der Banken Anwendung finden, hängt von den Besonderheiten des Bankrechts ab – hier wie sonst gilt der koordinationsdogmatische Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität. Um mit dem bankaufsichtsrechtlichen System kompatibel zu sein, müssen die Rechnungslegungsnormen des Aktienrechts im Wesentlichen zwei Bedingungen genügen. Sie müssen die intensivierte bankengesetzliche Schutzpflicht gegenüber den Gläubigern erfüllen und den operativen Besonderheiten des Bankgeschäfts Rechnung tragen. Wo das nicht der Fall ist, dürfen sie im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 BankG entweder gar nicht oder nur in modifizierter Form angewendet werden. Dieser inhaltliche Vorbehalt richtet sich nach den Wirkungen der Einzelregelung und muss darum für jede Rechnungslegungsvorschrift, die aus dem Aktienrecht in das Bankrecht übernommen wird, gesondert beachtet werden.

dd) Zukünftige Neuregelung (RRG)

Nach dem Vorentwurf für das neue Rechnungslegungsrecht sind alle bisherigen Verweisungen auf obligationenrechtlichen Bestimmungen, die nunmehr in den Regelungsbereich des RRG fallen, dynamisch zu verstehen, zeigen also automatisch auf die spezialgesetzliche Neuregelung (Art. 2 Abs. 2 VE RRG). Für das Rechnungslegungsrecht der Banken wird im Verweisungsbereich damit das RGG zur neuen Referenzordnung, ohne dass sich an der bankengesetzlichen Verweisungssystematik selbst etwas ändern würde. Damit bleibt es auch unter dem neuen Regime beim Wechselspiel zwischen der Geltungsvermutung zugunsten der bankexternen Teilrechtsordnung und dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität. Die Rechnungslegungsnormen des RRG finden im Bankrecht nur soweit Anwendung, wie dies mit dem intensivierten Gläubigerschutz und den operativen Besonderheiten bei Banken vereinbar ist.

c) Fazit

Die Analyse der Rechnungslegung nach dem Modell der differenzierten Spezialität führt dazu, dass vereinfachende Pauschalisierungen wie die Rede vom aktienrechtlichen „Mindeststandard" oder die Anwendbarkeit der *„lex severior"* als Koordinationsregel ausscheiden. Vielmehr ist festzuhalten, dass aufgrund der Kombination von Verweisung und explizitem Vorbehalt das Bankengesetz die ausschliessliche Rechtsgrundlage für die Rechnungslegung der Banken bildet. Dieser Anspruch geniesst aufgrund des bankengesetzlichen Spezialitätsprinzips den Vorrang vor dem konkurrierenden Normgeltungsanspruch des Aktienrechts. Das Aktienrecht wird als formelle Rechtsgrundlage in diesem Bereich vollständig verdrängt. Nichts anderes gilt mit Blick auf den aktuellen Entwurf eines allgemeinen Rechnungslegungsgesetzes (RRG).

Auf der materiellen Normebene dagegen kommt dem Aktienrecht eine massgebliche Bedeutung zu. Den wichtigsten Anteil an der materiellrechtlichen Bedeutung des Aktienrechts für die bankrelevanten Rechnungslegung haben diejenigen Normen, die von der Verweisung in Art. 6 Abs. 2 BankG erfasst werden. Zu ihren Gunsten spricht aufgrund der Verweisung die Vermutung der Regelungsadäquanz. Wo für Banken die aktienrechtlichen Referenznormen nicht oder nur modifiziert gelten sollen, muss dies der Sonderzweck des Bankengesetzes zwingend gebieten (Vorbehalt der Systemkompatibilität). Ansonsten gelten die aktienrechtlichen Normen sinngemäss als subsidiäres Bankenaufsichtsrecht.

4. Einzelfragen der Koordination im Bereich der Rechnungslegung

Mit der Unterscheidung zwischen bankengesetzlichem Autonomiebereich und aktienrechtlich determinierten Verweisungsbereich ist der rechtsdogmatische Rahmen für Einzelfragen des Rechnungslegungsrechts der Bank-Aktiengesellschaft vorbereitet. Interessant ist dabei vor allem der Verweisungsbereich. Inwieweit das Aktienrecht die Rechnungslegung der Bank-Aktiengesellschaft prägt, und inwieweit diesem Einfluss aufgrund des bankengesetzlichen Sonderzwecks Einhalt geboten wird, lässt sich nur exemplarisch für einzelne neuralgische Sachfragen zeigen, wie sie im Folgenden zur genaueren Illustration der koordinationsdogmatischen Lösung behandelt werden[911]. Anhand der Beispiele lässt sich zeigen, dass mit der Verweisung

911 Für eine tabellarische Gegenüberstellung des aktienrechtlichen und bankengesetzlichen Rechnungslegungsrechts vgl. *Portmann*, ST 1994, 950.

in Art. 6 Abs. 2 BankG einerseits ein flexibles Instrument der Verhältnisbestimmung besteht, dass aber andererseits die Verweisung den bankengesetzlichen Sonderregelungen auch Schranken setzt.

a) Internationale Rechnungslegung

Im Zuge der Globalisierung der Kapitalmärkte wird auch die Rechnungslegung zunehmend von internationalen Standards geprägt. Dies hat den Verordnungsgeber im Jahre 1997 zu einer Öffnung der Rechnungslegungsvorschriften veranlasst. Art. 28 Abs. 2 BankV ermächtigt die Eidg. Bankenkommission, eine von den bankengesetzlichen Vorgaben abweichende Rechnungslegung zuzulassen, wenn sie nach internationalen Standards erfolgt, die eine mindestens gleichwertige Information des Publikums gewährleisten.

aa) Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts

Die Rechnungslegungsrichtlinie der Bankenkommission lässt aktuell für Konzernabschlüsse und Einzelabschlüsse nach dem True and Fair View Prinzip zwei Selbstregulierungswerke zu: die International Financial Reporting Standards (IFRS)[912] und die Generally Accepted Accounting Principles (US-GAAP)[913]. Sie gelten als den schweizerischen Rechnungslegungsvorschriften gleichwertig. Europäisch beherrschte Institute können zudem die Jahresrechnung nach den Vorschriften ihres Herkunftslandes erstellen. In jedem Fall sind wesentliche Abweichungen zu den Bestimmungen der Ban-

---

912 Die Gesamtheit der vom International Accounting Standard Board (IASB) herausgegebenen Normen – also die IAS, SIC, IFRS, IFRIC – werden seit dem 1. April 2001 als IFRS (International Financial Reporting Standards) bezeichnet. Die einzelnen IAS-Standards wurden nicht unbenannt. Zur IAS vgl. etwa *Bardenz/Lippe*, WM 1996, 1657 ff.; *Böckli*, Einführung in die IAS, durchgehend (mit Beschreibung des institutionellen Hintergrunds).; *Baetge/Dörner/Kleekämper/ Wollmert/Kirsch*, Rechnungslegung nach International Accounting Standards, durchgehend.

913 Für den Begriff der GAAP besteht keine einheitliche Begriffsdefinition. Generell wird darunter ein Regelsystem verstanden, das von der amerikanischen Börsenaufsicht (SEC) akzeptiert wird. Die derzeit wichtigste Institution für die Entwicklung von „Generally Accepted Accounting Principles" ist das Financial Accounting Standards Board (FASB). Die Vorschriften des FASB umfassend die „Statements of Accounting Concepts" (SFAC), die „Statements of Financial Accounting Standards" (SFAS), und die „Interpretations". Zum US-GAAP siehe etwa *Buchholz*, Internationale Rechnungslegung, 4 ff.; *Pellens*, Internationale Rechnungslegung, 116 ff.; *Schildbach*, US-GAAP, durchgehend.

kenverordnung und der Rechnungslegungsrichtlinie im Anhang zu erläutern[914].

Mit dem aktuellen Regime haben Verordnungsgeber und Aufsichtsbehörde einerseits die Europakompatibilität des schweizerischen Rechnungslegungsrechts sichergestellt, denn innerhalb der EU sind die Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Anerkennung der Rechnungslegungsstandards verpflichtet[915]. Allerdings ist für die europäische Rechnungslegungspraxis eindeutig ein Trend zur IFRS festzustellen. Die europäische „IAS-Verordnung" sieht vor, dass alle börsennotierten Unternehmen der EU ihre konsolidierten Abschlüsse ab 2005 nach den übernommenen IFRS aufstellen müssen. Ausserdem haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Anwendung der IFRS für Einzelabschlüsse von börsennotierten und nicht börsennotierten Unternehmen zu gestatten oder vorzuschreiben[916]. Darüber hinaus soll die „Modernisierungs-Richtlinie" die Inkompatibilitäten zwischen den bestehenden Rechnungslegungs-Richtlinien der EU und den IFRS ausräumen[917].

Verordnung und Rechnungslegungsrichtlinie erleichtern mit der Anerkennung der Selbstregulierungswerke generell die nationalen und internationalen Finanzierungsmöglichkeiten für die Banken. Aktuell verlangt das Kotierungsreglement der SWX (KR) zwar grundsätzlich die Rechnungslegung nach den Empfehlungen der Fachkommission für Rechnungslegung (FER)[918], es sieht aber gleichzeitig die Anerkennung ausländischer Rechnungslegungsvorschriften und internationaler Standards vor (Art. 70 KR). Ab dem Geschäftsjahr 2005 werden für die im Hauptsegment kotierten Ge-

---

914 RRV-EBK Rn. 1c.

915 Vgl. hierzu *Bertschinger*, ST 1999, 21.

916 Vgl. Art. 4, 5 der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards (ABl L 243/1). Art. 6 der Verordnung sieht als Voraussetzung der Geltung einen sogenannten „Endorsement Process" vor. Zu den damit verbundenen Veränderungen für die grossen Börsen Europas vgl. *Ilg/Hasler*, ST 2001, 339 ff.

917 Vgl. Erörterungen zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG, 83/349/EWG und 91/674/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen sowie Versicherungsunternehmen, KOM(2002) 259/2 endg.

918 Vgl. *Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung*, Swiss GAAP FER: Fachempfehlungen zur Rechnungslegung (2003), Zürich 2003. Die Schweizerische Fachkommission für Empfehlungen zur Rechnungslegung (FER) ist seit 1984 tätig. Sie besteht aus Fachleuten verschiedenster Herkunft. Zur FER vgl. *Boemle*, Jahresabschluss, 76 ff.

sellschaften nur noch die IAS/IFRS und US GAAP zugelassen[919]. Die Ausnahmeregelung für Banken (Art. 68 KR) und für im Ausland kotierte Unternehmen (Art. 70 Abs. 2 KR) bleibt aber bestehen. Im Land der wichtigsten Kapitalmärkte, der USA, verlangen die SEC und die US-amerikanischen Börsen für die Zulassung von Aktien zum Handel, dass die Jahresabschlüsse den lokalen (US-amerikanischen) Voraussetzungen entsprechen. Massgeblich sind dort zur Zeit noch die US GAAP[920].

Insgesamt lässt sich sagen, dass auf den modernen Kapitalmärkten die Anlegerinnen und Anleger Informationen über die Emittenten erwarten, die nach einheitlichen Standards aufbereitet sind. Angesichts der Sachlage erstaunt es nicht, dass der Schritt des Verordnungsgebers und der Aufsichtsbehörde in der Praxis positiv aufgenommen wurde[921].

bb) Zulässigkeit der Sonderregelung?

Trotz der positiven Aufnahme des Modernisierungsschubs im Rechnungslegungsrecht bleibt die Frage, wie sich die ausländischen und die internationalen Rechnungslegungsstandards in das System von Art. 6 BankG einfügen. Wie oben dargelegt, bildet das Bankengesetz die ausschliessliche formelle Rechtsgrundlage für das Rechnungslegungsrecht der Banken[922]. Wie alles öffentliche Recht erhebt es auf dem Gebiet der Schweiz einen umfassenden Geltungsanspruch (Territorialitätsprinzip). Soll dieser Geltungsanspruch durch ausländische Rechnungslegungsgesetze ersetzt werden, so bedarf es hierfür eines Staatsvertrages[923]. Soll dagegen der Geltungsanspruch durch private Regelwerke ersetzt werden, so bedarf es für diese Rechtssetzungsdelegation einer formellgesetzlichen Grundlage[924].

Was die Rechnungslegungsbestimmungen der EWR-Länder angeht, so sind diese von keinem Staatsvertrag erfasst. Aber auch bezüglich der privaten Rechnungslegungsstandards ist keine formellgesetzliche Delegationsnorm ersichtlich. Namentlich kann eine solche Delegation nicht in der Verordnungsermächtigung von Art. 6 Abs. 5 BankG gesehen werden. Diese

---

919 Mitteilung der Zulassungstelle Nr. 2/2002 vom 10. Februar 2003. Vgl. dazu *Hinze*, ST 2003, 253 ff.; *Burger/Vial*, ST 2003, 501 ff.

920 Vgl. *Merkt*, Unternehmenspublizität, 124 f., der aber gleichzeitig darauf hinweist, dass die IAS (heute: IFSR) auf dem Vormarsch sind.

921 Vgl. etwa *Stöckli*, ST 1997, 920.

922 Vgl. oben S. 270 (Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage).

923 Vgl. BGE 95 II 109 (114); *Häfelin/Müller*, Verwaltungsrecht, Rn. 357.

924 Vgl. Art. 164 Abs. 2 BV; *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1890. Vgl. BGE 123 I 112 (127 ff.) mit zahlreichen Hinweisen zum aktuellen Diskussionsstand in der Doktrin. Ausführlich oben S. 68 (Legalitätsprinzip).

betrifft lediglich die Gliederungsvorschriften. Aus einer solchen Teilkompetenz kann keinesfalls gefolgert werden, dass der Gesetzgeber dem Bundesrat die Möglichkeit eröffnen wollte, auf dem Verordnungsweg das gesetzlich vorgesehene Rechnungslegungsregime insgesamt auszuhebeln. Wo es bereits an der Kompetenz des Verordnungsgebers fehlt, kann diese auch nicht – wie es Art. 28 Abs. 2 BankV vorsieht – an die Aufsichtsbehörde weiterdelegiert werden.

Auch die Verweisungsdogmatik bietet hier keine Hilfe. Die der Aufsichtsbehörde zustehenden gestalterischen Möglichkeiten vermögen den fehlenden Grundentscheid des Aktiengesetzgebers nicht zu ersetzen. Sie erlauben eine Korrektur im Einzelfall, nicht aber die vollständige Verdrängung der aktienrechtlichen Referenzordnung. Die fehlende Verordnungskompetenz kann mit anderen Worten nicht über die Verweisungswirkung „kompensiert" werden.

cc) Zukünftige Neuregelung

Auf Konzernebene könnte der neue Art. 3g E-BankG das Problem der fehlenden gesetzlichen Grundlage für die Anwendung ausländischer und internationaler Rechnungslegungsstandards entschärfen. Beim Einzelabschluss präsentiert sich die Lage anders: Der Vorentwurf für ein neues Rechnungslegungsrecht enthält keinen Hinweis auf die Rechnungslegungsordnungen der EWR-Staaten. Diesbezüglich bleibt es also beim Problem der fehlenden gesetzlichen Grundlage für eine Anerkennung[925], wobei der erwähnte Vormarsch der ISFR in der EU das Problem in Teilbereichen entschärft. Hingegen sieht der Vorentwurf in Art. 36 die Anwendung allgemein anerkannter Rechnungslegungsstandards ausdrücklich vor und erwähnt namentlich die FER, die IAS (heute: ISFR) sowie die US-GAAP[926]. Für die grossen Organisationen[927] sind diese Standards verbindlich, kleine Organisationen dürfen sie wahlweise anwenden.

---

925 Zwar enthalten die *Erläuterungen* zum Vorentwurf den Passus, wonach „zahlreiche nationale Regelwerke im Rahmen der EU können ebenfalls akzeptiert werden, soweit die Jahresrechnung im Anwendungsfall auch eine Geldflussrechnung umfasst." Vgl. *Expertenkommission Rechnungslegungsrecht*, Begleitbericht, 136. Die Erläuterungen vermögen aber den fehlenden Staatsvertrag als Rechtsgrundlage nicht zu ersetzen.

926 Vgl. hierzu *Koller*, ST 1999, 427 ff.

927 Für die Voraussetzungen vgl. Art. 35 VE RRG: „Eine Organisation gilt als gross, wenn an zwei aufeinanderfolgenden Bilanzjahren zwei der nachfolgenden Grössen erreicht wurden: (a) Bilanzsumme von 20 Millionen Franken, (b) Umsatzerlöse von 40 Millionen Franken, (c) Arbeitnehmer für 250 Vollzeitstellen im

Mit wenigen Ausnahmen fallen alle Bankinstitute unter die „grossen Organisationen" im Sinne des RRG[928]. Tritt Art. 36 VE RRG in Kraft, so wird für sie aufgrund der Verweisung in Art. 6 Abs. 2 BankG[929] die Rechnungslegung nach einem anerkannten Standard für die Banken nicht nur möglich, sondern *zwingend*, und dies nicht nur für den Konzern-, sondern auch für den *statutarischen Einzelabschluss*. Zwar könnte die EBK in der Rechnungsrichtlinie abweichende Bewertungsvorschriften aufstellen, wenn der Sonderzweck des Bankengesetzes dies gebietet. Das ergibt sich aus der regulären Funktionsweise der Verweisung (Verweisungsdogmatik). Auch könnte der Verordnungsgeber gestützt auf Art. 6 Abs. 5 BankG immer noch abweichende Gliederungsvorschriften aufstellen. Angesichts der bisherigen Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts auf dem Gebiet der Internationalität der Rechnungslegung sind allerdings von den Standards abweichende Sonderregelungen höchstens für wenige Einzelfragen zu erwarten.

Für die wenigen Banken, die unter die kleinen Organisationen gemäss RRG fallen, ist zu unterscheiden: Wählen sie die Anwendung eines anerkannten Standards, kommt das Regime der grossen Organisationen zum Zug. Entscheiden sie sich für die Rechungslegung nach RRG, so kommt es – wie unter dem heutigen Regime – zum Wechselspiel zwischen allgemeinem Rechnungslegungsrecht und bankautonomen Sondervorschriften.

Insgesamt kommt es also zur Annäherung zwischen allgemeinem und bankspezifischem Rechnungslegungsregime. Eine Anpassung des Bankaufsichtsrechts, namentlich des Art. 28 Abs. 2 BankV und der RRV-EBK, wird sich angesichts der Weichenstellung im RRG allerdings nicht vermeiden lassen. Nicht berührt von den Selbstregulierungswerken sind dagegen die bankspezifischen Publizitätsbestimmungen. Die Pflicht zur Veröffentlichung des Jahresabschlusses und die Ausnahme für die Privatbankiers richten sich nach wie vor nach dem Bankengesetz (Art. 6 Abs. 4, 6 BankG).

Durchschnitt des Geschäftsjahres." Vgl. hierzu den heutigen Art. 727a Ziff. 3 OR sowie Art. 663e Abs. 2 OR.

928 Im Jahr 2002 wiesen gerade vier Banken eine Bilanzsumme von weniger als 20 Millionen Franken aus. Einen „Umsatzerlös" von 40 Millionen Franken erreichten wohl alle, wobei diese Zahlen von der Bankenstatistik nicht erfasst werden. Vgl. hierzu *Schweizerische Nationalbank*, Die Banken in der Schweiz (2002), Tabelle B1 ff.

929 Die Verweisung auf das Aktienrecht gilt fortan als Verweisung auf das RRG, vgl. Art. 2 Abs. 2 VE RRG: „[W]ird auf Bestimmungen des Obligationenrechts verwiesen, welche den sachlichen Regelungsbereich dieses Gesetzes betreffen, so gilt dieses Gesetz."

dd) Fazit

Das Rechnungslegungsrecht der Banken hat schon früh eine Internationalisierung und Modernisierung in Angriff genommen. Allerdings erfolgte diese Entwicklung um den Preis der *Verletzung des Legalitätsprinzips*. Die Rechnungslegungsbestimmung in Art. 6 BankG sieht einzig die Geltung schweizerischen Bilanzrechts vor; sie enthält nichts, woraus die Kompetenz des Verordnungsgebers zur Anerkennung anderer Rechnungslegungssysteme abgeleitet werden könnte, seien diese nun staatlich ausgebildet oder privat gesetzt. Allerdings ist Abhilfe in Sicht. Art. 3g E-BankG entschärft das Problem auf der Konzernebene, da der Aufsichtsbehörde fortan für die Rechnungslegung einer Regelungskompetenz eingeräumt wird. Sodann „profitiert" das Bankengesetz von der vorgesehenen Delegationsnorm in Art. 36 VE RRG und erhält für die Zukunft die notwendige gesetzliche Grundlage für die Anerkennung privater Rechnungslegungsstandards. Fraglich ist dann allerdings, inwieweit die Bankenverordnung und die Aufsichtspraxis im Einzelfall von dem im RRG vorgesehenen Anwendung solcher Standards abweichen können. Unter dem Modell der differenzierten bankengesetzlichen Spezialität verbleibt dem Aufsichtsrecht jedenfalls formell die Autonomie in den Sonderrechtsbereichen, im Falle der Aktivierung des Vorbehalts der Systemkompatibilität zudem im Verweisungsbereich.

b) Elemente der Jahresrechnung (Mittelflussrechnung)

Unter dem Einfluss der anglo-amerikanischen Rechnungslegungspraxis setzt sich auch in Europa zunehmend die Erkenntnis durch, dass zu einer Jahresrechnung nicht nur Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang, sondern auch die Mittelflussrechnung gehört[930]. Der Verordnungsgeber hat dieser Entwicklung Rechnung getragen und 1994 für Banken ab einer bestimmten Grösse die Pflicht zur Erstellung einer Mittelflussrechnung eingeführt. Wie schon bei den internationalen Rechnungslegungsstandards stellt sich allerdings auch hier die Frage nach der gesetzlichen Grundlage für ein solches Modernisierungsvorhaben.

930 In den USA wurde die Mittelflussrechnung (Cash Flow Statements) schon 1971 durch den Financial Accounting Standards Board (FASB) eingeführt, vgl. *Expertenkommission Rechnungslegungsrecht*, Revision Rechnungslegungsrecht, 115. Für die Schweiz vgl. Art. 64 KR SWX sowie Swiss GAAP FER 1/1 und 1/2. Siehe zudem IAS-7 (2001) und dazu *Böckli*, Einführung in die IAS, 60 ff.; für die US-GAAP vgl. SFAS-95 (2002): Statement of Cash Flows.

aa) Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts

Knapp gesagt zeigt die Mittelflussrechnung (auch: Geldflussrechnung, Kapitalflussrechnung, Cash Flow Statement) Herkunft und Verwendung der flüssigen Mittel innerhalb einer bestimmten Rechnungsperiode[931]. Während also die Bilanz die am Bilanzstichtag vorhandenen Vermögensbestände erfasst und die Erfolgsrechnung sämtliche erfolgswirksamen Vorgänge einer Rechnungsperiode reflektiert, gibt die Mittelflussrechnung Auskunft über die *finanziellen Bewegungen* in diesem Zeitraum. Sie eröffnet damit eine andere Sicht auf die Finanzlage einer Gesellschaft als die Bilanz und die Erfolgsrechnung[932]. Zudem ist sie ein wichtiges Mittel zur Planung der Liquidität[933]. Als solches gehört sie bei komplexen Verhältnissen zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrats gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR[934].

Im Zuge der Aktienrechtsreform wurde erwogen, die Mittelflussrechnung als weiteren Bestandteil der Jahresrechnung aufzunehmen. Der Vorschlag wurde aber wieder aufgegeben. Was die Aktienrechtsreform unterliess, wurde drei Jahre später für die grösseren Banken auf dem *Verordnungsweg* eingeführt[935]. Gemäss Art. 23 Abs. 2 BankV müssen Banken, die eine Bilanzsumme von wenigstens 100 Millionen Franken aufweisen und das Bilanzgeschäft in wesentlichem Umfang betreiben, als weiteren Bestandteil der Jahresrechnung zusätzlich eine Mittelflussrechnung erstellen. Hier ist die Mittelflussrechnung nicht mehr nur Planungsinstrument des Verwaltungsrats, sondern Teil der öffentlichen Unternehmensdaten.

bb) Zulässigkeit der Sonderregelung?

Auch bei der Pflicht zur Erstellung einer Mittelflussrechnung nimmt der Verordnungsgeber eine mit Blick auf die Globalisierung der Finanzmärkte notwendige Modernisierung vor. Wie schon im Falle der Anerkennung internationaler Rechnungslegungsstandards erfolgt aber auch diese Modernisierung auf Kosten des *Legalitätsprinzips*.

---

931 Umfassend *Käfer*, Kapitalflussrechnungen, durchgehend. Vgl. zudem *Boemle*, Jahresabschluss, 471 f.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht § 51 Rn. 160; *Helbling*, Bilanz- und Erfolgsanalyse, 156 ff.

932 *Käfer*, Kapitalflussrechnungen, LVIII, bezeichnet deshalb die Mittelflussrechnung als „dritte Jahresrechnung".

933 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht § 51 Rn. 162 f.

934 *Böckli*, Kernkompetenzen des Verwaltungsrats, 28; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 51 Rn. 164.

935 AS 1995, 269.

Gemäss Art. 6 Abs. 1 BankG erstellen die Banken jährlich einen Geschäftsbericht, der sich aus dem Jahresbericht und der Jahresrechnung zusammensetzt. Darüber hinaus richtet sich die Erstellung des Geschäftsberichts nach dem Aktienrecht (Art. 6 Abs. 2 BankG). Also sind insbesondere die einzelnen Elemente der Jahresrechnung aktienrechtlich determiniert. Der Gesetzgeber hat bei der letzten Revision diese Elemente festgelegt: Es sind die Bilanz, die Erfolgsrechnung und der Anhang (Art. 662 Abs. 2 OR). Auf das Element der Mittelflussrechnung hat man dagegen bewusst verzichtet. Im Erfordernis der Mittelflussrechnung gemäss Art. 23 Abs. 2 BankV liegt demnach eine Kompetenzüberschreitung des Verordnungsgebers[936].

Dem Vorwurf der Kompetenzüberschreitung kann auch nicht mit dem Hinweis auf die Gliederungskompetenz (Art. 6 Abs. 5 BankG) des Verordnungsgebers begegnet werden[937]. Denn mit der Mittelflussrechnung wird nicht lediglich die Tiefenstruktur des für die Jahresrechnung relevanten Datenmaterials bankspezifisch festgelegt, sondern es wird der Beizug zusätzlichen Datenmaterials verlangt. Die Festlegung des Informationsmaterials ist aber eine inhaltliche Frage, die über die Frage der Gliederung hinausgeht.

Wenn die Mittelflussrechnung ausserhalb des gesetzlich vorgesehenen Regelungsbereichs des Verordnungsgebers liegt, so stellt sich die Frage, ob die fehlende Verordnungskompetenz durch die Verweisungswirkung „kompensiert" werden kann. Die wichtigste Konsequenz der differenzierten Spezialität, wie sie mit der Verweisung eröffnet wird, besteht ja gerade darin, dass nicht jede Einzelregelung der Referenzordnung ohne Anpassung in die Verweisungsordnung übernommen wird – die aktienrechtliche Rechnungslegung gilt für Banken nur, soweit sie im Bankenkontext systemkompatibel ist.

Für den Problembereich der Mittelflussrechnung indes hilft auch diese Koordinationsdogmatik nicht über den Kompetenzmangel des Verordnungsgebers hinweg. Den bankengesetzlichen Systemvorbehalt kann man nämlich nur in dem Sinne anwenden, dass eine zuvor bereits bestehende aktienrechtliche Referenznorm für das Bankrecht ausgeblendet oder nur modifiziert angewendet wird. Der Systemvorbehalt funktioniert sozusagen als gestalterischer Filter. Hingegen vermag er nicht selbst Regelungsinhalte zu

---

936 So auch *Lutz*, Komm. BankG (2002), 15 zu Art. 6 BankG; *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 21 zu Art. 6 BankG. A.A. *Boemle*, Bedeutung des Anhangs, 203, der mit Blick auf Art. 6 Abs. 5 BankG (Gliederungsvorschriften) die Kompetenz des Verordnungsgebers bejaht.

937 So aber *Boemle*, Bedeutung des Anhangs, 203.

generieren, die in der aktienrechtlichen Referenzordnung nicht einmal im Ansatz vorhanden sind.

Die Kompetenzüberschreitung des Bundesrats beim Erfordernis der Mittelflussrechnung kann also nicht über die Verweisungswirkung rechtsdogmatisch kompensiert werden.

cc) Zukünftige Neuregelung

Der Vorentwurf für das neue Rechnungslegungsgesetz sieht die Pflicht zur Erstellung einer Mittelflussrechnung vor (Art. 21 VE RRG) und entschärft damit das Problem der fehlenden gesetzlichen Grundlage im Bankenkontext. Der Entwurf setzt die Grössenkriterien sogar sehr viel tiefer an als die Bankenverordnung. Letztere verlangt eine Mittelflussrechnung bei Banken, die eine Bilanzsumme von mindestens 100 Millionen Franken ausweisen und das Bilanzgeschäft in wesentlichem Umfang betreiben. Das RRG dagegen verlangt eine solche bei allen Kapitalgesellschaften. Bei Inkrafttreten des RRG würden damit alle Bank-Aktiengesellschaften zur Erstellung einer Mittelflussrechnung verpflichtet. Bei den übrigen Gesellschaften („Organisationen") verlangt das RRG eine Mittelflussrechnung, wenn an zwei aneinanderfolgenden Bilanzstichtagen zwei der nachfolgenden Grössen erreicht werden: (a) Bilanzsumme von 4 Millionen Franken, (b) Umsatzerlöse von 8 Millionen Franken, (c) Arbeitnehmer für 50 vollzeitige Stellen im Durchschnitt des Geschäftsjahres[938]. Angesichts dieser Zahlen kann ohne weiteres festgehalten werden, dass unter dem neuen Rechnungslegungsregime *jede* Bank – also auch die Genossenschaftsbanken sowie die Banken in der Rechtsform einer Einzelfirma, einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (Privatbankiers) eine Mittelflussrechnung erstellen müssten.

Tritt das RRG mit dem aktuell vorliegenden Art. 21 in Kraft, so ist Art. 23 Abs. 2 BankG nicht nur überflüssig, sondern die Bestimmung steht dann im Widerspruch zu den Bestimmungen im neuen Rechnungslegungsrecht. Dieses beansprucht gestützt auf Art. 6 Abs. 2 BankG materielle Geltung. Zwar steht die Geltung des RRG auch hier unter dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität. Doch lässt sich die Beschränkung der Pflicht zur Erstellung einer Mittelflussrechnung ersichtlich weder mit dem intensivierten Schutzauftrag des Bankengesetzes noch mit der operativen Besonderheit des Bankgeschäfts rechtfertigen. Die ersatzlose Streichung von Art. 23 Abs. 2 BankV erscheint damit unumgänglich.

---

938 Art. 21 i.V.m. Art. 43 VE RRG.

dd) Fazit

Am Themenbereich der Mittelflussrechnung zeigt sich ein Problem, das die Rechnungslegung wie ein Muster durchzieht: Das rechts- und wirtschaftspolitisch Gewünschte wird in einer äusserst pragmatischen Handlungsweise von Bundesrat und Eidg. Bankenkommission direkt umgesetzt, ohne die vom Parlament gezogenen gesetzlichen Grenzen zu beachten. Andererseits ist zuzugeben, dass für das Auseinanderfallen von Rechtsgeboten und Rechtspraxis der Gesetzgeber mitverantwortlich ist, weil er einem dynamischen Rechtsbereich wie der Rechnungslegung ein viel zu enges Korsett angelegt hat. Dass gegen die eingeschlagene Richtung an sich nichts einzuwenden ist, zeigt der Vorentwurf zum neuen Rechnungslegungsgesetz. *De lege lata* bleibt es hingegen bei der Feststellung: Wirtschaftliche Rahmenbedingungen übertrumpfen hier die Gestaltungshoheit des Rechts.

c) Stille Reserven

Die stillen Reserven gehören zu den Dauerbrenner der bilanzrechtlichen Diskussion, und zwar nicht nur in der Schweiz[939], sondern auch im Verhältnis zwischen Kontinentaleuropa und dem angelsächsischen Raum[940]. Allein: Die geschützte Stille der Reserven kennt in der Schweiz noch Ausmasse, die unsere Rechtsnormen im internationalen Vergleich zum Sonderfall stempeln. Im Brennpunkt der Diskussion stehen dabei die sogenannten (stillen) Absichtsreserven, auch Willkür- oder Verwaltungsreserven genannt[941]. Sie sind das Ergebnis einer bewussten Wahl von Wertansätzen, in der Absicht,

---

939 Vgl. *Boemle*, Jahresabschluss, 189: „Die stillen Reserven sind das am meisten umstrittene Thema der schweizerischen Rechnungslegungsvorschriften." Als Auswahl: *Böckli*, Aktienrecht, § 8 Rn. 538 (contra); *Boemle*, SAG 1979, 84 ff. (contra); *Bossard*, Zürcher Kommentar, N 150 zu Art. 959 OR (pro). Viel Unterstützung genossen die stillen Reserven insbesondere in den parlamentarischen Debatten über die Revision des Aktienrechts von 1991, vgl. Amt. Bull. NR 1985, 1662, 1666, 1700.

940 Zum Aufeinanderprallen der beiden Rechnungslegungsphilosophien vgl. *Hommelhof*, RabelsZ 62 (1998), 381 ff.; *Kütting*, BB 1993, 36 ff., m.w.N. (u.a. mit einem tabellarischen Vergleich der deutschen und angelsächsischen Bilanzierungsnormen und spezifischer Bezugsnahme auf die stillen Reserven).

941 Für einen Überblick über die Arten von stillen Reserven vgl. *Boemle*, Jahresabschluss, 166 ff. (Zwangsreserven, Schätzungsreserven, Ermessensreserven, Absichtsreserven); etwas anders *Böckli*, Aktienrecht, § 8 Rn. 543 f. (Zwangsreserven, Verwaltungsreserven/Willkürreserven). Vgl. auch die Botschaft Revision Aktienrecht, BBl 1983, 812 (Zwangsreserven, Ermessensreserven, Verwaltungsreserven).

den Vermögens- und Gewinnausweis zu beeinflussen[942]. Das schweizerische Aktienrecht lässt die Bildung von Absichtsreserven in den Schranken von Art. 669 Abs. 2 und 3 OR zu[943]. Im Bankenkontext unterliegen sie dagegen gewichtigen Einschränkungen.

aa) Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts

Die umfassende aufsichtsrechtliche Regulierung der Rechnungslegung hat auch vor der Frage der stillen Reserven nicht Halt gemacht: Im Vergleich zu den regulären Aktiengesellschaften unterliegen Banken einem *verschärften Transparenzgebot*. Im Konzernabschluss sind Absichtsreserven schlicht untersagt[944]. Im statutarischen Einzelabschluss werden sie zwar zugelassen, jedoch restriktiv gehandhabt. Nicht erlaubt ist etwa die Bildung von Absichtsreserven durch betriebswirtschaftlich nicht erforderliche Belastungen von Aufwandpositionen mit Ausnahme der Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen[945]. Ebenfalls untersagt ist die Bildung von Absichtsreserven durch Belastung von Ertragspositionen[946]. Auf den Handelsbeständen und auf den Aktiven des Umlaufvermögens (einschliesslich der Finanzanlagen) dürfen sodann überhaupt keine stillen Reserven geführt werden[947].

Auch mit Blick auf die Auflösung der stillen Reserven schlägt die aufsichtsrechtliche Praxis eine schärfere Gangart ein als das Aktienrecht[948].

---

942 Vgl. *Boemle*, Jahresabschluss, 166 f.; Botschaft Revision Aktienrecht, BBl 1983, 812.

943 Noch weitergehend das alte Aktienrecht, vgl. Art. 663 Abs. 2 und 3 aOR (1936).

944 Vgl. Art. 25f Abs. 3 BankV i.V.m. RRV-EBK Rn. 19 (Art. 669 Abs. 2 - 4 sind *nicht* anwendbar). Ausdrücklich auch EBK-Bull 26 (1995), 31, 40, 48. Vgl. weiter *Lutz*, Komm. BankG (2002), N 16 f. zu Art. 6 BankG; *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 22 zu Art. 6 BankG.

945 RRV-EBK Rn. 32.

946 Also: Gewinnvorwegnahmen und Ertragskürzungen, vgl. RRV-EBK Rn. 32. So schon das mittlerweile aufgehobene EBK-RS 90/2, vgl. hierzu *Aellen*, ST 1990, 663 ff.

947 Vgl. RRV-EBK Rn. 22 ff.: Handelsbestände werden zu Marktwerten bilanziert. RRV-EBK Rn. 23 ff., 26a: Finanzanlagen werden zum Niedrigstwertprinzip bilanziert, mit folgender Besonderheit: Steigt der Kurswert gegenüber dem Vorjahr, so ist die Aufwertung bis (maximal) zu den Anschaffungskosten unter dem Posten „anderer ordentlicher Ertrag" auszuweisen (Rn. 26a). Die Bildung stiller Reserven durch Unterlassung der „Wertaufholung" ist somit nicht möglich. Stille Reserven im Posten „Wertberichtigungen und Rückstellungen" sind in der Tabelle E, Zeile „übrige Rückstellungen" auszuweisen. Vgl. hierzu auch HWP III, 44 f.; *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 106 zu Art. 6 BankG.

948 So bereits das aufgehobene EBK-RS 90/2, vgl. dazu *Aellen*, ST 1990, 665; *Binzegger*, ST 1990, 657 ff.

Letzteres verlangt die Offenlegung der Auflösung von Absichtsreserven im Anhang zur Jahresrechnung, wenn dadurch das erwirtschaftete Ergebnis *wesentlich* günstiger dargestellt wird (Art. 663b Ziff. 8 OR). Wann die Stufe der Wesentlichkeit erreicht ist, entscheidet der Verwaltungsrat[949]. Anders bei den Banken. Hier entscheidet die Rechnungslegungsrichtlinie, die eine zahlenmässige Quantifizierung der Wesentlichkeit vornimmt[950]. Als wesentlich gilt eine Auflösung, die mindestens 2% des ausgewiesenen Eigenkapitals oder 20% des ausgewiesenen Jahresgewinns ausmacht[951]. Die erfolgswirksame Auflösung der stillen Reserven erfolgt zudem zwingend über den Posten „ausserordentlicher Ertrag"[952], womit ein weiteres Stück Transparenz gesichert ist[953].

bb) Zulässigkeit der Sonderregelung?

Die stillen Reserven gehören zum Themenkomplex der Bewertungsvorschriften des Bilanzrechts. Die Bewertungsvorschriften gehören zu demjenigen Teil der bankengesetzlichen Rechnungslegung, der von der Verweisung in Art. 6 Abs. 2 BankG erfasst ist. Die Behandlung der stillen Reserven ist daher grundsätzlich *aktienrechtlich determiniert*[954]. Daher stellt sich auch bei den stillen (Absichts-)Reserven die Frage nach der Zulässigkeit der aufsichtsrechtlichen Sonderregelung.

(1) True and Fair View gemäss Art. 25d BankV?

Die Aufsichtsbehörde hat ihr „Reserve-Regime" mit Blick auf den Einzelabschluss nie ausführlich begründet. Das erstaunt nicht, denn grundsätzlich sind im Einzelabschluss die Absichtsreserven weiterhin erlaubt. Anderes

949 Vgl. Art. 669 Abs. 4 OR. Siehe auch *Boemle*, Jahresabschluss, 179; *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 161 zu Art. 6 BankG.

950 So schon das aufgehobene EBK RS 90/2, Ziff. 4.2, mit etwas abweichenden Zahlen.

951 RRV-EBK Rn. 35. Gemäss *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 165 zu Art. 6 BankG, steht diese Präzisierung nicht im Einklang mit dem auch für Banken massgeblichen Aktienrecht, weil dieses den Entscheid über die Wesentlichkeit dem Verwaltungsrat zuweist (vgl. Art. 669 Abs. 4 OR).

952 RRV-EBK Rn. 34. Vgl. auch Art. 25a I Ziff. 2.5 BankV.

953 Wie der Fall der Banque Cantonale Vaudoise (BCV) allerdings zeigt, besteht noch erheblicher Verbesserungsbedarf. Vgl. auch die kritischen Bemerkungen von *Boemle* ST 2002, 196 ff.

954 So auch *Lutz*, Komm. BankG (2002), N 2, 42 zu Art. 6 BankG; *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 2, 62 zu Art. 6 BankG.

gilt für das im Zuge der Revision von 1994[955] eingeführte Verbot der Absichtsreserven im Konzernabschluss, mit dem sich die „Erläuterungen zu den neuen Rechnungslegungsvorschriften" ausführlich auseinandersetzen[956].

Die Aufsichtsbehörde stützt sich für das Verbot der stillen Reserven im Konzernabschluss auf den Wortlaut der revidierten Bankenverordnung. Danach hat die Konzernrechnung ein Bild zu vermitteln, das der *tatsächlichen* Lage der Bank entspricht (Art. 25d BankV)[957]. Hier verwendet die Verordnung also die *True and Fair View*-Terminologie des EU-Bilanzrechts und der IAS[958]. Nach dem Grundkonzept des True and Fair View sind Absichtsreserven nicht zulässig[959]. Die EBK zieht daraus den Schluss, dass für den Konzernabschluss von Banken die Bildung von Willkürreserven nicht länger hingenommen werden kann.

Allein: Das True and Fair View Prinzip mag *im Grundsatz* die Bildung von Absichtsreserven untersagen. Ein starres Verbot leitet die Praxis daraus aber nicht ab. So verlangt auch die EU-Bankbilanzrichtlinie von 1986 die Rechnungslegung nach dem True and Fair View[960]. Das hindert dieselbe Richtlinie aber nicht daran, in Abweichung zum übrigen Bilanzrecht der EU eine Sonderregelung zu treffen, und ausgerechnet für die Banken die Bildung von Absichtsreserven doch wieder zuzulassen[961]. Generalklauseln wie diejenige des True and Fair View geben mithin eine allgemeine Richtung

---

955 Art. 25d BankV, AS 1995, 278.

956 Vgl. EBK-Bull 26 (1995), 31, 40, 48.

957 Anders der Einzelabschluss: Er muss eine *möglichst zuverlässige* Beurteilung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Bank erlauben (Art. 24 Abs. 1 BankV). Das entspricht der Terminologie des Aktienrechts (Art. 662a Abs. 1 OR), welches die Bildung von Absichtsreserven erlaubt.

958 Vgl. IAS-Framework, para. 46; Art. 2 Abs. 3 der 4. EU-Richtlinie (Jahresabschlussrichtlinie [78/660/EWG]); Art. 16 Abs. 3 der 7. EU-Richtlinie (Konzernbilanzrichtlinie [83/349/EWG]). Die Terminologie findet sich auch in den nationalen Umsetzungen, etwa in § 264 Abs. 2 des deutschen HGB und in Section 227 Abs. 3-6 des englischen Companies Act (1985/89). Der US-GAAP dagegen verlangt eine „fair presentation", indem die Abschlussprüfer die Einhaltung der „fair presentation" prüfen und bestätigen müssen, vgl. hierzu *Schildbach*, US-GAAP, 56. Ob „True and Fair View" und „Fair Presentation" gleichzusetzen seien, ist umstritten, vgl. *Cotting/Boemle*, ST 2000, 789 ff.

959 Statt vieler: *Boemle*, Jahresabschluss, 187 f.

960 Vgl. Art. 1 der EU-Bankbilanzrichtlinie (86/635/EWG). Die Bestimmung erklärt einerseits den Inhalt der 4. und 7. EU-Richtlinie für Banken verbindlich, nimmt aber gleichzeitig Modifikationen vor, um den Besonderheiten des Kredit- und Finanzdienstleistungsgeschäfts Rechnung zu tragen.

961 Vgl. Art. 37 EU-Bankbilanzrichtlinie (86/635/EWG). Siehe dazu sogleich unter (2) Bankengesetzlicher Sonderzweck.

vor, nicht aber einen konkreten Norminhalt[962]. Als Begründung für das absolute Verbot von Absichtsreserven im Konzernabschluss genügt daher der Hinweis auf das True and Fair View Prinzip nicht.

Doch auch ohne diesen Einwand stösst die Begründung der Aufsichtsbehörde ins Leere. Denn Art. 25d BankV, auf den sie Bezug nimmt, *verstösst gegen das Legalitätsprinzip.* Art. 6 BankG ermächtigt den Bundesrat zum Erlass von Gliederungs- und Publizitätsvorschriften, nicht aber zum Erlass von Bewertungsregeln. Fehlt es an der gesetzlichen Grundlage für den Erlass von Art. 25d BankV, so kann die aufsichtsrechtliche Praxis nicht darauf gestützt werden.

(2) Bankengesetzlicher Sonderzweck

Die Aufsichtsbehörde könnte allerdings im Rahmen der Verweisungsdogmatik zu einer abweichenden Bewertungspraxis befugt sein. Der durch Art. 6 Abs. 2 BankG bewirkte inhaltliche Geltungsanspruch des Aktienrechts unterliegt in jedem Fall dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität. Daher ist zu prüfen, ob der *Sonderzweck des Bankengesetzes* eine bankautonome Bewertungspraxis mit strikterem Transparenzgebot verlangt. Die Frage ist dabei für den Konzernabschluss und für den Einzelabschluss dieselbe, nämlich, ob der intensivierte Schutzauftrag des Bankengesetzes oder die operative Besonderheit des Bankgeschäfts eine erhöhte Transparenz der Rechnungslegung erfordert.

Gegen die Notwendigkeit einer erhöhten Transparenz spricht die Regelung im EU-Bilanzrecht. Ausgerechnet für die Banken lässt die einschlägige Richtlinie eine Unterbewertung bis zu 4% für gewisse Posten des Umlaufvermögens zu[963]! Zur Begründung wird im Ingress auf die besonderen Risiken und die besondere Vertrauensempfindlichkeit des Kreditgewerbes verwiesen[964]. Im Kern geht es darum, dass man im Fall der Offenlegung von Bilanzschwankungen eine Überreaktion des Bankpublikums fürchtet, die in

---

962 Vergleichende Untersuchungen zeigen denn auch, dass innerhalb der EU das Leitprinzip des True and Fair View keinesfalls immer dasselbe bedeutet. Die nationalstaatlichen Unterschiede sind durchaus intendiert: Die 4. Richtlinie sieht in ihren 62 Artikeln insgesamt 76 Wahlrechte für die Mitgliedstaaten vor und diese betreffen auch Grundsatzfragen der Bilanzierung. Vgl. zum Ganzen *Cotting/Boemle*, ST 2000, 788 m.w.N.; *Kütting*, BB 1993, 31 ff. Zum Abstraktionsgrad der IAS vgl. *Böckli*, Einführung in die IAS, 19.

963 Art. 37 EU-Bankbilanzrichtlinie (86/635/EWG). Mitgliedstaaten, die solche Reservebildungen zulassen, müssen gleichzeitig die Schaffung eines Passivpostens „Fonds für allgemeine Bankrisiken" zulassen (Art. 38 EU-Bankbilanzrichtlinie).

964 EU-Bankbilanzrichtlinie (86/635/EWG), Ingress.

einem Bankenrun enden könnte[965]. Das Erstaunliche an diesem Argument ist seine Stossrichtung. Genau so gut könnte man bei allen anderen Informationen behaupten, die beste Sicherheit gegen einen Bankenrun liege in der völligen Unwissenheit der Bankkunden, denn wer sich in Sicherheit wiege, habe keinen Anlass zur Panik. Richtigerweise wird man andersherum festhalten müssen, dass ein unberechtigtes Vertrauen ohne genaue Informationen das Risiko eines Bankenruns erhöht, nicht mindert. Die transparenzwidrige Regelung ist darum eine wenig überzeugende Ausnahme in der gegenwärtigen Normierungstendenz.

Ohnehin will die Richtlinie den Mitgliedstaaten diesen Ermessensspielraum nur „bis zu einer weiteren Koordinierung" der Rechnungslegung einräumen[966]. Mit Blick auf die „Modernisierungs-Richtlinie"[967], die sich die Harmonisierung des bestehenden Richtlinienrechts mit der IFRS zum Ziel setzt, ist der Abschied vom Bewertungsprivileg der EU-Banken nur mehr eine Frage der Zeit[968]. Auch in der Forschung wird inzwischen die Gültigkeit der „Run-Hypothese" bei Bilanzschwankungen durchwegs angezweifelt. Das Aufsichtsregime über die Banken schaffe bei den Einlegern genügend Vertrauen, so dass ihnen temporäre Einbrüche im Jahresabschluss zu-

---

965 Zur EU-Regelung vgl. *Nolte*, Grundzüge der Bankenrichtlinie – Die EG-Rechnungslegungsvorschriften für Kreditinstitute und Finanzinstitute, WPg 1987, 567. Für eine Umsetzung vgl. etwa § 340 f HGB und dazu *Waschbusch*, ZfbF 46 II (1994), 1046 ff. Deutschland kannte allerdings bereits vor der EU-Regelung ein Bewertungsprivileg für Banken (§ 26 a KWG). Die „Run-Hypothese" war gerade in der älteren Doktrin auch weit verbreitet, vgl. *Birck, /Meyer*, Bankbilanz, 12 ff., 60 ff., 65 ff.; *Birck*, Massnahmen der Bilanzstrukturpolitik bei Kreditinstituten, WPg 1969, 440 ff.; neueren Datums sodann *Hommelhoff*, RabelsZ 62 (1998), 387. In der Schweiz kam man zu ähnlichen Schlüssen. Das Institut für schweizerisches Bankwesen der Universität Zürich, das 1991 eine Studie zur Gestaltung von Bankkonzernrechnungen ausarbeitete, bejahte die Sonderregelung für Banken aus den vorerwähnten bilanzpolitischen Gründen des Gläubigerschutzes. Vgl. hierzu *Bachmann*, Bankkonzernrechnung, 162 f. Zustimmend auch *Aellen*, ST 1990, 665; dagegen aber *Boemle*, ST 1995, 987; im Ergebnis auch *Sigrist*, SAG 1980, 155.

966 EU-Bankbilanzrichtlinie (86/635/EWG), Ingress.

967 Vgl. Erörterungen zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG, 83/349/EWG und 91/674/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen sowie Versicherungsunternehmen, KOM(2002) 259/2 endg.

968 Die Begründung zur Richtlinie kündigt an, dass die Kommission entsprechende Harmonisierungsvorschläge zur EU-Bankbilanzrichtlinie vorlegen wird. Dass das heutige Bewertungsprivileg mit den IFRS unvereinbar wäre, ist unstreitig. Vgl. *Förschle/Hollard/Kroner*, Internationale Rechnungslegung, 192; *Rohardt*, WPg 1996, 217.

zumuten seien. Zudem lasse sich die schlechte Lage eines Kreditunternehmens durch Bilanzmanipulationen nicht wirksam verschleiern. Meist würden nämlich die Einleger doch von den hohen Verlusten erfahren. Dann allerdings sei ein offener Vermögens- und Ertragsausweis viel eher geeignet, das Vertrauen in die Bank zu stärken als die rätselhaften stillen Reserven[969].

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass sich ein *Weniger* an Transparenz für die Banken nicht rechtfertigt. In der Schweiz stellt sich aber die Frage noch einmal anders: Nicht um weniger, sondern um *mehr* Transparenz geht es, wenn die Aufsichtsbehörde den Banken die Bildung von Absichtsreserven im Konzernabschluss verbietet und ihnen im Einzelabschluss bankspezifische Schranken setzt. Es muss mit anderen Worten begründet werden, warum *trotz* der Verweisung in Art. 6 Abs. 2 BankG der Entscheid des Aktiengesetzgebers für die Banken keine Gültigkeit haben soll. Die *Widerlegung der Adäquanzvermutung des Aktienrechts* ist dabei nur im Rahmen des Vorbehalts der Systemkompatibilität möglich: Es müssen die operative Besonderheit des Bankgeschäfts oder der besondere bankengesetzliche Schutzauftrag die Modifikation der aktienrechtlichen Ordnung *zwingend* gebieten.

Operative Besonderheiten des Bankgeschäfts, die das Verbot bzw. die Beschränkung der stillen Reserven begründen würden, sind nicht ersichtlich. Damit bleibt die Frage, ob der intensivierte Schutzauftrag des Bankengesetzes eine bankautonome Lösung erfordert. Für eine Sonderlösung spricht die *spezifische Funktion der Transparenz* innerhalb des bankaufsichtsrechtlichen Schutzinstrumentariums. Das zeigt sich namentlich in der bankspezifischen Pflicht zur Veröffentlichung der Jahresrechnung und in den detaillierten Gliederungsvorschriften[970]. Die besondere Gefährdung der Bankgläubiger sollte eingedämmt werden, indem man dem Bankenpublikum einen erweiterten Einblick in die finanziellen Verhältnisse der Bank gewährte[971]. Im System der bankengesetzlichen Rechnungslegung erfüllt so-

---

969 Ausführlich und mit zahlreichen weiterführenden Hinweisen *Bieg*, WPg 1986, 301 ff.; *Hartmann*, BB 1989, 1939 ff. Vgl. weiter *Böcking/Nowak*, MüKo-HGB, N 38 ff. zu § 340f HGB; *Hopt*, Kapitalanlegerschutz, 316; *Möschel*, Das Wirtschaftsrecht der Banken, 268; *Raida*, ZfgK 1970, 870 ff.; *Rohardt*, WPg 1996, 214; *Schwark*, NJW 1974, 1850 f.; *Sigrist*, SAG 1980, 155; *Süchting*, DBW 1981, 207 ff.

970 Vgl. Art. 6 Abs. 4, 5 BankG. Im revidierten Aktienrecht gilt die umfassende Rechnungslegungspublizität nun auch für die Publikumsgesellschaften, vgl. Art. 697h OR.

971 Vgl. die Botschaft zum Bankengesetz von 1934, BBl 1934 I 175, 185.

mit die Transparenz eine *zentrale Gläubigerschutzfunktion*[972]. Wenn also in der aktuellen betriebswirtschaftlichen und juristischen Forschung vertreten wird, dass ein Verbot der stillen Reserven dem Publikum besseren Schutz gewähre als die Möglichkeit stiller Reservenbildung[973], so fügt sich diese Auffassung nahtlos in das Schutzsystem von Art. 6 BankG ein[974]. Da die Transparenz im Rahmen der bankengesetzlichen Rechnungslegung eine besondere Gläubigerschutzfunktion übernimmt, rechtfertigt es sich auch, im Bankenkontext vom überholten Gläubigerschutzmodell des Aktienrechts abzuweichen und eine autonome aufsichtsrechtliche Regelung der stillen Reserven aufzustellen.

(3) Koordinationsgrundsatz der Systemabstimmung

Abschliessend stellt sich sodann die Frage, warum die Aufsichtsbehörde die Absichtsreserven nicht insgesamt verbietet. Immerhin erreicht der Gläubigerschutz nicht deshalb eine besondere Intensität oder eine andere Dimension, weil es sich um einen Bankkonzern und nicht um eine Einzelbank handelt. Die Antwort liegt weder im Aktienrecht noch im Bankaufsichtsrecht, sondern im *Steuerrecht* und ist damit koordinationsdogmatisch eine Frage der Systemabstimmung. In der Schweiz gilt der handelsrechtliche Einzelabschluss als Grundlage für die Steuerveranlagung (Massgeblichkeitsprinzip)[975]. Die Offenlegung der Absichtsreserven würde daher zu einer massiven steuerlichen Mehrbelastung führen. Demgegenüber bietet der Konzernabschluss grundsätzlich keine Anknüpfung für die Besteuerung der obersten Konzerngesellschaft. Wenn daher die Aufsichtsbehörde einerseits die Transparenz für den Konzernabschluss vorschreibt und andererseits im Einzelabschluss die Absichtsreserven einschränkt, ohne solche Reserven ganz zu verbieten, trägt sie letztlich dem allgemeinen *Koordinationsgrundsatz der Systemabstimmung* Rechung, wonach die einzelnen Teilrechtsbereiche – hier das Bankaufsichtsrecht und das Steuerrecht – möglichst aufeinander abzu-

---

972 Vgl. BGE 105 Ib 406 (411 f.); *Boemle*, ST 1995, 987; *Portmann*, ST 1994, 947; *Sigrist*, SAG 1980, 150.

973 Für die Schweiz vgl. nur *Böckli*, Aktienrecht, § 8 Rn. 538 ff.; *Boemle*, Jahresabschluss, 180 ff.; *Expertenkommission Rechnungslegungsrecht*, Revision Rechnungslegungsrecht, 67.

974 Vgl. hierzu die Zeitschrift „The Banker" vom 5. September 1990, zitiert in *Aellen*, ST 1990, 668: „Hidden reserves put aside by banks without telling the public are out of order."

975 Vgl. statt vieler: *Behr*, SZW 72 (2000), 108 f.

stimmen sind[976]. Die bankrechtsspezifische Verschärfung des Transparenzgebots ist zwar als Ausfluss der Systemkompatibilität gerechtfertigt, muss aber in Abstimmung mit dem Steuerrecht noch einen gewissen Rechtsspielraum lassen, um steuerliche Härten zu vermeiden, die vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sind.

cc) Zukünftige Neuregelung

Wird der vorgeschlagene Art. 3g E-BankG Gesetz, so kann die Aufsichtsbehörde zukünftig die Transparenzanforderungen an den Konzernabschluss direkt auf das Bankengesetz abstützen. Aber auch seitens des RRG kündigt sich Unterstützung an. Geht es nach dem Vorentwurf, so soll der „Kampf der Helvetier um die ungestörte Stille ihrer Reserven"[977] bald ein Ende finden. Der VE RRG legt der Rechnungslegung insgesamt das Prinzip der Fair Presentation zugrunde (Art. 8 VE RRG), was im Grundsatz die Ablehnung von Absichtsreserven bedeutet[978]. Allerdings sieht sich auch die Expertenkommission mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass in der Schweiz die handelsrechtliche und die steuerrechtliche Gewinnermittlung miteinander verknüpft sind (Massgeblichkeitsprinzip). Sie plädiert daher für eine Lösung, wie sie im angelsächsischen Raum und in einigen skandinavischen Ländern praktiziert wird, nämlich die Abkoppelung von Handels- und Steuerbilanz[979]. Als Übergangslösung sieht Art. 34 VE RRG die Möglichkeit von abweichenden Bewertungsmöglichkeiten im Einzelabschluss vor, sofern diese steuerrechtlich bedingt sind[980]. Wird von einer abweichenden Bewertung Gebrauch gemacht, ist im Anhang darauf hinzuweisen.

Im Ergebnis führt der Vorentwurf weiter, was das Bankaufsichtsrecht bereits begonnen hat: Er verbannt die Absichtsreserven aus der Rechnungslegung, und zwar nicht nur im Konzern-, sondern grundsätzlich auch im *Einzelabschluss*. Das entspricht der Zielsetzung des Bankenverordnungsgebers und der Aufsichtsbehörde. Allerdings wird die Angleichung an das

---

976 Zum Koordinationsgrundsatz der Systemabstimmung vgl. oben S. 114 (Systemabstimmungsgebot); S. 198 (Systemabstimmung).

977 *Böckli*, Aktienrecht, § 8 Rn. 580.

978 Expertenkommission Rechnungslegungsrecht, 64 f. Vgl. auch Mengiardi, ST 1999, 12.

979 *Expertenkommission Rechnungslegungsrecht*, 68. Damit verbunden ist allerdings ein „unbekannter Endzustand im steuerlichen Bereich", was neue Unsicherheiten schafft. Vgl. *Ballwieser*, ST 2002, 295.

980 Zur Grundsatzfrage und zu Beispielen steuerrechtlicher Korrekturnormen vgl. insb. *Béguin*, ST 1999, 492 ff; *Neuhaus*, ST 1999, 484 ff. Vgl. weiter *Behr*, ST 1999, 443 ff.; *Expertenkommission Rechnungslegungsrecht*, 134.

RRG nur mittels Neufassung der Bankenverordnung und der darauf gestützten Bestimmungen in der RRV-EBK zu erreichen sein.

dd) Fazit

Die Zulässigkeit der stillen (Absichts-)Reserven entspringt einer Konzeption, die als überholt gelten muss. Denn die Informationsfunktion der Bilanzen erhält – nicht zuletzt unter dem zunehmenden Einfluss kapitalmarktorientierter Rechnungslegung – immer mehr Gewicht. Wer am regulierten Kapitalmarkt teilnimmt, muss auf das unzeitgemässe Privileg des Obligationenrechts ohnehin verzichten[981]. Insofern nimmt die EBK mit ihrer Praxis den im Aktienrecht konkret anstehenden Modernisierungsbedarf vorweg. Die rechtliche Grundlage für den Sonderweg bietet die Verweisungsdogmatik, die als flexibles Instrument der Verhältnisbestimmung zwischen Bankengesetz und Aktienrecht eine bankautonome Lösung erlaubt, wenn – wie vorliegend – der bankengesetzliche Sonderzweck dies erfordert.

d) Übrige Bewertungsvorschriften

Im Bankenkontext geraten nicht nur die stillen Reserven, sondern auch die übrigen aktienrechtlichen Bewertungsregeln zunehmend unter Druck. Konnten die Kommentatoren 1976 noch getrost das gesamte aktienrechtliche Bewertungsrecht als massgeblich erklären[982], so finden wegen aufsichtsrechtlicher Sondervorschriften inzwischen beim statutarischen Einzelabschluss[983] drei von sieben aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften keine Anwendung mehr[984]. Aus der Koordinationsperspektive stellt sich die Frage, ob diese aufsichtsrechtlichen Bewertungsregeln mit der Verweisung in Art. 6 Abs. 2 BankG vereinbar sind.

---

981 Stille Reserven sind nach Swiss GAAP FER, nach IAS und nach US-GAAP unzulässig.

982 Vgl. *Lutz*, Komm. BankG (1976), N 8 ff. zu Art. 6 BankG.

983 RRV-EBK 2002 unterscheidet für die Frage des Einzelabschlusses erstmals ausdrücklich zwischen Banken mit Börsenkotierung und solchen ohne Börsenkotierung. Erstere müssen einen Einzelabschluss nach dem True and Fair Prinzip erstellen, falls sie keinen Konzernabschluss veröffentlichen. Für die „regulären" Banken bleibt es bei der Pflicht zur Erstellung eines statutarischen Einzelabschlusses gemäss Art. 24 Abs. 1 BankV (RRV-EBK Rn. 1). Einzelabschlüsse nach dem True and Fair Prinzip bilden die Ausnahme.

