BANKORGANISATIONSRECHT ALS KOORDINATIONS Aufgabe

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 gehört 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.


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
**Inhaltsverzeichnis**

<table>
<thead>
<tr>
<th>Nummer</th>
<th>Thema</th>
<th>Seite</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>b)</td>
<td>Intertemporale Koordination (Art. 60 SchlT ZGB)</td>
<td>76</td>
</tr>
<tr>
<td>c)</td>
<td>Organisationsrechtliche Koordination</td>
<td>77</td>
</tr>
<tr>
<td>d)</td>
<td>Weitere Einzelnormierungen</td>
<td>79</td>
</tr>
<tr>
<td>e)</td>
<td>Fazit</td>
<td>81</td>
</tr>
<tr>
<td>3.</td>
<td>Koordination durch allgemeine Rechtssetzungsziele?</td>
<td>82</td>
</tr>
<tr>
<td>a)</td>
<td>Effektivität als Rechtsprinzip?</td>
<td>82</td>
</tr>
<tr>
<td>b)</td>
<td>Effizienz als Rechtsprinzip?</td>
<td>83</td>
</tr>
<tr>
<td>c)</td>
<td>Fazit</td>
<td>85</td>
</tr>
<tr>
<td>4.</td>
<td>Zwischenergebnis</td>
<td>85</td>
</tr>
</tbody>
</table>

**III. Systematik der Normrelationen als koordinationsdogmatischer Lösungsansatz**

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

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) Rechtsfolgendifferenz ............................................ 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
Inhaltsverzeichnis

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
Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe

XVIII

d) Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle ........................................ 241
aa) Historie .............................................................................................. 242
bb) Teleologie ........................................................................................ 245
cc) Fazit: Art. 41 BankG als Haftungsnorm ........................................ 246
e) Ansprüche aus Gesellschaftsschaden (Kostentragsregel) ................... 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
c) Schliessung der Regelungslücke durch analoge Anwendung des Aktienrechts.................................................. 320

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
c) Mitwirkungsinstanz ...................................................................... 339
dd) Subsidiäre Exekutivinstanz ..................................................... 339
e) 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
c) 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
c) 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
c) Prüfungskompetenz der aktienrechtlichen
Revisionssstelle ............................................................................... 372
c) Die Revision bei konstitutiver Kapitalherabsetzung ......................... 372
aa) Kumulative Anwendung von Bankengesetz und
Aktienrecht? ....................................................................................... 373
bb) Atypische Mitwirkungspflicht der bankengesetzlichen
Revisionssstelle ............................................................................... 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
Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe

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

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
<table>
<thead>
<tr>
<th>Abkürzung</th>
<th>Deutscher Begriff</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>A.A. / a.A.</td>
<td>anderer Ansicht</td>
</tr>
<tr>
<td>a.a.O.</td>
<td>am angegebenen Ort</td>
</tr>
<tr>
<td>a.E.</td>
<td>am Ende</td>
</tr>
<tr>
<td>ABl</td>
<td>Amtsblatt</td>
</tr>
<tr>
<td>Abs.</td>
<td>Absatz</td>
</tr>
<tr>
<td>Abschn.</td>
<td>Abschnitt</td>
</tr>
<tr>
<td>aBV</td>
<td>Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.3.1874</td>
</tr>
<tr>
<td>AcP</td>
<td>Archiv für civilistische Praxis (Deutschland)</td>
</tr>
<tr>
<td>AFG</td>
<td>Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds</td>
</tr>
<tr>
<td>AG</td>
<td>Aktiengesellschaft / Die Aktiengesellschaft (Deutschland)</td>
</tr>
<tr>
<td>AHV</td>
<td>Alters- und Hinterlassenenversicherung</td>
</tr>
<tr>
<td>AHVG</td>
<td>BG vom 26. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung</td>
</tr>
<tr>
<td>AJP</td>
<td>Aktuelle Juristische Praxis</td>
</tr>
<tr>
<td>AktG</td>
<td>Aktiengesetz vom 6.9.1965 (Deutschland)</td>
</tr>
<tr>
<td>AktR</td>
<td>Aktienrecht</td>
</tr>
<tr>
<td>Allg.</td>
<td>Allgemein</td>
</tr>
<tr>
<td>AlVG</td>
<td>BG vom 25. Juli 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung</td>
</tr>
<tr>
<td>a.M.</td>
<td>am Main</td>
</tr>
<tr>
<td>Amtl.</td>
<td>Amtlich</td>
</tr>
<tr>
<td>Anm.</td>
<td>Anmerkung</td>
</tr>
<tr>
<td>AöR</td>
<td>Archiv des öffentlichen Rechts (Deutschland)</td>
</tr>
<tr>
<td>ARSP</td>
<td>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie; vorher Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Deutschland)</td>
</tr>
<tr>
<td>Art.</td>
<td>Artikel</td>
</tr>
<tr>
<td>AS</td>
<td>Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen.</td>
</tr>
<tr>
<td>AT</td>
<td>Allgemeiner Teil</td>
</tr>
<tr>
<td>Aufl.</td>
<td>Auflage</td>
</tr>
<tr>
<td>Bank-AGs</td>
<td>Bank-Aktiengesellschaften</td>
</tr>
</tbody>
</table>
Diss. Dissertation
DJT Deutscher Juristentag
DÖV Die öffentliche Verwaltung (Deutschland)
E- Entwurf
EBK Eidgenössische 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
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
<table>
<thead>
<tr>
<th>Abkürzungsverzeichnis</th>
<th>XXVII</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>IVG</td>
<td>BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung</td>
</tr>
<tr>
<td>i.V.m.</td>
<td>in Verbindung mit</td>
</tr>
<tr>
<td>IVV</td>
<td>Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung</td>
</tr>
<tr>
<td>IWIR</td>
<td>Insolvenz- und Wirtschaftsrecht</td>
</tr>
<tr>
<td>Jhd.</td>
<td>Jahrhundert</td>
</tr>
<tr>
<td>Jur.</td>
<td>Juristisch</td>
</tr>
<tr>
<td>JuS</td>
<td>Juristische Schulung (Deutschland)</td>
</tr>
<tr>
<td>JZ</td>
<td>Juristenzeitung (Deutschland)</td>
</tr>
<tr>
<td>KG</td>
<td>BG vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen</td>
</tr>
<tr>
<td>KIG</td>
<td>BG vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten</td>
</tr>
<tr>
<td>KMU</td>
<td>Kleine und Mittlere Unternehmen</td>
</tr>
<tr>
<td>KOM</td>
<td>Kommissionsdokumente (EU)</td>
</tr>
<tr>
<td>Komm.</td>
<td>Kommentar</td>
</tr>
<tr>
<td>KR</td>
<td>Kotierungsreglement der Schweizer Börse SWX</td>
</tr>
<tr>
<td>KritV</td>
<td>Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Deutschland)</td>
</tr>
<tr>
<td>KWG</td>
<td>Kreditwesengesetz (Deutschland)</td>
</tr>
<tr>
<td>LG</td>
<td>Landesgericht</td>
</tr>
<tr>
<td>LwG</td>
<td>Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998</td>
</tr>
<tr>
<td>lit.</td>
<td>litera = Buchstabe</td>
</tr>
<tr>
<td>m.E.</td>
<td>meines Erachtens</td>
</tr>
<tr>
<td>m.w.N.</td>
<td>mit weiteren Nachweisen</td>
</tr>
<tr>
<td>m.z.N.</td>
<td>mit zahlreichen Nachweisen</td>
</tr>
<tr>
<td>Mio.</td>
<td>Million/en</td>
</tr>
<tr>
<td>MüKo</td>
<td>Münchner Kommentar</td>
</tr>
<tr>
<td>N</td>
<td>Note</td>
</tr>
<tr>
<td>NFA</td>
<td>Nationaler Finanzausgleich</td>
</tr>
<tr>
<td>NJW</td>
<td>Neue Juristische Wochenschrift (Deutschland)</td>
</tr>
<tr>
<td>NR</td>
<td>Nationalrat</td>
</tr>
<tr>
<td>Nr.</td>
<td>Nummer</td>
</tr>
<tr>
<td>NZZ</td>
<td>Neue Zürcher Zeitung</td>
</tr>
<tr>
<td>OGer</td>
<td>Obergericht</td>
</tr>
<tr>
<td>OR</td>
<td>BG über das Obligationenrecht vom 30.3.1911</td>
</tr>
<tr>
<td>Para.</td>
<td>Paragraph</td>
</tr>
</tbody>
</table>
Abkürzungsverzeichnis

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
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
Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe

VG BG vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten
vgl. vergleiche
VOC Flüchtige organische Verbindungen
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)
<table>
<thead>
<tr>
<th>Abkürzung</th>
<th>Bedeutung</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Ziff.</td>
<td>Ziffer</td>
</tr>
<tr>
<td>ZPO</td>
<td>Zivilprozessordnung</td>
</tr>
<tr>
<td>ZR</td>
<td>Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)</td>
</tr>
<tr>
<td>ZSR</td>
<td>Zeitschrift für Schweizerisches Recht</td>
</tr>
<tr>
<td>zugl.</td>
<td>zugleich</td>
</tr>
</tbody>
</table>
Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe
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 Koordinationsaufgaben

---
\(^1\) Vgl. hierzu die Habilitationsschriften von Rumo-Jungo, Haftpflicht und Sozialversicherung und von Koller, Privatrecht und Steuerrecht.
\(^3\) Vgl. etwa Meier-Schatz, ZSR 101 I (1982), 304 f.
Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe

gestellt. Der Bewältigung dieser Aufgabe bedarf es heute dringlicher
denn je: Einerseits zeichnet sich im öffentlich-rechtlichen Bereich die Neu
ordnung der Finanzmarktaufsicht ab; andererseits entsteht im Privatrecht
ein neues Fusionsgesetz, ein neues Rechnungslegungsgesetz und ein nach
„Corporate Governance“-Gesichtspunkten modernisiertes Gesellschafts
recht. Als Koordinationsaufgabe de lege lata ist sodann das Recht der Publi
cumsgesellschaft hervorzuheben.

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

Um solche Fragen beantworten und die Koordinationsaufgabe im
Bankrecht fundiert bewältigen zu können, muss ein weiter Bogen geschla
gen 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 ge
stellt und die Antworten einer Bewährungsprobe unterzogen werden. Da
bei bewegt sich die hier vorgeschlagene Lösung in eine Richtung, die aus der
juristischen Steuerungsdiskussion stammt und von der Lehre erst in jünge
rer Vergangenheit aufgegriffen wurde: die Verhältnisbestimmung von Pri
vatrecht und öffentlichem Recht als wechselseitige Auffangordnungen. Diese all
gemeine Lehre soll hier zu Bausteinen einer allgemeinen Koordinationsdog
matik vorangetrieben werden, um sie für Einzelfragen der Rechtsinterpreta
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 vorhande
nen dogmatischen Erkenntnissen auf. Anders als bei der Rechtstheorie geht
es also nicht um die allgemeinen, staaten- und zeitenunabhängigen Grund
lagen des Rechts; anders als bei der Rechtsphilosophie nicht um die ideen
oder dogmengeschichtliche Herleitung allgemeiner Rechtsprinzipien. Vielmehr wird sehr viel bescheidener nach der konkreten, durchaus kontin-
Einleitung


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*

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.

Einleitung

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.
Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe

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 Kommentaren⁴. Der Blick auf die geschichtliche Entwicklung

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 Ray/Schoenenberger, Introduction, 367 ff.; Marti, Zürcher Kommentar, N 31 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB; Moor, Droit administratif I, 126. Als Auswahl: Gesetzge-

1. Der formelle Wandel – Abwechselnder Bedeutungsvorrang

a) Die Entstehung der Dichotomie


---

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 singularem utilitatem pertinet“.  
⁸ Caroni, Privatrecht, 33 ff.; Huber, System und Geschichte IV, 228 ff.; Stolleis, Öffentliches Recht und Privatrecht, 52 f.  
Topoi erfolgte in den bürgerlich-liberalen Revolutionen des 18. Jahrhun-

b) Das Primat des Privatrechts (liberaler Rechtsstaat)


---


I. Privatrecht und öffentliches Recht

nungsmodell\textsuperscript{17} vom Privaten her: Die wirtschaftlich tätige Gesellschaft wurde als vorstaatlich und autoregulativ betrachtet\textsuperscript{18}. Dem Primat der Gesellschaft entsprach der Vorrang des Privatrechts vor dem öffentlichen Recht. Die \textit{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\textsuperscript{19}.

c) Die Rückkehr des Staatlichen (Sozialstaat)

Schon bei \textsc{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\textsuperscript{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 \textit{laissez-faire} und Staatsintervention geprägt\textsuperscript{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-

\textsuperscript{17} Der Zeit des liberalen Wirtschaftsrechts wird eher Modellcharakter als historischen Realcharakter zugesprochen, vgl. etwa \textit{Baudenbacher}, SAG 57 (1985), 58; \textsc{Kämmerer}, Privatisierung, 527.
\textsuperscript{18} \textsc{Grimm}, Privatrechtsgesetzgebung, 20.
\textsuperscript{19} Vgl. etwa \textit{Baudenbacher}, SAG 57 (1985), 58; \textit{Caroni}, Privatrecht, 114 f.; \textsc{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.
\textsuperscript{20} \textsc{Kant}, Metaphysik der Sitten, § 41 f.
\textsuperscript{21} \textit{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 Gewichte, Mass- und Münzeinheiten. Siehe weiter \textsc{Ruey}, Monopoles, 180. Zur „Verlustliste“ der originären Zweiteilung vgl. \textsc{Bullinger}, Funktionelle Unterscheidung, 244.
rend gewisse Beziehungen unter Privaten weiterhin der staatlichen Gemeinwohlsteuerung unterlagen.


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.
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 Gestaltungsaufgabe, 13 (Rückzug); Hodemann, 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
d) Die Wiederentdeckung des Privatrechts (Risikostaat)


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 ableiten.

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


31 Kaufmann, Diskurse über Staatsaufgaben, 33.


34 Zu den zunehmenden Veränderungsgeschwindigkeiten der gesellschaftlichen Prozesse auch Lendi, Wiederentdeckung, 414, 418.
37 Zu Begriff und staatsrechtlicher Problematik siehe Delwing/Windlin, ZBI 1996, 183 ff.; Mastronardi, AJP 4 (1995), 1541 ff., jeweils m.w.N.
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/Belanger/Tanquerel, Fonction publique, 29 ff.; Marti, Zürcher Kommentar, N 32 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB, m.w.N.
I. Privatrecht und öffentliches Recht

e) Erneute Trendwende?


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


f) Fazit: Historische Kontingenz des Kräfteverhältnisses zwischen den Teilrechtsordnungen


2. Der materielle Wandel – gegenseitige Öffnung der Teilrechtsordnungen


\(^{48}\) 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).
I. Privatrecht und öffentliches Recht

und Instrumente der jeweiligen Parallelordnung. Eine Zusammenstellung typischer „Grenzüberschreitungen“ wird später vorgenommen52. Vorliegend geht es nur darum, anhand von Einzelbeispielen diese inhaltliche Öffnung zu skizzieren und damit einmal mehr zu verdeutlichen, was niemand bestritet, nämlich dass die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, die im Ausgangspunkt des modernen Staates tragende Idee und Ordnungsprinzip war, zunehmend schwierig wird53.

a) Die Prinzipien des Privatrechts und ihre Relativierung


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 Privatrecht57. 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.
56 Walz, Steuergerechtigkeit, 235.
57 Vgl. hierzu Piaget, Droit public, 10 ff.; Terré, Introduction, Rn. 91.
Erster Teil: Grundfragen der Koordination

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 öffentlich-rechtlichen 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


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

\(^{61}\) Vgl. etwa Art. 307 ff. (Kindesschutzmassnahmen), Art. 368 ff. (Bevormundungsfälle).


\(^{63}\) *Bullinger*, FS Rittner, 89.

\(^{64}\) Treffend der Titel des Aufsatzes von *E. Schmidt*, JZ 1980, 153: „Von der Privatzur Sozialautonomie“.
I. Privatrecht und öffentliches Recht

spricht eine deutliche Sprache\textsuperscript{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\textsuperscript{66}. Die vertragliche Pflichtenordnung ist nicht nur Ausdruck einer vertragsrechtsinternen Neuorientierung, die auf die Wiederherstellung fehlender Waffengleichheit (Vertragsdisparität) zielt. Sie besteht vielmehr in einer vertragsrechtsexternen, 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.\textsuperscript{67}

Mit der Anerkennung grundrechtlicher Einflüsse im Privatrecht und der darauf fassenden Beschränkungen der Vertragsfreiheit vollzieht sich die Abkehr von der Idee eines sozialpolitisch neutralen Vertragsrechts, wie sie der Zweiteilungslehre zugrunde lag\textsuperscript{68}.

\textsuperscript{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.


\textsuperscript{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 Dritt- wirkung 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.

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 Staa-
tes. Seine Entscheidungen sind durch Verfahrensstandards, Begründungs-
pflichten und Neutralitätsgebote strukturiert und inhaltlich determiniert: Staatliches Handeln ist formell gesetzesgebundenes und materiell grund-
rechtsgebundenes 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 gere-
gelt, sondern es werden freiheitsbeschränkende Pflichten (Eingriffsverwal-
tung) oder staatliche Leistungen (Leistungsverwaltung) autoriativ statuiert.
Das öffentliche Recht wird auch nicht nach Belieben, sondern von Amts we-
gen aktiviert69.

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 Komplemen-
tarität und Kooperation ergänzt70. Dies hat vielerlei Folgen auf der „Prinzi-
piebebene“ – so wird etwa der Staat im Rahmen der Leistungsverwaltung
regelmässig nicht von Amtes wegen, sondern auf Gesuch der Leistungsemp-
fangenden hin tätig 71. Geradezu paradigmatisch für die Relativierung der
Prinzipien, die das „Wesen“ des öffentlichen Rechts ausmachen, ist der zu-
nehmende „Abschied von der Verfügung“72 als Form staatlichen Handelns73.

Der Vertrag, Prototyp des Handlungsszenarios des Privatrechts, ist heu-
te 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 öf-
fentlichen 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
71 Zur juristischen Gemengelage von öffentlichem und privatem Recht im Bereich
der Leistungsverwaltung Raiser, Zukunft des Privatrechts, 13 ff.; Marti, Zürcher
Kommentar, N 44 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB.
72 In Anlehnung an einen Beitragstitel von Tschannen, Privatisierung: Ende der Ver-
fügung? Zu den Schwierigkeiten, in der neueren Gesetzgebung den Verfü-
gungscharakter 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).

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 ist80. 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 ff.; Richli, ZBl 92 (1991), 381 ff. Für das französische Recht etwa Chapus, Droit administratif I, Rn. 721, 1360 m.w.N.
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.
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\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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

\textsuperscript{81} Vgl. hierzu die Ausführungen unten S. 40 (Synchronisierung).
\textsuperscript{82} Zur Funktionalität des Gemeinschaftsrecht etwa *Hoffmann-Riem*, Innovation und Flexibilität, 17 f.; *Schoch*, JZ 50 (1995), 109 (115 ff.).
\textsuperscript{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.

3. Zwischenergebnis


Zwar bleibt die Zivilrechtsordnung, verfassungsrechtlich vorausgesetzt und garantiert, vor allem eine Rahmenordnung der Selbstgestaltung und Selbstbestimmung von Rechtsverhältnissen der Privatrechtssubjekte86. Demgegenüber ist das öffentliche Recht eine solche der Sonderbindung staatlicher Akteure87. 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

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 rechtsgrundsätzlichlen Gegensatzes verloren hat. 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 Stolleis, Öffentliches Recht und Privatrecht, 59.
II. Neuere Ansätze zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen den Teilrechtsordnungen


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 Stillstand91. 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.

Wenn gleich der Entwurf eines differenzierten Gemeinrechts nicht weitergeführt wurde, so findet sich doch die Stossrichtung BULLINGERS in den weniger ambitiösen rechtswissenschaftlichen Bemühungen um einen sachadäquateren Umgang mit der Dichotomie wieder92. 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“\(^\text{93}\). Auch EUGEN HUBER bemerkte 1893, die Idee der Einheit der Rechtsordnung liege schon in den Anfängen des Privatrechts\(^\text{94}\). Die gleichnamige, als „Jahrhunderteinfall“\(^\text{95}\) bezeichnete Schrift von ENGISCH erschien 1935\(^\text{96}\). 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 Neuendektes: Sie erlebt in unseren Tagen eine vielbeschriebene und heiss diskutierte Renaissance\(^\text{97}\).

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\(^\text{98}\). Daraus resultier-

\(^{93}\) Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 44 f.  
\(^{94}\) Huber, System und Geschichte, 223.  
\(^{95}\) So Schmidt, Vielfalt des Rechts, 9.  
\(^{98}\) 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 Verzierung dienend, gefliessentlich ein-
II. Neuere Ansätze zur Verhältnisbestimmung

ren unmittelbare Konsequenzen für die Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Diese sollen im Kontext der Gesamtdenken erfolgen, was bedeutet, dass bei der Legiferierung und Anwendung der einen Teilrechtsordnung die Normierungen und Zielsetzungen der anderen Teilrechtsordnung berücksichtigt werden müssen.\textsuperscript{99}

Die Figur der Einheit der Rechtsordnung hat etwas Bestechendes: Sie ist „knapp, sprachlich griffig, spricht literarisch an“\textsuperscript{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“\textsuperscript{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\textsuperscript{102}. Diesem Gesamtkontext sind alle Rechtsgebiete und jede einzelne Rechtsnorm verpflichtet\textsuperscript{103}. Privatrecht und öffentliches Recht sind diesbezüglich von einer einheitlichen Ordnungsидеe und nicht von inneren Gegensätzen bestimmt.\textsuperscript{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, verstreut, um eine stimmungshebende und allen Zweifeln enthoben Aussage über das Gesamt der Rechtsordnung zu treffen.\textsuperscript{99}


\textsuperscript{100} Müller, Einheit der Verfassung, 236.


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

\textsuperscript{103} Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 90.

\textsuperscript{104} So auch Bullinger, FS Rittner, 83.
Erster Teil: Grundfragen der Koordination

differierende 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 hingegzwütäuschen vermöge\(^{111}\). Allein bei der Frage nach der „Einheit“ von Zivilrecht und Strafrecht hat das Bundesgericht einmal so und einmal anders entschieden\(^{112}\).

---


\(^{106}\) 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-

2. Ein differenziertes Gemeinrecht?


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-

\(^{113}\) Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, insb. 115.
Erster Teil: Grundfragen der Koordination

schaftlichen Rechtsbeziehungen regelt, also auch die wirtschaftlichen Rechtsbeziehungen des Staates. Demgegenüber wären etwa das Verfassungsrecht oder das Polizeirecht als Teilrechtsordnungen mit je eigenen Prinzipien auszusondern. 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.


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-


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 (agregierte Gemeinrechtsnormen)\textsuperscript{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\textsuperscript{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 komplementär 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\textsuperscript{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\textsuperscript{122}.

\textsuperscript{119} Beispiele: Börsengesetz (Art. 9 BEHG), Gleichstellungsgesetz (Art. 4 - 11 GIG), Kartellgesetz (Art. 5 ff.), Datenschutzgesetz (Art. 4-11 DSG), Strassenverkehrsge- setz (73 Abs. 1 SVG). Vgl. zu den Einheitsgesetzen Marti, Zürcher Kommentar, N 31, 71, 75 zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB.
\textsuperscript{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.
\textsuperscript{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.“
\textsuperscript{122} Zur Betonung der unterschiedlichen Funktionen von Privatrecht und öffentlichem Recht bereits Huber, Berner Kommentar, N 155 zu Art. 6 ZGB. In diesem
Erster Teil: Grundfragen der Koordination

So wird dem Privatrecht eine Steuerungsfunktion bezüglich der Rahmenvorgaben zugewiesen, die in Gestalt bestimmter Verfahrensgarantien eine jeweils situativ-konsensuale Konfliktlösung der Privatrechtsakteure bloss begleiten\textsuperscript{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\textsuperscript{124}.


\textsuperscript{123} Ähnlich Schmidt, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 169, der von den unterschiedlichen Grundansätzen der Teilrechtsordnungen zur Verwirklichung der gemeinsamen Zielsetzungen spricht.
\textsuperscript{125} Moor, Droit administratif I, 120.
\textsuperscript{126} Vgl. Häfelin/Müller, Verwaltungsrecht, Rn. 1134 ff.; Moor, Droit administratif II, 63.
II. Neuere Ansätze zur Verhältnisbestimmung


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, hat HOFFMANN-RIEM den Begriff der wechselseitigen Auffangordnungen geprägt. 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.
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 herauszuhoben, 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 Manßert, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 24 ff. Die Wirkung kann in der Begründung, oder Vernichtung des privatrechtlichen Rechtsverhält-
II. Neuere Ansätze zur Verhältnisbestimmung

Unter Zugrundelegung des Zweiteilungsdogmas sind privatrechtsgestaltende Hoheitsakte „Einmischungen“ des öffentlichen Rechts in ansonsten privatautonom ablaufenden Prozessen\textsuperscript{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\textsuperscript{137}: Es kommt zum Ausgleich der Funktionschwäche des Privatrechts durch das öffentliche Recht\textsuperscript{138}.

