

Band 92

# **Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dieter Zobl

Prof. Dr. Mario Giovanoli

Prof. Dr. Rolf H. Weber

Dr. iur. Andreas Vögeli

## **Staatsgarantie und Leistungsauftrag bei Kantonalbanken**

Hindernisse für einen Zusammenschluss?

**Inhaltsverzeichnis**

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Literaturverzeichnis.....	XXXV
Materialien.....	LV
Einleitung.....	1
1. Teil: Grundlagen.....	5
1. Entstehung der Kantonalbanken.....	5
a) Überblick.....	5
b) Gründe für die Entstehung.....	5
2. Begriff der Kantonalbank.....	8
a) Legaldefinition.....	8
b) Kantonalbank als Bank im Sinne des Bankengesetzes.....	8
c) Errichtung gestützt auf einen kantonalen gesetzlichen Erlass.....	9
aa) Kantonaes Gesetz.....	9
bb) Interkantonale Vereinbarungen.....	9
d) Qualifizierte Beteiligung des Kantons.....	10
e) Vorgegebene Rechtsformen.....	12
f) Staatsgarantie?.....	12
3. Rechtliches Umfeld der Kantonalbanken.....	14
a) Bundesverfassung.....	14
aa) Bundeskompetenz im Bankwesen.....	14
bb) Vorbehalt zugunsten der Kantonalbanken.....	15
b) Bankengesetz und Bankenverordnung.....	17
aa) Anfängliche Sonderstellung der Kantonalbanken.....	17
bb) Revision des BankG vom März 1994 – Erste Schritte Richtung Angleichung.....	18
cc) Revision des BankG vom April 1999 – Aufsichtsrechtliche Normalisierung.....	20
dd) Neuere Entwicklungen.....	22
c) Kantonsverfassungen.....	23
aa) Einleitung.....	23
bb) Institutsnormen.....	24
cc) Kompetenznormen.....	25
4. Rechtliche Organisationsformen der Kantonalbanken.....	26
a) Organisationsfreiheit des Kantons.....	26
b) Verwendung der Rechtsformen in den Kantonen.....	27
c) Privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaften.....	27
aa) Privatrechtliche Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR.....	27
bb) Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft.....	28
c) Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft.....	30
d) Öffentlich-rechtliche Anstalt.....	32

5. Aufsicht über die Kantonalbanken.....	35
a) Grundsätzliches.....	35
b) Mehrgeteilte Aufsicht über die Kantonalbanken.....	35
c) Ausgestaltung der kantonalen Aufsicht über die Kantonalbanken im Überblick.....	37
aa) Allgemeines zu Rechtsform und Aufsicht.....	37
bb) Bei privatrechtlich organisierten Kantonalbanken.....	37
bb) Bei öffentlich-rechtlich organisierten Kantonalbanken.....	39
d) Mit der politischen Aufsicht betraute Organe.....	41
e) Ausmass der kantonalen Einsichts- und Informationsrechte.....	42
f) Vertreter der Kantone im obersten Leitungsorgan der Bank.....	44
aa) Allgemein.....	44
bb) Vorkommen.....	45
cc) Weisungsrecht des Kantons?.....	45
dd) Informationsrecht des Kantons.....	48
ee) Zwischenfazit.....	49
ff) Regierungsräte als Mitglieder des Verwaltungs- resp. Bankrats.....	50
g) Kanton als Aktionär bzw. Träger der Kantonalbank.....	51
aa) Informationsbeschaffung.....	51
bb) Einflussnahme des Kantons als Aktionär.....	51
cc) Einflussnahme des Kantons als Anstaltsträger.....	54
h) Kanton als Vertragspartner.....	54
i) Zusammenfassung.....	55
6. Kantonalbanken in der schweizerischen Bankenlandschaft.....	57
a) Grundzüge des schweizerischen Bankgewerbes.....	57
b) Entwicklung der Bankbranche.....	60
c) Kantonalbankengruppe.....	62
aa) Zusammensetzung und wirtschaftliche Bedeutung.....	62
bb) Entwicklung der Kantonalbanken.....	64
aaa) Bis 1990.....	64
bbb) Neuere Entwicklung.....	64
7. Verband Schweizerischer Kantonalbanken.....	66
a) Gründung, Rechtsform, Mitgliedschaft sowie Organisation.....	66
b) Verbandstätigkeit.....	67
2. Teil: Staatsgarantie.....	69
1. Einleitung.....	69
2. Begriff und Umfang der Staatsgarantie.....	71
3. Ablauf und Verfahren bei Eintritt des Staatsgarantiefalls.....	73
a) Ausgangslage: Staatsgarantie als Gläubigerschutzinstrument.....	73
b) Ausgestaltungsmöglichkeiten.....	73
aa) Staatsgarantie als Institutsgarantie.....	73
bb) Staatsgarantie als Direktgarantie zugunsten der Gläubiger.....	73
cc) Kombination der Modelle?.....	74
c) Bestimmung des Verfahrens im Einzelfall.....	74
d) Elemente der Auslegung.....	75
aa) Vorbehalt der eigenen Mittel.....	75
bb) Haftungsausschluss für Risikokapital.....	75
cc) Beschränkung der Staatsgarantie.....	76
dd) Effizienz des Gläubigerschutzes.....	76
ee) „Kantonalbankenrabatt“ bei den Eigenmittelanforderungen.....	77