984 Vgl. RRV-EBK Rn. 19. Für Konzernabschlüsse und Einzelabschlüsse nach dem True and Fair Prinzip sind zudem *nicht* anwendbar: Art. 665, Art. 669 Ziff. 2- 4 OR.

aa) Beteiligungen (665a OR)

Folgt man den Gesetzesartikeln des aktienrechtlichen Bewertungsrechts, so ist Art. 665a OR die erste Bestimmung, die gemäss RRV-EBK auch im statutarischen Einzelabschluss einer Bank *keine Anwendung* findet[985]. Gemäss Art. 665a OR gelten für Beteiligungen die Bewertungsregeln des Anlagevermögens. Entsprechend stellen für diese Werte die Anschaffungskosten grundsätzlich den höchsten zulässigen Buchwert dar (Art. 665 OR), wobei einer allfälligen Wertverminderung mittels Abschreibungen Rechnung zu tragen ist. Dies entspricht auch den Vorschriften der RRV-EBK[986]. In der *Bewertung* werden also die Beteiligungen von beiden Teilrechtsordnungen gleich behandelt. Unterschiede bestehen hingegen bezüglich des *Begriffs der Beteiligung*.

Das Aktienrecht definiert in Art. 665a Abs. 2 OR die Beteiligungen als „Anteile am Kapital anderer Unternehmen, die mit der Absicht dauernder Anlage gehalten werden und einen massgeblichen Einfluss vermitteln." Absatz 3 der genannten Bestimmung präzisiert, dass stimmberechtigte Anteile von mindestens 20 Prozent als Beteiligung gelten. Massgeblich sind also zwei Kriterien: ein subjektives (Absicht dauernder Anlage) und ein objektives (massgeblicher Einfluss). Demgegenüber *verzichtet* die Rechnungslegungsrichtlinie ausdrücklich auf das Kriterium des massgeblichen Einflusses. Es genügt das Halten mit der Absicht dauernder Anlage[987]. Zudem unterstellt die Richtlinie dem Beteiligungsbegriff einen weiteren Gegenstand, nämlich die Forderungen der Bank gegenüber verbundenen Unternehmen, sofern ihnen unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten Eigenkapitalcharakter zukommt[988]. Im Ergebnis wird also über den Begriff der Beteiligung der Anwendungsbereich von Art. 665a OR bei Banken gleich zweifach erweitert.

Dass die Aufsichtsbehörde bei der Bestimmung des Begriffs der Beteiligung eigene Wege geht, verstösst *per se* noch nicht gegen die Verweisung in Art. 6 Abs. 2 BankG. Es ist ja gerade die koordinationsrechtliche Beson-

---

985 RRV-EBK Rn. 19 *e contrario.*

986 Vgl. RRV-EBK Rn. 23, 27. Siehe weiter *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 89 zu Art. 6 BankG.

987 RRV-EBK Rn. 54. Namentlich erwähnt werden dabei die Beteiligungen der Banken an Gemeinschaftswerken.

988 RRV-EBK Rn. 54. Zum Begriff der Forderung mit Eigenkapitalcharakter vgl. HWP III, 42: „Eine Forderung mit Eigenkapitalcharakter liegt in dem Umfang vor, als in der Steuerveranlagung der Beteiligungsgesellschaft Fremdkapital steuerlich ganz oder teilweise nicht anerkannt und daher als Eigenkapital aufgerechnet wird. Der in der Beteiligungsgesellschaft nicht anerkannte und daher aufgerechnete Zinsaufwand ist konsequenterweise bei der Muttergesellschaft nicht als Zinsertrag, sondern als Beteiligungsertrag auszuweisen."

derheit der Verweisung, dass die Referenznormen in der Verweisungsordnung nur *entsprechend* anwendbar sind. Um aber die Präsumption der aktienrechtlichen Regelungsadäquanz zu überwinden und einen abweichenden Beteiligungsbegriff für Banken zulässig zu machen, müsste das Bankaufsichtsrecht systembedingt eine bankautonome Lösung gebieten. Systembedingte Schranken des aktienrechtlichen Geltungsanspruchs bilden primär der intensivierte Schutzauftrag des Bankengesetzes, sekundär die operativen Besonderheiten des Bankgeschäfts:

Vorliegend kann ein solcher Vorbehalt gegen das Begriffselement der massgeblichen Einflussnahme in den bankengesetzlichen Eigenmittelvorschriften gesehen werden. Beteiligungen, die mit der Absicht dauernder Anlage gehalten werden, sind risikobedingt mit bedeutend mehr Eigenmitteln zu unterlegen als die Beteiligungstitel in den Finanzanlagen[989]. Der unterschiedliche Risikofaktor liegt in der *Dauerhaftigkeit*, mit der die Bank die Titel zu halten gedenkt. Wenn nun aber die Bank unter Hinweis auf den fehlenden massgeblichen Einfluss die Beteiligungstitel als Finanzanlagen bilanzieren könnte, so wären ihre Risiken nicht mehr sachgerecht abgedeckt. Das Festhalten am aktienrechtlichen Begriff der Beteiligung würde mit anderen Worten zur Aushebelung der bankengesetzlichen Eigenmittelvorschriften führen. Um diese dysfunktionale Blockade im Aufsichtsrecht zu vermeiden und den bankengesetzlichen Gläubigerschutz sicherzustellen, rechtfertigt es sich, für den Begriff der Beteiligung auf die Voraussetzung eines massgeblichen Einflusses zu verzichten.

Die Eigenmittelvorschriften sind auch der Grund für die weitere Abweichung des aufsichtsrechtlichen Beteiligungsbegriffs. Forderungen „kosten" bedeutend weniger Eigenmittel als Beteiligungen[990]. Könnte die Bank eine Tochtergesellschaft gründen und diese statt mit dem notwendigen Eigenkapital mittels Darlehen finanzieren, so könnte sie damit wiederum die (hohe) Eigenmittelunterlegung für Beteiligungen umgehen. Dem setzt die Aufsichtsbehörde eine Schranke: Soweit in der Steuerveranlagung der Beteiligungsgesellschaft das Fremdkapital als Eigenkapital behandelt wird, liegt auch für die Aufsichtsbehörde kein Darlehen, sondern eine Beteiligung vor.

Insgesamt kann also festgehalten werden, dass der bankautonome Beteiligungsbegriff durch den besonderen Gläubigerschutzauftrag des Ban-

---

989 Vgl. Art. 12i BankV: Risikogewichtung von 125% für börsenkotierte Beteiligungstitel, die *nicht* unter Beteiligungen bilanziert sind. Risikogewichtung von 500% für nicht zu konsolidierende Beteiligungen (ohne Beteiligungen im Bank- und Finanzbereich).

990 Vgl. Art. 12a ff. BankV, im Vergleich zu Art. 12i Abs. 2 Ziff. 3 BankV.

kengesetzes, so wie er sich im Rahmen des Eigenmittelregimes konkretisiert, gerechtfertigt ist.

bb) Vorräte (Art. 666 OR)

Keine Anwendung findet nach Auffassung der EBK auch die Bestimmung über die Vorräte (Art. 666 OR). Die Vorräte gehören zum Umlaufvermögen einer Gesellschaft[991]; das Gesetz erwähnt beispielhaft Rohmaterialien, teilweise oder ganz fertiggestellte Erzeugnisse sowie Waren. Die Doktrin spricht allgemeiner von Gütern, die „im ordentlichen Geschäftsverlauf zur Veräusserung gelangen oder bei der Herstellung von Gütern und der Erbringung von Dienstleistungen verbraucht werden."[992] Das Aktienrecht schreibt für Vorräte das Niederstwertprinzip vor[993].

Für die Banken ist Art. 666 OR vor allem mit Blick auf die Edelmetallbestände von Belang, denn diese fallen sprachlich unter den Warenbegriff. Als Folge der Verweisung in Art. 6 Abs. 2 BankG sind daher solche Bestände grundsätzlich nach den Anschaffungskosten oder dem tiefer liegenden Marktwert zu bilanzieren (Vermutung der Regelungsadäquanz), soweit nicht bankspezifische Gründe eine abweichende Bewertung zwingend erfordern (Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität).

Im Bankenkontext zählen die Edelmetallbestände entweder zu den Finanzanlagen oder zu den Handelsbeständen[994]. Als Finanzanlagen unterstehen sie – gleich wie im Aktienrecht – der Bewertung nach dem Niederstwertprinzip. Als Handelsbestände werden sie dagegen zum Fair Value (angemessener Wert) bewertet und bilanziert[995]. Allerdings erfüllen im Banken-

991 Zum Begriff *Boemle*, Jahresabschluss, 297: „Zum Umlaufvermögen zählen jene Aktiven, welche unmittelbar am Umsatzprozess ‚Geld - Gütereinsatz - Leistung - Guthaben - Geld' beteiligt sind. Sie lassen sich im normalen Geschäftsablauf innerhalb eines Jahres in flüssige Mittel verwandeln."

992 *Boemle*, Jahresabschluss, 312.

993 Vgl. Art. 666 Abs. 2 OR. Nach dem Niederstwertprinzip ist für die Bewertung eines Bilanzposten dann nicht auf die einschlägige Bewertungsregel (meist: Anschaffungs- oder Herstellungskosten) abzustellen, wenn der Marktwert am Bilanzstichtag unter diesem Wert zu liegen käme (principe de la valeur la plus basse, lower of cost or market). Zum Begriff vgl. *Boemle*, Jahresabschluss, 131; *Neuhaus/Schönbächler*, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 665 OR.

994 Vgl. Art. 25 Abs. 1 Ziff. 1.6 und Ziff. 1.7 BankV sowie RRV-EBK Rn. 52, 53.

995 Vgl. RRV-EBK Rn. 22, 23. Eine Ausnahme gilt bezüglich der Edelmetallbestände in den Finanzanlagen, die zur Deckung von Verpflichtungen aus Edelmetallkonti dienen. Sie werden entsprechend der Edelmetallkonti zu Marktwert bewertet und bilanziert (Rn. 23, dritter Satz). A.A. *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 91 zu Art. 6 BankG, der Edelmetalle wie Wertschriften behandeln und insgesamt zum Tageswert bewerten will.

kontext die Edelmetalle in beiden Erscheinungsformen eine ganz andere Funktion als die aktienrechtlichen Vorräte. Sie dienen nicht der industriellen Fertigung und dem Vertrieb, sondern der Investition bzw. der aktiven Bewirtschaftung[996]. Insofern verlangt die operative Spezifität des Bankgeschäfts hier in beiden Fällen eine bankautonome Bewertung der Edelmetalle[997].

cc) Wertschriften (Art. 667 OR)

Eine Abweichung von der aktienrechtlichen Ordnung sieht die Rechnungslegungsrichtlinie schliesslich bei den Wertschriften[998] vor. Das Aktienrecht enthält für die Wertschriften im Umlaufvermögen eine besondere Bewertungsbestimmung. Gemäss Art. 667 Abs. 1 OR ist für Wertschriften mit Kurswert[999] der Durchschnittskurs des Vormonats massgeblich. Für Wertschriften ohne Kurswert gilt die Höchstregel der Anschaffungskosten unter Abzug der notwendigen Abschreibungen (Art. 667 Abs. 2 OR). Dasselbe gilt für Wertschriften in den Finanzanlagen (Art. 665a i.V.m. Art. 665 OR).

Das Rundschreiben der EBK unterscheidet zwischen Wertschriften im Handelsbestand und Wertschriften in den Finanzanlagen[1000]. Wertschriften im Handelsbestand werden nach dem Fair Value bewertet, was entweder dem Marktpreis oder dem anhand eines Bewertungsmodells ermittelten Preises entspricht[1001]. Kann der Fair Value ausnahmsweise nicht ermittelt werden, gilt das Niederstwertprinzip[1002]. Wertschriften in den Finanzanlagen werden grundsätzlich nach dem Niederstwertprinzip bewertet[1003].

---

996 Vgl. RRV-EBK Rn. 52, 53, 233.

997 Im Ergebnis gleich *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 91 zu Art. 6 BankG; *Portmann*, ST 1994, 950 (Vorratsregelung für Banken nicht relevant).

998 Genauer ist es, von Wertpapieren und Wertrechten zu sprechen.

999 Der französische Gesetzestext spricht von „titres cotés en bourse", der italienische Gesetzestext von „titoli quotati in borsa". Die Doktrin geht von der Massgeblichkeit des umfassenderen deutschen Textes aus, der auch solche Wertschriften umfasst, die ausserbörslich gehandelt werden. Vgl. *Böckli*, Aktienrecht, § 8 Rn. 456; *Boemle*, Jahresabschluss, 299; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 50 Rn. 276.

1000 RRV-EBK Rn. 52, 53.

1001 RRV-EBK Rn. 22 ff.

1002 RRV-EBK Rn. 22d.

1003 Eine Ausnahme gilt für Obligationen, die mit der Absicht zur Haltung bis zur Endfälligkeit (hold until due) gehalten werden. Hier gilt die Accrual-Methode, was bedeutet: Bewertung und Bilanzierung zum Anschaffungswert mit Abgrenzung des Agios bzw. Disagios (Zinskomponente) über die Laufzeit.

Verwendet die Aufsichtsbehörde für Wertschriften andere Bewertungskriterien als das Aktienrecht, so bewegt sie sich nur dann innerhalb der von Art. 6 Abs. 2 BankG gesetzten Grenzen, wenn entweder der intensivierte Schutzauftrag des Bankengesetzes oder die operative Spezifität des Bankgeschäfts eine bankautonome Bewertung gebieten (Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität).

Bezüglich der Wertschriften im Handelsbestand ergibt sich die systembedingte Abweichung aufgrund des *bankengesetzlichen Schutzauftrags.* Denn das Abstellen auf den Monatsmittelkurs erlaubt die Bildung von stillen Reserven, weil der Durchschnittskurs möglicherweise unter dem Kurs am Bilanzstichtag liegt. Die Aufsichtsbehörde lehnt aber im Umlaufvermögen stille Reserven insgesamt ab. Wie schon oben begründet, lässt sich das verschärfte Transparenzregime für Banken auf den Vorbehalt des bankengesetzlichen Gläubigerschutzes stützen[1004].

Was die Wertschriften in den Finanzanlagen angeht, so besteht eine weitgehende Kongruenz der Bewertungsregeln: Die notwendigen Abschreibungen im Sinne von Art. 665 OR entsprechen dem allenfalls niedrigeren Marktwert[1005]. Anlass zu Bemerkungen gibt hingegen die Vorschrift, wonach eine Zuschreibung bis höchstens zu den Anschaffungskosten zu verbuchen ist, sofern der unter den Anschaffungspreis gefallene Marktwert wieder steigt. Dabei ist der Saldo der Wertanpassungen über die Positionen „Anderer ordentlicher Aufwand" bzw. „Anderer ordentlicher Ertrag" verbucht. Im Ergebnis bedeutet dies ein weiteres Verbot der Bildung stiller Reserven, was aber – wie schon mehrfach betont – aufgrund des bankengesetzlichen Schutzauftrags zulässig ist[1006].

dd) Zukünftige Neuregelung

Der Vorentwurf für ein allgemeines Rechnungslegungsgesetz wird im Bewertungsrecht eine Reihe von Neuerungen bringen, so dass sich hier besonders die Frage stellt, ob koordinationsdogmatisch durch das neue Recht eine veränderte Lage entsteht.

Der Vorentwurf stellt das Ziel der *Fair Presentation* – also der getreuen Darstellung der wirtschaftlichen Lage – in den Vordergrund[1007]. Das hat

---

1004 Vgl. oben S. 287 (Zulässigkeit der Sonderregelung?).

1005 Kein systembedingter Grund und damit keine gesetzliche Grundlage besteht dagegen für die Ausnahmebewertung nach der Accrual-Methode, RRV-EBK Rn. 24. Das wird auch von der Aufsichtsbehörde freimütig zugegeben.

1006 Kritisch hingegen *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 85 zu Art. 6 BankG.

1007 Art. 8 VE RRG. Zum neuen Bewertungsrecht vgl. *Behr*, ST 1999, 443 ff.

Auswirkungen auf das Bewertungsrecht. Zwar bilden die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten noch immer die Ausgangslage (Art. 25 Abs. 1 VE RRG). Doch erfährt die marktorientierte Betrachtungsweise im Rahmen von Einzelbewertungen eine Stärkung. Für die Aktiven im Umlaufvermögen, die einen Börsenkurs haben, steht etwa neu das Prinzip der *Fair Value* im Vordergrund: Es gilt der Markt- oder Verkehrswert, falls dieser höher ist als die historischen Kosten[1008]. Für das Anlagevermögen besteht ein *Bewertungswahlrecht*: Es kann entweder zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten oder (neu) zum höheren Veräusserungs- bzw. Marktwert bewertet werden[1009]. Mit Blick auf die oben erwähnten (exemplarischen) Anwendungsbereiche präsentiert sich die Lage wie folgt[1010]:

Bezüglich der Beteiligungen bleibt es bei der Divergenz in der Begriffsbestimmung. Der Vorentwurf für ein RRG behält die Voraussetzung des massgeblichen Einflusses als Begriffselement bei (Art. 14 Abs. 2 VE RRG). Da hier aufgrund des bankengesetzlichen Eigenmittelregimes unverändert der Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität zum Tragen kommt, besteht kein Anpassungsbedarf seitens der Aufsichtsbehörde. Was die Bewertung selbst angeht, so erfolgt diese neu zum anteiligen Eigenkapitalwert (Equity-Methode, Art. 28 VE RRG). Für die Banken, die im statutarischen Einzelabschluss die Beteiligungen bislang parallel zum Aktienrecht höchstens zum Anschaffungswert bewerteten (RRV-EBK Rn. 27), ergibt sich diesbezüglich ein Anpassungsbedarf. Da die Richtlinie für den nach „True and Fair View" erstellten Abschluss die Equity-Methode bereits vorsieht, wird diese Anpassung der Aufsichtsbehörde wenig Mühe bereiten, zumal die Bewertung nach dem Kostenwertprinzip von der Doktrin kritisiert wird[1011].

Bei den Vorräten bleibt alles beim Alten: Der Vorentwurf sieht nach wie vor die Bewertung zum Niedrigstwertprinzip vor (Art. 27 Abs. 2 VE RRG)[1012].

Bei den Wertschriften kommt es zu einer weiteren Angleichung mit dem Aufsichtsrecht. Wertschriften im Umlaufvermögen, die einen Kurswert haben, werden zum Kurswert am Bilanzstichtag bewertet (Art. 26 Abs. 3 VE). Hier verlaufen das RRG und die RRV-EBK also nunmehr parallel

---

1008 Art. 26 Abs. 3 VE RRG.

1009 Art. 26 Abs. 3 i.V.m. Art. 29 VE RRG. Vgl. *Expertenkommission Rechnungslegungsrecht*, Vorentwurf und Begleitbericht, 118 ff.

1010 Für eine tabellarische Übersicht aller Bewertungsgrundsätze vgl. *Behr*, ST 1999, 449.

1011 Vgl. *Boemle*, Jahresabschluss, 244.

1012 Siehe hierzu *Behr*, ST 1999, 446.

(RRV-EBK Rn. 22 Fair Value). Wertschriften ohne Kurswert werden dagegen gemäss dem allgemeinen Grundsatz in Art. 25 VE RRG zum Anschaffungswert bewertet. Es bleibt damit bei der Differenz zur Richtlinie, die bei Wertschriften im Umlaufvermögen, die keinen Börsenkurs haben, ein eigenes Bewertungsmodell nach dem Fair Value zulässt (RRV-EBK Rn. 22), und sonst auf das Niederstwertprinzip zurückgreift (RRV-EBK Rn. 22d).

Hinsichtlich der Wertschriften in den Finanzanlagen nimmt der Vorentwurf zum RRG eine Unterscheidung vor: Für Wertschriften mit Börsenkurs gilt wahlweise das Kostenwertprinzip oder die Bewertung zum Marktwert (Art. 29 VE RRG), für Wertschriften ohne Börsenkurs gilt das Kostenwertprinzip (Art. 25 VE RRG). Das für Banken geltende Niederstwertprinzip (RRV-EBK Rn. 22 ff.) wird also mit Blick auf die Wertschriften mit Börsenkurs durchbrochen. Bei den Wertschriften ohne Börsenkurs verlaufen die Regelungen wie schon zuvor parallel, weil ein Marktwert unter dem Anschaffungswert mittels Abschreibungen zu korrigieren ist (Art. 25 Abs. 2 VE RRG).

Insgesamt werden folglich im Bewertungsrecht einige der bisherigen Koordinationsfragen durch das neue Rechnungslegungsrechts explizit geregelt. Im Übrigen aber bleibt es bei den koordinationsdogmatischen Lösungen, wie sie oben für das bisherige Recht entwickelt wurden.

ee) Fazit

Die aufsichtsrechtliche Praxis ist bei den Bewertungsvorschriften eigene Wege gegangen. Wichtige Abweichungen bestehen mit Blick auf den Begriff der Beteiligung und bezüglich der Bewertung von Wertschriften. In beiden Fällen sind aber die Lösungen durch den bankengesetzlichen Sonderzweck gedeckt. Die vorgesehene Neuordnung des Rechnungslegungsrechts wird nur bei einem Teil der koordinationsdogmatischen Fragen zu einer gesetzesförmigen Regelung führen.

e) Beteiligungspublizität

Als letztes Beispiel für die Koordination von bankrelevanter und allgemeiner Rechnungslegung kann schliesslich die Beteiligungspublizität – also die Offenlegung der bedeutenden Bankaktionäre – dienen[1013]. Die Offenle-

1013 Traditionell steht im Zusammenhang mit der Offenlegung unternehmensbezogener Daten die Rechnungslegungspublizität, verstanden als Publizität des Jahresabschlusses, im Vordergrund. Im Laufe der Zeit hat allerdings die herkömm-

gungspflicht ist in der Bankenverordnung geregelt. Sie erhebt damit Anspruch, zu den bankautonomen Bereichen zu gehören, mithin von der Verweisungsordnung in Art. 6 Abs. 2 BankG ausgenommen zu sein[1014]. Das Bundesgericht hat diesen Anspruch geschützt, was von der Lehre kritisiert wurde. Mit dem Modell der differenzierten Spezialität wird die methodisch fragwürdige Vorgehensweise von Verordnungsgeber und Bundesgericht verzichtbar: Es genügt die Rückbesinnung auf die Funktionsweise der Verweisung.

aa) Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Im Zentrum der Kontroverse um die Beteiligungspublizität steht der BZ-Entscheid des Bundesgerichts[1015]. Zu entscheiden war, ob der Verordnungsgeber gestützt auf Art. 6 Abs. 5 BankG die Bank verpflichten könne, im Anhang zur Jahresrechnung die massgeblichen Aktionäre offenzulegen[1016]. Das Bundesgericht bejahte dies mit folgender Begründung:

Zwar sei nach dem deutschen Wortlaut von Art. 6 Abs. 5 BankG die Kompetenz des Bundesrates auf den Erlass von Gliederungsvorschriften beschränkt. Hingegen verwende sowohl der französische als auch der italienische Gesetzestext den Begriff „Elemente der Jahresrechnung". Der Bundesrat sei folglich gestützt auf Art. 6 Abs. 5 BankG sowohl hinsichtlich der *Struktur* als auch hinsichtlich des *Inhalts* der Jahresrechnung zur Regelung befugt[1017]. Auch habe er sich *in concreto* an die Grenzen der ihm eingeräumten Verordnungskompetenz gehalten. Zwar sehe das Aktienrecht die Offenlegungspflicht nur für Publikumsgesellschaften vor. Angesichts der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Banken könne aber das Interesse an der Of-

---

liche Erscheinungsform der Unternehmenspublizität Eweiterungen und Vertiefungen erfahren und es haben sich neue Publizitätsformen – etwa die Publizität der Hauptversammlung, die Konzernpublizität, die Börsen- und Kapitalmarktpublizität und die Insolvenzpublizität – herausgebildet. Zu den verschiedenen Publizitätsformen *Merkt*, Unternehmenspublizität, 23.

1014 Art. 25c Abs. 1 Ziff. 3.10.2 BankV.

1015 BGE 124 II 581.

1016 Weiter ging es um die Frage, ob die EBK die Offenlegungspflicht zu Recht auf die indirekten Kapitaleigner ausgedehnt hatte. Auch hier schützte das Bundesgericht die EBK. Angesichts des exemplarischen Charakters der hier behandelten „Einzelfragen der Koordination" wird auf diesen Themenbereich nicht eingegangen. Vgl. stattdessen die berechtigte Kritik bei *Lutz*, Komm. BankG (2001), N 134a zu Art. 6 BankG; *Amstutz*, ST 1999, 562 f.

1017 BGE 124 II 581 (584). Zum Wortlaut: „détermine les éléments qui doivent figurer dans les comptes annuels", bzw. „stabilisce quali elementi devono figurare nei conti annuali".

fenlegung ihrer Beherrschungsverhältnisse nicht geringer sein als bei ersteren. Wenn also der Bundesrat zwischen zwei im Aktienrecht vorgesehenen Lösungen diejenige wähle, die den Banken und ihrer Bedeutung allgemein angemessener erscheine, überschreite er den in Art. 6 Abs. 5 BankG vorgesehenen Delegationsrahmen nicht[1018].

bb) Kritik

Die Auffassung des Bundesgerichts, wonach die Verordnungsermächtigung in Art. 6 Abs. 5 BankG über den Wortlaut hinaus nicht nur die Gliederung, sondern auch den Inhalt der Jahresrechnung umfasse, hält der näheren Prüfung nicht stand[1019]. Der Begriff der Gliederung bezeichnet das äussere Erscheinungsbild der Rechnungslegungsdokumente, also ihre *Tiefenstruktur*[1020]. Welches Informationsmaterial überhaupt für die Rechnungslegung herangezogen wird, ist dagegen eine *inhaltliche Frage*, die vom Gliederungsbegriff nicht erfasst ist. Wenig überzeugend ist in diesem Zusammenhang der bundesgerichtliche Hinweis auf den französischen und italienischen Wortlaut der Gesetzesbestimmung. Denn sowohl die deutsche wie auch die französische bundesrätliche Botschaft macht deutlich, dass es dem Bankengesetzgeber in Art. 6 Abs. 5 BankG lediglich darum ging, ein einheitliches, für alle Banken verbindliches *formelles Erscheinungsbild* vorzugeben, das den Vergleich zwischen den verschiedenen Banken und verschiedenen Bilanzperioden erlaubt[1021]. Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man auf die parlamentarischen Beratungen abstellt[1022]. Den im italienischen und französischen Wortlaut bezeichneten „Elementen" kommt daher keine weitergehende Bedeutung zu als dem im deutschen Gesetzestext verwendeten Begriff der Gliederung[1023].

1018 BGE 124 II 581 (584 f.).

1019 Ablehnend auch *Lutz*, Komm. BankG (2001), N 134a zu Art. 6 BankG sowie in der Neufassung *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 185 f. zu Art. 6 BankG; *Amstutz*, ST 1999, 562. Kritisch auch die Kommentare in der Tagespresse, vgl. etwa *Brenner*, Transparenz in Ehren – aber so?, in: NZZ Nr. 281 (1998), 21; *von Salis/Honegger*, Zur Offenlegungspflicht der Banken, NZZ Nr. 302 (1998), 22. Zustimmend dagegegen *Kunz*, Minderheitenschutz, § 10 Rn. 122.

1020 *Walz*, Komm. HGB/Heymann, N 1 zu § 247 HGB.

1021 Vgl. BBl 1934, 185; FF 1934 186 (franz.). So auch der ältere Kommentar zum Bankengesetz, vgl. *Reinmann*, Komm. BankG, 39.

1022 Vgl. Sten. Bull. StR 1934, 223, wo betont wird, es gehe namentlich auch darum, zwischen den Banken Vergleiche ziehen zu können.

1023 So auch *Lutz*, Komm. BankG (2001), N 2 zu Art. 6 BankG.

Gegen die extensive Auslegung des Bundesgerichts spricht sodann der *Gesamtzusammenhang* von Art. 6 BankG. Wäre der Bundesrat gestützt auf Absatz 5 der genannten Bestimmung berechtigt, den Inhalt des Geschäftsberichts bzw. seiner Einzelteile festzulegen, so verbliebe für deren Absatz 2 nur ein minimaler Anwendungsbereich, bestehend aus den Grundsätzen der ordnungsgemässen Rechnungslegung und den Bewertungsvorschriften. Eine derart starke Einschränkung des Verweisungsumfangs ist aber mit dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 BankG, der für die Erstellung des Geschäftsberichts *insgesamt* auf das Aktienrecht verweist, nicht vereinbar.

Auch teilrechtsübergreifend zeigt sich, dass der Gesetzgeber herkömmlich zwischen den Gliederungsvorschriften und den Inhaltsvorschriften unterscheidet. So ermächtigt die Art. 6 BankG nachgebildete Rechnungslegungsbestimmung des Börsengesetzes den Bundesrat einerseits zum Erlass von Gliederungsvorschriften und andererseits zur Festlegung zusätzlicher Angaben, die im Anhang zur Jahresrechnung aufzuführen sind (Art. 16 Abs. 3 BEHG)[1024]. Wäre diese inhaltliche Kompetenz bereits im Begriff der Gliederungsvorschrift enthalten, würde sich ihre explizite Erwähnung erübrigen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass Art. 6 Abs. 5 BankG den Bundesrat *nicht* zum Erlass von materiellem Bilanzrecht ermächtigt. Dieses bleibt vielmehr Teil der Verweisungsordnung von Art. 6 Abs. 2 BankG.

cc) Koordinationsdogmatischer Lösungsansatz

Fällt die Beteiligungspublizität unter die Verweisungsnorm von Art. 6 Abs. 2 BankG, so ist für die Frage ihrer allgemeinen Verbindlichkeit im Bankenkontext die *allgemeine Verweisungsdogmatik* massgeblich: Es kommt zum Wechselspiel zwischen der Geltungsvermutung zugunsten der Referenzordnung und der Widerlegungsmöglichkeit durch die Verweisungsordnung[1025]. Sieht also das Aktienrecht die Beteiligungspublizität nur für die Publikumsgesellschaft vor (Art. 663c OR), ist diese Entscheidung für den Bankenkontext beachtlich. Banken, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, wären folglich von der Offenlegung ihrer massgeblichen Aktionäre befreit. Allerdings kann mit Blick auf den Sonderzweck des Bankengesetzes eine Abweichung von der aktienrechtlichen Problemlösung geboten sein, so dass die aktienrechtlichen Bestimmungen nicht oder nur modifiziert in die ban-

1024 Für Banken mit Effektenhändlerstatus bleibt das Bankengesetz vorbehalten, vgl. Art. 16 Abs. 4 BEHG.

1025 Vgl. oben S. 108 (Verweisung).

kengesetzliche Ordnung übernommen werden können (Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität). Eine solche modifizierte Übernahme drängt sich vorliegend auf.

Erstens ist das Bankengesetz seit jeher einer umfassenden Publizitätsordnung verpflichtet. Die Banken mussten ihre Jahresrechnung schon zu Zeiten veröffentlichen, als das Aktienrecht den Aktionären noch zumutete, sich zehn Tage vor der Generalversammlung an den Sitz der Gesellschaft zu begeben, um Einblick in die Jahresrechnung zu gewinnen (Art. 696 aOR)[1026]. Gehört aber eine umfassende Publizitätsordnung zu den Zielen des bankengesetzlichen Rechnungslegungsrechts, so sind insbesondere auch *neue* Formen der Publizität in diese Ordnung zu integrieren, und zwar unabhängig davon, ob sie im Aktienrecht umfassend oder nur teilweise Anwendung finden[1027].

Zweitens zeigt gerade die Frage der Öffentlichkeit der Jahresrechnung, dass in Pubilizitätsbelangen die Trennlinie nicht zwischen Aktiengesellschaften und Banken, sondern zwischen regulären Aktiengesellschaften einerseits und den Publikumsgesellschaften und Banken andererseits verläuft. Seit 1991 sind nämlich die Publikumgesellschaften gleich wie die Banken zur Veröffentlichung der Jahresrechnung gezwungen (Allgemeinpublizität), während für die regulären Aktiengesellschaften noch immer der Grundsatz der Individualpublizität gilt[1028]. Banken und Publikumsgesellschaften bilden mithin eine *gemeinsame Publizitätskategorie*. Wenn also der Gesetzgeber für die Publikumsgesellschaft ein zusätzliches Publizitätserfordernis vorsieht, so ist mit Blick auf die „Publizitäts-Einheit" von Banken und Publikumsgesellschaften von der umfassenden Geltung dieses Erfordernisses im Bankenkontext auszugehen. Dies rechtfertigt sich umso mehr, wenn man

---

1026 Eine Abschrift der Dokumente stand den Aktionären erst *nach* der Abnahme der Bilanz durch die Generalversammlung zu, vgl. Art. 696 Abs. 2 aOR (1936).

1027 Teilweise wird geltend gemacht, die Publizitätsbestimmung in Art. 663c OR habe kapitalmarktrechtlichen Charakter und gehöre daher nicht zur Rechnungslegung, weshalb die dort statuierte Offenlegungspflicht auch nicht als „Element" der Jahresrechnung bezeichnet werden könne. So etwa *von Salis/Honegger*, Zur Offenlegungspflicht der Banken, NZZ Nr. 302 (1998), 22 und *Amstutz*, ST 1999, 562. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Bankengesetz auch nicht auf die *Rechnungslegungsbestimmungen* des Aktienrechts verweist, sondern generell auf die Bestimmungen über die *Erstellung des Geschäftsberichts*.

1028 Die Aktionäre haben Anspruch auf Einsicht auf den Geschäftsbericht (Art. 696 OR), Gläubiger haben bei Nachweis eines schutzwürdigen Interesses Anspruch auf Einsicht in die Jahresrechnung (Art. 697h Abs. 2 OR). Die Unterscheidung zwischen Allgemein- und Individualpublizität findet sich bei *Hopt*, Kapitalanlegerschutz, 88 ff., 94 f., 468 ff.; *Ekkenga*, Anlegerschutz, insb. 396. Kritisch gegenüber der Unterscheidung *Merkt*, Unternehmenspublizität, 9 ff.

die Gründe für die publizitäre Gleichbehandlung von Banken und Publikumsgesellschaften im Blick behält: Beide fungieren als öffentliche Kapitalsammelbecken, was zu einem erhöhten Schutzbedarf für Gläubiger bzw. Anleger führt. Reagiert der Aktiengesetzgeber auf die verschärfte Risikolage mit zusätzlichen Offenlegungspflichten, so spricht alles dafür, dass diese Pflichten auch im Bankenkontext verwirklicht werden müssen[1029].

Im Ergebnis ist also dem Bundesgericht zuzustimmen, wenn es die Publizitätsordnung der Publikumsgesellschaft auch für nicht kotierte Banken für verbindlich erklärt. Statt aber den Begriff der Gliederung in Art. 6 Abs. 5 BankG über Gebühr zu strapazieren, ist dieses Ergebnis auch unter Rückgriff auf die allgemeine Verweisungsdogmatik zu bewerkstelligen. Erreicht wird sie durch die *modifizierte* Übernahme von Art. 663c OR in dem Sinne, als diese ohne Einschränkung für alle Banken zur Anwendung kommt[1030].

dd) Zukünftige Neuregelung (RRG)

Der aktuelle Vorentwurf für ein allgemeines Rechnungslegungsgesetz sieht die Beibehaltung von Art. 663c OR vor[1031]. Damit bleibt die Beteiligungspublizität Teil der Verweisungsordnung von Art. 6 Abs. 2 BankG, mit den oben aufgezeigten Folgen.

ee) Fazit

Die Beteiligungspublizität lässt sich als Modifikation der aktienrechtlichen Ordnung im Rahmen der Verweisungswirkung erklären. Damit bleibt es zwar bei einer Kompetenzüberschreitung des Verordnungsgebers. Materiell hat dies aber keine Folgen, weil die Aufsichtsbehörde in direkter Anwendung des Bankengesetzes die umfassende Offenlegung verlangen kann.

5. Ergebnis zur Rechnungslegung

Rechtstechnisch ist die Rechnungslegung der Banken einerseits durch eine Reihe bankrechtsspezifischer Vorschriften und andererseits durch die modi-

---

1029 A.A. *von Salis/Honegger*, Zur Offenlegungspflicht der Banken, NZZ Nr. 302 (1998), 22, die zwischen den beiden Schutzkategorien unterscheiden und gestützt darauf die Offenlegungspflicht für Banken verneinen.

1030 Zur Auslegung von Art. 663c OR vgl. *Forstmoser*, OR 663c – ein wenig transparentes Transparenzgebot, 69 ff.

1031 Expertenkommission Rechnungslegungsrecht, Vorentwurf und Begleitbericht, 41.

fizierende Übernahme aktienrechtlicher Regelungen kraft Verweisung gekennzeichnet. Die darin angelegte formale Zweispurigkeit verliert sich indes bei den Inhalten. Getrieben vom nachhaltigen Standardisierungsdruck der internationalen Finanzmärkte hat sich die Praxis von dem gesetzlichen Programm für die Koordination zwischen Aktien- und Bankrecht inzwischen weit entfernt. Dabei lässt sich in den meisten Einzelfragen ein Handlungsmuster erkennen, bei dem sowohl der Verordnungsgeber als auch die Eidg. Bankenkommission sich in pragmatischer Handhabung des Legalitätsprinzips um eine schnellere Anpassung des trägen Rechts an die zeitgemässen Rechnungslegungsstandards bemühen. Führt man sich die zentrale Stellung der Rechnungslegung für die Bankenaufsicht vor Augen, ist diese Vorgehensweise verständlich. Am Befund selbst ändert dies aber nichts: Es regiert der ökonomische Sachzwang, nicht die Hoheit des Gesetzes.

Allerdings sind einige der angestrebten Modernisierungen durch eine Dogmatik zu erreichen, die sich auf *Grundprinzipien der koordinativen Normgeltung* zurückbesinnt. Statt ein Prinzip der strengeren Regel oder eine so nicht begründbare Vorstellung von rechungslegungsrechtlichen „Mindeststandards" einfach ergebnisorientiert *contra legem* zu statuieren, lässt sich die angestrebte Flexibilität gesetzeskonform dadurch begründen, dass man die in Art. 6 Abs. 2 BankG verwendete *Rechtsfigur der Verweisung* als das begreift, was sie ist: ein Instrument der Verhältnisbestimmung, das zwar die Vermutung der Regelungsadäquanz der aktienrechtlichen Referenzordnung beinhaltet, aber gleichzeitig den Vorbehalt der bankenrechtlichen Systemkompatibilität statuiert (stille Reserven, Beteiligungspublizität). Solcherlei koordinationsdogmatische Rekonstruktion macht allerdings auch die rechtlichen Grenzen einer Anpassung *intra legem* deutlich: sie sind erreicht, wenn es um die internationalen Rechnungslegungsstandards oder um die Elemente der Jahresrechnung geht. Hier helfen nur die vorgesehenen Gesetzesänderung (Rev. BankG, RRG), um die gegenwärtige Diskrepanz zwischen Recht und Praxis auszugleichen.

IV. Das Bankkonzernrecht

Die Unternehmensverbindung gehört zu wirtschaftlich bedeutsamsten Erscheinungen der Gegenwart. Es erstaunt daher nicht, dass sowohl das Bankengesetz als auch das Aktienrecht konzernbezogene Einzelnormierungen enthalten. Koordinationsdogmatisch stellt sich dabei sofort die Frage, inwieweit tatbestandliche Anknüpfungen an den Konzernbegriff, wie sie im Aktienrecht und Bankaufsichtsrecht enthalten sind *(Begriffsparallelisierung)*, zu einer inhaltlichen Wechselwirkung zwischen den beiden Teilrechtsordnungen führen (1). Hier zeigt sich allerdings schnell, dass die Varianz der Zentralkriterien eine teilrechtsübergreifende Bedeutungskongruenz verhindert. Was als exemplarische Koordinationsmaterie bleibt, ist die Normkonkurrenz im Bereich der *Konzernrechnungslegung*. Untersucht man diese entlang der Grundlinien der differenzierten Spezialität, zeigt sich, dass trotz absoluter formeller und expliziter inhaltlicher Autonomie des Bankaufsichtsrechts die aktienrechtliche Grundordnung weiterhin auf das bankengesetzliche Sonderrecht einwirkt (2). Neben diesem „klassischen" Fall der Koordinationsdogmatik bietet das Bankkonzernrecht auch Gelegenheit, die Koordination der beiden Teilrechtsordnungen ausserhalb von Normkonkurrenzfällen zu erproben (3).

1. Begriffsparallelisierung als Koordinationsmodell im Bankkonzernrecht?

Eine Begriffsparallelisierung liegt überall dort vor, wo verschiedene Teilrechtsordnungen dieselben rechtstechnischen Begriffe verwenden[1032]. Koordinationsdogmatisch folgt aus einer solchen Begriffsparallelisierung, dass beiden Verwendungszusammenhängen *prima facie* derselbe Sinngehalt zukommt. Die Parallelisierung bringt begrifflich verbundenen Vorschriften folglich in eine materielle Normrelation, aus der eine *indizierende Wechselwirkung* zwischen den Teilrechtsordnungen folgt: im Zweifel ist der Bedeutungsgehalt im Kontext beider Ordnungen der gleiche.

Sowohl das Aktienrecht als auch das Bankengesetz verwenden den Begriff „Konzern". Die mit einer solchen Begriffsparallelisierung verbundene Wirkung führt im Regelfall zu einem materiellen Gleichklang zwischen den beiden Teilrechtsordnungen: Die interpretative Ausdifferenzierung des Konzernbegriffs im Aktien- oder im Bankaufsichtsrecht ist also vermutungswei-

1032 Siehe oben S. 102 (Begriffsparallelisierung).

se auch für die jeweils andere Teilrechtsordnung bedeutsam. Allerdings zeigt bereits die erste Übersicht, dass der „Konzern" schon *teilrechtsintern* an unterschiedliche Kriterien anknüpft.

a) Zentralkriterien im Aktienrecht

Aus den unterschiedlichen Vorschriften des Aktienrechts über Unternehmensverbindungen lassen sich zwei Zentralkriterien herausarbeiten: das Leitungsprinzip und das Control-Prinzip.

aa) Leitungsprinzip (Rechnungslegung)

Die zentrale Norm des kodifizierten Konzernrechts der Aktiengesellschaft ist Art. 663e OR. Sie legt die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung fest und enthält gleichzeitig eine Konzerndefinition. Danach ist der Normtatbestand „Konzern" erfüllt, „wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst."

Entscheidend für die Konsolidierungspflicht nach Obligationenrecht ist demnach allein die *einheitliche Leitung.* Deren massgeblicher Ausdruck ist die Zentralisierung im Finanzbereich[1033]. Als Mittel zur Durchsetzung der einheitlichen Leitung nennt das Gesetz einerseits die Stimmenmehrheit, andererseits die „Zusammenfassung auf andere Weise". Letztere kann etwa auf statutarischer, vertraglicher oder personeller Grundlage erfolgen[1034]. Nach ganz überwiegender Auffassung beruht der Konzernbegriff von Art. 663e OR auf dem *Faktizitätsprinzip:* Eine einheitliche Leitung liegt nicht schon dann vor, wenn die Einflussnahme möglich ist (potentielle Leitung), sondern erst, wenn sie effektiv ausgeübt wird (faktische Leitung)[1035].

1033 Vgl. z.B. Botschaft Revision Aktienrecht, BBl 1983 I, 818 (209.5); *v. Büren*, SPR VIII/6, 57 f.; *Schluep*, ZSR 92 II (1973), 269; *Slongo*, Begriff der einheitlichen Leitung, 109 f.; *Zünd*, Einheitliche Leitung, 79. Kritisch allerdings *Druey*, Schweizerisches Konzernrecht, 239 f.

1034 Vgl. Botschaft Revision Aktienrecht, BBl 1983 I, 818. Ein eigentlicher „Beherrschungsvertrag" im Sinne des deutschen Aktienrechts wäre dagegen nach schweizerischem Recht nicht zulässig. Vgl. dazu insbesondere *Böckli*, Konzernrecht, 76.

1035 So der klare Wille des Bundesrates, vgl. Botschaft Revision Aktienrecht, BBl 1983 I, 818 (209.5). Vgl. zudem *Böckli*, ST 1994, 369 ff.; *ders.*, Aktienrecht, Rn. 1190; *Bosman*, Konzernverbundenheit, 28; *v. Büren,* Der Konzern im neuen Aktienrecht, 52; *ders.*, SPR VIII/6, 82 ff.; *Druey/Vogel*, Konzernrecht, 44; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 51 Rn. 204; *Handschin*; Konzern, 31; *Petitpierre-Sauvin*, Droit des sociétés, 36 ff.; *Slongo,* Begriff der einheitlichen Leitung, 185 ff.; *Zenhäu-*

bb) Eingeschränktes Control-Prinzip (wechselseitige Beteiligung)

Dem Leitungsprinzip steht an anderer Stelle im Gesetz das Control-Prinzip als entscheidendes Anknüpfungskriterium gegenüber. Nach dem Control-Prinzip liegt ein Konzern vor, wenn die Muttergesellschaft die Möglichkeit hat, die Tochtergesellschaft zu beherrschen, sei es durch Stimmenmehrheit, sei es auf andere Weise. Ob die Konzernmutter die Beherrschungsmöglichkeit effektiv ausübt, spielt für die an den Konzerntatbestand geknüpfte Rechtsfolge keine Rolle[1036].

Am Control-Prinzip orientiert sich Art. 659b OR, wonach der Erwerb von Aktien des Mutterunternehmens durch die Tochtergesellschaft denselben Beschränkungen unterliegt wie der Kauf eigener Aktien durch die Muttergesellschaft selbst[1037]. Der Wortlaut von Art. 659b Abs. 1 OR stellt allein auf die „mehrheitliche Beteiligung" der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft ab[1038]. Allerdings ist hier das Control-Prinzip eingeschränkt; rechtsrelevant ist nur die Beherrschung mittels *Mehrheitsbeteiligung*. Eine Beherrschung „auf andere Weise" – also etwa durch Vertrag, wird von der Bestimmung nicht erfasst, falls nicht gleichzeitig eine Mehrheitsbeteiligung vorliegt[1039].

---

sern, Konzernrechnungslegung, 50; *Zürcher*, Gläubigerschutz, 102 f. Offen: *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, 187. A.A. *Boemle*, Jahresabschluss, 567; *Meyer*, Konzernrechnung, 20 f.; in der Tendenz auch *Neuhaus/Ilg*, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 663e OR. Mit Blick auf die Schwierigkeiten der Beweisführung ist allerdings davon auszugehen, dass im Falle einer Stimmenmehrheit die Obergesellschaft den Nachweis des Fehlens einer einheitlichen Leitung zu erbringen hat, vgl. *Böckli*, ST 1994, 377; *Druey/Vogel*, Konzernrecht, 49.

1036 Vgl. etwa *Böckli*, ST 1994, 369 f.; *Fischer/Koch*, SZW 71 (1999), 139; HWP I, 268. Vgl. auch IAS-27 (1994), Ziff. 6.

1037 Rechtsprechung und Gesetzgebung wollen verhindern, dass ein Unternehmen die prozentuale Beschränkung des Gesetzes für den Erwerb eigener Aktien (Art. 659 OR: 10%) unterläuft, indem es eine Tochtergesellschaft als Erwerberin vorschiebt. Statt vieler: *Handschin*, Der Konzern, 160 ff. Den Vorläufer für die gesetzliche Regelung bildete BGE 72 II 275.

1038 Ob die „mehrheitliche Beteiligung" als Stimmen- oder als Kapitalmehrheit zu verstehen sei, ist streitig. Für die Stimmenmehrheit: *Böckli*, Aktienrecht, § 4 Rn. 327; *v. Planta/Lenz*, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 659b OR. Für die Kapitalmehrheit: *v. Büren*, SPR VIII/6, 107; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 50 Rn. 178. Für das Abstellen auf den Grad der Abhängigkeit *Nobel*, Konzernrecht, 230. Kritisch gegenüber dem „Systembruch" mit dem Leitungsprinzip *Petitpierre-Sauvin*, SZW 64 (1992), 220 ff.; *Nobel*, Konzernrecht, 230; *v. Planta/Lenz*, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 659b OR. Mit ausführlicher Begründung für die funktionale Begründung der Differenzierung *Böckli*, Aktienrecht, § 4 Rn. 377 ff.

1039 *Böckli*, Aktienrecht, § 4 Rn. 327; *v. Büren*, SPR VIII/6, 108; *v. Planta/Lenz*, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 659b OR.

cc) Zukünftige Neuregelung

Im Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG)[1040] wird auf eine explizite Definition des „Konzerns" zwar verzichtet, doch spricht die Regelung über Konsolidierungspflichten von einer juristischen Person, die andere Organisationen „kontrolliert" (Art. 38 VE RRG). Eine solche Kontrolle soll vorliegen, wenn die juristische Person (Muttergesellschaft) bei einer anderen Organisation (Tochtergesellschaft) direkt oder indirekt (a) über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt, (b) über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Geschäftsführungsorgans zu bestellen, oder (c) kraft Statuten oder Vertrag einen beherrschenden Einfluss ausübt. Damit wird auch im Rechnungslegungsrecht vom Leitungsprinzip zum Control-Prinzip übergegangen.

Das neue Gesetz übernimmt im Wesentlichen die Regelung in Art. 1 Abs. 1 der 7. EU-Richtlinie über den konsolidierten Jahresabschluss (Konzernbilanzrichtlinie)[1041]. Von der EU-Kompromisslösung, die in Absatz 1 das angelsächsische Control-Prinzip und in Absatz 2 das Leitungsprinzip des deutschen Aktienrechts verankert[1042], bleibt im RRG allerdings nur das Control-Prinzip übrig. Im Ergebnis entspricht dies auch der aktuellen Rechtslage in Deutschland. Zwar definiert das deutsche Aktiengesetz den Konzern nach wie vor auf der Grundlage der einheitlichen Leitung[1043]. Im Bereich der Rechnungslegung gilt aber aufgrund der Übernahme des EU-Bilanzrecht auch in Deutschland das Control-Prinzip (§ 290 Abs. 2 HGB)[1044]. Die Konzernierung bei einheitlicher Leitung *und* gleichzeitiger Beteiligung steht gesetzestechnisch im Vordergrund (§ 290 Abs. 1 HGB), bildet aber *de facto* lediglich einen Auffangtatbestand[1045].

1040 Expertenkommission „Rechnungslegungsrecht", Revision des Rechnungslegungsrechts, Vorentwürfe und Begleitbericht vom 29. Juni 1998.

1041 Siebte Richtlinie des Rates über den konsolidierten Jahresabschluss vom 13. Juni 1983 (83/660/EWG). Für einen Überblick vgl. *Niessen*, WPg 1983, 653 ff.

1042 Vgl. *Böckli*, ST 1994, 370 f.

1043 Vgl. § 18 AktG.

1044 § 290 Abs. 2 HGB: „Eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland ist *stets* zur Aufstellung eines Konzernabschlusses ... verpflichtet, wenn ..." [Es folgt die Übernahme von Art. 1 Abs 1 der Konzernbilanzrichtlinie]. Zur Konzernvermutung gemäss § 290 Abs. 2 HGB vgl. *Wysocki*, WPg 1987, 278 ff.

1045 Vgl. *Niehus/Scholz*, HGB-Komm. Heymann, N 15 zu § 290 HGB; *Strobel*, BB 1987, 243.

dd) Fazit

In der Vergangenheit ist dort, wo das Aktienrecht den Begriff „Konzern" verwendete[1046], im Zweifel nach dem Kriterium der einheitlichen Leitung im Sinne von Art. 663e OR gefragt worden[1047]. Nur vereinzelt war das Control-Prinzip bereits im Aktienrecht etabliert. Die jüngsten Entwicklungen weisen indes einen deutlichen Vereinheitlichungstrend aus, der in Anlehnung an internationale Standardisierungen immer stärker das *Control-Prinzip* zu einem übergreifenden Kern des Konzernbegriffs wachsen lässt[1048].

Eine jüngere Mindermeinung will gar schon heute das Leitungsprinzip im Sinne einer *potentiellen* Leitung interpretieren und ihn dadurch dem Control-Prinzip annähern[1049]. Das entspricht aber nachweislich nicht dem Willen des historischen Gesetzgebers. Zwar sind legislativ die Weichen gestellt und ein vereinheitlichter Konzernbegriff, der sich am Control-Prinzip orientiert, ist aktienrechtlich in Griffweite geraten. *De lege lata* allerdings bleibt es bei der inhaltlichen Begriffsvarianz, so dass noch nicht von einem einheitlichen aktienrechtlichen Konzernbegriff gesprochen werden kann.

b) Zentralkriterien im Bankaufsichtsrecht

aa) Control-Prinzip (Rechnungslegung)

Auch im Bankaufsichtsrecht findet sich die Definition des Konzerns im Zusammenhang mit der Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung. Normadressatin ist diejenige Bank, die mit mehr als der Hälfte der Stimmen direkt oder indirekt an einer oder mehreren Gesellschaften beteiligt ist oder auf sie in anderer Weise einen beherrschenden Einfluss ausübt (Art. 23a Abs. 1 BankV)[1050]. Auf das Kriterium der einheitlichen Leitung haben Gesetzgeber und Verordnungsgeber verzichtet; sie stellen nur noch auf

---

1046 z.B. Art. 653 Abs. 1 OR, Art. 663a Abs. 4 OR, 663g Abs. 2 OR, 663h Abs. 1 OR, 727c Abs. 2 OR.

1047 Dem Konzernbegriff in Art. 727c Abs. 2 OR legen allerdings gewisse Autoren das Kriterium der Mehrheitsbeteiligung zugrunde, vgl. *Druey*, Leitungsrecht, 4 Fn. 7; *Watter*, Basler Kommentar, N 15 f. zu Art. 727c OR.

1048 Vgl. namentlich IAS-27 Ziff. 6 (1994). Gemäss *Glanz*, Prinzipien der Konzernrechnungslegung, 181 f., haben sämtliche führenden Industriestaaten ihren Konsolidierungsvorschriften das Control-Prinzip zugrundegelegt.

1049 So etwa *Boemle,* Jahresabschluss, 567; *Fischer/Koch*, SZW 71 (1999), 140 f.; *Meyer*, Konzernrechnung, 20 f. In der Tendenz auch *Neuhaus/Ilg*, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 663e OR.

1050 Vgl. auch EBK-Bull. 26 (1995), 31.

Stimmenmehrheit oder sonstige Beherrschung ab[1051]. Mit dem Verzicht auf das Leitungsprinzip im herkömmlichen Sinne einer faktischen Leitung stellt sich das Bankaufsichtsrecht auf die Seite des *Control-Prinzips*[1052]: Die Konsolidierungspflicht bzw. die Pflicht zur konsolidierten Aufsicht besteht bereits dann, wenn die *Möglichkeit* der Beherrschung besteht. Ob diese Möglichkeit auch effektiv ausgenutzt wird (faktische Leitung), ist dagegen unerheblich.

bb) Erweitertes Control-Prinzip (Eigenmittel, Risikoverteilung)

Allerdings ist innerhalb des Bankaufsichtsrechts nicht jede Vorschrift über Unternehmensverbindungen gleich ausgestaltet. Auf ein „Control-Plus"-Regime setzt der Bankenverordnungsgeber bei der Regelung der Eigenmittel und der Risikoverteilung[1053]. Gemäss Art. 13a Abs. 1 BankV besteht die Konsolidierungspflicht, wenn die Bank mit anderen im Finanzbereich tätigen Unternehmen oder Immobiliengesellschaften eine *wirtschaftliche Einheit* bildet oder wenn aufgrund anderer Umstände anzunehmen ist, dass sie gegenüber diesen Unternehmen eine *Beistandspflicht* trifft. Nach Absatz 2 besteht eine Konsoliderungspflicht nach Absatz 1 immer dann, wenn die Bank die genannten Unternehmen stimmenmässig oder auf andere Weise beherrscht. Faktisch steht also auch bei den Eigenmittelvorschriften die *Beherrschung* im Vordergrund. Darüber hinaus – sozusagen als Auffangtatbestand – greift der Konsolidierungszwang bei Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit oder eines sonstwie gearteten Beistandszwangs. Im Ergebnis findet also ein erweitertes Control-Prinzip Anwendung.

Mit dem erweiterten Control-Prinzip ist der „CS-Entscheid"[1054] des Bundesgerichts aus dem Jahre 1990 in die Bankenverordnung von 1994 integriert worden[1055]. Im Entscheid dehnte das Bundesgericht die Pflicht zur Eigenmittelkonsolidierung auf „atypische Bankkonzerne" aus, an deren Spitze

---

1051 Als Beispiele für eine „sonstige Beherrschung" nennt *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 33 zu Art. 6 BankG: vertragliche Vereinbarung, starke Stellung im Verwaltungsrat, Vorhandensein von erheblichem Streubesitz bei Minderheitsbeteiligung, hoher Anteil an Fremdfinanzierung einer Untergesellschaft.

1052 Vgl. *Fischer/Koch*, SZW 1999, 139; *Geiger*, Komm. BankG (2003), N 33 zu Art. 6 BankG; *Nobel*, Bank- und Finanzkonglomerate, 162

1053 Ausformuliert ist das Konsolidierungsregime in Art. 13a BankV (Eigenmittel); die Risikoverteilungsvorschrift (Art. 21m BankV) begnügt sich mit einem Verweis.

1054 BGE 116 Ib 331. Vgl. die (kritischen) Urteilsbesprechungen von *Kleiner/Lutz*, SZW 1991, 141 ff. und von *Hertig*, SZW 1991, 155 ff.

1055 *Nobel*, Bank- und Finanzkonglomerate, 165; *ders.*, Konsolidierung und konsolidierte Überwachung, 144 f.

nicht ein Bankinstitut, sondern eine – der Bankenaufsicht nicht unterstehende – Holdinggesellschaft steht. In solchen Fällen treffe die Konsolidierungspflicht die im Bankgeschäft tätige Tochtergesellschaft. Denn für sie bestehe, auch wenn sie formell nicht an der Konzernspitze stehe, ein faktischer Beistandszwang gegenüber den anderen Konzerngesellschaften[1056].

Die Ausdehnung der konsolidierten Aufsicht auf Holdingstrukturen entspricht auch der Rechtslage im europäischen Ausland. Die Erste Konsolidierungsrichtlinie (1977)[1057] war noch auf „klassische Bankkonzerne" zugeschnitten. In Reaktion auf den Zusammenbruch der BCCI-Bankengruppe, die sich durch eine weit verzweigte Holdingstruktur erfolgreich einer effektiven Aufsicht entzogen hatte, erweiterte die Zweite Konsolidierungsrichtlinie (1992)[1058] die Konsolidierungspflicht auf Holdingstrukturen[1059]. Die aktuelle Bankenaufsichtsrichtlinie (2000)[1060] hat diesen Grundsatz beibehalten und weiter ausdifferenziert. Heute richtet sich der Regulierungsfokus auf Finanzkonglomerate (2002)[1061].

Über die Richtigkeit des ursprünglichen CS-Entscheids mag sich vor dem Hintergrund der alten Bankenverordnung im Jahre 1990 streiten lassen[1062]. Seit der Änderung der Verordnung im Jahre 1994 ist solcher Zweifel aber obsolet geworden. Der Verordnungsgeber hat in zulässigem Umfang von seiner Kompetenz gemäss Art. 4 und 4bis BankG Gebrauch gemacht und im Bankaufsichtsrecht einen erweiterten Begriff der Unternehmensverbindung eingeführt (Control-Plus-Prinzip), der für die Zwecke der Eigenmittel und Risikoverteilung an die Stelle des herkömmlichen Control-Prinzips tritt. In den übrigen Fällen ist dagegen von der Massgeblichkeit des (regulären) Control-Prinzips auszugehen, wenn im Bankaufsichtsrecht von „Konzern" die Rede ist[1063].

1056 BGE 116 Ib 331 (337 f.).

1057 Richtlinie 77/80/EWG vom 12.12.1977, Abl. Nr. L 322, vom 17.12.1977, S. 30.

1058 Richtlinie 92/30/EWG vom 6.4.1992, Abl. Nr. L 110 vom 28.4.1992, S. 52.

1059 Vgl. hierzu *Dürselen*, ZBB 1997, 347; *Jörgens*, koordinierte Aufsicht, 127.

1060 Richtlinie 2000/12/EWG vom 20.3.2000, Abl. Nr. L 126 vom 26.5.2000, S. 1. Geändert durch die Richtlinie 2000/28/EG vom 18.9.2000, Abl. Nr. L 126 vom 27.10.2000, S. 37.

1061 Richtline 2002/87/EG vom 16. 12.2003, Abl. L 35 vom 11.2.2003, S. 1.

1062 Vgl. die kritischen Urteilsbesprechungen von *Kleiner/Lutz*, SZW 1991, 141 ff. und von *Hertig*, SZW 1991, 155 ff. Vgl. auch *Druey/Vogel*, Konzernrecht, 128 ff.

1063 Neben der Definition in Art. 23a BankV z.B. in Art. 7 Abs. 4 BankV, Art. 18 Abs. 3 BankV, EBK-RS 95/1 Rn. 14. Etwas anderes gilt für die Bestimmungen im Zusammenhang mit den Eigenmittel und Risikoverteilungsvorschriften, wo im Zweifel von der Massgeblichkeit des erweiterten Control-Prinzips auszugehen ist.

cc) Zukünftige Neuregelung

Die aufsichtsrechtliche Regelung der Unternehmensverbindung soll zukünftig im Abschnitt über die Bewilligungsvoraussetzungen zum Geschäftsbetrieb (Art. 3 ff. BankG) einer umfassenden gesetzlichen Grundlage zugeführt werden. Enthalten ist der Revisionsentwurf in den Schlussbestimmungen des Entwurfs für ein neues Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)[1064]. Die neuen Bestimmungen sprechen allerdings nicht vom Konzern, sondern von der Finanzgruppe und vom Finanzkonglomerat (Art. 3c E-BankG), wobei als Finanzkonglomerat eine Finanzgruppe gilt, die hauptsächlich im Bank- oder Effektenhandelsbereich tätig ist und zu der mindestens ein Versicherungsunternehmen von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung gehört (Art. 3c Abs. 2 E-BankG). Als Finanzgruppe gelten zwei oder mehrere Unternehmen, wenn mindestens eines als Bank oder Effektenhändler tätig ist, sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und sie „eine wirtschaftliche Einheit bilden oder aufgrund anderer Umstände anzunehmen ist, dass ein oder mehrere der Einzelaufsicht unterstehende Unternehmen rechtlich verpflichtet oder faktisch gezwungen sind, Gruppengesellschaften beizustehen." (Art. 3c Abs. 1 lit. c E-BankG).