\textbf{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\textsuperscript{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 öffentlich-rechtlicher Verwirklichung: Hoheitliche Ergebniserzwingung wird erst dann aktiviert, wenn die privatrechtliche Rahmenordnung versagt hat. Die ge-

\begin{footnotes}
\item[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.
\item[137] Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, 31 f.
\item[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.“
\end{footnotes}
Erster Teil: Grundfragen der Koordination

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\textsuperscript{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 Motivation zur privaten Massnahmenergreifung aktiviert wird\textsuperscript{141}.

c) 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\textsuperscript{142}. Gleich wie beim Stufenmodell besteht eine staatliche Zielvorgabe. Im Gegensatz dazu


\textsuperscript{141} In diesem Sinne Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht, 302.

\textsuperscript{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\textsuperscript{143}, ohne aber eine subsidiäre staatliche Handlungsermächtigung vorzusehen: Der Staat wird keine Börse eröffnen, falls es an Antragstellern mangelt\textsuperscript{144}. Kollektive Aufgaben können aber auch über Vertragsysteme wahrgenommen werden. Ein Beispiel hierfür sind die normsetzenden Kollektivverträge, etwa die allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge, Rahmenmietverträge oder Vereinbarungen von Wirtschafts- und Konsumentenorganisationen\textsuperscript{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-

\textsuperscript{143} Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a BEHG sowie Art. 4 - 9 BEHG.

\textsuperscript{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.

teresses der Privaten erreicht – privates Organisationsrecht bildet dann ein funktionales Äquivalent zum öffentlichen Aufsichts- und Lenkungsrecht\textsuperscript{146}.

Ein Beispiel für diese Gestaltungsform der Auffangvorgänge sind die internen Revisionsstellen, wie sie etwa vom Bankengesetz und vom Versicherungsaufsichtsgesetz vorgesehen sind\textsuperscript{147}. Sie dienen als interne Kontrollinstanz, sind von der operativen Geschäftsleitung unabhängig und prüfen unter anderem die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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.

\section*{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-

\textsuperscript{146} Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, 32 f.
\textsuperscript{147} Vgl. Art. 9 Abs. 4 BankV und EBK-RS 95/1 (Interne Revision); Art. 27 E-VAG (BBI 2003, 3883).
\textsuperscript{148} Vgl. EBK-RS 95/1 Rn. 9, 13, 16.
\textsuperscript{149} Vgl. Art. 23, 24 E-VAG, BBI 2003, 3882.
\textsuperscript{151} Die Verwaltung darf die betriebsinternen Kontrolleure auch nicht als ihren „verlängerten Arm“ benutzen. Anders stellt sich die Lage bei externen Kontrollgre-
nen vier Grundformen unterschieden werden: die indizielle, die synchrone, die evozierende und die autonome Normrelation\textsuperscript{152}.

\textbf{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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 indizii präjudizieren oder zumindest auf Darlegungslasten und materielle Beweislasten zurückwirken\textsuperscript{156}. Umgekehrt können Verhaltensregeln privater Ver-


\textsuperscript{153} \textit{Hoffmann-Riem}, Öffentliches Recht und Privatrecht, 274 f.

\textsuperscript{154} Vgl. etwa \textit{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).

\textsuperscript{155} Sogenannter „Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität“, vgl. dazu unten S. 102 (Koordination durch materielle Normrelation).

einigungen oder gar die zivilrechtliche Beurteilung eines Verhaltens im Aufsichts- und Strafrecht indizielle Bedeutung erlangen\textsuperscript{157}.

bb) Synchronisierung

Eine synchrone Normrelation liegt vor, wenn das öffentliche und das private Recht derselben Normierung unterworfen sind, etwa im Zusammenhang mit Doppelnormen\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{160}. Sie können vereinzelt auftreten, oder sich zu sogenannten „Einheitsgesetzen“ verdichten: So geschehen im Datenschutzgesetz oder im Gleichstellungsgesetz\textsuperscript{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-

---


\textsuperscript{158} Vgl. zu den Doppelnormen \textit{Häfelin/Müller}, Verwaltungsrecht, Rn. 268 ff.; \textit{Moor}, Droit administratif I, 133.

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

\textsuperscript{160} Vgl. \textit{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 Abstandsvorschriften, vgl. BGE 106 Ib 231 (239) sowie die Bestimmungen über die Ruhestörung, vgl. BGE 118 Ia 14 (16). Für weitere Beispiele siehe \textit{Marti}, Zürcher Kommentar, N 72 ff. zu Vorb. Art. 5, 6 ZGB.

\textsuperscript{161} Vgl. Art. 4-11 DSG; Art. 3-7 GIg. Weitere Beispiele: Kartellgesetz (Art. 5 ff.); Straßensverkehrsgesetz (Art. 73 Abs. 1 SVG). Vgl. zu den Einheitsgesetzen \textit{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\textsuperscript{162}.

\textbf{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 (\textit{lex superior}). Das ist etwa der Fall, wenn das Bundeszivilrecht gegenüber einer kantonalen öffentlich-rechtlichen Norm den Vorrang beansprucht\textsuperscript{163}. Vorrangstellungen können aber auch auf der gleichen Rangstufe vorkommen. Anwendungsfälle sind unter anderem die privatrechtsgestaltende Verfügung\textsuperscript{164} oder die \textit{lex specialis} bzw. die \textit{lex posterior}\textsuperscript{165}.

\textbf{dd) Autonomie}


\textsuperscript{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.; Höfflin/Müller, Verwaltungsrecht, Rn. 187 ff.; Knapp, Droit administratif, 162 ff.; Moor, Droit administratif I, 58 f.

\textsuperscript{163} Ausführlich unten S. 75 (Föderative Koordination); S. 89 (Hierarchisierung).

\textsuperscript{164} Vgl. oben S. 34 (Privatrechtsgestaltende Verfügung).

\textsuperscript{165} Ausführlich unten S. 90 (\textit{lex specialis}, \textit{lex posterior}).


167 Siehe oben S. 39 (Indizierung).


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\textsuperscript{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\textsuperscript{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


\textsuperscript{174} Zu den Einheitsgesetzen \textit{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


\(^{175}\) In der neueren Literatur: Moor, L’opposition entre droit public et droit privé, 641.


\textsuperscript{177} Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, 301 f.
III. Ergebnisse des Ersten Teils


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. 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.

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\textsuperscript{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.

ZWEITER TEIL
BAUSTEINE EINER ALLGEMEINEN RECHTSDOGMATIK DER
AUFFANGFUNKTIONEN (KOORDINATIONSDOGMATIK)


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 Wechselbeziehungen. 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\textsuperscript{181}, Rechtsanwendung\textsuperscript{182} und Rechtsdurchsetzung\textsuperscript{183} gehören seit jeher zu den Leitprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung\textsuperscript{184}. Der Koordinationsauftrag, der häufig unter dem

\textsuperscript{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.


\textsuperscript{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 Verwaltungsgesetzes (SR 172.010) ein koordiniertes Entscheidverfahren vor, vgl. Art. 62 ff. RVOG.

\textsuperscript{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 Bundes-privatrecht 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-


\(^{187}\) 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 vorznnehmen ist. In diesem Sinne gilt: Koordinationsdogmatik ist die Summe aller Lehrrätze 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\(^{189}\).


---


\(^{189}\) 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 Widerspruchs- freiheit des Rechts zu sichern und so den allgemeinen Rationalitätsboten der Konsistenz und Kohärenz zu genügen.191

Vom allgemeinen Rationalitätskriterium der Konsistenz ist die Rede, wenn es um die *innere Widerspruchs- freiheit* von Aussagen geht. Übertragen auf Normsysteme, insbesondere auf die Normen der Rechtsordnung, fordert 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 Widerspruchs- freiheit der einzelnen Teilrechtsordnung. Bei der Auslegung einer Teilrechtsnorm kommen gemäß dem Konsistenzgebot nur diejenigen Varianten in Betracht, die sich in die teilrechts- eigene Teleologie einfügen.193


---

192 Vgl. Alexy, Juristische Begründung, 96.
193 Vgl. Burghart, 111 f. („innergesetzliche sachliche Verträglichkeit“).
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\textsuperscript{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\textsuperscript{198}. Damit ist als erste Aufgabe der Koordinationsdogmatik wie auch jeder anderen Dogmatik die „Rechtsgewinnung durch Normkonkretisierung“\textsuperscript{199} vorgegeben (a). Hinzu treten zwei weitere wichtige Funktionen einer jeden Koordinationsdogmatik: die Systematisierungs- (b) und die Kontrollfunktion (c)\textsuperscript{200}.

a) Rechtsgewinnungsfunktion


197 Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 309.
199 Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 11.
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.


c) Kontrollfunktion

Schliesslich erfüllt die Rechtsdogmatik auch eine Kontrollfunktion\textsuperscript{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 Lösungsvorschlags 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

\textsuperscript{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 überprüfbar²⁰².

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


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-


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

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 und im Kapitalmarktrecht. 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.


traglichen Austauschverhältnisses der Produktsicherheit von der zivilen Klagemöglichkeit auf ein behördliches Genehmigungsverfahren umgestellt wird\textsuperscript{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\textsuperscript{209}. Diese Anwendungsfälle des positiven Rechts lassen sich wiederum verallgemeinern und als Ziel der Koordination formulieren: Eine Teilrechtsordnung, deren Regulierung durch Neu regulierung 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 Über schneidungen 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.


\textsuperscript{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.

\textsuperscript{209} Marti, Zürcher Kommentar, N 46 zu Art. 6 ZGB.
b) Subsidiarität als Sonderfall


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


d) Kompatibilität und Konkordanz


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).
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)\textsuperscript{218}. Bei der Konkordanzsicherung, also bei der Abstimmung des Zusammenwirkens privat- und öffentlich-rechtlicher Regelungsgehalte, geht es zwar nicht um die Vermeidung unüberwindlicher Blockadensituationen, 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)\textsuperscript{219}.

4. Zwischenergebnis


\textsuperscript{218} Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht, 271, 310 ff.
\textsuperscript{219} Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht, 326 ff. 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 Verantwortungsklarheit 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


---

221 Siehe oben S. 13 (Wiederentdeckung des Privatrechts).
II. Lösungsansätze im positiven Recht

a) Gestaltungsspielraum bei der Instrumentenwahl

aa) Förderative Vorgaben


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 ausübt werden müssen. Denn hier ist


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

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 und Polizei- und Strafvollzugsaufgaben werden teilweise an Private delegiert (die ihre Mitarbeitenden wiederum privatrechtlich anstellen), und auch die Post hat ihr Monopol in zahlreichen Bereichen aufgeben müssen. 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-

---


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.

II. Lösungsansätze im positiven Recht

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.“

cc) Vorrang der Selbstregulierung (Subsidiaritätsprinzip)?

Weiter könnte freie Instrumentenwahl des Gesetzgebers durch die aufgabenpolitische Dimension des Subsidiaritätsprinzips eingeschränkt sein. 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. In jüngerer Vergangenheit hat das Prinzip vor allem im Umweltrecht Beachtung gefunden; inzwischen wird es aber auch für zahlreiche andere Politikfelder beansprucht.


236 Vgl. Braun, Abfallverminderung durch Kooperation, 131.

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

\textsuperscript{238} Hotz, Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit, 49 f.; Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, 201; Saladin, Grundrechte im Wandel, 357 f.; Zimmerli, ZSR 97 II (1978), 15.

\textsuperscript{239} Vgl. oben S. 59 (Subsidiarität als Sonderfall).

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

\textsuperscript{241} Vgl. nur Art. 41 BV.


\textsuperscript{243} Der entsprechende Art. 3\textsuperscript{bis} 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.

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 machen245; nur der Einsatz im Olymp der Verfassungsgründe 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

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

aa) Legalitätsprinzip

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


246 Statt vieler: Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, Rn. 176 ff.
248 In den Worten Nobels, SZW 1999 (Sondernummer), 11, fehlen die Gebrauchsanweisungen. Im gleichen Sinne Biaggini, Verfassungsrechtliche Grenzen, 93.
250 Vgl. den Überblick bei Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht, Rn. 1886 ff.
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.
255 Vgl. Brunner, Rechtssetzung durch Private, 140 ff.; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht, Rn. 1890 ff. Differenziert Marti, AJP 11 (2002), 1155; Moor, Droit admini-
II. Lösungsansätze im positiven Recht

Bei der Erfüllungsdelegation wird die (vormals) staatliche Aufgabenerfüllung an Private übertragen\textsuperscript{256}. Nach herrschender Lehre und Praxis bedarf sie keiner ausdrücklichen Verfassungsgrundlage\textsuperscript{257}. Erforderlich ist hingegen sowohl für den Fall der Eingriffs- als auch der Leistungsverwaltung eine formellgesetzliche Grundlage (Art. 178 Abs. 3 BV)\textsuperscript{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\textsuperscript{259}. Auch bei der Erfüllungsdelegation bildet demnach das Legalitätsprinzip eine Rahmenbedingung bei der Umsetzung der privatrechtlichen Instrumentenwahl.

\textsuperscript{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 concessionnaire.

\textsuperscript{257} Vgl. Burnet, L’Exécution de tâches publiques, 124 f.; Moor, Droit administratif III, 114; Müller, AJP 7 (1998), 65 (74).


\textsuperscript{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’exécution de tâches publiques, Rn. 13 ff. Knapp behandelt das öffentliche Interesse als eigenständige Voraussetzung für die Delegation (Rn. 16 ff). Dem ist entgegenzuhalten, 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“ entledigen. 

So unterliegt der Staat gemäß Art. 35 Abs. 2 BV auch dann, wenn er sich privatrechtlicher Handlungs- und Organisationsformen bedient, im Vergleich zu den privaten Akteuren einer verstärkten Grundrechtsbindung. Das gilt namentlich für das Willkürverbot und das Rechtsgleichheitsgebot, die gerade im Rahmen von privatrechtlich inspirierten oder gar strukturier-ten Verhandlungsprozessen schwieriger zu beachten sind als im Falle hoheitlichen Handelns. Das gilt weiter für das Gebot der Wettbewerbsneutralität des Gemeinwesens. Mit der fortbestehenden Bindung des Staates an die Grundrechte besteht mithin ein verfassungsrechtlicher Eckpfeiler, der auch im Falle einer Verantwortungszuweisung an das Privatrecht zu bür-cksichtigen 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 verstärkten Grundrechtsbindung, wobei die Bindungsintensität sich nach

---

261 Beispiele: Vertragliches Handeln des Gemeinwesens (Handlungsform); Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform (Organisationsform). Zum Begriff des öffentlichen Unternehmens vgl. Häfelin/Müller, Verwaltungsrecht, Rn. 1483.
264 Knapp, SZW 1999 (Sondernummer), 8 f.; Müller, AJP 7 (1998), 65 (78).
dem Umfang der Marktaalternativen richtet266. Zudem gelten die Verfahrensgarantien, denen das Gemeinwesen bei eigener Aufgabenerfüllung unterstehen würde267.

c) 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 abzulösen269. Tatsächlich dürfte die grundrechtliche Eingriffsintensität einer imperative Regulierung typischerweise grösser sein als diejenige einer selbstregulativen. Gleichwohl kann die Verschiebung hin zu 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 wird270. 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-

267 In Anwendung dieses Grundsatzes ausdrücklich Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG. Vgl. hierzu Müller, AJP 7 (1998), 65 (75).
Zweiter Teil: Bausteine einer Koordinationsdogmatik

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 können271.


dd) Untermassverbot (staatliche Reserveverantwortung)


274 Die rechtswissenschaftliche Diskussion um das Untermassverbot ist jüngerer Datums; die Begriffsprüfung 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).
II. Lösungsansätze im positiven Recht

massverbot legt so die Untergrenze des legislativen Gestaltungsspielraums fest\textsuperscript{276}.


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\textsuperscript{279}. Abschliessend ist sodann zu erwähnen, dass bei der Übertragung von öffentli-

---

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

\textsuperscript{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“.

\textsuperscript{278} Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, 11.

\textsuperscript{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\textsuperscript{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.


2. Koordinationsbeiträge des einfachen Gesetzesrechts

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


\textsuperscript{281} \textit{Kämmerer}, Privatisierung, 4.

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. 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. Die einschlägige Bestimmung wurde im Zuge der Justizreform um die Kompetenz zum Erlass von Verfahrensrecht erweitert, so dass eine wichtige kantonale Residualkompetenz dahinfällt. 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.

Aus der Bestimmung in Art. 6 Abs. 1 ZGB wird die Pflicht zur Harmonisierung beider Teilrechtsordnungen abgeleitet. 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.


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

286 Vgl. Descheniaux, SPR II, 26 ff.; Marti, Zürcher Kommentar, N 2, N 54 ff. zu Art. 6 ZGB, m.w.N.
lässt: (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 erschweren287.


b) **Intertemporale Koordination (Art. 60 SchlT 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.
I. Lösungsansätze im positiven Recht

77

dentlich-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.


293 So das Bild bei Kämmerer, Privatisierung, 235.
294 Spannowsky, ZGR 1996, 400 (422).
Meist werden sie allerdings dem öffentlichen Recht zugerechnet\textsuperscript{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 regelt hat\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{300}. Im Gegenzug für

\textsuperscript{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.

\textsuperscript{297} Siehe dazu oben S. 75 (Föderative Koordination).


\textsuperscript{299} Vgl. etwa Dénéréaz, ZSR 72 (1953), 57a f.; Forstmoser, SJZ 98 (2002), 317 ff.; Knapp, L’accomplissement par des organismes de droit privé, 426.

\textsuperscript{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-
II. Lösungsansätze im positiven Recht

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 un konditionell den Vorrang der anderen Teilrechtsordnung, oder sie tritt für den Fall zurück, dass die andere Teilrechtsordnung von ihrer Regelungskompetenz Gebrauch macht. Sie kann auch die ande-
Zweiter Teil: Bausteine einer Koordinationsdogmatik

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

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 Engriffswelaltung – festlegt, dass der Entscheid per Verfügung ergeht. Damit werden vertragliche Gestaltungsformen und mithin auch das Interaktionspotential ausgeschlossen.


306 Beispiele: Art. 342 Abs. 2 OR (Erweiterung der privatrechtlichen Regeln durch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften); Art. 14 GIG (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 Gel tung 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).
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\textsuperscript{312} Bestimmungen über die Anpassungen in öffentlich-rechtlichen Gebieten wie der Steuer-, Alters- und Sozialvorsorgegesetzgebung\textsuperscript{313}. Umgekehrt verfügt das Gerichtsstandsgesetz vom 24. März 2000 die Aufhebung zahlreicher Bestimmungen im Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht\textsuperscript{314}.

e) Fazit


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\textsuperscript{316}. Insoweit ist das einfachgesetzliche Recht aber nicht kraft eigener Systemgedanken verbindlich, sondern nur als Ausdruck einer letztlich auf Verfassungsebene geschützten Ordnung.

\textsuperscript{312} In Kraft seit 1. Januar 2000, AS 1999, 1118.
\textsuperscript{313} Vgl. BG über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Anhang, AS 1999, 1145 ff.
\textsuperscript{314} Vgl. BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Anhang.
\textsuperscript{315} Vgl. oben S. 26 (Renaissance der „Einheit der Rechtsordnung“).
\textsuperscript{316} Vgl. Meylan, L’accomplissement par des organismes de droit privé, 426.
3. Koordination durch allgemeine Rechtsetzungsziele?


a) Effektivität als Rechtsprinzip?

Kein Zweifel: Im Ansatz kann zumindest der „effektive Rechtsschutz“ als ein Verfassungsgebot angesehen werden, vermittels dessen dem Effektivitätssprinzip 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-

⁴¹⁷ Dazu oben S. 31 (Privatrecht und öffentliches Recht als wechselfeitige Auffangordnungen); S. 60 (Effizienz und Effektivität).
II. Lösungsansätze im positiven Recht

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 ist320. 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 auszurichten321. Unstreitig gehören ökonomische Gesichtspunkte mittlerweile auch in Kontinentaleuropa zum rechtspolitischen Diskurs322. Hingegen lässt sich Effizienz weder als allgemeines Verfassungs-

319 Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht, 293.
320 Dazu oben S. 72 (Untermassverbot).
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 Argumentationsmuster 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 begehen.\footnote{Eingehend zur Thematik die Habilitationsschrift von \textit{Eidenmüller}, Effizienz als Rechtsprinzip, 464 ff. \textit{Kübler}, Effizienz als Rechtsprinzip, 687 ff.; \textit{Morlok}, Vom Reiz und Nutzen, 1 ff.}

Die Verfassung verpflichtet den Gesetzgeber nicht, effizientes Recht zu setzen. \textit{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.} 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 kostspiegelig oder einfach ist.\footnote{Möstl, DÖV 1998, 1029 (1038).}

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.\footnote{\textit{Kübler}, Effizienz als Rechtsprinzip, 487.} 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.\footnote{\textit{Morlok}, Vom Reiz und Nutzen, 15.} Er kommt bei der Gesetzesauslegung in Betracht, soweit Effizienz zum Gesetzeszweck gehört oder soweit eine effizienzorientierte Auslegung als zulässige Gesetzeskonkretisierung angesehen werden kann.\footnote{\textit{Eidenmüller}, Effizienz als Rechtsprinzip, insb. 463 ff.}

Unter einem weiteren Gesichtspunkt ist das Effizienzprinzip sodann von Bedeutung: Es wird im Rechtssystem \textit{indirekt} integriert, indem nicht-staatlichen Akteuren gestattet wird, innerhalb einer privatrechtlichen Rah-
menordnung ihrem Eigeninteresse freien Lauf zu lassen, Verträge also beispielweise nur danach zu schliessen, ob sie sich für sie selbst lohnen oder nicht. 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. Die Existenz eines „Optimierungsprinzips“, das die Aufgabenverteilung zwischen öffentlichem und privatem Recht oder gar diejenigen ihrer optimalen Kombination inhaltlich vorgabe würde, wird in der Schweiz aber nicht angenommen. Mithin bleibt es dabei, dass der Hoheitsträger, dem die Aufgabenerfüllung obliegt, grundsätzlich die Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Instrumentenwahl geniesst.

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.
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\textsuperscript{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\textsuperscript{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 \textit{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 \textit{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).

\textsuperscript{333} Vgl. Dreier, Einheit und Vielfalt, 114.
\textsuperscript{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. 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. Für eine Geltungsvermutung zugunsten der Vorrangregeln spricht dann ihre Plausibilität: Der Vorrang des höhereherrangigen 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.


---


336 Zum Normwiderspruch siehe sogleich S. 94.
III. Systematik der Normrelationen

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“ 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 innerhalb des Rechts – d.h. des Stufenbaus der Rechtsordnung. Höherrangiges Recht bricht untergeordnetes Recht, wenn dieses zu ihm in einen Widerspruch tritt; es beansprucht und erhält den Geltungsvorrang. So geht beispielsweise das Parlamentsgesetz vor; gleichzeitig muss es sich dem Vorrang der Verfassung als Grundordnung beugen. Im Bundesstaat ist zusätzlich die derogatorische Kraft des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht zu beachten (Art. 49 Abs. 1 BV). 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.

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

---

337 So die Bezeichnung bei Häfelin/Müller, Verwaltungsrecht, Rn. 219.
339 Grundlegend Kelsen, Reine Rechtslehre, 228 ff.
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.).

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 Vorrang345. Dem Spezialitätsgrundsatz wird für die Rechtsanwendung überragende Bedeutung eingeräumt346. Namentlich bei diesem Grundsatz zeigt sich aber auch, dass die Qualifizierung der Vorrangregeln als formal 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

344 Vgl. Art. 122 Abs. 1 BV, Art. 6 ZGB. Für Beispiele aus der Rechtsprechung siehe oben Fn. 287 sowie Häfelin/Haller, Bundesaatsrecht, Rn. 1186 f.
345 Zum Spezialitätsgrundsatz Larenz, Methodenlehre, 266 ff.; Ott, Methode der Rechtsanwendung, 206 ff.; 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 speziellere 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 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 können348. 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 fand349, 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.
d) Fazit


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. 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, Hafpflichtrecht 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.
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.