ff) Einfluss der Kantonsverfassungen .....	77
gg) Stellungnahmen der kantonalen Gesetzgeber .....	77
e) Auslegung der kantonalen Gesetze .....	79
aa) Vorkommen der Auslegungselemente in den Kantonen .....	79
bb) Gewichtung der Elemente nach klassischer Auslegungslehre .....	80
cc) Offene Formulierung .....	81
dd) Unterschiedliche Lösungsvarianten .....	81
f) Stellungnahmen in der Lehre .....	82
g) Zusammenfassung .....	82
<b>4. Rechtsnatur der Staatsgarantie .....</b>	<b>84</b>
<b>5. Trennung der Begriffe Staats- und Institutsgarantie? .....</b>	<b>86</b>
a) Einleitung .....	86
b) Faktischer Beistandszwang im Bankbereich .....	86
aa) Für Kantonalbanken .....	86
bb) Für andere Banken .....	87
c) Haftung eines Kantons für seine öffentlich-rechtlichen Anstalten .....	90
d) Subsidiäre Haftung nach Art. 763 OR .....	91
e) Verpflichtungen des Kantons als Hauptaktionär .....	91
aa) Einleitung .....	91
bb) Vertragliche Haftungsübernahme .....	92
cc) Ausnahmen von den aktienrechtlichen Grundsätzen .....	92
dd) Faktischer Beistandszwang des Hauptaktionärs .....	93
f) Einfluss auf die Staatsgarantie .....	94
<b>6. Staatsgarantie, Rechtsform und Drittbeteiligung .....</b>	<b>95</b>
a) Staatsgarantiekompatible Rechtsformen .....	95
b) Beteiligung Privater und Staatsgarantie .....	96
aa) Übersicht zur Drittbeteiligung .....	96
bb) Staatsgarantie als Zusatzhaftung .....	97
<b>7. Staatsgarantie und kantonale Einflussnahme .....</b>	<b>99</b>
a) Keine Staatsgarantie ohne kantonale Einflussnahme .....	99
b) Einflussnahme zur Risikokontrolle .....	99
c) Trägerschaft und Einflussnahme .....	100
<b>8. Inanspruchnahme der Staatsgarantie .....</b>	<b>101</b>
a) Einleitung .....	101
b) Finanzielle Dimensionen .....	101
c) Ablauf und politisches Risiko des Staatsgarantieverfahrens .....	103
aa) Einleitung .....	103
bb) Ausfallhaftung .....	104
cc) Institutsgarantie .....	105
dd) Verweigerung der Mitwirkung .....	108
d) Staatsgarantie und Einlagensicherung .....	109
e) Bisherige Fälle der Kantonalbanksanierung .....	111
aa) Sanierung der BEKB .....	111
bb) Sanierung der BCGE .....	112
cc) Sanierung der BCVD .....	113
<b>9. Staatsgarantie und Namens- sowie Firmenrecht .....</b>	<b>115</b>
a) Name und Firma .....	115
b) Bezeichnung „Kantonalbank“ .....	116