Die Umschreibung deckt sich mit der Begriffsbestimmung in Art. 13a Abs. 1 BankV (wirtschaftliche Einheit, Beistandszwang). Die in Art. 13a Abs. 2 BankV enthaltene Vermutung, dass bei einer stimmenmässigen oder anderen Beherrschung die Konsolidierungspflicht nach Absatz 1 greift, wird hingegen nicht übernommen. Tatsächlich wird aber auch hier die stimmenmässige Beherrschung ein wichtiges Indiz für die Unternehmensverbindung darstellen, während die wirtschaftliche Einheit und der Beistandszwang die Anknüpfung für atypische Bankkonzerne bilden wird. Für das zukünftige Aufsichtsrecht der Unternehmensverbindungen wird also das *erweiterten Control-Prinzip* das primäre Anknüpfungskriterium bilden.

Ob allerdings die Aufsichtsbehörde insgesamt auf das erweiterte Control-Prinzip zurückgreift, oder ob sie – wie bis anhin – für die Rechnungslegung auf das (einfache) Control-Prinzip abstellt, ist noch offen. Tatsächlich könnte der Verordnungsgeber gestützt auf Art. 6 Abs. 1 BankG schon heute für die Rechnungslegung das erweiterte Control-Prinzip als massgeblich erklären. Bislang ist es allerdings beim (einfachen) Control-Prinzip geblieben.

1064 Vgl. BBl 2003, 3789 ff.

c) Fazit

Wie steht es angesichts dieser Entwicklung um den gemeinsamen Kerngehalt des Konzernbegriffs im Interaktionsfeld von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht? Angesichts der Varianz von Begriffskriterien, die schon teilrechtsintern festzustellen ist, erübrigt sich die Frage nach einem einheitlichen Konzernbegriff, der als Grundlage für die Koordination im Bankkonzernrecht tauglich wäre. Eine Koordinationswirkung könnte allerdings schon eintreten, wenn der Konzernbegriff zumindest für die sich überschneidenden Regelungsbereich derselbe wäre, wenn also für das Konzernbilanzrecht „Konzern" in beiden Teilrechtsordnungen dieselbe Bedeutung hätte. Doch gerade hier zeigt sich *de lege lata* eine Divergenz bei den Begriffskriterien: Der aktienrechtliche Konsolidierungskonzern knüpft an das Leitungsprinzip an, der bankaufsichtsrechtliche an das Control-Prinzip. Auch für die Zukunft ist der Gleichklang nicht gesichert: Das RRG wählt als Zentralkriterium für die Rechnungslegung das Control-Prinzip, während sich das zukünftige Bankengesetz die Möglichkeit des erweiterten Control-Prinzips vorbehält.

2. Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialität

Trotz fehlender Bedeutungskongruenz beim Konzerbegriff erwächst aus der Existenz eines Bankkonzerns ein Koordinationsbedarf zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht. Dies aus der einfachen Tatsache heraus, dass sich beide Teilrechtsordnungen im Hinblick auf die Pflicht zur Konzernrechnungslegung konkurrenzieren. Wie bei den bisherigen Konkurrenzverhältnissen ist auch hier zwischen formellem Geltungsanspruch und inhaltlicher Wechselwirkung zu unterscheiden (differenzierte Spezialität).

a) Geltungsvorrang des Bankaufsichtsrechts (absolute formelle Spezialität)

Im Konkurrenzverhältnis zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht kommt der bankengesetzlichen Norm der Geltungsvorrang zu[1065]. Wenn daher das Bankengesetz in Art. 6 Abs. 1 den Verordnungsgeber ermächtigt, die Voraussetzungen für die Erstellung einer Konzernrechnung festzulegen, so bildet die hierauf gestützte Verordnungsbestimmung (Art. 23a BankV)

1065 Siehe oben S. 169 (Vorrang als Auslegungsergebnis); S. 181 (Fazit zur formellen bankengesetzlichen Spezialität).

zusammen mit der bankengesetzlichen Ermächtigungsnorm die alleinige Grundlage für die Rechnungslegungspflicht einer Unternehmensverbindung im Bankenkontext. Bestehen die Einzelgesellschaften eines Bankkonzerns also aus Aktiengesellschaften, so richtet sich deren Rechnungslegungspflicht gleichwohl nicht nach dem Obligationenrecht, sondern *ausschliesslich nach der der Bankenverordnung.*

Fraglich könnte in diesem Zusammenhang höchstens sein, ob der Verordnungsgeber bei der Wahl eines bankautonomen Konzernbegriffs seinen Ermessensspielraum überschritten hat. Das ist aber nicht der Fall. Der Bankengesetzgeber hat die Frage der Konsolidierungspflicht ausdrücklich dem bankengesetzlichen Sonderrechtsbereich zugewiesen (Art. 6 Abs. 1 BankG). Der Verordnungsgeber von 1994 setzte den Entscheid des Bankengesetzes um, indem er in Art. 23a BankV für den bilanzrelevanten Konzernbegriff bereits auf das Control-Prinzip abstellte, während im Aktienrecht noch das Leitungsprinzip galt. Er hat damit in Ausübung der übertragenen Regelungskompetenz gehandelt und den eingeräumten Ermessenspielraum nicht verletzt.

b) Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts (relativierte materielle Spezialität)

Die eigentliche Koordinationskraft der differenzierten Spezialität besteht darin, dass sie einen *wechselseitigen inhaltlichen Einfluss* zwischen den Teilrechtsordnungen anerkennt, obwohl diese formell auf je eigenständigen Regelungen beruhen. Auch im Bankkonzernrecht kommt ein inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts in Betracht. Allerdings ist hier als Besonderheit in Rechnung zu stellen, dass der Gesetzgeber mit dem klaren Wortlaut von Art. 23a BankV auch inhaltlich eine weitgehende Autonomie des Bankkonzernrechts (Control-Prinzip) gegenüber dem allgemeinen Konzernrecht (Leitungsprinzip) begründet hat. Doch selbst in diesem vermeintlich klaren Fall bankaufsichtsrechtlicher Autonomie entpuppt sich das Aktienrecht als *Lieferant zusätzlicher Interpretationselemente,* ohne die der aufsichtsrechtliche Konzernbegriff seinen umfassenden Schutzauftrag nicht erfüllen könnte:

aa) Parallelität im Regulierungsfokus

Im Rahmen der Untersuchung der materiellen Normrelation im Bereich des bilanziellen Konzernrechts ist vorweg festzuhalten, dass die Unterschiede im Konzernverständnis nichts an der *inhaltlich gleichen Ausrichtung der Konsolidierungsregeln ändern*: Ausgangspunkt ist jeweils eine enge faktische Ver-

bindung zwischen den Unternehmen; Rechtsfolge ist jeweils die Konsolidierung in der rechtlichen Pflichtenbindung; Zweck der Regelung ist jeweils die Repräsentation der wirtschaftlichen Einheit in den rechtlichen Pflichten – sozusagen die Widerherstellung eines Gleichklangs zwischen wirtschaftlichem Sein und rechtlichem Sollen.

Ein solcher materieller Gleichklang wird allerdings zum Teil dezidiert zurückgewiesen. ALAIN HIRSCH, auf dessen Artikel das CS-Urteil des Bundesgerichts zurückgeht[1066], weist dem Bankaufsichtsrecht und dem Aktienrecht einen je eigenen Regulierungsfokus zu. Hauptanliegen des aktienrechtlichen Konzernrechts sei, die (Minderheits-)Aktionäre und Gläubiger vor den *Gefahren der Abhängigkeit* zu schützen[1067]. Das Konzernrecht sei also in erster Linie ein Schutzrecht der abhängigen Unternehmen, der Konzern werde „von unten" wahrgenommen und reguliert. Das zentrale Anliegen des aufsichtsrechtlichen Konzernrechts liege demgegenüber darin, die *finanzielle Solidität* der beaufsichtigten Institute auch im Falle der Konzernierung sicherzustellen. Das Instrument des aufsichtsrechtlichen Konzernrechts sei die Konsolidierung. Damit setze das Bankaufsichtsrecht auf der Stufe der Konzernspitze an und reguliere „von oben nach unten"[1068].

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass auch das allgemeine Konzernrecht sich längst nicht mehr auf den Schutz der abhängigen Tochtergesellschaft („unten") beschränkt; heute geht es vielmehr um ein umfassendes Konzernorganisationsrecht, dessen Blickfeld auch die Konzernspitze („oben") erfasst[1069]. Damit entfällt der wichtigste Unterschied, der von anderen zwischen dem allgemeinem Konzernrecht und dem aufsichtsrechtlich ausgeprägten Bankkonzernrecht gesehen wird: In beiden Fällen geht es um eine Regulierung im Interesse nicht primär der einzelnen Beteiligten, sondern der regulatorischen Rahmenordnung *insgesamt*. Konzernrecht ist in privatrechtlichen wie öffentlich-rechtlichen Kodifizierungen primär ein Schutzinstrument für den allgemeinen Rechtsverkehr.

1066 Vgl. *Hirsch*, surveillance des groupes bancaires, 209 ff.

1067 *Hirsch*, surveillance des groupes bancaires, 210. Vgl. auch *v. Büren*, SPR VIII/6, 112 ff.; *Druey/Vogel*, Konzernrecht, 27 ff.; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, 8 ff.

1068 *Hirsch*, surveillance des groupes bancaires, 212 ff.; *Koppensteiner*, Bankenaufsicht und Bankengruppen, 39 ff. Zu dieser Tendenz im europäischen Bankaufsichtsrecht siehe *Jörgens*, koordinierte Aufsicht, 125 ff.

1069 Vgl. den Überblick bei *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, 269 ff. Im Einzelnen *Lutter*, Binnenstruktur des Konzerns, 347 ff. Im Anschluss daran *Schneider*, BB 1981, 249 ff.; *Timm*, AG 1980, 172 ff, *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, 35 ff.

Dieser Befund wird dadurch bekräftigt, dass das Konzernrecht bezüglich einzelner Gegenstände sowohl im Bankengesetz wie auch im Aktienrecht *unstreitig* denselben Regulierungsfokus aufweist. So besteht im zentralen Regelungsbereich des Konzernrechts – der Rechnungslegung – eine *Parallelität der Schutzziele*. Beide Teilrechtsordnungen bezwecken die Offenlegung der Gesamtverhältnisse bei verbundenen Unternehmen und reagieren somit auf die Gefahr, dass der Einblick in die Rechnungslegung einer einzelnen Gesellschaft keinen sicheren Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage gewährt, wenn diese Gesellschaft einer grösseren wirtschaftlichen Einheit angehört[1070]. Von der Stossrichtung her laufen also die Regelungen des allgemeinen Aktienrechts und diejenigen des Aufsichtsrechts der Banken durchaus parallel, was gerade auch im Fall der vorliegenden Normenkonkurrenz zu beachten ist.

bb) Schutzlücke beim Gleichordnungskonzern

Im Regelfall setzt die bankaufsichtsrechtliche Pflicht zur Erstellung der Konzernrechnung früher ein als die aktienrechtliche. Es kann aber exotische Konstellationen geben, in denen eine Unternehmensverbindung nur nach Aktienrecht, nicht aber nach Bankaufsichtsrecht unter die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung fällt. Einen solchen Fall bildet der Gleichordnungskonzern (Horizontalkonzern, Koordinationskonzern).

Beim Gleichordnungskonzern verbinden sich unabhängige Gesellschaften dergestalt, dass sie ihre Geschäftstätigkeit auf der Basis der Gleichordnung einem gemeinsamen Leitungsorgan unterstellen. Während beim Unterordnungskonzern ein Beherrschungsverhältnis vorliegt, das ein Potential zur Fremdbestimmung beinhaltet, unterstellen sich im Gleichordnungskonzern die Unternehmen einer von ihnen *gemeinsam bestimmten*, häufig sogar einer gemeinsam gebildeten einheitlichen Leitung[1071]. Praktisch bedeutsam sind die Gleichordnungskonzerne vor allem im Genossenschaftsbereich, doch können auch Aktiengesellschaften – und damit auch Bank-Aktiengesellschaften – in dieser Form auftreten[1072].

1070 Vgl. *Boemle*, Jahresabschluss, 555 f.; *v. Büren*, SPR VIII/6, 90 f.

1071 Vgl. *v. Büren*, SPR VIII/6, 29; Botschaft Revision Aktienrecht, BBl 1983 I 818. Mit abweichender Terminologie *Handschin*, Der Konzern, 67 ff (einheitlicher und körperschaftlicher Konzern). Für das deutsche Recht grundlegend *Milde*, Gleichordnungskonzern im Gesellschaftsrecht. Vgl. weiter *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, 70; *Schmidt*, ZHR 155 (1991), 417 ff.

1072 Zur praktischen Bedeutung der körperschaftlichen Konzerne, insb. des Genossenschaftskonzerns, *Handschin*, Der Konzern, 67, 70 ff.

Unstreitig fällt der Gleichordnungskonzern unter das Leitungsprinzip in Art. 663e OR. Anders verhält es sich aber mit dem Konzernbegriff des Art. 23a BankV. Denn die Bankenverordnung stellt auf die *Beherrschung* ab, an der es im Gleichordnungskonzern nach herkömmlicher Auffassung gerade fehlt[1073]. Banken, die sich als Gleichordnungskonzern organisieren, entgehen so Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung und unterliegen folglich einer *geringeren Kontrollintensität* als ihr aktienrechtliches Pendant.

cc) Schliessung der Regelungslücke durch analoge Anwendung des Aktienrechts

Dass der Gleichordnungskonzern von der aufsichtsrechtlichen Konsolidierungspflicht nicht erfasst ist, könnte auf einer planwidrigen Unvollständigkeit von Art. 23a BankV beruhen. Bedenkt man, dass das Bankaufsichtsrecht im Vergleich zum Aktienrecht zu einem intensivierten Gläubigerschutz verpflichtet ist, so würde es dem Ziel der aufsichtsrechtlichen Regelung widersprechen, wenn der Bank-Gleichordnungskonzern gegenüber dem regulären Gleichordnungskonzern durch eine geringere Kontrollintensität privilegiert würde.

Diese ergebnisorientierten Überlegungen können durch eine Auslegung der Norm weiter abgestützt werden. Die Grundannahme, auf der die bankrechtliche Regelung beruht, ist nämlich der im Regelfall weitere Anwendungsbereich des Control-Prinzips gegenüber dem Leitungsprinzip. Denn in vielen Fällen wird zwar eine Beherrschung vorliegen, ohne dass die Muttergesellschaft in die Unternehmenspolitik der Tochtergesellschaft eingreift[1074]. Der umgekehrte Fall – also die einheitliche Leitung ohne die Beherrschung – ist hingegen nur in seltenen Ausnahmekonstellationen denkbar[1075]. Das ist auch die Auffassung der Aufsichtsbehörde, die in ihren Erläuterungen zum neuen Rechnungslegungsrecht betont, die Pflicht zur Konzernrechnung nach Art. 23a BankV setze *früher* ein als diejenige nach Art. 663e OR. Mithin hat man sich von dem Control-Prinzip versprochen, dass der Adressatenkreis der konsolidiert Rechnungslegungspflichtigen weiter,

---

1073 Vgl. *v. Büren*, SPR VIII/6, 29, 257, 275. Das entspricht auch der Begriffsbildung des deutschen Konzernrechts und des deutschgeprägten europäischen Gesellschaftsrechts. Für Deutschland vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, 69. Für die EU vgl. Art. 12 der EU-Konzernbilanzrichtlinie (83/349/EWG) sowie Art. 40 VE EU-Konzernrechtsrichtlinie, abgedruckt in ZGR 1985, 444 ff.

1074 Für ein Beispiel vgl. BGer, Urteil vom 4.12.2001, 2A.174/2001/viz.

1075 Vgl. immerhin *Böckli*, ST 1994, 370, einschliesslich Fn. 11: „Es ist denkbar, dass ‚control' im Einzelfall nicht gegeben ist, wohl aber die ‚einheitliche Leitung'."

nicht enger gezogen wird. Übersehen wurde dabei der seltene Sonderfall des Gleichordnungskonzerns.

Wenn also die bankrechtliche Regelung eigentlich den Kreis der Adressaten so weit wie möglich ziehen wollte, dabei aber eine Fallgruppe vom Wortlaut nicht erfasst ist, muss dies als eine planwidrige Unvollständigkeit der Regelung gewertet werden. Wie bei jeder planwidrigen Unvollständigkeit ist damit der Weg zur analogen Anwendung einer die Lücke schliessenden Regelung eröffnet. Dafür bietet sich Art. 663e OR an, der – wie erwähnt – den Gleichordnungskonzern der Konsolidierungspflicht unterstellt. Folglich ist das Defizit des Art. 23a BankV dadurch zu beheben, dass auch auf die Fälle einer einheitlichen Leitung ohne Beherrschung die Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung nach Bankenaufsichtsrecht anzuwenden ist.

c) Fazit

Insgesamt kann für den materiellen Geltungsanspruch des Bankaufsichtsrechts festgehalten werden, dass die inhaltliche Determinierung der aufsichtsrechtlichen Pflicht zur Erstellung einer Konzernleitung *weitgehend* dem Aufsichtsrecht zufällt. Eine vollständige Regelung hingegen bietet erst der lückenfüllende Rekurs auf das Aktienrecht. Denn erst der Blick auf dessen Anwendungsbereich macht die unterschiedlichen Rechtsfolgen für Unternehmensgruppen sichtbar, die sich aus dem unkorrigierten Aufsichtsrecht ergeben würden. Und erst die *analoge Anwendung von Art. 663e OR* führt zu einer Regelung, die dem bankengesetzlichen Sonderzweck umfassend Rechnung trägt.

Je sinnfälliger allerdings der inhaltliche Einfluss des heutigen Aktienrechts dasteht, desto bedrohlicher erscheint seine zukünftige Entwicklung: Das neue Rechnungslegungsgesetz stellt für die Konsolidierungspflicht auf die Beherrschung ab und lehnt sich dabei sehr eng an Art. 1 Abs. 1 der EU-Konzernbilanzrichtlinie an[1076]. Nach der Richtlinie gilt die Konsolidierungspflicht immer für den Unterordnungskonzern (Art. 1 RiLi). Für den Gleichordnungskonzern gilt sie dagegen nur, wenn der Mitgliedstaat das entsprechende Wahlrecht ausübt (Art. 12 RiLi)[1077]. Das RRG beschränkt sich – wie übrigens auch das deutsche HGB[1078] – auf die Übernahme von Art. 1 der

---

1076 Siehe oben S. 311 (Zukünftige Neuregelung).

1077 Die Mitgliedstaaten konnten sich auf die Konsolidierungspflicht für Gleichordnungskonzerne nicht einigen, vgl. hierzu *Grossfeld*, Bilanzrecht Rn. 544; *Niessen*, WPg 1983, 655.

1078 Vgl. § 290 HGB.

Richtlinie. Entsprechend wird bereits heute darauf hingewiesen, im neuen Regime des RRG gelte die Konsolidierungspflicht nur noch für *Unterordnungskonzerne*[1079].

Sollte also Art. 38 VE RRG unverändert in Kraft treten, so wäre die heute noch mögliche Korrektur mit Blick auf die Gleichordnungskonzerne verbaut. Rechtspolitisch ist zumindest dieser Teil der Entwicklung zu bedauern. Aus der Perspektive der Koordinationsdogmatik dagegen erübrigt sich der Koordinationsbedarf, denn dieser besteht nur deshalb, weil das Bankaufsichtsrecht in diesem Punkt hinter das aktienrechtliche Schutzniveau zurückfällt.

3. Einzelfragen der Koordination: Systemabstimmung bei der Weisungsbefugnis der Konzernleitung

Die bisher behandelten Auffangrelationen betrafen allesamt Fälle einer *Normenkonkurrenz* zwischen Aktienrecht und Bankaufsichtsrecht. Sie waren anhand der differenzierten bankengesetzlichen Spezialität zu koordinieren. Das Interaktionsfeld der beiden Teilrechtsordnungen beschränkt sich aber nicht auf Konkurrenzverhältnisse, sondern es erstreckt sich auch auf formell kollisionsfreie Interaktionen. In diesen Fällen erfolgt die Koordination anhand der allgemeinen Prinzipien der Systemabstimmung (Kohärenz) und der Integrität der Teilrechtsordnung (Konsistenz)[1080].

Einen exemplarischen Anwendungsbereich für die Systemabstimmung bietet die Weisungsbefugnis der ausländischen Bankkonzernleitung gemäss Art. 7 Abs. 4 BankV. Hier zeigt sich, dass die aufsichtsrechtliche Bestimmung nur dann richtig angewendet und in all ihren Konsequenzen verstanden werden kann, wenn man sie in Abstimmung mit dem Gesellschaftsrechts interpretiert (a bis c). Gleichzeitig wirkt aber auch das Aufsichtsrecht auf die gesellschaftsrechtliche Konzernordnung ein und führt über diesen Wirkungszusammenhang mittelbar zu einer Stärkung der privatrechtlichen Stellung der (Minderheits-)Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger (d). Insgesamt ist die Weisungsthematik exemplarisch für die inhaltliche Wechselwirkung der beiden Teilrechtsordnungen, wie sie auch ausserhalb der Normkonkurrenzfälle auftritt.

1079 Vgl. *Bertschinger*, ST 1999, 20. Unstreitig für § 290 HGB, vgl. *Niehus/Scholz*, HGB-Komm-Heymann, N 3 zu § 290 HGB; *Grossfeld*, Bilanzrecht Rn. 544.

1080 Vgl. oben S. 114 (Rationalitätskriterien); S. 198 (Koordinationsprinzipien).

a) Aufsichtsrechtliche Rahmenordnung

aa) Grundsatz der „tatsächlichen Leitung von der Schweiz aus"

Als der Gesetzgeber 1972 das Bankengesetz teilrevidierte, führte er unter dem Titel der erschwerten Gründungsvoraussetzungen in Art. 3 Abs. 2 lit. d BankG ein Wohnsitzerfordernis für die Mitglieder der Geschäftsleitung ein[1081]. Damit sollte sichergestellt werden, dass die Unternehmensführung von der Schweiz aus erfolgt, die Geschäftsleitung mit den hiesigen Verhältnissen vertraut ist, und man diese im Ernstfall auch zur Verantwortung ziehen kann[1082]. Im Zuge der Revision von 1994 lockerte der Gesetzgeber die Anforderungen. Nach der aktuellen Gesetzesbestimmung müssen die Mitglieder der Geschäftsleitung lediglich an einem Ort Wohnsitz haben, der es ihnen erlaubt, ihre Funktion tatsächlich und verantwortlich wahrzunehmen.

Hätte man es bei dieser blosse Wahrnehmungsmöglichkeit belassen, so wäre die schweizerische Anbindung angesichts moderner Kommunikationstechnik aber ganz in der Bedeutungslosigkeit versunken. In Konkretisierung der gesetzlichen Bestimmung verlangt Art. 7 Abs. 4 BankV, dass die Bank „tatsächlich von der Schweiz aus geleitet werden muss." Mit dem Erfordernis der „tatsächlichen Leitung von der Schweiz aus" wollte der Verordnungsgeber dieser gänzlichen Aushöhlung des schweizerischen Bezugs einen Riegel vorschieben – sozusagen eine helvetische Heimatklausel schaffen.

bb) Ausnahme: Weisung im Rahmen der Konzernsteuerung

Ein derlei nationales Erfordernis drohte allerdings mit dem Grundsatz des „Home Country Control" des Basler Ausschusses zu kollidieren, wonach bei Bankkonzernen die Aufsichtsbehörden des Sitzes der Konzernspitze die konsolidierte Aufsicht über die Gesamtgruppe wahrnehmen[1083]. Die Kon-

---

1081 Vgl. BBl 1970 I 1150 f.

1082 Vgl. BBl 1970, 1151. Kritisch zur Zweckmässigkeit der Bestimmung *Müller*, Bewilligung zum Geschäftsbetrieb, 112; *Zgraggen*, Rechtsformen privatrechtlicher Banken, 193.

1083 Vgl. Grundsatz 1 der Mindestanforderungen für die Beaufsichtigung internationaler Bankkonzerne und ihrer grenzüberschreitenden Niederlassungen (Juni 1992), abgedruckt in EBK-Bull. 23 (1993), 44 ff.; Grundsatz 23, 24 der Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht (September 1997), abgedruckt in EBK-Bull. 33 (1997), 71 ff. Zur Geschichte und zu den Arbeiten des Basler Ausschusses vgl. *Norton*, Devising International Bank Supervisory Standards, 171 ff.; *Zaring*, Texas International Law Review 33 (1998), 285 ff. Zum Soft-Law-Charakter der Regu-

zernspitze ihrerseits ist aufsichtsrechtlich verantwortlich für alle ausländischen Unternehmensbereiche einschliesslich sämtlicher Tochterbanken. Für die Konzernmutter besteht folglich nach dem Grundsatz der Heimatkontrolle eine Leitungspflicht, die wiederum voraussetzt, dass überhaupt eine Eingriffsmöglichkeit gegenüber den Tochterbanken besteht.

Den internationalen Entwicklungen konnte sich auch der Verordnungsgeber nicht verschliessen. Das Gebot der effektiven Leitung der Bank von der Schweiz aus kennt daher eine Ausnahme für Massnahmen der *Steuerung im Konzern:* Vorbehalten bleiben „allgemeine Weisungen und Entscheide im Rahmen der Konzernüberwachung, sofern die Bank Teil einer im Finanzbereich tätigen Gruppe bildet, welche einer angemessenen konsolidierten Aufsicht durch ausländische Aufsichtsbehörden untersteht."

b) Abstimmung mit den gesellschaftsrechtlichen Weisungsschranken

Die Verordnung selbst enthält keine inhaltliche Einschränkung der Weisungsbefugnis. Diese ergeben sich aber aus dem allgemeinen Konzernrecht[1084]. Erstens dürfen die Anordnungen der Muttergesellschaft nicht rechtswidrig sein, also nicht gegen gesetzliche oder statutarische Regeln verstossen[1085]. Zweitens darf die Weisung für die Tochtergesellschaft nicht nachteilig sein[1086], es sei denn, die ihr zugrunde liegende Massnahme diene dem Konzernzweck und der Nachteil werde ausgeglichen[1087]. Einer Sonder-

---

lierung siehe *Nobel*, Finanzmarktrecht, § 4 Rn. 39. Ausführlich *Zeitner*, WM 55 (2001), 1400 ff. Für eine Kurzübersicht vgl. *Rappo*, ST 2004, 208 ff.

1084 Allgemein zur Konzernweisung: *Böckli*, Konzernrecht, 64 ff., insb. 66. Gegen ein (vertragliches) Weisungsrecht *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, Rn. 606.

1085 Vgl. *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, Rn. 644

1086 Für den Nachteilsbegriff vgl. *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, Rn. 638: Nachteilig ist eine Weisung, die eine Massnahme betrifft, die ohne Konzernbindung von der Gesellschaft so nicht getroffen würde, weil sie wirtschaftliche Risiken beinhaltet, denen keine adäquaten Gewinnchancen entsprechen.

1087 Grundlegend *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, Rn. 611 ff., m.w.N. Für den Nachteilsausgleich u.a. auch *v. Greyerz*, SPR VIII/2, 166 f. Anders dagegen *Handschin*, Der Konzern, 96, 108, wonach darauf abzustellen ist, ob die Konzernuntergesellschaft sich statutarisch den Interessen des Gesamtkonzerns unterwirft. Existiertf eine solche Konzernklausel, besteht kein Nachteil im rechtsrelevanten Sinne. Fehlt sie, ist die Befolgung der Weisung unzulässig. Anders auch *Druey-/Vogel*, Konzernrecht, 107 f. die eine nachteilige Weisung auch ohne statutarische Absicherung zulassen wollen, sofern die Gesamtschau der Vor- und Nachteile der Konzernbindung kein eindeutiges Ungleichgewicht zulasten der Konzernuntergesellschaft ergibt. Ähnlich auch *Böckli*, Aktienrecht, § 13 Rn. 619, der die absolute Schranke darin sieht, dass der Verwaltungsrat der Konzerntochter die Zahlungsfähigkeit gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gewährleisten muss.

form des Nachteilsverbots unterfällt dasjenige Weisungsregime, das die Existenzfähigkeit der Konzernuntergesellschaft gefährdet und so den Aktionären und Gläubigern die Kontrolle über die Sicherung ihrer Substanz versagt[1088].

Nach dem *Koordinationsgrundsatz der Systemabstimmung* ist eine Einzelregelung, die sich im Interaktionsfeld zwischen öffentlichem und privatem Recht befindet, nicht allein aus dem Kontext der jeweiligen Teilrechtsordnung, sondern von Anfang an auch aus der Sicht des Koordinationsziels zu interpretieren. Angewendet auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Abstimmung mit dem allgemeinen Konzernrecht in die Teleologie von Art. 7 Abs. 4 BankV einzubeziehen ist. Für das dort statuierte Konzernprivileg folgt daraus, dass die allgemeinen konzernrechtlichen Schranken im Rahmen der Auslegung des Aufsichtsrechts beachtlich sind. Die aufsichtsrechtlich zugestandene Ausnahme vom Grundsatz, dass eine Bank tatsächlich von der Schweiz aus geleitet werden muss, findet mithin dann keine Anwendung, wenn die „allgemeine Weisung" der Konzernmutter rechtswidrig ist oder sie unter das Nachteilsverbot fällt. Einer solchen Weisung muss sich die schweizerische Konzerntochter entgegenstellen. Im Anwendungsbereich der unzulässigen Weisung lebt also die Grundpflicht der *effektiven schweizerischen Leitung* wieder auf. Fügt sich hingegen die schweizerische Konzerntochter der unzulässigen ausländischen Konzernweisung, so verstösst sie gegen Art. 7 Abs. 4 BankV.

c) Aufsichtsrechtliche Konkretisierung der Weisungsschranken

Während die konzerninterne Weisung bei allen Gesellschaften nur innerhalb eines durch Gesetz und Statuten sowie durch das Nachteilsverbot gezogenen Rahmens zulässig ist, so kommt im Bankenkontext hinzu, dass dieser gesetzliche Rahmen durch die Verhaltenspflichten des Bankaufsichtsrechts zusätzlich verengt wird. Das hat unmittelbare Wirkung für die *gesellschaftsrechtlichen Leitungsmöglichkeiten* innerhalb des Konzerns. Zwar richten sich die aufsichtsrechtlichen Normen an die inländische Konzerntochter. Faktisch berühren sie aber auch die Weisungsmöglichkeiten der Konzernmutter. Wo also das Bankaufsichtsrecht gesetzliche Ge- und Verbote begründet,

1088 *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, Rn. 643; *Böckli*, Aktienrecht, § 13 Rn. 619.

wird die ausländische Konzernmutter in ihrer Konzernsteuerung mittelbar eingeschränkt[1089].

Dies kann anhand von zwei typisch konzernbestimmten Entscheidungsbereichen gezeigt werden, nämlich dem personellen und dem finanziellen Bereich. So unterliegt etwa die Konzerngewalt im personellen Bereich der Einschränkung, dass die vom Bankverwaltungsrat bestellte Geschäftsführung dem Gewährserfordernis genügen muss und dass der Grundsatz der Gewaltentrennung eingehalten wird[1090]. Die Tochterbank kann den Weisungen für die personelle Zusammensetzung nur in diesem Rahmen Folge leisten. Auch die der Konzernspitze obliegende Finanzplanung hat unter Berücksichtigung der aufsichtsrechtlichen Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften zu erfolgen. So muss sich etwa die Tochterbank einer Weisung im Bereich der Kreditvergabe widersetzen, wenn eine solche gegen die Risikoverteilungsvorschriften der Bankenverordnung verstossen würde[1091].

Wenn also das allgemeine Konzernrecht den Rahmen für die Zulässigkeit von konzerninternen Weisungen vorgibt und damit den Begriff der „allgemeinen Weisung" in Art. 7 Abs. 4 BankV auf einer ersten Stufe konkretisiert, so werden die allgemeinen Zulässigkeitskriterien des Konzernrechts auf einer zweiten Stufe wiederum durch das bankspezifische Aufsichtsregime genauer konturiert.

d) Rückwirkungen auf das allgemeine Konzernrecht

Die soeben erläuterte Konkretisierungsfunktion des Aufsichtsrechts für die allgemeinen konzernrechtlichen Weisungsschranken spielt nicht nur für die Auslegung von Art. 7 Abs. 4 BankV eine Rolle, sondern sie ist bedeutsam für die Gesamtkoordination von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht im konzernrelevanten Bereich.

Die höhere Regelungsdichte aufsichtsrechtlicher Organisations- und Verhaltensregeln, denen eine Bankkonzerntochter unterliegt, beschränken die Leitungsmacht der Muttergesellschaft. Eine Weisung, die nach allgemei-

---

1089 Dasselbe gilt für die schweizerische Konzernmutter, doch ist dies für die hier vorgenommene Konkretisierung von Art. 7 Abs. 4 BankV unerheblich, da der dort geregelte Sachverhalt einzig die ausländische Konzernmutter betrifft.

1090 Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG; Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG.

1091 Für konzern*interne* Kredite gelten allerdings Erleichterungen, die ihrerseits allerdings verstärkten Transparenzpflichten unterliegen. Vgl. insgesamt Art. 21 ff. BankV.

nem Gesellschaftsrecht noch zulässig wäre, kann gegenüber der Banktochter unzulässig sein. Funktional wird über diese Systemabstimmung der aufsichtsrechtliche Gläubigerschutz an einer Stelle in das Privatrecht hineingetragen, die anerkanntermassen zu den neuralgischen Gefahrenherden der Konzernbildung zählt: die Untergrabung finanzieller Solidität der Tochter im Falle der Konzernierung. Was im allgemeinen Gesellschaftsrecht als bisher unbewältigtes Problem anzusehen ist, nämlich die zusätzliche Gefährdung der Aktionärs- und Gläubigerinteressen durch Konzernbildung[1092], ist im Einwirkungsbereich des Bankaufsichtsrechts also bereits reduziert.

Jenseits solcher Globalwirkungen gibt es auch ganz konkrete Folgen des aufsichtsrechtlichen Einflusses im Privatrecht. Sofern nämlich die Tochterbank eine unzulässige Weisung der ausländischen Konzernmutter befolgt, obwohl sie sich dieser aufgrund von Art. 7 Abs. 4 BankV in Verbindung mit allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen hätte widersetzen müssen, setzt sie sich der Gefahr einer Verantwortlichkeitsklage (Art. 39 BankG i.V.m. Art. 754 OR) aus. Das dichte Netz aufsichtsrechtlicher Pflichten führt also letztlich zu einer Stärkung der privatrechtlichen Stellung der Bankgesellschafter und Bankgläubiger.

e) Fazit

Die Systemabstimmung, die am Beispiel der konzerninternen Weisung zwischen Bankaufsichtsrecht und Gesellschaftsrecht hergestellt werden kann, zeigt einerseits, dass sich das öffentliche Recht nicht ohne Rückgriff auf die privatrechtlichen Regeln anwenden lässt. Sie zeigt andererseits, dass eine solche Abstimmung mit dem Privatrecht wiederum Rückwirkungen auf dieses haben kann, weil die Aufsichtsrechtswidrigkeit (abstrakt) eine problematische Schutzlücke der Konzernbildung schliesst und (konkret) die Organhaftung der Konzerntochter auslöst. Das Aufsichtsrecht stellt sich auf diesem Umweg als zusätzliches Schutzinstrument zugunsten von Minderheitsaktionären und Gläubigern dar.

4. Ergebnis zum Bankkonzernrecht

Mit dem Bankkonzernrecht ist eine weitere Schnittstelle zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht identifiziert. Koordinationsdogmatisch bedeutsam erscheint zunächst, dass beide Teilrechtsordnungen mit dem Begriff

---

1092 Zu diesem Problembereich *v. Büren*, SPR VIII/6, 112 ff., 146.

„Konzern" operieren, denn in der allgemeinen Systematik der Normrelationen führt eine solche Begriffsparallelisierung zur Vermutung einer inhaltlichen Bedeutungskongruenz. Diese Vermutung muss aber angesichts der expliziten Varianz der Begriffskriterien als widerlegt gelten. Koordinationstechnisch gesprochen operieren beide Teilrechtsordnungen mit einem expliziten Vorbehalt der Systemkompatibilität.

Als wichtige Koordinationsmaterie bleibt allerdings die Normenkonkurrenz im Bereich der Konzernrechnungslegung. Wie in den anderen Fällen der Normenkonkurrenz ist unter dem Modell der differenzierten bankengesetzlichen Spezialität vom formellen Geltungsvorrang des Bankaufsichtsrechts auszugehen. Art. 23a BankV bildet demnach die einschlägige Rechtsgrundlage für die Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung. Da sich zudem die Bankenverordnung auf das Control-Prinzip stützt und somit klar vom aktienrechtlichen Leitungsprinzip Abstand nimmt, scheint für einmal auch der materielle Einfluss der aktienrechtlichen Grundordnung auf das Bankaufsichtsrecht ausgeschlossen. Doch zeigt sich auch in diesem vermeintlich klaren Fall bankaufsichtsrechtlicher Autonomie, dass der bankengesetzliche Schutzauftrag nur unter Rückgriff auf das Aktienrecht umfassend erfüllt werden kann.

In einem anderen Zusammenhang, aber im Rahmen der hier vorgenommenen beispielhaften Vorführung von Wirkungszusammenhängen zwischen den Aktienrecht und Bankaufsichtsrecht, kann sodann die Regelung der konzerninternen Weisung in Art. 7 Abs. 4 der Bankenverordnung herangezogen werden. Denn hier wird die *Notwendigkeit der interpretativen Systemabstimmung zwischen den beiden Teilrechtsordnungen* deutlich: So bedarf es für die inhaltliche Determinierung des Weisungsbegriffs den Rekurs auf die gesellschaftsrechtliche Diskussion über konzerninterne Weisungen und deren Schranken. Gleichzeitig bestehen aber auch Rückwirkungen auf das private Organisationsverhältnis, weil das Aufsichtsrecht die Konzernmutter in ihrem Weisungsspielraum mittelbar einschränkt und so eine problematische Schutzlücke der Konzernbildung zwar nicht schliesst, aber doch stark verengt. Das Aufsichtsrecht stellt sich auf diesem Umweg als zusätzliches Schutzinstrument zugunsten von Minderheitsaktionären und Gläubigern dar.

V. Die Prüfung (Revision)

Der Themenbereich der Revision – nach modernerer Terminologie: des Prüfungswesens[1093] – bildet die letzte Station in der Reihe der einzelnen Auffangrelationen, anhand derer sich die bankrechtliche Koordinationsdogmatik *in concreto* bewähren muss. Sowohl das Bankengesetz als auch das Aktienrecht enthalten eigene Prüfungsanforderungen, die von unterschiedlichen Instanzen wahrzunehmen sind (1). Der Koordinationsbedarf ergibt sich hier aus den Überschneidungen in den gesetzlichen Aufgabenkatalogen, die allesamt die Frage nach der vorrangig zuständigen Revisionsstelle und dem anwendbaren Revisionsrecht aufwerfen (2). Die vergleichende Übersicht legt insbesondere zwei Konkurrenzbereiche offen: die Abschlussprüfung (3) und die Prüfung bei der Kapitalherabsetzung (4). Ganz im Sinne des Konzepts der wechselseitigen Auffangordnungen[1094] werden der bankengesetzlichen Revisionsstelle die aus Sicht des Gläubigerschutzes sensitiveren Prüfungsvorgänge zugewiesen, während das Aktienrecht die Hoheit über die restlichen Prüfungshandlungen behält. Das dergestalt für die Primärpflichten geltende Koordinationsmodell muss abschliessend noch einer Kompatibilitätskontrolle mit dem Verantwortlichkeitsrecht unterzogen werden (5).

1. Aktienrechtliche und bankengesetzliche Revisionsstellen im Überblick

Die Bank-Aktiengesellschaft verfügt über drei Revisionsinstanzen: Die Interne Revision (a), die bankengesetzliche Revisionstelle (b) und die aktienrechtliche Revisionsstelle (c). Die einzelnen Revisionsaufgaben werden dabei kraft Gesetzes getrennt, können aber zum Teil auch in Personalunion wahrgenommen werden (d).

a) Die Interne Revision

In grossen Gesellschaften mit entsprechend komplexer Organisationsstruktur kann die Geschäftsleitung ihre Überwachungs- und Kontrollaufgaben regelmässig nicht mehr selbständig wahrnehmen. Daher sind in solchen Gesellschaften interne Revisionsstellen schon aus betriebswirtschaftlichen

1093 Vgl. etwa den 7. Abschnitt des ersten Teilentwurfs des FINMAG.

1094 Vgl. oben S. 31 (Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen); S. 128 (Wechselseitige Entlastung als Koordinationsstrategie).

Gründen üblich[1095]. Das Bankaufsichtsrecht geht einen Schritt weiter und sieht die Interne Revision für alle Banken dem Grundsatz nach zwingend vor (Art. 9 Abs. 4 BankV)[1096]. Die Verordnungsbestimmung überlässt es der Bankenkommission, die Bank im Einzelfall von der Verpflichtung zur Einrichtung einer Internen Revision zu befreien. Die Behörde hat die Einzelheiten in einem Rundschreiben festgehalten und dort auch eine Reihe weiterer Präzisierungen angebracht[1097]. Namentlich muss die Interne Revision von der Geschäftsleitung unabhängig und direkt dem Verwaltungsrat unterstellt sein[1098]. Die Interne Revision ist mithin eine Kontrollstelle, über die auch viele Nichtbanken verfügen. Als zwingender Bestandteil der Organisation besteht sie aber nur im Bankenbereich. Hier ist sie nicht nur Wirtschaftsinstrument, sondern *aufsichtsrechtliches Institut*[1099]. Koordinationstechnisch gesprochen liegt hier also eine Koordination von öffentlichem und privatem Recht durch das Mittel des Organisationszwangs vor, indem aufsichtsrechtliche Ziele von bankeigenen Mitarbeitenden wahrgenommen und so direkt in die Bank hineingetragen werden[1100].

b) Die externe bankengesetzliche Revisionsstelle

Eine Stufe über der internen Revision setzt die Überprüfung der Bank durch die externe Revisionsstelle an. Das Bundesgericht bezeichnet den Abschnitt über die Revision als Kern- und Angelpunkt des Gesetzes, die Revision selbst als wichtigstes Mittel zum Schutz der Bankkunden[1101]. Neu soll die bankengesetzliche Revisionsstelle nicht mehr (ausschliesslich) in Bankengesetz und Bankenverordnung, sondern im Finanzmarktaufsichtsgesetz geregelt werden.

1095 Vgl. HWP II 497 ff. Vgl. auch *Baldi*, ST 1995, 1 ff.; *Mathieu*, ST 1994, 1007 ff.

1096 Die Grundlage für die Verordnungsbestimmung bildet Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG (angemessene Organisation), vgl. auch *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 111 zu Art. 18-22 BankG.

1097 EBK-RS 95/1 (Interne Revision).

1098 EBK-RS 95/1 Rn. 9.

1099 Zur Internen Revision als „bankenspezifische Materie" auch *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 174.

1100 Siehe oben S. 37 (Organisationszwang).

1101 BGE 99 Ib 104 (110), BGE 103 Ib 350 (356). Vgl. zudem Sten. Bull. SR 1934, 195 ff.; BBl 1970 I 1145 f., 1156.

aa) Aktuelle Rechtslage

Kraft ausdrücklicher Gesetzesregelung ist die externe Revisionsstelle eine Institution, die *ausserhalb des Unternehmens* stehen muss (Art. 18 BankG). Zur Revision befähigt sind nur solche Gesellschaften, die vorgängig von der Bankenkommission formell anerkannt worden sind (Art. 20 BankG)[1102]. Revisionsgesellschaft und Bank sind vertraglich durch ein Mandatsverhältnis verbunden. Die Kosten werden von der jeweiligen Bank getragen, richten sich allerdings nach den durch die Bankenkommission genehmigten Tarifen (Art. 22 BankG). Die Banken werden also von Revisionsgesellschaften geprüft, die von ihnen ausgewählt und bezahlt werden. Prüfungsumfang, Auswahlmöglichkeit und Preise sind allerdings weitestgehend durch das Aufsichtsrecht determiniert[1103]. Die Prüfungsergebnisse werden dem Oberleitungsorgan (Verwaltungsrat) und der Aufsichtsbehörde zugestellt[1104]. Knapp gesagt wird die bankengesetzliche Revisionsstelle „zwar von der beaufsichtigten Bank ausgewählt, beauftragt und honoriert, doch besorgt sie eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe"[1105].

Die externe Revision erledigt Prüfungsaufgaben, die ansonsten von der Aufsichtsbehörde selbst wahrgenommen werden müssten und in vielen Ländern auch von ihr selbst ausgeübt werden. Die schweizerische Lösung hat den Vorteil einer finanziellen und organisatorischen Entlastung des Staates. Es bleibt ein vergleichsweise kleiner Aufsichtsapparat und eine begrenzte staatliche Verantwortlichkeit[1106]. Diese *Entlastungsfunktion für die staatliche Aufsicht,* bei der die Kontrolltätigkeit der Aufsichtsbehörde durch privatwirtschaftlich organisiertes Handeln ergänzt und teilweise substituiert wird, stand bereits bei der Begründung des Bankengesetzes im Jahre 1934 im Vordergrund[1107]. Sie führte zum heutigen *dualistischen System,* das zur Überwachung der Banken einerseits auf staatliche Instanzen und andererseits auf Private zurückgreift[1108].

1102 Als bankengesetzliche Revisionsstellen sind nur juristische Personen zugelassen, vgl. Art. 20 Abs. 1 BankG, Art. 35 Abs. 1 BankV. Die Zulassungsvoraussetzungen werden künftig in einem Rundschreiben geregelt: EBK-RS Prüfgesellschaften (voraussichtliches Inkrafttreten: Mitte 2005).

1103 Vgl. Art. 35 ff. BankV und die dazu erlassenen Rundschreiben.

1104 Vgl. Art. 21 Abs. 2, Art. 23bis Abs. 2 BankG.

1105 BGE 99 Ib 104 (110).

1106 Vgl. Sten. Bull. StR 1934, 198, 204 f.

1107 Vgl. Sten. Bull. StR 1934, 195 ff. Vgl. weiter *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 1 zu Art. 18-22 BankG.

1108 Die dualistische Aufsicht findet nicht uneingeschränkt Zustimmung; sie wird namentlich unter dem Gesichtspunkt der Gefahr von Interessenkonflikten kritisiert. Für die Beibehaltung des dualistischen Systems aber klar *Expertengruppe Zufferey*,

bb) Zukünftige Neuregelung

Im Februar 2000 setzte die Bankenkommission eine Expertenkommission „Revisionswesen" unter dem Vorsitz von Prof. PETER NOBEL ein, die das bestehende dualistische Aufsichtssystem überprüfen und Empfehlungen zuhanden der EBK formulieren sollte. Zahlreiche Empfehlungen des im Dezember 2000 verabschiedeten Berichts[1109] wurden von der Aufsichtsbehörde bereits umgesetzt[1110]. Sie wurden zudem von der Expertenkommission ZIMMERLI teilweise aufgegriffen und finden sich heute im Vorentwurf zum Finanzmarktaufsichtsgesetz[1111]. Der Vorentwurf zum FINMAG sieht vor, die Bestimmungen über das Prüfungswesen der einzelnen Aufsichtsgesetze zusammenzuführen. Aller Voraussicht nach wird also die bankengesetzliche Revisionsstelle – in neuer Terminologie: die aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft – aus dem Bankengesetz herausgelöst und im Rahmen des FINMAG geregelt werden[1112]. Ziel ist die verstärkte und vor allem die systematischere Aufsicht über die Revisionsstellen als zentrale „Spieler" im dualistischen Aufsichtssystem, das auch in Zukunft beibehalten wird[1113].

c) Die externe aktienrechtliche Revisionsstelle

Anders als die externe bankengesetzliche Revision ist die externe aktienrechtliche Revision nicht unmittelbar in die aufsichtsrechtliche Hierarchie integriert. Sie ist als aktiengesetzliches Pflichtinstitut grundsätzlich unabhängig vom Sonderrecht der Banken. Sie steht auch nicht ausserhalb der Gesellschaft, sondern ist deren Organ. Gewählt wird sie von der Generalversammlung. Auch die aktienrechtliche Revisionsstelle steht gesetzgeberisch vor einer Neuregelung.

Finanzmarktregulierung, 42. Auch die Expertenkommission „Revisionswesen" unter dem Vorsitz von Prof. Peter *Nobel* befürwortet grundsätzlich die Beibehaltung des dualistischen Systems, vgl. *Expertenkommission Nobel*, 27. Schliesslich äussert sich auch der Schlussbericht des IWF zur Teilnahme der Schweiz am Financial Sector Assessment Program (FSAP) positiv zur schweizerischen Lösung, vgl. *International Monetary Fund*, FSAP, 37 f. Aktuell zum Für und Wider der dualistischen Aufsicht *Zufferey*, SJV 2004, 578 ff.

1109 *Expertenkommission Nobel*, Bericht, durchgehend.

1110 Vgl. EBK-Jahresbericht 2002, 26 ff.; *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 18 zu Art. 18-22 BankG.

1111 Beispiel: Die Unterscheidung zwischen Rechnungsprüfung und aufsichtsrechtlicher Prüfung.

1112 Vgl. Art. 22 VE FINMAG.

1113 Vgl. *Expertenkommission Zimmerli*, Teilbericht, 35 ff.

aa) Aktuelle Rechtslage

In Anknüpfung an das altrechtliche Institut der Fachrevision[1114] müssen Aktiengesellschaften, die eine bestimmte Grössenordnung erreichen oder die den Kapitalmarkt beanspruchen, besonders befähigte Revisoren bestellen (Art. 727b OR). Die fachlichen Anforderungen an diese Revisoren richten sich nach der einschlägigen Verordnung[1115]. Zuständig für die Prüfung der fachlichen Qualifikation ist der Verwaltungsrat, dessen Prüfung allerdings dadurch erleichtert wird, dass die Revisoren ihre Fachnachweise beim Handelsregisteramt zu hinterlegen haben[1116].

bb) Zukünftige Neuregelung

Im künftigen Revisionsrecht gilt der Grundsatz der *unternehmensdifferenzierten Revision:* Prüfungsumfang und Anforderungen an die Revisionsstelle werden mit Blick auf das zu prüfende Unternehmen festgelegt. Die höchsten Anforderungen bestehen für die Publikumsgesellschaft. Ihre Jahresrechnung wird von einem zugelassenen, staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen ordentlich geprüft[1117]. Bei wirtschaftlich bedeutsamen Unternehmen erfolgt eine ordentliche Prüfung durch eine zugelassene Revisionsexpertin[1118]. Die übrigen Gesellschaften können ihre Jahresrechnung durch einen zugelassenen Revisor eingeschränkt prüfen lassen[1119]. Die Grundkategorien „ordentliche" und „eingeschränkte" Prüfung werden mit einem Optionen-System verbunden: Möglich ist ein *Opting-up*, ein *Opting-out*, ein *Opting-down* und ein *Opting-in*[1120].

Die Zulassung von Revisorinnen, Revisionsexpertinnen und staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen wird neu im Revisionsaufsichtsgesetz geregelt[1121]. Der Gesetzesentwurf unterscheidet bei den Fachanforderungen zwischen Revisionsexpertinnen und Revisorinnen[1122]. Ein Revisionsunternehmen wird je nach Fachqualifikation der Leitungsorgane und des

---

1114 Zum alten Recht siehe Art. 723 und 727 aOR (1936).
1115 Verordnung vom 15. Juni 1992 zum OR über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren (SR 221.302).
1116 Art. 3 Abs. 3 Revisorenverordnung. Vgl. auch BGE 119 II 259 ff.
1117 Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1, 729b Abs. 1 E-OR RevR.
1118 Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 und 3, 727b Abs. 2 E-OR RevR.
1119 Art. 727a Abs. 1 E-OR RevR. Zur Unterscheidung zwischen ordentlicher und eingeschränkter Prüfung vgl. Botschaft „Revisionsrecht", BBl 2004, 3989 ff.
1120 Vgl. im Einzelnen Botschaft „Revisonsrecht", BBl. 2004, 4001 f.
1121 Entwurf RAG, BBl. 2004, 3969 ff., 4139 ff.
1122 Art. 4, 5 E-RAG, BBl 2004, 4140 f.

Prüfungspersonals der einen oder der anderen Kategorie zugeordnet[1123]. Eine Sonderstellung nehmen die für die Prüfung von Publikumsgesellschaften zuständigen staatlich beaufsichtigten Revisionsgesellschaften ein. Sie bedürfen einer besonderen Zulassung und stehen unter staatlicher Aufsicht[1124].

d) Zulässigkeit der Personalunion zwischen den verschiedenen Revisionsstellen

Indem die einzelnen Revisionsstellen auf je eigenen gesetzlichen Grundlagen beruhen, sind sie normativ strikt getrennt. Das schliesst aber nicht aus, dass die unterschiedlichen Aufgaben in Personalunion ausgeführt werden können. Vielmehr gilt, dass dieselbe Revisionsstelle mehrere Revisionsfunktionen gleichzeitig ausüben kann, sofern nicht das Gesetz die exklusive Wahrnehmung ausdrücklich oder nach seinem Sinn und Zweck gebietet.

Eine im Regelfall exklusive Wahrnehmung ist für die *Interne Revision* vorgesehen. Nach dem Rundschreiben können deren Aufgaben nur ausgelagert werden, wenn die Einrichtung einer betriebseigenen Stelle unangemessen erscheint[1125]. Die *aktienrechtliche* Revisionsstelle kann in diesem Fall die Aufgaben der Internen Revision auf zwei Wegen übernehmen: (1) Die bankengesetzliche Revisionsstelle bestätigt, dass die aktienrechtliche Revisionsstelle über gründliche Kenntnisse des Bankwesens verfügt, und die EBK stimmt der Aufgabendelegation zu[1126]. (2) Die aktienrechtliche Revisionsstelle ist selbst als bankengesetzliche Revisionsstelle anerkannt und von der bankengesetzlichen Revisionsstelle der Bank unabhängig[1127]. Aus dem zwingend zu wahrenden Unabhängigkeitserfordernis folgt, dass die eigene bankengesetzliche Revisionsstelle nicht gleichzeitig die Aufgaben der Internen Revision übernehmen darf[1128]. Diese Unvereinbarkeitsregel hat ihren guten Grund darin, dass sonst die Stufenfolge der Kontrollinstanzen nicht eingehalten würde.

1123 Art. 6 E-RAG, BBl 2004, 4141.

1124 Art. 7, 11 ff. E-RAG, BBl 2004, 4141 ff.

1125 EBK-RS 95/1 Rn. 4. Zu den betriebswirtschaftlichen Aspekten der Auslagerung der Internen Revision bei Banken vgl. *Palazzesi*, ST 1998, 633 ff. (Nachteile überwiegen).

1126 EBK-RS 95/1 Rn. 6, 7.

1127 Vgl. EBK-RS 95/1 Rn. 6.

1128 Nunmehr ausdrücklich im Entwurf zu EBK-RS Prüfgesellschaften vom 4. Mai 2004, Rn. 19 lit. f.

Rechtlich möglich und in der Praxis durchwegs üblich ist hingegen die *Personalunion für die beiden externen Revisionsstellen*[1129]. Von den 255 Bank-Aktiengesellschaften verteilen aktuell noch deren 16 die Revisionsmandate auf zwei verschiedene Revisionsstellen[1130]. Wer eine Doppelfunktion bei der Bank-Aktiengesellschaft übernimmt, muss sowohl den obligationenrechtlichen Anforderungen genügen als auch von der Bankenkommission als bankengesetzliche Revisionsstelle anerkannt sein[1131]. Vor allem aber bestehen weiterhin zwei formell getrennte Mandate mit unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und unterschiedlichen Funktionen.

2. Gesetzliche Aufgaben und resultierender Koordinationsbedarf

Während die Einrichtung einer Revisionsstelle jeweils auf einer einzelnen gesetzlichen Vorschrift beruht[1132], sind deren Aufgabenzuweisungen vielfältig und teils auf unterschiedlichste Gesetzesabschnitte verteilt. Um diese divergenten Aufgabenzuweisungen aber geht es, wenn die Frage nach dem Koordinationsbedarf innerhalb des Revisionsrechts gestellt wird. Koordination wird nur dort nötig, wo sich Einrichtungen und Aufgaben überschneiden. Koordination zwischen öffentlichem Recht einerseits und Privatrecht andererseits, wie sie das Thema dieser Untersuchung ist, setzt zudem voraus, dass eine Überschneidung zwischen den Aufgabenzuweisungen der beiden Teilrechtsgebiete entsteht.

Zur Identifikation des eigentlich interessanten Untersuchungsfeldes innerhalb der Vielzahl einzelner Revisionspflichten ist ein zweistufiges Vorgehen sinnvoll. Zunächst können die Aufgabenkataloge zusammengetragen werden, die für Revisionsstellen aus unterschiedlichen, teils weit auseinan-

---

1129 Vgl. *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 2, 39 zu Art. 18-22 BankG; *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 175.

1130 Auskunft der EBK vom 18. August 2003. Besten Dank an Frau K. Schneeberger für Ihre Mühe!

1131 A.A. die Aufsichtsbehörde und die herrschende Lehre: Die von der EBK anerkannten leitenden Revisoren sind zu den Prüfungshandlungen befugt, die das Aktienrecht den „besonders befähigten Revisoren" vorbehält. Vgl. EBK-RS 93/1 Rn. 31; *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 39 zu Art. 18-22 BankG; *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 176; *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 122. Gemäss *Lutz*, Komm. BankG (2002), N 18 zu Art. 18-22 BankG, wird diese Auffassung allerdings vom – für die Entscheidung der Frage ausschliesslich kompetenten – eidgenössischen Amt für das Handelsregister nicht geteilt.

1132 Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG i.V.m. Art. 9 Abs. 4 BankV (Interne Revision); Art. 20 BankG (bankengesetzliche Revision); Art. 727 OR, Art. 730 E-OR RevR (aktienrechtliche Revision).

der liegenden gesetzlichen Vorschriften erwachsen (a-c). In einem abschliessenden Schritt sind dann die Überschneidungsbereiche festzustellen, bei denen ein teilrechtsübergreifender Koordinationsbedarf entsteht (d).

a) Aufgaben der Internen Revision

Ein ausdrücklicher Pflichtenkatalog für die Interne Revision findet sich weder in der Bankenverordnung noch im entsprechenden Rundschreiben der Bankenkommission[1133]. Eine Konkretisierung ergibt sich aber aus Art. 19 Abs. 3 BankG. Danach muss die Interne Revision der bankengesetzlichen Revisionsstelle ihre Prüfungsberichte vorlegen; das Gesetz verlangt ausdrücklich, dass Doppelspurigkeiten in der Prüfung zu vermeiden sind. Interne Revision und bankengesetzliche Revisionsstelle stehen also von Gesetzes wegen in einem Komplementärverhältnis. Eine weitere Konkretisierung des Arbeitsumfeldes der Internen Revision ergibt sich zudem aus ihrer Stellung im Unternehmen: Sie ist ein Überwachungsinstrument des Verwaltungsrats. Neben den Überwachungsaktivitäten mit Blick auf das Management spielt die interne Revision „eine wesentliche Rolle bei der Überwachung der Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Gesetzmässigkeit des internen Überwachungssystems“[1134]. Sie ist eine „übergeordnete Überwachung, die im wesentlichen die Wirksamkeit anderer Überwachungsaktivitäten prüft und bewertet“[1135].

Die Interne Revision hat nach alledem das Funktionieren der diversen bankinternen Kontrolleinrichtungen, die Einhaltung interner Planvorgaben, Richtlinien und Anweisungen sowie schliesslich die Zuverlässigkeit des Kommunikations-, Informations- und Rechnungswesens zu überwachen. Ihre Aufgabe besteht neben der Prüfung der Ordnungsmässigkeit auch in der Beurteilung der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Systemgestaltung und Prozessabwicklung. Der Verwaltungsrat, an den

---

1133 Eine generalklauselartige Umschreibung findet sich im Rundschreiben-Entwurf EBK-RS Prüfgesellschaften, Anhang 1, Rn. A5 (Stand: 4. Mai 2004), der sich an die Definition des Institute of Internal Auditors (IIA) anlehnt: Die interne Revision erbringt unabhängige und objektive Prüfungs- („assurance“) und Beratungsdienstleistungen, welche darauf ausgerichtet sind, Mehrwerte zu schaffen und Geschäftsprozesse zu verbessern. Sie unterstützt die Organisation bei der Erreichung ihrer Ziele, indem sie mit einem systematischen und zielgerichteten Ansatz die Effektivität des Risikomanagements, der Kontrollen und der Führungs- und Überwachungsprozesse bewertet und diese verbessern hilft.

1134 Expertenkommission Nobel, Bericht, 11.

1135 Expertenkommisson Nobel, Bericht, 11.

sie rapportiert, nutzt ihre Analysen und Empfehlungen zur Wahrnehmung seiner Oberleitungsfunktion. Die Erkenntnisse der Internen Revision dienen ausserdem der Geschäftsleitung als Grundlage für Korrektur- und Optimierungsmassnahmen. Sie ist also nicht nur Prüfstelle, sondern sie hat auch die Funktion, die Unternehmensleitung bei der *Überwachung der Unternehmensrisiken* zu unterstützen, sie zu beraten und so aktiv zur Durchsetzung der Unternehmensstrategie beizutragen[1136]. Insgesamt ist die Interne Revision damit Prüfungs- und Optimierungsinstanz zugleich[1137].

b) Aufgaben der aktienrechtlichen Revisionsstelle

Am weitesten verstreut sind die gesetzlichen Aufgabenzuweisungen der aktienrechtlichen Revisionsstelle. Will man sie systematisieren, so bietet sich die folgende Gruppierung nach Funktionen an: Die aktienrechtliche Revisionsstelle ist gleichzeitig Prüfungsinstanz, Alarminstanz, Mitwirkungsinstanz und subsidiäre Exekutivinstanz.

aa) Prüfungsinstanz

An erster Stelle und vorrangig zu nennen ist der Aufgabenbereich, den die aktienrechtliche Revisionsstelle als Prüfungsinstanz innehat. Im Zentrum dieser Aufgabe steht die jährlich vorzunehmende *Abschlussprüfung*. Hier prüft die Revisionsstelle, ob die Buchführung und die Jahresrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns den gesetzlichen und statutarischen Vorschriften entsprechen (Art. 728 OR)[1138] und erstellt einen Bestätigungsbericht zuhanden der Generalversammlung (Art. 729 OR) und allenfalls einen Erläuterungsbericht zuhanden des Verwaltungsrats (Art. 729a OR)[1139].