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 Konkurrenzzverhältnis besteht. Normkonkurrenzelternisse treten auf, wenn sich die Tatbestände von mindestens zwei Normen vollständig oder teilweise decken, so dass derselbe Lebenssachverhalt von ihnen erfasst wird.\footnote{Die Terminologie ist nicht einheitlich. Wie hier Kramer, Methodenlehre, 81; Laurenz, Methodenlehre, 266; Ott, Methode der Rechtsanwendung, 192. Anders etwa Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, 668 ff.} führt man sich die vielfältigen Erscheinungsformen von Normkonkurrenzerhältnissen (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 Normenkongkurrenz

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

aa) Rechtsfolgenwiderspruch

Im Falle des Rechtsfolgenwiderspruchs schliessen sich die Anordnungen der beiden Rechtsnormen gegenseitig aus. Die blosse Normenkongkurrenz
III. Systematik der Normrelationen


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. 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

________________________
362 Das Beispiel stammt von Engisch, Einführung in das juristische Denken, 209 f.
364 Im Schrifttum wird diese Erscheinungsform der Rechtsfolgenrelation auch als besondere Form des Normwiderspruchs bezeichnet, so etwa bei Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 99 („einsiteiger Normenkonflikt“); Schilling, Rang und Geltung von Normen, 381 („unechter Normwiderspruch“). Einen weiten Begriff der Normenkonzurrenz 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. 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.

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.
III. Systematik der Normrelationen

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 ist367.

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 Rechtsfolgenwiderruf
Der Rechtsfolgenwiderruf 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 gebietet wollte, und er den Rechtsunter-

367 Siehe dazu unten S. 97 (Zuordnung bei Rechtsfolgenwiderruf).
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)\textsuperscript{369}. Die Aufgabe, zur Vermeidung von Normwidersprüchen das methodologische Arsenal einzusetzen\textsuperscript{370}, findet ihre Grundlage im rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz\textsuperscript{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 \textit{lex superior}, \textit{lex specialis} und der \textit{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 unauflosbarer Normwiderspruch. Solche Widersprüche werden in der Methodenlehre dahingehend 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\textsuperscript{372}. Hier besteht die Konkurrenzfolge in der gegenseitigen Aufhebung (Neutralisierung).

\textbf{bb) Zuordnung bei Rechtsfolgendivergenz}

Anders als beim Rechtsfolgenwiderspruch ist im Falle der Rechtsfolgendivergenz die Derogationsfolge nicht zwingend\textsuperscript{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\textsuperscript{374}.

\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item \textsuperscript{369} Vgl. nur \textit{Schreiber}, Logik, 60: „Würde ein solcher Widerspruch in der Rechtsordnung existieren, so müsste er das Rechtssystem zerstören.“
\item \textsuperscript{370} \textit{Canaris}, Systemdenken, 116.
\item \textsuperscript{371} So etwa \textit{Schilling}, Rang und Geltung von Rechtsnormen, 377.
\item \textsuperscript{374} Ausführlich und anschaulich zu den Konkurrenzfolgen der Kumlation und Alternativität \textit{Ennecerus}/\textit{Nipperdey}, AT Bd. 1, § 60 I.
\end{enumerate}
\end{footnotesize}
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 Anwendung375. 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 betreibt376. Entsprechendes gilt im Falle von Rechtscollisionen zwischen Urheberrecht und allgemeinem Persönlichkeitsrecht377. OTT sieht gar für die Fälle ausserhalb des Rechtsfolgenwiderspruchs die kumulative Anwendung als das primäre Normverhältnis an378.


All dies zeigt: Welches Konkurrenzinstrument bei der Rechtsfolgendivergenz effektiv zum Tragen kommt, ist eine Frage der Auslegung im Einzel-
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 war382.

cc) Zuordnung bei Rechtsfolgenidentität


382 Vgl. Larenz, Methodenlehre, 268; Ott, Methode der Rechtsanwendung, 197.
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\textsuperscript{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\textsuperscript{386}. Richtigerweise gilt sodann die Kumulation bei der Konkurrenz zwischen einer Norm des allgemeinen und einer Norm des speziellen privaten Haftpflichtrechts\textsuperscript{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 Derogation


\textsuperscript{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.

3. Koordination durch materielle Normrelation


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).
III. Systematik der Normrelationen


aa) Vermutung der kongruenten Bedeutungsinhalte


389 Zu einigen dieser Begriffe Kramer, Methodenlehre, 49, m.w.N.
390 Grundlegend die Habilitationsschriften von Koller, Privatrecht und Steuerrecht; Maasen, Privatrechtsbegriffe; Witzel, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung.
393 Vgl. Wank, Juristische Begriffsbildung, 115.
394 Canaris, Systemdenken, 117.
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)\(^\text{397}\). 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\(^\text{398}\). 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\(^\text{399}\). 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“\(^\text{400}\). Gesamthaft gesprochen steht der gleiche Sinngehalt gleichlautender Rechtsbegriffe immer unter dem Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität\(^\text{401}\).


\(^{398}\) Grünhut, Methodische Grundlagen I, 19.


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


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.

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 konruenter und teilrechtspezifischer Begriffsinhalte im Vergleich zwischen ZGB und OR vgl. Friedrich, Berner Kommentar, N 56 zu Art. 7 ZGB.

**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). 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 oder zwischen allgemeinen und besonderen Haftpflichtnormen besonders deutlich zeigt. 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 Herabsetzunggründe.
408 Dazu ausführlich unten S. 223 (Verantwortlichkeit der Organe).
409 Vgl. hierzu Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, § 13 Rn. 34.

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). 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.


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 Militärschutzgesetz, 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).
Zweiter Teil: Bausteine einer Koordinationsdogmatik

c) Verweisung


aa) Begriff der Verweisung


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 weitestmöglich- 
chen Kohärenz im Bereich der gesamten Privatrechtsordnung verpflichtet416. Diese Funktion lässt sich auf Verweisungen zwischen öffentlichem und pri-

tem Recht übertragen417 und ausserdem verallgemeinern: Der Gesetzgeber 
weisst damit alle Hoheitsträger an, die Kohärenz zwischen den Teilrechtsord-

nungen zu fördern. Eine Verweisung vom öffentlichen Recht auf das Privat-

recht 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 harmoni-
sches 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 nun-
mehr einen Teil derselben bildet. Gelangt also Privatrecht kraft Verweisung 
im öffentlichen Recht zur Anwendung, so ausnahmslos als subsidiäres öf-
fentliches Recht418. Damit untersteht es grundsätzlich auch der öffentlich-
rechtlichen Handlungsrationalität und dem dort vorgesehenen Rechts-

schutz419.

Auch wenn die Referenznormen kraft Verweisung formell Bestandteil 
der Verweisungsordnung bilden, bleiben sie mit Blick auf ihren Regelungs-

inhalt 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 
will aber das Aktienrecht angewendet. Die Teilrechtsordnung, auf die ver-
wiesen 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 Verjäh-

rung 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 entsprechen der Weise zur Anwendung\textsuperscript{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\textsuperscript{421}. Diese Besonderheiten können dazu führen, dass die Referenz norm entweder gar nicht oder allenfalls in modifizierter Art und Weise anwendbar ist\textsuperscript{422}. Allerdings rechtfertigen sich Abweichungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann, wenn sie sich gebiet erisch aufdrängen\textsuperscript{423}.

Während die Verweisung innerhalb des Privatrechts einerseits oder innerhalb des öffentlichen Rechts andererseits selten Systembrüche verursacht\textsuperscript{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 öffentlich-rechtliche 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-
III. Systematik der Normrelationen

111

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

d) Generalklausel


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.“ In ihrer Primärfunktion ist die Generalklausel ein dynamisches Bindeglied zwischen Recht und Gesellschaft; sie erlaubt die kontinuierliche Anpassung des Rechts an den gesellschaftlichen Wertewandel, ohne dass der Gesetzgeber tätig werden muss. Die Anpassung kann aber auch mit Blick auf andere Teilrechtsnormen erfolgen; die Rezeptionsfunktion der Generalklauseln ist zwar herkömmlich auf den aus-

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.
429 KRAMER, Methodenlehre, 54.
serrechtlichen Bereich ausgerichtet, aber nicht auf ihn beschränkt\textsuperscript{430}. Deutlich wird dies etwa im Rahmen der Auslegung privatrechtlicher Generalklauseln im Lichte der Verfassungsnormen (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte)\textsuperscript{431}.

\textbf{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 – \textsc{Wieacker} bezeichnet sie gar als deren „erste Richtschnur“\textsuperscript{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 „übertässigen Einwirkung“ auf das nachbarliche Grundstück (Art. 684 Abs. 2 ZGB) wird heute indiziel durch die öffentlich-rechtlichen Grenzwerte konkretisiert\textsuperscript{433}.

\textbf{cc) Vorbehalt der Systemkompatibilität}


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

\textsuperscript{431} Vgl. dazu oben S. 17 (Prinzipien des Privatrechts und ihre Relativierung). Vgl. sodann \textit{Bydlinsky}, Möglichkeiten und Grenzen, 204 ff.


\textsuperscript{433} Siehe oben S. 39 (Indizierung); S. 41 (Autonomie).
e) **Fazit**


---

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. 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.

Systemabstimmung erfolgt teils legislativ, etwa im Falle von Einheitsgesetzen oder Doppelnormen. 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.

436 Siehe oben S. 53 (Konsistenz und Kohärenz).
438 Siehe dazu oben S. 40 (Synchronisierung).
439 In diesem Sinne auch Marti, Zürcher Kommentar, N 58 zu Art. 6 ZGB.
III. Systematik der Normrelationen

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.“\(^442\)

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

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 deregulierte Norm innerhalb ihrer Teilrechtsordnung zusätzliche Zwecke erfüllt.

---


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 (Konkurrenzanordnung der Derogation)\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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-

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

\textsuperscript{449} Dazu ausführlich unten S. 353 (Ausnahme der Kumulation).

\textsuperscript{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 Rechtsfolgendifferenz 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 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 Verkopplungen 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 indiziert als adäquate Ergebnisse für die eigene Teilrechtsordnung. Ihre effektive Übernahmen steht allerdings unter dem Vorbehalt der teilrechtseigenen Wertungen (Vorbe-
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

IV. Ergebnisse des Zweiten Teils


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-
Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht

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


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 Banken453. 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

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


---


\(^{456}\) 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.

b) Stufenweise Regulierung


licher Gesetzgebung ein Riegel geschoben werden\textsuperscript{461}. Die meisten Kantone wählten mit dem \textit{Konzessionssystem} eine weitgehende Marktzutritts- und Überwachungsregulierung, durch welches ihnen ein Kontroll-, ja gar Mit- spracherecht bei der AG gesichert war\textsuperscript{462}. Erst das Obligationenrecht von 1881 führte gesamtschweizerisch das heutige \textit{Normativsystem} ein, das bei Erfüllung der Gründungsvoraussetzungen ein subjektives öffentliches Recht auf Erlangung der Rechtspersönlichkeit gewährt\textsuperscript{463}.


destzinsvorschriften. 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. Im ZGB von 1914 überliess man die Materie insoweit den Kantonen, als diese die Befugnis zur Sicherung der Spareinlagen erhielten (Art. 57 SchlIT aZGB).


I. Der Koordinationsbedarf

ins Bundesblatt eingeschoben, im selben Jahr erfolgte die Beratung und Verabschiedung im Parlament\textsuperscript{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 nationalräumliche Motion eine Haftungsverschärfung für die Verwaltung und Revision\textsuperscript{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\textsuperscript{470}. Als EUGEN HUBER 1920 seine Vorschläge zur Revision des Gesellschaftsrechts vorlegte, enthielten diese zahlreiche Punkte des gescheiterten Landmannschen Entwurfs für ein Bankengesetz\textsuperscript{471}. Noch 1932 erwogen Bundesrat und Kammern für die Bankenkontrolle eine gesellschaftsrechtliche Lösung im Rahmen der laufenden OR-Revision\textsuperscript{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


\textsuperscript{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.

\textsuperscript{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.


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.

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-

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 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. Damit sollte sichergestellt werden, dass die Unternehmensführung von der Schweiz aus erfolgt.


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 Geschäftsbetriebs – 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...
I. Der Koordinationsbedarf

dungen auf (c). Bankengesetz und Aktienrecht sind so zu einer interpretativen Einheit verwoben, die einen Koordinationsbedarf auslöst (d).

a) Überschneidung der Regelungsmaterien (Regelungskonkurrenz)


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 Normenkonkurrenzverhältnis492. Wie schon im Rahmen der Systematik der Normrelationen dargelegt, kann man drei Erscheinungsformen von Konkurrenzverhältnissen unterschieden: den Rechtsfolgenwiderspruch, die Rechtsfolgendivergenz und die Rechtsfolgenidentität493.

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 Rechtsansatz zur Anwendung gelangen kann\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{496}. Beiden Anordnungen gleichzeitig Folge zu leisten, ist nicht möglich\textsuperscript{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\textsuperscript{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

\textsuperscript{494} Siehe oben S. 94 (Rechtsfolgenwiderspruch).

\textsuperscript{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.


\textsuperscript{497} Dazu ausführlich S. 215 (Verwaltungsrat und Generalversammlung).

\textsuperscript{498} Siehe oben S. 98 (Zuordnung bei Rechtsfolgendivergenz).
I. Der Koordinationsbedarf

um das Hundertfache übersteigt\(^{499}\), schliessen sich die beiden Anordnungen nicht \textit{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 \textit{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 \textit{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; \textit{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. 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.

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. Neuerdings verweist das Bankengesetz auf die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts – und er-
I. Der Koordinationsbedarf

klärt damit dessen Rechtsfolgen als anwendbar. Auch damit wird Rechtsfolgenidentität erzielt.

c) Überschneidung der Schutzziele (Zielkonkurrenz)

Außer in den Sachgebieten und Normen besteht auch bei den Schutzzzielen eine Überschneidung zwischen Bankaufsichtsrecht und Aktienrecht. Sie betrifft die externen Schutzzziele, 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 und ganz allgemein den Schutz von sogenannten stakeholders.

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 apparait comme la toile de fond de la loi.” 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 gelente Aktienrecht [ist] nicht nur, aber auch Gläubigerschutzrecht.” 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 ökonomischen 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.“
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 das selbste 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 durchgesetztes Recht\(^{514}\). Seine Instrumente sind trotz umfangreicher selbstregulatorischer 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.
I. Der Koordinationsbedarf


Die beschränkten Selbstschutzmöglichkeiten wiegen im Bankensektor besonders schwer, weil die Banken über eine verhältnismässig geringe Ausstattung mit Eigenkapital verfügen. 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. 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 Akt-
Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht

138
tivseite (Bankkredite); kommt es zum Abzug der Einlagen, entstehen Liquidityengpässe521.

Das Zusammenwirken des fehlenden Selbstschutzes mit dem sektorspezifischen Vermögensverlustrisiko des Bankgewerbes rechtferigt daher eine Gläubigerschutzmotivierte Einschränkung des Handlungsspielraums der Banken, die über die aktienrechtlichen Schutzmassnahmen hinausgehen522.

bb) Funktionsschutz als kongruente Schutzkategorie


(1) Bankengesetzlicher Funktionsschutz

Der Funktionsschutz bildet heute – trotz vereinzelter Kritik in der Lehre523 – einen zentralen Bestandteil des bankengesetzlichen Schutzauftrags524. Er

521 Zum Risikoaspekt der Fristentransformation vgl. Expertengruppe Zufferey, Finanzmarktaufsicht, 79; Hüpkes, Legal Aspects of Bank Insolvency, 8.


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-

---


(2) Aktienrechtlicher Funktionsschutz

In älterer Zeit stand der Schutz der Aktionäre und Gläubiger als Ziel der aktienrechtlichen Gesetzgebung im Vordergrund. Damit verbunden war...
I. Der Koordinationsbedarf


531 Zu letzterem Böckli, Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, 346.
534 Vgl. Art. 662 ff. OR; Art. 663c OR, Art. 697h Abs. 1 OR.
Der Ausbau der Mechanismen zur Förderung der Markteffizienz lässt folglich eine Perspektivenerweiterung in den Schutzzzielen des Aktienrechts erkennen. Das Ziel der Markteffizienz\textsuperscript{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 \textit{auch} der Funktionsfähigkeit des Marktes, mithin also dem \textit{Kollektivschutz}\textsuperscript{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 funktionalen Zusammenhang mit dem Kapitalmarktrecht und dient dem kapitalmarktrechtlichen (Funktionsschutz-)Ziel der Markteffizienz\textsuperscript{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 \textit{Bankenapparates}, während es im Aktienrecht um das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des \textit{Kapitalmarktes} geht\textsuperscript{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 \textit{gemeinsam} zum guten Funktionieren des Kapitalmarktes beitragen\textsuperscript{543}. So werden richtigerweise unter erweiterter Perspektive auch

\begin{thebibliography}{99}
\item \textsuperscript{539} Zu deren Voraussetzungen vgl. die Übersicht bei Kohl/Kübner/Walz/Wüstrich, ZHR 138 (1974), 1, 16 ff.; Kübner, 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).
\item \textsuperscript{541} So schon früh Hopt, ZHR 140 (1976), S. 201 ff. Vgl. weiter Nobel, Börsengeschäftsrecht, 304 ff.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 477.
\item \textsuperscript{542} Zu den unterschiedlichen Interessenlagen Zufferey, ZSR 115 I (1996), 170 ff.
\item \textsuperscript{543} Zur Notwendigkeit des Zusammenspiels der finanzmarktrelevanten Teilrechtsordnungen Grundmann, ZSR 115 I (1996), 129 ff.
\end{thebibliography}
beide Teilrechtsordnungen dem kapitalmarktrechtlichen „Institutionenrecht“ zugeordnet\textsuperscript{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.

\textbf{c) Keine Überschneidung bei den internen Schutzzzielen 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 \textit{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 Interessenkonflikte und Machtaussagen müssen vom Aktienrecht und nicht vom Bankengesetz koordiniert werden\textsuperscript{545}.

Dementsprechend ist der Aktionärschutz ein vorrangiges Ziel des Aktienrechts, nicht aber des Bankengesetzes\textsuperscript{546}. Dasselbe trifft für den Unternehmensschutz zu. Er ist ein fester – wenn auch hinsichtlich seiner Tragweite nicht umstrittener – Bestandteil der Diskussion um die konzeptionellen Grundlagen des Aktienrechts\textsuperscript{547}. In schillernden Bedeutungsvielfalt verwen-
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\textsuperscript{548}. Demgegenüber findet sich der „Schutz der Banken“ zwar als Formel in der bankengesetzlichen Rechtsprechung und Doktrin\textsuperscript{549}, doch ging es dabei immer um die besonderen Bestimmungen im Bankinsolvenzrecht, mit denen die kurzfristige Krise einer Bank aufgefangen und somit die weitere Wirtschaftskrise multiplikatorischer Einfluss einer Bankzusammenbruchs bewahrt werden sollte\textsuperscript{550}. Schutzobjekt ist die \textit{Funktionsfähigkeit des Bankenapparats} und mithin ein Bereich, der heute unter dem Begriff des Funktionsschutzes firmiert. Darüber hinaus aber dient das Bankenrecht, so auch die knappe Regestenbemerkung des Bundesgerichts, „nicht dem Schutz der Banken, sondern deren Gläubiger.“\textsuperscript{551}

Schließlich ist auch der Schutz der sogenannten \textit{stakeholder-Interessen}\textsuperscript{552}, insbesondere das Interesse der Arbeitnehmenden am Fortbestand ihrer Arbeitsplätze, nicht eine Aufgabe des Bankengesetzes. Von den \textit{stakeholder-Interessen} spricht man mit Blick darauf, dass die Aktiengesellschaft nicht als isolierte Einheit besteht, sondern in die Gesamtwirtschaft und in die Gesellschaft 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 \textit{stakeholder-Interessen} ist Gegenstand des über das Aktienrecht hinausgehenden Unternehmensrechts\textsuperscript{553}. Punktuell ist aber auch das Aktienrecht diesen Zielen verpflichtet. Zwar ist die Aktiengesellschaft keine „soziale Ver-

\textsuperscript{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 suggerieren, ohne dass diese wirklich feststünden.

\textsuperscript{549} Vgl. z.B. BGer, EBK-Bull. 22 (1992), 9 (15); Hauri, Ausblick auf das neue Bankengesetz, 180; BBl 1970 I 1145.


\textsuperscript{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.

\textsuperscript{552} Zum Begriff der \textit{stakeholder} vgl. von der Crone/Beyeler/Dédeyan, ZRS 122 (2003), 409 ff.

\textsuperscript{553} Einführend dazu Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 5 Rn. 2 ff.
I. Der Koordinationsbedarf

anstellung ersten Ranges\textsuperscript{554}. Doch wird zu Recht die Auffassung vertreten, dass namentlich die wirtschaftliche und soziale Bedeutsamkeit von Großunternehmen eine besondere Berücksichtigung der stakeholder-Interessen verlangt\textsuperscript{555}. Einzelne Ansätze des stakeholder-Schutzes sind denn auch im geltenden Gesellschaftsrecht enthalten\textsuperscript{556}. Im Bankengesetz dagegen fehlen entsprechende Regelungen\textsuperscript{557}.


d) Fazit


\textsuperscript{555} So auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 3 Rn. 27.

\textsuperscript{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.

\textsuperscript{557} Vgl. Art. 671 Abs. 3 OR und Art. 5 BankG.

Insgesamt ergibt sich im Bankorganisationsrecht der dringliche und vielgestaltige Bedarf nach einer dogmatischen Koordination der öffentlich-rechtlichen 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


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/Meyer-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 61 Rn. 58.

\(^{564}\) BGE 124 II 581 (584 f.). Ausführlich zu diesem Entscheid unten S. 301 (Beteiligungsverbindlichkeit).
I. Der Koordinationsbedarf

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 Aktiengesellschaft565.

c) Die Doktrin


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 legte568. Danach soll der spezialgesetzliche Vorrang des Bankengesetzes kraft des weitergelenden 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

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.
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 bankgesetzliche 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 bankgesetzlichen 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.
\(^{572}\) Vgl. TANNER, Auswirkungen des neuen Aktienrechts, 47 ff.
I. Der Koordinationsbedarf

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 vorbehaltenene 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.
die bankengesetzliche Sonderbestimmung"\textsuperscript{577}. Indem die Aufsichtsbehörde nicht nur die revidierten aktienrechtlichen Bestimmungen, sondern das Aktienrecht \textit{insgesamt} als absoluten Mindeststandard definiert, stellt sie eine gänzlich neue bank-aktienrechtliche Koordinationsordnung auf. Das erklärente Ziel des Rundschreibens, nämlich die Abstimmung zwischen bankengesetzlicher \textit{lex specialis} und aktienrechtlicher \textit{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 \textit{lex specialis} und \textit{lex posterior} tritt die Vorrangregel der \textit{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: \textit{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\textsuperscript{578}.

Dasselbe Problem stellt sich bei der zweiten Erscheinungsform der relativierten Spezialität, die auf die \textit{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-

\textsuperscript{577} EBK-RS 93/1 Rz. 3.

\textsuperscript{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.


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 kuriosischer Betrachtung der rund dreissig kleineren und grösseren Revisionsvorhaben579 wird deutlich, dass die Koordinationsdogmatik des Bankrechts in Zukunft weitere Anwendungsbereiche finden wird, weil die Gesetzesänderungen wiederum neue Fragen aufwerfen. Beispielsweise seien erwähnt:

a) Bankinsolvenzrecht

Das neue Bankinsolvenzrecht580 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 werden581. 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.
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 Haf tungsvorschrift 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.
\(^584\) Art. 33 ff. BankG.
\(^585\) Art. 35 Abs. 2 BankG.
\(^586\) Vgl. Art. 25 Abs. 3 BankG.
\(^588\) Vgl. Art. 39 BankG.
\(^589\) Bertschinger, AJP 11 (2002), 264, spricht von einem „guten Stück Finanzmarktgeseellschaftsrecht“, das geschaffen werde.
\(^590\) Zu den dadurch aufgeworfenen Koordinationsfragen siehe unten S. 254 (Neuregelung der Organhaftung).
I. Der Koordinationsbedarf


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-Aktiengesellschaft596. Gleichwohl ist das private Organisationsrecht mittelbar betroffen, denn der Gesetzgeber unterstellt die aufsichtsrechtlichen Revisionsstellen (neu: Prüfgesellschaften) einer einheitlichen Regelung und definiert dabei gleichzeitig deren Aufgabenbereiche597. Da fortan die Rechnungsprüfung zu den Aufgaben der besonderen Prüfgesellschaften zählen soll598, 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 Hüppes, IWIR 2002, 130.
596 Art. 1 ff. E-FINMAG.
597 Art. 22 ff. E-FINMAG.
598 Art. 25 Abs. 1 lit. a E-FINMAG.
Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht

chen Revisionsstelle, wie sie heute durch das Bankengesetz besteht\textsuperscript{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 Gegen teil sogar grösser, weil jeder Neuzuschnitt der Aufgaben auch Fragen auf wirft, die sich bisher anders oder gar nicht gestellt haben\textsuperscript{600}.

c) Fusionsgesetz

Mit dem Fusionsgesetz\textsuperscript{601} werden die punktuellen Regelungen des Obligationenrechts und des Bankengesetzes\textsuperscript{602} durch ein umfassendes Regelwerk zur Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern ersetzt\textsuperscript{603}. Den Kantonalbanken besichert das neue Gesetz die willkommene gesetzliche Grundlage für Privatisierungsvorhaben\textsuperscript{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 öffent lich-rechtlichen Rechtsträgern erforderlich ist"\textsuperscript{605} – ein Beispiel also für die Anerkennung des Vorbehalts der Systemkompatibilität im Zusammenspiel zwischen den Teilrechtsordnungen\textsuperscript{606}. Auch wenn dem Vorbehalt heute noch

\textsuperscript{599} Siehe unten S. 335 (Gesetzliche Aufgaben und resultierender Koordinationsbedarf).