1136 Diese Funktionsausrichtung ist neueren Datums, vgl. hierzu die Beiträge im Schweizerischen Treuhänder 2002, etwa *Palazzesi/Pfyffer*, ST 2002, 137 ff.; *Hunecke*, ST 2002, 155 ff.

1137 Vgl. zum Ganzen *Baldi*, ST 1994, 3; *Blumer*, Bankenaufsicht und Bankenprüfung, 55, 160; *Mathieu*, ST 1994, 1007 ff.; *ders.*, Schweizer Bank 1995/10, 69 ff.; *Palazzesi*, ST 1994, 634. Zum spezifisch bankaufsichtsrechtlichen Profil der internen Revision vgl. *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 7 zu Art. 18-22 BankG.

1138 Im Einzelnen *Böckli*, Aktienrecht, § 15 Rn. 102 ff.; *Ebke*, ST 1993, 27 ff.; *Watter*, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 728 OR. Der Prüfungsauftrag wird künftig präzisiert, vgl. Art. 728a E-OR RevR. Neue Prüfungsaufgaben sind damit aber nicht verbunden, vgl. Botschaft „Revisionsrecht", BBl 2004, 4022 f.

1139 Für das künftige Recht vgl. Art. 728b E-OR RevR: Die Revisionsstelle erstattet dem Verwaltungsrat immer einen ausführlichen Bericht. Der Generalversamm-

Darüber hinaus nimmt sie bei Bedarf weitere spezielle Prüfungshandlungen vor, die in Anlehnung an BÖCKLI in neun Kategorien zusammengefasst werden können[1140]: Zu nennen sind die Gründungs-, Kapitalerhöhungs-, Kapitalherabsetzungs-, Aufwertungs- und Zwischenbilanzprüfung bei Überschuldungsgefahr[1141]. Hinzu kommen Sonderkonstellationen, nämlich die Zwischenabschlussprüfung bei einer Kapitalerhöhung aus Eigenkapital, die Prospektprüfung, die Liquidationsprüfung bei vorzeitiger Verteilung und die Prüfungen nach Fusionsgesetz[1142]. Teilweise sind diese Prüfungen den besonders befähigten Revisoren (Art. 727b OR) vorbehalten[1143]. Möglich ist zudem, dass die Gesellschaft gewisse besondere Prüfungsaufgaben – namentlich die Kapitalerhöhungsprüfung – einer anderen als der ordentlichen Revisionsstelle überträgt[1144]. Das künftige Revisionsrecht bringt für die Banken im Ergebnis keine Änderungen[1145].

---

lung erstattet die Revisionsstelle einen zusammengefassten Bericht mit – im Vergleich zum bisherigen Recht – zusätzlichen Angaben.

1140 *Böckli*, Aktienrecht, § 15 Rn. 196 ff.

1141 Vgl. Art. 635a OR (Gründungsprüfung: Hier ist die aktienrechtliche Revisionsstelle formell gesehen noch nicht Revisionsstelle); Art. 652f OR, Art. 653f OR (Kapitalerhöhungsprüfung); Art. 732 Abs. 2 OR (Kapitalherabsetzungsprüfung); Art. 670 Abs. 2 OR (Aufwertungsprüfung); Art. 725 Abs. 2 OR (Zwischenbilanzprüfung bei Überschuldungsgefahr).

1142 Vgl. Art. 652d OR (Zwischenabschlussprüfung bei Kapitalerhöhung aus Eigenkapital); Art. 653i OR (Prüfung bei Streichung); Art. 652a OR (Prospektprüfung); Art. 745 Abs. 3 OR (Liquidationsprüfung); Art. 15 FusG (Fusionsprüfung) sowie Art. 40 FusG (Spaltungsprüfung), Art. 62 FusG (Umwandlungsprüfung).

1143 Vgl. Art. 653f, 653i, 732 Abs. 2, 745 Abs. 2 OR sowie die Prüfungen nach Fusionsrecht. Künftig wird für Publikumsgesellschaften und wirtschaftlich bedeutsame Unternehmen ein Gleichlauf zwischen der (ordentlichen) Abschlussprüfung und den Sonderprüfungen eingeführt, vgl. Art. 727b E-OR RevR. Die übrigen Gesellschaften müssen folgende Prüfungshandlungen von Revisionsexpertinnen vornehmen lassen: Bedingte Kapitalerhöhung (Art. 653 f. E-OR RevR), Streichung (Art. 653i E-OR RevR), Kapitalherabsetzung und vorzeitige Verteilung des Erlöses (Art. 732 Abs. 1, Art. 745 Abs. 1 E-OR RevR), Fusionsprüfungen (Ziff. II Anhang E-OR RevR).

1144 Für schweizerische Gesellschaften im Konzernverbund mit einer der Aufsicht der SEC unterstehenden Gesellschaft ist dies sogar zwingend, weil die SEC in der revisionsrechtlichen Bestätigung über die Richtigkeit der Angaben (Art. 652 f.) einen Verstoss gegen das Unabhängigkeitserfordernis sieht. Vgl. hierzu *Camponovo*, ST 2001, 33 ff. Als praktisches Beispiel: Die UBS hat als Kapitalerhöhungsprüferin eine andere als die aktienrechtliche Revisionsstelle beauftragt, vgl. UBS Jahresbericht 2002, 51. Notwendig ist allerdings die Wahl durch die Generalversammlung.

1145 Präzisierungen erfolgen sodann mit Blick auf Gesellschaften, die sich für das „Opting-Out" (Art. 727a E-OR RevR) entschieden haben – diese Option steht den

bb) Alarminstanz

Die aktienrechtliche Revisionsstelle ist weiter Alarminstanz. Stellt sie bei der Durchführung ihrer Prüfung Verstösse gegen Gesetz oder Statuten fest, so meldet sie diese dem Verwaltungsrat, in wichtigen Fällen auch der Generalversammlung (Art. 729b OR)[1146].

cc) Mitwirkungsinstanz

Sodann ist sie mit Blick auf die Generalversammlung Mitwirkungsinstanz. Anlässlich der Generalversammlung muss mindestens ein Revisor anwesend sein, wenn nicht die Versammlung durch einstimmigen Beschluss darauf verzichtet (Art. 729c OR)[1147]. Ausserdem trifft den Revisor unter Vorbehalt seiner Geheimhaltungspflicht eine Auskunftspflicht gegenüber der Generalversammlung und ihren einzelnen Mitgliedern (Art. 697 Abs. 1 und 2 OR). Eine Anwesenheitspflicht trifft den Revisor schliesslich anlässlich des Kapitalherabsetzungsbeschlusses durch die Generalversammlung (Art. 732 Abs. 2 OR)[1148].

dd) Subsidiäre Exekutivinstanz

Schliesslich ist die aktienrechtliche Revisionsstelle auch noch subsidiäre Exekutivinstanz, indem sie eigene Handlungen vornimmt, die im Regelfall dem Verwaltungsrat zustehen. So beruft sie nötigenfalls selbst die Generalversammlung ein (Art. 669 Abs. 2 OR), etwa bei Handlungsunfähigkeit[1149] oder böswilliger Handlungsunwilligkeit des Verwaltungsrats[1150] sowie bei gravierenden Gesetzesverstössen des Verwaltungrats, die sofort der Generalversammlung mitgeteilt werden müssen[1151]. Ausserdem benachrichtigt sie bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft den Richter, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige innerhalb der von der Revisionsgesellschaft

---

Banken aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutsamkeit (vgl. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 E-OR RevR) nicht offen.

1146 Künftig werden die „wichtigen Gründe" präzisiert: Die Revisionsstelle informiert die Generalversammlung bei wesentlichen Verstössen gegen Gesetz und Statuten sowie in den Fällen, in denen der Verwaltungsrat trotz Meldung der Revisionsstelle keine angemessenen Massnahmen ergreift, vgl. Art. 728c Abs. 2 E-OR RevR. Neu meldet die Revisionsstelle zudem Verstösse gegen das Organisationsreglement, vgl. Art. 728c Abs. 1 E-OR RevR.

1147 Vgl. Art. 731 Abs. 2 E-OR RevR.

1148 Vgl. 732 Abs. 2 E-OR RevR.

1149 BGE 93 II 22 (28).

1150 BGE 86 II 171 (177).

1151 Vgl. im Einzelnen *Dreifuss/Lebrecht*, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 699 OR.

gesetzten Frist unterlässt (Art. 729b Abs. 2 OR)[1152]. Im Bankensektor entfällt neuerdings die letztgenannte Exekutivpflicht, weil das Bankinsolvenzrecht hier ein besonderes Verfahren vorsieht[1153]. An ihre Stelle tritt die Pflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle zur Benachrichtigung der Bankenkommission (Art. 21 Abs. 4 BankG).

ee) Zukünftige Neuregelung

Das neue Revisionsrecht behält die Aufgabenbereiche der aktienrechtlichen Revisionsstelle bei. Gegenüber dem alten Recht wird klargestellt, dass die Sonderprüfungen jeweils von Personen derjenigen Fachkategorie (Revisor, Revisionsexperte, staatlich beaufsichtigtes Revsionsunternehmen) vorgenommen werden müssen, die für die Abschlussprüfung kompetent sind[1154]. Zudem werden Einzelaufgaben der Abschlussprüfung im Gesetz präzisiert[1155]. Gemäss bundesrätlicher Botschaft sind damit aber keine neuen Prüfungsaufgaben verbunden[1156].

c) Aufgaben der bankengesetzlichen Revisionsstelle

Auch bei der bankengesetzlichen Revisionsstelle lassen sich die gesetzlichen Aufgabenzuweisungen nach ihren Funktionen gruppieren.

aa) Prüfungsinstanz

Gleich wie ihr aktienrechtliches Pendant wirkt auch die bankengesetzliche Revisionsstelle als Prüfungsinstanz. Sie ist zuständig für die Rechnungsprüfung (*financial audit*), in deren Rahmen sie untersucht, ob die Jahresrechnung der Bank nach Form und Inhalt gemäss den gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften aufgestellt worden ist (Art. 19 Abs. 1 BankG). Dazu gehören die Prüfung der Organisation, der Internen Kontrol-

---

1152 Zum subsidiären Charakter dieser Pflicht vgl. BGE 4C.117/1999, besprochen von *Luterbacher*, ST 2000, 1267 ff. Für das alte Recht (Art. 729 Abs. 3 OR) vgl. BGE 86 II 182 f. Ausführlich *Chicherio*, Einberufung einer Generalversammlung durch die Kontrollstelle, 27 ff. Für das alte Aktienrecht siehe *Hirsch*, l'organe de contrôle, 183 ff. Zur Notwendigkeit einer vorherigen Fristansetzung *Böckli*, Aktienrecht, § 14 Rn. 185. Zum künftigen Recht vgl. Art. 728c Abs. 3 E-OR RevR.

1153 Vgl. Art. 25 ff. BankG.

1154 Art. 272b E-OR RevR.

1155 Vgl. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3-5 E-OR RevR: Die Revisionsstelle prüft (kumulativ), ob die vom Gesetz verlangten Angaben gemacht werden, ein funktionierendes Kontrollsystem existiert, eine Risikobeurteilung vorgenommen wurde.

1156 Botschaft „Revisionsrecht", BBl 2004, 4022 f.

len und der Managementinformationssysteme im Bereich des finanziellen Rechnungswesens[1157].

Weiter prüft sie im Rahmen der Aufsichtsprüfung (*regulatory audit*) die Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen, wie sie im Bankengesetz, und der Bankenverordnung festgehalten sind (Art. 19 Abs. 1 BankG)[1158]. Hinter der kurzen Gesetzesbestimmung verbirgt sich ein extensiver Prüfungsauftrag über die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen im Bereich der Verwaltungsorganisation, einschliesslich des gesamten Compliance-Bereichs[1159]. In beiden Prüfungsbereichen sind sodann nicht nur die wenigen gesetzlichen Vorschriften[1160], sondern die Richtlinien der Aufsichtsbehörde und zahlreiche Regelwerke der Schweizerischen Bankiervereinigung zu beachten[1161].

Was die besonderen Prüfungshandlungen angeht, so ist der bankengesetzliche Katalog weitaus kürzer als sein aktienrechtliches Pendant. Das Gesetz erwähnt lediglich die Prüfung bei der Kapitalherabsetzung (Art. 11 Abs. 1 lit. a BankG). Die aufsichtsrechtliche Praxis zieht diesen Kreis weiter und verweist per Rundschreiben praktisch alle Sonderprüfungen, die das Aktienrecht der aktienrechtlichen Revisionsstelle überträgt, in die Zuständigkeit der bankengesetzlichen Revisionsstelle[1162].

1157 Vgl. *Expertenkommission Nobel*, Bericht, 28. Auch die Prüfung der Einhaltung von Vorschriften, die ganz oder teilweise auf Informationen des Rechnungswesens beruhen (z.B. Eigenmittel-, Risikoverteilungs- und Liquiditätsvorschriften) sollten nach Ansicht der Expertenkommission Teil der Rechnungsprüfung bilden. Die EBK ordnet sie der Aufsichtsprüfung zu, vgl. Entwurf EBK-RS Prüfung, Rn. 35 (Stand: 4. Mai 2004)..

1158 Gemäss Gesetzestext prüft die Revisionsstelle zudem, ob allfällige kantonale Bestimmungen über ein gesetzliches Pfandrecht zugunsten von Spareinlagen eingehalten worden sind. Diese Pflicht ist heute bedeutungslos, da die kantonalen Gesetze 1997 durch das Bankengesetz aufgehoben wurden, vgl. Art. 53 Abs. 1 lit. a BankG.

1159 *Expertenkommission Nobel*, Bericht, 11. Vgl. auch *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 182 ff. zu Art. 18-22 BankG.

1160 Zu den Einzelvorschriften in anderen Gesetzen, die eine zusätzliche Prüfungspflicht beinhalten, vgl. *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 186 ff. zu Art. 18-22 BankG.

1161 Zu letzterem vgl. EBK-RS 04/2 Selbstregulierung als Mindestandard vom 21. April 2004. Zur fehlenden gesetzlichen Grundlage für diese Prüfungspflicht vgl. *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 224 zu Art. 18-22 BankG.

1162 Vgl. EBK-RS 93/1 Rn. 7 ff.

bb) Alarminstanz

In ihrer Funktion als Alarminstanz reagiert die bankengesetzliche Revisionsstelle auf Gesetzwidrigkeiten oder sonstige Missstände, die sie im Zuge ihrer Prüfungstätigkeit feststellt. Sie setzt zunächst der Bank eine angemessene Frist zur Herstellung des gesetzmässigen Zustands. Erst nach erfolglosem Verstreichen der Frist darf und muss sie der Aufsichtsbehörde Bericht erstatten. Vorbehalten bleiben Extremfälle, die eine sofortige Benachrichtigung unausweichlich machen (Art. 21 Abs. 3 und 4 BankG).

cc) Unterstützende Aufsichtsinstanz

Schliesslich agiert die bankengesetzliche Revisionsstelle als unterstützende Aufsichtsinstanz. Soweit sie nämlich auf spezielles Geheiss der Bankenkommission tätig wird, kommt ihr die Rolle einer Hilfspolizistin zu[1163]. Zu den unterstützenden Aufsichtsarten, die in dieser Sonderfunktion wahrgenommen werden, gehören der Einsatz als Beobachterin (Art. 23^{quater} Abs. 1 BankG), die Prüfung nach einem von der EBK aufgestellten Prüfungskatalog im Rahmen einer ausserordentlichen Revision (Art. 23bis Abs. 2 BankG)[1164] sowie die Prüfung ausländischer Niederlassungen von Banken, die gemäss dem Prinzip der Herkunftslandkontrolle unter die konsolidierte Überwachungspflicht der EBK fallen (Art. 23^{septies} Abs. 1 BankG). Für die Prüfungshandlungen als Beobachterin und als Prüferin ausländischer Niederlassungen *kann* die bankengesetzliche Revisionsstelle berufen werden. Zwingend ist dies aber nicht; die Aufsichtsbehörde kann diese Aufträge auch anderen sachverständigen Personen erteilen und tut dies im Fall der Beobachterin auch häufig.

1163 Die so vorgenommenen Prüfungshandlungen können nach Auffassung von *Lutz* die Staatshaftung auslösen, vgl. *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 99 zu Art. 18-22 BankG; *Lutz*, Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, 132. Neu werden sie der zivilrechtlichen Haftung unterstellt, vgl. Art. 39 BankG. Zur Komplexität des Problems der Staatshaftung bei Handlungen seiner Beauftragten vgl. *Zufferey*, Responsabilité de l'Etat, 36 ff. Zur Haftung der EBK für die Verletzung ihrer Aufsichtspflicht zuletzt BGE 5A.9/2000 (*in casu* verneint). Für die Lehre vgl. *Gross*, AJP 2002, 747 ff.

1164 Die Bankenverordnung sieht vor, dass die Bankenkommission auch eine andere anerkannte Revisionsstelle mit der ausserordentlichen Revision beauftragen kann (Art. 49 Abs. 2 BankV). Die Mandatierung der bankeigenen Revisionsstelle ist aber nicht ausgeschlossen.

dd) Zukünftige Neuregelung

Mit Blick auf die Aufgaben der bankengesetzlichen Revisionsstelle zeichnen sich sowohl auf der Gesetzesebene als auch auf der Ebene der Aufsichtspraxis Änderungen ab.

(1) FINMAG

Wie schon zuvor ist die bankengesetzliche Revisionsstelle (neu: aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft) zuständig für die *Rechnungs- und für die Aufsichtsprüfung*, wobei diese Aufgaben im FINMAG nun auch systematisch getrennt erwähnt werden[1165]. Hingegen finden die *besonderen Prüfungshandlungen*, die das Bankengesetz bzw. die Aufsichtsbehörde in die Kompetenz der bankengesetzlichen Revisionsstelle verweist[1166], keine Erwähnung. Ob das neue Gesetz eine abschliessende Regelung über die Prüfungshandlungen trifft, oder ob es lediglich einen minimalen Prüfungskatalog aufstellt, der durch die spezifischen Bedürfnisse der jeweiligen Fachsektoren in den Einzelgesetzen ergänzt werden kann, wird nicht gesagt. Hier sind die weiteren Entwicklungen abzuwarten.

Auch die *Alarmfunktion* bildet weiterhin eine Aufgabe der aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaft. Stellt sie die Verletzung von aufsichtsrechtlichen Vorschriften oder sonstige Missstände fest, setzt sie dem Institut eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands und informiert bei erfolglosem Verstreichen der Frist die Aufsichtsbehörde[1167].

Schliesslich sollen die anerkannten Prüfgesellschaften weiterhin Funktionen ausüben, die mit dem Begriff *„unterstützende Aufsichtsinstanz"* umschrieben werden können. Zu den Aufgaben gehören der Einsatz als Sonderbeauftragte (vormals: Beobachterin bzw. Untersuchungsbeauftragte)[1168] sowie die Prüfungstätigkeiten im Rahmen der vertieften (vormals: ausserordentlichen) Prüfung[1169] und der neu vorgesehenen Zweitprüfung[1170].

1165 Art. 25 Abs. 1 lit. a, b VE FINMAG.

1166 Kapitalherabsetzungsprüfung, Kapitalerhöhungsprüfung, Gründungsprüfung etc.

1167 Art. 26 Abs. 2 VE FINMAG.

1168 Art. 31 VE FINMAG. Die Kompetenzen der Sonderbeauftragten sind gegenüber der Beobachterin erweitert und umfassen auch ein aktives Handlungsrecht. Dies sieht bereits der revidierte Art. 23quater BankG vor, der allerdings noch den Begriff „Untersuchungsbeauftrager" verwendet. Wie bisher (23quater BankG) können auch unter dem FINMAG andere fachkundige Dritte mit dieser Aufgabe betreut werden.

1169 Art. 27 Abs. 1 lit. a VE FINMAG; Art. 23bis Abs. 2 BankG.

Schliesslich wird sie wohl wie bisher die Prüfung ausländischer Niederlassungen von Banken, die gemäss dem Prinzip der Herkunftslandkontrolle unter die konsolidierte Überwachungspflicht der EBK fallen (Art. 23septies Abs. 1 BankG), wahrnehmen. Der Teilentwurf hat diese Frage unter Verweis auf die Vorlage an den Bundesrat für die Neuregelung der Amtshilfe vorerst offen gelassen[1171]. Wie schon unter dem bisherigen Recht gilt auch hier, dass mit Ausnahme der vertieften Prüfung die speziell angeordneten Prüfungshandlungen zwar durch eine anerkannte Prüfgesellschaft vorgenommen werden können, es sich aber dabei nicht um die bankeigene Prüfgesellschaft handelt. Das Gesetz stellt dies für die Zweitprüfung auch ausdrücklich klar[1172].

Im Ergebnis sieht auch der Teilentwurf für das neue Finanzmarktgesetz die Beibehaltung der drei grossen „Aufgabenpfeiler" vor. Diesbezüglich sind also Änderungen im Einzelnen, nicht aber grundlegende Umgestaltungen zu erwarten.

(2) Neue EBK-Rundschreiben

Die Arbeitsgruppe „Bankenprüfung und -überwachung" hat in Umsetzung der Empfehlungen der Expertenkommission NOBEL ein „Rundschreiben-Paket" im Bereich des Prüfwesens erstellt. Die Bankenkommission hat die vier Entwürfe im Grundsatz gutgeheissen und sie am 9. September 2003 zusammen mit einem weiteren Rundschreiben zur Selbstregulierung in die Vernehmlassung geschickt. Zwei Rundschreiben (Aufsicht über Grossbanken, Selbstregulierung als Mindeststandard) sind seit 1. Juni 2004 in Kraft[1173]. Drei weitere Rundschreiben werden zur Zeit bei dreiundzwanzig Banken einem Testlauf unterzogen und sollen erstmals auf die Prüfungen der Jahresrechnung 2005 allgemein zur Anwendung kommen[1174]. Inhaltlich geht es um Folgendes[1175]:

Das EBK-RS Prüfung erläutert Gegenstand und Vorgehen der jährlichen Prüfung von Banken auf Einzel- und auf Konzernbasis. Das EBK-RS Prüfbericht regelt Form und Inhalt der Berichterstattung. Es soll das gelten-

---

1170 Art. 27 Abs. 1 lit. b VE FINMAG. Die Zweitprüfung wird angeordnet, falls schwerwiegende Bedenken gegenüber den Prüfungsergebnissen der ordentlichen Prüfgesellschaft bestehen.

1171 Art. 36, 37 VE FINMAG.

1172 Art. 27 Abs. 1 lit. b VE FINMAG.

1173 EBK-RS 04/1 über Grossbanken vom 21. April 2004, EBK-RS 04/2 Selbstregulierung als Mindeststandard vom 21. April 2004.

1174 Vgl. EBK-Schreiben vom 22.6.2004.

1175 Die Entwürfe sind abrufbar unter: www.ebk.admin.ch/d/aktuell/htm.

de EBK-RS 96/3 (Revisionsbericht) ersetzen. Das EBK-RS Prüfgesellschaften regelt die Anerkennung von Prüfgesellschaften und leitenden Prüfern.

Sämtliche Rundschreibenentwürfe wurden *gestützt auf geltende Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen* formuliert[1176]. Insofern gilt auch hier: Es bleibt bei den bestehenden „Aufgabenpfeilern" für die Revisionsgesellschaften (neu: Prüfgesellschaften). Allerdings werden diese Pfeiler quantitativ und qualitativ unter neue Vorzeichen gestellt. Das erhellt schon die Tatsache, dass eine Kostenzunahme von zehn bis zwanzig Prozent veranschlagt wird[1177].

d) Resultierender Koordinationsbedarf

Nachdem die Pflichtenkataloge der einzelnen Revisionsstellen vergleichend nebeneinandergestellt wurden, kann nun der effektive Überschneidungsbereich festgestellt werden. Bei ihm stellen sich die Koordinationsprobleme mit besonderer Dringlichkeit.

aa) Exklusive Bereiche

Vergleicht man die Aufgabenkataloge der verschiedenen Revisionsinstanzen, so weist der Aufgabenbereich der Internen Revision keinerlei Überschneidung mit demjenigen der beiden externen Revisionen auf. Koordinationstechnisch relevant wären die Überschneidungen sowieso nur mit Blick auf die aktienrechtliche Revisionsstelle; im Falle der bankengesetzlichen Revisionsstelle würde es sich um ein teilrechtsinternes Koordinationsproblem handeln, das vorliegend nicht interessiert.

Doch auch wenn man in einem weiteren Sinn die Aufgaben von Interner Revision und externer Revision vergleicht, so entsteht hier keine Doppelung der Pflichtenbindung. Zwar umfassen die Aufgabenkataloge der externen Revisionen inzwischen viele Sachfragen, die gleichzeitig zum Gegenstandsbereich der Internen Revision zählen[1178]. Es gibt aber drei Gründe,

---

1176 Vgl. Reform im Prüfwesen, Vernehmlassungsbericht, 1.

1177 Reform im Prüfwesen, Vernehmlassungsbericht, 4. Ein wesentlicher Kostenpunkt ist dabei die Formalisierung des risikoorientierten Prüfungsansatzes mittels Pflicht zur Erstellung und Einreichung einer „Risikoanalyse/Prüfstrategie". Nicht nur muss die Prüfgesellschaft aufgrund einer Risikoanalyse Prüfumfang und Prüftiefe festlegen, sie muss es auch gegenüber der Aufsichtsbehörde dokumentieren.

1178 Vgl. *Blumer,* Bankenaufsicht und Bankenprüfung, 164; mit ausführlicher Erörterung, wie Doppelspurigkeiten und Lücken in der Überwachung zu vermeiden sind.

aus denen die Interne Revision dennoch eine andere Aufgabencharakteristik hat als die externen Prüfungsverfahren. *Erstens* geht es bei ihrer Tätigkeit inzwischen primär um die Frage der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der bankinternen Systeme und Prozesse statt um deren Ordnungsmässigkeit[1179]. *Zweitens* arbeitet die Interne Revision im Gegensatz zur externen Revision nicht stichtags-, sondern prozessbezogen[1180], so dass selbst im Bereich identischer Sachprüfung ein anderer Aufsichtscharakter entsteht. *Drittens* schliesslich basiert die Interne Revision nur auf einem unspezifischen gesetzlichen Auftrag, wohingegen die Aufgaben der externen Revisionen auf der Rechtsfolgenseite mit konkreten Kompetenzen verknüpft sind und dadurch eine definitive Handlungspflicht der Revisionsstelle als Prüfungs-, Alarm-, Mitwirkungs- oder subsidiäre Aufsichtsinstanz begründen. Insgesamt weisen interne und externe Revision folglich keinen Überschneidungsbereich ihrer Pflichten auf, sondern die Verfahren stehen zueinander im *Verhältnis der gegenseitigen Ergänzung*. Die Komplementarität ist normativ: Art. 19 Abs. 3 BankG bestimmt, dass die Interne Revision der bankengesetzlichen Revisionsstelle ihre Berichte vorlegt, und dass Doppelspurigkeiten bei der Prüfung zu vermeiden sind[1181].

Auch die Pflichtenkataloge der beiden externen Revisionsstellen weisen nicht durchgehende Überschneidungen auf. So ist einzig die *bankengesetzliche Revisionsstelle* gehalten, im Rahmen ihrer ordentlichen Prüfungstätigkeit die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen, ja überhaupt des gesamten Bankaufsichtsrechts, zu prüfen. Zur ordentlichen Prüfungspflicht gehört auch die Prüfung der Zwischenabschlüsse, die im Gegensatz zum Aktienrecht nicht nur bei besonderen Konstellationen, sondern ab einer bestimmten Grösse der Bank immer durchzuführen sind[1182]. Auch die Rolle als subsidiäre Aufsichtsinstanz ist eine exklusive Aufgabe der bankengesetzlichen Revisionsstelle. Auf der anderen Seite trifft nur die *aktienrechtliche Revisionsstelle* im Rahmen ihrer ordentlichen Tätigkeit die Pflicht zur Mit-

---

1179 Vgl. *Blumer*, Bankenaufsicht und Bankenprüfung, 55, 160, m.w.N.

1180 Die Prozessorientiertheit trägt zur zunehmenden Bedeutung der internen Revision bei, weil die Volatilität und die zunehmende Geschwindigkeit des Marktgeschehens die Stichtagsbetrachtung nicht mehr als adäquat betrachtet werden kann. *Blumer*, Bankenaufsicht und Bankenprüfung, 162, m.w.N.

1181 Vgl. auch Art. 23 Abs. 5 VE FINMAG, wonach das beaufsichtigte Institut die Berichte seiner Internen Revision an die aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft vorzulegen hat.

1182 Vgl. Art. 6 Abs. 3 BankG i.V.m. Art. 23b BankV. Hier stellt sich höchstens die Frage nach der Verwendung dieser Zwischenabschlüsse für aktienrechtliche Zwecke, vgl. EBK-RS 93/1 Rn. 18.

wirkung an der Generalversammlung und zur Wahrnehmung der subsidiären Exekutivaufgaben im Hinblick auf die Einberufung der Generalversammlung (Art. 669 Abs. 2 OR).

Für alle genannten Exklusiv-Bereiche besteht kein vordringlicher Koordinationsbedarf zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht. Eine Stufe schwieriger wird es mit Blick auf die Aufgabe der beiden Revisionsstellen als Alarminstanz. Ob hier effektiv eine Doppelung der Pflichtenbindung vorliegt, ist näher zu untersuchen.

bb) Überschneidung bei der Alarmfunktion?

Sowohl die aktienrechtliche als auch die bankengesetzliche Revisionsstelle trifft in ihrer Funktion als Alarminstanz eine Meldepflicht. Die Parallelität der Pflichtenkataloge liegt zunächst darin, dass bei beiden Revisionsstellen die Meldepflicht im Falle eines *Verstosses gegen gesetzliche Vorschriften* ausgelöst wird. Ausserdem haben die Pflichten in beiden Teilrechtsordnungen gemein, dass in einer ersten Stufe der *Verwaltungsrat* als zuständiger Meldungsadressat angesehen wird[1183]. Die Überschneidung der Pflichtenbindung erweist sich aber – mit einer Ausnahme[1184] – als *inhaltliche und prozedurale Komplementarität,* die nicht zu konkurrierenden Regelungsansprüchen führt.

(1) Inhaltliche Komplementarität der Pflichten

Dass sich die als Doppelung erscheinenden Meldepflichten in Wirklichkeit nicht überschneiden, sondern gegenseitig ergänzen, zeigt sich inhaltlich zunächst an den unterschiedlichen Sachverhalten, die vom Gesetzgeber in den Blick genommen werden.

Im Aktienrecht, also bei der Meldung nach Art. 729b Abs. 1 OR, geht es um Gesetzesverstösse, die von der Revisionsstelle *anlässlich* ihrer (Abschluss-)Prüfung festgestellt werden, die aber ausserhalb ihres gesetzlichen Prüfungsauftrags liegen[1185]. Gemäss Art. 728 OR hat nämlich die aktienrechtliche Revisionsstelle nur zu prüfen, ob bei der Erstellung der Jahres-

---

1183 Art. 729b OR (Art. 728c E-OR RevR), Art. 21 Abs. 2, 3 BankG. Im bankengesetzlichen System ist die Meldung an den Verwaltungsrat mit einer Fristansetzung zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands zu verbinden.

1184 Die Ausnahme besteht in der Überschuldungsmeldung, vgl. unten S. 350 (Koordinationsbedürftige Überschneidungsbereiche).

1185 Vgl. BGE 129 III 129 (130), besprochen von *Roth Pellanda/von der Crone*, SZW 75 (2003), 284 ff.; *Tercier/Stoffel*, SZW 76 (2004), 73 ff. Daran ändert sich auch im neuen Revisionsrecht nichts, vgl. Botschaft „Revision", BBl 2004, 4025.

rechnung die einschlägigen Bestimmungen des Rechnungslegungsrechts eingehalten wurden[1186]. Ohne die Korrektur von Art. 729b OR würde das dazu führen, dass die Revisionsstelle keine Handlungspflicht träfe, wenn sie anlässlich ihrer Revisionstätigkeit eine strafbare Handlung entdeckt, die auf die Gesetzmässigkeit der Jahresrechnung keinen Einfluss hat[1187].

Demgegenüber sind die „Verletzungen gesetzlicher Vorschriften" in Art. 21 Abs. 3 BankG in einen ganz anderen Kontext eingebunden. Hier geht es um die *Konkretisierung des regulären Prüfungsauftrags* der bankengesetzlichen Revisionsstelle gemäss Art. 19 Abs. 1 BankG[1188]. Die Alarmfunktion bezieht sich auf Sachverhalte, auf die die bankengesetzliche Revision bei sorgfältiger Ausführung ihres gesetzlichen Prüfungsauftrags stossen *muss*. Während Art. 729b Abs. 1 OR primär deliktische Handlungen und Ausnahmesituationen anpeilt, geht es hier schlicht, aber gleichzeitig umfassender, um die Erfüllung der Erfordernisse des Bankengesetzes. Deliktische Handlungen sind darin eingeschlossen, denn sie laufen praktisch immer auf ein Organisationsversagen der Bank hinaus.

(2) Prozedurale Komplementarität der Pflichten

Die gegenseitige Ergänzung zeigt sich ausserdem prozedural daran, dass auf der zweiten Verfahrensstufe eine Gabelung eintritt: Die Meldung der aktienrechtlichen Revisionsstelle geht an die Generalversammlung (Art. 729b OR), diejenige der bankengesetzlichen Revision an die Bankenkommission (Art. 21 Abs. 3, 4 BankG)[1189]. Auch die übrigen Meldetatbestände, die neben den „Gesetzesverstössen" das Alarmverfahren auslösen, sind nicht dekkungsgleich: Das Aktienrecht spricht insoweit von Verstössen gegen die Statuten, das Bankengesetz hingegen von sonstigen Missständen.

1186 Im einzelnen geht es also um die Regeln des Kapitalschutzes, die Buchführungspflichten, die Rechnungslegung, die Regelung über die Reserven. Vgl. hierzu *Böckli*, Aktienrecht, § 15 Rn. 132; HWP II, 68. Der Prüfungsauftrag wird künftig präzisiert, vgl. Art. 728a E-OR RevR. Neue Prüfungsaufgaben sind damit aber nicht verbunden, vgl. Botschaft „Revisionsrecht", BBl 2004, 4022 f.

1187 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 33 Rn. 64 Fn. 34a, sprechen treffend von einer beschränkten Prüfungs-, aber integraler Meldepflicht.

1188 Das ergibt sich bereits aus den Materialien, vgl. Sten. Bull. StR 1934, 256.

1189 *De facto* ist die Bankenkommission heute aufgrund des Revisionsberichts und der Frühinformation umfassend und zeitnah über die Missstände in einer Bank informiert. Die Vorstellung des Gesetzgebers ist per Rundschreiben überholt worden: Die Aufsichtsbehörde erhält den Revisionsbericht nicht turnusgemäss (Art. 47a Abs. 1 BankV), sondern jährlich (EBK-RS 96/3 Rn. 7). Sie erhält zudem die Frühinformationen gemäss EBK-RS 99/1.

Vor allem aber deckt das bankengesetzliche Aufsichtsinstrument auch den Bereich *ausserhalb* des Aktienrechts ab, während das privatrechtliche Meldeverfahren *innerhalb* des aktienrechtlichen Kontexts bleibt. Nicht jeder Sachverhalt, der die Meldung an die Aufsichtsbehörde auslöst, gehört gleichzeitig zu den „wichtigen Gründen", die gemäss Art. 729b OR zur Meldung an die Generalversammlung führen. Schon aus dem intensivierten Schutzzweck der Aufsichtstätigkeit folgt, dass das Informationsbedürfnis der Behörde weiter geht als das schutzwürdige Informationsinteresse einer Generalversammlung[1190]. Daher ist insbesondere im Falle der *Personalunion* darauf zu achten, welche Informationen wohin fliessen.

(3) Fazit

Die parallel angeordneten revisionsrechtlichen Alarmpflichten des Bankengesetzes und Aktienrechts stehen sowohl inhaltlich als auch prozedural in einem Verhältnis gegenseitiger Ergänzung. Selbst dort, wo beide Revisionsstellen Gesetzesverstösse melden, geht es letztlich um unterschiedliche Verfahren, mit denen unterschiedliche Sachanliegen verfolgt werden, die zudem an weitgehend unterschiedliche Sachverhalte anknüpfen. Angesichts dieser Konstellation besteht kein konkurrierender Regelungsanspruch der Teilrechtsordnungen und somit – entgegen dem ersten Eindruck – auch kein teilrechtsübergreifender Koordinationsbedarf: Die Pflichten bestehen kumulativ, ohne dass insoweit eine Doppelung vorläge.

cc) Überschneidung bei den besonderen Prüfungshandlungen?

Die Aufsichtsbehörde sieht sodann auch bei den *übrigen Prüfungshandlungen*, die gemäss Obligationenrecht zu den Pflichten der aktienrechtlichen Revisionsstelle gehören (Kapitalerhöhungsprüfung, Aufwertungsprüfung etc.), eine Überschneidung der Aufgabenkataloge. Die dadurch vermeintlich eintretende Kollisionslage löst das einschlägige Rundschreiben zugunsten der bankengesetzlichen Revisionsstelle[1191]. Für ein solches Vorgehen sprechen gewiss Zweckmässigkeitserwägungen. Revisionstechnisch gesprochen kennt niemand die Bank so gut wie die bankengesetzliche Revision, weil sie nicht nur deren Zahlenwerk, sondern auch die Einhaltung der gesamten Bewilligungsvoraussetzungen prüft (Art. 19 Abs. 1 BankG).

1190 Für eine solche Differenzierung der beiden Meldepflichten auch *Blumer*, Bankenaufsicht und Bankenprüfung, 215.

1191 Vgl. EBK-RS 93/1 Rn. 7 ff.

Der Auffassung der Aufsichtsbehörde kann aber trotz ihrer pragmatischen Vorteilhaftigkeit nicht gefolgt werden. Denn das Bankengesetz sieht die Zuständigkeit der bankengesetzlichen Revisionsstelle für weitere Prüfungshandlungen nicht vor. Es beschränkt – ganz im Sinne des Auffangkonzepts[1192] – die bilanziellen Prüfungsaufgaben der bankengesetzlichen Revisionsstelle auf diejenigen Bereiche, die aus Sicht des Gläubigerschutzes besonders heikel sind: Die Abschlussprüfung und die Kapitalherabsetzungsprüfung[1193]. Nur in diesen beiden Bereichen hat der Gesetzgeber einen aufsichtsrechtlichen Handlungsbedarf gesehen, und nur hier ist die bankengesetzliche Revisionsstelle gegenüber der Aufsichtsbehörde für die sachgerechte Pflichtausübung verantwortlich[1194]. Für die Zuweisung weiterer Prüfungshandlungen fehlt dagegen die gesetzliche Grundlage, weshalb die Erweiterung des Aufgabenkatalogs gegen das *Legalitätsprinzip* verstösst.

Daran ändert sich auch im häufigen Fall der Personalunion zwischen den beiden Revisionsstellen nichts. Denn selbst wenn beide Revisionsmandate in einer Hand vereinigt sind, muss aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Einbindung dieser Stellen unterschieden werden, welche Revisionshandlung im Rahmen welchen Mandats ausgeübt wird. Auch bei einem Doppelmandat trägt daher die Revisionsstelle bei den besonderen Prüfungshandlungen nur den „Hut" der aktienrechtlichen Revisionsstelle.

dd) Koordinationsbedürftige Überschneidungsbereiche: Abschluss- und Kapitalherabsetzungsprüfung, Überschuldungsmeldung

Als koordinationsrechtlich massgebliches Interaktionsgebiet bleibt nach den vorangehenden Untersuchungsergebnissen lediglich die Funktion der beiden Revisionsstellen als subsidiäre Exekutivinstanz bei der Überschuldung der Bank-Aktiengesellschaft sowie als Prüfungsinstanz bei der Jahresabschlussprüfung und bei der Kapitalherabsetzungsprüfung. Was die Meldung bei Überschuldung angeht, so war im bisherigen Recht aufgrund der Gabelung der Verfahrenswege unstreitig von einer Pflichtenkumulation auszugehen. Aufgrund der Neuordnung des Bankinsolvenzrechts enfällt aber

---

1192 Vgl. oben S. 31 (Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen); S. 128 (Wechselseitige Entlastung als Koordinationsstrategie).

1193 Nichts anderes ergibt sich aus dem aktuellen Entwurf für ein neues Finanzmarktaufsichtsgesetz. Art. 25 Abs. 1 lit. a E-FINMAG beschränkt den Prüfungsumfang auf die Rechnungsprüfung, ohne die besonderen Prüfungshandlungen zu erwähnen.

1194 Für Beispiele vgl. EBK-Bull. 16 (1986), 11 ff.; EBK-Jahresbericht 2002, 41 f. (Bank Globo).

diese Kumulation: Der Bankengesetzgeber hält ausdrücklich fest, dass die Meldepflicht gemäss Art. 729b Abs. 2 OR für Banken nicht mehr gelte[1195]. Übrig bleiben also noch die beiden Bereiche „Abschlussprüfung" und „Kapitalherabsetzungsprüfung".

Bei der Jahresabschlussprüfung besteht aufgrund der klaren Disposition in Art. 19 Abs. 1 BankG und Art. 728 OR kein Zweifel daran, dass Bankengesetz und Aktienrecht „ihre" Revisionsstelle mit dieser Aufgabe betrauen. Bei der Kapitalherabsetzungsprüfung ist der Wortlaut des Bankengesetzes weniger klar. Art. 11 BankG verlangt nur einen „besonderen Revisionsbericht" und lässt offen, wer diesen zu erstellen habe. Insofern könnte hier auch die Zuständigkeit der aktienrechtlichen Revisionsstelle in Betracht kommen. Doch lassen – abgesehen von der systematischen Stellung der Norm im Bankengesetz – die Materialien keinen Zweifel daran, dass hier die bankengesetzliche Revisionsstelle angesprochen ist. So wurde in den parlamentarischen Beratungen zwar eingeräumt, dass die Vorschrift diesbezüglich der Interpretation bedürfe. Indes sei „selbstverständlich" die bankengesetzliche Revisionsstelle gemeint[1196]. Dies bestätigt mittelbar auch Art. 49 Abs. 1 BankV, der für den Revisionsbericht gemäss Art. 11 BankG diejenige Revisionsstelle vorsieht, die die letzte Jahresrechnung der Bank revidiert habe, was wiederum nur die bankengesetzliche Revisionsstelle sein kann, denn nur für sie statuiert das Bankengesetz die Pflicht zur Abschlussprüfung. Schliesslich gehört es gemäss Art. 45 Abs. 1 lit. e BankV zu den Aufgaben der bankengesetzliche Revisionsstelle, in ihrem jährlichen Revisionsbericht dazu Stellung zu nehmen, ob die Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung eingehalten wurden. Insgesamt kann also festgehalten werden, dass das Bankaufsichtsrecht für die Pflicht zur Kapitalherabsetzungsprüfung die Zuständigkeit der bankengesetzlichen Revisionsstelle begründet.

e) Fazit

Die Überschneidungsbereiche bei der Abschlussprüfung und bei der Kapitalherabsetzungsprüfung lösen als unnötig wirkende Doppelung einen Koordinationsbedarf zwischen den Normwelten des öffentlichen und privaten Rechts aus. Schlagwortartig lässt sich der Koordinationsbedarf auf wenige Punkte zuspitzen, deren Bestimmung im Wechselspiel zwischen öffentlich-

1195 Vgl. Art. 25 Abs. 3 BankG.

1196 Sten. Bull. StR 1934, 228. Klarer demgegenüber noch Art. 12 E-BankG, BBl 1934 I 194, der die Prüfung durch eine Revisionsstelle gemäss Art. 17 E-BankG (bankengesetzliche Revisionsstelle) vorsah.

rechtlicher und privatrechtlicher Anordnung kompliziert wird: zuständige Revisionsstelle, relevantes Verfahren, inhaltlicher Prüfungsmassstab und zulässige Inhaltsübernahme. Methodentechnisch gesprochen handelt es sich bei der Doppelung der Prüfungspflichten um *Normkonkurrenzverhältnisse*: Sowohl das Bankengesetz als auch das Aktienrecht erheben mit Blick auf dieselben Sachfragen einen Regelungsanspruch. Wie bei den anderen Auffangrelationen kann daher auch hier das *Modell der differenzierten bankengesetzlichen Spezialität* den Ausgangspunkt für weitere Überlegungen bilden. Dem ist nunmehr für die Abschlussprüfung und für die Kapitalherabsetzungsprüfung getrennt nachzugehen.

3. Koordination bei der Abschlussprüfung

Die Abschlussprüfung bildet den wohl wichtigsten Überschneidungsbereich in den Pflichtenkatalogen der aktienrechtlichen und der bankengesetzlichen Revisionsstelle. Wie bei den übrigen Konkurrenzverhältnissen ist zunächst vom Geltungsvorrang der bankengesetzlichen Konkurrenznorm auszugehen (absolute formelle Spezialität). Allerdings führt hier die koordinationsdogmatische Untersuchung zu einem anderen Ergebnis. Bei der Abschlussprüfung kommt es nämlich zur Sonderkonstellation, dass gestützt auf den *Grundsatz der Systemabstimmung* die absolute bankengesetzliche Spezialität korrigiert werden muss. Statt zur Derogation des Aktienrechts durch das Bankengesetz kommt es hier zur Kumulation der beiden Teilrechtsordnungen (a). Die Prüfungsverfahren richten sich allerdings beide nach dem bankengesetzlichen Bilanzrecht als *einheitlichem* Prüfungsmassstab (b), was sich mittelbar auf die Fachanforderungen der aktienrechtlichen Revisionsstelle auswirkt (c). Angesichts der Doppelung der Verfahren einerseits und des einheitlichen materiellen Prüfungsmassstabs andererseits drängt sich die Frage auf, inwieweit die Prüfungsergebnisse der einen Revisionsstelle für die andere verwertbar sind (d).

a) Prüfungsverfahren

Sowohl das Aktienrecht als auch das Bankengesetz sehen die Pflicht „ihrer" Revisionsstelle vor, die Jahresrechnung zu prüfen. Grundsätzlich gilt bei solchermassen konkurrierenden Regelungsansprüchen der Vorrang der bankaufsichtsrechtlichen Organisationsregel (aa). Schon der historische Gesetzgeber ging aber davon aus, dass hier beide Revisionsstellen eine Prü-

fungspflicht treffe[1197], und die Rechsprechung hat dies – implizit – jüngst bestätigt[1198]. Fraglich ist nur, wie man die Ausnahme von der bankengesetzlichen Derogationswirkung *begründet*. Hierzu finden sich in Lehre und Rechtsprechung keine Anhaltspunkte. Aus der Koordinationsperspektive lässt sich dagegen der Ausnahmefall der kumulierten Anwendung der bank-aktienrechtlichen Konkurrenznormen mit dem Grundsatz der Systemabstimmung erklären. Würde nämlich die bankengesetzliche Organisationsnorm ihr aktienrechtliches Pendant verdrängen, käme es zu einer dysfunktionalen Blockade im Aktienrecht (bb).

aa) Regelfall der Derogation (absolute formelle Spezialität)

Die allgemeine Verhältnisbestimmung von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht hat zum Ergebnis geführt, dass den bankengesetzlichen Konkurrenznormen eine umfassende Derogationswirkung zukommt. Angewendet auf das vorliegende Konkurrenzverhältnis hätte demnach folgendes zu gelten: Die Bestimmung in Art. 19 Abs. 1 BankG enthält einen klaren Regelungsanspruch des Bankaufsichtsrechts bezüglich der Prüfung der Jahresabschlussrechnung durch die bankengesetzliche Revisionsstelle. Sie bildet folglich die ausschliessliche Rechtsgrundlage für die Abschlussprüfung bei der Bank-Aktiengesellschaft. Der bankengesetzliche Vorrang wirkt absolut – Art. 728 OR[1199] kommt als Rechtsgrundlage nicht in Betracht. Bei dieser Anwendung des Spezialitätsprinzips träfe die Pflicht zur Prüfung der Jahresrechnung somit einzig die bankengesetzliche Revisionsstelle. Die aktienrechtliche Revisionsstelle wäre von der Pflicht zur Prüfung der Jahresrechnungen befreit.

bb) Ausnahme der Kumulation (relativierte formelle Spezialität)

Die absolute formelle Spezialität kennt allerdings eine Ausnahme: Sie muss nach dem Grundsatz der Systemabstimmung in denjenigen Fällen zurückgenommen werden, in denen die Verdrängung der allgemeineren Norm zur Behinderung der gesetzlichen Zielverwirklichung führen würde (dysfunktionale Blockade). Die umfassende Derogationswirkung wäre dann mit Blick auf die Folgen nicht mehr angemessen und dadurch *interpretatorisch fehlerhaft*.

1197 Sten. Bull. StR 1934, 255.

1198 Vgl. BGE 4C.53/2003 (SLT): Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle der Spar- und Leihkasse Thun für unsorgfältige Prüfung gemäss Art. 728 Abs. 1 aOR.

1199 Die Prüfungspflicht ist in E-OR RevR in Art. 728a OR vorgesehen.

Der Systembruch, der durch eine umfassende Spezialgeltung des Bankengesetzes bei der Revision zu befürchten ist, droht konkret im aktienrechtlichen System der „checks and balances", wenn die bankengesetzliche Revisionsstelle als alleinige Akteurin übrig bleibt, dabei aber nicht die weitergehenden *Mitwirkungspflichten der aktienrechtlichen Revisionsstelle* in der Generalversammlung wahrnehmen kann. Der aktienrechtliche Prüfungsvorgang ist nämlich keine isolierte Aufgabe, sondern bildet die Grundlage für ein zentrales *Kontroll- und Mitbestimmungsrecht der Aktionäre*: den Beschluss über die Genehmigung der Jahresrechnung[1200]. Die geprüfte Jahresrechnung ist der Generalversammlung zu unterbreiten. Die aktienrechtliche Revisionsstelle gibt dazu einen schriftlichen Prüfungsbericht und eine Abstimmungsempfehlung zuhanden der Aktionäre ab[1201]. Ausserdem ist sie verpflichtet, bei der Generalversammlung anwesend zu sein und den Aktionären mündlich über allfällige neuste Ereignisse zu berichten, die für die Beurteilung der Jahresrechnung relevant sind[1202]. Sie muss zudem auf Anfrage über die Durchführung und das Ergebnis der Prüfung Auskunft geben[1203].

Alle diese mit der Abschlussprüfung verbundenen Pflichten gelten für die bankengesetzliche Revision nicht. Sie übergibt ihren Prüfungsbericht dem Verwaltungsrat und der aktienrechtlichen Revisionsstelle[1204]. Mangels gesetzlicher Grundlage kann sie zur aktiven Teilnahme an der Generalversammlung nicht gezwungen werden. Im Ergebnis ginge der Generalversammlung einer Bank-Aktiengesellschaft folglich ein wichtiges Kontrollinstrument verloren, wenn die aktienrechtliche Prüfung vollständig entfiele. Die Aktionäre wären dann gezwungen, in eigener Regie und ohne die Chance zu kritischer Nachfrage über die Genehmigung der geprüften Jahresrechnung zu beschliessen. Der Verzicht auf das Revisionsverfahren gemäss Art.

1200 Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Grundlegend *v. Greyerz*, Bilanzgenehmigung, 143 ff. Vgl. auch BGE 4C.13/1997, teilweise abgedruckt in: recht 1998, 256.

1201 Vgl. Art. 729 Abs. 1 OR (Art. 728b E-OR RevR). Die Empfehlung lautet entweder auf Genehmigung der Jahresrechnung ohne Einschränkung, auf Genehmigung mit Einschränkung, oder auf Rückweisung an den Verwaltungsrat. Zur Funktion des Revisionsberichts vgl. BGer 19.12.1997, AJP 6 (1997), 1235 (1237): Der Revisionsbericht ist funktional eine Grundlage für zwei Entscheidungen der Aktionäre: für die Genehmigung der Rechnung und für den Beschluss über die Dividende.

1202 Zur Anwesenheitspflicht vgl. Art. 729c OR (Art. 731 Abs. 2 E-OR RevR). Zur Auskunftspflicht aus eigenem Antrieb *Böckli*, Aktienrecht, § 15 Rn. 164.

1203 Art. 730 OR (Art. 730b Abs. 2 E-OR RevR). Grundlegend zu den Prüfungs- und Mitwirkungspflichten unter dem alten Aktienrecht *Hirsch*, l'organe de contrôle, 104 ff., 174 ff.

1204 Die Regelung fand sich im alten Aktienrecht auch für die Fachrevisionsstelle, vgl. Art. 723 Abs. 2 OR 1936.

728 OR würde folglich im aktienrechtlichen System der „checks and balances" zu einem *Systembruch* führen.

Dieser Systembruch bestünde auch dann, wenn man von einer Arbeitsteilung ausginge, bei der die bankengesetzliche Revisionsstelle den Jahresabschluss prüft und die aktienrechtliche Revisionsstelle anschliessend an der Generalversammlung mitwirkt. Denn die aktienrechtliche Revisionsstelle ist per Gesetz verpflichtet, eine Empfehlung abzugeben und über die Durchführung der Prüfung Auskunft zu erteilen. Dies aber kann sie nur, wenn sie selbst aktiv war. Mit der formellen Präsenz der aktienrechtlichen Revisionsstelle an der Generalversammlung wären also die Mitbestimmungs- und Kontrollrechte der Aktionäre in keiner Weise gewährleistet.

Mit Blick auf das Gebot der Systemabstimmung zwischen verschiedenen Teilrechtsordnungen ist nur eine solche Anwendung des Spezialitätsgrundsatzes vertretbar, die den Bestand der aktienrechtlichen Schutzziele garantiert. Daher ist bei der Abschlussprüfung die *kumulative* Anwendung der bankengesetzlichen *und* aktienrechtlichen Bestimmungen geboten. Die Abschlussprüfung muss also *sowohl* nach Bankengesetz *als auch* nach Aktienrecht vorgenommen werden; es gibt – funktional gesprochen – *zwei* aktive Revisionsstellen und *zwei* Prüfungsverfahren[1205].

cc) Fazit: Systemabstimmung als Korrekturprinzip

Am Konkurrenzverhältnis der Abschlussprüfung zeigt sich beispielhaft, dass bei aller Koordination auf der Mikroebene die allgemeinen Koordinationsprinzipien der Systemabstimmung und der Integrität der Teilrechtsordnungen immer im Blick zu behalten sind. Sie bilden die „grosse Klammer", innerhalb derer sich jede Koordination zwischen Teilrechtsordnungen abspielt. Insofern beruht bereits der Regelfall, also die umfassende Derogationswirkung des Bankengesetzes, auf dem Gedanken der Systemabstimmung zwischen verschiedenen Teilgebieten: Es soll die Überregulierung vermieden werden. Wo allerdings die bankengesetzliche Norm an die Stelle der aktienrechtlichen Konkurrenzbestimmung tritt, muss sie auch deren Funktion umfassend wahrnehmen. Kann sie dies nicht, so kommt es zur dysfunktionalen Blockade im Aktienrecht (fehlende Systemabstimmung). Eine solche Gefährdungslage tritt aber bei der Abschlussprüfung auf, würde man eine exklusive Prüfungspflicht nach Bankengesetz annehmen. Mit Blick auf die allgemeinen Koordinationsprinzipien ist daher eine Korrektur

1205 So auch EBK-Bull. 16 (1986), 16.

im Sinne der kumulativen Anwendung beider Teilrechtsbestimmungen vorzunehmen.

b) Prüfungsmassstab

Steht somit fest, dass Art. 19 Abs. 1 BankG *und* Art. 728 OR anwendbar bleiben und mithin eine Abschlussprüfung nach *beiden* Teilrechtsordnungen stattfinden muss, so ist als nächstes zu fragen, nach welchem Prüfungsmassstab diese Prüfung zu erfolgen hat. Muss die aktienrechtliche Revisionsstelle[1206] nach aktienrechtlichem Bilanzrecht prüfen, oder gilt hier das Rechnungslegungsrecht des Bankengesetzes?

Die Bestimmungen in Art. 19 Abs. 1 BankG und Art. 728 OR regeln nur die Prüfungspflicht der Revisionsstellen. Über das anwendbare Rechnungslegungsrecht sagen sie nichts aus. Dieses richtet sich – wie bereits ausführlich begründet – ausschliesslich nach Art. 6 BankG und dem dazu erlassenen Verordnungs- und Richtlinienrecht[1207]. Zwar fliesst über die Verweisungsklausel in Art. 6 Abs. 2 BankG ein Teil des aktienrechtlichen Rechnungslegungsrechts in die bankengesetzliche Ordnung ein. Es verliert aber in diesem Prozess seine formelle Eigenschaft als Privatrecht und wird zu subsidiärem Aufsichtsrecht. Formell gesehen stützt sich also das gesamte Bilanzrecht der Bank-Aktiengesellschaft auf das Bankengesetz.

Aber auch inhaltlich hat sich das Rechnungslegungsrecht der Banken zu einem eigentlichen *Sonderrecht* entwickelt. In der Praxis haben nämlich Verordnungsgeber und Aufsichtsbehörde in pragmatischer Handhabung des Legalitätsprinzips den materiellen Geltungsanspruch der aktienrechtlichen Referenznormen (Art. 6 Abs. 2 BankG) immer stärker zurückgedrängt. Heute bestimmt ein detailreiches Verordnungs- und Richtlinienrecht, wie der Jahresabschluss, die Erfolgsrechnung und der Anhang einer Bank zu erstellen ist[1208]. Anschaulich offenbart sich der Sonderrechtscharakter der Bankrevision auch in dem Umstand, dass das Revisionshandbuch ihr einen eigenen Band widmet.

Die Jahresrechnung der Bank-Aktiengesellschaft genügt folglich den gesetzlichen Buchführungs- und Bilanzpflichten nur dann, wenn sie nach

---

1206 Auch wenn die Revisionsaufgaben in Personalunion wahrgenommen werden: formellrechtlich und funktional handelt es sich um zwei verschiedene Revisionsinstanzen.

1207 Dazu oben S. 270 (Umfassender Regelungsanspruch).

1208 Dazu oben S. 259 (Bankautonomer Bereich); S. 275 (Einzelfragen der Koordination, jeweils: Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts).

dem strengeren aufsichtsrechtlichen Prüfungsmassstab aufgestellt wird[1209]. Die gemäss Art. 728 OR vorzunehmende Prüfung, ob die Jahresrechnung „dem Gesetz" entspricht, erhält also für Bank-Aktiengesellschaften eine eigene Bedeutung. Hier konkretisiert sich der Inhalt des Tatbestandsmerkmals anders als bei Nichtbanken: An die Stelle der allgemeinen Vorschriften des Aktienrechts treten nun diejenigen des Aufsichtsrechts.

c) Fachkompetenz

Wenn der *Inhalt* des Prüfungsvorgangs gemäss Art. 728 OR aufsichtsrechtlich determiniert ist, stellt sich die Frage, welche *Qualifikationen* die aktienrechtliche Revisionsstelle erfüllen muss, wenn sie ihre aktienrechtliche Prüfungspflicht wahrnimmt.

Das Bankengesetz statuiert für die bankengesetzliche Revisionsstelle spezifische Zulassungserfordernisse und ermächtigt sie per Verfügung zu ihrer Tätigkeit[1210]. Das Aktienrecht verlangt von den Revisoren von Publikumsgesellschaften und wirtschaftlich bedeutsamen Unternehmen eine besondere Befähigung (Art. 727b OR). Die Anforderungen sind durch Verordnung festgelegt[1211]. Die allermeisten Bank-Aktiengesellschaften erfüllen die Kriterien für die Prüfung durch besonders befähigte Revisoren. Die Anforderungen von Aufsichtsrecht und Aktienrecht sind ähnlich, aber nicht dekkungsgleich[1212]. Wird die Jahresabschlussprüfung (ausnahmsweise) durch

---

1209 Anschaulich der Fall IBZ-Bank. Vgl. HGer ZH, Urteil vom 19.3.1975, in: ST 1/1976, 6 (7 f.): Die teilweise Unterstellung der IBZ unter das Bankengesetz bewirke, dass sich die Revision gänzlich nach Bankengesetz richte. Bestätigt vom BGer im Urteil vom 11. November 1975 (IBZ), in: ST 9/1976, 24 (25). Auch das Bundesgericht stützte sich für die Frage der Verletzung der Prüfungspflicht der aktienrechtlichen Revisionsstelle im Ergebnis (wenn auch nicht im Wortlaut) auf das Richtlinienrecht der EBK, und zwar auch beim – streng rechtlich gesehen aktienrechtlich determinierten – Bewertungsrecht. Zum IBZ-Urteil vgl. *Bossard*, ST 9/1976, 2 ff.; *Hirsch*, ST 9/1976, 10 ff.; *v. Greyerz*, ST 9/1976, 14 ff. Zur aufsichtsrechtlichen Determinierung der Revisionspflichten im zivilen Verantwortlichkeitsfall *Nobel*, Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht, 244.

1210 Vgl. Art. 20 BankG i.V.m. Art. 35 ff. BankV. Zu den Anforderungen vgl. den Entwurf EBK-RS Prüfgesellschaften vom 4. Mai 2004. Ausführlicher oben S. 344 (Neue EBK-Rundschreiben).

1211 Verordnung über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren vom 15. Juni 1992 (Revisorenverordnung).

1212 Die Revisorenverordnung stellt verstärkt auf die formellen Anforderungen (Diplome) ab, die Bankenverordnung und die dazu erlassenen internen Richtlinien der EBK auf die Erfahrung bei der Bankrevision. Vgl. Art. 1 RevV, Art. 35 Abs. 2 lit. c, d BankV. Zum Ganzen *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 39 zu Art. 18-22 BankG.

verschiedene Revisionsgesellschaften vorgenommen, ist es also möglich, dass die aktienrechtliche Revisionsstelle der Bank-Aktiengesellschaft den fachlichen Anforderungen gemäss Aufsichtsrecht nicht genügt, aber dennoch die Abschlussprüfung gemäss aufsichtsrechtlichem Prüfungsmassstab vornehmen muss.

Aufsichtsrechtlich besteht keine Kompetenz, um die nach Aktienrecht von der Generalversammlung gewählten Revisionsstellen auf den Kreis der formell zugelassenen Bankenrevisoren zu beschränken. Die Wirkung tritt vielmehr im *Zivilrecht* ein. Ein vorsichtiger Verwaltungsrat wird sich fragen, ob er seiner Vorschlagsverantwortung sorgfältig nachkommt, wenn er der Generalversammlung eine aktienrechtliche Revisionsstelle vorschlägt, die den bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen nicht genügt. Gleichermassen wird sich eine vorsichtige Revisionsstelle fragen, ob nicht ein Übernahmeverschulden vorliegt, wenn sie trotz mangelnder Bankrevisionserfahrung das Revisionsmandat einer Bank-Aktiengesellschaft annimmt und anlässlich der Generalversammlung die von ihr geforderten Empfehlungen abgibt[1213]. Für alle Beteiligten bildet die zivilrechtliche Haftung[1214] hier ein Motiv, selbst für einen hinreichenden bankenspezifischen Sachverstand auch der aktienrechtlichen Revisionsstelle zu sorgen. Teilweise spannen bereits die Statuten der Bank-Aktiengesellschaft ein entsprechendes Sicherheitsnetz mit der Vorgabe, die aktienrechtliche Revisionsstelle müsse auch über die aufsichtsrechtlich geforderte Fachkompetenz verfügen[1215].

d) Gegenseitige Verwendung von Prüfungsergebnissen?

Die bisherige Untersuchung der revisionsrechtlichen Koordinationsfelder hat einerseits zum Fazit eines doppelten Revisionsverfahrens geführt. Andererseits muss die Jahresrechnung von Bank-Aktiengesellschaft in beiden Verfahren am bankengesetzlichen Prüfungsmassstab gemessen werden. Damit drängt sich die Frage auf, inwieweit die Prüfungsergebnisse der einen Revisionsstelle von der anderen übernommen werden dürfen.

1213 Zur persönlichen Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei Übernahme des Mandats trotz ungenügender Sachkunde vgl. ZR 1979 Nr. 134, 309 f.; BGE 93 II 22 (26 f.). Kritisch zur Rechtsprechung *Druey*, Rechtstellung und Aufgaben des Abschlussprüfers, 17.

1214 Dazu unten S. 376 (Koordination der Verantwortlichkeitsregeln).

1215 Die entsprechende Statutenbestimmung lautet dann meist wie folgt: „Die Revisoren bzw. die Revisionsgesellschaft haben den gesetzlichen Anforderungen bezüglich Befähigung und Unabhängigkeit zu entsprechen und die bankengesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen."

Unproblematisch ist die Übernahme von Prüfungsergebnissen im Falle der *Personalunion*[1216]. Auch wenn formal (zwei Mandate) und funktional (Organ, Nicht-Organ) zwischen den Prüfungsvorgängen unterschieden wird, so ergibt sich schon aus den Prinzipien der Wissenszurechnung innerhalb juristischer Personen die Möglichkeit der wechselseitigen Verwendung von Prüfungsergebnissen[1217]. Was aber gilt bei der Abschlussprüfung, die *nicht* durch Personalunion von banken- und aktienrechtlicher Revisionsstelle vereinfacht wird? Solche Fälle sind heute selten – aktuell führen noch 16 der insgesamt 255 Bank-Aktiengesellschaften getrennte Revisionsmandate[1218]. Auf den ersten Blick erscheint es auch in diesem Fall kaum angemessen, erhebliche Zusatzkosten allein deshalb aufzubürden, weil bankengesetzliche und aktienrechtliche Revisionsstelle auseinanderfallen.

Das Bedürfnis nach vereinfachter Prüfung ist aber nicht nach wirtschaftlichen Zielerwägungen, sondern nach den rechtlichen Vorgaben des Gesetzes zu beurteilen. Hier gilt es zunächst, nach der Richtung einer möglichen Übernahme von Prüfungsergebnissen zu unterscheiden. Will nämlich die bankengesetzliche Revisionsstelle auf Prüfungsergebnisse zurückgreifen, die von der aktienrechtlichen Revisionsstelle bereits produziert worden sind, so scheitert eine solche Übernahme am klaren Gebot des Art. 43 Abs. 3 BankV. Danach hat die Revisionsstelle die Aktiven und Passiven *selbständig* zu bewerten. Der Revisor muss sich dazu über die Vereinbarkeit der bankintern ermittelten Daten mit den gesetzlichen Bewertungsnormen ein *eigenes* Urteil bilden[1219]. Das aber ist nur möglich, wenn nicht einfach die Prüfungsergebnisse der anderen Stelle übernommen werden.

Bleibt die Frage, ob umgekehrt die aktienrechtliche Revisionsstelle auf Prüfungsergebnisse des bankengesetzlichen Revisors zurückgreifen darf[1220]. Leider hat es das Bundesgericht versäumt, diese wichtige Frage zu klären, obwohl sie im Zentrum der Verantwortlichkeitsklage gegen die aktienrechtliche Kontrollstelle in Sachen „Spar- und Leihkasse Thun" stand[1221]. Die Kläger hatten vorgebracht, dass die aktienrechtlichen Revisoren eine *selbständige Prüfungspflicht* treffe. Sie habe daher pflichtwidrig gehandelt, als sie

---

1216 So auch *Lutz*, Komm. BankG (2002), N 58 zu Art. 18 - 22 BankG.

1217 Vgl. *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 122.

1218 Auskunft der EBK vom 18. August 2003. Herzlichen Dank an Frau K. Schneeberger für die Mühe!

1219 *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 152 zu Art. 18-22 BankG.

1220 Für die ähnlich gelagerte Situation zwischen Laienrevision und gesetzlicher Revisionsstelle im alten Aktienrecht bejahend *Bürgi*, Zürcher Kommentar, N 15 zu Art. 723 OR.

1221 BGE 4C.53/2003 E. 5.2 und 5.3.

auf die Feststellungen der bankengesetzlichen Revisionsstelle abstellte. Das Bundesgericht konnte die Frage der Pflichtverletzung allerdings elegant umgehen, indem es mit der Vorinstanz einen fehlenden Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden feststellte.

Die Übernahme scheint besonders deshalb nahe zu liegen, weil das Bankengesetz die Pflicht vorsieht, dass der bankengesetzliche Revisionsbericht auch der aktienrechtlichen Revisionsstelle zugeleitet wird (Art. 21 Abs. 2 BankG). Indessen kann aus der Zuleitung des Revisionsberichts nicht gefolgert werden, dass die aktienrechtliche Revisionsstelle die Prüfungsergebnisse unbesehen übernehmen darf. Sie könnte dies im übrigen auch gar nicht, denn der bankengesetzliche Revisionsbericht – der ja nicht nur die Jahresabschlussprüfung, sondern die gesamten Prüfungsergebnisse enthält – wird in aller Regel meist Monate nach der Abhaltung der Generalversammlung abgeschlossen[1222]. Vor allem aber stehen einer solchen Übernahme rechtliche Bedenken entgegen. Zwar enthält das Aktienrecht im Gegensatz zum Bankaufsichtsrecht kein ausdrückliches Gebot der eigenständigen Prüfung. Die Pflicht ergibt sich aber aus der Natur der Revisionspflicht als Prüfungsmassnahme. Bei Prüfungen geht es nicht darum, die Daten zusammenzutragen. Das ist ohnehin ein Geschäft der Gesellschaft selbst, die den Jahresbericht zu erstellen hat. Eine *Prüfung* ist notwendig mehr als diese Zusammenstellung. Sie setzt das, was Art. 43 Abs. 3 BankV ausdrücklich vorschreibt, bereits sinngemäss voraus: die *selbständige* Bewertung der Richtigkeit von Daten[1223]. Auch ohne eine gesonderte aktienrechtliche Norm gilt deshalb, dass die aktienrechtliche Revisionsstelle ihrer Pflicht nur dann gesetzesgemäss nachkommt, wenn sie eine *eigenständige* Prüfung vornimmt[1224].

Letzte Zweifel an diesem Auslegungsergebnis könnten allein deshalb anzumelden sein, weil die Lage nach dem alten Aktienrecht – wie es auch im Fall der Spar- und Leihkasse Thun zur Anwendung kam – überwiegend anders beurteilt wurde. In der alten zweiteiligen Prüfung für Aktiengesellschaften einer bestimmten Grössenordnung oder solchen, die den Kapitalmarkt beanspruchten, waren nur die gesetzlichen Revisionsstellen zwingend mit Fachprüfern besetzt, während die interne Kontrolle auch von Laien durchgeführt werden durften. Angesichts dieses Kompetenzgefälles liess es

1222 Vgl. z.B. EBK-Bull. 16 (1986), 12.

1223 Vgl. auch EBK-Bull. 16 (1986), 16.

1224 Vgl. auch *Lutz*, Komm. BankG (2002), N 58 zu Art. 18-22 BankG (Übernahme von Prüfungsergebnissen nur im Falle der Personalunion).

die Mehrheit der Lehre genügen, dass sich die interne Kontrollstelle nur noch von der Plausibilität der gesetzlichen Revision überzeugte[1225].

Diese Konstellation ist allerdings beim gegenwärtigen Recht so nicht mehr gegeben[1226]. Als Revisionsstelle kommt bei grossen Aktiengesellschaften heute kein Laienrevisor mehr in Betracht, sondern es muss sich immer um besonders befähigte Revisoren handeln. Das ursprüngliche Kompetenzgefälle zwischen den beiden aktiven Revisionsstellen ist deshalb nicht mehr in vergleichbarem Umfang vorhanden[1227]. Damit fehlt ein zwingender Grund, um von der Regelauslegung des Gesetzes abzuweichen, nach der eine Prüfung schon ihrem ganzen Sinngehalt nach eine *eigenständige* Vergewisserung über die Richtigkeit bedeutet[1228].

Im Ergebnis scheitert also die Übernahme von Prüfungsergebnissen durch die bankengesetzliche Revisionsstelle an der ausdrücklichen Regelung des Art. 43 Abs. 3 BankV und die Übernahme durch die aktienrechtliche Revisionsstelle am Sinngehalt des gesetzlichen Prüfungsauftrags. Es muss folglich eine echte (und kostensteigernde) Doppelprüfung durchgeführt werden, sofern die Bank-Aktiengesellschaft nicht den eleganten Ausweg wählt, die beiden Revisionsmandate in Personalunion zu vergeben.

e) Zukünftige Neuregelung

Das neue obligationenrechtliche Revisionsrecht[1229] und die Rundschreiben-Entwürfe der Eidgenössischen Bankenkommission[1230] haben auf das Koordinationsrecht der Bank-Aktiengesellschaft keinen Einfluss, wenn man sich die vorangehenden Lösungsansätze zu den Abstimmungsfragen vor Augen hält:

Das kumulative *Prüfungsverfahren* bleibt auch unter der Neuregelung notwendig. Die Abgabe einer Abstimmungsempfehlung und die Mitwirkung an der Generalversammlung bleibt exklusive Pflicht der aktienrechtlichen Revisionsstelle. Zur Wahrung der Kontroll- und Mitbestimmungsrechte der Aktionäre muss daher die Abschlussprüfung sowohl nach Bankengesetz als auch nach Aktienrecht vorgenommen werden.

1225 *Bürgi*, Zürcher Kommentar, N 16 zu Art. 723 aOR. A.A. *Hirsch*, l'organe de contrôle, 119.

1226 *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 121.

1227 Vgl. oben S. 357 (Fachkompetenz).

1228 Vgl. *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 121 f.

1229 Vgl. oben S. 333 (Zukünftige Neuregelung).

1230 Vgl. oben S. 344 (Neue EBK-Rundschreiben).

Für die Frage des *Prüfungsmasstabs* bleibt es beim Vorrang des Bankengesetzes (Art. 6 BankG). Welche Informationen Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang einer Bank-Aktiengesellschaft zu enthalten haben, bestimmt das Aufsichtsrecht. Entsprechend ist auch der Prüfungsauftrag der Revisionsstelle aufsichtsrechtlich determiniert. Die aktienrechtliche Differenzierung zwischen ordentlicher Prüfung, eingeschränkter Prüfung und Prüfungsverzicht bleibt im Bankenkontext folgenlos.

Wie bis anhin behält das Aktienrecht die Kompetenz, die *Zulassung und Beaufsichtigung* ihrer Revisionsstelle zu regeln. Dem Aufsichtsrecht fehlt weiterhin die Grundlage, um die Wahl der aktienrechtlichen Revisionsstelle auf den Kreis der aufsichtsrechtlich zugelassenen Revisionsstellen zu beschränken. Im (seltenen) Fall eines getrennten Mandats ist es also möglich, dass die aktienrechtliche Revisionsstelle den aufsichtsrechtlichen Anforderungen an eine Prüfgesellschaft nicht erfüllt. Wie oben dargelegt, liegt aber in der zivilrechtlichen Haftung ein genügendes Motiv für die Beteiligten, in einem solchen Fall von einer Mandatsvergabe bzw. Mandatsübernahme abzusehen. Wird das Revisionsmandat in Personalunion wahrgenommen, so muss die Revisionsstelle die Voraussetzung beider Teilrechtsordnungen erfüllen; sie untersteht zudem beiden Kontrollbehörden. Die funktionsdifferenten Zulassungsbedingungen und Aufsichtsregimes bedeuten angesichts der zunehmenden Regulierungsdichte einen Mehraufwand für das beaufsichtigte Revisionsunternehmen. Der Entwurf des Revisionsaufsichtsgesetzes trägt diesem Anliegen mit einem Koordinationsauftrag an die verschiedenen Aufsichtsbehörden Rechnung[1231].

f) Fazit

Die Abschlussprüfung als eines der revisionsrechtlichen Überschneidungsgebiete von öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Regulierung zeigt im Ergebnis ein mehrfarbiges Lösungsbild. Einerseits wird der bankengesetzliche Geltungsvorrang für einmal vom Gebot der Systemabstimmung verdrängt, so dass die Revision *sowohl* kraft Bankgesetzes *als auch* kraft Aktienrechts erfolgen muss – als echte Doppelung mit (formell) zwei aktiven Revisionsstellen und zwei Prüfungsverfahren. Dann wieder konzentrieren sich diese Verfahren, ganz im Sinne des Spezialitätsgrundsatzes, auf das Sonderbilanzrecht der Banken als ausschliesslichem Prüfungsmassstab.

1231 Art. 23 E-RAG, BBl 2004, 4146. Zur Notwendigkeit der Koordination auch *Widmer/Wey*, ST 2004, 361 ff.

Statt nun in dieser materiellen Einheit auch formal eine gegenseitige Verwendung der Prüfungsergebnisse möglich zu machen, ergibt die Auslegung der Normierung eine Pflicht zur eigenständigen Prüfung für jede der beiden Revisionsstellen – ausgenommen natürlich im Fall der Personalunion.

Was zusammen genommen wie ein unsystematischer Slalom erscheint, hat seinen guten Grund in der Funktion des öffentlichen und privaten Rechts als wechselseitige Auffangordnungen[1232]. Mit dem doppelten Verfahren füllt das Aktienrecht die Schutzlücke, die den Aktionären unternehmensintern auf der Generalversammlung entstehen würde, wollte man die Revision allein von einer unternehmensexternen bankengesetzlichen Kontrollinstanz vornehmen lassen. Die Pflicht zur eigenständigen Prüfung entsteht als notwendiges Korrelat dazu, denn die Doppelprüfung verlöre ihren Sinn, wenn nicht jede Stelle zu ihrer Seite hin (Bankenkommission, Generalversammlung) eine eigenverantwortete Kontrolle präsentieren könnte. Gleichzeitig schafft die einheitliche und strikte materielle Prüfung nach Bankbilanzrecht erst die Voraussetzung dafür, dass der Staat den für das öffentliche Interesse besonders wichtigen Bankensektor im übrigen der privatautonomen Gestaltung überlassen darf, statt mit eingriffsintensiverer Regulierung zu operieren. Der strikte Massstab setzt sich so zweigleisig um: als aufsichtsrechtlicher Kontrollpfad und als unternehmensinterne Selbstkontrolle. Im Wechselspiel der Teilrechtsordnungen bei der Revision offenbart sich so gesehen mehr als nur die unsystematische Anhäufung beliebiger Einzelanforderungen.

4. Koordination bei der Kapitalherabsetzungsprüfung

Als letztes Beispiel eines Normkonkurrenzverhältnisses im Revisionsrecht bleibt noch die Kapitalherabsetzungsprüfung zu erörtern[1233]. Sowohl das Aktienrecht als auch das Bankengesetz sehen hierfür Schutzmassnahmen vor. Das Kernstück der Schutzmassnahmen bildet in beiden Gesetzen eine besondere Prüfung, die Kapitalherabsetzungsprüfung. Mit ihr besteht ein weiterer Überschneidungsbereich in den Pflichtenkatalogen der aktienrechtlichen und der bankengesetzlichen Revisionsstelle – und damit ein weiteres Untersuchungsfeld für die bankrechtliche Koordinationsdogmatik.

1232 Vgl. oben S. 31 (Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen); S. 128 (Wechselseitige Entlastung als Koordinationsstrategie).

1233 Die Untersuchung beschränkt sich auf die konstitutive und die deklarative Kapitalherabsetzung. Für die Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung samt Revisionsprojekt vgl. *Böckli*, Aktienrecht, § 2 Rn. 381 ff.

Im Zuge der parallel verlaufenden Gesetzgebungs- und Gesetzesänderungsprozesse übernahm das Aktienrecht die Grundzüge der bankengesetzlichen Regelung und baute sie weiter aus. Für die Bank-Aktiengesellschaft entstand dadurch ein „Regelungsmix", der sich aus bankengesetzlichem Sonderrecht, subsidiärem Aufsichtsrecht und direkt anwendbarem Aktienrecht zusammensetzt (a). So bildet bei der *deklarativen Kapitalherabsetzung* – also bei der Kapitalherabsetzung zur Bereinigung einer Unterbilanz – das Aktienrecht zwar den primären, aber nicht den ausschliesslichen Ordnungsrahmen; die Überschneidung der Regelungsansprüche wirkt sich hier auch bei der Prüfungstätigkeit und Fachqualifikation der Revisionsstelle aus (b). Demgegenüber fällt die *konstitutive Kapitalherabsetzung* – also die Herabsetzung zwecks Rückzahlung von Aktienkapital[1234] – in die primäre Regelungskompetenz des Bankengesetzes, das allerdings einschränkend auf die Bestimmungen des Aktienrechts verweist. Daraus resultiert für die zuständige bankengesetzliche Revisionsstelle eine atypische Mitwirkungspflicht bei gesellschaftsinternen Vorgängen (c).

a) Das System der Kapitalherabsetzung im Bankengesetz

Bedingt durch die sich überlagernden Gesetzgebungsprozesse (aa) ist für die Kapitalherabsetzung der Bank-Aktiengesellschaft ein Regulatorium entstanden, das sich aus verschiedenen Quellen speist (bb).

aa) Regulatives Wechselspiel im Gesetzgebungsprozess

(1) Grundlegung im Bankengesetz

Schon die Botschaft zum Bankengesetz von 1934 betonte die „ausserordentlich heikle Natur" der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung[1235]. Entsprechend sah der bundesrätliche Entwurf gegenüber der aktienrechtlichen Lösung eine Verschärfung vor. Zwar sollten für die Bank-Aktiengesellschaft kraft Verweisung die „einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts" gelten[1236] – und zwar, da die Kapitalherabsetzung im Obligationen-

1234 Dem gleichgestellt ist die Herabsetzung zwecks Befreiung von der Liberierungspflicht, vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 53 Rn. 15.

1235 BBl 1934 I 186.

1236 Art. 12 E-BankG, vgl. BBl 1934 I 194: „[E]s gelten für die Herabsetzung des Grundkapitals durch Rückzahlung von Aktien ausser den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts folgende Vorschriften: ...". Dabei sahen die Einschränkungen durchweg eine Verschärfung der aktienrechtlichen Regelung vor.

recht von 1881 nicht speziell geregelt war, bezogen auf die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Auflösung der Gesellschaft[1237]. Gleichzeitig sollten aber gewisse Bereiche eigenständig im Bankengesetz geregelt werden. Wie schon bei der Rechnungslegung (Art. 6 BankG) sollte sich das Kapitalherabsetzungsrecht also aus einem aktienrechtlich determinierten Verweisungsbereich und einem bankautonomen Sonderrechtsbereich zusammensetzen. Das Kernstück der bankautonomen Regelung bestand aus der Anordnung einer besonderen Prüfung durch die bankengesetzliche Revisionsstelle. Erst wenn durch deren Revisionsbericht „ausser Zweifel" stehe, dass auch nach der Kapitalherabsetzung die Forderungen der Gläubiger voll gedeckt und die Liquidität der Bank gesichert sei, dürfe die Generalversammlung den Herabsetzungsbeschluss fassen. Vorher dürfe die Bank weder eigene Aktien zum Zweck der Kapitalherabsetzung zurückkaufen noch an Dritte Vorschüsse zum Zweck des Aktienrückkaufs gewähren[1238]. Zudem statuierte der Entwurf eine Einschränkung für Buchgewinne aus Kapitalherabsetzung. Solche Gewinne sollten nicht an die Aktionäre fliessen, sondern nur zu Abschreibungszwecken oder zur Reservebildung verwendet werden dürfen[1239].

In den parlamentarischen Beratungen erfuhr der bundesrätliche Entwurf eine teilweise Umgestaltung. Kraft Verweisung auf das Obligationenrecht hätte für die effektive Rückzahlung eine zwölfmonatige Sperrfrist gegolten, so wie sie für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens bei deren Auflösung galt[1240]. Auf Betreiben der Banken verkürzte das Parlament in zweiter Lesung die Sperrfrist auf zwei Monate ab der Publikation des Schuldenrufs im statutarisch vorgesehenen Publikationsorgan. Nach Ablauf der Frist konnte die Kapitalherabsetzung durchgeführt werden, vorausgesetzt, dass alle fristgerecht angemeldeten Forderungen bezahlt oder sichergestellt waren. Als Begründung für die im Vergleich zum Obligationenrecht verkürzte Frist verwies man auf das zusätzliche bankengesetzliche Erfordernis des besonderen Revisionsberichts[1241].

1237 Art. 667 OR 1881.

1238 Art. 12 Abs. 1 lit. a E-BankG, BBl 1934 I 194.

1239 Art. 12 Abs. 1 lit. a E-BankG, BBl 1934 I 194.

1240 Vgl. Sten. Bull. StR 1934, 228. Die damaligen OR-Referenznormen waren Art. 670 Abs. 2 und 667 OR 1881 bzw. Art. 762, 755 Entwurf OR 1923. Die einjährige Sperrfrist ist immer noch Bestandteil der Auflösungsbestimmungen, jedoch sind Ausnahmen möglich, vgl. Art. 745 Abs. 2 und 3 OR.

1241 Vgl. Sten. Bull. NR 1934, 673 (Verkürzung der Sperrfrist auf 2 Monate); StR 1934, 443 (Zustimmung zum Vorschlag des Nationalrats).

(2) Weiterführung im Aktienrecht

Der Aktienrechtsentwurf von 1928 verwies – wie schon das Aktienrecht von 1881 – für die Kapitalherabsetzung auf die Vorschrift über die Verteilung des Vermögens bei der Auflösung der Gesellschaft, d.h. auf den heutigen Art. 745 OR[1242]. Inspiriert durch die Lösung im Bankengesetz[1243] wurden in den bereits durchberatenen Entwurf des Obligationenrechts *nachträglich* Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung eingefügt[1244]. Übernommen wurde auch das Konzept der besonderen Revisionsprüfung. Der Vorschlag, wonach die Prüfung von den nach *Bankengesetz* anerkannten Revisionsstellen vorzunehmen sei, wurde allerdings auf Betreiben der Treuhand-Lobby wieder fallengelassen[1245]. Was im Bankengesetz angedacht und kurzfristig umgesetzt worden war, kam nun in den Genuss einer umfassenden Regelung. Das äusserte sich auch in der Zahl der Gesetzesbestimmungen: Eine Bestimmung im Bankengesetz, vier Bestimmungen im Aktienrecht.

So normiert etwa das Aktienrecht eine zusätzliche Konstellation der Kapitalherabsetzung, die das Bankengesetz nicht ausdrücklich erwähnt, nämlich die Herabsetzung zur Bereinigung einer Unterbilanz (Art. 735 OR). Es trifft auch eine ausführlichere Regelung über die einzelnen Verfahrensschritte und sieht dort nicht nur einen einmaligen Schuldenruf im statutarischen Publikationsorgan, sondern einen dreimaligen Schuldenruf im Schweizerischen Handelsamtsblatt *und* im statutarischen Publikationsorgan vor (Art. 733 OR). Zudem verlangt es im Prüfungsbericht die Angabe darüber, in welcher Art und Weise die Kapitalrückzahlung erfolgen soll (Art. 732 Abs. 3 OR). Auch für die Frage der Verwendung des Buchgewinns trifft es auf den ersten Blick eine strengere Lösung[1246]. Als zusätzlichen Kontrollschritt fordert es sodann die notarielle Feststellung über die Einhaltung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen (Art. 734 OR). Hingegen fordert es

---

1242 Schon unter dem OR von 1936: Art. 745 OR.

1243 Zur parallelen Gesetzgebungsgeschichte siehe *Peter*, Kapitalherabsetzung, 16 ff.

1244 Vgl. Sten. Bull. NR 1934, 343 f. (erste Lesung, Anlehnung an OR 1881); Sten. Bull. NR 1934, 189 ff. (zweite Lesung, Anlehung an BankG).

1245 So noch Sten. Bull. StR 1934, 102 (April). Dann aber Sten. Bull. NR 1934, 190 (Juni) und im Anschluss daran Sten. Bull. StR 1935, 263 f. (Sept.).

1246 Art. 732 Abs. 4 OR. Nach überwiegender Lehre ist allerdings aufgrund des gleichen Normzwecks Art. 732 Abs. 4 OR gleich zu lesen wie Art. 11 Abs. 1 lit. c BankG. Vgl. etwa *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 53 Rn. 183; *Küng*, Basler Kommentar, N 16 zu Art. 732 OR; *Lutz*, Komm. BankG (2002), N 23 zu Art. 5 BankG; HWP IV (1998), 65 f. Für das Aktienrecht von 1936 schon *Bürgi*, Zürcher Kommentar, N 39 zu Art. 732 OR. A.A. *Böckli*, Aktienrecht, § 2 Rn. 371, der die Verwendung des Buchgewinns im Aktienrecht gerade nicht für Abschreibungen, sondern nur für die Reservenbildung zulassen will.

anders als das Bankengesetz keine Prüfung darüber, ob im Falle der Kapitalherabsetzung die Liquidität sichergestellt ist[1247]. Vollständig übernommen wurde dagegen die Kernregelung des bankengesetzlichen Verfahrens, nämlich das Erfordernis einer besonderen Revisionsprüfung einerseits und die Verkürzung der Sperrfrist andererseits. Immerhin ist auch in diesem Bereich eine weiterführende Regelung zu vermerken: Das Aktienrecht verpflichtet die Revisionsstelle zur Anwesenheit bei der Generalversammlung, auf der die Kapitalherabsetzung beschlossen werden soll (Art. 732 Abs. 2 OR).

bb) Resultierender Koordinationsbedarf

Durch die aktienrechtliche Überlagerung des bankengesetzlichen Kapitalherabsetzungsrechts ist für Bank-Aktiengesellschaften ein Regulatorium entstanden, das sich aus drei verschiedenen Quellen speist: Erstens verweist Art. 11 Abs. 1 BankG auf das Aktienrecht, womit die – bereits ausführlich erörterten[1248] – *Verweisungswirkungen* eintreten: Im Umfang der Verweisung übernimmt das Bankengesetz das Aktienrecht in seine eigene Ordnung und verleiht ihm den Charakter von subsidiärem Aufsichtsrecht. In dieser Eigenschaft wird das Aktienrecht für die Banken aller Rechtsformen zum massgeblichen aufsichtsrechtlichen Standard. Zweitens nimmt das Bankengesetz die Verweisung für gewisse Bereiche zurück und regelt sie eigenständig. Damit schafft es einen bankautonomen Sonderrechtsbereich. Drittens besteht aufgrund der weitergehenden Regelung im Aktienrecht ein Bereich, der vom Bankengesetz zumindest *prima facie* nicht erfasst ist, also ein aktienrechtlicher Residualbereich.

Dass sich angesichts der unterschiedlichen Regelungsquellen Koordinationsfragen stellen, liegt auf der Hand. Gegenstand des vorliegenden Untersuchungsabschnitts sind allerdings nur solche Fragen, die sich im Zusammenhang mit der *Revision* stellen, wobei zwischen den verschiedenen Formen der Kapitalherabsetzung zu unterscheiden ist[1249].

1247 Vgl. Art. 732 Abs. 2 BankG.

1248 Vgl. oben S. 108 (Verweisung); S. 269 (Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialität).

1249 Nicht behandelt wird folglich die Streitfrage, ob die strengere aktienrechtliche Regel über den Schuldenruf als *lex posterior* der bankengesetzlichen Sonderregel vorgehen soll. Zu dieser Streitfrage oben Fn. 567.

b) Die Revision bei deklarativer Kapitalherabsetzung

Bei der deklarativen Kapitalherabsetzung (Art. 735 OR) geht es darum, eine Unterbilanz auszugleichen: Die Aktiva der Gesellschaft decken zwar das Fremdkapital, jedoch nicht mehr das gesamte Aktien- und Partizipationskapital[1250]. Dafür sieht das Bankengesetz keine ausdrückliche Anordnung vor; die Regelung in Art. 11 BankG befasst sich dem *Wortlaut* nach einzig mit der Kapitalherabsetzung zwecks Rückzahlung (konstitutive Kapitalherabsetzung). Es liegt daher nahe, die deklarative Kapitalherabsetzung und die damit zusammenhängende Revisionsaufgabe der ausschliesslichen Regelungskompetenz des Aktienrechts zuzuweisen[1251].

Dieser Schluss bedarf allerdings mit Blick auf den intensivierten Schutzauftrag des Bankengesetzes der näheren Prüfung. Das Obligationenrecht verzichten nämlich auf die Liquiditätsprüfung sowie auf den Schuldnerruf und die Sicherstellung der Gläubiger, die in Art. 11 BankG vorgesehen sind[1252]. Diese *Mindergewährleistung beim Schutzinstrumentarium* wirft die Frage auf, ob das Bankengesetz hier wirklich auf seine anspruchsvollere Kontrolle verzichtet. Angesichts des kurzen Gesetzgebungsverfahrens könnte es sich beim Schweigen des Bankengesetzes nämlich auch um eine planwidrige Unvollständigkeit handeln, um eine Gesetzeslücke, die durch analoge Anwendung des Art. 11 BankG gefüllt werden muss. Massgebliche Leitlinie bei der Frage nach dem bankengesetzlichen Regelungsanspruch ist gemäss der hier entwickelten Koordinationsdogmatik der intensivierte bankengesetzliche Gläubigerschutz[1253].

Letztlich ist also zu fragen, ob bei Annahme einer aktienrechtlichen Residualkompetenz für die schutzwürdigen Interessen der Bankgläubigerinnen und -gläubiger noch eine hinreichende Auffangwirkung im Aktienrecht bestehen bleibt (aa). Auch hinsichtlich des Prüfungsmassstabs (bb) und der Revisionsstelle (cc) stellen sich aus Sicht der Koordination der Teilrechtsordnungen ähnliche Fragen wie schon bei der zweigleisigen Abschlussprüfung.

1250 Zum Begriff der Unterbilanz vgl. etwa *Böckli*, Aktienrecht, § 2 Rn. 393; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 50 Rn. 193; *v. Greyerz*, SPR VIII/2 (1982), 277.

1251 So etwa *Lutz*, Komm. BankG (2001), N. 23 f. zu Art. 11 BankG.

1252 Die Praxis verzichtet zudem auf die – nach Bankengesetz allerdings nicht geforderte – notarielle Bestätigung über die Einhaltung der einschlägigen Vorschriften, siehe *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 53 Rn. 283.

1253 Siehe oben S. 177 (Vorrang nur bei Anwendbarkeit der bankengesetzlichen Norm).

aa) Angemessenheit des aktienrechtlichen Gläubigerschutzes

Für eine analoge Anwendung von Art. 11 BankG auf Fälle der Kapitalherabsetzung zwecks Bilanzbereinigung müsste zunächst eine Regelungslücke vorliegen. Von einer solchen Lücke wäre auszugehen, wenn die historische, systematische oder teleologische Auslegung eine planwidrige Unvollständigkeit des Bankengesetzes offenlegen würde.

Historisch betrachtet lässt das geschilderte Wechselspiel von bank- und aktienrechtlicher Gesetzgebung jedenfalls keinen eindeutigen Schluss auf eine umfassende Regelungsintention des Bankengesetzgebers zu. Gegenstand des Entwurfs und der Beratungen war allein die Kapitalherabsetzung zwecks Rückzahlung[1254]. Auch bei späteren Gesetzesänderungen wurde eine entsprechende Kompetenzerweiterung zugunsten des Bankengesetzes nicht diskutiert[1255]. Die *systematische Stellung* von Art. 11 im Bankengesetz gibt ebenfalls keinen Anhaltspunkt dafür, ob der Regelungsanspruch umfassend gemeint, oder ob er lückenhaft ist.

Es bleibt deshalb allein die Frage, ob der *Sinn und Zweck* des Bankengesetzes eine analoge Anwendung gebietet, weil es sich um eine aufsichtsrechtliche Materie mit dem vordringlichen Ziel erhöhter Schutzintensität im Bankensektor handelt[1256]. Das wiederum hängt letztlich davon ab, welcher Schutz durch die aktienrechtliche Revision gewährleistet wird und wie gross die Schutzbedürftigkeit der potentiell betroffenen Gläubigerinnen und Gläubiger bei der Kapitalherabsetzung zwecks Bilanzausgleichs ist.

Der letztgenannte Punkt hat bei der Beurteilung der Fallkonstellation das grösste Gewicht, weil eine Herabsetzung, die nicht mit Rückzahlung verbunden ist, zwar immer noch ein Risiko birgt, aber ein ungleich geringeres als bei den übrigen Fällen der Kapitalherabsetzung. Die Unterbilanz besteht nur darin, dass die Aktiva der Gesellschaft zwar das Fremdkapital, jedoch nicht mehr das gesamte Aktien- und Partizipationskapital decken[1257]. Eine Kapitalherabsetzung bedeutet dann, dass *rechnerisch* ein Ausgleich zwischen Aktiven und Passiven hergestellt wird – eine rein buchtechnische Massnahme. Weder verbessert sie die Vermögenslage der Gesellschaft, noch

---

1254 Vgl. Art. 12 E-BankG, BBl 1934 I 194 sowie Sten. Bull. StR 1934, 228, Sten. Bull. NR 1934, 673, Sten. Bull. StR 1934, 443.

1255 Die Revision beschränkte sich auf die Hinzufügung des Absatz 2 (Anwendung auf Genossenschaften und GmbHs), vgl. Art. 17 SchlÜB OR (1936).

1256 Zu diesem (massgeblichen) Kriterium für die Feststellung eines bankengesetzlichen Regelunganspruchs siehe oben S. 177 (Vorrang nur bei Anwendbarkeit der bankengesetzlichen Norm).

1257 Siehe oben Fn. 1250.

verringert sie deren Vermögen, denn ein Mittelabfluss findet nicht statt[1258]. Das Haftungssubstrat mindert sich weder durch Ausschüttung an die Aktionäre, noch werden bestehende Liberierungspflichten aufgehoben[1259].

Allenfalls *mittelbar* kann die Operation einen vermögenswirksamen Effekt entfalten. Der Ausgleich der Bilanz stellt nämlich gleichzeitig die Ausschüttungsfähigkeit der Gesellschaft wieder her[1260]. Das kann zur Zahlung einer Dividende führen, wodurch wiederum das Vermögen der Gesellschaft gemindert wird. Doch trotz dieser Folge sind die Gläubigerinteressen bei einer Kapitalherabsetzung zwecks Bilanzbereinigung viel weniger intensiv berührt als bei der Kapitalherabsetzung zwecks Rückzahlung, denn selbst der mittelbare Nachteil zeigt für das Gläubigerinteresse ein doppeltes Gesicht: Kann nämlich die Gesellschaft wieder Dividenden ausschütten, so gewinnt sie dadurch an Kreditwürdigkeit[1261].

Insgesamt sind die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger – und nur sie interessieren im Bankenkontext – durch eine bloss bilanzbereinigende Kapitalherabsetzung angesichts der mittelbaren und ambivalenten Wirkungen nicht derart gefährdet, dass eine bankengesetzliche Intervention nach dem gesetzlichen Schutzzweck zwingend erforderlich wäre. Es ist eine im Schutzniveau noch vertretbare Lösung, wenn das Aktienrecht auf eine Liquiditätsprüfung verzichtet, denn die Liquiditätslage der Bank-Aktiengesellschaft bleibt ja gerade unverändert. Auch die Erleichterung beim Schuldnerruf lässt sich mit der vergleichsweise geringen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen vereinbaren.

Obwohl also nach der besonderen Schutzrichtung des Bankaufsichtsrechts eine analoge Anwendung des Art. 11 BankG auf die bilanzbereinigende Kapitalherabsetzung nahe liegen würde, rechtfertigt sich in diesem Fall ein bankengesetzlicher Primat gegenüber der aktienrechtlichen Residualmaterie nicht. Folglich bleibt es dabei, dass die Gesetzesnorm ihrem engen Wortlaut gemäss auszulegen ist und der aktienrechtlichen Revision insoweit die *Alleinregie* überlassen bleiben muss.

bb) Bankengesetzlicher Prüfungsmassstab

Während bei der Abschlussprüfung die doppelte Zuständigkeit zu der Frage geführt hat, ob nicht dennoch ein einheitlicher Prüfungsmassstab heranzu-

---

1258 Vgl. BGE 113 II 528 (533).
1259 Vgl. *Forstmoser*, Aktienrecht, 601 m.w.N.
1260 Vgl. *Böckli*, Aktienrecht, § 2 Rn. 395.
1261 So auch der Hinweis in der bundesrätlichen Botschaft, BBl 1928, 263.

ziehen sei[1262], sieht die materielle Seite des Revisionsrechts bei der deklarativen Kapitalherabsetzung auf den ersten Blick einfacher aus: Wo nur das Aktienrecht anwendbar ist, sollte auch nur der aktienrechtliche Prüfungsmassstab gelten.

Bei Bank-Aktiengesellschaften ist diese einfache Grundüberlegung allerdings trügerisch. Die Prüfung, ob die Gläubigeransprüche auch nach der Kapitalherabsetzung noch voll gedeckt sind[1263], setzt die Bewertung aller Aktiven innerhalb und ausserhalb der Bilanz sowie allfälliger Rückstellungsansprüche voraus[1264]. Das Bewertungsrecht der Bank-Aktiengesellschaft ist aber – wie das Bilanzrecht insgesamt – eine *bankengesetzliche Materie*. Die einschlägige Rechtsgrundlage ist Art. 6 BankG. Die Bestimmung nimmt zwar nicht ausdrücklich auf die Deckungsprüfung bei der Kapitalherabsetzung Bezug. Doch würde es Sinn und Zweck der spezialgesetzlichen Normierung widersprechen, wenn Jahresrechnungen und Zwischenabschlüsse jeweils nach besonderen bankengesetzlichen Gesichtspunkten zu erstellen wären, diese Gesichtspunkte aber bei der Deckungsprüfung unberücksichtigt blieben. Was das Bewertungsrecht im Besonderen angeht, so ist dieses zwar Teil der Verweisungsmaterie von Art. 6 Abs. 2 BankG und damit vom Inhalt her grundsätzlich aktienrechtlich determiniert. Die genauere Untersuchung im Zusammenhang mit der Rechnungslegung hat aber ergeben, dass auch in diesem Bereich das Aufsichtsrecht zahlreiche Sonderregeln statuiert, die das Bewertungsrecht materiell gesehen zu einem bankengesetzlichen Sonderrecht werden lassen[1265].

Im Ergebnis fällt also zwar das Verfahren der Kapitalherabsetzung zwecks Bilanzbereinigung in die Regelungszuständigkeit des Aktienrechts. Das *Kernstück des Verfahrens*, nämlich der zu erstellende besondere Revisionsbericht, legt aber seiner Bewertung formell und materiell einen *bankengesetzlichen Prüfungsmassstab* zugrunde. Obwohl dies in der praktischen Folge sehr an den einheitlichen materiellen Massstab bei der Abschlussprüfung erinnert, sind hier doch ganz unterschiedliche Koordinationsmechanismen am Werk. Während sich bei der Abschlussprüfung das ohnehin anwendbare Bankrecht als regierend durchsetzt, um einen einheitlichen Massstab für die Prüfung zu gewährleisten, ist bei der deklarativen Kapitalherabsetzung das

---

1262 Siehe oben S. 356 (Prüfungsmassstab).

1263 Der Wortlaut des Gesetzes spricht nur von der Deckung der Gläubigeransprüche. Er ist nach übereinstimmender Lehrmeinung zu eng, vgl. nur *Böckli*, Aktienrecht, § 2 Rn. 356; *Lutz*, Komm. BankG (2001), N 10 f zu Art. 11 BankG.

1264 Vgl. *Lutz*, Komm. BankG (2001), N 11 zu Art. 11 BankG.

1265 Vgl. oben S. 285 (Stille Reserven); S. 294 (Übrige Bewertungsvorschriften).

Bankrecht zunächst überhaupt nicht anwendbar. Es fliesst erst auf dem Umweg über das Aktienrecht wieder ein, weil es – in Abwesenheit gegenteiliger aktienrechtlicher Konkretisierung – den materiellen Massstab für *jede Bankenprüfung* bestimmt.

cc) Prüfungskompetenz der aktienrechtlichen Revisionsstelle

Der einheitliche Prüfungsmassstab hatte schon bei der Abschlussprüfung die Konsequenz, dass für die aktienrechtliche Revisionsstelle eine bankspezifische Fachkompetenz erforderlich wurde. Entsprechendes gilt bei der Kapitalherabsetzungsprüfung. Obgleich also in Art. 11 BankG kein Regelungsanspruch für die deklarative Kapitalherabsetzung enthalten ist und folglich für die Deckungsprüfung *einzig* die aktienrechtliche Revisionsstelle in Frage kommt, muss die Revisionsstelle zumindest so viel Kenntnis im Bankbilanzrecht aufweisen, dass sie die besonderen Aktiva und Passiva der Finanzmarktgeschäfte beurteilen kann. Zwar fehlt es für dieses Erfordernis an einer strikten Qualifikationsregel, die dem förmlichen Zulassungsverfahren für bankengesetzliche Revisionsstellen vergleichbar wäre. Die Durchsetzung der Prüfungskompetenz ist aber auf zivilrechtlichem Wege – d.h. über die Haftung der Gesellschaftsorgane für unsorgfältige Prüferberufung und Prüfung – im praktischen Ergebnis sichergestellt.

c) Die Revision bei konstitutiver Kapitalherabsetzung

Die konstitutive Kapitalherabsetzung verläuft sowohl sachlich als auch rechtlich völlig anders als die deklarative. Bei ihr erhalten die Aktionäre entweder einen Teil der Einlagen zurück oder werden von ihren Liberierungspflichten befreit[1266]. Dadurch tritt eine Verminderung des Haftungssubstrats der Gesellschaft ein und damit eine erhebliche Gefährdung der Gläubigerinteressen. Angesichts dieser Wirkung erstaunt es nicht, dass der Bankengesetzgeber von 1934 einen besonderen Revisionsbericht verlangte. In der rechtlichen Koordination mit dem Aktienrecht bietet diese Revision wiederum eine neue Variante, indem – anders als bei der Abschlussprüfung – eine gesetzliche Grundlage für die Mitwirkungspflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle bei der Generalversammlung besteht (aa, bb). Dass sich bei einer Prüfungstätigkeit der bankengesetzlichen Revisionsstelle der Prüfungsmassstab nach dem Bankengesetz richtet, ist hingegen eine Trivialität, die nur der Erwähnung, nicht aber der Vertiefung bedarf (cc).

1266 Vgl. *Böckli*, Aktienrecht, § 2 Rn. 335.

aa) Kumulative Anwendung von Bankengesetz und Aktienrecht?

Nach der allgemeinen Verhältnisbestimmung von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht beansprucht das Bankaufsichtsrecht bei einer Normenkonkurrenz formell den absoluten Geltungsvorrang. Angewendet auf den Fall der konstitutiven Kapitalherabsetzung würde also die Prüfung gemäss Bankengesetz ihr aktienrechtliches Pendant vollständig verdrängen. Eine zusätzliche Prüfung nach Aktienrecht, vorgenommen von der – möglicherweise in Personalunion bestehenden, formell aber eigenständigen – aktienrechtlichen Revisionsstelle, würde demnach entfallen.

Dies führt allerdings unmittelbar zu der Anschlussfrage, was mit den *spezifisch aktienrechtlichen Aufgaben* dieser Revision geschieht. Es ist nämlich keinesfalls damit getan, bei Kapitalherabsetzungen die Deckung der Gläubigerforderungen und die Liquidität der Gesellschaft zu prüfen. Vielmehr verlangt Art. 732 Abs. 2 OR ausserdem die Anwesenheit der Revisionsstelle bei der beschlussfassenden Generalversammlung, was im aktienrechtlichen System nichts Geringeres bedeutet als eine *aktive Mitwirkungspflicht:* Die Revision muss der Generalversammlung mündlich über neuste Ereignisse berichten, die für die Beurteilung der Kapitalherabsetzung relevant sind, und sie muss den anwesenden Aktionären auf Anfrage hin Auskunft über die Durchführung und das Ergebnis der Prüfung geben[1267].

Im Zusammenhang mit der Abschlussprüfung wurde festgehalten, dass die bankengesetzliche Revisionsstelle per gesetzlicher Anordnung (Art. 18 BankG) *ausserhalb* der Gesellschaft steht und sie zur Mitwirkung bei gesellschaftsinternen Vorgängen weder verpflichtet noch befugt ist. Die Verwirklichung der aktienrechtlichen Kontrollmechanismen konnte daher nur durch die *Kumulation der Revisionspflichten* – also mittels zusätzlicher Prüfung durch die aktienrechtliche Revisionsstelle – erreicht werden. Bei der Kapitalherabsetzungsprüfung ist dies anders. Hier entsteht, wie sogleich zu zeigen sein wird, eine atypische Mitwirkungspflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle innerhalb der Gesellschaft, durch die ein möglicher Funktionsverlust normativ aufgefangen wird.

bb) Atypische Mitwirkungspflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle

Wenn bezüglich der Mitwirkung der bankengesetzlichen Revisionsstelle am gesellschaftsinternen Vorgang des Kapitalherabsetzungsbeschlusses eine andere Rechtslage behauptet wird als bei der Abnahme des Jahresabschlusses,

---

1267 Zum Aktienrecht 1936 *Bürgi*, Zürcher Kommentar, N 16 zu Art. 732 OR. Zum revidierten Aktienrecht *Küng*, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 732 OR.

so liegt dies an der Verweisung in Art. 11 Abs. 1 BankG. Während sich die Abschlussprüfung als jeweils eigenständiger, wenn auch parallel geführter Aufgabenbereich präsentiert, werden bei der Kapitalherabsetzung gestützt auf die Verweisung diejenigen aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsregeln als subsidiäres Aufsichtsrecht in die bankengesetzliche Ordnung übernommen, die *nicht* zum vorbehaltenen Sonderrechtsbereich (Art. 11 Abs. 1 lit. a, b, c BankG) gehören[1268]. Das bankengesetzliche Sonderrecht statuiert nur die Prüfungspflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle (lit. a); zur Mitwirkungspflicht äussert es sich nicht. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Mitwirkungspflicht von der Verweisung in Art. 11 Abs. 1 BankG erfasst wird und über diese Schiene auch im Aufsichtsrecht Geltung beansprucht.

Allerdings behält das Bankengesetz auch im Verweisungsfall die Wertungshoheit: Wo die aktienrechtlichen Referenznormen den Systemgedanken des Bankengesetzes widersprechen, sind ihre Regelungsinhalte im Bankenkontext nicht verbindlich. Der soeben beschriebene Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität könnte sich gerade im vorliegenden Fall aktualisieren. Wenn nämlich die bankengesetzliche Revisionsstelle *ausserhalb* des Unternehmens stehen soll (Art. 18 BankG), so scheint eine Mitwirkungspflicht bei gesellschaftsinternen Vorgängen systemwidrig. Bei der Abschlussprüfung wurde die Systemwidrigkeit denn auch bejaht. Im Rahmen der Kapitalherabsetzungsprüfung drängen sich indessen mit Blick auf die Gesetzesmaterialien zusätzliche Überlegungen auf.

Als das Parlament im Rahmen der Aktienrechtsrevision von 1936 die Kapitalherabsetzung regelte, wollte es die Prüfungspflicht zunächst den nach Bankengesetz anerkannten Revisionsstellen vorbehalten. Wäre es dabei geblieben, hätte die Mitwirkungspflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle bei der beschlussfassenden Generalversammlung ausser Frage gestanden. Im Ergebnis einigte man sich dann aber auf die Prüfung durch eine Revisionsgesellschaft, die *für diesen Zweck* vom Bundesrat anerkannt war (Art. 732 Abs. 2 OR 1936). Auch im Aktienrecht sollte also die Kapitalherabsetzungsprüfung durch eine Stelle erfolgen, die – wie die bankengesetzliche Revision – *ausserhalb* der Gesellschaft stand. Die Anwesenheitspflicht der Prüfungsstelle war also auch im aktienrechtlichen Kontext nicht Ausdruck oder Ausfluss einer Organqualität. Sie sollte lediglich die Information der

1268 Bei Inkrafttreten des Bankengesetzes bezog sich die Verweisung auf das OR von 1881. Sie ist aber auch hier dynamisch zu verstehen, so dass das jeweils geltende Aktienrecht die Referenzordnung bildet. Siehe hierzu oben S. 108 (Begriff der Verweisung).

Generalversammlung über eine Prüfung sicherstellen, die *nicht* in die Kompetenz des eigenen Revisionsorgans fiel. Im Ergebnis schätzte der Gesetzgeber von damals die Wahrung der Gläubigerinteressen als zu wichtig ein, um die Prüfung dem gesellschaftseigenen Revisionsorgan zu überlassen. Er hat bewusst die Ausnahme einer atypischen Mitwirkungspflicht in Kauf genommen, indem er diese Revision der Fachrevisionsstelle zuordnete.

Unter dem neuen Aktienrecht ist diese Trennung nicht mehr gleich scharf. Zwar muss die Kapitalherabsetzungsprüfung immer noch von einem besonders befähigten Revisor vorgenommen werden (Art. 732 Abs. 2 OR)[1269]. Diesem kommt aber bei den grossen Aktiengesellschaften gleichzeitig Organstellung zu (Art. 727b OR), so dass die Mitwirkung inzwischen als typische Organhandlung daherkommt. Für die Frage der Mitwirkungspflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle ist allerdings nach wie vor die Gesetzesgeschichte massgeblich, wonach diese spezifische Prüfung und die daran gebundene Mitwirkung nicht als Ausfluss der Organqualität gilt.

Nach alledem stellt sich die durch Verweisung in Art. 11 Abs. 1 BankG zugewachsene Mitwirkungspflicht zwar für die bankengesetzliche Revisionsstelle als atypisch dar, doch kann darin keine Systemwidrigkeit gesehen werden. Es verstösst nicht gegen den Vorbehalt der Systemkompatibilität, dass im Falle konstitutiver Kapitalherabsetzung ausnahmsweise die bankengesetzliche Revisionsstelle bei der Generalversammlung aktiv mitzuwirken hat.

cc) Prüfungsmassstab

Nachdem das Bankengesetz bezüglich der konstitutiven Kapitalherabsetzung unstreitig einen Regelungsanspruch erhebt und die bankengesetzliche Revisionsstelle die einzige Prüfungsinstanz ist, müssen über den einschlägigen Prüfungsmassstab nicht mehr viele Worte verloren werden: Er richtet sich nach Art. 6 BankG.

d) Fazit

Trotz ihres ähnlichen Inhalts funktionieren die deklarative und die konstitutive Kapitalherabsetzung koordinationsdogmatisch unterschiedlich. Während sich das Aufsichtsrecht bei der deklarativen Form ganz zurückzieht und der aktienrechtlichen Revision die Auffangfunktion für die Risikovorsorge überlässt, drängt es sich bei der konstitutiven Kapitalherabsetzung in

---

1269 Künftig: von einer Revisionsexpertin, vgl. Art. 732 Abs. 2 E-OR RevR.

den Vordergrund, verdrängt sogar die aktienrechtliche Revision und lässt die bankengesetzliche Revisionsstelle mit ihrem Auftritt in der Generalversammlung eine atypische gesellschaftsinterne Pflicht übernehmen. Überlagert wird diese Mehrgleisigkeit in der Aufgabenverteilung durch einen einheitlichen Prüfungsmassstab: Allein ausschlaggebend ist das Sonderbilanzrecht der Banken als die sachnähere Materie. Dem folgen die Kompetenzanforderungen, seien sie nun aufsichtsrechtlich durch ein Zulassungsverfahren überwacht oder nur faktische Konsequenz der allgemeinen zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsregeln.

5. Koordination der Verantwortlichkeitsregeln

Während die bisher untersuchten Überschneidungsbereiche in den revisionsrechtlichen Aufgabenkatalogen allesamt Primärpflichten der Revisionsstellen betrafen, geht es beim Verantwortlichkeitsregime um *Sekundärpflichten* – also um die Ersatzansprüche bei Verletzung der Primärpflichten. Ins Blickfeld rücken diese Ersatzansprüche vor allem dann, wenn die Überschuldung der Bank-Aktiengesellschaft zum Konkurs oder zu einem Nachlassverfahren führt. War ihre finanzielle Schwäche bei gründlicher Prüfung frühzeitig erkennbar und hätte die Revision die betroffenen Aktionäre und Gläubiger eigentlich warnen müssen, dann richtet sich in Krisensituationen der begehrliche Blick der Geschädigten gerade auch auf die Revisionsgesellschaften, denn diese sind als externe Kontrollinstanz vom finanziellen Misserfolg der Bank nicht mitgerissen und zudem regelmässig in beträchtlicher Höhe versichert: Sie bieten also „tiefe Taschen" für mögliche Wiedergutmachung. Haftungsrechtlich werden sie dadurch zu äusserst attraktiven „Ansprechpartnerinnen" bei Bankeninsolvenzen[1270]. Aktuelle Bedeutung gewinnen Verantwortlichkeitsklagen gegen Revisionsstellen ausserdem im Fall des Unternehmenskaufs, wenn die Investoren geltend machen, die geprüf-

1270 Vgl. z.B. den Fall IBZ, BGer, Urteil vom 11.11.1975, in: ST 9/1976, 24 ff.; BGE 123 III 60 (63). Zur Rolle der Revisionsorgane als „Ausfallbürgen für die Haftungsschulden von zahlungsunfähigen Verwaltungsräten" (*Böckli*, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, 16) vgl. auch *Forstmoser*, ST 1997, 389; *Hunziker*, Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, 104; *Moser*, Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, 202. Für Korrekturmassnahmen *de lege ferenda* vgl. *Forstmoser*, Den Letzten beissen die Hunde, 511 ff.

ten Jahresrechnungen und Revisionsberichte hätten von der finanziellen Lage der übernommenen Gesellschaft ein falsches Bild vermittelt[1271].

Gegenwärtig ist das Haftungsrecht der Revisionsstellen im Umbruch. Schon beim zentralen Verantwortlichkeitsbereich der Bankhaftung, der Haftung für Bankorgane, war neben dem bisher geltenden Recht auch die zukünftige Neuregelung zu berücksichtigen, die durch die Teilrevision des Bankengesetzes eintreten wird[1272]. Der Gesetzgeber hatte ursprünglich bei den Haftungsfolgen in offenbarer Sorglosigkeit einen Flickenteppich divergenter Einzelregelungen hinterlassen. Im Zuge des neuen Bankinsolvenzrechts wurde damit aufgeräumt. Künftig ist für beide externen Revisionsstellen eine gleichartige Haftung nach den Bestimmungen des Aktienrechts vorgesehen[1273].

Wie im Zusammenhang mit der Organverantwortlichkeit[1274] erläutert, bleibt aber für die *rund zehnjährige Übergangszeit,* in der Prozesse regelmässig auch nach bisherigem Verantwortlichkeitsrecht zu entscheiden sind, die Diskussion über ein mögliches Haftungsprivileg der bankengesetzlichen Revisionsstelle[1275] weiterhin relevant. Aus der koordinationsdogmatischen Perspektive behält zudem der reiche Fundus an Argumenten, den Literatur und Rechtsprechung seit 1934 unter dem bisherigen Haftungsrecht erarbeitet haben, schon *per se* seine Bedeutung. Das koordinative Problem, das nach bisheriger Rechtslage durch die mögliche Haftungsprivilegierung der bankengesetzlichen Revisionsstelle drohte, kann innerhalb des Rechts nämlich jederzeit neu auftreten. So zeichnet sich bereits jetzt ab, dass der Gesetzgeber mit dem künftigen Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)[1276] eine versicherungsrechtliche Revisionsstelle nach dem Modell der Bankenaufsicht[1277] be-

---

1271 Vgl. BGE 4C.13/1997 vom 19.12.1997, Pra 87 (1998), Nr. 122, 681 ff. und Sem. Jud. 1998, 553 ff., besprochen von *Glanzmann*, AJP 7 (1998), 1235 ff.; *Hirsch*, SZW 71 (1999), 48 ff.; *Groner/Vogt*, recht 10 (1998), 255 ff.

1272 Siehe oben S. 254 (Neuregelung der Organhaftung).

1273 Vgl. Art. 39 BankG (In Kraft seit 1. Juli 2004).

1274 Siehe oben S. 223 (Verantwortlichkeit der Organe, Einleitung).

1275 Vgl. *Nobel*, SZW 65 (1993), 184; *Groner/Vogt*, recht 1998, 260; *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 133.

1276 BBl 2003, 3789 ff.

1277 Der Aufgabenkatalog der versicherungsgesetzlichen Revisionsstelle ist mit demjenigen der bankengesetzlichen Revisionsstelle praktisch deckungsgleich; es gibt die Abschlussprüfung und die Prüfung der Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (Art. 19 Abs. 1 BankG, Art. 29 Abs. 1 E-VAG); die Meldepflichten (Art. 21 Abs. 3, 4 BankG, Art. 30 E-VAG); die Pflichten als subsidiäre Aufsichtsinstanz, namentlich die Vornahme ausserordentlicher Prüfungshandlungen (Art. 23bis Abs. 2 BankG, Art. 29 Abs. 3 E-VAG) und die Kontrollen im Ausland (Art. 23^{septies} Abs. 1 BankG, Art. 80 Abs. 1 E-VAG).

gründen wird, ohne dass dafür bisher eine Verweisung auf die aktienrechtliche Haftung vorgesehen wäre. Bei Versicherungs-Aktiengesellschaften droht also die gleiche Haftungsaufspaltung zwischen deliktisch haftendem Nichtorgan (versicherungsrechtliche Revisionsstelle) und organschaftlich handelndem Organ (aktienrechtliche Revisionsstelle), die seit Jahrzehnten im Bankaufsichtsrecht eine koordinative Herausforderung bildet. Selbst wenn der Gesetzgeber hier noch nachbessern sollte, bevor das Versicherungsaufsichtsgesetz verabschiedet wird, bleibt es dabei, dass entsprechende Haftungsdivergenzen durch asynchrone Gesetzgebungsschübe jederzeit wieder auftreten können: *Die bisherige Rechtslage im Bankhaftungsrecht hat darum weiterhin exemplarische Bedeutung für die Koordinationsdogmatik.*

Allgemein gilt es demnach zu erklären, warum überhaupt das Haftungsprivileg einer Revisionsstelle zu einem koordinativen Problem werden kann und inwieweit das bisherige Recht einzelne Anzeichen für diese problematische Privilegierung aufweist (a). Schon für das bisherige Recht lässt sich sodann zeigen, worin die dogmatische Lösung liegt (b). Noch klarer und knapper zeichnet sich die Lösung anschliessend für das zukünftig geltende Haftungsrecht ab (c). Unter jedem Recht, neu wie alt, stellt sich die Frage, ob die Haftung bei Personalunion funktionsdifferenziert erfolgen muss (d).

a) Haftungsprivileg als Koordinationsproblem

Inwieweit kann ein Haftungsprivileg der bankengesetzlichen Revisionsstelle überhaupt zum Koordinationsproblem werden? Die Antwort betrifft den Überschneidungsbereich der revisionsrechtlichen Aufgabenkataloge, für den oben begründet worden war, dass die bankengesetzliche Bestimmung im Regelfall ihr aktienrechtliches Pendant verdrängt. Von den beiden konkurrierenden Revisionspflichten bleibt dann nur diejenige nach Bankengesetz übrig, mit der bankengesetzlichen Revisionsstelle als zuständiger Instanz. In der hier vorgestellten Koordination des Revisionsrechts verdrängt die bankengesetzliche Revisionsstelle ihr aktienrechtliches Pendant zwar nur ein einziges Mal, nämlich bei der Kapitalherabsetzungsprüfung (Art. 11 BankG, Art. 732 OR). Bedenkt man aber, dass die Aufsichtsbehörde die besonderen aktienrechtlichen Prüfungshandlungen (Gründungs-, Kapitalerhöhungsprüfung etc.) weitgehend in die Prüfungskompetenz der bankengesetzlichen Revisionsstelle verweist[1278], so erhält die Frage des Haftungsprivi-

1278 Siehe oben 345 (Überschneidung bei besonderen Prüfungshandlungen).

legs neben der rechtsdogmatischen Bedeutung auch ein eminent praktisches Gewicht. Sollte sich bewahrheiten, dass die bankengesetzliche Revisionsstelle gegenüber der aktienrechtlichen Revisionsstelle in der Haftung privilegiert ist, so führt jede Zuweisung einer Revisionsaufgabe an die bankengesetzliche Revisionsstelle im Ergebnis zu einer *Verminderung des Schutzniveaus* für die Gläubigerinnen und Gläubiger. Das wiederum wäre mit dem bankengesetzlichen Ziel eines im Vergleich zum Aktienrecht intensivierten Gläubigerschutzes nicht vereinbar und somit systemwidrig[1279].

aa) Grundsätzliches zu den Haftungsmodalitäten

Nach bisherigem Revisorenhaftungsrecht schlossen Bundesgericht und überwiegende Lehre aus der fehlenden Organqualität auf eine *deliktische Haftung der bankengesetzlichen Revisoren* (Art. 41 OR)[1280]. Die nötige Schutznormqualität für reine Vermögensschäden bietet angesichts der gläubigerschützenden Funktion der bankengesetzlichen Revision für die Anspruchsteller keine Probleme[1281].

Für die Haftung der aktienrechtlichen Kontrolleure hat das Bundesgericht in seiner jüngeren Differenzierung die unmittelbaren Gläubigerschäden deliktisch (Art. 41 OR) und die mittelbaren Gläubigerschäden organschaftlich behandelt (Art. 755 ff. OR)[1282]. Nach Auffassung der Doktrin kommt aber in jedem Fall das *organschaftliche Haftungsprogramm für aktienrechtliche Revisoren* zur Anwendung, also etwa die Sonderbestimmungen über Solida-

---

1279 Vgl. BGE 99 Ib 104 (110): „Die Revision wird als wichtigstes Mittel zum Schutz der Bankkunden betrachtet ... ." Vgl. auch BGE 103 Ib 350 (356).