\textsuperscript{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).


\textsuperscript{602} Vgl. Art. 14 BankG, der durch das Fusionsgesetz aufgehoben wird, vgl. Ziff. 11 Anhang FusG.


\textsuperscript{605} BBl 2000, 4481.

\textsuperscript{606} Vgl. oben S. 117 (Vorbehalt der Systemkompatibilität).
klare Umrisse fehlen, so zeichnen sich diesbezüglich doch neue Koordinationsfragen ab\textsuperscript{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\textsuperscript{608} – weitere aufsichtsrechtliche Schutzmassnahmen verzichtbar sind\textsuperscript{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\textsuperscript{610}. Die Aufsichtsbehörde verweist die Sonderprüfungen generell in den exklusiven Aufgabenbereich der bankengesetzlichen Revisionsstelle\textsuperscript{611}. Diejenige Koordination, die schon heute für die gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Revisionsprüfungen gilt\textsuperscript{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)\textsuperscript{613} ordnet die Buchführungs- und Prüfungspflicht für alle Gesellschaftsformen des Privat-

e) Revision (Prüfung)


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-
I. Der Koordinationsbedarf


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, der allgemeinen Revisionsaufsichtsbehörde und der Eidgenössischen Bankenkommision? Gelten für die leitenden Revisoren die Rotationsregeln des Obligationenrechts oder diejenigen des Bankaufsichtsrechts?

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\textsuperscript{bis} OR sollen die Vergütungen der Mitglieder der Unternehmensleitung von börsenotierten Gesellschaften im Anhang zur Bilanz offengelegt werden. 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. Noch grundlegender sind die Novellierungsvorschläge, die einzelne Mitglieder der Expertengruppe „Corporate Governance“ publizistisch vertreten ha-

\footnotesize

\begin{itemize}
  \item \textsuperscript{621} Abrufbar unter www.ebk.admin.ch/d/aktuell/default.htm (Mitteilung vom 23. Juni 2004).
  \item \textsuperscript{622} Schreiben EBK vom 22.6.2004.
  \item \textsuperscript{623} Siehe dazu unten S. 361 (Zukünftige Neuregelung).
  \item \textsuperscript{624} Vgl. BBl 2004, 4495 ff.; BBl 2004 4471 ff. (Botschaft).
\end{itemize}
Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht

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 und das Verfahren zur Kapitalherabsetzung umgestaltet wird. Und von PETER FORSTMOFER liegt ein Vorschlag für die Novellierung des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts vor. In allen diesen Bereichen enthält das Bankengesetz eine parallele Ordnung, so dass die Corporate Governance der nächste Sachbereich ist, in dem sich bereits heute ein asynchroner Entwicklungs- schub des modernisierten Aktienrechts abzeichnet.

g) Fazit


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 (Alarmauglocke 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

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 Schlusselelement. 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
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip

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 Dekkungsverhältnis besteht. Das ist der Fall, wenn der Tatbestand der speziellen 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.


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 \textit{Wirkung des Geltungsvorrangs} (Derogationswirkung). Der spezialgesetzliche Vorrang gilt nicht, \textit{weil} hier eine im methodentechnischen Sinne speziellere Norm auf ihr allgemeineres Pendant trifft, sondern der Vorrang gilt, \textit{als ob} eine derogativ wirkende Spezialität bestünde.

Aus Sicht der Methodenlehre ist die bankengesetzliche Spezialität letztlich nichts anderes als eine \textit{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.

\textbf{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\textsuperscript{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 \textit{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\textsuperscript{633}. Die materielle bankengesetzliche Spezialität kann

\textsuperscript{632} Vgl. oben S. 94 (formelle Normrelation); S. 102 (materielle Normrelation).

\textsuperscript{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.


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).

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)


---

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\textsuperscript{636}. Zwar existieren Ausnahmefälle, bei denen das Bankengesetz punktuell das Normverhältnis positiv-rechtlich festlegt\textsuperscript{637}. Im Übrigen muss aber das Verhältnis zwischen den beiden Gesetzesmaterielen mit den üblichen Mitteln der Auslegung bestimmt werden.

b) Vorrang \textit{qua} Normstruktur?

In der bisherigen Diskussion wird die bankengesetzliche Spezialität so behandelt, als ließe sich eine umfassende Verdrängung der aktienrechtlichen Bestimmungen aus der \textit{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\textsuperscript{638}.

Selbst wenn man – hypothetisch – zwischen Bankengesetz und Obligationenrecht ein Spezialitätsverhältnis im Sinne der Methodenlehre annehme, würde dies nicht genügen, um eine \textit{umfassende} Verdrängung des allgemeinen Gesetzes zu begründen. Nur dort nämlich, wo sich die Rechtsfolgen der konkurrierenden Normen ausschliesen (Rechtsfolgenwiderspruch), führt das Verhältnis der Spezialität \textit{notwendig} zur Verdrängung der allgemeinen Norm. Wo hingegen die Rechtsfolgen der konkurrierenden Rechtssätze sich nicht ausschliesen (Rechtsfolgendivergenz, Rechtsfolgenidentität), kommt es darauf an, ob nach der \textit{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

\footnotesize


\textsuperscript{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.

\textsuperscript{638} Dazu oben S. 162 (Keine \textit{lex specialis} im Sinne der Methodenlehre).
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip


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 widerspruchli-

---

639 Ausführlich oben S. 98 (Zuordnung bei Rechtsfolgendifferenz); 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 entwirft. 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 (Rechtsfolgendifferenz).
Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht

chen Auslegungsergebnissen deren Gewicht im Einzelfall zu berücksichtigen ist\textsuperscript{641}.

\textbf{aa) Wortlaut}


\textbf{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\textsuperscript{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\textsuperscript{643}.

\textbf{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 Regelungs zusammenhang


\textsuperscript{642} Vgl. oben S. 147 (Gesetzliche Koordinationsregel im OR von 1936).

\textsuperscript{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.
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip


(1) Regelfall der Derogation


Zweckgerecht und mit einer Gesamtperspektive im Einklang stehend ist sodann eine Normrelation, die Überregulierung vermeidet. Solches leistet die umfassende Verdrängungswirkung der bankengesetzlichen Spezial-

Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht


(2) Ausnahmefall der Kumulation


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\textsuperscript{646}. Das Konkurrenzerwähnlichkeiten 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-

\textsuperscript{645} Art. 6 BankG, Art. 662 OR. Zu den Unterschieden siehe unten S. 275 (Einzelfragen der Koordination, jeweils: Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts).

\textsuperscript{646} Art. 18 BankG, Art. 728 OR.
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip

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).


\(^{650}\) 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 (intensiverer Gläubigerschutz).
bende Zielsetzung des Bankengesetzes ist im Rahmen der teleologischen Auslegung mit zu berücksichtigen.

(1) Gleichbehandlungsprinzip


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 Konkurrennorm 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 Rechtsfolgendifferenz. 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.

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.


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 formellen 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


ff) Fazit

Aus der historischen und systematischen Perspektive ergibt sich ein Präferenzargument für eine umfassende derogative Vorrangwirkung bankenge-

653 Vgl. Art. 11 BankG, Art. 733 OR.
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip

setzlicher Konkurrenznormen. Eine Ausnahme gilt für die praktisch seltenen Fälle, in denen die Annahme einer umfassenden derogativen Wirkung der bankengesetzlichen Spezials norm 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**

Steh t 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.

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).

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-
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip

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 Regelfallspruchs.

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.

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 intensive Schutzwirkung entfaltet als die ältere bankengesetzliche Konkurrenznorm. 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).
661 Dazu sogleich S. 181 ff.
662 Vgl. nur EBK-RS 93/1 Rz. 3: „[E]inhält das revidierte Aktienrecht Bestimmungen, die weitergehen als die bankengesetzlichen Sonderbestimmungen, gilt für Bankaktiengesellschaften grundsätzlich das revidierte Aktienrecht.”
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip

fungsvorrang 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 Spezialisität überhaupt mit Relativierungen verbunden sein muss (b). Immerhin könnte man auch auf den Gedanken kommen, dass es eine absolute materielle Spezialisität gibt (a).

a) Absolute materielle Spezialisität?

Bei der materiellen bankengesetzlichen Spezialisität geht es um die Frage der inhaltlichen Autonomie der bankengesetzlichen Regelung gegenüber der allgemeineren Regel, die sich in der aktienrechtlichen Grundordnung findet. Spezialisität 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 Spezialisität 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 Normenkongruenz 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-
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip

on des Bankengesetzes im koordinationsbedürftigen Überschneidungsbe-
reich geben kann, bedeutet dies lediglich, dass das Bankengesetz möglicher-
weise trotz seiner Spezialität durch Entwicklungen des Aktienrechts beein-
flusst wird. Ob diese Einflussmöglichkeit sich in den umstrittenen Fallgrup-
pen tatsächlich aktualierte, 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 Systemkompatibilität663 ab und bleibt zwangsläufig der Inter-
pretation im Einzelfall überlassen664.

b) Relativierte materielle Spezialität

Die relativierte materielle Spezialität ist nach alledem der Normalfall inner-
halb 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 in-
terpretieren; das heisst konkret: Spezialregeln des Bankengesetzes im Zu-
sammenhang mit den allgemeinen Normgestaltungen des Aktienrechts.

Sogar der Sinngehalt der knappen und intuitiv sofort verständlichen
bankengesetzlichen Mindestkapitalbestimmung665 lässt sich bei näherer Be-
trachtung nur unter Rückgriff auf das Aktienrecht konkretisieren. Der Be-
griff des Mindestkapitals wird im Bankengesetz und seiner Verordnung
nämlich nicht präzisiert. Da aber das Aktienrecht unter dem Begriff des
Mindestkapitals das Aktienkapital versteht666, geht man für die inhaltliche
Determinierung des aufsichtsrechtlichen Begriffs bei Bank-Aktiengesell-
schaften gleichfalls davon aus, dass das Aktienkapital gemeint ist667.

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 ban-
kengesetzlichen Vorschriften formuliert sind, je häufiger sie aktienrechtlich
geprägte termini technici verwenden, je intensiver sie parallele Normierun-
gen 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“).
bereich der Teilrechtsordnungen geschieht die Normgestaltung der banken-
gesetzlichen 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 Bankenge-
setz eine rezeptionsfähige Regelung schafft, öffnet es sich vielmehr insge-
samt für neue Entwicklungen in der Rechtsordnung, soweit sich deren
Fruchtbar machung im Bankenkontext anbietet. Dass der aktienrechtlichen
Entwicklung dabei zwar keine ausschliessliche, aber doch eine vorrangige
Bedeutung zukommt, liegt an der geschilderten sachlichen und entstehungs-
geschichtlichen Nähe zwischen beiden Teilrechtsordnungen. Trotz der
Überlagerung durch die bankengesetzlichen Speziale normen bildet das Akti-
enrecht 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
Schränke der aktienrechtlichen Wirkungsmöglichkeiten umschrieben: Wo
die aktienrechtlichen Wertungen der aufsichtsrechtlichen Zielsetzung nicht
oder nur ungenügend entsprechen, bleiben sie unbeachtlich668.

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 Gegenrich-
tung ist keinesfalls ausgeschlossen. Wird beispielsweise die Normverkoppe-
lung 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 in-
terpretative Einwirkung vollzieht sich aber auch umgekehrt, wenn insoweit
verallgemeinerbare Gerichtsentscheide zum Fall einer Bank-Aktiengesell-
schaft ergangen sind669.

Tatsächlich ist es allerdings meist das Aktienrecht, aus dem Anhalt-
punkte 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-Aktiengesell-
schaft: während das Bankengesetz punktuell regelt, schafft das Aktienrecht
eine umfassende Normierung. Zudem verfügt das Bankengesetz – wie das

668 Vgl. unten S. 189 (Schränken der Relativierung).
669 So weist insbesondere Nobel darauf hin, dass die Fälle aus dem Bankbereich auch
die allgemeine Verantwortlichkeitspraxis im Gesellschaftsrecht beeinflusst ha-
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. 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-
Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht

tungsweise kommt einem Rechtsbegriff in beiden Ordnungen derselbe Sinngehalt zu. Widerlegt ist die Vermutung erst, wenn die teilrechtseigene Wertung eine abweichende Begriffsbestimmung erfordert.  


bb) Regelungsparallelisierung


671 Siehe oben S. 102 (Begriffsparallelisierung).
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip

darf man sich daher nicht ohne besondere Anhaltspunkte für divergierende Norminterpretationen entscheiden
die Parallelisierung der Regeln 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 regulatorischer 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.


Eine Regelungsparallelisierung besteht etwa bezüglich der Pflicht zur Bildung gesetzlicher Reserven oder – nach bisherigem Recht – hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Bankorgane.

---

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.
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\textsuperscript{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.


\textsuperscript{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.

\textsuperscript{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 Über-

den aber Raum lässt für die Feinabstimmung im Einzelfall oder für allge-

meinere zukünftige Konkretisierungen. Ein klassisches Beispiel für eine of-

fen 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. 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 Re-
gelung offen für interpretative Einflüsse aus dem Aktienrecht.

ee) Fazit

Die vielfältigen Erscheinungsformen der inhaltlichen Verknüpfung von Ban-
kengesetz und Aktienrecht machen deutlich, dass auf der materiellen Ebene
die bankengesetzliche Spezialität regelmässig als relativierte Spezialität au-

tritt. Inhaltlich lassen sich die bankengesetzlichen Normen nicht autonom,

sondern nur heteronom interpretieren, also im Zusammenhang mit den all-
gemeinen 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 ban-
kengesetzlichen Spezialnormen. Auf die Wertungsherrschaft des Bankenge-

setzes hat dies allerdings keinen Einfluss. Charakteristisch für die Parallelisi-

ierungen, Verweisungen und Generalklauseln ist ja gerade das Wechselspiel
zwischen Geltungsvermutung und Widerlegungsmöglichkeit. Die Regelungsadä-

quanz des Aktienrechts gilt nur vermutungsweise; sie steht immer unter
dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität.

Der Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität über-
nimmt die Funktion eines teilrechtseigenen Filters. Er ändert einmal das for-
melle Kleid der aufgenommenen Daten, indem er ihnen den Code der eige-

678 Die Flexibilität des Gewaltentrennungsgrundsatzes entsprach unstreitig der In-
tention 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 Nobels durchaus Recht zu geben, wenn er sagt, dass das Bankengesetz nicht hinter das Schutzniveau des Aktienrechts zurückfallen dürfe.\(^{679}\)

bb) **Operative Besonderheit des Bankgeschäftes**


---

\(^{679}\) **Nobel, Aktienrechtsreform und Banken**, 172.

\(^{680}\) Vgl. **EBK-RS 93/1 Rn. 10**.
Abweichungen im Bewertungsrecht denkbar\textsuperscript{681}. Gegenüber dem intensivierten Schutzauftrag spielt allerdings diese Spielform des Vorbehalts der Systemkompatibilität eine vernachlässigbare Rolle.

c) Fazit


e) Relativierung bei Rechtsänderung – Reflexwirkungen von Novellierungen im Aktienrecht


\textsuperscript{681} Vgl. unten S. 294 (Übrige Bewertungsvorschriften).
\textsuperscript{682} Dazu oben S. 179 (Vorrangdurchbrechung bei Rechtsänderung).
Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht

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, 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 sei den „besonderen Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuschieden 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.

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 erstreckte. 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 aktiengesetzlichen Neuregelung zu erfolgen, weil dafür sowohl das Argument der Regelungsadäquanz als auch der mit jeder Haftungsschärfung verstärkte Gläubigerschutz spricht. 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.

c) 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 aktiengesetzlichen 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-


686 Vgl. dazu unten S. 234 (Haftung bei Kapitalerhöhung).

687 Art. 39 BankG.
Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht

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. 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).


Warum aber sollte man nicht einfach annehmen, dass in der Zwischenphase von 1934 bis 1970 das Aktienrecht als lex posterior direkt anwendbar

---

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.
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip

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


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. BBI 1970 I 1144 (1145).
Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht


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


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.
II. Bankengesetzliches Spezialitätsprinzip


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 umreißt, 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 ist694.

1. Systemabstimmung (Kohärenz)

Das allgemeine Rationalitätskriterium der Kohärenz fordert die äussere Widerspruchsfreiheit, rechtswissenschaftlich also den Gleichklang zwischen den Rechtsgebieten695. 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).
III. Weitere Koordinationsprinzipien


a) Vermeidung von Inhaltswidersprüchen


696 EBK-RS 99/1, Grundsatz 2.
697 Brändli, Outsourcing, Rn. 528; Zerwas/Hanten, WM 1998, 1114 f.
Dritter Teil: Koordination von Aufsichtsrecht und Aktienrecht


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 Systemabstimm-

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


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. 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. 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

VIERTER TEIL
EINZELNE AUFFANGRELATIONEN

Bestimmt man, wie im dritten Teil, das Verhältnis zwischen den Rechtsmaternerien 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.


Eine Koordination durch die Einstrahlung von Generalklauseln bietet zunächst die schon mehrfach angesprochene Organisation der Unternehmensleitung (I.). Für die inhaltliche Verknüpfung durch Regelungsparallelisierung folgt anschliessend die Verantwortlichkeit der Organe (II.). Als Anwendungsfall für die Verweisung dient sodann der Themenbereich der Rechnungslegung (III.) Im Bankkonzernrecht stehen die Begriffsparallelisierung und die Systemabstimmung 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).

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\textsuperscript{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\textsuperscript{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 \emph{Kernaufgaben} (Art. 716a Abs. 1 OR)\textsuperscript{708}. In teilweiser Anlehnung an BÖCKLI\textsuperscript{709} können diese Aufgaben mit den folgenden Kurzbegriffen umschrieben werden: Oberleitung, Organisationsverantwortung, Finanzverantwortung, Personalverantwortung, beschränkte Administrativ- und Ausführungsverantwortung und schliesslich die Alarmverantwortung\textsuperscript{710}. Der Begriff der Verantwortung umfasst dabei sowohl die ausschliessliche Pflicht als auch die ausschliessliche Kompetenz, diese Bereiche zu regeln.

\textsuperscript{706} Vgl. Art. 716 Abs. 2 OR; Art. 722 Abs. 2 Ziff. 2 aOR.
\textsuperscript{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 \textit{Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel}, Aktienrecht, § 30 Rn. 57 ff.; \textit{Forstmoser}, Organisation, 18 f.; ders., ST 2002, 487 Fn. 35.
\textsuperscript{709} BÖCKLI, Kernkompetenzen, 21 ff.
\textsuperscript{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 generalklausel-artig 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


a) Bankengesetz und altes Aktienrecht

Das Bankengesetz von 1934 und das Aktienrecht von 1936 setzten der Führungsstruktur nur wenige Leitplanken und delegierten die weitere Ausdifferenzierung an die Verordnung.\(^{714}\)

---

\(^{711}\) Vgl. zudem Art. 8 Abs. 2 BankV. Der Zwang zur dualistischen 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 statuier.

I. Organisation der Unternehmensleitung


---

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.
717 Klein, Komm. BankG (1976), N 12 zu Art. 41 BankG.
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 Bankenge- setz 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 Kontrolle721. 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. Prokurstinnen)722. Damit folgt die Aufsichtsbehörde der von NOBEL aufgestellten Koordinationsordnung723. 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 Materialien 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 dürfte 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.
724 Zulauf, ZSR 113 II (1994), 449 f.
725 Nobel war damals Mitglied der Kommission, Zulauf war (und ist) Vizedirektor des Sekretariats.
I. Organisation der Unternehmensleitung

Art. 716a OR für die regulären Aktiengesellschaften festschreibe. Die normative Eigenständigkeit des Bankengesetzes werde davon aber nicht berührt\textsuperscript{727}.

c) Fazit


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

diese Vorrangwirkung von einer allfälligen Rechtsänderung im Aktienrecht nicht berührt wird728.


b) Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts (relativierte materielle Spezialität)


aa) Inhaltliche Verknüpfung qua Generalklausel

Materielle Relativierungen der Spezialgesetzlichkeit treten umso stärker in Erscheinung, je offener die bankengesetzlichen Vorschriften formuliert sind729. 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 Generalklausel730. 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.

c) Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität

Die Wertungshoheit des Bankengesetzes bleibt allerdings auch bei heteronomen 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 Haftungszordnung 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 Haftungszordnung zur besseren Verwirklichung des Gläubigerschutzes beiträgt.

Vielseitigen Bedarf für die Aktivierung des bankengesetzlichen Vorbehalts der Systemkompatibilität sieht hingegen Kleiner, der im Bereich der Finanzverantwortung sowie der Administrativ- und Ausführungsverantwortung jeweils eine Sonderbehandlung für Banken einfordert\(^\text{731}\). Seine „aufsichtsrechtlichen Präzisierungen“ decken sich allerdings mit der neuen aktienrechtlichen Doktrin zu Art. 716a OR, so dass sich diesbezüglich die Frage nach der Aktivierung des bankengesetzlichen Systemvorbehalts erübrig\(^\text{732}\).

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.


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 Paritätprinzip – die Kompetenz auf beide Organe verteilt. So bedarf der Verwaltungsrat zur Delegation der Geschäftsführung der „Erlaubnis“ der Generalversammlung in Form einer statutarischen Ermächtigungsklausel\textsuperscript{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\textsuperscript{734}.


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

\textsuperscript{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.

\textsuperscript{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?**


**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 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 Führungsstruktur), 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 Kern aufgabenbereichs von Art. 716a Abs. 1 OR angesiedelt sind. Man spricht in diesem Zusammenhang vom bankengesetzlichen Organisationsspielraum.


I. Organisation der Unternehmensleitung

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 (Oberleitungsentcheid) darstellt, während ein Kredit, der gerade CHF 10 Mio. beträgt, bei dieser Bank zum Tagesgeschäft (Geschäftsleitungsentcheid) gehört.

Das Konzept des Organisationsspielraums vermeidet solche lebensfremden Folgerungen. Zuweilen wird im betreffenden Zusammenhang gel tend gemacht, die Oberleitung sei ein relativer Begriff, der einmal mehr und einmal weniger Geschäftsführungsaufgaben beinhalte738. 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


739 Vgl. oben S. 189 (Schranken der Relativierung).
aa) Ausnahmeregelung zugunsten der Banken


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 Verwaltungsrat nicht mehr als gerechtfertigt.

---


742 EBK-RS 93/1 Rn. 30.


744 Vgl. hierzu Emmenegger/Geiger, Bankaktiengesellschaften, Rn. 97.
I. Organisation der Unternehmensleitung


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.


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\textsuperscript{748}. Die \textit{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 \textit{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 \textit{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 \textit{fortgesetzte Anwendbarkeit} des bisherigen bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsrechts, soweit einer Klage Tatsachen zugrunde liegen, die vor dem Inkrafttreten der Revision eingetreten sind\textsuperscript{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\textsuperscript{750} und der Befund wird im Bankbereich bestätigt\textsuperscript{751}. Die Koordinations-


\textsuperscript{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-
Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

dogmatik kann wertvolle Hilfestellung leisten, wo die gesetzgeberische Ver- einfachung 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 konsistenten Begründungen führt als die herkömmlich vertretenen Auslegungsvarianten (3).

1. Meinungsstand zur Normrelation


752 Vgl. Kleiner, SZW 64 (1992), 256.
II. Verantwortlichkeit der Organe

schlossen waren\textsuperscript{753}, übernahm man die Verantwortlichkeitsbestimmungen des OR-Entwurfs und späteren OR 1936 insgesamt in das Bankengesetz und erklärte sie somit auf alle Banken anwendbar\textsuperscript{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.