1280 BGE 117 II 315 (317); BGE 123 III 60 (63). Zustimmend *Forstmoser*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Rn. 591; *Hirsch*, ST 9/1976, 11; *Lutz*, Komm. BankG (2002), N 53 zu Art. 18-22 BankG (etwas zurückhaltender nunmehr *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 96 zu Art. 18-22 BankG); *Lutz*, Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, 131 f.; *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 755 OR. Anderer Meinung hingegen *Nobel*, Aktienrechtsreform und Banken, 170 Fn. 7, 175; *ders.*, SZW 65 (1993), 184. Vertragsverletzungen der bankengesetzlichen Revisionsstelle können die Gläubiger und Aktionäre allenfalls gestützt auf Art. 260 SchKG verfolgen, vgl. hierzu *Hirsch*, ST 9/1976, 10 f.

1281 Grundlegend: BGE 117 II 315 (317). Vgl. auch BGE 123 III 60 (63). Für Beispiele von Pflichtverletzungen vgl. EBK-Bull 16 (1986), 11 ff., 22 ff.

1282 Grundlegend: BGE 122 III 176 (191 ff.). Für die Haftung gemäss Art. 41 OR bereits BGE 106 II 257 (262); BGE 110 II 391 (395). Für die Haftung gestützt auf Art. 41 OR *und* Art. 755 OR: BGE 4C.13/1997, Pra 87 (1998) Nr. 122, 681; BGE 106 II 232. Das neuere Schrifttum nimmt überwiegend eine ausschliessliche Haftung nach Art. 41 OR an, vgl. etwa *Böckli*, Verantwortlichkeit von Organmitgliedern, 47; *Forstmoser*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 290; *Stoffel*, Klagen und Einreden, 26; *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 16 zu Art. 754 OR.

rität, Verjährung und Gerichtsstand[1283]. Richtigerweise müsste man für die Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle einer Bank-Aktiengesellschaft die bankengesetzlichen Organhaftungsbestimmungen heranziehen[1284]. Angesichts der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung[1285] ist allerdings von diesem – dogmatisch korrekteren – Weg abzusehen, zumal die Haftungsmodalitäten dieselben bleiben[1286].

bb) Die Haftungsmodalitäten im Einzelnen

Vergleicht man das deliktische Haftungsprogramm der bankengesetzlichen Revisionsstelle mit dem organschaftlichen Haftungsprogramm der aktienrechtlichen Revisionsstelle, so sind *prima facie* die Haftungsmodalitäten für die bankengesetzliche Revisionsstelle teilweise weniger anspruchsvoll:

In der *Beweislastverteilung* ist deliktisch die allgemeine Regel des Art. 8 ZGB anzuwenden, weshalb Gläubiger gegenüber der bankengesetzlichen Revisionsstelle sämtliche anspruchsbegründenden Umstände zu beweisen haben – neben Pflichtverletzung und Kausalität also auch das Verschulden. Betrachtet man mit einem Teil der Doktrin die Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen Revisionsstelle gegenüber Gläubigern als eine vertragsähnliche[1287], dann wäre die Beweislastumkehr nach Art. 97 Abs. 1 OR anwendbar, wodurch den Gläubigern der volle Verschuldensbeweis erspart bliebe. Gewisse Autoren ziehen diesen Schluss auch unter dem Hinweis auf eine Haftung *ex lege*[1288]. Bejaht man die Beweislastumkehr, so kommt es zu einer relativen

---

1283 Vgl. *Eggmann*, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, 22, 37 f.; *Groner/Vogt*, recht 1998, 260; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 36 Rn. 16; *Stoffel*, Klagen und Einreden, 25; *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 16 zu Art. 754 OR. Offen gelassen in BGE 122 III 176 (192). Der Spezialgerichtsstand ist heute in Art. 29 GStG geregelt.

1284 Vgl. oben S. 241 ff.: Aus Geschichte und Teleologie des bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsrechts ergibt sich, dass die aktienrechtliche Revisionsstelle gleich wie die anderen Bankorgane unter die besondere aufsichtsrechtliche Organhaftungsbestimmung fällt.

1285 BGE 4C.53/2003 (SLT): Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle der Bank-Aktiengesellschaft nach Art. 754 aOR ff.

1286 Das ergibt sich aus dem Koordinationsverhältnis der Regelungsparallelisierung, vgl. oben S. 231 (Inhaltliche Verknüpfung *qua* Regelungsparallelisierung); S. 253 (Ergebnis zur Verantwortlichkeit der Organe).

1287 So noch die ältere Lehre, vgl. etwa *Henggeler/Henggeler*, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, 35. Weitere Nachweise bei *Schiess*, aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche, 34 Fn. 34.

1288 Vgl. *Kunz*, aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage, 19, 24 ff.; *Bürgi/Nordmann-Zimmermann*, Zürcher Kommentar, N 15 zu Art. 753/754 OR; *Schiess*, aktienrecht-

Erschwerung der Anspruchsdurchsetzung gegenüber den bankengesetzlichen Revisoren und somit eine Systemwidrigkeit in der Koordination der Teilrechtsordnungen.

In der *Hilfspersonenhaftung* ist es der aktienrechtlichen Revisionsstelle nach herrschender Lehre versagt, ihre Haftung durch Delegation auf sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung zu beschränken[1289], während der bankengesetzlichen Revisionsstelle bei schädigendem Verhalten ihrer Hilfsperson nach bisherigem Recht der Entlastungsbeweis zusteht (Art. 55 OR), so dass sie von der Haftung befreit ist, sobald sie den Nachweis sorgfältiger Auswahl, Instruktion und Überwachung erbringt[1290]. Auch insoweit zeichnet sich folglich ein Privileg der bankengesetzlichen Revisionsstelle ab.

Bei der *Verjährung* von deliktischen Gläubigeransprüchen gegen die bankengesetzliche Revisionsstelle gilt neben der absoluten Zehnjahresfrist die kurze einjährige Verjährung nach Kenntniserlangung (Art. 60 OR), während die organschaftliche Haftung gegenüber der aktienrechtlichen Revision erst fünf Jahre nach Kenntnis verjährt (Art. 760 OR). Auch darin liegt eine Haftungsprivilegierung der bankengesetzlichen Revisionsstelle.

In der *Solidarhaftung*, die praktisch besonders wichtig ist, weil Revisionsstellen ihre Pflichten meist dadurch verletzen, dass sie die Pflichtverletzung anderer (der Exekutivorgane) nicht rechtzeitig ahnden, unterliegt die aktienrechtliche Revisionsstelle als Organ dem Art. 759 OR. Sie profitiert dadurch vom Modell der „differenzierten Solidarität" und kann im Aussenverhältnis ihr – meist leichtes – Verschulden geltend machen[1291]. Die

---

liche Verantwortlichkeitsansprüche, 37; *Schmid*, SJZ 81 (1985), 242; *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 101.

1289 Vgl. nur *Böckli*, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, 15; *Forstmoser*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Rn. 593 m.w.N.; *Eggmann*, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, 34; *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 132. A.A. *Bertschinger*, SZW 71 (1999), 81 ff. Vgl. auch *Forstmoser*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 106. Nichts anderes gilt, wenn man (richtigerweise) die Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle einer Bank-AG dem bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsrecht unterstellt. Dass der Revisionsstelle der Entlastungsnachweis nicht zur Verfügung steht, ergibt sich nicht erst aus Art. 755 OR, sondern schon daraus, dass sie im Gegensatz zum Verwaltungsrat nicht zur Delegation befugt ist.

1290 Vgl. *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 133 Fn. 226. Allgemein *Schnyder*, Basler Kommentar, N 18 ff. zu Art. 55 OR. Der zweite Befreiungsgrund (Schadenseintritt trotz Sorgfalt) hat keine praktische Relevanz. Seine „Existenzberechtigung" wird denn auch zu Recht in Frage gestellt, vgl. nur *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht II/1, 351.

1291 Zur differenzierten Soliarität ausführlich *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 486 ff.; *ders.*, SZW 65 (1993), 267 ff. Siehe weiter *Hirsch*, l'organe de révision, 26 ff.; *Forstmoser*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 71 ff., Rn. 220 ff.

bankengesetzliche Revision ist nach bisherigem Recht hingegen in ihrer solidarischen Haftung grundsätzlich nach Art. 50, 51 OR zu beurteilen. Hier gilt noch immer die strenge bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Solidarität „absolut" zu verstehen ist[1292]. Diesbezüglich ist also die Haftung der bankengesetzlichen Revisionsstelle eine *strengere*. Von einer Haftungsprivilegierung profitiert die bankengesetzliche Revisionsstelle immerhin insofern, als die Unterbrechung der Verjährung gegenüber ihren Solidarpartnern gegen sie nicht wirkt, was bei der aktienrechtlichen Revisionsstelle als „echte Solidarschuldnerin" anders ist (Art. 136 Abs. 1 OR)[1293].

Was den *Gerichtsstand* angeht, so gilt für die aktienrechtliche Revisionsstelle eine wahlweise Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz oder Sitz der Gläubigerpartei bzw. am Sitz der aktienrechtlichen Revisionsstelle (Art. 29 GstG)[1294]. Für die Ansprüche gegen die bankengesetzliche Revisionsstelle gilt wahlweise der Wohnsitz oder Sitz der Gläubigerpartei, der Sitz der bankengesetzlichen Revisionsstelle oder der Handlungs- bzw. Erfolgsort (Art. 25 GstG). Angesichts der vielfältigen Klagemöglichkeiten in beiden Anspruchsarten sind die Revisionsstellen in vergleichbarer Weise allfälligen Klagen ausgesetzt.

Im *Konkurs*, der für Gläubigeransprüche gegen Revisoren regelmässig den Rahmen bildet[1295], ist die bankengesetzliche Revisionsstelle nach bisherigem Recht sogar *besser* erreichbar als die aktienrechtliche. Gläubiger können ihre selbständigen Ansprüche gegen die bankengesetzliche Revisionsstelle ohne weiteres geltend machen, sofern die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Schaden, Rechtswidrigkeit, Kausalität, Verschulden)[1296]. Gegen

---

1292 Zuletzt BGE 112 II 138 (143 f.). Vgl. auch BGE 93 II 317 (323).

1293 Die Solidarhaftung der bankengesetzlichen Revisionsstelle mit den Organen der Bank-Aktiengesellschaft fällt unter den Titel der „unechten Solidarität", auf die Art. 136 Abs. 1 OR nicht anwendbar ist. Vgl. *Lutz*, Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, 131. Zur „echten" und „unechten" Solidarität vgl. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Obligationenrecht II, Rn. 3877 ff.

1294 Da die Gerichtsstandsfrage gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in die Residualkompetenz des Gesellschaftsrechts fällt (BGE 97 II 409), gilt Art. 29 GstG auch für die Klagen gegen die Organe einer Bank.

1295 Solange nämlich die Bank-Aktiengesellschaft ihre Gläubiger befriedigen kann, sind diese durch die Pflichtwidrigkeit der Revisionsstelle nicht geschädigt. Vgl. *Forstmoser*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 47, Rn. 325. Vgl. aber *Glanzmann*, AJP 7 (1998), 1238, der darauf hinweist, dass die Gläubiger von der finanziell angeschlagenen, aber noch nicht im Konkurs stehenden Gesellschaft zu einem teilweisen Verzicht ihrer Forderungen bewegt werden könnten. Fraglich ist allerdings, ob es hier um eine *unfreiwillige* Vermögensverminderung geht, wie sie der Schadensbegriff voraussetzt.

1296 BGE 117 II 315 (318).

die aktienrechtliche Revisionsstelle können Gläubiger nach der neueren Rechtsprechung[1297] im Konkurs der Bank-Aktiengesellschaft ihre Ansprüche hingegen praktisch nicht mehr geltend machen[1298]. Das Klagerecht kommt zuerst der Konkursverwaltung zu; erst wenn sie auf die Geltendmachung des Einheitsanspruchs verzichtet hat, steht dem einzelnen Gläubiger die Klage wieder offen[1299].

Im Ergebnis sind Gläubigeransprüche gegen die aktienrechtliche Revisionsstelle im Konkursfall also sogar schwieriger durchzusetzen, so dass jedenfalls insoweit *kein Haftungsprivileg der bankengesetzlichen Revisionsstelle* besteht. Auch hinsichtlich des Gerichtsstands gibt es keinen Vorteil für die bankengesetzliche Revision. Insgesamt bleibt als Problembereich einer möglichen systemwidrigen Privilegierung der bankengesetzlichen Revisionsstelle folglich nur noch die Beweislastverteilung, Hilfspersonenhaftung, Verjährung und Solidarhaftung.

1297 Grundlegend: BGE 122 III 176 (193). Bestätigt in BGE 125 III 86 (88); BGE 4C.275/2000. Kernpunkt der Rechtsprechung bildet die Neudefinition von unmittelbarem und mittelbarem Schaden im Falle der Konkurseröffnung: In welchem Vermögen der Schaden eintritt, ist unerheblich. Abgestellt wird auf die Schutzrichtung der verletzten Rechtsnorm. Nur die ausschliesslich auf den Gläubigerschutz gerichteten Rechtsnormen begründen einen unmittelbaren Gläubigerschaden. Das Bundesgericht hat die Ausschliesslichkeit bei allen wichtigen Prüfungshandlungen verneint, vgl. BGE 122 III 176 (193): Art. 728 OR, Art. 729b Abs. 2 OR; BGE 4C.275/2000 E 3: Art. 729b Abs. 2 OR. Offen gelassen für die Revisionspflicht gemäss Art. 745 Abs. 3 OR: BGE 122 III 176 (192 f.).

1298 Die Rechtsprechung stösst überwiegend auf Kritik, vgl. etwa *Bärtschi*, 216 ff., mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 1140; *Forstmoser*, Den Letzten beissen die Hunde, 491 ff.; *Kunz*, AJP 7 (1998), 1273 f.; *Maurenbrecher*, AJP 7 (1998), 1333; *Glanzmann*, ZSR 119/II (2000), 168; *Trigo Trindade*, SJ 1998, 5 ff.; *Umbach,* SZW 69 (1997), 176 ff.; *Watter/Truffer*, AJP 5 (1996), 1581 ff.; *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 18 ff. zu Art. 754 OR. Zustimmend *Stoffel,* Le conseil d'administration, 208 ff.; *ders.,* Klagen und Einreden, 22 ff. Mit Blick auf das Ergebnis positiv dagegen *Forstmoser*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 312 ff.; *Hirsch,* SZW 72 (2000), 99 („une jurisprudence illogique, justifiée par des considérations pratiques"); *Tercier/Stoffel*, SZW 68 (1996), 270 f. Differenziert *Böckli*, Verantwortlichkeit von Organmitgliedern, 41 ff.

1299 Art. 757 Abs. 2, 3 OR. Grundlegend: BGE 117 II 432 (440), bestätigt in BGE 122 III 166 (169); BGE 122 III 176 (190), BGE 122 III 195 (201) sowie in BGE 4C.117/1999, besprochen von *Luterbacher*, ST 2000, 1267 ff. Zum Stand der Diskussion über die Natur dieses „einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit" und zur neu geltenden Einredeordnung vgl. *Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, 155 ff., 183 ff.; *Bachmann*, AJP 12 (2003), 499 ff.

b) Lösung nach bisherigem Revisorenhaftungsrecht

Schon nach dem bisherigen Haftungsrecht lässt sich die drohende systemwidrige Privilegierung in jedem der genannten Einzelpunkte durch dogmatische Lösungen vermeiden:

In der *Beweislastverteilung* wendet die Mehrheit in der Lehre für unmittelbare Gläubigeransprüche gegen die aktienrechtliche Revisionsstelle ohnehin die allgemeine Beweislastregel in Art. 8 ZGB an[1300]. Nachdem das Bundesgericht in solchen Klagen vermehrt einen direkten Anwendungsfall von Art. 41 OR sieht[1301], dürfte sich diese Auffassung durchsetzen. Ausserdem sind deliktische und vertragliche Durchsetzungserfordernisse dogmatisch inzwischen weitgehend angenähert, weil man wegen des objektivierten Verschuldensmassstabs[1302], der hier wie dort anzulegen ist, bereits aus der Pflichtverletzung grundsätzlich das Verschulden des Schädigers folgert[1303]. Die Beweislastunterschiede sind darum weitgehend entschärft[1304].

In der *Hilfspersonenhaftung* lässt sich das Haftungsprivileg der bankengesetzlichen Revisionsstelle zweifach relativieren. Erstens ist die Exkulpationsmöglichkeit durch die „Schachtriemen-Rechtsprechung" des Bundesgerichts stark eingeschränkt worden[1305]. Und zweitens behandelt die neuere

---

1300 Vgl. *Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, 200; *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 436; *Eggmann*, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, 23; *Forstmoser*, aktienrechtliche Verantwortlichkeit, N 144; *ders.*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 109; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 36 Rn. 38; *Gross*, haftpflichtrechtliche Situation des Verwaltungsrats, 140 f.; *Hirsch*, SZW 71 (1999), 52; *Stoffel*, Klagen und Einreden, 26; *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 18 f. zu Art. 754 OR. Soweit die Gläubiger Forderungen der AG gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR oder gestützt auf Art. 260 Abs. 1 SchKG geltend machen, sind die Ansprüche als vertraglich bzw. vertragsähnlich zu qualifizieren, vgl. nur *Eggmann*, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, 20, m.w.N.

1301 Vgl. BGE 122 III 176 (191); BGE 106 II 257 (262).

1302 Vgl. etwa BGE 120 II 248 ff.; BGE 117 II 563 (566); BGE 112 II 172 (176). Zu dieser Entwicklung insbesondere *Wiegand*, recht 1990, 140 ff.; *ders.*, Basler Kommentar, N 43 zu Art. 97 OR; *Weber*, ZSR 107 I (1988), 52 ff. Für den aktienrechtlichen Kontext ausführlich *Eggmann*, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, 198 ff. Vgl. auch *Böckli*, Aktienrecht, § 18 Rn. 432; *Forstmoser*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 96 ff; *Kunz*, aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage, 15 Fn. 96.

1303 Im Kontext der Revision wird dementsprechend darauf abgestellt, wie sich ein „ordentlicher und sachkundiger Revisor" verhalten hätte, vgl. das BGer, Urteil vom 26.9.1984, in: ST 1985, 77 m.w.N. Vgl. auch *Eggmann*, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, 198 ff. Für die bankengesetzliche Revision ausdrücklich Art. 20 Abs. 4 BankG. Vgl. auch BGE 103 Ib 350 (354 f.) sowie EBK-Jahresbericht 2002, 41 f. (Bank Globo).

1304 Statt vieler: *Kunz*, aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage, 15.

1305 BGE 110 II 456 ff. Vgl. dazu *Rey*, Haftpflichtrecht, Rn. 941.

Lehre die Verantwortlichkeit der bankengesetzlichen Revisionsstelle nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung[1306], die als Billigkeitshaftung[1307] gerade der Vermeidung von Wertungswidersprüchen dient[1308]. Sie ist prädestiniert, auch hier die unverdienten Nachteile bei der Durchsetzung von Ersatzansprüchen zu vermeiden[1309]. Schutzwürdiges Vertrauen wird nämlich auch geweckt und anschliessend in pflichtwidriger, schadensverursachender Weise enttäuscht[1310], wenn die bankengesetzliche Revisionsstelle ihre gläubigerschützende Funktion nicht wahrnimmt[1311]. Da die Ersatzpflicht bei der Vertrauenshaftung den *vertraglichen* Haftungsmodalitäten folgt[1312], richtet sich auch die Hilfspersonenhaftung nach Vertragsrecht, nicht nach Deliktsrecht. Folglich muss die bankengesetzliche Revisionsstelle schon nach bisherigem Recht gleich wie die aktienrechtliche Revisionsstelle für den von ihren Hilfspersonen verursachten Schaden voll einstehen[1313].

Bei der *Verjährung* relativiert sich die Bevorteilung der bankengesetzlichen Revisionsstelle, sobald man nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung vorgeht[1314], weil das die relative Verjährungsfrist auf zehn Jahre erstrecken (Art. 127 OR), womit dem Haftungsprivileg wiederum ein Riegel geschoben wäre[1315].

1306 Vgl. *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 133 f.; *Hirsch*, SZW 71 (1999), 53. Vgl. zudem *Moser*, Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, 149 ff.

1307 Vgl. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Obligationenrecht I, Rn. 982m.

1308 *Kramer*, Berner Kommentar, Allg. Einl. vor Art. 1 OR.

1309 Die Stichworte lauten: Beweislast (Art. 8 ZGB statt Art. 97 Abs. 1 OR, heute ohne praktische Relevanz), Hilfspersonenhaftung (Art. 55 OR statt Art. 101 OR), Verjährung (Art. 60 OR statt Art. 127 OR).

1310 Zu diesen Voraussetzungen BGE 120 II 331 (336 f.); 121 III 350 (355 f.); BGE 123 III 220 (231); BGE 124 III 297 (304).

1311 Vgl. BGE 99 Ib 104 (110); BGE 103 Ib 350 (356); BGE 117 II 315 (318). Siehe auch *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 126. Vgl. zudem *Moser*, Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, 161 f., der für alle Wirtschaftsprüfer eine solche Sonderstellung annimmt.

1312 *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Obligationenrecht I, Rn. 982m; *Walter*, ZBJV 132 (1996), 295; *Moser*, Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, 117 ff., 193 ff.

1313 Für eine Haftungsbeschränkung, wie sie das Vertragsrecht im Grundsatz zulässt (Art. 101 Abs. 3 OR), fehlt es an der Einwilligung seitens der Gläubiger.

1314 Vgl. *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 133 f.; *Hirsch*, SZW 71 (1999), 53. Siehe auch *Moser*, Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, 149 ff. (generell für die Wirtschaftsprüfer).

1315 Vgl. *Moser*, Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, 199; *Kaiser*, Haftung für Rat, 208. Für die „Vorstufe" der Vertrauenshaftung, die *culpa in contrahendo*, hat das Bundesgericht die einjährige Verjährungsfrist angenommen, was allerdings in der Doktrin fast durchweg auf Kritik stiess, vgl. nur *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Obligationenrecht I, Rn. 972.

In der *Solidarhaftung* wird der geringe Vorteil, den die bankengesetzliche Revisionsstelle bei der Verjährung hat, durch den bereits erwähnten wichtigen Nachteil kompensiert, dass die „differenzierte" Solidarität bisher nur für die Organhaftung und nicht für die allgemeine Solidarhaftung umgesetzt ist[1316]. Nach der bisherigen, wenig konsistenten Gesetzeslage und der ihr entsprechenden Judikatur wirkt die für die bankengesetzliche Revisionsstelle anwendbare allgemeine Solidarhaftung deshalb *strenger* als die differenzierte Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle[1317].

Insgesamt ist folglich schon nach bisherigem Recht keine systemwidrige Privilegierung der bankengesetzlichen Revisionsstelle mehr zu befürchten. Die koordinationsdogmatische Lösung des Revisionsrechts – also die Zuständigkeit der bankengesetzlichen Revisionsstelle für besonders sensible Prüfbereiche – wird demnach nicht durch das bisherige Haftungsrecht konterkariert.

c) Lösung nach aktuellem Prüferhaftungsrecht

Erst recht keine systemwidrige Privilegierung bleibt, wenn man die Stellung der bankengesetzlichen Revision nach dem Haftungsregime beurteilt, das auf Sachverhalte anwendbar ist, die nach dem 1. Juli 2004 eintreten.

Hinsichtlich der *Verjährung* gilt hier vorweg die Überlegung, dass nach dem Vorentwurf für ein neues Haftpflichtrecht die Sonderverjährungsbestimmung in Art. 760 OR aufgehoben und durch eine allgemeine relative Verjährungsfrist von 3 Jahren ersetzt wird (Art. 55 VE HPG)[1318].

Hinsichtlich der *Solidarhaftung* hatte bereits die Rechtsprechung einen Haftungsgleichklang für beide Revisionsstellen eingeleitet. So war in einem neueren Entscheid, obwohl sich die Sache nach *altem* Aktienrecht richtete, das Gesetz (Art. 759 aOR) vom Bundesgericht bereits im Sinne differenzierter Solidarität auslegte worden[1319], was auf geradem Weg in eine allgemeine Anwendung dieser Haftungsmodalität führt – womit im übrigen auch der

---

1316 Vgl. oben S. 380 (Haftungsmodalitäten im Einzelnen).

1317 A.A. *Lutz*, Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, 131, der allerdings mit einer Mindermeinung annimmt, die absolute Solidarität gelte nur im Falle der „echten" Solidarität. Dies entspricht nicht der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts.

1318 Vgl. hierzu *Widmer/Wessner*, Expertenbericht, 209 ff., 307 f.

1319 BGE 122 III 324. Die für die vorliegende Frage einschlägigen Erwägungen wurden allerdings nicht publiziert. Sie finden sich in einer Urteilsbesprechung von *Nobel*, SZW 68 (1996), 234 f. Für die differenzierte Solidarität bereits OGer Basel, BJM 1991, 135 ff., zu Art. 759 aOR.

Forderung einer Mehrheit der schuldrechtlichen Doktrin entsprochen würde[1320]. Der Vorentwurf zum neuen Haftpflichtrecht sieht zudem die gesetzliche Verankerung der differenzierten Solidarität im Allgmeinen Teil vor, wodurch die Sonderregelung in Art. 759 OR überflüssig würde und aufgehoben werden könnte[1321]. Die neue gesetzliche Grundlage für die solidarische Haftung wäre dann für beide Revisionsstellen in Art. 53b Abs. 2 VE HPG zu verorten.

Vor allem aber wird seit dem 1. Juli 2004 die Haftung der bankengesetzlichen Revision durch Verweisung auf das Aktienrecht geregelt[1322]. Zwischen der Haftung der bankengesetzlichen Revisionsstelle und derjenigen ihres aktienrechtlichen Pendants kann es somit nur noch Differenzen geben, wo der Vorbehalt der Systemkompatibilität einen besonderen Filter gegen die unbesehene Übernahme des Aktienrechts im bankengesetzlichen Regelungskontext erfordert. Das aber ist bei der Revisorenhaftung ersichtlich nicht der Fall. Im Ergebnis haben die vorausgegangenen Überlegungen ja gerade gezeigt, dass der weitgehende Gleichklang der Haftungsordnungen schon nach bisheriger Rechtslage dogmatisch hergestellt wurde. Für die Verantwortlichkeit der Revisionsstellen vollzieht der Gesetzgeber sozusagen nur noch nach, was die Dogmatik bereits in vielen Einzelpunkten vorexerziert hat. Eine koordinationsdogmatische Korrektur der zukünftigen Verweisungswirkung wird folglich bei der Revisorenhaftung nicht nötig werden.

Insgesamt begründet die Koordination mehrerer Revisionsstellen zwar die Gefahr, dass ein systemwidriges Haftungsprivileg der bankengesetzlichen Revision entsteht, mit dem die Gläubigerstellung entgegen der bankengesetzlichen Intention eher geschwächt als gestärkt wird. Diese Gefahr lässt sich aber schon nach dem bisherigen Recht dogmatisch meistern und wird mit der Verweisung, die der Gesetzgeber nunmehr in Art. 39 BankG aufgenommen hat, sogar kraft Gesetzes ausgeschaltet. Die Revisorenhaftung konterkariert also nicht diejenigen koordinativen Ergebnisse, die oben bei den Primärpflichten der Revisionsgesellschaften begründet wurden.

1320 Vgl. die Nachweise bei *Rey*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 1465.

1321 *Widmer/Wessner*, Expertenbericht, 307.

1322 Art. 39 BankG.

d) Funktionsdifferenzierte Haftung bei Personalunion

Gleich ob nach altem oder neuem Haftungsrecht, stets gibt es den häufigen Fall, dass sowohl bankengesetzliche als auch aktienrechtliche Revision in Personalunion durch dieselbe Stelle ausgeübt werden.

Nach der früheren *Einheitshaftungslehre* sollte die Revisionsstelle dann insgesamt der bankengesetzlichen Organhaftung (Art. 41 aBankG) unterstellt werden[1323]. Die Verantwortlichkeit wird also im Ergebnis so behandelt, als käme beiden Revisionsstellen die Organqualität zu, obwohl dies nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und überwiegender Lehre nach bisherigem Recht nur für die aktienrechtliche Revisionsstelle zutrifft.

Mit der Lehre von der *funktionsdifferenzierten Haftung* ist dagegen nach bisherigem Recht darauf abzustellen, in welcher Funktion die Revisionsstelle tätig wird[1324]. Das ist schon deshalb konsequent, weil ein und dieselbe Person auch im übrigen Recht gleichzeitig mehrere Funktionen wahrnehmen kann, die jeweils getrennt beurteilt werden. So kann sie als Vertragsabschlussgehilfe tätig werden und gleichzeitig oder wenig später als Vertragserfüllungsgehilfe. Unstreitig liegt dann die Haftungsgrundlage für die erste Funktion im Stellvertretungsrecht, diejenige für die zweite Funktion hingegen in der Hilfspersonenhaftung gemäss Art. 101 OR[1325]. Oder es wird dem Organ einer Gesellschaft zusätzlich ein ausserhalb der Organaufgaben liegender Auftrag – z.B. ein Beratungsauftrag – erteilt. Die Haftungsgrundlage für die Organaufgaben liegt dann im Aktienrecht, diejenige für die sorgfältige Auftragserfüllung im Vertragsrecht[1326]. Dasselbe muss auch für die Revisionsstelle gelten, die eine Aufgabe einerseits nach Aktienrecht und andererseits nach Bankengesetz wahrnimmt. Eine Einheitshaftung ist auch nicht

---

1323 *Forstmoser*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Rn. 863; *Nobel*, SZW 65 (1993), 184; *Widmer/Banz*, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 755 OR. Für das alte Aktienrecht *Bürgi*, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 723 OR; *Lutz*, Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, 133.

1324 *Kleiner*, Komm. BankG (1993), N 19 zu Art. 41 BankG; *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 100, 104 zu Art. 18-22 BankG; *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 124 f.

1325 Das Beispiel findet sich bei *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 124 f.

1326 Vgl. BGE 112 II 258 (261 ff.); *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 33 Rn. 122; *Forstmoser*, Verantwortlichkeit des Revisors, Rn. 19; *v. Greyerz*, Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen Kontrollstelle, 54; *Moser*, Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, 151. Haftungsverschärfend kann sich allerdings das Wissen auswirken, das die Revisionsstelle im Rahmen ihrer Auftragstätigkeit erlangt, vgl. BGE 129 III 129 (131), besprochen von *Roth Pellanda/von der Crone*, SZW 75 (2003), 284 ff.; *Tercier/Stoffel*, SZW 76 (2004), 73 ff. Zum Spannungsfeld zwischen revisionsrechtlichem Unabhängigkeitserfordernis und Mandatsverhältnis vgl. BGE 123 III 31; *Böckli*, Aktienrecht, § 15 Rn. 76 ff.

etwa wegen der Überschneidung der Pflichtenkataloge notwendig[1327], denn die oben vorgenommene Gesamtschau der Revisionsaufgaben hat gezeigt, dass sich die Überschneidungsbereiche analytisch auf Abschlussprüfung und Kapitalherabsetzung reduzieren lassen.

Im Ergebnis ist folglich mit der Lehre von der funktionsdifferenzierten Haftung festzuhalten, dass die im Doppelmandat tätige Revisionsstelle je nach Funktion unterschiedlich haftet. Allerdings wird diese strikte Funktionsdifferenzierung unter dem neuen Recht, das für die bankengesetzliche Revision auf das Aktienrecht verweist, ihre Bedeutung verlieren. Wenn nämlich beide Revisionsrollen in Personalunion wahrgenommen werden, sich die Haftung aber in jedem Fall nach Aktienrecht richtet, dann verliert die Unterscheidung mittelbar an Gewicht. Das gilt umso mehr, als der Vorbehalt der Systemkompatibilität für die bankengesetzliche Revision zu keiner Anpassung der Haftungsregeln zwingt.

e) Fazit

Die Verantwortlichkeitsregeln gründen nach bisherigem Recht für bankengesetzliche und aktienrechtliche Revision in differierenden Gesetzesnormen, zwischen denen selbst dann unterschieden werden muss, wenn eine Revisionsstelle in Personalunion beide Prüfungspflichten übernimmt (funktionsdifferenzierte Haftung). Die Gefahr einer systemwidrigen Schwächung des bankengesetzlichen Schutzinstrumentariums dadurch, dass die bankengesetzliche Revisionsstelle gegenüber ihrem aktienrechtlichen Pendant in der Haftung privilegiert wäre, bestand allerdings schon unter dem bisherigen Recht nicht. Unter dem neuen Recht ist ohnehin durch die Verweisung auf das Obligationenrecht eine gesetzliche Vereinheitlichung geschaffen, die sogar die strikte Funktionsdifferenzierung überflüssig macht. Insgesamt fügt sich nach bisherigem wie zukünftigem Revisionsrecht der Querschnittsbereich „Haftung" ohne Systembrüche in die koordinative Aufgabenzuordnung ein, die für die Primärpflichten getroffen wurde.

6. Ergebnis zum Revisionsrecht

Die Bank-Aktiengesellschaft ist einer *doppelten Kontrollpflicht* unterworfen. Sie verfügt über eine aktienrechtliche und über eine bankengesetzliche Revisionsstelle. Damit ist der Koordinationsbedarf vorprogrammiert. Zwar

1327 So aber *Bürgi*, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 723 OR.

handelt nur die *aktienrechtliche* Revisionsstelle im Notfall anstelle des Verwaltungsrats, und nur sie wirkt an der Generalversammlung mit, an der die Jahresrechnung genehmigt wird. Zwar agiert nur die *bankengesetzliche* Revisionsstelle als verlängerter Arm der Aufsichtsbehörde, und nur sie trifft die Pflicht zur Überprüfung der Einhaltung sämtlicher aufsichtsrechtlicher Rahmenbedingungen. Ein Koordinationsbedarf entsteht aber dort, wo sich die Aufgabenkataloge überschneiden. Denn hier stellt sich die Frage nach der einschlägigen Rechtsgrundlage bzw. nach der zuständigen Revisionsstelle. Daran ändert auch ein Revisions-Doppelmandat nichts: Die Handlungsgrundlagen sind *normativ unterschiedlich verankert:* Die Rechtsgrundlage bildet im einen Fall das Aufsichtsrecht, im anderen Fall das Aktienrecht. Im bisherigen Recht wirkte sich dies auch in einer funktionsdifferenzierten Haftung aus.

Bei den Revisionspflichten zeigt sich auch eine neue Variante des Zusammenwirkens von Aktienrecht und Bankengesetz. Im *Konkurrenzfall der Abschlussprüfung* wird der Regelfall des bankengesetzlichen Geltungsvorrangs durch den *Grundsatz der Systemabstimmung* durchbrochen. Es kommt zu einer Doppelung der Pflichten – die Abschlussprüfung wird sowohl gestützt auf Aktienrecht als auch gestützt auf Bankengesetz vorgenommen. Bei der Revision im Rahmen der *konstitutiven Kapitalherabsetzung* spielt dagegen wieder der Regelfall der absoluten formellen bankengesetzlichen Spezialität. Die bankengesetzliche Norm ist die exklusive Rechtsgrundlage, die bankengesetzliche Revisionsstelle die einzige Prüfungsinstanz. Die Revision bei der *deklarativen Kapitalherabsetzung* fällt schliesslich mangels besonderen Schutzbedarfs in die Residualkompetenz des Aktienrechts mit der aktienrechtlichen Revisionsstelle als zuständiger Prüfungsinstanz. Bei alledem ist der *Prüfungsmassstab* stets einheitlich dem bankengesetzlichen Sonderbilanzrecht zu entnehmen.

Begründen lassen sich derlei sachsensitive und bereichsspezifische Ergebnisse nicht mit dem wenig aussagekräftigen Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften oder allein aus der Systematik des einzelnen Rechtsgebietes heraus, sondern erst in einer *koordinativen Gesamtschau beider Teilrechtsordnungen*. Das so gefundene Koordinationsmodell bei den Primärpflichten der Revision konnte durch die abschliessende Kompatibilitätskontrolle mit dem Verantwortlichkeitsrecht zusätzlich abgesichert werden: Auch wenn die bankengesetzliche Revisionsstelle nicht in das besondere Haftungsprogramm für Gesellschaftsorgane eingebunden ist, resultiert daraus keine Privilegierung, die als systemwidrig gelten müsste.

ERGEBNISSE

Das Bankorganisationsrecht verschärft wie in einem Brennglas die *Koordinationsbedürftigkeit von privatem und öffentlichem Wirtschaftsrecht.* Damit hat sich die Materie als besonders geeignetes Referenzgebiet erwiesen, um Bausteine einer allgemeinen Koordinationsdogmatik weiterzuentwickeln und an Einzelkonstellationen zu erproben (I). Bei aller Vorsicht lässt sich sagen, dass die Ergebnisse zu einem guten Teil verallgemeinerbar sind: so wie sich privatrechtliche Bankorganisation und aufsichtsrechtliche Kontrolle überlagern, so können auch in anderen Rechtsgebieten – insbesondere den verwandten Materien des Börsen- und Versicherungswesens – die privaten und öffentlich-rechtlichen Gestaltungsanteile als wechselseitige Auffangordnungen verstanden werden (II).

I. Die Einzelergebnisse im Überblick

Erster Teil: Grundlagen der Koordination

1. Die *Zweiteilung des Rechts* (S. 7 ff.) in öffentliches und privates lässt trotz ihrer langen Tradition nach wie vor rechtsdogmatische Fragen offen. Solange man sich mit der Einzelzuordnung von Rechtsnormen begnügen konnte, waren es die Abgrenzungstheorien, deren Ressourcen für Problembewältigung sorgten. Je mehr aber Rechtsbereiche entstehen, die sich dem Entweder-Oder entziehen, indem sie vom Gesetzgeber bewusst mit einem Bein in das öffentliche Recht und mit dem anderen in das Privatrecht gestellt werden, braucht es statt blosser Abgrenzung eine *rechtsdogmatische Koordination*.

2. Im Bemühen um die Koordination der Teilrechtsordnungen erlebt das Konzept der Einheit der Rechtsordnung eine neue Renaissance (S. 26 ff.). Noch weitergehend ist der Entwurf zu einem neuen Gemeinrecht (BULLINGER). Beide Ansätze sind vielversprechend. Am meisten Potential enthält aber das in der Steuerungsdiskussion entwickelte Konzept von *öffentlichem und privatem Recht als wechselseitigen Auffangordnungen.* Privatrecht und öffentliches Recht werden hier nicht mehr als autarke Ordnungssysteme des Rechtskanons verstanden, sondern als zwei unterschiedliche Steuerungstechniken, mit denen der Gesetzgeber die Gestaltung der sozialen Ordnung durch Recht vornehmen kann. Im Gesetz wird dabei nicht irgendwie Einheit geschaffen, sondern zwischen den Polen von Privatrecht und öffentli-

chem Recht finden sich die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten zielgerichtet kombiniert, um einzelne legislative Anliegen in die rechtliche Rahmenordnung zu übersetzen.

Zweiter Teil: Allgemeine Koordinationsdogmatik

3. Innerhalb des weiteren Konzepts der wechselseitigen Auffangordnungen wird eine Dogmatik erforderlich, mit der die einzelnen Auffangfunktionen der öffentlichen und privaten Normierungsanteile in ihrem Zusammenspiel erklärt werden können. Damit rückt eine neue Aufgabe in den Vordergrund: Die Entwicklung einer Koordinationsdogmatik, verstanden als Summe aller Lehrsätze zur Koordination von öffentlichen und privatem Recht (S. 49 ff.). Die Aufgaben und Ziele der Koordinationsdogmatik sind im wesentlichen dieselben, die sich der Rechtsdogmatik insgesamt stellen – nur hier speziell bezogen auf den Koordinationsbedarf zwischen privatem und öffentlichem Recht. Die Dogmatik soll das Recht begrifflich-systematisch durchdringen und Vorschläge zur Lösung problematischer Rechtsfälle (hier: Koordinationsfälle) unterbreiten. Sie soll die innere Widerspruchsfreiheit *(Konsistenz)* des Rechtssystems verbürgen und das stimmige Zusammenwirken seiner Teile *(Kohärenz)*. Sie soll in ihrer normativ-praktischen Dimension die Rechtsgewinnung fördern, dabei die Systembildung vorantreiben und für die Richtigkeit der Rechtsanwendung eine Kontrollinstanz bilden.

4. Die *bestehenden Lösungsansätze* im Verfassungs- und Gesetzesrecht enthalten ein reiches Instrumentarium zur systematischen Behandlung von Koordinationsfragen (S. 62 ff.). Für die konkrete Abstimmung von einzelnen Gesetzesnormen bieten allerdings die verfassungsrechtlichen Koordinationsbeiträge nur beschränkte Hilfestellung, weil der Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen sehr weit abgesteckt ist. Anders beim einfachen Gesetzesrecht: Dieses leistet mit der positiven Verhältnisbestimmung von Einzelnormen die gewünschte Konkretheit. Allerdings bleibt die so vorgenommene Abstimmung notgedrungen punktuell. Die allgemeinen Koordinationsziele der Effektivität und Effizienz schliesslich gelten zwar als Richtschnur für jedes Koordinationsvorhaben. Ein umfassendes Rechtsgebot, das die Aufgabenverteilung zwischen öffentlichem und privatem Recht vorgeben würde, kann aus den beiden Koordinationszielen indes nicht gewonnen werden.

5. Als alternativer Lösungsansatz wurde deshalb in dieser Arbeit die systematische Orientierung an den einzelnen Normrelationen vertieft (S. 87 ff.). Die Grundlage für eine solche *Koordination durch die Systematik der*

Normrelationen bieten die Erkenntnisse der Methodenlehre über die Verhältnisbestimmung zwischen einzelnen Normen. Dabei ist einschränkend festzuhalten, dass die in der allgemeinen Rechtsdogmatik häufig bemühten Vorrangregeln (*lex superior, lex specialis, lex posterior*-Regel) bei näherer Betrachtung blosse Ergebnisbezeichnungen sind. Um jenseits solcher Etikettierung des Normverhältnisses zu dessen systematischer Begründung vorzudringen, hat sich die *Unterscheidung zwischen formeller und materieller Normrelation* als tragfähig erwiesen.

6. Im Rahmen der formellen Normrelation (S. 94 ff.) ist zu fragen, welche von mehreren koordinationsbedürftigen Normen die *einschlägige Rechtsgrundlage* darstellt. Dabei ist die strikte Derogation nur dann eine notwendige Folge, wenn sich die normativen Anordnungen widersprechen (Rechtsfolgenwiderspruch). Wo hingegen die Rechtsfolgen der konkurrierenden Normen bloss divergieren (Rechtsfolgendivergenz) oder gar identisch sind (Rechtsfolgenidentität), kommt neben der Derogation auch die Kumulation oder Alternativität der Normgeltung in Betracht.

7. Im Rahmen der *materiellen Normrelation* (S. 102 ff.) geht es um den *inhaltlichen Wechselbezug* zwischen Rechtsnormen. Die Wechselwirkung kann sich zufällig ergeben. Sie kann aber auch strukturell bedingt sein – so etwa, wenn zwei Normen dieselben Begriffe verwenden, sie eine inhaltlich gleiche Regelung treffen, die eine Norm auf eine oder mehrere andere verweist, oder wenn das Gesetz mit Generalklauseln arbeitet. Solche strukturellen Verkoppelungsformen zwischen verschiedenen Teilrechtsordnungen haben gemein, dass sie die Normen der einen Teilrechtsordnung für Bedeutungsübernahmen aus Normen der anderen Teilrechtsordnung inhaltlich öffnen (*indizielle Normrelation*). Was für Normen des Privatrechts gilt, ist dann *prima facie* auch das richtige Auslegungsergebnis für die inhaltlich verbundenen Normen des öffentlichen Rechts und umgekehrt *(Vermutung der Regelungsadäquanz)*. Eine Grenze findet diese koordinative Bedeutungsübernahme erst dort, wo der übernommene Inhalt in der rezipierenden Teilrechtsordnung zu Widersprüchen führen würde *(Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität)*. Mit diesem interpretativen Wechselspiel aus vermuteter Regelungsadäquanz und Vorbehalt der Systemkompatibilität lässt sich eine Vielzahl unterschiedlicher Normverhältnisse zwischen öffentlichem und privatem Recht sinngebend einfangen.

8. Über das einzelne Normkonkurrenzverhältnis (formelle Normrelation) und über die einzelne strukturbedingte Wechselwirkung (materielle Normrelation) hinausgehend spannt sich die grosse Klammer der allgemeinen Rationalitätskriterien, denen jede Koordination zu genügen hat: *Kohä-*

renz und Konsistenz (S. 114 ff.). Nach dem Kohärenzprinzip ist das Zusammenspiel von öffentlichem und privatem Recht so zu gestalten, dass eine Systemabstimmung zwischen den Teilrechtsordnung garantiert bleibt und *dysfunktionale Blockaden* in der jeweils anderen Teilrechtsordnung vermieden werden. Nach dem Konsistenzprinzip ist die innere Widerspruchsfreiheit der einzelnen Teilrechtsordnung zu garantieren: Die Interaktion mit einem anderen Rechtsgebiet darf nicht dazu führen, dass gegen die teilrechtseigene Ordnungsprinzipien verstossen wird.

Dritter Teil: Bankrechtliche Koordinationsdogmatik

9. Die im zweiten Teil entwickelten allgemeinen Koordinationsgrundsätze finden in der Übertragung auf das Recht der Bank-Aktiengesellschaft ein exemplarisches Anwendungsfeld (S. 121 ff.). Sachlich geht es um das *Bankorganisationsrecht als Referenzgebiet.* Die dort auftretenden Regelungs-, Norm- und Zielkonkurrenzen verweben die beiden Teilrechtsgebiete zu einer interpretativen Einheit, die insgesamt als koordinationsbedürftiger Normenkomplex angesehen werden muss.

10. Der normgeltungssystematisch wichtigste Anknüpfungspunkt für die Verhältnisbestimmung zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht ist das *bankengesetzliche Spezialitätsprinzip* (S. 162 ff.). Als Schlagwort für die Verhältnisbestimmung ist es zwar überall in regem Gebrauch, doch seine genaue Tragweite wird seit der Aktienrechtsrevision von 1991 kontrovers diskutiert. Die einen machen die Immunität des Bankengesetzes gegenüber dem Modernisierungsprogramm des Aktienrechts geltend (absolute Spezialität); die anderen vertreten die Geltung einer aktienrechtlichen *lex posterior* (relativierte Spezialität). Beide Koordinationsmodelle stehen in Konflikt mit der bankengesetzlichen Zielsetzung – die Lehre von der absoluten Spezialität, weil sie dem Ziel eines intensivierten Gläubigerschutzes nicht hinreichend Rechnung trägt; die Lehre von der relativen Spezialität, weil sie die rechtsformunabhängige Behandlung aller Banken (Aktien- wie Genossenschaftsbanken) verhindert.

11. Das hier entwickelte Koordinationsmodell der *differenzierten bankengesetzlichen Spezialität* vereint die beiden gegensätzlichen doktrinellen Ansätze, indem sie ihnen innerhalb des bank-aktienrechtlichen Koordinationsfeldes eine spezifische Rolle zuweist. In Anknüpfung an die Systematik der Normrelationen unterscheidet dieses Konzept zwischen der formellen und der materiellen bankengesetzlichen Spezialität. Die *formelle* bankengesetzliche Spezialität (S. 167 ff.) betrifft den Vorrang der bankengesetzlichen Norm

als anwendbare Rechtsgrundlage. Bei der *materiellen* bankengesetzlichen Spezialität geht es dagegen um die Frage der inhaltlichen Autonomie der bankengesetzlichen Norm. Mit Blick auf das Verhältnis zum Aktienrecht lässt sich festhalten, dass die formelle Spezialität absolut gilt: Wo das Bankengesetz eine Vorschrift setzt, verdrängt sie, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, die aktienrechtliche Konkurrenznorm als Rechtsgrundlage. Die materielle Spezialität gilt hingegen relativ: Im Überschneidungsbereich der beiden Teilrechtsordnungen bleibt die bankengesetzliche Norm für interpretative Einflüsse des Aktienrechts offen; etliche Normen des Bankengesetzes lassen sich erst im Rückgriff auf das Aktienrecht konkretisieren.

12. Im Variantenreichtum der *Relativierung materieller Spezialität* (S. 181 ff.) liegt der Kern der bankorganisationsrechtlichen Koordinationsdogmatik. Prominente Erscheinungsformen des Wechselbezugs mit dem Aktienrecht sind die Regelungs- und Begriffsparallelisierung, die Verweisung und die bankengesetzlichen Generalklauseln. In all diesen Interaktionsbereichen äussert sich die Wirkungskraft des Aktienrechts. Sie hat ihren Grund darin, dass dieses nach wie vor die organisatorische Grundordnung für die Bank-Aktiengesellschaft bildet. Trotz der Überlagerung durch bankengesetzliche Spezialnormen gilt daher eine *Vermutung der Regelungsadäquanz des Aktienrechts*. Allerdings vollzieht sich diese aktienrechtliche Einwirkung nicht uneingeschränkt. Sie unterliegt – entsprechend den allgemeinen Koordinationsgrundsätzen – dem *Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität.* Dieser speist sich in erster Linie aus dem intensivierten Gläubigerschutzauftrag des Bankengesetzes, in ganz engen Grenzen ausserdem auch aus der operativen Besonderheit des Bankgeschäfts.

13. Obwohl das Verhältnis zwischen Aktienrecht und Bankengesetz massgeblich durch das bankengesetzliche Spezialitätsprinzip geprägt ist, lässt sich die Normbeziehung nicht allein darauf reduzieren. Im Interaktionsfeld treten vielmehr auch Beispiele für ein kollisionsfreies Ineinandergreifen von Einzelregelungen auf (S. 198 ff.). Zur Interpretation solcher Einzelregelungen lassen sich die Koordinationsprinzipien in ihrer allgemeinen Geltung heranziehen. So verlangt der *Grundsatz der Systemabstimmung,* dass auf die äussere Widerspruchsfreiheit zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht zu achten ist: das Bankaufsichtsrecht darf trotz seines Geltungsvorrangs nicht so angewendet werden, dass dysfunktionale Blockaden im Aktienrecht auftreten. Nach dem *Grundsatz der bankengesetzlichen Integrität* dürfen die interpretativen Einflüsse des Aktienrechts auf das Bankaufsichtsrecht nicht dessen intensivierten Gläubigerschutz konterkarieren (Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität).

Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

Für die einzelnen Auffangrelationen wendet der vierte Teil die Koordinationsprinzipien konkret an, die im dritten Teil zunächst abstrakt zum Verhältnis von Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht entwickelt worden sind. Ziel der Einzelstudien ist es, die Funktionsfähigkeit der Koordinationsprinzipien anhand ihrer exemplarischen Anwendung im Einzelfall zu überprüfen. Es geht also nicht darum, ein Handbuch des Bankorganisationsrechts zu entwerfen. Berücksichtigt werden einzig die Organisationsfragen an der Schnittstelle zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht, und auch ihnen kommt lediglich exemplarische Bedeutung zu: Die Organisation der Unternehmensleitung als Beispiel der Wirkungsweise aktienrechtlicher Generalklauseln, das Verantwortlichkeitsrecht als Anwendungsfall der Regelungsparallelisierung, die Rechnungslegung als Beispiel für die Figur der Verweisung, das Bankkonzernrecht unter dem Gesichtspunkt der Begriffsparallelisierung und der Systemabstimmung, und schliesslich das Revisionsrecht als Spielfeld vielfältiger Kombination der koordinativen Grundmuster. Bei aller Vielfalt zeigt sich doch als wiederkehrendes Muster, dass die Koordinationsperspektive regelmässig zu anderen dogmatischen Ergebnissen führt als die herkömmlich vertretenen Auslegungsvarianten, die entweder die Immunität des Bankengesetzes gegenüber der aktienrechtlichen Modernisierung behaupten, oder aber von der Substitution der bankengesetzlichen durch die neuen aktienrechtlichen Konkurrenznormen ausgehen.

14. Im Bereich der Unternehmensleitung (S. 206 ff.) erklärt die Koordinationsdogmatik, warum aktienrechtliche Konkretisierungen für den gesamten Bereich der Bankenaufsicht verbindlich sind – das heisst einschliesslich der Genossenschaftsbanken. Zwar bildet das Bankengesetz die ausschliessliche Rechtsgrundlage für den Aufgabenkatalog der Leitungsorgane (absolute formelle Spezialität). Indessen ist die *bankengesetzliche Generalklausel* in Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG strukturell auf den materiellen Gleichklang mit dem Aktienrecht und damit auf dessen interpretative Einwirkung angelegt (relativierte materielle Spezialität). Als Folge davon wirken die in Art. 716a OR aufgeführten Kernaufgaben des Verwaltungsrats als Auslegungsdeterminanten der bankengesetzlichen Norm über das Oberleitungs-, Aufsichts- und Kontrollorgan der Bank-Aktiengesellschaft. Das gilt – anders als von der herrschenden Doktrin angenommen – auch für die Pflicht des Verwaltungsrats zur Ernennung *aller* Zeichnungsberechtigten.

15. Die Verantwortlichkeit der Bankorgane (S. 223 ff.) ist nach bisherigem Recht als *Regelungsparallelisierung* ausgestaltet, was im praktischen Ergebnis bereits diejenigen Rechtsfolgen vorwegnimmt, die der Gesetzgeber in

der Novelle des Bankengesetzes nunmehr explizit vorsieht. Nach bisherigem wie neuem Recht bestimmt die gesetzgeberische Intention einer materiellen Gleichgestaltung das Verhältnis zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht. Zwar bilden die bankengesetzlichen Normen die Rechtsgrundlage für Verantwortlichkeitsklagen gegen die Leitungsorgane der Bank-Aktiengesellschaft (absolute formelle Spezialität). Inhaltlich aber bleiben bankengesetzliche und aktienrechtliche Verantwortlichkeitsbestimmungen dynamisch aufeinander bezogen (relative materielle Spezialität). Im Ergebnis bedeutet dies schon nach bisheriger Rechtslage, dass die aktienrechtlichen Vorschriften im Bankaufsichtsrecht anwendbar sind. Rechtstechnisch erfolgt die Übernahme des aktienrechtlichen Programms auf dem Wege der Interpretation und lückenfüllenden Analogie – nach neuem Recht kraft expliziter Verweisung.

16. Bei der Rechnungslegung (S. 258 ff.) tritt das Zusammenspiel der Teilrechtsordnungen in der *Konstruktionsform der Verweisung* zutage. Das Bankengesetz erklärt für die Erstellung des Geschäftsberichts das Aktienrecht als massgeblich (Art. 6 Abs. 2 BankG, Verweisungsbereich), behält aber gleichzeitig einzelne Bereiche für bankautonome Regelungen vor (Sonderrechtsbereich). Das Rechnungslegungsrecht der Banken wurde von der Praxis selbst im aktienrechtlichen Verweisungsbereich zu einem bankspezifischen Sonderbilanzrecht ausgebaut. Hier bietet die *Rückbesinnung auf die Verweisungsdogmatik* eine Alternative zu den zweifelhaften Kunstgriffen, mit denen Bundesgericht und Aufsichtsbehörde die Anwendung des Aktienrechts vermeiden. Die Verweisung bietet nämlich ein flexibles Instrument der Verhältnisbestimmung, da sie zwar die Geltungsvermutung des Aktienrechts im Bankenkontext begründet, diese aber unter den Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität stellt. Zumindest die Regelung der Beteiligungspublizität und der stillen Reserven im Konzern lassen sich auf diese Weise koordinationsdogmatisch begründen. Die Grenze ist allerdings erreicht, wenn die Aufsichtspraxis für den Bankenkontext in freier Rechtsschöpfung die internationalen Rechnungslegungsstandards für anwendbar erklärt und die Mittelflussrechnung zum obligatorischen Bestandteil der Jahresrechnung macht, obwohl das Aktienrecht dies nicht vorsieht. Hier hilft nur die vorgesehene Gesetzesänderung, um die gegenwärtige Diskrepanz zwischen Recht und Aufsichtspraxis auszugleichen: Das neue Rechnungslegungsgesetz verlangt von grossen Organisationen generell die Rechnungslegung nach internationalen Standards und die Erstellung einer Mittelflussrechnung.

17. Im Bankkonzernrecht (S. 308 ff.) stellt sich die Koordination wiederum anders dar. Hier zeigt sich eine Varianz der Konzernbegriffe, etwa bezüglich der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung: Im Gegensatz zum aktienrechtlichen Leitungsprinzip ist unter dem bankaufsichtsrechtlichen Control-Prinzip der *Gleichordnungskonzern* nicht von der Konsolidierungspflicht erfasst. Mit Blick auf den intensivierten Schutzauftrag des Bankengesetzes ist hier von einer Lücke im Bankengesetz auszugehen, die unter Rückgriff auf den aktienrechtlichen Konzerntatbestand geschlossen werden muss. Sogar in einem vermeintlich klaren Fall bankengesetzlicher Autonomie entpuppt sich also das Aktienrecht als Lieferant zusätzlicher Interpretationselemente, ohne die das Bankaufsichtsrecht seinen umfassenden Schutzauftrag nicht erfüllen könnte. Auch bei der *Weisungsbefugnis der Bankkonzernleitung* kann die einschlägige aufsichtsrechtliche Verordnungsbestimmung nur dann richtig angewendet werden, wenn man sie im Lichte der gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen interpretiert.

18. Im Revisionsrecht schliesslich (S. 329 ff.) ist die Bank-Aktiengesellschaft einer doppelten Kontrollpflicht unterworfen, bei der die Aufgabenkataloge des Bankengesetzes und Aktienrechts zahlreiche koordinationsbedürftige Überschneidungen aufweisen. Im Ergebnis erklärt die Koordinationsdogmatik, wie zwischen den Revisionsstellen funktional unterschieden werden muss, obgleich der Prüfungsmassstab sich stets einheitlich aus dem bankengesetzlichen Sonderbilanzrecht ergibt. Dabei lässt sich zeigen, dass für die *konstitutive Kapitalherabsetzung* der Geltungsvorrang des Bankengesetzes spielt, während die *deklarative Kapitalherabsetzung* mangels besonderen Schutzbedarfs in die Residualkompetenz des Aktienrechts fällt. In der *Abschlussprüfung* verlangt der Grundsatz der Systemabstimmung eine echte Doppelrevision nach beiden Teilrechtsordnungen, weil sonst im aktienrechtlichen System der „checks and balances" eine dysfunktionale Blockade entstünde. Schliesslich kann an der *funktionsdifferenzierten Haftung* gezeigt werden, dass die Koordination der revisionsrechtlichen Primärpflichten auch in der Verantwortlichkeit eine Parallele findet. In diesem letzten Punkt vollzieht der Gesetzgeber mit der aktuellen Novelle des Bankengesetzes nach, was koordinationsdogmatisch auch schon nach bisheriger Rechtslage herzuleiten war. Für die etwa zehnjährige Übergangszeit, in der Prozesse noch nach bisherigem Verantwortlichkeitsrecht zu entscheiden sind, bietet die Koordinationsdogmatik dadurch eine wichtige Hilfestellung.

II. Übergreifende Ergebnisse und Perspektiven

Über die einzelnen Ergebnisse hinaus gibt es Resultate, die bei einer Gesamtschau aus mehreren Teilen der Arbeit gezogen werden können. Unter diesen seien die drei wichtigsten abschliessend herausgegriffen:

1. Differenzierte Spezialität als Element der Koordinationsdogmatik

Das zentrale Instrument, mit dem in dieser Arbeit unterschiedlichste Koordinationsfragen zwischen öffentlichem und privatem Recht beantwortet wurden, ist die *differenzierte Spezialität*. Sie wurde in einer Rückbesinnung auf Grundelemente der Methodenlehre entwickelt, um die Koordinationsdogmatik für konkrete Fragen einzelner Normkollisionen voranzutreiben (Koordination durch Normgeltungssystematik). Allerdings handelt es sich bei der bankengesetzlichen Spezialität nicht um eine herkömmliche Form im Sinne der Methodenlehre. Der Spezialitätsbegriff dient vielmehr dazu, den (begründungsbedürftigen) Geltungsvorrang bankengesetzlicher Normen auf eine griffige Formel zu bringen. Ungeachtet solcher Differenzierung wurde die Spezialgeltung einer Norm in der Doktrin entweder bejaht oder verneint, mithin keine weitere Unterscheidung getroffen hinsichtlich Grund, Art und Reichweite ihrer spezialgesetzlichen Wirkungen. Die blosse Behauptung, eine Norm sei *lex specialis*, ist aber nicht mehr als dies: eine Behauptung. Sie bezeichnet pauschal das als richtig angesehene Ergebnis im Normverhältnis, ohne es zu qualifizieren oder zu begründen. Demgegenüber wurde hier mit der differenzierten Spezialität zwischen einem formellen und einem materiellen Gehalt der Spezialgeltung unterschieden, was die Begründungslinien verfeinert und gleichzeitig die Problemlösung in der Koordinationsdogmatik befördert hat.

Übertragen auf das Referenzgebiet des Bankorganisationsrechts gilt die formelle bankengesetzliche Spezialität *absolut*. Sobald das Bankengesetz in eine Normkonkurrenz mit dem Aktienrecht gerät, ist die bankengesetzliche Bestimmung die einschlägige Rechtsnorm. Sie tritt im Regelfall an die Stelle, im Ausnahmefall neben die aktienrechtliche Norm, nie aber wird sie als Rechtsgrundlage vom Aktienrecht verdrängt. Dies ergibt sich aus der Historie, Systematik und Teleologie der involvierten Teilrechtsgebiete – und nicht etwa aus der methodentechnischen Spezialität bankengesetzlicher Normen, an der es gerade fehlt.

Demgegenüber gilt die materielle bankengesetzliche Spezialität relativ. Inhaltliche Massstäbe für die Anwendung der Spezialnorm können nicht aus dem Bankengesetz allein ermittelt werden. Der Gesetzgeber hat in seiner

Ausgestaltung der Spezialnormen nämlich regelmässig eine inhaltliche Verkoppelung mit dem Aktienrecht vorgenommen: durch Begriffsparallelisierung, durch Regelungsparallelisierung, durch Verweisung oder durch generalklauselartige Formulierungen. Was die Spezialität ausmacht und wie weit der spezielle Gehalt des Bankengesetzes gegenüber der aktienrechtlichen Grundordnung reicht, lässt sich darum erst aus dem Verständnis der Grundnorm entwickeln. Häufig zeigt sich dabei, dass der Gesetzgeber nur in einem Detail von der aktienrechtlichen Ordnung abweicht, das Aktienrecht aber im Übrigen weiterhin als Auslegungsdeterminante gelten lassen wollte. Selbst wenn eine völlige Eigenständigkeit beabsichtigt ist, ergibt sich diese Absicht erst aus dem interpretativen Abgleich der Spezial- mit der Grundnorm. Im Ergebnis gibt es daher nie eine *absolute* materielle bankengesetzliche Spezialität, das heisst den Fall, bei dem das Aktienrecht für die Auslegung der bankengesetzlichen Spezialnorm überhaupt nicht mehr relevant würde.