\textbf{a) Bankengesetz und altes Aktienrecht}

Für Lehre und Rechtsprechung bestand aufgrund der Gesetzgebungs geschichte 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\textsuperscript{755}.

\textbf{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

\textsuperscript{753} Schon 1911 wurde Eugen Huber vom Bundesrat mit der Erstellung eines Entwurfs beauftragt. Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. etwa Kuhn, ZBJV 69 (1933), 49 ff.
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 haftungsbe- gründender Tatbestand\textsuperscript{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\textsuperscript{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 \textit{befassten} Personen. Dieser sogenannte „materielle“ Organbegriff war schon vor der Revision geltende Auslegung\textsuperscript{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\textsuperscript{759}.

bb) „Hard Cases“: Aktienrechtliche Neuordnung
Kontrovers diskutiert werden diejenigen Änderungen, die effektiv Neues bringen. Im Vordergrund stehen dabei die Kostentragsregel bei Klagen einzelner Aktionäre für Schäden, die der Gesellschaft entstanden sind (Art. 756 Abs. 2 OR) sowie die Institution des Einheitsprozesses bei Klagen gegen

\textsuperscript{757} Vgl. Kleiner, Komm. BankG (1976), N 5 zu Art. 39 BankG, m.w.N.
\textsuperscript{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.
\textsuperscript{759} Vgl. BGE 95 II 320 (330).
mehrere verantwortliche Organe der Gesellschaft (Art. 759 Abs. 2 OR)\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{762}. Andererseits bejaht er aber die unmittelbare Anwendbarkeit der neuen Artikel 756 Abs. 2 und 755 OR\textsuperscript{763}.


\par

\textsuperscript{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).

\textsuperscript{761} Vgl. oben S. 149 (Doktrin).


tionen, in denen die Angleichung des Bankengesetzes nicht mittels Auslegung erreicht werden kann\textsuperscript{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\textsuperscript{766}.

\textsuperscript{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).

\textsuperscript{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.
II. Verantwortlichkeit der Organe

2. Grundlinien einer Koordination mittels differenzieter Spezialität


a) Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage (absolute formelle Spezialität)


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. 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\textsuperscript{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“\textsuperscript{771}. Allerdings ist diese Formel mit Vorsicht einzusetzen. Denn erstens schliesst auch ein qualifiziertes Schweigen des Bankengesetzgebers die Residualgeltung des Aktienrechts aus\textsuperscript{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.


\textsuperscript{770} Siehe dazu aber S. 241 (Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle).
\textsuperscript{771} BGE 97 II 403 (408).
\textsuperscript{772} Unstreitig im Fall der Reservenbildung: Art. 5 Abs. 1\textsuperscript{bis} 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 Materialien ein qualifiziertes Schweigen des Bankengesetzgebers annimmt.
II. Verantwortlichkeit der Organe

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 gefolgt 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. 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 Haf-tungsnormen 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.

776 Siehe unten S. 234 (Einzelfragen der Koordination).
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\textsuperscript{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\textsuperscript{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 Wechseltwirkung ist also grundsätzlich revisionsresistent*\textsuperscript{780}.


\textsuperscript{778} Zu den verschiedenen Erscheinungsformen der koordinativen Normarchitektur siehe oben S. 102 (Koordination durch materielle Normrelation).

\textsuperscript{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.“

\textsuperscript{780} Zur Figur der Regelungsparallelisierung vgl. oben S. 105 (Regelungsparallelisierung).

\textsuperscript{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“\textsuperscript{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\textsuperscript{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 Definitionsmaß behalten. Gerade im Fall von einseitigen Gesetzesrevisio- nen, 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.

\textsuperscript{782} BGE 4C.201/2001.
\textsuperscript{783} Vgl. aber die „Differenzierte Solidarität“ unten S. 249 (Differenzierte Soliariität).
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\textsuperscript{784}. Im Laufe der Zeit stellte sich aber die ganz überwie-

\textsuperscript{784} BGE 59 II 434 (451), zum OR von 1881.
II. Verantwortlichkeit der Organe

gende Doktrin auf den entgegengesetzten Standpunkt\textsuperscript{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\textsuperscript{786}.


\textsuperscript{785} Vgl. die Nachweise bei Forstmoser, Verantwortlichkeit, N 907. Für frühe Nachweise Henggeler/Henggeler, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, 18 f.

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. 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“


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.


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 Aktionärsaoptions).“
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\textsuperscript{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 Lücke. Mit dieser Figur sind nämlich wesentliche Bestimmungsschwierigkeiten verbunden. Angesichts des „Verwirrspiels um eine im Ergebnis weder zielführende noch ergiebige Rechtsfigur“\textsuperscript{791} hat nunmehr auch der die schweizerische Methodenlehre grundlegend prägender ARTHUR MEIER-HAYOZ von der „fragwürdigen Figur der unechten Lücke“ Abschied genommen\textsuperscript{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


\textsuperscript{791} Tschentscher, Grundprinzipien des Rechts, 111.

Achtung der bankengesetzlichen Pflicht zur angemessenen Organisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a, c BankG)\textsuperscript{793}. Auf der materiellen Ebene setzt folglich die aktienrechtliche Haftungserweiterung auf „andere Titel“ für den Bankenkontext eine normative Vorgabe.


Zur Herstellung des materiellen Gleichklangs zwischen den beiden Prospekthaftungsbestimmungen steht allerdings noch ein zweiter Weg offen: \textit{Die Lückenaufüllung durch Analogie}. Wie schon im Rahmen der allgemeinen Verhältnisbestimmung der beiden Teilrechtsordnungen dargelegt, verbindet 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 \textit{nachträglich lückenhaft}. Diese Lückenhaftigkeit kann und muss durch die analoge Anwendung des aktienrechtlichen Teiltatbestands der „anderen Titel“ ausgefüllt werden\textsuperscript{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-

\textsuperscript{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.“

\textsuperscript{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 befugterwei-
se einem anderen Organ übertragen. Voraussetzung ist der Nachweis der
sorgfältigen Auswahl, Unterrichtung und Instruktion. In der bankengesetz-
lichen Parallelnorm (Art. 41 BankG) fehlt dagegen eine explizite Regelung
der Haftungsentlastung.

Über den Platz dieser neuen Aktienrechtsbestimmung im Normen-
kosmos 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“. 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). 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.

Legt man der Frage das Modell der differenzierten bankengesetzlichen Spe-
zialität zugrunde, so ergibt sich folgendes Bild: Art. 41 BankG enthält einen
klaren Regelungsanspruch bezüglich des Themenkomplexes der Organhaf-
tung. 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

798 Kleiner, Komm. BankG (1993), N 7 zu Art. 41 BankG; Kunz, Rechtsnatur und Ein-
redenordnung, 196; Wiegand, Haftung der Kontrolleure, 106. Vgl. zudem Wid-
mer/Banz, Basler Kommentar, N 6 Vorb. zu Art. 754-761 OR.

799 Kleiner, Komm. BankG (1993), N 7 zu Art. 41 BankG. Differenzerter Wiegand,
Haftung der Kontrolleure, 106.
Lehre auch nicht erforderlich\textsuperscript{800}. Die Haftungsentlastung entspricht der „Grundidee der Organverantwortlichkeit überhaupt“\textsuperscript{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“\textsuperscript{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 hochstricherliche 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\textsuperscript{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

II. Verantwortlichkeit der Organe

Die Wechselbeziehung ist normativ (Regelungsparallelisierung) und kann daher nicht von Zweckmäßigkeitseberlegungen abhängig gemacht werden. Das Bankengesetz behält seine Autonomie und Wirtungshoheit 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 Revisionshaftung (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


\(^{805}\) 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 (Inhaltslicher Einfluss des Aktienrechts).

\(^{806}\) Die Haftungsvoraussetzungen bleiben dieselben: Die Revisorinnen und Revisoren haften für jeden in Pflichtverletzung fahrlässig oder absichtlich verursachten Schaden.

Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen


aa) Historie


\[\text{Kleiner, SZW 65 (184); Widmer/Banz, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 755 OR (fälschlicherweise unter Hinweis auf Kleiner, SZW 64 (1992), 256 ff.).}\]


\[\text{BGE 4C.53/2003 (SLT) E. 6.}\]


\[\text{Siehe unten S. 376 (Koordination der Verantwortlichkeitsregeln).}\]
mutung der kongruenten Bedeutungsinhalte durch die Materialien widerlegt wird. 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. Dass damit die beiden notwendigen Organe der Aktiengesellschaft, also die „Verwaltung“ und die „Kontrollstelle“ gemeint waren, steht ausser Zweifel. Der OR-Entwurf von 1928 übernahm diese Formulierung, und auch der erstberatende Ständerat stimmte ihr 1931 zu. 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...“

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)“. Zu den „kleinen Änderungen“ gehörte die Haftungserweiterung auf die Geschäftsleitung. 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).
„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...“\(^{820}\)


„Alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich...“\(^{822}\)


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:

II. Verantwortlichkeit der Organe

„Dans les banques importantes, il faudra nettement partager: d’un côté, la direction permanente..., d’un autre côté, la direction supérieure, 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...“

Allerdings wurde die Formel im Rahmen der Debatten häufig in einem engeren Sinne – also ausschliesslich zur Bezeichnung des Verwaltungsrats – verwendet, 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. 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. 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.
827 So schon die Botschaft zum Bankengesetz, vgl. BBl 1934, 179.
Solidarhaftung zu denken, um zu sehen, dass eine fragmentierte Haftungsbasis Koordinationsprobleme aufwirft, die nicht im Sinne eines umfassenden Gläubigerschutzes sein können.

c) Fazit: Art. 41 BankG als Haftungsnorm

e) Ansprüche aus Gesellschaftsschaden (Kostentragsregel)
Ein Novum der Aktienrechtsrevision ist die Kostentragsregel 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 hat830. Die bankengesetzliche Norm über die Ansprüche aus Gesellschaftsschaden (Art. 43 BankG) kennt keine solche Regel831.


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
II. Verantwortlichkeit der Organe


mit Inkrafttreten der Revision anwendbar. Vgl. dazu unten S. 246 (Ansprüche aus Gesellschaftsschäden).


Heute: Art. 29 GstG.

BGE 97 II 403 (408).

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.


f) Solidarität


837 Zur Funktion des Aktienrechts als lückenfüllende Analogienorm vgl. oben S. 193.
II. Verantwortlichkeit der Organe

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\(^\text{840}\). 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\(^\text{841}\). 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\(^\text{842}\). 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\(^\text{843}\), als das Bundesgericht 5 Jahre nach der Revision seine Auslegungspraxis zu Art. 759


\(^{841}\) 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.

aOR im Sinne der neurechtlichen Regelung korrigierte\textsuperscript{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\textsuperscript{845}.

Das Beispiel der differenzierten Solidarität zeigt vorzüglich, dass bei der Regelungsparallelisierung von der \textit{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\textsuperscript{846}. Stellt man hingegen auf die mit der Regelungsparallelisierung verbundene Intention der materiellen Gleichgestaltung von Parallelnormierungen ab, so folgt ohne weiteres, dass dogmatische Weiterentwicklungen \textit{jedwelcher} Art für die jeweils andere Parallelnorm grundsätzlich beachtlich sind.

tungsmilderung}. Dass aber eine Haftungsmilderung mit dem intensivierten


\textsuperscript{845} Für die interpretative Übernahme der differenzierten Spezialität schon immer Wiegand, Haftung der Kontrolleure, 104 f.

II. Verantwortlichkeit der Organe

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 Wertenwidersprüchen 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 hinzutreten847. 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 kennt848. Von den Befürwortern der Anwendbarkeit von Art. 759 Abs. 2 OR wird entweder geltend gemacht, das Ban-

847 Vgl. die Nachweise bei Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 1465.
kengesetz sehe den Einheitsprozess nicht vor, weshalb die Residualgeltung der aktienrechtlichen Grundordnung zum Tragen komme\textsuperscript{849}, oder es wird argumentiert, der Einheitsprozess bilde ein Korrektiv zur Haftungsmilderung der differenzierten Solidarität, weshalb auch für Banken die aktienrechtliche Bestimmung heranzuziehen sei\textsuperscript{850}.


\textsuperscript{849} EBK-RS 93/1 Rn. 37; Böckli, Aktienrecht, § 18 Rn. 151.
\textsuperscript{850} Wiegand, Haftung der Kontrolleure, 105.
\textsuperscript{851} Siehe oben S. 229 (Bankengesetz als exklusive Rechtsgrundlage).
II. Verantwortlichkeit der Organe


4. Ergebnis zur Verantwortlichkeit der Organe


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).

5. Neuregelung der Organhaftung


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.
856 BBl 2002, 8105.
auch für alle Banken – einschließlich der Genossenschaftsbanken – aus-
schlaggebend 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\textsuperscript{857}. Durch eine Verweisung importiert der Gesetzgeber Normen der Referenzordnung, hier also die aktienrechtlichen Haftungs-
normen der Art. 752 ff. OR, in die aufsichtsrechtliche Teilrechtsordnung. Dadurch erlangen diese Normen den Charakter von subsidiärem Aufsichts-
recht. Dennoch hat man es weiterhin mit zwei autonomen Teilrechtsord-
nungen zu tun, die für ihren jeweiligen Anwendungsbereich die Wertungs-
und Definitionsmaecht behalten. Als Aufsichtsrecht unterliegen die aktien-
rechtlichen Haftungsregelungen dem Vorbehalt der bankengesetzlichen Sy-
stemkompatibilität, wie er bereits für die Regelungsparallelisierung nach 
bisherigem Recht untersucht worden ist\textsuperscript{858}. Damit stellt sich nach zukünf-
tigem Recht die Frage, ob der Import von aktienrechtlichen Haftungsregeln 
zu einem Konflikt mit Normen des Bankengesetzes führt. Für das bisherige 
Haftungsrecht der Regelungsparallelisierungen war eine derartige Gefährdung 
der Systemkompatibilität nicht festzustellen. Nach der zukünftigen Rege-
lung sticht indes zumindest eine Vorschrift mit neuem Koordinationsbedarf ins 
Auge. Nach der Referenznorm in Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR steht es der Kon-
kursverwaltung zu, den Schaden der Gesellschaft geltend zu machen. Die 
Konkursverwaltung gibt es aber unter dem neuen Sonderrecht für die Ban-
ken nicht mehr. Ihre Aufgaben werden von einem oder mehreren Liquidia-
toren wahrgenommen, die die Bankenkommission einsetzt und über-
wacht\textsuperscript{859}. Hier können also die aktienrechtlichen Haftungsnormen nicht un-
besehen 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 ausge-
dehnt wird, sondern dass sie fortan auch für die von der Bankenkommission 
gesetzten Sonderbeauftragten (Untersuchungsbeauftragter, Sanierungs-

\textsuperscript{857} Siehe unten S. 269 (Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezial-

\textsuperscript{858} Siehe oben S. 233 (Vorbehalt der Systemkompatibilität).

\textsuperscript{859} Vgl. Art. 33 Abs. 2 BankG.
beauftragter, Liquidator, ausserordentlicher Revisor)\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{862}. Während Art. 5 SchKG seit der Revision von 1994 als vielgelobte Verbesserung des Geschädigtenschutzes für diese Tätigkeiten die kausale Staatshaftung vorsieht\textsuperscript{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-

\textsuperscript{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. 23septies Abs. 1 BankG). Das ist wohl ein gesetzgeberisches Versehen.


\textsuperscript{863} Vgl. Gross, Staatshaftungsrecht, 28.
antwortlichkeitsgesetz vorliegt.“ 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.
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 Letzteres 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


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/Hüllen, ZfgK 2003, 574.

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 Konzernrechnung (Art. 6 Abs. 1 BankG). Die Voraussetzungen regelt der Bundesrat867.


– 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,


867 Vgl. Art. 23a BankV.

868 Vgl. Art. 23b BankV.
Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

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 Verweisungsbe reich“ bleiben dann folgende Bestimmungen übrig:

– Bestandteile der Jahresrechnung (Art. 662 Abs. 2 OR). Sie besteht aus Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang.


\(^{872}\) Siehe oben S. 169 (Vorrang als Auslegungsergebnis); S. 181 (Ergebnis zur formalen 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 Rechnungslegungsveröffentlichung).
III. Rechnungslegung


– 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 sind873.

– Buchungs- und bilanzpflichtige Tatbestände (Art. 662a, 663b, 663h OR). Sie geben Auskunft darüber, welche Vorgänge des Geschäftsslebens für die Jahresrechnung bzw. deren Bestandteile relevant sind874.

– 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 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 FINMAG875 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 vorgesehen876.

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).


876 Expertenkommission Zimmerli, Teilbericht, 38.

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). Gemäss Art. 3g E-BankG soll die Aufsichtsbehörde unter anderem ermächtigt sein, Vorschriften über die Rechnungslegung von Finanzgruppen und Finanzkonglomeraten zu erlassen. In Zukunft wird also die Regulierungskompetenz der Aufsichtsbehörde neben die bereits bestehende Regulierungskompetenz des Verordnungsgebers treten.


877 Siehe dazu unten S. 344 (Neue EBK-Rundschreiben).
879 Zum Begriff der Finanzgruppe und zum Finanzkonglomerat siehe Art. 3c Abs. 1 E-BankG.
882 Stichworte: Enron, WorldCom, Swissair.

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.“

Auch wenn in der Vernehmlassung die mangelnde Klarheit der Bestimmung moniert wurde, 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 Pflocke 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-

---

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 nachzu vollziehen (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


#### aa) Ausbau der aktienrechtlichen Rechnungslegung (1991)


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.

bb) Bankengesetzliche Anknüpfung an die aktienrechtliche Neuordnung (1994)


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.


Änderungen, die bereits im Rahmen des „Swisslex-Pakets“\textsuperscript{894} vorgesehen waren, in die parlamentarischen Beratungen einzubringen; die Gunst der Revisionsstunde sollte genutzt und aus „Swisslex“ ein „Swisslex-Plus“ werden\textsuperscript{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\textsuperscript{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!


\textsuperscript{895} Vgl. hierzu Hauri, Die Swisslex-Revision des Bankengesetzes, 12 f.


\textsuperscript{897} AS 1995, 246 ff.


b) **EBK-Praxis: Aktienrecht als Mindeststandard**


**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 beziehe902. 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-

---


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.“

bb) Kritik am Modell des Mindeststandards


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.

cc) Unvereinbarkeit mit der Neuregelung (RRG)

Die Problematik eines allgemeinrechtlichen Mindeststandards würde sich unter dem vorgeschlagenen Art. 2 Abs. 2 VE RRG zusätzlich akzentuieren.

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. 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


3. Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialisität

Statt mit der Pauschallösung eines aktienrechtlichen Mindeststandards lässt sich die Koordination des bankrelevanten Rechnungslegungsrechts plausibler mit der differenzierten Spezialisität 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.“
Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

270

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 Konkurrennormen einen exklusiven Geltungsvorrang; bei einer Normenkonkurrenz bildet mithin das Bankengesetz die ausschließliche Rechtsgrundlage für das Organisationsrecht der Bank-Aktiengesellschaft. Diese Feststellung lässt sich auch auf das kombinierte Regelungsregime des bankrelevanten Rechnungslegungsrechts übertragen.

aa) Regelungsanspruch auch im Verweisungsbereich


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).
III. Rechnungslegung


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.


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 ausge nommen sind (Art. 6 Abs. 4 BankG). Hier ergibt sich der abschliessende Charakter der Regelung bereits aus dem Umstand, dass der Regelungsgegenstand kei ner weiteren Ausdifferenzierung bedarf.

cc) Zukünftige Neuregelung (RRG)

Wäre 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 Normenkonnekurrenz 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.
III. Rechnungslegung

b) Inhaltlicher Einfluss des Aktienrechts (relativierte materielle Spezialität)

Mit der formellen Regelungskompetenz ist erst die aufsichtsrechtliche Eti-
quette an das Gefäß angebracht, innerhalb dessen die Fragen rund um die
Rechnungslegung gelöst werden. Mit welchen Inhalten dieses Gefäß in con-
cretto gefüllt wird – also die Frage der materiellen Normrelation – ist noch
offen. Zentral im Bereich der Rechnungslegung ist die Figur der Verwei-
sung (aa). Sie begründet die Vermutung der Regelungsadäquanz der akti-
enrechtlichen Referenzordnung (bb), die nur dann widerlegt ist, wenn deren
Normen dem bankengesetzlichen Systemgedanken widersprechen (cc). Die-
se 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 expli-
zite normative Verkoppelung mit dem Aktienrecht vor. Wie bei den ande-
ren Instrumenten der materiellen koordinativen Normarchitektur910 kommt
es dadurch zu einem Wechselspiel zwischen der Adäquanzvermutung des
allgemeinen aktienrechtlichen Rechnungslegungsrechts, ergänzt um eine
Widerlegungsmöglichkeit durch die besondere Teilrechtsordnung des Ban-
kenaufsichtsrechts.

bb) Vermutung der bilanziellen Regelungsadäquanz des Aktienrechts

Selbst für eine so technische und von Sonderregelungen durchzogene Mate-
rie wie die bankenrechtliche Rechnungslegung gilt kraft der Verweisung in
Art. 6 Abs. 2 BankG eine Vermutung für die Regelungsadäquanz aktien-
rechtlicher Referenznormen. Indem das Bankengesetz (Verweisungsord-
nung) die Normen des Aktienrechts (Referenzordnung) für anwendbar er-
klärt, werden diese zwar formell eigenständig in das bankengesetzliche Nor-
mierungssystem 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 auf-
sichtsrechtlichen Massstab.

910 Zu den verschiedenen Erscheinungsformen der koordinativen Normarchitektur
siehe oben S. 102 (Koordination durch materielle Normrelation).
cc) Vorbehalt der bankengesetzlichen Systemkompatibilität


dd) Zukünftige Neuregelung (RRG)

c) Fazit


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\footnote{Für eine tabellarische Gegenüberstellung des aktienrechtlichen und bankengesetzlichen Rechnungslegungsrechts vgl. Portmann, ST 1994, 950.}.

Anhand der Beispiele lässt sich zeigen, dass mit der Verweisung
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


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)\(^\text{912}\) und die Generally Accepted Accounting Principles (US-GAAP)\(^\text{913}\). 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-


III. Rechnungslegung

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.
Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen


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.

bb) Zulässigkeit der Sonderregelung?


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

---

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.


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 Anerkennung925, 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-GAAP926. Für die großen Organisationen927 sind diese Standards verbindlich, kleine Organisationen dürfen sie wahlweise anwenden.

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

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 Rechnungslegung nach RRG, so kommt es – wie unter dem heutigen Regime – zum Wechselspiel zwischen allgemeinem Rechnungslegungsrecht und bankautonomen Sondervorschriften.

dd) Fazit


b) Elemente der Jahresrechnung (Mittelflussrechnung)


aa) Vorreiterrolle des Bankaufsichtsrechts

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.

---

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.

Dem Vorwurf der Kompetenzüberschreitung kann auch nicht mit dem Hinweis auf die Gliederungskompetenz (Art. 6 Abs. 5 BankG) des Verordnungsgebers begegnet werden. Denn mit der Mittelflussrechnung wird nicht lediglich die Tiefenstruktur des für die Jahresrechnung relevanten Datenmaterials bankspezifisch festgelegt, sondern es wird der Bezug 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 ausgeblistet oder nur modifiziert angewendet wird. Der Systemvorbehalt funktioniert sozusagen als gestalterischer Filter. Hingegen vermag er nicht selbst Regelungsinhalte zu


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 rechts-
dogmatisch kompensiert werden.

c) Zukünftige Neuregelung


938 Art. 21 i.V.m. Art. 43 VE RRG.
dd) Fazit


c) Stille Reserven

Die stillen Reserven gehören zu den Dauerbrenner der bilanzrechtlichen Diskussion, und zwar nicht nur in der Schweiz, sondern auch im Verhältnis zwischen Kontinentaleuropa und dem angelsächsischen Raum. 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. Sie sind das Ergebnis einer bewussten Wahl von Wertansätzen, in der Absicht,  


Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

den Vermögens- und Gewinnausweis zu beeinflussen\textsuperscript{942}. Das schweizerische Aktienrecht lässt die Bildung von Absichtsreserven in den Schranken von Art. 669 Abs. 2 und 3 OR zu\textsuperscript{943}. Im Bankenkontext unterliegen sie dagegen gewichtigen Einschränkungen.

\textbf{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 \textit{verschärften Transparenzgebot}. Im Konzernabschluss sind Absichtsreserven schlicht untersagt\textsuperscript{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\textsuperscript{945}. Ebenfalls untersagt ist die Bildung von Absichtsreserven durch Belastung von Ertragspositionen\textsuperscript{946}. Auf den Handelsbeständen und auf den Aktiven des Umlaufvermögens (einschließlich der Finanzanlagen) dürfen sodann überhaupt keine stillen Reserven geführt werden\textsuperscript{947}.

Auch mit Blick auf die Auflösung der stillen Reserven schlägt die aufsichtsrechtliche Praxis eine schärfere Gangart ein als das Aktienrecht\textsuperscript{948}.

---

\textsuperscript{942} Vgl. \textit{Boemle}, Jahresabschluss, 166 ff.; Botschaft Revision Aktienrecht, BBl 1983, 812.
\textsuperscript{943} Noch weitergehend das alte Aktienrecht, vgl. Art. 663 Abs. 2 und 3 aOR (1936).
\textsuperscript{945} RRV-EBK Rn. 32.
\textsuperscript{946} Also: Gewinnvorwegnahmen und Ertragskürzungen, vgl. RRV-EBK Rn. 32. So schon das mittlerweile aufgehobene EBK-RS 90/2, vgl. hierzu \textit{Aellen}, ST 1990, 663 ff.
\textsuperscript{948} So bereits das aufgehobene EBK-RS 90/2, vgl. dazu \textit{Aellen}, ST 1990, 665; \textit{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\textsuperscript{949}. Anders bei den Banken. Hier entscheidet die Rechnungslegungsrichtlinie, die eine zahlenmässige Quantifizierung der Wesentlichkeit vornimmt\textsuperscript{950}. Als wesentlich gilt eine Auflösung, die mindestens 2\% des ausgewiesenen Eigenkapitals oder 20\% des ausgewiesenen Jahresgewinns ausmacht\textsuperscript{951}. Die erfolgswirksame Auflösung der stillen Reserven erfolgt zudem zwingend über den Posten „ausserordentlicher Ertrag“\textsuperscript{952}, womit ein weiteres Stück Transparenz gesichert ist\textsuperscript{953}.

bb) Zulässigkeit der 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

\textsuperscript{949} Vgl. Art. 669 Abs. 4 OR. Siehe auch Boemle, Jahresabschluss, 179; Geiger, Komm. BankG (2003), N 161 zu Art. 6 BankG.

\textsuperscript{950} So schon das aufgehobene EBK RS 90/2, Ziff. 4.2, mit etwas abweichenden Zahlen.


\textsuperscript{952} RRV-EBK Rn. 34. Vgl. auch Art. 25a I Ziff. 2.5 BankV.

\textsuperscript{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.


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.
959 Statt vieler: Boemle, Jahresabschluss, 187 ff.
vor, nicht aber einen konkreten Norminhalt\textsuperscript{962}. Als Begründung für das absolute Verbot von Absichtsreserven im Konzernabschluss genügt daher der Hinweis auf das True and Fair View Prinzip nicht.


\textbf{(2) Bankengesetzlicher Sonderzweck}


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\textsuperscript{963}\textsuperscript{964}! Zur Begründung wird im Ingress auf die besonderen Risiken und die besondere Vertrauensempfindlichkeit des Kreditgewerbes verwiesen. Im Kern geht es darum, dass man im Fall der Offenlegung von Bilanzschwankungen eine Überreaktion des Bankpublikums fürchtet, die in

\begin{flushright}
964 EU-Bankbilanzrichtlinie (86/635/EWG), Ingress.
\end{flushright}
einem Bankenrun enden könnte\textsuperscript{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 transparentwidrige 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\textsuperscript{966}. Mit Blick auf die „Modernisierungs-Richtlinie“\textsuperscript{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\textsuperscript{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-


\textsuperscript{966} EU-Bankbilanzrichtlinie (86/635/EWG), Ingress.


III. Rechnungslegung

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 Wiederlegung 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 bieten.

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 Bankgesetzes 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-


970 Vgl. Art. 6 Abs. 4, 5 BankG. Im revidierten Aktienrecht gilt die umfassende Rechnungslegungspublizität nun auch für die Publikums- gesellschaften, 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 Reserverbildung\(^{973}\), 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* Rechnung, 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\textsuperscript{976}. Die bankrechtsspezifische Verschärfung des Transparenzgeblots 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“\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{979}. Als Übergangslösung sieht Art. 34 VE RRG die Möglichkeit von abweichenden Bewertungsmöglichkeiten im Einzelabschluss vor, sofern diese steuerrechtlich bedingt sind\textsuperscript{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

\textsuperscript{976} Zum Koordinationsgrundsatz der Systemabstimmung vgl. oben S. 114 (Systemabstimmungsgebeto); S. 198 (Systemabstimmung).

\textsuperscript{977} Böckli, Aktienrecht, § 8 Rn. 580.

\textsuperscript{978} Expertenkommission Rechnungslegungsrecht, 64 f. Vgl. auch Mengiardi, ST 1999, 12.

\textsuperscript{979} Expertenkommission Rechnungslegungsrecht, 68. Damit verbunden ist allerdings ein „unbekannter Endzustand im steuerlichen Bereich“, was neue Unsicherheiten schafft. Vgl. Ballwieser, ST 2002, 295.

RRG nur mittels Neufassung der Bankenverordnung und der darauf gestützten Bestimmungen in der RRV-EBK zu erreichen sein.

dd) Fazit


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.
aa) Beteiligungen (665a OR)


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. Zudem unterstellt die Richtlinie dem Beteiligungs begriff einen weiteren Gegenstand, nämlich die Forderungen der Bank gegenüber verbundenen Unternehmen, sofern ihnen unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten Eigenkapitalcharakter zukommt. 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-
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 Beteiligungs begriff 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. 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 Beteiligungs begriffes. Forderungen „kosten“ bedeutend weniger Eigenmittel als Beteiligungen. 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 Beteiligungs begriff durch den besonderen Gläubigerschutzauftrag des Ban-

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)


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. 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. 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/Schönächler, 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.

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\textsuperscript{996}. Insofern verlangt die operative Spezifität des Bankgeschäfts hier in beiden Fällen eine bankautonome Bewertung der Edelmetalle\textsuperscript{997}.

cc) Wertschriften (Art. 667 OR)

Eine Abweichung von der aktienrechtlichen Ordnung sieht die Rechnungslegungsrichtlinie schliesslich bei den Wertschriften\textsuperscript{998} vor. Das Aktienrecht enthält für die Wertschriften im Umlaufvermögen eine besondere Bewertungsbestimmung. Gemäss Art. 667 Abs. 1 OR ist für Wertschriften mit Kurswert\textsuperscript{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\textsuperscript{1000}. Wertschriften im Handelsbestand werden nach dem Fair Value bewertet, was entweder dem Marktpreis oder dem anhand eines Bewertungsmodells ermittelten Preises entspricht\textsuperscript{1001}. Kann der Fair Value ausnahmsweise nicht ermittelt werden, gilt das Niederstwertprinzip\textsuperscript{1002}. Wertschriften in den Finanzanlagen werden grundsätzlich nach dem Niederstwertprinzip bewertet\textsuperscript{1003}.

\textsuperscript{996} Vgl. RRV-EBK Rn. 52, 53, 233.
\textsuperscript{997} Im Ergebnis gleich Geiger, Komm. BankG (2003), N 91 zu Art. 6 BankG; Portmann, ST 1994, 950 (Vorratsregelung für Banken nicht relevant).
\textsuperscript{998} Genauer ist es, von Wertpapieren und Wertrechten zu sprechen.
\textsuperscript{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.
\textsuperscript{1000} RRV-EBK Rn. 52, 53.
\textsuperscript{1001} RRV-EBK Rn. 22 ff.
\textsuperscript{1002} RRV-EBK Rn. 22d.
\textsuperscript{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.
III. Rechnungslegung 299

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 bankenge setzlichen 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 verschärften Transparenzregime für Banken auf den Vorbehalt des bankengesetzlichen Gläubigerschutzes stützen.1004


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?).
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\textsuperscript{1008}. Für das Anlagevermögen besteht ein *Bewertungswahlrecht*: Es kann entweder zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten oder (neu) zum höheren Veräusserungs- bzw. Marktwert bewertet werden\textsuperscript{1009}. Mit Blick auf die oben erwähnten (exemplarischen) Anwendungsbereiche präsentiert sich die Lage wie folgt\textsuperscript{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 statutären 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\textsuperscript{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)\textsuperscript{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

\textsuperscript{1008} Art. 26 Abs. 3 VE RRG.  
\textsuperscript{1009} Art. 26 Abs. 3 i.V.m. Art. 29 VE RRG. Vgl. *Expertenkommission Rechnungslegungsrecht*, Vorentwurf und Begleitbericht, 118 ff.  
\textsuperscript{1010} Für eine tabellarische Übersicht aller Bewertungsgrundsätze vgl. *Behr*, ST 1999, 449.  
\textsuperscript{1011} Vgl. *Boemle*, Jahresabschluss, 244.  
\textsuperscript{1012} Siehe hierzu *Behr*, ST 1999, 446.
III. Rechnungslegung

(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 Markt-wert (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


e) Beteiligungspublizität

Als letztes Beispiel für die Koordination von bankrelevanter und allgemeiner Rechnungslegung kann schliesslich die Beteiligungspublizität – also die Offenlegung der bedeutenden Bankaktionäre – dienen. 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. Das Bundesgericht hat diesen Anspruch geschützt, was von der Lehre kritisiert wurde. Mit dem Modell der differenzierten Spezialisität 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. 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. Das Bundesgericht bejahte dies mit folgender Begründung:


---

1014 Art. 25c Abs. 1 Ziff. 3.10.2 BankV.
1015 BGE 124 II 581.
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“.
reihe Lösungen diejenige wähle, die den Banken und ihrer Bedeutung allgemein angemessener erscheine, überschreite er den in Art. 6 Abs. 5 BankG vorgesehenen Delegationsrahmen nicht1018.

bb) Kritik


1018 BGE 124 II 581 (584 f.).
1020 Walz, Komm. HGB/Heymann, N 1 zu § 247 HGB.
1023 So auch Lutz, Komm. BankG (2001), N 2 zu Art. 6 BankG.

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)\textsuperscript{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 Beteiligungssepublizität 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\textsuperscript{1025}. Sieht also das Aktienrecht die Beteiligungssepublizität 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-

\textsuperscript{1024} Für Banken mit Effekenhändlerstatus bleibt das Bankengesetz vorbehalten, vgl. Art. 16 Abs. 4 BEHG.

\textsuperscript{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)\textsuperscript{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\textsuperscript{1027}.

Zweitens zeigt gerade die Frage der Öffentlichkeit der Jahresrechnung, dass in Publizitätsbelangen die Trennlinie nicht zwischen Aktiengesellschaften und Banken, sondern zwischen regulären Aktiengesellschaften einerseits und den Publikumsgesellschaften und Banken andererseits verläuft. Seit 1991 sind nämlich die Publikumsgesellschaften gleich wie die Banken zur Veröffentlichung der Jahresrechnung gezwungen (Allgemeinpublizität), während für die regulären Aktiengesellschaften noch immer der Grundsatz der Individualpublizität gilt\textsuperscript{1028}. Banken und Publikumsgesellschaften bilden mithin eine gemeinsame Publizitätskategorie. Wenn also der Gesetzgeber für die Publikumsgesellschaft ein zusätzliches Publizitätserfordernis vorzieht, 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

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 verschärften Risikolagen mit zusätzlichen Offenlegungspflichten, so spricht alles dafür, dass diese Pflichten auch im Bankenkontext verwirklicht werden müssen\textsuperscript{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 \textit{modifizierte} Übernahme von Art. 663c OR in dem Sinne, als diese ohne Einschränkung für alle Banken zur Anwendung kommt\textsuperscript{1030}.

dd) Zukünftige Neuregelung (RRG)

Der aktuelle Vorentwurf für ein allgemeines Rechnungslegungsgesetz sieht die Beibehaltung von Art. 663c OR vor\textsuperscript{1031}. Damit bleibt die Beteiligungspublizität Teil der Verweisungsordnung von Art. 6 Abs. 2 BankG, mit den oben aufgezeigten Folgen.

ee) Fazit


5. Ergebnis zur Rechnungslegung

Rechtstechnisch ist die Rechnungslegung der Banken einerseits durch eine Reihe bankrechtsspezifischer Vorschriften und andererseits durch die modi-


\textsuperscript{1030} Zur Auslegung von Art. 663c OR vgl. \textit{Forstmoser}, OR 663c – ein wenig transparentes Transparenzgebot, 69 ff.

\textsuperscript{1031} Expertenkommission Rechnungslegungsrecht, Vorentwurf und Begleitbericht, 41.

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 rechnungslegungsrechtlichen „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?


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.“


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.; Zenhäuser-
**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 Konzernstatbestand 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\(^{1039}\).


\(^{1037}\) 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.


\(^{1039}\) 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 Re- vision (RRG) wird auf eine explizite Definition des „Konzerns“ zwar ver- zichtet, 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 Rechnungsle- gungsrecht 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 (Kon- zernbilanzrichtlinie). Von der EU-Kompromisslösung, die in Absatz 1 das angelsächsische Control-Prinzip und in Absatz 2 das Leitungsprinzip des deutschen Aktienrechts verankert, 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. Im Bereich der Rechnungslegung gilt aber aufgrund der Übernahme des EU-Bilanzrecht auch in Deutschland das Control-Prinzip (§ 290 Abs. 2 HGB).

Die Konzernierung bei einheitlicher Leitung und gleichzeitiger Beteiligung steht gesetzestechnisch im Vordergrund (§ 290 Abs. 1 HGB), bildet aber de facto lediglich einen Auffangtatbestand.

---

1041 Siebte Richtlinie des Rates über den konsolidierten Jahresabschluss (Kon- zernbilanzrichtlinie). Von der EU-Kompromisslösung, die in Absatz 1 das angelsächsische Control-Prinzip und in Absatz 2 das Leitungsprinzip des deutschen Aktienrechts verankert, 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. Im Bereich der Rechnungslegung gilt aber aufgrund der Übernahme des EU-Bilanzrecht auch in Deutschland das Control-Prinzip (§ 290 Abs. 2 HGB). Die Konzernierung bei einheitlicher Leitung und gleichzeitiger Beteiligung steht gesetzestechnisch im Vordergrund (§ 290 Abs. 1 HGB), bildet aber de facto lediglich einen Auffangtatbestand.
1043 Vgl. § 18 AktG.
1044 § 290 Abs. 2 HGB: „Eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland ist stets zur Auf- stellung eines Konzernabschlusses ... verpflichtet, wenn ...“ [Es folgt die Über- nahme von Art. 1 Abs 1 der Konzernbilanzrichtlinie]. Zur Konzernvermutung gemäss § 290 Abs. 2 HGB vgl. Wysocki, WPg 1987, 278 ff.
In der Vergangenheit ist dort, wo das Aktienrecht den Begriff „Konzern“ verwendete\textsuperscript{1046}, im Zweifel nach dem Kriterium der einheitlichen Leitung im Sinne von Art. 663e OR gefragt worden\textsuperscript{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\textsuperscript{1048}.

Eine jüngere Mindermeinung will gar schon heute das Leitungsprinzip im Sinne einer potentiellen Leitung interpretieren und ihn dadurch dem Control-Prinzip anähern\textsuperscript{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.

\section*{b) Zentralkriterien im Bankaufsichtsrecht}

\subsection*{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)\textsuperscript{1050}. Auf das Kriterium der einheitlichen Leitung haben Gesetzgeber und Verordnungsgeber verzichtet; sie stellen nur noch auf

\begin{flushleft}
\textsuperscript{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.
\textsuperscript{1047} Dem Konzernbegriff in Art. 727c Abs. 2 OR legen allerdings gewisse Autoren das Kriterium der Mehrheitsbeteiligung zugrunde, vgl. \textit{Druey}, Leitungsrecht, 4 Fn. 7; \textit{Watter}, Basler Kommentar, N 15 f. zu Art. 727c OR.
\textsuperscript{1049} So etwa \textit{Boemle}, Jahresabschluss, 567; \textit{Fischer/Koch}, SZW 71 (1999), 140 f.; \textit{Meyer}, Konzernrechnung, 20 f. In der Tendenz auch \textit{Neuhaus/Ilg}, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 663e OR.
\end{flushleft}
Stimmnmehrheit oder sonstige Beherrschung ab\textsuperscript{1051}. Mit dem Verzicht auf das Leitungsprinzip im herkömmlichen Sinne einer faktischen Leitung stellt sich das Bankaufsichtsrecht auf die Seite des Control-Prinzips\textsuperscript{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.

\textbf{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\textsuperscript{1053}. Gemäss Art. 13a Abs. 1 BankV besteht die Konsolidierungspflicht, wenn die Bank mit anderen im Finanzbereich tätigen Unternehmen oder Immobiliengesellschaften eine \textit{wirtschaftliche Einheit} bildet oder wenn aufgrund anderer Umstände anzunehmen ist, dass sie gegenüber diesen Unternehmen eine \textit{Beistandspflicht} trifft. Nach Absatz 2 besteht eine Konsolidierungspflicht 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 \textit{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“\textsuperscript{1054} des Bundesgerichts aus dem Jahre 1990 in die Bankenverordnung von 1994 integriert worden\textsuperscript{1055}. Im Entscheid dehnte das Bundesgericht die Pflicht zur Eigenmittelkonsolidierung auf „atypische Bankkonzern“ aus, an deren Spitze

\begin{flushright}


\textsuperscript{1053} Ausformuliert ist das Konsolidierungsregime in Art. 13a BankV (Eigenmittel); die Risikoverteilungsvorschrift (Art. 21m BankV) begnügt sich mit einem Verweis.

\textsuperscript{1054} BGE 116 Ib 331. \textit{Vgl. die (kritischen) Urteilsbesprechungen von Kleiner/Lutz, SZW 1991, 141 ff. und von Hertig, SZW 1991, 155 ff.}

\textsuperscript{1055} \textit{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 BGE 116 Ib 331 (337 f.).  
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) Zukunftige Neuregelung


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 erweiterte 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.

\textsuperscript{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 Konzernbegriff 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\textsuperscript{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)

\textsuperscript{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.


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.


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. Von der Stosserrichtung her laufen also die Regulierungen 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).


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.

c) Schliessung der Regelungslücke durch analoge Anwendung des Aktienrechts


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,


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.““
IV. Bankkonzernrecht

321

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


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\textsuperscript{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)\textsuperscript{1077}. Das RRG beschränkt sich – wie übrigens auch das deutsche HGB\textsuperscript{1078} – auf die Übernahme von Art. 1 der

\textsuperscript{1076} Siehe oben S. 311 (Zukünftige Neuregelung).
\textsuperscript{1077} Die Mitgliedstaaten konnten sich auf die Konsolidierungspflicht für Gleichordnungskonzerne nicht einigen, vgl. hierzu Grossfeld, Bilanzrecht Rn. 544; Niessen, WPg 1983, 655.
\textsuperscript{1078} Vgl. § 290 HGB.
Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

Richtlinie. Entsprechend wird bereits heute darauf hingewiesen, im neuen Regime des RRG gelte die Konsolidierungspflicht nur noch für Unterordnungskonzerne\textsuperscript{1079}.

Sollte also Art. 38 VE RRG unverändert in Kraft treten, so wäre die heute noch mögliche Korrektur mit Blick auf die Gleichordnungskonzerne verboten. 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)\textsuperscript{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.


\textsuperscript{1080} Vgl. oben S. 114 (Rationalitätskriterien); S. 198 (Koordinationsprinzipien).
IV. Bankkonzernrecht

a) Aufsichtsrechtliche Rahmenordnung

aa) Grundsatz der „tatsächlichen Leitung von der Schweiz aus“


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 sollte. Die Kon-

1081 Vgl. BBl 1970 I 1150 f.
Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

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.


b) Abstimmung mit den gesellschaftsrechtlichen Weisungsschranken

Die Verordnung selbst enthält keine inhaltliche Einschränkung der Weisungsbefugnis. Diese ergeben sich aber aus dem allgemeinen Konzernrecht. Erstens dürfen die Anordnungen der Muttergesellschaft nicht rechtswidrig sein, also nicht gegen gesetzliche oder statutarische Regeln verstossen. Zweitens darf die Weisung für die Tochtergesellschaft nicht nachteilig sein, es sei denn, die ihr zugrunde liegende Massnahme diene dem Konzernzweck und der Nachteil werde ausgeglichen. Einer Sonder-

---

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.
form des Nachteilsverbots unterfällt dasjenige Weisungsregime, das die Exis-
tenzfähigkeit der Konzernuntergesellschaft gefährdet und so den Aktionä-
ren und Gläubigern die Kontrolle über die Sicherung ihrer Substanz ver-
sagt.  

Nach dem Koordinationsgrundsatz der Systemabstimmung ist eine Einzel-
regelung, die sich im Interaktionsfeld zwischen öffentlichem und privatem 
Recht befindet, nicht allein aus dem Kontext der jeweiligen Teilrechtsord-
nung, 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 Konzernprivi-
leg folgt daraus, dass die allgemeinen konzernrechtlichen Schranken im 
Rahmen der Auslegung des Aufsichtsrechts beachtlich sind. Die aufsichts-
rechtlich zugestandene Ausnahme vom Grundsatz, dass eine Bank tatsäch-
lich 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 Anwen-
dungsbereich der unzulässigen Weisung lebt also die Grundpflicht der 
effektiven schweizerischen Leitung wieder auf. Fügt sich hingegen die schweizeri-
sche 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 gezoge-
nen 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 gesellschafts-
rechtlichen Leitungsmöglichkeiten innerhalb des Konzerns. Zwar richten sich 
die aufsichtsrechtlichen Normen an die inländische Konzerntochter. Fak-
tisch berühren sie aber auch die Weisungsmöglichkeiten der Konzernmutter. 
Wo also das Bankaufsichtsrecht gesetzliche Ge- und Verbote begründet,
wird die ausländische Konzernmutter in ihrer Konzernsteuerung mittelbar eingeschränkt\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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-
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 Untergräbung 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\textsuperscript{1092}, ist im Einwirkungsbereich des Bankaufsichtsrechts also bereits reduziert.


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


\textsuperscript{1092} Zu diesem Problembereich v. Büren, SPR VIII/6, 112 ff., 146.


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\textsuperscript{1093} – bildet die letzte Station in der Reihe der einzelnen Auffangrelationen, anhand derer sich die bankrechtliche Koordinationsdogmatik \textit{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 allemal 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\textsuperscript{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

\textsuperscript{1093} Vgl. etwa den 7. Abschnitt des ersten Teilentwurfs des FINMAG.
\textsuperscript{1094} Vgl. oben S. 31 (Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen); S. 128 (Wechselseitige Entlastung als Koordinationsstrategie).

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. Neu soll die bankengesetzliche Revisionsstelle nicht mehr (ausschliesslich) in Bankengesetz und Bankenverordnung, sondern im Finanzmarktaufsichtsgesetz geregelt werden.

1097 EBK-RS 95/1 (Interne Revision).
1098 EBK-RS 95/1 Rn. 9.
1100 Siehe oben S. 37 (Organisationszwang).
V. Revision

331

aa) Aktuelle Rechtslage

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\textsuperscript{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\textsuperscript{1107}. Sie führte zum heutigen dualistischen System, das zur Überwachung der Banken einerseits auf staatliche Instanzen und andererseits auf Private zurückgreift\textsuperscript{1108}.

\textsuperscript{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).
\textsuperscript{1103} Vgl. Art. 35 ff. BankV und die dazu erlassenen Rundschreiben.
\textsuperscript{1104} Vgl. Art. 21 Abs. 2, Art. 23\textsuperscript{bis} Abs. 2 BankG.
\textsuperscript{1105} BGE 99 Ib 104 (110).
\textsuperscript{1106} Vgl. Sten. Bull. StR 1934, 198, 204 f.
\textsuperscript{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 zuständig der EBK formulieren sollte. Zahlreiche Empfehlungen des im Dezember 2000 verabschiedeten Berichts\textsuperscript{1109} wurden von der Aufsichtsbehörde bereits umgesetzt\textsuperscript{1110}. Sie wurden zudem von der Expertenkommission ZIMMERLI teilweise aufgegriffen und finden sich heute im Vorentwurf zum Finanzmarktaufsichtsgesetz\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{1113}.

c) Die externe aktienrechtliche Revisionsstelle


\textsuperscript{1109} Expertenkommission Nobel, Bericht, durchgehend.
\textsuperscript{1111} Beispiel: Die Unterscheidung zwischen Rechnungsprüfung und aufsichtsrechtlicher Prüfung.
\textsuperscript{1112} Vgl. Art. 22 VE FINMAG.
\textsuperscript{1113} Vgl. Expertenkommission Zimmerli, Teilbericht, 35 ff.
aa) Aktuelle Rechtslage

In Anknüpfung an das alte rechtlichen Institut der Fachrevision müssen Aktiengesellschaften, die eine bestimmte Größengliederung erreichen oder die Kapitalmarkt beanspruchen, besonders befähigte Revisoren bestellen (Art. 727b OR). Die fachlichen Anforderungen an diese Revisoren richten sich nach der einschlägigen Verordnung. 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.

bb) Zukünftige Neuregelung


Prüfungspersonals der einen oder der anderen Kategorie zugeordnet\textsuperscript{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\textsuperscript{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 \textit{Interne Revision} vorgesehen. Nach dem Rundschreiben können deren Aufgaben nur ausgelagert werden, wenn die Einrichtung einer betriebseigenen Stelle unangebracht erscheint\textsuperscript{1125}. Die \textit{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\textsuperscript{1126}. (2) Die aktienrechtliche Revisionsstelle ist selbst als bankengesetzliche Revisionsstelle anerkannt und von der bankengesetzlichen Revisionsstelle der Bank unabhängig\textsuperscript{1127}. Aus dem zwingend zu wahren Unabhängigkeitsfordernis folgt, dass die eigene bankengesetzliche Revisionsstelle nicht gleichzeitig die Aufgaben der Internen Revision übernehmen darf\textsuperscript{1128}. Diese Unvereinbarkeitsregel hat ihren guten Grund darin, dass sonst die Stufenfolge der Kontrollinstanzen nicht eingehalten würde.