In verschiedenen Anwendungsbereichen der Dogmatik konnte die differenzierte Spezialität bisher isolierte Einzelfragen verbinden. So konnte sie den scheinbar unversöhnlichen Widerspruch zwischen spezialgesetzlicher Eigenständigkeit und inhaltlicher Abhängigkeit auflösen und erklären, warum nachträgliche Änderungen des Aktienrechts auch im Anwendungsbereich bankengesetzlicher Spezialnormen berücksichtigt werden müssen. Die differenzierte Spezialität hat ausserdem gezeigt, dass unterschiedliche Instrumente des Gesetzgebers (Verweisung, Generalklausel) und verschiedene Ursachen der Rechtsentwicklung (Rechtsprechungswandel, Gesetzesänderung) sich letztlich auf die gleichen Koordinationsmechanismen zurückführen lassen. Innerhalb der Normsystematik konnte die differenzierte Spezialität schliesslich ein überall gleiches Wechselspiel als Grundmuster identifizieren: in der inhaltlichen Koordination gilt stets eine Vermutung der Regelungsadäquanz, die ihrerseits durch den Vorbehalt der Systemkompatibilität begrenzt wird. Der Beitrag zur Koordinationsdogmatik, der mit der differenzierten Spezialität für die Normsystematik entwickelt wurde (Mikroebene), erweist sich dadurch gleichzeitig als ein Baustein in der Gesamtkoordination von öffentlichem Recht und Privatrecht (Makroebene).

2. Tragfähigkeit des Konzepts der Auffangrelationen

Im weiteren Rahmen des funktionalen Zusammenspiels von öffentlichem und privatem Recht hat sich das *Bild von den Auffangrelationen als ein tragfähiges Interpretationsmuster* erwiesen. Von einer Auffangrelation konnte bei

der hier gewählten normenzentrierten Perspektive in verschiedenen Varianten gesprochen werden. Einerseits standen die Normen der Teilrechtsordnung in einem Ergänzungsverhältnis, wo immer sie wie Zahnräder ineinander griffen, um die Regulierungslücken in der jeweils anderen Teilrechtsordnung auszufüllen; aus der Komplementarität erwuchs insoweit die koordinierte Gesamtsteuerung. Andererseits bestand in den häufigen Fällen der koordinativen Normarchitektur (Begriffsparallelisierung, Regelungsparallelisierung, Verweisung, Generalklausel) die Auffangrelation in der *Sinnstiftung für die jeweils andere Teilrechtsordnung:* was mit aufsichtsrechtlichen Normen regulativ gemeint war, konnte häufig nur unter Rückgriff auf das Privatrecht ermittelt werden; was hingegen im Privatrecht als Massstab für die Revision oder Verantwortlichkeit galt, konnte nur unter Beachtung der öffentlich-rechtlichen Regulierung vollständig bestimmt werden.

In allen diesen Varianten offenbart sich eine Charakteristik, die für jede Auffangrelation typisch ist: sie „knüpft an die unterschiedlichen Steuerungsleistungen beider Teilrechtsordnungen an und fragt, wie sich Regelungsbedürfnisse, die im Rahmen *einer* Teilrechtsordnung nicht ausreichend befriedigt werden können, durch Rückgriff auf Gestaltungselemente der *anderen* Teilrechtsordnung erfüllen und in diesem Sinne ‚auffangen' lassen."[1328] Für die Verhältnisbestimmung zwischen einzelnen Normen, d.h. für die Interpretationsfrage, welche von mehreren sachlich einschlägigen Regelungen im Ergebnis den Ausschlag gibt, ist diese Auffangperspektive ebenso hilfreich wie für den grösseren Untersuchungsrahmen, den die Auffangrechtsdogmatik schon früher durch ihre Typologien bearbeitet hat (gestufte Steuerungsvorgaben, Organisationszwang, etc.). Zudem hat es einen praktischen Vorteil, wenn man, wie hier geschehen, die Auffangrelation zusätzlich auf der Mikroebene der Koordinationsdogmatik ansiedelt. Die einzelne Normrelation liegt nämlich viel näher an den Problemen der Rechtspraxis als die Organisations- oder Instrumentenfragen. Ist erst einmal das Verhältnis zwischen Normen und Normgruppen koordinationsdogmatisch bestimmt, so führt dies unmittelbar zu neuen Einsichten für die einzelne Interpretation – letztlich also zu einer Komplexitätsreduzierung in der Rechtsanwendung.

1328 *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 6 (Hervorhebungen im Original).

3. Exemplarische Bedeutung der bankrechtlichen Koordination

Als drittes und letztes kapitelübergreifendes Ergebnis sei schliesslich die exemplarische Bedeutung der Untersuchung zum Bankorganisationsrecht hervorgehoben. Ein solcher Schlusspunkt kann allerdings nicht ausführlicher als in einem blossen Ausblick darauf gesetzt werden, wie sich die für das Bankrecht gefundenen Ergebnisse auf andere Rechtsgebiete übertragen liessen.

Zunächst gibt es enge Parallelen bei den Koordinationsaufgaben, die sich im *Versicherungswesen* und bei der *Aufsicht über die Effektenhändler* stellen. Auch hier finden sich, wie im Bankrecht, individuelle und kollektive Schutzanliegen mit den Mitteln des öffentlichen Rechts regulativ durchgesetzt. Gleichzeitig dient die Regulierung solchen Interessen, die auch die Marktteilnehmenden (Banken, Effektenhändler, Versicherungen) bei einiger Weitsicht als eigene Anliegen verfolgen würden – letztlich also dem Schutz gegen Marktversagen. Auf solche Konstellationen lassen sich die Überlegungen und Ergebnisse zur Differenzierung beim Spezialitätsprinzip ohne grosse Schwierigkeiten übertragen.

Im Börsenkontext ergibt sich die Parallelität der Koordinationsaufgabe unter anderem daraus, dass das *Organisationsrecht der Effektenhändler* weitgehend aus dem Bankengesetz übernommen wurde. Für Effektenhändler in der Rechtsform von Aktiengesellschaften überlagern sich Aufsichtsrecht und Aktienrecht folglich in gleicher Weise wie bei der Bank-Aktiengesellschaft. Offenkundig ist die Parallelität ausserdem im Zusammenhang mit dem neuen Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)[1329]. Ihm stand das Bankengesetz Modell, mit der Folge, dass das Organisationsrecht der *Versicherungs-Aktiengesellschaft* nunmehr durchweg ähnliche Schnittstellen aufweist wie dasjenige der Bank-Aktiengesellschaft. Exemplarisch hierfür ist die Einführung einer besonderen externen Revisionsstelle – und damit die Schaffung eines dualistischen Aufsichtssytems, wie es auch das Bankengesetz kennt. Der Aufgabenkatalog der neuen versicherungsgesetzlichen Revisionsstelle ist mit demjenigen der bankengesetzlichen Revisionsstelle praktisch deckungsgleich[1330]. Damit stellen sich auch exakt dieselben Koordinationsfragen, die es im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zu beantworten galt.

1329 Vgl. BBl 2003, 3789 ff.

1330 Zu den Pflichten gehören: Die Abschlussprüfung und die Prüfung der Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (Art. 19 Abs. 1 BankG, Art. 29 Abs. 1 E-VAG); die Meldepflichten (Art. 21 Abs. 3, 4 BankG, Art. 30 E-VAG); die Pflichten als subsidiäre Aufsichtsinstanz, namentlich die Vornahme ausserordentlicher Prüfungshandlungen (Art. 23bis Abs. 2 BankG, Art. 29 Abs. 3 E-VAG)

Richtet man den Blick über die eng verknüpften Rechtsgebiete auf andere Koordinationsfelder, so können die grundsätzlichen Linien dieser Untersuchung auch dort als Orientierung für eine erste Problemannäherung dienen. Abstimmungsfragen zwischen öffentlichem und privatem Recht finden sich allenthalben. Statt nun diese Probleme stets ergebnisorientiert in pragmatischer Vereinzelung anzugehen oder auf der Makroebene der Koordination nur Organisationen und Gesetzeswerke als Ganzes zu beurteilen, empfiehlt es sich, erst einmal systematisch nach der einzelnen Normrelation zu fragen. Die Koordinationsdogmatik kann hier Sinnstiftung für die Interpretation bieten und beispielsweise erklären, warum gesetzliche Änderungen in einer Teilrechtsordnung auch Konsequenzen für eine (eigentlich unveränderte) andere Teilrechtsordnung haben, wenn diese Materien in einer koordinationsbedürftigen Überschneidung zueinander stehen.

Für das „Bankrecht als Koordinationsaufgabe" hat sich jedenfalls die normbezogene Perspektive, ergänzt um Erwägungen der Auffangrechtsdogmatik, als ertragreiche Erkenntnisquelle erwiesen, um Interpretationsaufgaben in der Koordination von Teilrechtsordnungen zu bewältigen.

---

und die Kontrollen im Ausland (Art. 23septies Abs. 1 BankG, Art. 80 Abs. 1 E-VAG).

LITERATURVERZEICHNIS

Adomeit, Klaus, Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik – mit einem Beitrag zur Theorie der subjektiven Rechte, in: Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, Düsseldorf 1972, S. 503 - 522.

Aellen, Marcel Livio, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Diss. Bern 1990.

- Stille Reserven in Bankbilanzen, in: ST 1990, S. 663 - 669.

Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996.

- Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: Otto Behrens u.a. (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft: Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1989, S. 95 - 107.

Amstutz, Marc, Evolutorisches Wirtschaftsrecht. Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft, Baden-Baden 2001.

- Konzernorganisationsrecht. Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik, Bern 1993.

Amstutz, Therese, Bankenrechtliche Pflicht zur Offenlegung wesentlicher Kapitaleigner. Bundesgerichtsentscheid vom 11.9.1998 (BGE 124 III 581 ff.), in: ST 1999, S. 561 - 564.

Arbeitsgruppe Corporate Governance, Zwischenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance": Offenlegung von Organentschädigungen und Organkrediten, 25. März 2003 (abrufbar unter <www.ofj.admin.ch/d/index.html>).

Assmann, Heinz-Dieter/Schütze, Rolf A., Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. neubearbeitete Aufl., München 1997.

Auer, Andreas/Malinverni, Giorgio/Hottelier, Michel, Droit constitutionnel suisse: Bd. I: L'Etat. Bd II: Les droits fondamentaux, Bern 2000.

Auer, Susanne, Neuere Entwicklungen im privatrechtlichen Immissionsschutz, Untersucht anhand der Rechtsprechung zu Art. 684 ZGB und § 906 BGB, Diss. Zürich 1997.

Bachmann, Roland, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, in: AJP 12 (2003), S. 499 - 506.

Bachmann, Rolf, Bankkonzernrechnung: Ein Konzept für die Schweiz unter Berücksichtigung nationaler und internationaler Rahmenbedingungen, Diss. Zürich 1991.

Bachof, Otto, Über öffentliches Recht, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 1 - 21.

Baetge Jörg/Dörner, Dietrich/Kleekämper, Heinz/Wollmert, Peter, Rechnungslegung nach International Accounting Standards (IAS): Kommentar auf der Grundlage des deutschen Bilanzrechts, Stuttgart 1997.

Baldus, Manfred, Die Einheit der Rechtsordnung, Bedeutung einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995.

Ballwieser, Wolfgang, Rechnungslegung im Umbruch. Entwicklungen, Ziele, Missverständnisse, in: ST 2002, S. 295 - 304.

Bänziger, Hugo, Vom Sparerschutz zum Gläubigerschutz - Die Entstehung des Bankengesetzes im Jahre 1934, in: Eidgenössische Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht. Jubiläumsschrift. Zürich 1985, S. 5 - 81.

Bär, Rolf, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in: ZBJV 95 (1959), S. 369 - 407.

- Zum Problem der sog. Spaltung der vinkulierten Namenaktie, in: ZSR 85/II (1966), S. 342 - 527.

Bardenz, Alexander/Lippe a.d., Werne, Durchbruch für das International Accounting Standards Committee? Entstehung, Organisation, Akzeptanz, in: WM 1996, S. 1657 - 1671.

Barrelet, Denis/Egloff, Willi, Das neue Urheberrecht: Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 1994.

Bärtschi, Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001.

Baudenbacher, Carl, Funktionszuwachs des Staates als wirtschaftsrechtliches Problem, in: SAG 57 (1985), S. 57 - 73.

- Zivilprozess als Mittel der Wirtschafts- und Sozialpolitik, in: ZSR 109/I (1983), S. 161 - 186.

Bechmann, Gotthard, Risiko als Schlüsselkategorie der Gesellschaftstheorie, in: KritV 1991, 212 - 240.

Beck, Emil, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar), Band V: Schlusstitel, 2. Abschnitt: Einführungs- und Übergangsbestimmungen: Art. 51 - 63 SchlT, insbesondere das internationale Handlungsfähigkeits-, Eheschliessungs- und Ehescheidungsrecht der Schweiz, Bern 1932.

Beck, Ulrich, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a.M. 1986 (Nachdruck 2003).

Béguin, Philippe, La future loi sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels – une révolution?, in: ST 1999, S. 491 - 494.

Behr, Giorgio, Capital Markets – The Role of Accounting and Auditing, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2002 de droit bancaire et financier, Bern 2003, S. 21 - 33.

- Rechnungslegung im Spannungsfeld der Ansprüche von Gesetz und Informationsgesellschaft, in: SZW 72 (2000), S. 105 - 110.
- Bewertung – ein neues Konzept, in: ST 1999, S. 443 - 450.

Behrens, Peter, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Tübingen 1986.

Belser, Eva-Maria, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Fribourg 2000.

Benz, Rainer, Die Abgrenzung und das Zusammenspiel zwischen öffentlichem und privatem Immissionsschutzrecht, in: AJP 6 (1997), S. 1185 - 1186.

Benz, Walter, Das Konzessions- und Normativsystem bei der AG, Diss. Bern 1929.

Bertschinger, Peter, Konzernrechnungslegung nach RRG, in: ST 1999, S. 19 - 26.

Bertschinger, Urs, Bemerkungen zu aktuellen Fragen des Bankaufsichtsrechts, in: AJP 11 (2002), S. 1259 - 1265.

- Neue Entwicklungen in der Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle, in: SZW 71 (1999), S. 78 - 85.
- Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.

Biaggini, Giovanni, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung, in: Schweiz. Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé, Zürich 1998, S. 67 - 107.

Biedenkopf, Kurt H., Die Wiederentdeckung des Privatrechts, in: Norbert Horn (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band II, München 1982, S. 21 - 31.

Bieg, Hartmut, Die externe Rechnungslegung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute, München 1999.
- Erfordert die Vertrauensempfindlichkeit des Kreditgewerbes bankspezifische Bilanzierungsvorschriften?, in: WPg 1986, S. 257 - 263 (Teil I), S. 299 - 307 (Teil II).
- Bankbilanzen und Bankenaufsicht, München 1983.

Binzegger, Bernhard, Rundschreiben EBK „Bildung und Auflösung von stillen Reserven", in: ST 1990, S. 657 - 659.

Birck, Heinrich, Massnahmen der Bilanzstrukturpolitik bei Kreditinstituten, in: WPg 1969, S. 440 - 447.

Birck, Heinrich/Meyer, Heinrich, Die Bankbilanz: Aufstellung, Struktur, Gliederung und Bewertung in den Jahresabschlüssen der Kreditinstitute nach Handels- und Steuerrecht einschliesslich Bilanz- und Reservepolitik: Handkommentar, 3. Aufl., Wiesbaden 1976 - 1979.

Blumer, Andreas, Bankenaufsicht und Bankenprüfung. Grundkonzepte, Problembestand und Perspektiven der institutionellen Ausgestaltung ausgewählter Banküberwachungssysteme. Diss. St. Gallen, Bern 1996.

Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2003.
- Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, in: Rainer J. Schweizer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 331 - 352.
- Verantwortlichkeit der Organmitglieder: Hürdenlauf der direkt Geschädigten, in: Charlotte Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, S. 27 - 71.
- Revisionsfelder im Aktienrecht und Corporate Governance, in: ZBJV 138 (2002), S. 709 - 775.
- Konzernrecht: Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, S. 35 - 87.
- Einführung in die IAS. International Accounting Standards, knapp und deutsch, Zürich 2000.
- Schweizerisches Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996.
- Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1994.
- Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Zürich 1994.
- Konsolidierungspflicht: Auslösung durch „control" oder „einheitliche Leitung": kritische Würdigung durch das RHB, in: ST 1994, S. 369 - 380.
- Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, in: SZW 65 (1993), S. 261 - 279.
- Das neue Aktienrecht. Darstellung für den Praktiker, Zürich 1992.

Böckli, Peter/Huguenin, Claire/Dessemontet, François, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004.

Böcking, Hans-Joachim/Nowak, Karsten, Kommentierung: §§ 340 ff. HGB, in: K. Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 4, Drittes Buch: Handelsbücher, §§ 238 - 342a HGB, München 2001.

Bodmer, Daniel, Kommentierung von Art. 11 BankG, in: Beat Kleiner u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zur Verordnung (V) vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961, Zürich, Loseblattsammlung (Stand: März 2001, teilweise zitiert in der Fassung 1976).

Boemle, Max, Wie zuverlässig sind Bankabschlüsse?, in: ST 2002, S. 196 - 198.

- Der Jahresabschluss. Bilanz, Erfolgsrechnung, Geldflussrechnung, Anhang, 4. Aufl., Zürich 2001.
- Bankkonzernrechnungslegung: Entwicklung, aktueller Stand und Aussichten. Die vier Phasen bis zum Obligatorium, in: ST 1995, S. 985 - 989.
- Die Bedeutung des Anhangs für die Rechnungslegung der Banken, in: Bruno Gehrig u.a. (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 197 - 210.
- Aktienrechtsrevision und stille Reserven. Meinungen – Vorurteile – Tatsachen, in: SAG 51 (1979), S. 84 - 109.

Bosman, Aleidus Gerard, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984.

Bossard, Ernst, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, Teilband V/6/3b: die kaufmännische Buchführung (Art. 957 - 964 OR), Zürich 1984.

- Die Organhaftung der Kontrollstelle aus Aktien- und Bankenrecht, in: ST 9/1976, S. 2 - 9.

Brändli, Thomas, Outsourcing: Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht, Bern 2001.

Braun, Elisabeth, Abfallverminderung durch Kooperation von Staat und Wirtschaft. Bedingungen zur Umsetzung von Art. 41a USG, Basel 1998.

Brehm, Roland, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen: Kommentar zu Art. 41 - 61 OR, 2. Aufl., Bern 1998.

Breining-Kaufmann, Christine, Deregulierung und Europaverträglichkeit der Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht, in: Hans Ulrich Walder u.a. (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, S. 442 - 461.

Brenner Beat, Transparenz in Ehren – aber so?, in: NZZ Nr. 281 (1998), 21.

Brethe de la Gressaye, J., Droit administratif et droit privé, in: Le droit privé français au milieu du XXème siècle, études offerts à Georges Ripert, Tome I, Paris, 1950, S. 304 - 322.

Bresser, Karl-Ludwig, Kontrolle und Vertrauen – gleichermassen unentbehrlich, in: ZfgK 1978/1, S. 12 - 15.

Broggini, Gerardo, Intertemporales Privatrecht, in: Max Gutzwiller et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. 1, Basel u.a. 1967, S. 353 - 507.

Brückner, Christian, Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht - Ein Beispiel für die Suggestivkraft von Begriffen, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht, Grenzen und Grenzüberschreitungen. Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1985, Basel u.a. 1985, S. 35 - 50.

Brühlmann, Walther, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 samt Vollziehungsverordnung vom 26. Februar 1935 und Verordnung des Bundesgerichts betr. das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935, Weinfelden 1935.

Brunner, Andreas, Technische Baunormen, in: Seminar für schweizerisches Baurecht (Hrsg.), Baurechtstagung 1993 II, S. 22 - 42.

- Technische Normen in Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Diss., Basel 1991.

Brunner, Ursula, Rechtssetzung durch Private: private Organisationen als Verordnungsgeber, Zürich 1982.

Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988.

Buchholz, Rainer, Internationale Rechnungslegung. Die Vorschriften nach IAS, HGB und US-GAAP im Vergleich - mit Aufgaben und Lösungen, 3. Aufl., Berlin 2003.

Bull, Hans Peter Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Frankfurt a.M 1973.

Bullinger, Martin, Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als gegenseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 239 - 260.

- Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Manfred Löwisch u.a. (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, München 1991, S. 69 - 91.
- Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung, Stuttgart 1968.

Bundesamt für Justiz, Zusammenstellung der Vernehmlassungen. Bundesgesetz über die Rechnungslegung (RRG) und Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA), 4. Dezember 2000 (abrufbar unter <www.bj.admin.ch/d-/index/html>).

Burckhardt, Walter, Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens, dem schweizerischen Bundesgerichte dargebracht, Bern 1924, S. 1 - 178.

Burdeau, Georges, Traité de science politique, Band VII: La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique, Paris 1973.

Büren, Roland von, Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts, in: SZW 76 (2004), S. 178 - 185.

- Der Konzern - Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens. Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/6, Basel 1997.
- Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620 ff., in: SZW 67 (1995), S. 85 - 92.
- Der Konzern im neuen Aktienrecht: Grundfragen des neuen Aktienrechts: Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993, S. 47 - 67.

Burger, Richard/Vial, Jérôme, Erstmalige Anwendung von IFRS, in: ST 2003, S. 501 - 506.

Burghof, Hans-Peter/Rudolph, Bernd, Bankenaufsicht: Theorie und Praxis der Regulierung, Wiesbaden 1996.

Bürgi, Wolfhart F., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband b/1: Art. 660 - 697 OR, Zürich 1957.
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband b/2: Art. 698 - 738 OR, Zürich 1969.

Bürgi Wolfhart F./Nordmann-Zimmermann Ursula, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband b/3: Art. 739 - 771 OR, Zürich 1979.

Bürgi-van der Strom, Heini, Teilrevision des Aktienrechts und Rechnungslegung der Banken. Eine Untersuchung der Zusammenhänge und Auswirkungen. Diss. Bern, 1977.

Burnet, Olivier, L'exécution de tâches publiques par un organisme privé: l'exemple du marché du fromage, Diss. Lausanne 1983.

Bydlinski, Franz, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in: Okko Behrends u.a. (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1990, S. 189 - 230.
- Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1982.

Calabresi, Guido, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale Law Journal 70 (1961), S. 499 - 553.

Calliess, Christian, Öffentliches und privates Nachbarrecht als wechselseitige Auffangordnungen: Überlegungen am Beispiel der Genehmigungsfreistellung im Bauordnungsrecht, in: Die Verwaltung 34 (2001), S. 169 - 204.

Canaris, Claus-Wilhelm, Handelsrecht: Ein Studienbuch, 22. Aufl., München 1995.
- Grundrechtseinwirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, in: JuS 1989, S. 161 - 172.
- Grundrechte und Privatrecht, in: AcP 184 (1984), S. 201 - 246.
- Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl. Berlin 1983.
- Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Schriften zur Rechtstheorie, Heft 14, Berlin 1969.

Canepa, Ancillo, Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle im neuen RRG. Persönlichkeitsaspekte gesetzlich kaum fassbar, in: ST 1999, S. 15 - 18.

Capitani, Werner de, Gegenbemerkungen zu den Bemerkungen von Marcel L. Aellen, in: SZW 64 (1992), S. 187 - 190.

Camponovo, Rico A., Kapitalerhöhungsprüfung contra Unabhängigkeit der Revisionsstelle, in: ST 2001, S. 33 - 38.

Carlen, Louis, Rechtsgeschichte der Schweiz: Eine Einführung, 3. Aufl., Bern 1988.

Caroni, Pio, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel u.a. 1996.
- „Privatrecht". Eine sozialhistorische Einführung, Basel u.a. 1988.

Cassani, Ursula, Application du droit pénal dans le temps; lex mitior; actes d'ordre sexuel commis sur une personne âgée de 14 à 18 ans, in: AJP 6 (1997), S. 900 - 903.

Chapus, René, Droit administratif général, Tome 1, 14. Aufl., Paris 2000.

Chicherio, Urs, Die Einberufung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft durch die Kontrollstelle, Diss. Zürich 1973.

Coase, Ronald, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics 1 (1960), S. 1 - 44.

Coing, Helmut (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte: Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Bd. 2, Neuere Zeit (1500 - 1800): Das Zeitalter des gemeinen Rechts. Teilbd. 2, Gesetzgebung und Rechtsprechung, München 1976.

Cotting, René/Boemle, Max, True and Fair View-Konzep versus Fair Presentation. Analyse auf der Grundlage von IAS, US GAAP und VE RRG, in: ST 2000/8, S. 788 - 794.

Damm, Reinhard, Risikosteuerung im Zivilrecht - Privatrecht und öffentliches Recht im Risikodiskurs, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 85 - 142.

- Neue Risiken und neue Rechte, in: ARSP 79 (1993), S. 159 - 187.

Delwing, Dieter/Windlin, Hans, New Public Management: Kritische Analyse aus staatsrechtlicher und staatspolitischer Sicht, in: ZBl 1996, S. 183 - 203.

Dénéréaz, David, Les entreprises d'économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé, in: ZSR 72 (1953), S. 1a - 64a.

Deschenaux, Henri, Der Einleitungsartikel, in: Max Gutzwiller (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. 2, Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967, S. 1 - 281.

Diamond, Douglas W., Financial Intermediaries and Developed Monitoring, in: The Review of Economic Studies 51 (1984), S. 394 - 414.

Diedrichsen, Uwe, Umweltschutz durch Privatrecht, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des sechsundfünfzigsten deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Berlin 1986, L48 - L98.

Di Fabio, Udo, Risikosteuerung im öffentlichen Recht - zwischen hoheitlicher Überwachung und regulierter Freiwilligkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 143 - 165.

Dreier, Horst, Einheit und Vielfalt der Verfassungsordnungen im Bundesstaat, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung? Hamburger Ringvorlesung, Berlin 1994, S. 113 - 146.

Dreier, Ralf, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie, Tübingen 1975.

Dreifuss, Eric/Lebrecht, André, Kommentierung: Art. 698 - 706b OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, Basel u.a. 1994 (Basler Kommentar).

Druey, Jean Nicolas, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, S. 1 - 33.

- Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: W. Stoffel (Hrsg.), Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, Zürich 1994, S. 45 - 61.
- Schweizerisches Konzernrecht - Traktandum des Gesetzgebers?, in: Walter R. Schluep u.a. (Hrsg.), Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends. Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern u.a. 1993, S. 223 - 252.

- Privatrecht als Kontaktrecht, ein Gedanke zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 40 (1991/92), S. 149 - 166.
- Aufgaben eines Konzernrechts, in: ZSR 99/II (1980), S. 273 - 387.
- Rechtsstellung und Aufgaben des Abschlussprüfers im In- und Ausland, in: Carl Helbling (Hrsg.), Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, Zürich 1980, S. 9 - 21.
- Organ und Organisation. Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, in: SAG 53 (1980), S. 77 - 87.

Druey, Jean Nicolas/Vogel, Alexander, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.

Dubach, Alexander, Subsidiarität und Europäische Union: Inhalt, Erkenntnisse und Thesen, in: SJZ 91 (1995), S. 105 - 111.

Dürr, David, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band I: Einleitung - Personenrecht, 1. Teilband: Einleitung: Art. 1 - 7 ZGB, Kommentar zu Art. 1 ZGB, Zürich 1998.

Dürselen, Karl E., Die Konsolidierung von Kreditinstituts- und Finanzholding-Gruppen im Rahmen des 10a KWG, in: ZBB 4 (1997), S. 345 - 364.

Ebke, Werner F., Umfang der Prüfungspflichten der Revisionsstelle: Revision und Revisionshaftung aus schweizerischer und europäischer Sicht (2. Teil), in: ST 1993, S. 27 - 32.

Egger, August, Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1939.
- Die Aktiengesellschaft nach den rev. schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936, in: SJZ 34 (1937/38), S. 1 - 11; S. 21 - 27; S. 37 - 43.
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Einleitung (Art. 1 - 10) und das Personenrecht (Art. 11 - 89), 2. Aufl., Zürich 1930.
- Das Aktienrecht nach den Beschlüssen der Expertenkommission, in: SJZ 21 (1924/25), S. 345 - 356.

Eggmann, Irene, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, Diss. Zürich 1996.

Ehrsam, Paul, Die Bankenkrise der 30er Jahre in der Schweiz, in: Eidgenössische Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht. Jubiläumsschrift. Zürich 1985, S. 83 - 118.

Eichenberger, Kurt, Verfassungsrechtliche Einleitung: Wesen, Aufgabe und Prinzipien der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel u.a. 1996.
- Zur Problematik der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten, in: ZBl 1990, S. 517 - 539.
- Verwaltungsprivatrecht, in: Jur. Fakultät der Univ. Basel (Hrsg)., Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht. Grenzen und Grenzüberschreitungen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 75 - 92.
- Der geforderte Staat: Zur Problematik der Staatsaufgaben, in: Wilhelm Hennis u.a. (Hrsg.), Regierbarkeit. Studien zu ihrer Problematisierung, Bd. I, Stuttgart 1977, S. 103 - 117.

Eidenmüller, Horst, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Tübigen 1995.

Ekkenga, Jens, Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt: Eine vergleichende Studie zum europäischen, deutschen und britischen Bilanz-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Tübingen 1998.

Emmenegger, Susan/Geiger, Hansueli, Bank-Aktiengesellschaften. Statuten und Reglemente mit Mustern, Zürich 2004.

Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jürgen/Habersack, Mathias, Konzernrecht, 7. Aufl., München 2001.

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. Stuttgart u.a. 1997.

- Begriffseinteilung und Klassifikation in der Jurisprudenz, in: Gotthard Paulus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 125 - 153.
- Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935.

Ennecerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I, Tübingen 1959.

Erdland, Alexander, Eigenkapital und Einlegerschutz bei Kreditinstituten, Berlin 1981.

Esser, Josef, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidspraxis, Frankfurt am Main 1970.

Expertengruppe Zufferey (Expertengruppe Finanzmarktaufsicht), Finanzmarktregulierung und -Aufsicht in der Schweiz (Banken, Versicherungen und Finanzkonglomerate, andere Finanzdienstleistungen), Schlussbericht, November 2000, Bern (EDMZ), 2000.

Expertenkommission „Rechnungslegungsrecht", Revision des Rechnungslegungsrechts. Vorentwürfe und Begleitbericht zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) und zu einer Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA) vom 29. Juni 1998, zuhanden des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes (abrufbar unter <www.bj.admin/ch/d/index/html>).

Expertenkommission Nobel (Expertenkommission Revisionswesen), Bericht zuhanden der Eidgenössischen Bankenkommission, Dezember 2000 (<www.ebk.admin.-ch/d/archiv/2001/neu6-01.pdf>).

Expertenkommission Zimmerli (Expertengruppe Finanzmarktaufsicht), Integrierte Finanzmarktaufsicht. Bundesgesetz über die Finanzmarktaufsicht, FINMAG, Teilbericht vom 7. Juli 2003 (abrufbar unter <www.efd.admin.ch/d/dok/berichte/2003/07/finmag.pdf>).

Felix, Dagmar, Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998.

Fick, Heinrich, Über Begriff und Geschichte der Aktiengesellschaften, in: ZHR 5 (1862), S. 1 - 63.

Fischer, Konrad/Koch, Thomas, Konsolidierungspflicht einer Zwischengesellschaft nach schweizerischem Aktienrecht: Gedanken zum Minderheitenschutz des Art. 663f Abs. 2 OR, in: SZW 71 (1999), S. 138 - 144.

Flach, Robert E., Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, in: ST 66 (1992), S. 535 - 539.

Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. (Neudruck für die Schweiz), Zürich 1939.

Fleiner, Fritz/Giacometti, Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

Fleiner, Thomas, Die Delegation als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Rechtsprechung auf dem Gebiet der Gewaltentrennung, Fribourg 1972.

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Berlin u.a., 1975.

Förschle, Gerhard/Hollard, Bettina/Kroner, Matthias, Internationale Rechnungslegung. US-GAAP, HGB und IAS, Heidelberg 2001.

Forstmoser, Peter, Einführung in das Recht, 4. Aufl., Bern 2003.

- Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: ST 2002, S. 485 - 489.
- Wer „A" sagt, muss auch „B" sagen. Gedanken zur Privatisierungsdebatte, in: SJZ 98 (2002), S. 193 - 202.
- Den Letzten beissen die Hunde. Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Jürg-Beat Ackermann u.a. (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 483 - 515.
- Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, insbesondere Kausalität, Schadenersatzbemessung und Haftung gegenüber Investoren und Kreditgebern, Zürich 1997.
- Die Verantwortlichkeit des Revisors. Neue Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: ST 1997, S. 389 - 396.
- Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates - Möglichkeiten und Grenzen, in: SZW 66 (1994), S. 169 - 177.
- OR 663c – ein wenig transparentes Transparenzgebot, in: Hans Ulrich Walder u.a. (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, S. 69 - 90.
- Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, Zürich 1992.
- Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, in: SZW 64 (1992), 58 - 73.
- Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987.
- Schweizerisches Aktienrecht (unter Mitarbeit von Anton Baur u.a.)., Band I: Grundlagen, Gründung und Änderung des Aktienkapitals, Zürich 1981.

Forstmoser, Peter/Jaag, Tobias, Der Staat als Aktionär. Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000.

Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frick, Willy N., Die Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter und ihre Gründungsvoraussetzungen, Zürich 1954.

Friedrich, Hanspeter, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Berner Kommentar), Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung: Art. 1 - 10 ZGB, Kommentar zu Art. 7 ZGB, Bern 1962.

Gamma, Marco, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Bern 2000.

Gauch, Peter, Zuschlag und Verfügung. Ein Beitrag zum öffentlichen Vergaberecht, in: Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat, Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, Freiburg 2003, S. 595 - 618.

- Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung, in: recht 16 (1998), S. 55 - 66.

Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Rey Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 7. Aufl., Zürich 1998.

Geiger, Hans, Kommentierung von Art. 6 BankG, in: Beat Kleiner u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zur Verordnung (V) vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961, Zürich (Loseblattsammlung, Stand: 2003).

– Kommentierung von Art. 18 - 22 BankG, in: Beat Kleiner u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zur Verordnung (V) vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961, Zürich (Loseblattsammlung, Stand: 2004).

Germann, Oscar A., Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967.

Giacometti, Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts: Allgemeines Verwaltungsrechts des Rechtsstaates, Zürich 1960.

Gierke, Otto Friedrich von, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I, Berlin 1868.

- Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889 (Neudruck: Frankfurt a.M. 1948).

Gilliéron, Pierre-Robert, La protection du faible dans les contrats, in ZSR 98 I (1979), S. 233 - 266.

Glanz, Stephan, Prinzipien der Konzernrechnungslegung, Chur u.a. 1997.

Glanzmann, Lukas, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, in: ZSR 119/II (2000), S. 135 - 193.

- Die Haftung der Revisionsstelle gegenüber Dritten: Besprechung von BGE 4C.13/1997 vom 19.12.1997, in: AJP 7 (1998), S. 1235 - 1240.

Glavas, Kreso, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht, Diss. Fribourg 1984.

Goldschmidt, Levin, Universalgeschichte des Handelsrechts, Bd. I, 3. Aufl., Stuttgart 1891.

Graner, Paul, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, Zürich 1937.

Grauer, Dieter, Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen, Zürich 1980.

Greyerz , Christoph von, Die Aktiengesellschaft, in: Max Gutzwiller u.a. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel u.a. 1982, S. 1 - 314.

- Bilanzgenehmigung, in: Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S. 143 - 160.
- Solidarität der Haftung von Verwaltung und Kontrollstelle im Rechtsvergleich, in: ST 9/1976, S. 14 - 16.

Grimm, Dieter, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung, in: Helmut Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band III/1, München 1982, S. 17 - 22.

- Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: Walter Wilhelm (Hrsg.), Studien zur europäischen Rechtsge-

schichte, Helmut Coing zum 28. Februar 1972 von seinen Schülern und Mitarbeitern, Frankfurt a.M. 1972, S. 224 - 242.

Grisel, André, Traité de droit administratif, Bd. I und II, Neuenburg 1984.

- Droit administratif suisse, Neuenburg, 1975.
- Droit public non écrit - Droits constitutionnels, principes constitutionnels, règles générales, in: Peter Saladin u.a. (Hrsg.), Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für Max Imbonden, Basel 1972, S. 139 - 157.

Groner, Roger/Vogt, Hans-Ueli, Zur Haftung der Revisionsstelle, Bemerkungen zu BGE 4C. 13/1997 vom 19.12.1997 = Pra. 87 (1998) Nr. 122, in: recht 10 (1998), S. 257 - 264.

Gross, Balz, Die Haftpflicht des Staates: Vergleich und Abgrenzung der zivil- und öffentlichrechtlichen Haftpflicht des Staates dargestellt am Beispiel der einfachen Kausalhaftungen des Zivilrechts und der Staatshaftungsgesetze des Bundes und des Kantons Zürich, Zürich 1996.

Gross, Jost, Staatshaftung für unterlassene Finanzaufsicht, in: AJP 11 (2002), S. 747 - 753.

– Schweizerisches Staatshaftungsrecht: Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl., Zürich 2001.

Gross, Kurt Jean, Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrats, Diss. Zürich 1990.

Grossfeld, Bernhard, Bilanzrecht: Jahresabschluss, Konzernabschluss, internationale Standards, 3. Aufl., Heidelberg 1997.

- Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, Heidelberg 1977 (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Bd. 130).

Grundmann, Stefan, Europäisches Kapitalmarktrecht, in: ZSR 115 (1996), S. 103 - 149.

Grünhut, Max, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in: August Hegler u.a. (Hrsg.), Beiträge zur Strafrechtswissenschaft: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, Bd. I, Tübingen 1930, S. 1 - 32.

Guhl, Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, Zürich 2000.

- Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts, in: ZBJV 62 (1926), S. 97 - 122.

Günther, Hans-Ludwig, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Köln 1983.

Gutzwiller, Max, Kommentierung: Verbandspersonen. Grundsätzliches, in: ders. u.a. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht II, Einleitung und Personenrecht, S. 425 - 513, Basel 1967.

Gygi, Fritz, Verwaltungsrecht, eine Einführung, Bern 1986.

Zur bundesstaatlichen Rechtssetzungszuständigkeit im Gebiet des Obligationen- und Handelsrecht, in ZSR 103 I (1984), S. 1 - 23.

- Les objectifs de la loi, in: L'Avant-projet de la loi fédérale sur les banques, colloque international, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Bd. 26, Genf 1983, S. 161 - 172.
- Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zu verwaltungsrechtlichen Grundfragen, in: ZBJV 102 (1966), S. 121 - 146.

Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992.

Handschin, Lukas, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.

Hanenberg, Ludger/Hillen, Karl-Heinz, IAS 39 aus Sicht der Bankenaufsicht, in: ZfgK 2003, S. 574 - 578.

Häfelin, Ulrich, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 241 - 272.

Häfelin, Ulrich/Haller, Walter, Schweizerisches Bundesstaatsrecht: Die neue Bundesverfassung, 5. Aufl., Zürich 2001.

Häfelin, Ulrich/Müller, Georg, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Zürich 2002.

Hagemann, Hans-Rudolf, Wirtschaftsordnung und Privatrecht im Spiegel spätmittelalterlicher Basler Quellen, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht. Grenzen und Grenzüberschreitungen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, S. 139 - 155.

Häner, Isabelle, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, in: AJP 11 (2002), S. 1144 - 1153.

Hangartner, Yvo, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, in: AJP 9 (2000), S. 515 - 520.

- Besprechung von BGE 112 I 123, in: AJP 6 (1997), S. 1415 - 1418.

Hart, Dieter (Hrsg.), Privatrecht im Risikostaat, Baden-Baden 1997.

Hartmann, Manfred, Stille Reserven im Jahresabschluss von Kreditinstituten, in: Der Betriebs-Berater 1989, S. 1936 - 1944.

Hauri, Kurt, Die Swisslex-Revision des Bankengesetzes, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 2 (1993), Bern 1994, S. 12 - 30.

- Ausblick auf das neue Bankengesetz, in: Eidgenössische Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht. Jubiläumsschrift. Zürich 1985, S. 177 - 190.

Hausheer, Heinz, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel (dargestellt an den Beispielen des GAV und des RMV), in: ZSR 95/II (1976), S. 225 - 364.

Heckmann, Dirk, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, Tübingen 1997.

Hedemann, Justus Wilhelm, Der Kontrahierungszwang. Erinnerung und Ausblick, in: Rolf Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, München/Berlin 1955, S. 251 - 260.

Helbling, Carl, Bilanz- und Erfolgsanalyse: Lehrbuch und Nachschlagewerk für die Praxis mit besonderer Berücksichtigung der Darstellung im Jahresabschluss- und Revisionsbericht, 9. Aufl., Bern 1994.

Henggeler, Josef/Henggeler, Emma, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937.

Hertig, Gérard, La diligence des banques: Les règles de conduite vis-à-vis des clients, Aspects de droit public, in: ZSR 113/II (1994), S. 251 - 358.

- Considérations supplémentaires à propos de la décision CS, in: SZW 63 (1991), S.155 - 159.

Hinze, Christian, Von FER zu IAS/IFRS, in: ST 2003, S. 253 - 255.

Hippel, Fritz von, Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, in: ders. (Hrsg.), Ideologie und Wahrheit in der Jurisprudenz. Studien zur Rechtsmethode und Rechtserkenntnis, Frankfurt a.M. 1973, S. 83 - 133.

Hirsch, Alain, La responsabilité des organes en cas d'insolvabilité de la SA: dommage direct et dommage indirect des créanciers, in: SZW 72 (2000), S. 94 - 100.

- La responsabilité des réviseurs envers les investisseurs: arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 1997, in: SZW 71 (1999), S. 48 - 53.
- L'organe de révision dans le nouveau droit des sociétés anonymes, in: Société de Contrôle Fiduciaire S.A. u.a. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Louis Lombard, Genf 1992, S. 21 - 33.
- La surveillance des groupes bancaires, in: Das St. Galler Konzernrechtsgespräch 1988, S. 209 - 224.
- Un droit du marché financier suisse, in: Bernard Corboz (Hrsg.), Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, S. 85 - 88.
- Les objectifs de la loi sur les banques, in: Eidgenössische Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht. Jubiläumsschrift. Zürich 1985, S. 269 - 278.
- La responsabilité des contrôleurs envers les créanciers sociaux, in: ST 9/1976, S. 10 - 16.

Hirsch, Joachim, Der Sicherheitsstaat: Das „Modell Deutschland", seine Krise und die neuen sozialen Bewegungen, Frankfurt a.M. 1986.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen - Systematisierung und Entwicklungslinien, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996 , S. 261 - 336.

– Ökologisch orientiertes Verwaltungsverfahrensrecht - Vorklärungen, in: AöR 119 (1994), S. 590 - 626.
– Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, S. 9 - 66.

Homburger, Eric, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband 5b: Der Verwaltungsrat: Art. 707 - 726 OR, 2. Aufl., Zürich 1997.

Hommelhoff, Peter, Europäisches Bilanzrecht im Aufbruch, in: RabelsZ 62 (1998), S. 381 - 404.

- Die Konzernleitungspflicht: Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln 1982.

Honsell, Heinrich, Kommentierung: Art. 1 - 4 ZGB, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 456 ZGB, 2. Aufl., Basel u.a. 2002.

Hopt, Klaus, Schweizerisches Kapitalmarktrecht - Begriff, Aufgaben und aktuelle Probleme, in: WuR 38 (1986), S. 101 - 129.

- Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht? Teil 1: Der international erreichte Stand des Kapitalmarktrechts, in: ZHR 140 (1976), S. 201 - 235. Teil 2: Die deutsche Entwicklung im internationalen Vergleich, in: ZHR 141 (1977), S. 389 - 441.

- Inwieweit empfiehlt sich eine allgemeine gesetzliche Regelung des Anlegerschutzes? Gutachten G zum 51. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), Inwieweit empfiehlt sich eine allgemeine gesetzliche Regelung des Anlegerschutzes? Verhandlungen des 51. deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil G, München 1976.
- Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, München 1975.

Hotz, Reinhold, Methodische Rechtsetzung: Eine Aufgabe der Verwaltung, Zürich 1983.

Hotz, Werner Friedrich, zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen: unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich 1977.

Huber, Hans, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Berner Kommentar), Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung: Art. 1 - 10 ZGB, Kommentar zu Art. 6 ZGB, Bern 1962.

Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht: Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrecht, Tübingen 1932.

Huber, Eugen, „Referat des Herrn Professor Dr. Eugen Huber, Bern, über die Revision des Obligationenrechts", Zürich 1921.
- System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Band IV, Basel 1893.

Huber-Wälchli, Veronika, Umweltmanagement-System, Öko-Audit und Legal Compliance: Wie kann die Verwaltung darauf reagieren?, in: URP 1997, S. 431 - 456.

Huguenin, Claire, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994.
- Ein Beitrag zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Privatrecht, in: M. Haller u.a. (Hrsg.), Ergänzungen, Zürich 1990, S. 523 - 526.

Hunecke, Jörg, Interne Beratung durch Interne Revision, in: ST 2002, S. 155 - 160.

Hunziker, Arthur, Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, Zürich 1984, S. 89 - 109.

Hüpkes, Eva, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht - die Bankenkommission als Konkursbehörde, in: IWIR 2002, S. 125 - 137 (Teil I) und IWIR 2003, S. 1 - 8 (Teil II).
- The Legal Aspects of Bank Insolvency. A Comparative Analysis of Western Europe, the United States and Canada, The Hague, 2000.

Huwiler, Bruno, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB), in: Bruno Schmidlin (Hrsg.), Vers un droit privé européen commun? Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, ZSR-Beiheft Nr. 16 (1994), S. 57 - 93.

Ilg, Peter/Hasler, Simon, Die aktuelle Verbreitung von IAS an den grössten Börsen Europas, in: ST 2002, S. 339 - 342.

Imboden, Max, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, in: ZSR 77 II (1958), S. 1a - 214a; gleichzeitig in Buchform, Basel 1958.

Imboden, Max/Rhinow, René/Krähenmann, Beat, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, *Imboden/Rhinow*: Band I und II, 5. Aufl., Basel/Stuttgart 1976; *Rhinow/Krähenmann*, Ergänzungsband, 5. und (unveränderte 6.) Aufl., Basel u.a. 1990.

International Monetary Fund, Financial Stability Assessment, Switzerland (abrufbar unter <www.efd.admin.ch/d/dok/berichte/2002/06/iwf_stabilitaetsbericht.-pdf >).

Isensee, Josef, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, Josef Isensee-/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, 2. Aufl., Heidelberg 1996, S. 3 - 82.

Jaag, Tobias (Hrsg.), Der Staat als Aktionär, in: Hans Caspar von der Crone u.a. (Hrsg.), Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 379 - 399.

- Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: ders. (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Referate einer Tagung vom 29. September 1999, Zürich 2000.
- Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: Michael Bothe u.a. (Hrsg.), Erziehungsauftrag und Erziehungsmassstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVStL 54 (1995), Berlin 1995, S. 287 - 301.

Jhering, Rudolph von, Der Zweck im Recht (1877), 4. Aufl., Bd. I und II, Göttingen 1904.

Jörgens, Stefan, Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen, Baden-Baden, 2002.

Junod, Charles-André, La garantie d'une activité irréprochable - De la surveillance à la tutelle des banques?, in: Rudolf v. Graffenried (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, S. 91 - 131.

- Problèmes actuels de la Constitution économique suisse (Referate und Mitteilungen des schweizerischen Juristenvereins, Jahrgang 104, Heft 4), Basel 1970, S. 591 - 820.

Juri, René, Der Entzug der Bewilligung zur Ausübung der Banktätigkeit, Diss. Zürich 1983.

Käfer, Karl, Kapitalflussrechnungen: statement of changes in financial position, Liquiditätsnachweis, Bewegungsbilanz als dritte Jahresrechnung der Unternehmung, 2. Aufl. (mit ergänzender Einführung von Paul Weilenmann), Zürich 1984.

Kämmerer, Jörn Axel, Privatisierung. Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, Tübingen 2001.

Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, Königsberg 1798, Wilhelm Weischedel (Hrsg.), Werkausgabe VIII, 9. Aufl., Baden-Baden 1991.

Karpen, Hans-Ulrich, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, Berlin 1970.

Kaser, Max, Römisches Privatrecht: Ein Studienbuch, 16. Aufl. München 1992.

- Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre, in: Okko Behrens u.a. (Hrsg.), Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Göttingen 1978, S. 90 - 114.

Kaufmann, Arthur, Diskurse über Staatsaufgaben, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1996, S. 15 - 40.

Kelsen, Hans, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979.

- Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien 1960.

Kiel, Peter, Internationales Kapitalanlegerschutzrecht, Berlin/New York 1994.

Killias, Martin, Précis de droit pénal général, 2. Aufl., Bern 2001.

Kirchner, Christian, Regulierung durch öffentliches Recht und/oder Privatrecht aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem-/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 41 - 61.

Kleiner, Beat, Bankengesetz und neues Aktienrecht, in: SZW 64 (1992), S. 256 - 258.
- Die Organisation der grossen Aktiengesellschaften unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit, in: SAG 50 (1978), S. 3 - 10.
- Die Gesetzgebung über das Bankwesen in Bund und Kantonen, Zürich 1972.
- Kommentierung: Art. 3, Art. 23bis, 23ter, 38 - 45 BankG, in: Beat Kleiner u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zur Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961, Zürich, Loseblattsammlung (Stand: 1976; 1993 - 1999).

Kleiner, Beat/Lutz, Benno, Das Eigenkapital im Bankkonzern: Kritisches zum SKA-Entscheid, in: SZW 63 (1991), S. 141 - 154.

Kleiner, Beat/Schwob, Renate, Kommentierung: Vorbemerkungen zum 14. Abschnitt, in: Beat Kleiner u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zur Verordnung (V) vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961, Zürich (Loseblattsammlung, Stand: 2001).

Kleiner, Beat/Schwob, Renate/Zobl, Dieter, Kommentierung: Vorbemerkungen zum Kommentar (Verhältnis des Bankengesetzs zu anderen Gesetzen), Art. 38 - 51bis BankG, in: Beat Kleiner u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zur Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961, Zürich (Loseblattsammlung, Stand: 1993 - 2001).

Kley, Andreas, Kommentierung: Art. 1 - 61 SchlT ZGB, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB II, Art. 457 - 977 ZGB, Art. 1 - 61 SchlT ZGB (Basler Kommentar), Basel u.a. 1998.

Kloepfer, Michael, Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts - aus öffentlich-rechtlicher Sicht, in: Natur und Recht 1993, S. 337 - 349.

Knapp, Blaise, Quelles limites constitutionelles aux privatisations?, in: SZW Sondernummer 1999, S. 1 - 9.
- Principes, méthodes et concepts de droit privé à l'assaut de l'Etat, in: Alexander Ruch u.a. (Hrsg.), Das Recht in Raum und Zeit: Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 269 - 287.
- L'exécution de tâches publiques fédérales par des tiers, in: Heinrich Koller (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (Loseblatt, Organisationsrecht, Nr. 3), Basel u.a. 1996.
- La Constitution et les formes d'organisation des PTT, in: ZBl 1994, S. 489 - 516.
- L'Etat agissant en droit privé, in: Société Suisse des juristes pour son congrès 1991 (Hrsg.) Présence et actualité de la constiution de l'ordre juridique, Basel u.a., 1991, S. 169 - 204.
- Précis de droit administratif, 4. Aufl., Basel 1991.

- La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général, In: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 363 - 399.

Kobelt, Ulrich, Zur Revision des Bankengesetzes. Neuordnung von Sanierung und Liquidation – Verbesserter Einlegerschutz, in: ST 2003, S. 819 - 820.

Kohl, Helmut/Kübler, Friedrich/Walz, Rainer/Wüstrich, Wolfgang, Abschreibungsgesellschaften, Kapitalmarkteffizienz und Publizitätszwang. Plädoyer für ein Vermögensanlagegesetz, in: ZHR 138 (1974), S. 1 - 49.

Koller, Heinrich, Die Selbstregulierung im neuen Rechnungslegungs- und Revisionsrecht, in: ST 1999, S. 427 - 434.

- Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen u.a. 1998, S. 675 - 696.

Koller, Heinrich/Kläy, Hanspeter, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht, in: Roland v. Bühren (Hrsg.), Aktienrecht 1992 - 1997. Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 193 - 207.

Koller, Thomas, Die neue Begünstigtenordnung bei Freizügigkeitspolicen und Freizügigkeitskonti - ein verkannter Handlungsbedarf in einem Milliardengeschäft?, in: AJP 4 (1995), S. 740 - 744.

- Zum Begriff der „Familie" im Sozialversicherungsrecht - oder „Das Hohelied der Begriffsharmonie", Besprechung des Urteils des EVG vom 15.2.1995, Allianz Continentale, Allgemeine Versicherungs AG, Zürich c. S. und Versicherungsgericht des Kantons Aargau, Verwaltungsgerichtsbeschwerde, in: AJP 4 (1995), S. 1080 - 1082.
- Altersehe und AHV-Renten: Eine Inkohärenz zwischen dem Eherecht und dem Sozialversicherungsrecht, Besprechung des Urteils des EVG vom 26.1.1994, B. gegen AHV-Ausgleichskasse des Kantons Waadt und Versicherungsgericht des Kantons Waadt, in: AJP 3 (1994), S. 1193 - 1197.
- Privatrecht und Steuerrecht. Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Bern 1993.

Koller, Thomas/Kissling, Christa, Das EVG und die Reflexwirkungen des neuen Eherechts auf das Sozialversicherungsrecht, Besprechung von BGE 119 V 425, in: AJP 3 (1994), S. 1600 - 1605.

Koppensteiner, Hans-Georg, Bankenaufsicht und Bankengruppen, Heidelberg 1991.

Kölz, Alfred, Intertemporales Verwaltungsrecht, in: ZSR 102 II (1983), S. 105 - 249.

Kramer, Ernst, Juristische Methodenlehre, Bern/München 1998.

- Teleologische Reduktion - Plädoyer für einen Akt methodentechnischer Rezeption, in: Peter Forstmoser u.a. (Hrsg.), Rechtsanwendung in Theorie und Praxis. Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, ZSR-Beiheft Nr. 15, Basel 1993, S. 65 - 77.
- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband: Inhalt des Vertrages, Unterteilband 1a: Kommentar zu Art. 19 - 22 OR, 3. Aufl., Bern 1991.
- Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht, in: AcP 171 (1991), S. 422 - 439.

Krawietz, Werner, Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft, in: Recht und Politik 6 (1970), S. 150 - 158.

- Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 23 (1972), S. 47 - 80.

Kübler, Friedrich, Effizienz als Rechtsprinzip, in: Jürgen Baur u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin. u.a. 1990, S. 687 - 704.

- Transparenz am Kapitalmarkt. Wirtschaftspolitische Grundfragen aktueller Regelungsprobleme, in: AG 1977, S. 85 - 92.

Kuhn, H., Die Aktiengesellschaft im Entwurf des revidierten Obligationenrechts, in: ZBJV 69 (1933), S. 49 - 74.

Küng, Manfred, Kommentierung: Art. 732 - 735 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, Basel u.a. 1994 (Basler Kommentar).

Kunz, Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht. Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001.

- Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Darstellung der Rechtslage unter bisherigem und revidiertem Aktienrecht, Diss. Bern 1993.

Kupitz, Rolf, Die Kreditwirtschaft als wettbewerbspolitischer Ausnahmebereich. Ein Beitrag zur ökonomischen Begründung der Regelungen des Gesetzes über das Kreditwesen und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt a.M. 1983.

Kütting, Karlheinz, Europäisches Bilanzrecht und Internationalisierung der Rechnungslegung, in: Der Betriebsberater 1993, S. 30 - 38.

Lambert, Claude André, Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrats der Aktiengesellschaft, Bern 1992.

Landmann, Julius, Entwurf eines BG betr. Betrieb und Beaufsichtigung von Bankunternehmungen (nebst Motivenbericht), Bern 1916.

Langhart, Albrecht, Rahmengesetz und Selbstregulierung. Kritische Betrachtungen zur vorgeschlagenen Struktur eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel unter Berücksichtigung des amerikanischen und englischen Börsenrechts, Zürich 1993.

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995.

Le Roy, Yves/Schoenenberger, Marie-Bernadette, Introduction générale au droit suisse, Zürich 2003.

Lehmann, Karl, Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. I, Berlin 1898 (Nachdruck Aalen 1964).

- Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce, Berlin 1895.

Lendi, Martin, Die Wiederentdeckung der Einheit der Rechtsordnung, in: Walter Habscheid u.a. (Hrsg.), Freiheit und Zwang. Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte. Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Bern 1989, S. 407 - 427.

Lerche, Peter, Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit, 2. Aufl., Goldbach 1999.

Lieber, Viktor, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band I: Einleitung - Personenrecht, 1. Teilband: Einleitung: Art. 1 - 7 ZGB, Kommentar zu Art. 7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998.

Lienhard, Andreas, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, in: AJP 11 (2002), S. 1163 - 1174.

- Deregulierung - Leitmotiv im Wirtschaftsverwaltungsrecht? Mit aktuellen Tendenzen und Potentialen im Bund und im Kanton Bern, Bern 1995.

Luhmann, Niklas, Soziologie des Risikos, Berlin/New York 1991.

- Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart u.a. 1974.
- Rechtssoziologie, Reinbek bei Hamburg 1972.

Luterbacher, Thierry, Ein wegweisendes Bundesgerichts-Urteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Lichte des nicht publizierten BGE vom 16. November 1999 (4C. 117/1999), in: ST 74 (2000), S. 1267 - 1274.

Lutter, Marcus, Zur Binnenstruktur des Konzerns: Wolfgang Hefermehl u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, S. 347 - 368.

- Die Rechte der Gesellschafter beim Abschluss fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen, Düsseldorf 1974 (= DB 1973, Beilage Nr. 21).

Lutz, Benno, Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, in: Carl Helbling u.a. (Hrsg.), Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers (Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer Bd. 45), Zürich 1980, S. 119 - 136.

- Kommentierung von Art. 4 - 5, Art. 6 - 14, Art. 18 - 22, Art. 25 - 28 BankG, in: Beat Kleiner u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zur Verordnung (V) vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961, Zürich, Loseblattsammlung (Stand: 1976; 1997 - 2003).

Lutz, Benno/Balsiger, Rudolf, Kommentierung von Art. 29 - 35 BankG., in: Beat Kleiner u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zur Verordnung (V) vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961, Zürich, Loseblattsammlung (Stand: 1997 - 2001).

Maaßen, Wolfgang, Privatrechtsbegriffe in den Tatbeständen des Steuerrechts. Zur Grundlegung einer steuerrechtlichen Hermeneutik, Berlin 1977.

Mader, Luzius, L'évaluation législative: pour une analyse empirique des effets de la législation, Lausanne 1985.

Manßen, Gerrit, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt: Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen, Tübingen 1994.

Marolda, Larissa/von der Crone, Hans Caspar, Prospekthaftung bei Anleihensobligationen und die Stellung der federführenden Bank, in: SZW 75 (2003), S. 158 - 165.

Marti, Arnold, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtssetzung - Ende des staatlichen Rechtssetzungsmonopols?, in: AJP 11 (2002), S. 1154 - 1162.

- Perspektiven für das Zusammenspiel von Privatrecht und öffentlichem Recht in der Schweiz des 21. Jahrhunderts (Art. 5 und 6 ZGB), in: Peter Gauch (Hrsg.), Die

Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Symposium zum schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001.

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band I: Einleitung - Personenrecht, 1. Teilband: Einleitung: Art. 1 - 7 ZGB, Kommentar zu den Art. 5 - 6 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998.

Marti, Hans, Die Wirtschaftsfreiheit in der Schweizerischen Bundesverfassung, Basel, u.a. 1976.

Marti, Romain, Die Abgrenzung zwischen den Organen für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits nach dem Bankengesetz (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG und Art. 8 BankV), Grundsatzexposé zuhanden der EBK, Bern 1980 (nicht publiziert).

Marty, Gabriel/Raynaud, Pierre, Droit Civil I, Introduction générale a l'étude du droit, 2.Aufl., Paris 1972.

Mastronardi, Philippe, Staatsrecht und Verwaltungsorganisation. Reflexionen am Beispiel des New Public Management, in: AJP 4 (1995), S. 1541 - 1553.

Mathieu, Erich, Ex-ante Revision verlangt interdisziplinäres Teamwork, in: Schweizer Bank 1995/10, S. 69 - 71.

- Interne Revision - heute und morgen: Rascher Wandel Richtung zukunftsorientierter Revision, in ST 1994, S. 1007 - 1014.

Matthys, Beat/Roberto, Vito, Bemerkungen zu BGer, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2.2.2000, Credit Suisse Group, Credit Suisse First Boston c. Eidgenössische Bankenkommission (2A 230/1999), in: AJP 9 (2000), S. 749 - 752.

Maurenbrecher, Benedikt, Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, in: AJP 7 (1998), S. 1327 - 1346.

May, Pierre von, Die Gründung der Aktiengesellschaft in ihrer gesellschaftlichen Entwicklung in der Schweiz, insbesondere in den Kantonen Bern und Zürich, Bern 1945.

Mayer, Helmut W., Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, Düsseldorf 1981.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl., München 1924; Band II, 2. Aufl., München 1917.

Mayer-Maly, Theo, Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin u.a. 1993.

Meier-Hayoz, Arthur, Schlusswort, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsanwendung in Theorie und Praxis. Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, ZSR-Beiheft Nr. 15, Basel 1993, S. 89 - 94.

- Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Berner Kommentar), Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung: Art. 1 - 10 ZGB, Kommentar zu Art. 1 ZGB, Bern 1962.

Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Bern 2003.

Meier-Schatz, Christian, Einführung in das neue Fusionsgesetz, in: AJP 11 (2002), S. 514 - 529.

- Das neue Fusionsgesetz. Entstehungsgeschichte, Inhalt und Analyse des bundesrätlichen Entwurfs zu einem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz), Zürich 2000.
- Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität: Zur wirtschaftsrechtlichen Regulierung von Unternehmen mittels Publizitätsnormen, dargestellt anhand veröffentlichungspflichtiger finanzieller und gesellschaftsbezogener Rechnungslegungen, Zürich 1989.

- Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, in: ZSR 101/I (1982), S. 267 - 312.

Meier-Wehrli, Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. Bankengesetz, Zürich 1968.

Mengiardi, Peider, Leitidee und Grundkonzeption des RRG, in: ST 1999, S. 9 - 14.

Merkl, Adolf, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Leipzig 1923.

Merkt, Hanno, Unternehmenspublizität: Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, Tübingen 2001.

Merz, Hans, Kommentierung: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, in: Christoph v. Greyerz u.a. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht VI/1, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Basel 1984.

- Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Bd. 95), Karlsruhe 1970.

Mestmäcker, Ernst Joachim, Recht und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie, 2. Aufl., Baden-Baden 1984.

Metzger, Peter, Der Persönlichkeitsschutz als Problem der Einheit der Rechtsordnung, Diss. Zürich 1993.

Meyer, Johann Conrad, Konzernrechnung: Theorie und Praxis des konsolidierten Abschlusses, 3. Aufl., Zürich 2000.

Meyer-Cording, Ulrich, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft, Tübingen 1973.

Meylan, Jacques, L'accomplissement par des organismes de droit privé de tâches d'intérêt général et la sauvegarde de l'intérêt général, in: Mélanges Henri Zwahlen: recueil de travaux publiés à la mémoire du juge fédéral et professeur Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 419 - 456.

Milde, Thomas, Der Gleichordnungskonzern im Gesellschaftsrecht, Berlin 1996.

Montavon, Pascal, Droit suisse de la SA, Bd. I-III, Lausanne 1997, Bd. IV, Lausanne 1999.

Moor, Pierre, L'opposition entre droit public et droit privé: un état de la question, in: Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat, Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, Freiburg 2003, S. 639 - 658.

- Droit administratif. Volume I: Les fondements généraux, Berne 1988. Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, 2. ed., Berne 2002. Volume III: L'organisation des activités administratives, les biens de l'Etat, Berne 1992.

Morlok, Martin, Vom Reiz und Nutzen, von den Schwierigkeiten und Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: Christoph Engel/Martin Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie, Tübingen 1998, S. 1 - 29.

Möschel, Wernhard, Eine Systematik von Bankregulierungszielen, in: Marcus Lutter u.a. (Hrsg.), Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, Berlin/New York 1985, S. 1065 - 1085.

- Das Wirtschaftsrecht der Banken. Die währungs-, bankaufsichts-, kartell- und EWG-rechtliche Sonderstellung der Kreditinstitute, 1972.

Moser, Martin, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten: Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Diss. Bern 1998.

Möstl, Markus, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten: Die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen, in: DÖV 1998, S. 1029 - 1039.

Müller, Andreas, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, in: AJP 7 (1998) S. 65 - 83.

Müller, Andreas/Jenni, Vittorio, Rahmenbedingungen bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben - eine aktuelle Übersicht, AJP 8 (1999), S. 1071 - 1082.

Müller, Bernhard, Die Praxis der Eidgenössischen Bankenkommission, in: Eidgenössische Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht. Jubiläumsschrift. Zürich 1985, S. 281 - 379.

- Die Haftung der Eidgenossenschaft, in: ZBJV 105 (1969), S. 360 - 367.

Müller, Christoph, Die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb einer nach schweizerischem Recht organisierten Bank, Bern 1978.

Müller, Friedrich, Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979.

Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, Juristische Methodik, 8. Aufl., Berlin 2002.

Müller, Georg, Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zürich 1999.

Müller, Jörg Paul, Kommentierung: Einleitung zu den Grundrechten, in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel u.a., Loseblatt (Stand 1995).

- Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie (unter Mitarbeit von W. Kälin und S. Müller), Bern 1982.

Müller, Walter, Das Bilanzrecht der schweizerischen Banken, Diss. Zürich 1938.

Müller-Erzbach, Rudolf, Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes. Zur Beleuchtung der Begriffsjurisprudenz, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 61 (1913), S. 343 - 384.

Muller, Pierre, Le principe de la proportionnalité, in: ZSR 97/II (1978), S. 199 - 274.

Münchner Juristische Gesellschaft e.V. (Hrsg.), Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung, München 1996.

Mustaki, Guy, Corporate Governance et responsabilité du Conseil d'administration, in: SZW 76 (2004), S. 64 - 71.

Nawiasky, Hans, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln u.a. 1948.

Neuhaus, Markus, Beurteilung des RRG aus steuerrechtlicher Sicht, in: ST 1999, S. 481 - 490.

Neuhaus, Markus/Ilg, Peter, Kommentierung: Art. 660 - 663h OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, 2. Aufl., Basel u.a. 2002.

Neuhaus, Markus/Schönbächler, Bruno, Kommentierung: Art. 664 - 674 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, 2. Aufl., Basel u.a. 2002.

Niehus, Rudolf/Scholz, Willy, Kommentierung von § 290 - 315 HGB, in: Volker Emmerich (Hrsg.), Heymann Handelsgesetzbuch, Bd. 3, Berlin 1989.

Niessen, Hermann, Grundsatzfragen der 7. Richtlinie über den konsolidierten Abschluss, in: WPg 1983, S. 653 - 658.

Nipperdey, Hans Carl, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, in: NJW 10 (1957), S. 1777 - 1782.

Nobel, Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Einführung und Überblick, 2. Aufl., Bern 2004.

- Konzernrecht und Kapitalmarktrecht in der Schweiz, in: Peter Hommelhoff u.a. (Hrsg.), Konzernrecht für Europa: zu den Vorschlägen und Thesen des Forum Europaeum, München 2001, S. 227 - 241.
- Bank- und Finanzkonglomerate - eine konzernbezogene aufsichtsrechtliche Auslegeordnung, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht. St. Galler Studien zum Privat- , Handels- und Wirtschaftsrecht (Band 59), Bern u.a. 2000, S. 145 - 184.
- Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 135 - 164.
- Privatisierung – Organisatorische Belange und Kapitalmarktaspekte, in: SZW 1999 (Sondernummer), S. 10 - 23.
- Selbstregulierung, in: Claude-Alain Margelisch u.a. (Hrsg.), Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht. Festgabe für Jean-Paul Chappuis, Zürich 1998, S. 119 - 134.
- Börsengesellschaftsrecht, in: Roland v. Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992 - 1997. Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 301 - 310.
- Konsolidierung und Überwachung auf konsolidierter Basis, in: ders. (Hrsg.), Aktuelle Rechsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz Bd. 6 (1997), Bern 1998, S. 141 - 149.
- Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 1996 - Praxisänderung zur Solidarität bei der Verantwortlichkeit unter dem alten Aktienrecht (Art. 755, 759 aOR), in: SZW 68 (1996), S. 234 - 235.
- Vom Umgang mit eigenen Aktien, Zürich 1994.
- Bemerkungen zu BGE 117 II 315, in: SZW 65 (1993), S. 182 - 184.
- Aktienrechtsreform und Banken, in: Bruno Gehrig u.a. (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 169 - 181.
- Aktienrechtliche Entscheide, 2. Aufl., Bern 1991.
- Bemerkungen zum Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht im Bankbereich, in: François Dessemontet u.a. (Hrsg.), Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, S. 235 - 257.
- Praxis zum öffentlichen und privaten Bankrecht der Schweiz, Bern 1979. (Ergänzungsband, Bern 1984).
- Entscheide zu den Einleitungsartikeln: Einführung zu Art. 1 - 10 ZGB anhand der neuen Zivilrechtspraxis, Bern 1977.

Nolte, Ernst, Grundzüge der Bankenrichtlinie - Die EG-Rechnungslegungsvorschriften für Kreditinstitute und Finanzinstitute, WPg 1987, S. 561 - 572.

Norton, Joseph J., Devising International Bank Supervisory Standards, Dordrecht u.a., 1995.

Oftinger, Karl/Stark, Emil, Schweizerisches Haftpflichtrecht. Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995. Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Aufl., Zürich 1987.

Ogorek, Regina, Das „Öffentliche" und das „Private", in: Hans Caspar von der Crone u.a. (Hrsg.), Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 15 - 31.

Ott, Edward E., Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979.

Palazzesi, Mauro, Zum Outsourcing der Internen Revision bei Banken, in: ST 1998, S. 633 - 638.

Palazzesi, Mauro/Pfyffer, Hans-Ulrich, Ein neues Verständnis von Interner Revision, in: ST 2003, S. 137 - 148.

Pellens, Bernhard, Internationale Rechnungslegung, 4. Aufl., Stuttgart 2001.

Perrin, Jean-François, Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit: exemples dans les domaines des conventions-cadres e baux à loyer et des accords entre la Banque nationale et les banques suisses, Basel 1976.

Peter, Walter, Kapitalherabsetzung nach Bankenrecht, Diss. Zürich 1949.

Petitpierre-Sauvin, Anne, L'acquisition indirecte par la société de ses propres actions, in: SZW 64 (1992), S. 220 - 223.

- Droit des sociétés et groupes de sociétés. Responsabilité de l'actionnaire dominant, Retrait des actionnaires minoritaires, Genf 1972.

Petraschek, Karl Otto, System der Rechtsphilosophie, Freiburg i. Br. 1932.

Piaget, Robert, Droit public et droit privé: Quelques aspects de leur confrontation en droit suisse, in: Revue de droit administratif et de droit fiscal 4 (1948), S. 1 - 19.

Planta, Andreas von/Lenz, Christian, Kommentierung: Art. 659 - 659b, 807 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, 2. Aufl., Basel u.a. 2002.

Podlech, Adalbert, Rechtstheoretische Bedingungen einer Methodenlehre juristischer Dogmatik, in: Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2 , Düsseldorf 1972, S. 491 - 502.

Poltier, Etienne, Les entreprises d'économie mixte. Etude de droit suisse et de droit comparé, Diss. Lausanne 1983.

Portmann, Pascal, Aktienrecht und Bankrechnungslegung, in: ST 1994, S. 947 - 955.

Posner, Richard A., Economic analysis of law, 2. Aufl., Boston u.a. 1977.

Quervain, Bernhard de, Umweltmanagement: Welche Erwartungen hat die Wirtschaft?, in: URP 1997, S. 457 - 470.

Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932.

Raida, Helmut, Stille Reserven - notwendiger Schutz oder liebgewordenes Überbleibsel?, in: ZfgK 13 II (1970), S. 869 - 872.

Raiser, Ludwig, Die Zukunft des Privatrechts (Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft Berlin, Heft 43), Berlin 1971.
- Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Sonderdruck aus: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags (Essen 1966), Band 2, Sitzungsberichte, Teil B, München 1967.
- Vertragsfreiheit heute, in: JZ 13 (1958), S. 1 - 8.

Raiser, Thomas, Konzernverflechtungen unter Einschluss öffentlicher Unternehmen, in: ZGR 25 (1996), S. 458 - 480.

Rappo, Aurélia Joye, La surveillance consolidée des banques. Les flux d'informations au sein des groupes bancaires et les enjeux pour le secret bancaire, in: ST 2004, S. 208 - 212.

Raselli, Niccolò, Berührungspunkte des privaten und öffentlichen Immissionsschutzes, URP 1997, S. 271 - 291.

Reiff, Jacob Walter, Die aktienrechtliche Bedeutung der staatlichen Aufsicht über die Banken, Diss. Zürich 1957.

Reimann, Robert, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 3. Aufl., Zürich 1963.

Rhinow, René, Die Bundesverfassung 2000 – Eine Einführung, Basel 2000.
- Die Zukunft Europas im Spannungsfeld von Integration und Föderalismus, in: Walter R. Schluep (Hrsg.), Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends. Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern u.a. 1993, S. 769 - 783.

Rhinow, René/Bayerdörfer, Manfred, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht - Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommission im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Basel 1990.

Rhinow, René/Schmid, Gerhard/Biaggini, Giovanni, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998.

Richli, Paul, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, in: ZSR 117 II (1998), S. 139 - 316.
- Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, in: ZBl 92 (1991), Zürich, S. 381 - 406.

Richli, Paul/Müller, Georg/Jaag, Tobias, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 3. Aufl., Basel u.a. 2001.

Riemer, Hans Michael, Persönlichkeitsrechte und Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ff. ZGB im Verhältnis zum Datenschutz-, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, in: sic! 1999, S. 103 - 110.
- „Wirtschaftliche Betrachtungsweise" bei der Auslegung im Privatrecht?, in: Hans Ulrich Walder u.a. (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 129 - 137.
- Berührungspunkte zwischen Sozialversicherung und Privatrecht, insbesondere die Bedeutung des Sozialversicherungsrechts durch das Eidg. Versicherungsgericht, in: Eidg. Versicherungsgericht (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht im Wandel. Festschrift 75 Jahre Eidg. Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 147 - 162.
- Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1 - 10 ZGB). Eine Einführung, Bern 1987.

Riklin, Franz, Schweizerisches Strafrecht: Allgemeiner Teil I: Verbrechenslehre, 2. Aufl., Zürich 2002.

Rimle, Alois, Recht des schweizerischen Finanzmarkts. Ein Grundriss für die Praxis, Zürich 2004.

Ripert, Georges, Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine, Paris 1949 (Neudruck 1998).

Ritter, Ernst-Hasso, Der kooperative Staat: Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft, in: AöR 104 (1979), S. 389 - 413.

Rittner, Fritz, Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG 1965, in: Kurt Ballerstedt/Wolfgang Hefermehl (Hrsg.), Festschrift für Ernst Gessler zum 65. Geburtstag am 5. März 1970, München 1971, S. 139 - 158.

Rohardt, Michael, Publizität von „zusätzlichen Angaben" im Jahresabschluss von Kreditinstituten vor dem Hintergrund einer Internationalisierung der Rechnungslegung, in: WPg 1996, S. 213 - 223.

Röhl, Klaus F., Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Köln u.a. 2001.

Rossy, Paul/Reinmann, Robert, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, vom 8. November 1934, mit Vollziehungsverordnung vom 26. Februar 1935 und Verordnung des Bundesgerichts betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935, Zürich 1936.

Roth Pellanda, Katja/von der Crone, Hans Caspar, Haftung der Revisionsstelle. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.200/2002 vom 13. November 2002 (BGE 129 III 129 ff.), in: SZW 75 (2003), S. 284 - 291.

Roth, Urs, Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Gérard Hertig u.a. (Hrsg.), Zürich (Stand: 2000), Kommentar zu Art. 11 BEHG.

Ruey, Claude, Monopoles cantonaux et liberté économique, Lausanne 1988.

Rufer, Thomas, Die Konzernrechnung der Banken nach der neuen Verordnung zum Bankengesetz, in: ST 1994, S. 429 - 432.

Ruffner, Markus, Die ökonomischen Grundlagen der Publikumsgesellschaft: Ein Beitrag zur Corporate Governance, Zürich 2000.

- Gesteuerte Selbstregulierung der Börsen, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), Das neue Börsengesetz der Schweiz, Bern u.a. 1996, S. 7 - 56.

Rumo-Jungo, Alexandra, Haftpflicht und Sozialversicherung: Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich, Freiburg 1998.

Sach, Karsten, Genehmigung als Schutzschild? Die Rechtsstellung eines Inhabers einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, Berlin 1994.

Saladin, Peter, Kommentierung: Art. 3 BV, in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel u.a., Loseblatt (Stand 1995).

- Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, Bern u.a. 1995.
- Verantwortung als Staatsprinzip: Ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat, Bern u.a. 1984.
- Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe, in: Horst Ehmke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 541 - 562.
- Grundrechte im Wandel: Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Bern 1970.

Salis, Ulysses v./Honegger, Peter C., Zur Offenlegungspflicht der Banken, NZZ Nr. 302 (1998), 22.

Savatier, René, Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, Paris 1950.

Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., Berlin u.a., 2000.

Schaerer, Barbara, Bankinsolvenzrecht und Einlegerschutz in Revision, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 9 (2000), Bern 2001, S. 55 - 62.

Schefer, Markus, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, in: AJP 11 (2002), S. 1131 - 1143.

Schiess, Maya, Das Wesen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs, Diss. Zürich 1978.

Schildbach, Thomas, US-GAAP. Amerikanische Rechnungslegung und ihre Grundlegung, 2. Aufl., München 2002.

Schilling, Theodor J.R., Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Berlin 1994.

Schlapp, Thomas, Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik: Ansätze zu einer strukturalistischen Sicht juristischer Theoriebildung, Berlin 1989.

Schlette, Volker, Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, Tübingen 2000.

Schlosser, Hans, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 7. A. Göttingen u.a. 1993.

Schluep, Walter, Über Funktionalität im Wirtschaftsrecht, in: Hans Ulrich Walder u.a. (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 139 - 180.

- Revitalisierung, Deregulierung, Reprivatisierung, Wettbewerb der Systeme – was sonst noch an wirtschaftlichen Delikatessen?, in: ders. (Hrsg.), Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends. Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern u.a. 1993, S. 477 - 514.
- Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, Referat zum Schweizerischen Juristentag vom 8./9. September 1973, in: ZSR 92/II (1973), S. 153 - 557.
- Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Riccardo L. Jagmetti/Walter R. Schluep (Hrsg.), Festschrift für Walther Hug zum 70. Geburtstag, 14. April 1968, Bern 1968, S. 25 - 95.
- Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Zürich 1955 (zugl. Diss. St. Gallen).

Schmalz, Dieter, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl., Baden-Baden 1998.

Schmid, Wieland, Die Verantwortlichkeit von Verwaltung und Geschäftsführung und Kontrolle gegenüber Gesellschaftsgläubigern, in: SJZ 81 (1986), S. 241 - 248.

Schmidt, Detlef, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, Baden-Baden 1985.

Schmidt, Eike, Von der Privat- zur Sozialautonomie, in: JZ 1980, S. 153 - 161.

Schmidt, Karsten, Einheit der Rechtsordnung - Realität? Aufgabe? Illusion? in: ders. (Hrsg.), Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung? Hamburger Ringvorlesung 1994, Berlin, S. 9 - 29.

- Gleichordnung im Konzern: terra incognita? Vorstudien und Thesen zu einem Recht der Konzernschwestern, in: ZHR 155 (1991), S. 417 - 446.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, 7 - 40.

Schneider, Manfred, Praxis der Bankenaufsicht, Frankfurt a.M. 1978.

Schneider, Uwe H., Konzernleitung als Rechtsproblem: Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht, in: BB 36 (1981), S. 249 - 259.

Schnyder, Anton K., Kommentierung: Art. 41 - 59 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 3. Aufl., Basel u.a. 2003 (Basler Kommentar).

Schoch, Friedrich, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: JZ 50 (1995), S. 109 - 123.

Schreiber, Rupert, Logik des Rechts, Berlin u.a. 1962.

Schroeder, Christopher, Rights against Risks, Columbia Law Review 86 (1986), S. 495 - 562.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung. Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung von Staatsaufgaben, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 11 - 47.

Schürmann, Leo, Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation, in: ZSR 72 (1953), S. 65a - 199a.

Schwark, Eberhard, Einlagensicherung bei Banken, in: NJW 1974, S. 1849 - 1854.

Schweizerische Nationalbank (Hrsg.), Die Banken der Schweiz (Jahr 2002), Zürich 2003.

Seifert, Ekkehard, Privilegierung und Regulierung im Bankwesen. Ein Beitrag zur ordnungspolitischen Problematik branchenorientierter Strukturpolitik, Baden-Baden, 1984.

Seiler, Hansjörg, Einführung in das Recht, Zürich 2000.

Sigrist, Erwin, Das Bankbilanzrecht, in: SAG 1980, S. 149 - 155.

Siegwart, Alfred, Kommentierung: Die Aktiengesellschaft (Zürcher Kommentar), Band V, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen (Art. 620 - 659 OR), Zürich 1945.

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband a: Allgemeine Bestimmungen (Art. 620 - 659 OR), Zürich 1945.

Slongo, Bruno, Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs: Betriebswirtschaftliche Analyse und Folgerungen für einen Konzernbegriff „de lege ferenda", Zürich 1980.

Spannowsky, Willy, Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigenschaften in öffentlicher Hand: Öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere zur Ingerenzpflicht, in: ZGR 25 (1996), S. 400 - 428.

Staehelin, Adrian, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, in: BJM 1978, Basel, S. 1 - 22.

Staehelin-Witt, Elke/Spillmann, Andreas, Emissionshandel: Erfahrungen in der Region Basel und neue Ansätze, in: Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht 17 (1994), S. 207 - 209.

Stämpfli, Michael, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft. Ihre Willensbildung und Organisation, Diss. Bern 1991.

Starck, B./Roland, H./Boyer, L., Introduction au droit, 5. Aufl., Paris 2000.

Steinitzer, Erwin, Ökonomische Theorie der Aktiengesellschaft, Leipzig 1908.

Stiftung für Empfehlungen zur Rechnungslegung, Fachempfehlungen zur Rechnungslegung: FER 2003/Swiss GAAP FER, Zürich 2003.

Stöckli, Arno, Materielle Änderungen in der Rechnungslegung für Banken und Effektenhändler, ST 1997, 915 - 920.

Stoffel, Walter, Abschaffung des Nennwertkapitalsystems im schweizerischen Aktienrecht?, in: SJZ 97 (2001), S. 533 - 543.

- Nennwertlose Aktien für die Schweiz?, in: NZZ vom 19./20. Mai 2001, S. 29.
- Klagen und Einreden in der Organveranwortlichkeit, in: W. Stoffel (Hrsg.), Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1994, S. 15 - 43.
- Le conseil d'administration et la responsabilité des administrateurs et réviseurs, in: Philippe Ciocca (Hrsg.), Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne 1993, S. 157 - 217.
- Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit. Die wettbewerbsrechtliche Stellung der öffentlichen Unternehmen im schweizerischen Recht, mit einer Darstellung des Rechtes Deutschlands und Frankreichs sowie des Europäischen Wirtschaftsraums, Fribourg 1994.

Stolleis, Michael, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als gegenseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 41 - 61.

Strobel, Wilhelm, Zum Begriff des Konsolidierungskonzerns nach neuem und altem Konzernbilanzrecht, in: BB 1987, S. 237 - 245.

Struck, Gerhard, Dogmatische Diskussion über Dogmatik, in: JZ 30 (1975), S. 84 - 88.

Stützel, Wolfgang, Bankpolitik heute und morgen, 2. Aufl. Frankfurt 1964.

Süchting, Joachim, Scheinargumente in der Diskussion um stille Reserven bei Kreditinstituten, in: DBW 1981, S. 207 - 220.

Tanner, Brigitte, Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in: Walter R. Schluep/Peter R. Isler (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 31 - 52.

Teis, Michael, Kommentar zu Art. 99 - 102 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bern 2003.

Teubner, Gunther, Verrechtlichung - ein ultrazyklisches Geschehen, Neubiberg 1997.

- Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, in: ARSP 68 (1982).
- Das regulatorische Trilemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle, in: Quaderni Fiorentini 13 (1984), S. 109 - 149.
- Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt a.M. 1971.

Tercier, Pierre, La responsabilité des entreprises de chemin de fer, in: Journées du droit de la circulation routière, Fribourg 1998, S. 1 - 40.

- La solidarité et les actions récursoires entre les responsables d'un dommage selon le nouveau droit de la société anonyme, in: Walter Stoffel (Hrsg.), Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, Zürich 1994, S. 64 - 99.
- Le nouveau régime de la responsabilité dans les sociétés anonymes, in: Philippe Ciocca (Hrsg.), Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne 1993, S. 449 - 488.
- La délimitation entre la responsabilité publique et la responsabilité privée, in: Peter Forstmoser u.a. (Hrsg.), Die Verantwortlichkeit im Recht, Zürich 1981, S. 701 - 726.

Tercier, Pierre/Stoffel, Walter, Das Gesellschaftsrecht 2002/2003, in: SZW 76 (2004), S. 72 - 87.
- Das Gesellschaftsrecht 2001/2002, in: SZW 74 (2002), S. 335 - 347.
- Das Gesellschaftsrecht 1995/96, in: SZW 68 (1996), S. 269 - 284.

Terré, François, Introduction générale au droit, 4. Aufl., Paris 1998.

Timm, Wolfram, Hauptversammlungskompetenzen und Aktionärsrechte in der Konzernspitze - zugleich Überlegungen zum Urteil des LG Hamburg vom 1.10.1979, in: AG 7 (1980), S. 172 - 187.

Treuhand-Kammer (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. I - IV, Zürich 1998.

Trigo Trindade, Rita, La répartition des tâches au sein du conseil d'administration, in: SZW 76 (2004), S. 24 - 35.
- La responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence récente du TF, in: SJ 120 (1998), S. 1 - 28.

Trigo Trindade, Rita/Peter, Henry, Responsabilité des organes de gestion dans un groupe de sociétés: commentaire des ATF 128 III 29 et 128 III 92, in: SZW 74 (2002), S. 251 - 259.

Trute, Hans Heinrich, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht - anhand einiger ausgewählter Beispiele, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Walter Hoffmann-Riem (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als gegenseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 167 - 223.

Tschannen, Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004.
- Privatisierung: Ende der Verfügung? in, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Bern 1998, S. 209 - 240.

Tschentscher, Axel, Grundprinzipien des Rechts: Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht, Bern 2003.
- Indienstnahme der Gerichte für die Effizienz der Verwaltung, in: Michael Demel u.a. (Hrsg.), Funktionen und Kontrolle der Gewalten, 2001, S. 165 - 198.
- Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, Baden-Baden 2000.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002.

Turin, Nicolas, Eléments pour une nouvelle interprétation de l'art. 716a al. 1 ch. 4 CO, in: REPRAX 1999, S. 39 - 41.

Vallender, Klaus A., Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung. Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts I, 3. Aufl. Bern 1995.

Vischer, Frank, Fusionsgesetz, in: BJM 1999, S. 289 - 310.

- Verwaltung und Delegationsmöglichkeiten bei der grossen AG, in: Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg (Hrsg.), Festgabe für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag am 21. September 1968, Fribourg 1968, S. 345 - 370.

Von der Crone, Hans Caspar, Markt und Intervention – Erste Folgerungen aus der aktuellen Krise, in: SZW 75 (2003), S. 57 - 64.

- Rahmenverträge: Vertragsrecht, Systemtheorie, Ökonomie, Zürich 1993.

Von der Crone, Hans Caspar/Beyeler, Karin/Dédeyan, Daniel, Stakeholder im Aktienrecht, in: ZRS 122 (2003), S. 409 - 471.

Von der Crone, Hans Caspar/Roth, Katja, Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung, in: AJP 12 (2003), S. 131 - 140.

Voyame, Joseph, Le principe de la subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons, in: Georg Müller u.a. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 121 - 129.

Walter, Hans Peter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132 (1996), S. 273 - 295.

Walz, Rainer, Kommentierung: Einl. sowie §§ 238 - 263 HGB, in: Norbert Horn (Hrsg.), Heymann Handelsgesetzbuch, Band 3, Drittes Buch, §§ 238 - 342a HGB, 2. Aufl., Berlin u.a. 1999.

- Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, Heidelberg 1980.

Wank, Rolf, Die juristische Begriffsbildung, München 1985.

Waschbusch, Gerd, Bankenaufsicht: Die Überwachung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute nach dem Gesetz über das Kreditwesen, München u.a. 2000.

- Das bankspezifische Bewertungsprivileg des § 340f HGB, in: ZfbF 46 II (1994), S. 1046 - 1064.

Watter, Rolf, Kommentierung: Art. 716 - 731a, 1156 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, 2. Aufl., Basel u.a. 2002.

Weber, Rolf H., Sorgfaltswidrigkeit - quo vadis? Bemerkungen zu den Bedeutungsstufen des Sorgfaltswidrigkeitsbegriffs im Spannungsfeld zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, in: ZSR 107 I (1988), S. 39 - 59.

- Ökonomische Rationalität und Vertragsrecht. Bemerkungen zu den Theorieansätzen der „Ökonomischen Analyse des Rechts", in: Peter Forstmoser/Walter R. Schluep (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Mayer-Hayoz, Bern 1982, S. 419 - 444.

Weinberger, Ota, Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts, Wien 1988.

Weiss, Gottfried, Zum schweizerischen Aktienrecht, Bern 1968.

Welcker, Johannes, Neuordnung der Bankenaufsicht, Frankfurt a. M. 1978.

Werlen, Thomas, Konzeptionelle Grundlagen des schweizerischen Kapitalmarktrechts, Zürich 1994.

Wernli, Martin, Kommentierung: Art. 762 - 763 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, 2. Aufl., Basel u.a. 2002 (Basler Kommentar).

Wetter, Ernst, Bankkrisen und Bankkatastrophen der letzten Jahre in der Schweiz, Zürich 1918.

Widmer, Dieter/Wey, Hans, Neuregelung der Revision – Erwartungen und Chancen, in: ST 2004, S. 361 - 365.

Widmer, Pierre/Banz, Oliver, Kommentierung: Art. 754 - 760 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, 2. Aufl., Basel u.a. 2002 (Basler Kommentar).

Widmer, Pierre/Wessner, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder Bericht, Bern 1999 (abrufbar unter http://www.ofj.admin.ch/themen/haftpflicht/vn-com-d.htm).

Wieacker, Franz, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Karlsruhe 1974.

- Zur praktischen Bedeutung der Rechtsdogmatik, in: Rüdiger Bubner u.a. (Hrsg.), Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1970, S. 311 - 336.
- Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Rüdiger Bubner u.a. (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik: Aufsätze, Bd. 2: Sprache und Logik: Theorie der Auslegung und Probleme der Einzelwissenschaften, Tübingen 1970, S. 311 - 336.
- Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtslehrbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1958.-Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956.

Wiedemann, Herbert, Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band I, München 1980.

Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Tagung vom 15./16. Oktober 1997 an der Universität Bern, Bern 1998.

- Kommentierung: Art. 97 - 109 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 3. Aufl., Basel u.a. 2003 (Basler Kommentar).
- Die Haftung der Kontrolleure, in: Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Konsequenzen aus der Krise: Berner Bankrechtstag 1995, Bern 1995, S. 93 - 135.
- Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Roland von Büren u.a. (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts. Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993, S. 1 - 17.
- Zur Haftung für Dienstleistungen: Urteilsanmerkung Zivilrecht, BGE 115 II 62 ff., in: recht 8 (1990), S. 134 - 143.

Wiegand, Wolfgang/Wichtermann, Jörg, Der Einfluss des Privatrechts auf das öffentliche Bankrecht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Berner Bankrechtstag 1999, Bern 1999, S. 119 - 155.

- Die Standesregeln der Banken als „blosse" Auslegungshilfe – zur Unverbindlichkeit von Selbstregulierung, in: recht 2000, S. 28 - 36.

Wieland, Karl, Handelsrecht, II. Band: Die Kapitalgesellschaften, München u.a. 1931.

Wiethölter, Rudolf, Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1968 (Neudruck 1986).

- Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1961.
- Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens: eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht, Karlsruhe 1960.

Willke, Helmut, Entzauberung des Staates: Überlegungen zu einer sozietalen Steuerungstheorie, Königstein/Ts 1983.

Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906.

Winzeler, Christoph, Banken- und Börsenaufsicht. Aspekte des öffentlichen Bank- und Kapitalmarktrechts in der Schweiz, Basel u.a. 2000.

- Das schweizerische Bankwesen – „eine Art öffentlicher Dienst"?, in: ZSR 118 I (1999), S. 201 - 220.

Wysocki, Klaus, Konzernabschluss: Aufstellungs- und Einbeziehungspflichten nach neuem Recht, in: WPg 1987, S. 277 - 281.

Zaring, David, International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations, Texas International Law Review 33 (1998), S. 281 - 330.

Zeitner, Franz-Christoph, Internationale Entwicklungslinien der Bankenaufsicht, in: WM 55 (2001), S. 1397 - 1407.

Zenhäusern, Markus, Konzernrechnungslegung und -prüfung, 2. Aufl., Zürich 1991.

Zerwas, Herbert/Hanten, Mathias, Outsourcing bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten - zum neuen § 25a Abs. 2 KWG, in: WM 1998, S. 1110 - 1118.

Zgraggen, Jakob, Rechtsformen privatrechtlicher Banken, Bern 1974.

Zimmer, Daniel, Internationales Gesellschaftsrecht: das Kollisionsrecht der Gesellschaften und sein Verhältnis zum internationalen Kapitalmarktrecht und zum internationalen Unternehmensrecht, Heidelberg 1996.

Zimmerli, Ulrich, Neue Bundesverfassung und föderalistische Strukturen, in: Peter Gauch u.a. (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung - Symposien zum schweizerischen Recht, Zürich 2002, S. 79 - 104.

- Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, in: ZSR 97/II (1978), S. 1 - 131.

Zimmermann, Harry, Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG, Zürich 1946.

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre: eine Einführung, 6. Aufl., München 1999.

Zobl, Dieter/Arpagaus, Reto, Zur Prospekt-Prüfungspflicht der Banken bei Emissionen, in: Hans Ulrich Walder u.a. (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 195 - 219.

Zöllner, Wolfgang, Die politische Rolle des Privatrechts, JuS 1988, S. 329 - 336.

Zufferey, Jean-Baptiste, (Dé-, re, sur-, auto-, co-, inter-)réglementation en matière bancaire et financière. Théses pour un état des lieux en droit suisse, in: Schweizerischer Juristentag 2004, Heft 4, S. 479 - 611.

– Les 42 recommandations du Groupe d'experts „Surveillance des marches financiers". Quelques compléments pour une théorie générale du droit de la surveillance financière, in: Luc Thévénoz/Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2000 du droit bancaire et financier, Bern 2001, S. 127 - 149.

- Protection de l'investisseur et protection de la fonction. Perspective suisse et comparative, in: ZSR 115 I (1996), S. 169 - 193.

- Swiss Financial Market Law - What is it?, in: SZW 67 (1995). S. 209 - 217.

- Les valeurs limites du droit de l'environnement: un instrument objectif pour tout l'ordre juridique?, in: Baurecht 1994, S. 35 - 41.

- La réglementation des systèmes sur les marchés financiers secondaires: contribution dogmatique et comparative à l'élaboration d'un droit suisse des marchés financiers, Fribourg 1994.
- Les normes techniques de construction, in: Séminaire du droit de la construction (Hrsg.), Journées du droit de la construction 1993 II, S. 15 - 35.
- Droit de la personnalité: quelques éléments d'une analyse économique, in: Gauch-/Werro/Zufferey (Hrsg.), La protection de la personnalité. Bilan et perspectives d'un nouveau droit: contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg 1993, S. 203 - 227.
- Responsabilité de l'Etat contre responsabilité de l'architecte ou de l'ingénieur, in: Colloque SVIA 1991, La responsabilité de l'expert, Lausanne 1992, S. 21 - 49.

Zufferey, Jean-Baptiste/Werro, Franz, Les immissions de la construction, le droit public et/ou le droit privé, in: Journées du droit de la construction 1997, vol. I, S. 57 - 102.

Zulauf, Urs, Zur Revision der schweizerischen Rechtsvorschriften über Banksanierung und Bankliquidation, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 6 (1997), Bern 1998, S. 25 - 59.

Zulauf, Urs, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz - zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, in: ZSR 113/II (1994), S. 359 - 535.

- Die Eidgenössische Bankenkommission und Geldwäscherei, in: recht 7 (1989), S. 79 - 90.

Zünd, André, Einheitliche Leitung – Bedeutung und Tauglichkeit des Begriffs, in: Jean Nicolas Druey (Hrsg.), Das St. Galler Konzernrechtsgespräch. Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit, Bern 1988, S. 77 - 88.

Zürcher Wolfgang, Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Diss. Zürich 1993.

Zwahlen, Henri, Le contrat de droit administratif, in: ZSR 77 II (1958), S. 461a - 661a.

SACHVERZEICHNIS

Abschlussprüfung 352 ff.
- Doppelprüfung 353 ff., 361
- Fachkompetenz 357 f., 362
- Neuregelung 158 f., 262, 333 f., 361 f.
- Prüfungsergebnisse 358 ff.
- Prüfungsmassstab 356 f., 362
- Prüfungsverfahren 352 ff., 361
- zuständige Revisionsstelle 352 ff., 361

Aktiengesellschaft
- gemischtwirtschaftliche ~ 78
- Geschäftsleitung, siehe dort
- Verwaltungsrat, siehe dort
- Zahlen 185

Aktiengesetz (D) 311

Aktienrecht
- Aktionärsschutz 143 f.
- als aufsichtsrechtlicher Mindeststandard 267 ff.
- als Grundordnung der Bank-AG 184 f.
- als lex posterior 149, 150 ff., 166, 179 ff., 191 ff., 394
- altes ~ 147 f., 167 f., 206 f.
- Entlastungsfunktion 128 ff.
- Funktionsschutz 140 f.
- Geschichte 123 ff.
- Gläubigerschutz 136
- Kapitalmarktorientierung 141 ff.
- Konzessionssystem 18, 57 Fn. 206, 125 f.
- Leitungsprinzip beim Konzern 309
- als lückenfüllende Analogienorm 193 f., 238, 248, 253, 320 f., 397
- Modellfunktion für das Bankengesetz 127 f.
- Normativsystem 57 Fn. 206, 125 f.
- numerus clausus 18
- Revisionsstelle, siehe dort
- Neuregelung 158 f., 159 f., 333 f., 361 f.
- spezialgesetzliche Aktiengesellschaft 77 f.
- unternehmensdifferenzierte Revision 333 f.
- Vermutung der Regelungadäquanz 181 ff., 213, 232, 273 f., 395

Aktienrechtliche Revisionsstelle 332 ff.
- Aufgaben 337 ff., 345 ff.
- Haftung allgemein 241 ff., 379 ff.
- Haftung bei Personalunion 388 f., 398
- Haftung Beweislast 380
- Haftung Gerichtsstand 382
- Haftung Hilfspersonen 381
- Haftung im Konkurs 383
- Haftung Solidarität 381 f.
- Haftung Verjährung 381
- Kapitalherabsetzung 368 ff.
- Personalunion 334 f., 350, 359 ff., 362 f., 388 f., 398

Aktuar 38

Allgemeine Rechtsgrundsätze 40 f.

Alternativität
- bei Rechtsfolgendivergenz 98 f.
- bei Rechtsfolgenidentität 101
- bei Rechtsfolgenwiderspruch 98
- der Normgeltung 96 f., 393

Amtshilfe 344

Analogie
- Aktienrecht als lückenfüllende Analogienorm, siehe dort
- Lückenfüllung bei Spezialgesetzen 92
- Verweisung 188

Anlagevermögen 295, 300

Anschaffungskosten 295, 297 ff.

Asynchrone Gesetzgebung 158, 160 f., 191, 194, 223, 248, 253 f., 378

Audit
- financial 340, 343
- regulatory 341, 343

Auffangordnung 31 ff.
- Typologie 34 ff.

Auslegung *contra legem* 202

Äussere Widerspruchsfreiheit, siehe Kohärenz

Autonome Systeme kollektiver Aufgabenerfüllung 36 ff.
Autonomie
- als Normrelation 41 ff., 80 Fn. 308
- des Bankengesetzes 191, 215 ff., 234, 241, 275, 259 f., 270, 317

Bank Leclerc 224 Fn. 751
Bank of England 123
Bank-Aktiengesellschaft 122 ff.
- Statistik 122

Bankengesetz
- Begriffsparallelisierung 185 f., 308 ff.
- Entlastungsfunktion 128 ff.
- Funktionsschutz 138 f.
- Generalklausel 189, 192 f., 212, 222, 396
- Geschäftsleitung, siehe dort
- Geschichte 123 ff.
- Gewaltentrennung 129, 189, 208, 215 ff.
- Gläubigerschutz 136 f.
- intensivierter Schutzauftrag 174 f.
- Organisationsspielraum 218 f.
- Regelungsparallelisierung 186 ff., 396 f.
- umfassender Regelungsanspruch 229 ff., 238, 247, 252, 271 f.
- Vertrauensschutz 140
- Verwaltungsrat, siehe dort
- Verweisung auf das Aktienrecht 188 f., 254 f., 260 f., 367, 387
- Vorrang vor dem Aktienrecht 167 ff.

Bankengesetzliche Revisionsstelle 330 ff.
- Aufgaben 340 ff., 345 ff.
- Entlastungsfunktion 331
- Gerichtsstand 382
- Haftung allgemein 379 ff.
- Haftung bei Personalunion 388 f., 398
- Haftung Beweislast 380, 384
- Haftung Hilfspersonen 381, 384 f.
- Haftung im Konkurs 383
- Haftung Solidarität 381 f., 386 f.
- Haftung Verjährung 381, 385 f.
- Kapitalherabsetzung 372 ff.
- Mitwirkungspflicht 373 ff.

Bankengesetzliche Spezialität 162 ff., 394
- absolute 150, 165, 181 ff., 394
- atypische *lex specialis* 162 ff., 399
- Begriff 196 f.
- Bundesgericht 148 f.
- differenzierte ~ 196 f., 394 f., 399 f.
- Doktrin 149 f.
- echte ~ 165
- formelle ~ 164 f., 167 ff., 394 f.
- materielle ~ 164 f., 181 ff., 395, 399 f.
- Praxis der EBK 150 ff.
- relativierte ~ 149 ff., 165 f., 183 ff., 394 f., 399 f.
- unechte ~ 165

Bankengesetzlicher Sonderzweck 189 ff.
Bankenrun 139
Bankinsolvenzrecht 153 ff., 254, 350 f.
Bankkonzernrecht 308 ff., 398
- atypische Bankkonzerne 313 f.
- Basler Ausschuss 323 f.
- Begriffsparallelisierung 308 ff.
- Control-Prinzip (erweitert) 313 ff.
- Control-Prinzip 310 f., 312 ff., 317, 320
- Eigenmittel 313 ff.
- Gläubigerschutz 322 ff.
- Gleichordnungskonzern 319 ff., 398
- Horizontalkonzern 319 ff.
- Koordinationskonzern 319 ff.
- Leitungsprinzip 309
- Lücke beim Gleichordnungskonzern 319 ff., 398
- Minderheitsaktionäre 322 ff.
- Neuregelung 262 f., 281, 311, 315
- Rechnungslegung 309 f., 312 f.
- Regulierungsfokus 318 f.
- Risikoverteilung 313 ff.
- Tatsächliche Leitung Schweiz 323 ff.
- wechselseitige Beteiligung 310 f.
- Weisungsbefugnis 322 ff., 398
- Wohnsitzerfordernis 323 ff.

Bankorganisationsrecht
- Begriff 122
- Geschichte 122 ff.

Basler Ausschuss 323 f., 342, 344

BCCI-Fall 314
Begriffsparallelisierung 102 ff.
- Bankorganisationsrecht 185 f., 308 ff., 400
Beistandspflicht 313, 315
Beobachter 256, 342 f.
Bewertungswahlrecht 300
Börse 22, 37

Control-Prinzip 310 ff., 312 ff., 317, 320
CS-Entscheid Bundesgericht 313 f., 318

Deregulierung 14
Derogation 88 ff., 97 ff., 118 f.
- Bankorganisationsrecht 164, 167 ff.
- Bundesrecht 75, 89
Dichotomie 8 ff.
- Funktionelle Umdeutung 46
- Historie 9 ff.
- Positives Recht 7 Fn. 4, 23
Dominoeffekt 140
Doppelnormen 22, 40, 44
Drittwirkung 19
Dualistisches Aufsichtssystem 331 f.
Dysfunktionale Blockade 4, 52, 61, 85, 115 f., 394 f.
- Bankorganisationsrecht 175, 200 f., 296, 353, 395, 398

Edelmetalle 297 f.
Effektivität
- Paradigma des öffentlichen Rechts 33, 60, 136
- Rechtsprinzip 82 f., 392
Effizienz
- Allokationseffizienz 141
- Markteffizienz 142
- Paradigma des Privatrechts 33, 60
- Rechtsprinzip 83 ff., 392
Eigenmittel 145, 258 Fn. 565, 296 f., 300, 313 ff., 326
Einheit der Rechtsordnung 26 ff., 51, 391
Einheit des Aufsichtsrechts 152 f., 228
Einheitsgesetz 31, 40, 43, 114, 198
Equity-Methode 300
Europäische Union
- Bankbilanz-Richtlinie 288 f.
- Bankenaufsichtsrichtlinie 314
- Erste Konsolidierungsrichtlinie 314
- IAS-Verordnung 277
- Jahresabschlussrichtinie 288 Fn. 958
- Konzernbilanzrichtinie 288 Fn. 958, 311, 320 Fn. 1073, 321
- Konzernrechtsrichtlinie 320 Fn. 1073
- Modernisierungsrichtlinie 277, 290
- Richtlinie Finanzkonglomerate 314
- Stille Reserven Bankensektor 288 ff.
- Tendenz zur ISFR 277
- Zweite Konsolidierungsrichtlinie 314
Evozierung als Normrelation 41
Expertenkommission
- Böckli 159 f.
- Boemle 265
- Brühwiler 15 Fn. 46
- Mengiardi 262
- Nobel 332
- Zimmerli 332
- Zufferey 15 Fn. 46, 331 Fn. 1108

Fair Presentation 293, 299, Fn. 958
Fair Value 297 f., 300 f.
Faktizitätsprinzip 309
FASB 276
Finanzanlagen 286, 296 ff., 301
Finanzgruppe 261 f., 315
Finanzkonglomerat 261 f., 314 f.
Finanzmarktaufsichtsgesetz 155 f., 261, 332, 343 f.
Finanzmarktrecht 22
Flucht ins Privatrecht 70
Funktionsschutz
- Aktienrecht 140 ff.
- Bankengesetz 138 ff.
Fusionsgesetz 156 f.

Gemeinrecht 29 ff.
Generalklausel 111 ff.
- Bankorganisationsrecht 189, 212 ff., 395, 400

- Lücke *intra legem* 111
Generalversammlung 215 ff., 354 ff.
Genossenschaftsbanken 122 Fn. 453, 152, 171, 228 Fn. 766, 231, 254 f., 284, 394, 396
Genossenschaftskonzern 319 Fn. 1072
Genuine Staatsaufgaben 63 ff.
Gerichtsstandsregel 178, 229 ff., 247, 382 f.
Geschäftsleitung
- Ernennung Zeichnungsberechtigte 219 ff.
- Gewaltentrennung 208, 212, 215, 217 ff.
- Interne Revision 38, 329 f., 337
- statutarische Regelung 132, 215 ff.
- Wohnsitz 129 f., 178, 323 ff.

Gesellschaftsschaden 246 ff.
Gesetzliche Reserven 133, 187, 194 ff.
Gestufte Steuerungsvorgaben 35 ff.
Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung 40 Fn. 157, 222, 326
Gläubigerschutz
- Aktienrecht 136
- Bankengesetz 136 f., 190

Grundrechte 70 ff.

Haftungsmilderung 250
Haftungsverschärfung 193, 237, 248, 250.
Handelsbestände 286, 297
Handelsregisteramt 130 Fn. 486, 156 Fn. 604, 157 Fn. 608, 220, 333, 335 Fn. 1131
Heteronome Normgestaltung 166, 184, 189, 212 f., 215
Heteronome Norminterpretation 183, 189
Hierarchisierung 89 f.

IBZ-Entscheid 357 Fn. 1209
IFRS 276 ff., 290
Immissionsrecht 39, 42, 106 Fn. 406, 112,
Indizierung 39 f., 102 ff., 393
Inhaltswiderspruch 199
Innere Widerspruchsfreiheit, siehe Konsistenz
Integrität der Teilrechtsordnungen 117 ff., 201 ff., 322, 395
Interne Revision 38, 329 f., 336 f., 345 f.

Kapitalherabsetzung 363 ff.
- bankautonomer Bereich 367, 371
- deklarative ~ 368 ff., 398
- Historie 364 ff.
- konstitutive ~ 372 ff., 398
- Prüfungskompetenz 372
- Prüfungsmassstab 370 ff., 375
- Schuldenruf 176, 180, 365 f.
- Verweisung 367, 371

Kapitalmarkt 142 f.
Kohärenz 53 f., 93 f., 109, 114 ff., 198 ff., 322 ff., 392, 393 f.
Kollisionslücke 98
Kompatibilität 60 f., 110 f.
Kompetenzkompetenz 63
Komplementarität 20, 56 ff., 346 f., 348, 401
Konkordanz 60 f., 82
Konsistenz 53, 93 f., 114, 117 ff., 201 f., 392, 394
Konzernrecht
- Deutschland 311
- Konzernbegriff Aktienrecht 309 ff.
- Konzernbegriff Bankengesetz 312 ff.

Koordination
- allgemeine Rationalitätskriterien 114 ff.
- Bankorganisationsrecht 122 ff., 146 ff.
- EBK-Praxis 150 ff.
- Einzelnormierung 79 ff.
- föderative ~ 63, 75 f.
- formelle Normrelation 94 ff.
- Gesetz 74 ff.
- Grundlagen 391 f.
- intertemporale ~ 76 f.
- materielle Normrelation 102 ff.
- OR 1936 146 f.
- organisationsrechtliche ~ 77 ff.
- Organhaftung 223 ff.
- Prüfung (Revision) 329 ff.
- Rechnungslegung 258 ff.
- Rechtsanwendung 50
- Rechtsdurchsetzung 50
- Unternehmensleitung 206 ff.
- Verfassung 62 ff.

Koordinationsdogmatik
- Aufgaben 54 ff., 392
- Begriff 3, 51 ff.
- Dimensionen 52 ff.
- Kontrollfunktion 55 f.
- Ziele 56 ff.

Koordinative Normarchitektur 102, 112, 185, 213, 232, 253, 255, 273, 401
Kreditvergabe 218 f.
Kumulation 96, 118 f.
- Bankorganisationsrecht 117, 148, 172 f., 200 f., 352 ff., 373 ff., 393
- bei Rechtsfolgendivergenz 99
- bei Rechtsfolgenidentität 101 f.

Legalitätsprinzip 68 ff.
- Bankorganisationsrecht 179, 278 f., 282 ff., 289 ff., 306 f., 350, 356

Leitungsprinzip 309, 320
lex mitior 88 Fn. 335
lex posterior 41, 91 ff., 97 f., 393
- Bankorganisationsrecht 147 ff., 166, 179 ff., 191 ff., 394

lex severior 152 f., 268 f., 275
lex specialis 41, 90 ff., 97 f., 101 Fn. 387, 393
- bankengesetzliche Spezialität, siehe dort
- Bankorganisationsrecht 146 ff., 162 ff., 399
- Verhältnis zur Derogation 93 f.
- Verhältnis zur *lex posterior* 92 Fn. 353, 179 ff.

lex superior 41, 89 f., 97 f., 393
Liquidator 256 ff.
Lücke
- Bankorganisationsrecht 193 ff., 230, 232, 248, 253, 269, 319 ff., 363, 368 ff., 397 f., 401
- *intra legem* 111
- nachträgliche ~ 193 ff., 238, 248, 253
- unechte ~ 237

Marktversagen 12
Materielle Identität 105, 225
Materielle Normrelation 102 ff. 393
Materieller Gleichklang 186
Materieller Organbegriff 226, 241
Mindestkapital 183
Mississippi-Aktien 124 Fn. 460
Mittelflussrechnung 266, 281 ff., 397

Naturrecht 9 f.
Neutralisierung 97
New Public Management 14
Niederstwertprinzip 297 f., 301
Normenkonkurrenz
- Arten 94 ff.
- Bankorganisationsrecht 131 ff.
- Begriff 94
- Folgen 96 ff.
- Normenkonflikt 95

Normgeltungssystematik 87 ff., 392 ff.
Normrelation
- formelle ~ 94 ff.
- materielle ~ 102 ff.
- Prüfungsfolge 118 f.

Oberleitung 186, 208, 210, 217 ff., 242 ff.
Objektorientierte Gesetzgebung 21 ff.
Obligationenrecht von 1881 125 f., 129, 224, 243 f., Fn. 819, 365, 366, Fn. 1268
Öffentliches Recht
- Neue Verhältnisbestimmung 25 ff.
- Prinzipien 20 ff., 31 ff., 60, 136
- Relativierung der Prinzipien 20 ff.
- Wiederentdeckung 15 f.

Opting-System Revision 333
Organhaftung 223 ff., 396 f.
- aktienrechtliche Revisionsstelle, siehe dort
- bankengesetzliche Revisionsstelle, siehe dort
- Delegation 238 ff.
- Einheitsprozess 251 ff.
- Entlastungsbeschluss 226
- Gesellschaftsschaden 246 ff.
- Gläubigerschaden 379
- Gründungshaftung 193, 226, 234 ff.
- Kapitalerhöhung 234 ff.
- materieller Organbegriff 226, 241
- Neuregelung 249

- Prospekthaftung 226, 236 ff.
- Prozessdauer 223
- Rechtsfolgenidentität 134 f.
- Solidarität 248 ff., 381 f.

Organisationsspielraum 218 f.
Organisationszwang 37 ff., 330
Outsourcing 199 f.

Parallelnormierung, siehe Regelungsparallelisierung
Praxis-Widerspruch 199
Privatautonomie 10 f., 17, 71 f., 81
Privatbankiers 171, 260, 280, 284, Fn. 453, Fn. 909
Privatisierung 8, 14, 62 ff., 156,
- Erfüllungsdelegation 68 ff.
- Rechtssetzungsdelegation 68 ff.

Privatrecht
- Funktionsverlust 12 f.
- Neue Verhältnisbestimmung 25 ff.
- Prinzipien 17 ff., 31 ff., 60
- Relativierung der Prinzipien 17 ff.
- Wiederentdeckung 13 ff.

Privatrechtsgestaltende Verfügung 34 ff.
Privilegierung Bankensektor 221
Prokuristen 220
Prospekt 236 ff.
Prüfung 329 ff.
- Abschlussprüfung, siehe dort
- aktienrechtliche Revisionsstelle, siehe dort
- Aufwertung 349 f.
- ausserordentliche ~ 256, 342 f., 377 Fn. 1277, 403 Fn. 1330
- bankengesetzliche Revisionsstelle, siehe dort
- besondere Prüfungshandlungen 338, 349 f.
- besonders befähigte Revisoren 157, 333, 338, 357, 361, 375
- EBK-Rundschreiben 344 f., 262
- exklusive Bereiche 345 ff.
- Interne Revision, siehe dort.
- Kapitalerhöhung 349 f.
- Kapitalherabsetzung, siehe dort
- Neuregelung 158 f., 332, 340, 343 ff., 361 f.
- Organhaftung, siehe dort
- Personalunion 334 f., 350, 359, 362 f.
- Überschneidungsbereiche 350 f., 352 ff., 363 ff.
- vertiefte ~ 343
- Zweitprüfung 343

Publikumsgesellschaft 2, 261, 265 f., 302 ff., 333 f., 357
Publizität 57, 71, 141
- Allgemeinpublizität 305
- bankspezifische Funktion 291 f., 305
- Begriff 301 Fn. 1013
- Beteiligungspublizität 148 Fn. 564, 261, 265, 266, 301 ff., 306, 397
- Individualpublizität 305
- Privatbankiers 271 Fn. 909
- Rechnungslegung 57 Fn. 206, 133 Fn. 503, 260, 265, 280, 305
- Vergütung Unternehmensleitung 140 f.

Qualifiziertes Schweigen 230

Rationalitätskriterien 53, 114 ff.
Rechnungslegung 258 ff.
- Bankkonzernrecht, siehe dort
- Beteiligungen 295 f.
- EBK-Praxis 267 ff.
- Europäische Union, siehe dort
- Fair Presentation 293, 299, 288 Fn. 958
- FASB 276
- FER 277, 279
- Historie 264 ff.
- IFRS 276 ff.
- Internationale Standards 276 ff., 397
- Kotierungsreglement SWX 277 f.
- Mindeststandard 267 ff.
- Mittelflussrechnung 281 ff.
- Neuregelung 261 ff., 272, 274, 279 f., 284, 293 f., 299 ff., 306
- Publizität, siehe dort
- Stille Reserven, siehe dort
- True and Fair View 276, 287 ff.
- US-GAAP 276 ff., 288 Fn. 958, 294 Fn. 981
- Verweisung 258 ff. 269 ff., 397
- Vorräte 297 f.

- Wertschriften 298 f.
Rechnungslegungsgesetz (RRG) 157 f., 262, 268 f., 274 f., 284, 311
Rechtsfolgendivergenz 95 f., 98 ff., 132 ff.
Rechtsfolgenidentität 96, 100 f., 134 f.
Rechtsfolgenwiderspruch 94 f., 97 f., 132
Rechtssetzung durch Private, siehe Privatisierung
Regelungskonkurrenz 131
Regelungsparallelisierung 105 ff.
- Bankorganisationsrecht 186 ff., 223 ff., 231 ff., 396 f., 400
- Revisionsresistenz 187, 232, 250
- Verhältnis zur Verweisung 113, 255
Relativität der Rechtsbegriffe 104
Reserven
- gesetzliche ~, siehe dort
- stille ~, siehe dort
Revision, siehe Prüfung
Revisionsaufsichtsgesetz (RAG), siehe Revisionsrecht (neues)
Revisionsrecht (neues) 158 f., 262 f., 333 f., 340, 361 f.
Risikoverteilung 313 ff., 236, 341 Fn. 1157
Run-Hypothese 290

Sanierungsbeauftragter 255 f.
Schuldbetreibung- und Konkursgesetz 153 f., 222, 256
Schuldenruf 176, 180, 365 f.
Selbstregulierung 14, 37, 65 ff., 136, 276 f., 344
- gesteuerte ~ 16, 22, 35 Fn. 139
- gestufte Steuerungsvorgaben 35 f.
- Subsidiaritätsprinzip 65 ff.
Solidarität 248 ff., 252, 381 f., 386 f.
Sonderbeauftragter 255 ff., 343
Spar- und Leihkasse Thun (SLT) 323 Fn. 749, 224 Fn. 751, 359 f., 242 Fn. 809, 249 Fn. 842, 353 Fn. 1198, 380 Fn. 1285
Spezialität, siehe bankengesetzliche Spezialität
St. Georgsbank 123
Staat
- liberaler Rechtsstaat 10 f.
- Risikostaat 13 ff.
- Sozialstaat 11 ff.
Staatliche Reserveverantwortung 36 f., 59, 72 f., 121, 137
Staatshaftung 74, 78, 256 f., 342 Fn. 1163
Staatsvermögen 73 f.
Stakeholders 143 ff.
Statuten 77, 132, 215 ff., 220, 311, 339, 348, 358
Steuerrecht 1, 103 f., 292 f., 295 Fn. 988
Stille Reserven 285 ff., 299
- Begriff 285 f.
- Einzelabschluss 286 ff., 293 f.
- Europäische Union 288 ff.
- IFRS 288
- Konzernabschluss 286 ff., 293
- Legalitätsprinzip 289 ff.
- Neuregelung 292 f.
- Swiss-GAAP FER 294 Fn. 961
- True and Fair View 287 ff.
- US-GAAP 294 Fn. 961
Stufenbau der Rechtsordnung 89 f., 266
Subsidiäres Aufsichtsrecht 109, 188, 255, 270, 272, 275, 356, 364, 367, 374
Subsidiaritätsprinzip 59 ff., 65 ff.
- aufgabenpolitische Dimension 63 Fn. 224, 66 f.
- staatsorganisatorische Dimension 66 Fn. 242
Substitution 56 ff.
Swisslex 266
Synchronisierung 40 ff.
Systemabstimmung 114 ff., siehe auch Kohärenz
- Bankorganisationsrecht 117, 155, 198 ff., 292, 322 ff., 352 ff., 390, 394 f., 396, 398
- Doppelnormen 114
- Einheitsgesetze 114
- formelle Normrelation 116 f.
- Immissionsrecht 116
- interpretative ~ 114 ff., 198 ff.
- materielle Normrelation 115 f.
- Rechtsprechung 116
- Schranken 117 f.
Systematik der Normrelationen 87 ff.

Technische Regeln 39
Teilrechtseigener Filter 104, 107, 189 ff., 250, 283, 387
Transparenz 57, 71, 84, 141, 159, 285 ff.
Transparenzgesetz 141, 159 f.
True and Fair View 276, 287 ff.
Typologie
- Begriff 45
- der Auffangrelationen 34 ff.

Übermassverbot 71 f
Überwachung, konsolidierte 344
Umlaufvermögen 286, 289, 295, 297 ff.
Umweltschutz 36 Fn. 140, 57
Untermassverbot 72 ff.
Unternehmensleitung 206 ff., 396
Untersuchungsbeauftragter 255, 343
US-GAAP 276 ff., 288 Fn. 958, 294 Fn. 981

Verhältnismässigkeitsgrundsatz 68, 71 ff.
Vermutung der Regelungsadäquanz
- Begriffsparallelisierung 103 f., 393
- des Aktienrechts 192 f., 212 f., 221, 232 f., 270, 273 f., 296 f., 307, 395, 400
- Generalklausel 112 f., 393
- Regelungsparallelisierung 106 f., 393
- Schranken 189 ff., 393
- Verweisung 109 f., 393

Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) 38, 133, 262, 315, 377, 402 f.
Vertrauensschutz 140
Verwaltungsrat 206 ff.
- aktienrechtliche Revisionsstelle 333, 337, 339, 347, 354, 358
- Bundesgericht 209 f.
- Ernennung der Zeichnungsberechtigten 210, 219 ff., 396
- gemischtwirtschaftliche Gesellschaft 78 f.
- Interne Revision 330, 336 f.
- Kernkompetenzen 209 f., 132, 192, 206 ff., 217 ff., 396
- Organhaftung, siehe dort
- Wohnsitzpflicht 129 f., 178

Verwaltungsvertrag 20 f.
Verweisung 108 ff.
- auf private Normen 68 ff.
- Bankorganisationsrecht 188 f, 192, 254 ff., 258 ff., 269 ff., 367 ff., 371, 387, 397
- Begriff 108 f.
- dynamische ~ 69 Fn. 255, 108, 188 Fn. 676, 267, 192, 274
- Lücke *intra legem* 111
- Verbindung von Einzelnormierungen 44

Vorbehalt der Systemkompatibilität
- Bankorganisationsrecht 155 f., 189 ff., 201 f., 213 f., 219 ff., 233 f., 274, 395
- Begriffsparallelisierung 104 f.
- Generalklausel 112
- Immissionsrecht 42
- Konsistenzgebot 117 f.
- Regelungsparallelisierung 107 f.
- Verweisung 110 f.

Vorräte 297 f.

Wertschriften 297 ff.
Widerlegungsmöglichkeit 102, 113, 118 f., 189, 197, 252 f., 273, 304
Widerspruchsfreiheit
- äussere ~, siehe Kohärenz
- innere ~, siehe Konsistenz

Wirtschaftliche Betrachtungsweise 104
Wirtschaftliche Einheit 313, 315, 318 f.
Wirtschaftsrecht 1, 391
Wohnsitzerfordernis 129 f., 178, 323 ff.

Zeichnungsberechtigung 219 ff.
Zwischenabschluss 266