\textsuperscript{1123} Art. 6 E-RAG, BBl 2004, 4141.
\textsuperscript{1126} EBK-RS 95/1 Rn. 6, 7.
\textsuperscript{1127} Vgl. EBK-RS 95/1 Rn. 6.
Rechtlich möglich und in der Praxis durchwegs üblich ist hingegen die \textit{Personalunion für die beiden externen Revisionsstellen}\textsuperscript{1129}. Von den 255 Bank-Aktiengesellschaften verteilen aktuell noch deren 16 die Revisionsmandate auf zwei verschiedene Revisionsstellen\textsuperscript{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\textsuperscript{1131}. Vor allem aber bestehen weiterhin zwei formell getrennte Mandate mit unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und unterschiedlichen Funktionen.

2. **Gesetzliche Aufgaben und resultierender Koordinationsbedarf**


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-


\textsuperscript{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 abschließenenden Schritt sind dann die Überschneidungsbereiche festzustellen, bei denen ein teilechtsübergreifender 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\textsuperscript{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“\textsuperscript{1134}. Sie ist eine „übergeordnete Überwachung, die im wesentlichen die Wirksamkeit anderer Überwachungsaktivitäten prüft und bewertet“\textsuperscript{1135}.


\textsuperscript{1134} Expertenkommission Nobel, Bericht, 11.

\textsuperscript{1135} Expertenkommission 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. Insgesamt ist die Interne Revision damit Prüfungs- und Optimierungsinstanz zugleich.

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


1139 Für das künftige Recht vgl. Art. 728b E-OR RevR: Die Revisionsstelle erstattet dem Verwaltungsrat immer einen ausführlichen Bericht. Der Generalversamm-
Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

Darüber hinaus nimmt sie bei Bedarf weitere spezielle Prüfungshandlungen vor, die in Anlehnung an Böckli in neun Kategorien zusammengefasst werden können\textsuperscript{1140}: Zu nennen sind die Gründungs-, Kapitalerhöhungs-, Kapitalherabsetzungs-, Aufwertungs- und Zwischenbilanzprüfung bei Überschuldungsgefahr\textsuperscript{1141}. Hinzu kommen Sonderkonstellationen, nämlich die Zwischenabschlussprüfung bei einer Kapitalerhöhung aus Eigenkapital, die Prospektprüfung, die Liquidationsprüfung bei vorzeitiger Verteilung und die Prüfungen nach Fusionsgesetz\textsuperscript{1142}. Teilweise sind diese Prüfungen den besonders befähigten Revisoren (Art. 727b OR) vorbehalten\textsuperscript{1143}. Möglich ist zudem, dass die Gesellschaft gewisse besondere Prüfungsaufgaben – namentlich die Kapitalerhöhungsprüfung – einer anderen als der ordentlichen Revisionsstelle überträgt\textsuperscript{1144}. Das künftige Revisionsrecht bringt für die Banken im Ergebnis keine Änderungen\textsuperscript{1145}.

\textsuperscript{1140} Böckli, Aktienrecht, § 15 Rn. 196 ff.
\textsuperscript{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).
\textsuperscript{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).
\textsuperscript{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


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 Handlungsunfähigkeit1149 oder böswilliger Handlungsunwilligkeit des Verwaltungsrats1150 sowie bei gravierenden Gesetzesverstössen des Verwaltungsrats, die sofort der Generalversammlung mitgeteilt werden müssen1151. Ausserdem benachrichtigt sie bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft den Richter, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige innerhalb der von der Revisionsgesellschaft

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)\textsuperscript{1152}. Im Bankensektor entfällt neuerdings die letztnannte Exekutivpflicht, weil das Bankinsolvenzrecht hier ein besonderes Verfahren vorsieht\textsuperscript{1153}. An ihre Stelle tritt die Pflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle zur Benachrichtigung der Bankenkommission (Art. 21 Abs. 4 BankG).

\textbf{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 beaufsichtiges Revisionsunternehmen) vorgenommen werden müssen, die für die Abschlussprüfung kompetent sind\textsuperscript{1154}. Zudem werden Einzelaufgaben der Abschlussprüfung im Gesetz präzisiert\textsuperscript{1155}. Gemäss bundesrätlicher Botschaft sind damit aber keine neuen Prüfungsaufgaben verbunden\textsuperscript{1156}.

c) \textbf{Aufgaben der bankengesetzlichen Revisionsstelle}

Auch bei der bankengesetzlichen Revisionsstelle lassen sich die gesetzlichen Aufgabenzuweisungen nach ihren Funktionen gruppieren.

\textbf{aa) Prüfungsinstanz}

Gleich wie ihr aktienrechtliches Pendant wirkt auch die bankengesetzliche Revisionsstelle als Prüfungsinstanz. Sie ist zuständig für die Rechnungsprüfung (\textit{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-
len und der Managementinformationssysteme im Bereich des finanziellen Rechnungswesens

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). Hinter der kurzen Gesetzesbestimmung verbirgt sich ein extensiver Prüfungsauftrag über die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen im Bereich der Verwaltungsorganisation, einschliesslich des gesamten Compliance-Bereichs. In beiden Prüfungsbereichen sind sodann nicht nur die wenigen gesetzlichen Vorschriften, sondern die Richtlinien der Aufsichtsbehörde und zahlreiche Regelwerke der Schweizerischen Bankiervereinigung zu beachten.

Was die besonderen Prüfungshandlungen angeht, so ist der bankenrechtliche 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 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\textsuperscript{1163}. Zu den unterstützenden Aufsichtsarten, die in dieser Sonderfunktion wahrgenommen werden, gehören der Einsatz als Beobachterin (Art. 23\textsuperscript{quater} Abs. 1 BankG), die Prüfung nach einem von der EBK aufgestellten Prüfungskatalog im Rahmen einer ausserordentlichen Revision (Art. 23\textsuperscript{bis} Abs. 2 BankG)\textsuperscript{1164} sowie die Prüfung ausländischer Niederlassungen von Banken, die gemäss dem Prinzip der Herkunftslandkontrolle unter die konsolidierte Überwachungspflicht der EBK fallen (Art. 23\textsuperscript{septies} Abs. 1 BankG). Für die Prüfungshandlungen als Beobachterin und als Prüferin ausländischer Niederlassungen \emph{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.


\textsuperscript{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\textsuperscript{1165}. Hingegen finden die besonderen Prüfungshandlungen, die das Bankengesetz bzw. die Aufsichtsbehörde in die Kompetenz der bankengesetzlichen Revisionsstelle verweist\textsuperscript{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\textsuperscript{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)\textsuperscript{1168} sowie die Prüfungstätigkeiten im Rahmen der vertieften (vormals: ausserordentlichen) Prüfung\textsuperscript{1169} und der neu vorgesehenen Zweitprüfung\textsuperscript{1170}.

\textsuperscript{1165} Art. 25 Abs. 1 lit. a, b VE FINMAG.

\textsuperscript{1166} Kapitalherabsetzungsprüfung, Kapitalerhöhungsprüfung, Gründungsprüfung etc.

\textsuperscript{1167} Art. 26 Abs. 2 VE FINMAG.

\textsuperscript{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. 23\textsuperscript{quater} BankG vor, der allerdings noch den Begriff „Untersuchungsbeauftragter“ verwendet. Wie bisher (23\textsuperscript{quater} BankG) können auch unter dem FINMAG andere fachkundige Dritte mit dieser Aufgabe betreut werden.

\textsuperscript{1169} Art. 27 Abs. 1 lit. a VE FINMAG; Art. 23\textsuperscript{bis} 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\textsuperscript{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\textsuperscript{1172}.

Im Ergebnis sieht auch der Teilentwurf für das neue Finanzmarktrecht die Beibehaltung der drei grossen „Aufgabenpfeiler“ vor. Diesbezüglich sind also Änderungen im Einzelnen, nicht aber grundlegende Umgestaltungen zu erwarten.

(2) Neue EBK-Rundschreiben


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-
de EBK-RS 96/3 (Revisionsbericht) ersetzen. Das EBK-RS Prüfgesellschaften regelt die Anerkennung von Prüfgesellschaften und leitenden Prüfern.


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. Es gibt aber drei Gründe,
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\textsuperscript{1179}. Zweitens arbeitet die Interne Revision im Gegensatz zur externen Revision nicht stichtags-, sondern prozessbezogen\textsuperscript{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 Handlungs- pflicht 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\textsuperscript{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\textsuperscript{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-

\textsuperscript{1179} Vgl. Blumer, Bankenaufsicht und Bankenprüfung, 55, 160, m.w.N.
\textsuperscript{1180} Die Prozessorientiertheit trägt zur zunehmenden Bedeutung der internen Revisi-

\textsuperscript{1181} Vgl. auch Art. 23 Abs. 5 VE FINMAG, wonach das beaufsichtigte Institut die Be-

\textsuperscript{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 – 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).

Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

rechnung die einschlägigen Bestimmungen des Rechnungslegungsrechts eingehalten wurden\textsuperscript{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\textsuperscript{1187}.

Demgegenüber sind die „Verletzungen gesetzlicher Vorschriften“ in Art. 21 Abs. 3 BankG in einen ganz anderen Kontext eingebunden. Hier geht es um die \textit{Konkretisierung des regulären Prüfungsauftrags} der bankengesetzlichen Revisionsstelle gemäß Art. 19 Abs. 1 BankG\textsuperscript{1188}. Die Alarmfunktion bezieht sich auf Sachverhalte, auf die die bankengesetzliche Revision bei sorgfältiger Ausführung ihres gesetzlichen Prüfungsauftrags stossen \textit{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.

\textbf{(2) Prozedurale Komplementarität der Pflichten}

Die gegenseitige Ergänzung zeigt sich ausserdem prozedural daran, dass auf der zweiten Verfahrensstufe eine Gabelung eingtritt: 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)\textsuperscript{1189}. Auch die übrigen Meldetatbestände, die neben den „Gesetzesverstössen“ das Alarmverfahren auslösen, sind nicht dekungsgleich: Das Aktienrecht spricht insoweit von Verstössen gegen die Statuten, das Bankengesetz hingegen von sonstigen Missständen.

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{1186} Im einzelnen geht es also um die Regeln des Kapitalschutzes, die Buchführungs pflichten, die Rechnungslegung, die Regelung über die Reserven. Vgl. hierzu \textit{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.
\item \textsuperscript{1187} \textit{Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel}, Aktienrecht, § 33 Rn. 64 Fn. 34a, sprechen treffend von einer beschränkten Prüfungs-, aber integraler Meldepflicht.
\item \textsuperscript{1188} Das ergibt sich bereits aus den Materialien, vgl. Sten. Bull. StR 1934, 256.
\item \textsuperscript{1189} \textit{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.
\end{itemize}
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\textsuperscript{1190}. Daher ist insbesondere im Falle der *Personalunion* darauf zu achten, welche Informationen wohin fließen.

*(3) Fazit*


**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\textsuperscript{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).

\textsuperscript{1190} Für eine solche Differenzierung der beiden Meldepflichten auch Blumer, Bankenaufsicht und Bankenprüfung, 215.

\textsuperscript{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\textsuperscript{1192} – die bilanziellen Prüfungsaufgaben der bankengesetzlichen Revisionsstelle auf diejenigen Bereiche, die aus Sicht des Gläubigerschutzes besonders heikel sind: Die Abschlussprüfung und die Kapitalherabsetzungsprüfung\textsuperscript{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\textsuperscript{1194}. Für die Zuweisung weiterer Prüfungshandlungen fehlt dagegen die gesetzliche Grundlage, weshalb die Erweiterung des Aufgabenkatalogs gegen das \emph{Legalitätsprinzip} verstösst.


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 entfällt aber

\textsuperscript{1192} Vgl. oben S. 31 (Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen); S. 128 (Wechselseitige Entlastung als Koordinationsstrategie).

\textsuperscript{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.

diese Kumulation: Der Bankengesetzgeber hält ausdrücklich fest, dass die Meldepflicht gemäss Art. 729b Abs. 2 OR für Banken nicht mehr gelte\textsuperscript{1195}. Übrig bleiben also noch die beiden Bereiche „Abschlussprüfung“ und „Kapitalherabsetzungsprüfung“.


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 zuschreiben, deren Bestimmung im Wechselspiel zwischen öffentlich-\textsuperscript{1195} Vgl. Art. 25 Abs. 3 BankG.

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 solchemassen konkurrierenden Regelungsansprüchen der Vorrang der bankaufsichtsrechtlichen Organisationsregel (aa). Schon der historische Gesetzgeber ging aber davon aus, dass hier beide Revisionsstellen eine Prü-

aa) Regelfall der Derogation (absolute formelle Spezialität)


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.

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\textsuperscript{1200}. Die geprüfte Jahresrechnung ist der Generalversammlung zu unterbreiten. Die aktienrechtliche Revisionsstelle gibt dazu einen schriftlichen Prüfungsbericht und eine Abstimmungsempfehlung zuhanden der Aktionäre ab\textsuperscript{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\textsuperscript{1202}. Sie muss zudem auf Anfrage über die Durchführung und das Ergebnis der Prüfung Auskunft geben\textsuperscript{1203}.

Alle diese mit der Abschlussprüfung verbundenen Pflichten gelten für die bankengesetzliche Revision nicht. Sie übergibt ihren Prüfungsbericht dem Verwaltungsrat und der aktienrechtlichen Revisionsstelle\textsuperscript{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.


\footnotesize{\textsuperscript{1202} Zur Anwesenheitspflicht vgl. Art. 729c OR (Art. 731 Abs. 2 E-OR RevR). Zur Auskunftspflicht aus eigenem Antrieb Böckli, Aktienrecht, § 15 Rn. 164.}

\footnotesize{\textsuperscript{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.}

\footnotesize{\textsuperscript{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 Arbeits teilung ausginge, bei der die bankengesetzliche Revisionsstelle den Jahres abschluss 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 formalen Präsenz der aktienrechtlichen Revisions stelle an der Generalversammlung wären also die Mitbestimmungs- und Kontrollrechte der Aktionäre in keiner Weise gewährleistet.

Mit Blick auf das Gebot der System abstimmung zwischen verschiede nen Teilrechtsordnungen ist nur eine solche Anwendung des Spezialitäts grundsatzes vertretbar, die den Bestand der aktienrechtlichen Schutz ziele 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 Aktien recht 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 Teilrechtsord nungen immer im Blick zu behalten sind. Sie bilden die „grosse Klam mer“, innerhalb derer sich jede Koordination zwischen Teilrechtsordnungen ab spieilt. Insofern beruht bereits der Regelfall, also die umfassende Derogati onswirkung des Bankengesetzes, auf dem Gedanken der Systemabstim mung 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 nach aktienrechtlichem Bilanzrecht prüfen, oder gilt hier das Rechnungslegungsrecht des Bankengesetzes?


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).

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.


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.


d) Gegenseitige Verwendung von Prüfungsergebnissen?


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*\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{1221}. Die Kläger hatten vorgebracht, dass die aktienrechtlichen Revisoren eine *selbständige Prüfungspflicht* treffe. Sie habe daher pflichtwidrig gehandelt, als sie


\textsuperscript{1217} Vgl. *Wiegand*, Haftung der Kontrolleure, 122.

\textsuperscript{1218} Auskunft der EBK vom 18. August 2003. Herzlichen Dank an Frau K. Schneeberger für die Mühe!

\textsuperscript{1219} *Geiger*, Komm. BankG (2004), N 152 zu Art. 18-22 BankG.

\textsuperscript{1220} Für die ähnlich gelagerte Situation zwischen Laienrevision und gesetzlicher Revisionsstelle im alten Aktenrecht bejahend *Bürgi*, Zürcher Kommentar, N 15 zu Art. 723 OR.

\textsuperscript{1221} BGE 4C.53/2003 E. 5.2 und 5.3.
Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen

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.


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 Kompetenzgefülles liess es

1222 Vgl. z.B. EBK-Bull. 16 (1986), 12.
1223 Vgl. auch EBK-Bull. 16 (1986), 16.
die Mehrheit der Lehre genügen, dass sich die interne Kontrollstelle nur noch von der Plausibilität der gesetzlichen Revision überzeugte\textsuperscript{1225}.

Diese Konstellation ist allerdings beim gegenwärtigen Recht so nicht mehr gegeben\textsuperscript{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 Kompetenzgefühl zwischen den beiden aktiven Revisionsstellen ist deshalb nicht mehr in vergleichbarem Umfang vorhanden\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{1229} und die Rundschreiben-Entwürfe der Eidgenössischen Bankenkommission\textsuperscript{1230} haben auf das Koordinationsrecht der Bank-Aktiengesellschaft keinen Einfluss, wenn man sich die vorangehenden Lösungsansätze zu den Abstimmungsfragen vor Augen hält:


\textsuperscript{1225} Bürgi, Zürcher Kommentar, N 16 zu Art. 723 aOR. A.A. Hirsch, l’organe de contrôle, 119.
\textsuperscript{1226} Wiegand, Haftung der Kontrolleure, 121.
\textsuperscript{1227} Vgl. oben S. 357 (Fachkompetenz).
\textsuperscript{1228} Vgl. Wiegand, Haftung der Kontrolleure, 121 f.
\textsuperscript{1229} Vgl. oben S. 333 (Zukünftige Neuregelung).
\textsuperscript{1230} Vgl. oben S. 344 (Neue EBK-Rundschreiben).

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 funktionsdifferenzierten 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 Rechnung1231.

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.

V. Revision

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 Revisionssstellen – 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. 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 eingriffssintensiver 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


\[1232\] 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 Gesetzesände-
rungsprozesse übernahm das Aktienrecht die Grundzüge der bankengesetz-
lichen Regelung und baute sie weiter aus. Für die Bank-Aktiengesellschaft
entstand dadurch ein „Regelungsmix“, der sich aus bankengesetzlichem
Sonderrecht, subsidiärem Aufsichtsrecht und direkt anwendbarem Aktien-
recht 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 Ordnungs-
rahmen; die Überschneidung der Regelungsansprüche wirkt sich hier auch
bei der Prüfungstätigkeit und Fachqualifikation der Revisionsstelle aus (b).
Demgegenüber fällt die konstitutive Kapitalherabsetzung – also die Herabset-
zung zwecks Rückzahlung von Aktienkapital1234 – in die primäre Rege-
lungskompetenz des Bankengesetzes, das allerdings einschränkend auf die
Bestimmungen des Aktienrechts verweist. Daraus resultiert für die zustän-
dige 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 entstan-
den, 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 „ausserordent-
lich heikle Natur“ der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung1235. Ent-
sprechend sah der bundesrätliche Entwurf gegenüber der aktienrechtlichen
Lösung eine Verschärfung vor. Zwar sollten für die Bank-Aktiengesellschaft
kraft Verweisung die „einschlägigen Bestimmungen des Obligationen-

1234 Dem gleichgestellt ist die Herabsetzung zwecks Befreiung von der Liberierungs-
pflicht, 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 Bestim-
mungen des Obligationenrechts folgende Vorschriften: ...“. Dabei sahen die Ein-
schränkungen durchweg eine Verschärfung der aktienrechtlichen Regelung vor.
recht von 1881 nicht speziell geregelt war, bezogen auf die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Auflösung der Gesellschaft\footnote{Art. 667 OR 1881.}. 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 Verweisungsbe-reich 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, dürfte die Generalversammlung den Herabsetzungsbeschluss fassen. Vorher dürfte die Bank weder eigene Aktien zum Zweck der Kapitalherabsetzung zurückkaufen noch an Dritte Vorschüsse zum Zweck des Aktienrückkaufs gewähren\footnote{Art. 12 Abs. 1 lit. a E-BankG, BBl 1934 I 194.}. 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\footnote{Art. 12 Abs. 1 lit. a E-BankG, BBl 1934 I 194.}.


\footnotetext[1237]{Art. 667 OR 1881.}
\footnotetext[1238]{Art. 12 Abs. 1 lit. a E-BankG, BBl 1934 I 194.}
\footnotetext[1239]{Art. 12 Abs. 1 lit. a E-BankG, BBl 1934 I 194.}
\footnotetext[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\textsuperscript{1242}. Inspiriert durch die Lösung im Bankengesetz\textsuperscript{1243} wurden in den bereits durchberatenen Entwurf des Obligationenrechts nachträglich Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung eingefügt\textsuperscript{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\textsuperscript{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 statutären 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\textsuperscript{1246}. Als zusätzlichen Kontrollschritt fordert es sodann die notarielle Feststellung über die Einhaltung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen (Art. 734 OR). Hingegen fordert es...

\textsuperscript{1242} Schon unter dem OR von 1936: Art. 745 OR.
\textsuperscript{1243} Zur parallelen Gesetzgebungsgeschichte siehe Peter, Kapitalherabsetzung, 16 ff.
anders als das Bankengesetz keine Prüfung darüber, ob im Falle der Kapitalherabsetzung die Liquidität sichergestellt ist\textsuperscript{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


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\textsuperscript{1249}.

\textsuperscript{1247} Vgl. Art. 732 Abs. 2 BankG.
\textsuperscript{1248} Vgl. oben S. 108 (Verweisung); S. 269 (Grundlinien einer Koordination mittels differenzierter Spezialisität).
\textsuperscript{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\textsuperscript{1250}. Dafür sieht das Bankengesetz keine ausdrückliche Anordnung vor; die Regelung in Art. 11 BankG befasst sich dem \textit{Wortlaut} nach einzig mit der Kapitalherabsetzung zwecks Rückzahlung (konstitutive Kapitalherabsetzung). Es liegt daher nahe, die deklратive Kapitalherabsetzung und die damit zusammenhängende Revisionsaufgabe der ausschliesslichen Regelungskompetenz des Aktienrechts zuzuweisen\textsuperscript{1251}.

Dieser Schluss bedarf allerdings mit Blick auf den intensivierten Schutzauftrag des Bankengesetzes der näheren Prüfung. Das Obligationenrecht verzichtet nämlich auf die Liquiditätsprüfung sowie auf den Schuldnerruf und die Sicherstellung der Gläubiger, die in Art. 11 BankG vorgesehen sind\textsuperscript{1252}. Diese \textit{Minderungswürde} \textit{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\textsuperscript{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.

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item[\textsuperscript{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.
\item[\textsuperscript{1251}] So etwa Lutz, Komm. BankG (2001), N. 23 f. zu Art. 11 BankG.
\item[\textsuperscript{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.
\item[\textsuperscript{1253}] Siehe oben S. 177 (Vorrang nur bei Anwendbarkeit der bankengesetzlichen Norm).
\end{itemize}
\end{footnotesize}
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\textsuperscript{1254}. Auch bei späteren Gesetzesänderungen wurde eine entsprechende Kompetenzerweiterung zugunsten des Bankengesetzes nicht diskutiert\textsuperscript{1255}. Die \textit{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 \textit{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\textsuperscript{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\textsuperscript{1257}. Eine Kapitalherabsetzung bedeutet dann, dass \textit{rechnerisch} ein Ausgleich zwischen Aktiven und Passiven hergestellt wird – eine rein buchtechnische Massnahme. Weder verbessert sie die Vermögenslage der Gesellschaft, noch


\textsuperscript{1255} Die Revision beschränkte sich auf die Hinzufügung des Absatz 2 (Anwendung auf Genossenschaften und GmbHs), vgl. Art. 17 SchlÜB OR (1936).

\textsuperscript{1256} Zu diesem (massgeblichen) Kriterium für die Feststellung eines bankengesetzlichen Regelungsanspruchs siehe oben S. 177 (Vorrang nur bei Anwendbarkeit der bankengesetzlichen Norm).

\textsuperscript{1257} Siehe oben Fn. 1250.
verringert sie deren Vermögen, denn ein Mittelabfluss findet nicht statt\(^\text{1258}\). Das Haftungssubstrat mindert sich weder durch Ausschüttung an die Aktionäre, noch werden bestehende Libeerierungspflichten aufgehoben\(^\text{1259}\).

Allenfalls *mittelbar* kann die Operation einen vermögenswirksamen Effekt entfalten. Der Ausgleich der Bilanz stellt nämlich gleichzeitig die Ausschüttungsfähigkeit der Gesellschaft wieder her\(^\text{1260}\). 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\(^\text{1261}\).


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.
\(^{1261}\) So auch der Hinweis in der bundesrätlichen Botschaft, BBl 1928, 263.
ziehen sei\textsuperscript{1262}, sieht die materielle Seite des Revisionsrechts bei der deklarati-
vonen Kapitalherabsetzung auf den ersten Blick einfacher aus: Wo nur das Ak-
tienrecht anwendbar ist, sollte auch nur der aktienrechtliche Prüfungsmass-
stab gelten.

Bei Bank-Aktiengesellschaften ist diese einfache Grundüberlegung al-
lerdings trügerisch. Die Prüfung, ob die Gläubigeransprüche auch nach der
Kapitalherabsetzung noch voll gedeckt sind\textsuperscript{1263}, setzt die Bewertung aller
Aktiven innerhalb und ausserhalb der Bilanz sowie allfälliger Rückstellungs-
ansprüche voraus\textsuperscript{1264}. Das Bewertungsrecht der Bank-Aktiengesellschaft ist
aber – wie das Bilanzrecht insgesamt – eine \textit{bankengesetzliche Materie}. Die
einschlägige Rechtsgrundlage ist Art. 6 BankG. Die Bestimmung nimmt
zwar nicht ausdrücklich auf die Deckungsprüfung bei der Kapitalherabset-
zung Bezug. Doch würde es Sinn und Zweck der spezialgesetzlichen Nor-
mierung widersprechen, wenn Jahresrechnungen und Zwischenabschlüsse
jeweils nach besonderen bankengesetzlichen Gesichtspunkten zu erstellen
wären, diese Gesichtspunkte aber bei der Deckungsprüfung unberücksich-
tigt 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 Unter-
suchung im Zusammenhang mit der Rechnungslegung hat aber ergeben,
dass auch in diesem Bereich das Aufsichtsrecht zahlreiche Sonderregeln sta-
tuiert, die das Bewertungsrecht materiell gesehen zu einem bankengesetzli-
chen Sonderrecht werden lassen\textsuperscript{1265}.

Im Ergebnis fällt also zwar das Verfahren der Kapitalherabsetzung
zwecks Bilanzbereinigung in die Regelungszuständigkeit des Aktienrechts.
Das \textit{Kernstück des Verfahrens}, nämlich der zu erstellende besondere Revisi-
onsbericht, legt aber seiner Bewertung formell und materiell einen \textit{bankenge-
setzlichen Prüfungsmassstab} zugrunde. Obwohl dies in der praktischen Folge
sehr an den einheitlichen materiellen Massstab bei der Abschlussprüfung er-
ninnert, 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

---

\textsuperscript{1262} Siehe oben S. 356 (Prüfungsmassstab).
\textsuperscript{1263} Der Wortlaut des Gesetzes spricht nur von der Deckung der Gläubigeransprü-
che. Er ist nach übereinstimmender Lehrmeinung zu eng, vgl. nur Böckli, Aktien-
\textsuperscript{1265} Vgl. oben S. 285 (Stille Reserven); S. 294 (Übrige Bewertungsvorschriften).

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 Finanzmarktgüter beurteilen kann. Zwar fehlt es für dieses Erfordernis 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 unsorgfältig die Prüfung – im praktischen Ergebnis sichergestellt.

c) Die Revision bei konstitutiver Kapitalherabsetzung


1266 Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 2 Rn. 335.
aa) Kumulative Anwendung von Bankengesetz und Aktienrecht?

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 neueste 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 geben1267.


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 revisierten 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\textsuperscript{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 \textit{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 \textit{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 – \textit{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

\textsuperscript{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). 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 konstituierter Kapitalherabsetzung ausnahmsweise die bankengesetzliche Revisionsstelle bei der Generalversammlung aktiv mitzuwirken hat.

c) 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
den Vordergrund, verdrängt sogar die aktienrechtliche Revision und lässt
die bankengesetzliche Revisionsstelle mit ihrem Auftritt in der Generalver-
sammlung eine atypische gesellschaftsinterne Pflicht übernehmen. Überla-
gert wird diese Mehrgleisigkeit in der Aufgabenverteilung durch einen ein-
heitlichen Prüfungsmaßstab: Allein ausschlaggebend ist das Sonderbilanz-
recht der Banken als die sachnähere Materie. Dem folgen die Kompetenzan-
forderungen, 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 revisi-
onsrechtlichen Aufgabenkatalogen allesamt Primärpflichten der Revisions-
stellen betrafen, geht es beim Verantwortlichkeitsregime um Sekundärpflich-
ten – also um die Ersatzansprüche bei Verletzung der Primärpflichten. Ins
Blickfeld rücken diese Ersatzansprüche vor allem dann, wenn die Über-
schuldung der Bank-Aktiengesellschaft zum Konkurs oder zu einem Nach-
lassverfahren 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 Revisionsgesell-
schaften, 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 Wiederergutma-
chung. Haftungsrechtlich werden sie dadurch zu äusserst attraktiven „An-
sprechpartnerinnen“ bei Bankeninsolvenzen1270. Aktuelle Bedeutung ge-
winnen Verantwortlichkeitsklagen gegen Revisionsstellen ausserdem im Fall
des Unternehmenskaufs, wenn die Investoren geltend machen, die geprü-

---

III 60 (63). Zur Rolle der Revisionsorgane als „Ausfallbürgen für die Haftungs-
 Schulden von zahlungsunfähigen Verwaltungsräten“ (Böckli, Neuerungen im
Verantwortlichkeitsrecht, 16) vgl. auch Forstmoser, ST 1997, 389; Hunziker, Stel-
lung und Verantwortlichkeit der Organe, 104; Moser, Haftung gegenüber ver-
tragsfremden Dritten, 202. Für Korrekturmassnahmen de lege ferenda vgl. Forst-
moser, Den Letzten beissen die Hunde, 511 ff.
ten Jahresrechnungen und Revisionsberichte hätten von der finanziellen Lage der übernommenen Gesellschaft ein falsches Bild vermittelt\textsuperscript{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\textsuperscript{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\textsuperscript{1273}.

Wie im Zusammenhang mit der Organverantwortlichkeit\textsuperscript{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\textsuperscript{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)\textsuperscript{1276} eine versicherungsrechtliche Revisionsstelle nach dem Modell der Bankenaufsicht\textsuperscript{1277} be-


\textsuperscript{1272} Siehe oben S. 254 (Neuregelung der Organhaftung).


\textsuperscript{1274} Siehe oben S. 223 (Verantwortlichkeit der Organe, Einleitung).


\textsuperscript{1276} BBl 2003, 3789 ff.

\textsuperscript{1277} Der Aufgabenkatalog der versicherungsrechtlichen 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 Aufsichtsinanstalt, namentlich die Vornahme ausserordentlicher Prüfungshandlungen (Art. 23\textsuperscript{bis} Abs. 2 BankG, Art. 29 Abs. 3 E-VAG) und die Kontrollen im Ausland (Art. 23\textsuperscript{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 verweist1278, 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 bewahren, 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\textsuperscript{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)\textsuperscript{1280}. Die nötige Schutznormqualität für reine Vermögensschäden bietet angesichts der gläubigerschützenden Funktion der bankengesetzlichen Revision für die Anspruchsteller keine Probleme\textsuperscript{1281}.

Für die Haftung der aktienrechtlichen Kontrollure hat das Bundesgericht in seiner jüngeren Differenzierung die unmittelbaren Gläubigerschäden deliktisch (Art. 41 OR) und die mittelbaren Gläubigerschäden organschaftlich behandelt (Art. 755 ff. OR)\textsuperscript{1282}. Nach Auffassung der Doktrin kommt aber in jedem Fall das **organschaftliche Haftungsprogramm für aktienrechtliche Revisoren** zur Anwendung, also etwa die Sonderbestimmungen über Solida-

\textsuperscript{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).


\textsuperscript{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\textsuperscript{1283}. Richtigerweise müsste man für die Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle einer Bank-Aktiengesellschaft die bankengesetzlichen Organhaftungsbestimmungen heranziehen\textsuperscript{1284}. An- gesichts der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung\textsuperscript{1285} ist allerdings von diesem – dogmatisch korrekter – Weg abzusehen, zumal die Haf- tungsmodalitäten dieselben bleiben\textsuperscript{1286}.

\textbf{bb) Die Haftungsmodalitäten im Einzelnen}

Vergleicht man das deliktische Haftungsprogramm der bankengesetzlichen Revisionsstelle mit dem organschaftlichen Haftungsprogramm der aktienrechtlichen Revisionsstelle, so sind \emph{prima facie} die Haftungsmodalitäten für die bankengesetzliche Revisionsstelle teilweise weniger anspruchsvoll:

In der \emph{Beweislastverteilung} ist deliktisch die allgemeine Regel des Art. 8 ZGB anzuwenden, weshalb Gläubiger gegenüber der bankengesetzlichen Revisionsstelle sämtliche anspruchs begründenden 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\textsuperscript{1287}, dann wäre die Beweislastumkehr nach Art. 97 Abs. 1 OR anwendbar, wodurch den Gläubigern der volle Verschuldenbeweis erspart bliebe. Gewisse Autoren ziehen diesen Schluss auch unter dem Hinweis auf eine Haftung \emph{ex lege}\textsuperscript{1288}. Bejaht man die Beweislastumkehr, so kommt es zu einer relativen


\textsuperscript{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.

\textsuperscript{1285} BGE 4C.53/2003 (SLT): Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle der Bank-Aktiengesellschaft nach Art. 754 aOR ff.

\textsuperscript{1286} Das ergibt sich aus dem Koordinationsverhältnis der Regelungsparallelisierung, vgl. oben S. 231 (Inhaltliche Verknüpfung \emph{qua} Regelungsparallelisierung); S. 253 (Ergebnis zur Verantwortlichkeit der Organe).

\textsuperscript{1287} So noch die ältere Lehre, vgl. etwa Henggeler/Henggeler, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, 35. Weitere Nachweise bei Schiess, aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche, 34 Fn. 34.

\textsuperscript{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.


Bei der Verjährung von deliktischen Gläubigersprüchen 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 Ausserverhältnis ihr – meist leichtes – Verschulden geltend machen1291. Die


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\textsuperscript{1292}. Diesbezüglich ist also die Haftung der bankengesetzlichen Revisionsstelle eine \textit{strengere}. Von einer Haftungs-privilegierung 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)\textsuperscript{1293}.

Was den \textit{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)\textsuperscript{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 \textit{Konkurs}, der für Gläubigeransprüche gegen Revisoren regelmässig den Rahmen bildet\textsuperscript{1295}, ist die bankengesetzliche Revisionsstelle nach bisherigem Recht sogar \textit{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)\textsuperscript{1296}. Gegen

\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item[\textsuperscript{1292}] Zuletzt BGE 112 II 138 (143 f.). Vgl. auch BGE 93 II 317 (323).
\item[\textsuperscript{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.
\item[\textsuperscript{1296}] BGE 117 II 315 (318).
\end{enumerate}
\end{footnotesize}
die aktienrechtliche Revisionsstelle können Gläubiger nach der neueren Rechtsprechung\textsuperscript{1297} im Konkurs der Bank-Aktiengesellschaft ihre Ansprüche hingegen praktisch nicht mehr geltend machen\textsuperscript{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\textsuperscript{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.


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 an1300. Nachdem das Bundesgericht in solchen Klagen vermehrt einen direkten Anwendungsfall von Art. 41 OR sieht1301, dürfte sich diese Auffassung durchsetzen. Ausserdem sind deliktische und vertragliche Durchsetzungserfordernisse dogmatisch inzwischen weitgehend angenähert, weil man wegen des objektivierten Verschuldensmassstabs1302, der hier wie dort anzulegen ist, bereits aus der Pflichtverletzung grundsätzlich das Verschulden des Schädigers folgert1303. Die Beweislastunterschiede sind darum weitgehend entschärft1304.

In der Hilfspersonenhaftung lässt sich das Haftungsprivileg der bankengesetzlichen Revisionsstelle zweifach relativieren. Erstens ist die Exkulpationsmöglichkeit durch die „Schachtriemen-Rechtsprechung“ des Bundesgerichts stark eingeschränkt worden1305. 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).


1304 Statt vieler: Kunz, aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage, 15.

1305 BGE 110 II 456 ff. Vgl. dazu Rey, Haftpflichtrecht, Rn. 941.

Bei der Verjährung relativiert sich die Bevorteilung der bankengesetzlichen Revisionsstelle, sobald man nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung vorgeht, weil das die relative Verjährungsfrist auf zehn Jahre erstrecken (Art. 127 OR), womit dem Haftungsprivileg wiederum ein Riegel geschoben wäre.

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.
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\textsuperscript{1316}. Nach der bisherigen, wenig konsistenten Gesetzeslage und der ihr entsprechenden Judikatur wirkt die für die bankengesetzliche Revisionsstelle anwendbare allgemeine Solidarhaftung deshalb \textit{strenger} als die differenzierte Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle\textsuperscript{1317}.


c) \textbf{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 \textit{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)\textsuperscript{1318}.

Hinsichtlich der \textit{Solidarhaftung} hatte bereits die Rechtsprechung einen Haftungsgleichklang für beide Revisionsstellen eingeleitet. So war in einem neueren Entscheid, obwohl sich die Sache nach \textit{altem} Aktienrecht richtete, das Gesetz (Art. 759 aOR) vom Bundesgericht bereits im Sinne differenziert\textsuperscript{1319}er Solidarität auslegte worden, was auf geradem Weg in eine allgemeine Anwendung dieser Haftungsmodalität führt – womit im übrigen auch der

\textsuperscript{1316} Vgl. oben S. 380 (Haftungsmodalitäten im Einzelnen).
\textsuperscript{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.
\textsuperscript{1318} Vgl. hierzu Widmer/Wessner, Expertenbericht, 209 ff., 307 f.
Forderung einer Mehrheit der schuldrechtlichen Doktrin entsprochen würde\textsuperscript{1320}. Der Vorentwurf zum neuen Haftpflichtrecht sieht zudem die gesetzliche Verankerung der differenzierten Solidarität im Allgemeinen Teil vor, wodurch die Sonderregelung in Art. 759 OR überflüssig würde und aufgehoben werden könnte\textsuperscript{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 banken- gesetzlichen Revision durch Verweisung auf das Aktienrecht geregelt\textsuperscript{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 Rege lungskontext 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.

\textsuperscript{1320} Vgl. die Nachweise bei Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rn. 1465.
\textsuperscript{1321} Widmer/Wessner, Expertenbericht, 307.
\textsuperscript{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 Revisionssstelle 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 Revisionssstelle 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 Bankengeset zu 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.


\(^{1325}\) Das Beispiel findet sich bei Wiegand, Haftung der Kontrolleure, 124 f.

etwa wegen der Überschneidung der Pflichtenkataloge notwendig\textsuperscript{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


\textsuperscript{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.


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


I. Die Einzelergebnisse im Überblick

Erster Teil: Grundlagen der Koordination


chem Recht finden sich die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten zielgerichtet kombiniert, um einzelne legislative Anliegen in die rechtliche Rahmenordnung zu übersetzen.

Zweiter Teil: Allgemeine Koordinationsdogmatik


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
**Ergebnisse**

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 blosse 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-**

Dritter Teil: Bankrechtliche Koordinationsdogmatik


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.


Vierter Teil: Einzelne Auffangrelationen


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

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 \textit{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 Konzernstatbestand geschlossen werden muss. Sogar in einem vermeintlich klaren Fall bankgesetzlicher Autonomie entpuppt sich also das Aktienrecht als Lieferant zusätzlicher Interpretationselemente, ohne die das Bankaufsichtsrecht seinen umfassenden Schutzauftrag nicht erfüllen könnte. Auch bei der \textit{Weisungsbefugnis der Bankkonzernleitung} kann die einschlägige aufsichtsrechtliche Verordnungsbestimmung nur dann richtig angewendet werden, wenn man sie im Lichte der gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen interpretiert.

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


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 relativo. 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.


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 ansetzt. 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 koordinatendogmatisch 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 ausfuhrlicher 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 Marktvorsagen. Auf solche Konstellationen lassen sich die Überlegungen und Ergebnisse zur Differenzierung beim Spezialitätsprinzip ohne grosse Schwierigkeiten übertragen.


\textsuperscript{1329} Vgl. BBl 2003, 3789 ff.
\textsuperscript{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. 23\textsuperscript{bis} 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 EVAG).
Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe

Aellen, Marcel Livio, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Diss. Bern 1990.


- Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.


- Bankbilanzen und Bankenaufsicht, München 1983.


- Einführung in die IAS. International Accounting Standards, knapp und deutsch, Zürich 2000.

- Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Zürich 1994.


Bossard, Ernst, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, Teilband V/6/3b: die kaufmännische Buchführung (Art. 957 - 964 OR), Zürich 1984.


Denéréaz, David, Les entreprises d’économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé, in: ZSR 72 (1953), S. 1a - 64a.


Dreier, Ralf, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie, Tübingen 1975.


- Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935.


Expertenkommission Zufferey (Expertengruppe Finanzmarktaufsicht), Finanzmarktregulierung und -Aufsicht in der Schweiz (Banken, Versicherungen und Finanzkonglomerate, andere Finanzdienstleistungen), Schlussbericht, November 2000, Bern (EDMZ), 2000.


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.


Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. (Neudruck für die Schweiz), Zürich 1939.


- Schweizerisches Aktienrecht (unter Mitarbeit von Anton Baur u.a.), Band I: Grundlagen, Gründung und Änderung des Aktienkapitals, Zürich 1981.


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.
Graner, Paul, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, Zürich 1937.
Grauer, Dieter, Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen, Zürich 1980.
- Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: Walter Wilhelm (Hrsg.), Studien zur europäischen Rechtsge-
Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe


- Droit administratif suisse, Neuenburg, 1975.


- Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, Heidelberg 1977 (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Bd. 130).


Grünhut, Max, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in:

- Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts, in: ZBJV 62 (1926), S. 97 - 122.


Henggeler, Josef/Henggeler, Emma, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937.


Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe


Hotz, Reinhold, Methodische Rechtsetzung: Eine Aufgabe der Verwaltung, Zürich 1983.


Huber, Eugen, „Referat des Herrn Professor Dr. Eugen Huber, Bern, über die Revisiion des Obligationenrechts“, Zürich 1921.
- System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Band IV, Basel 1893.


Huguenin, Claire, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktenrecht, Zürich 1994.


International Monetary Fund, Financial Stability Assessment, Switzerland (abrufbar unter <wwwefdadminch/d/dok/berichte/2002/06/iwfstabilitaetsberichtpdf>.

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.


Juri, René, Der Entzug der Bewilligung zur Ausübung der Banktätigkeit, Diss. Zürich 1983.


- L’exécution de tâches publiques fédérales par des tiers, in: Heinrich Koller (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (Loseblatt, Organisationsrecht, Nr. 3), Basel u.a. 1996.


Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe


<table>
<thead>
<tr>
<th>Autor</th>
<th>Titel</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Marti, Romain</td>
<td>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).</td>
</tr>
<tr>
<td>Mayer, Helmut W.</td>
<td>Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, Düsseldorf 1981.</td>
</tr>
</tbody>
</table>


Merkl, Adolf, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Leipzig 1923.


- Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Bd. 95), Karlsruhe 1970.


Metzger, Peter, Der Persönlichkeitsschutz als Problem der Einheit der Rechtsordnung, Diss. Zürich 1993.


Milde, Thomas, Der Gleichordnungskonzern im Gesellschaftsrecht, Berlin 1996.


Müller, Christoph, Die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb einer nach schweizerischem Recht organisierten Bank, Bern 1978.


Müller, Walter, Das Bilanzrecht der schweizerischen Banken, Diss. Zürich 1938.


Münchner juristische Gesellschaft e.V. (Hrsg.), Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung, München 1996.


Nolte, Ernst, Grundzüge der Bankenrichtlinie - Die EG-Rechnungslegungsvorschriften für Kreditinstitute und Finanzinstitute, WPg 1987, S. 561 - 572.

Literraturoverzeichnis


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.


Petitpierre-Sauvin, Anne, L’acquisition indirecte par la société de ses propres actions, in: SZW 64 (1992), S. 220 - 223.


Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe

Raiser, Ludwig, Die Zukunft des Privatrechts (Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft Berlin, Heft 43), Berlin 1971.


Reiff, Jacob Walter, Die aktienrechtliche Bedeutung der staatlichen Aufsicht über die Banken, Diss. Zürich 1957.


Rhinow, René/Bayerdörfer, Manfred, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht - Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommission im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Basel 1990.


Roth, Urs, Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Gérard Hertig u.a. (Hrsg.), Zürich (Stand: 2000), Kommentar zu Art. 11 BEHG.


Ruffner, Markus, Die ökonomischen Grundlagen der Publikumsgesellschaft: Ein Beitrag zur Corporate Governance, Zürich 2000.


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).


Savatier, René, Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, Paris 1950.


Literaturverzeichnis


Schürmann, Leo, Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmen mit privatrechtlicher Organisation, in: ZSR 72 (1953), S. 65a - 199a.


Seiler, Hansjörg, Einführung in das Recht, Zürich 2000.


Steinitzer, Erwin, Ökonomische Theorie der Aktiengesellschaft, Leipzig 1908.


- 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.


- Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, Heidelberg 1980.


Wetter, Ernst, Bankkrisen und Bankkatastrophen der letzten Jahre in der Schweiz, Zürich 1918.


Wieland, Karl, Handelsrecht, II. Band: Die Kapitalgesellschaften, München u.a. 1931.


Zimmermann, Harry, Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG, Zürich 1946.


Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe
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 Regelungsadäquanz 181 ff., 213, 232, 273 f., 395

Aktienrechtliche Revisionsstelle 332 ff.
- Aufgaben 337 ff., 345 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 Widerspruchsfrfreiheit, siehe Kohärenz
Autonome Systeme kollektiver Aufgabenerfüllung 36 ff.

Autonomie
- als Normrelation 41 ff., 80 Fn. 308

Bank Leclerc 224 Fn. 751
Bank of England 123
Bank-Aktiengesellschaft 122 ff.
- Statistik 122

Bankengesetz
- Begriffsparallelisierung 185 ff., 308 ff.
- Entlastungsfunktion 128 ff.
- Funktionsschutz 138 f.
- Generalklausel 189, 192 f., 212, 222, 396
- Geschäftsleitung, siehe dort
- Geschicthe 123 ff.
- Gewaltentrennung 129, 189, 208, 215 ff.
- Gläubigerschutz 136 f.
- intensivierter Schutzauftrag 174 f.
- Organisationsspielraum 218 f.
- Regelungsspielraum 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 Bankkonzern 313 f.
- Basler Ausschuss 323 f.
- Begriffsparallelisierung 308 ff.
- Control-Prinzip (erweitert) 313 f.
- 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
Begriffsparallellisierung 102 ff.
  - Bankorganisationsrecht 185 ff.,
    308 ff., 400
Beistandspflicht 313, 315
Beobachter 256, 342 ff.
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
  - Jahresabschlussrichtlinie 288 Fn.
    958
  - Konzernbilanzrichtlinie 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
Konzerne recht
- 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.
Sachverzeichnis

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 minor 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 Regelungs-parallelisierung
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

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
- Beteiligungs- und Publizität 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.
Sachverzeichnis

- Wertschriften 298 f.
Rechnungslegungsgesetz (RRG) 157 f., 262, 268 f., 274 f., 284, 311
Rechtsfolgendifferenz 95 f., 98 ff., 132 ff.
Rechtsfolgenidentität 96, 100 f., 134 f.
Rechtsfolgenwiderrückspruch 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.
Risikoerteilung 313 ff., 236, 341 Fn.
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.
- Staat 11 ff.
- Risikokauf 298 f.
- Wertschriften 298 f.
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 ff.
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.
Vertrauensschatz 140
Verwaltungsrat 206 ff.
- aktienrechtliche Revisionsstelle 333, 337, 339, 347, 354, 358
- Bundesgericht 209 ff.
- Ernennung der Zeichnungsberechtigten 210, 219 ff., 396
- gemischtwirtschaftliche Gesellschaft 78 ff.
- Interner 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 ff.
- 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 ff.
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