10. Staatsgarantie aus ökonomischer Sicht .....	118
a) Staatsgarantie und „moral hazard“ .....	118
b) Staatsgarantie als Wettbewerbsvorteil .....	119
aa) Einleitung .....	119
bb) Staatsgarantie und Refinanzierungsvorteile .....	119
cc) Staatsgarantie als Werbeargument .....	122
c) Staatsgarantie und Einschränkungen der Geschäftstätigkeit .....	123
d) Abgeltung der Staatsgarantie .....	124
aa) Aufkommen der Abgeltungsidee .....	124
bb) Quantifizierung der Abgeltung .....	125
cc) Einzelne Abgeltungsvarianten .....	126
aaa) Variante Jahresgewinn .....	126
bbb) Variante Fremdgelder .....	127
ccc) Variante Eigenmittel .....	128
ddd) Weitere Varianten .....	129
eee) Varianten in der Praxis .....	130
dd) Eigenmittel als risikogerechteste Berechnungsbasis .....	130
ee) Wert des Refinanzierungsvorteils .....	130
11. Aufhebung und Beschränkung der Staatsgarantie .....	132
a) Fälle SOKB und ARKB als Vorbild .....	132
b) Schutz der Bankgläubiger und des Publikums .....	132
c) Abschaffung der staatlichen Haftung in Deutschland .....	134
12. Staatsgarantie und Beteiligungen an Unternehmen .....	135
a) Wirtschaftliche Verflechtungen der Kantonalbanken .....	135
b) Staatsgarantie als „Stammhausgarantie“ .....	135
c) Ausweitung der Staatsgarantie .....	136
13. Staatsgarantie <i>de lege ferenda</i> .....	138
a) Einleitung .....	138
b) Zu regelnde Punkte .....	138
c) Vorschlag für eine Neugestaltung .....	139
3. Teil: Leistungsauftrag .....	141
1. Einleitung .....	141
2. Grundlagen .....	142
a) Staatsaufgaben .....	142
aa) Definition .....	142
bb) Staatsaufgaben und Tätigkeiten im öffentlichen Interesse .....	143
cc) Auslagerung staatlicher Aufgaben .....	144
dd) Kantonalbankbetrieb als Staatsaufgabe .....	144
b) Staatliche Wirtschaftstätigkeit .....	145
c) Öffentliche Unternehmen .....	146
aa) Begriff des Unternehmens .....	146
bb) Öffentliche Unternehmen .....	146
cc) Öffentlicher Zweck, öffentliche Aufgabe, öffentliches Interesse .....	147
d) Begriff des Leistungsauftrags .....	148
3. Inhalt des Leistungsauftrags .....	150
a) Schweigen des Bundesgesetzgebers .....	150
b) Gesetzliche Formulierungen des Leistungsauftrags .....	150
c) Leistungsauftrag in den Materialien .....	151

d) Leistungsauftrag als Wirtschaftsförderung und/oder Grundversorgung mit Bankdienstleistungen .....	152
e) Weitere Leistungsauftrags Elemente .....	154
4. Leistungsauftrag und marktübliches Verhalten .....	156
a) Schranken des Leistungsauftrags .....	156
b) Leistungsauftrag als marktunübliches Verhalten? .....	157
c) Exkurs: Leistungsauftrag und aktienrechtliche Gewinnstrebigkeit .....	158
aa) Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft .....	158
bb) Gewinnstrebigkeit und Leistungsauftrag .....	159
5. Leistungsauftrag und (Wirtschafts-)Verfassung .....	161
a) Einleitung .....	161
b) Wirtschaftsfreiheit .....	161
aa) Funktionen der Wirtschaftsfreiheit im Überblick .....	161
bb) Wirtschaftsfreiheit als Individualrecht .....	161
cc) Systemfunktion der Wirtschaftsfreiheit .....	163
dd) Exkurs: Staatliche Wirtschaftstätigkeit und Subsidiaritätsprinzip .....	166
c) Öffentliches Interesse .....	167
aa) Allgemeines zum öffentlichen Interesse .....	167
bb) Öffentliches Interesse und staatliche Wirtschaftstätigkeit .....	167
d) Verhältnismässigkeit .....	169
aa) Allgemeines zur Verhältnismässigkeit .....	169
bb) Verhältnismässigkeit staatlicher Wirtschaftstätigkeit .....	169
e) Legalitätsprinzip .....	170
aa) Allgemeines zum Legalitätsprinzip .....	170
bb) Legalitätsprinzip und staatliche Wirtschaftstätigkeit .....	170
cc) Legalitätsprinzip und Privatautonomie .....	171
f) Leistungsauftrag und (Wirtschafts-)Verfassung .....	172
aa) Leistungsauftrag als Ausdruck der öffentlichen Interessen .....	172
bb) Kritik am Leistungsauftrag .....	172
aaa) Allgemein .....	172
bbb) Mangelndes Interesse bzw. fehlende Verhältnismässigkeit .....	173
ccc) Stellungnahme der Legislative(n) .....	176
ddd) Vorrang der Gewinnstrebigkeit .....	177
eee) Fazit .....	178
cc) Leistungsauftrag und Legalitätsprinzip .....	178
dd) Leistungsauftrag und Wettbewerbsneutralität .....	179
g) Zusammenfassung .....	180
6. Umsetzung des Leistungsauftrags und Überwachung .....	182
a) Umsetzung des Leistungsauftrags .....	182
b) Überwachung durch die kantonale Aufsichtsbehörde .....	182
aa) Allgemeines zur staatlichen Aufsicht über externe Verwaltungsträger .....	182
bb) Kantonale Aufsicht über Kantonalbanken .....	184
cc) Beispiele kantonaler Aufsicht .....	186
7. Leistungsauftrag als Chance oder als Risiko? .....	188
a) Einschränkung des geographischen und sachlichen Geschäftskreises .....	188
aa) Überblick .....	188
bb) Notwendigkeit und Gefahren einer Gebietsausweitung .....	188
cc) Leistungsauftragsbedingte Einwände? .....	189
dd) Formen, Vorkommen und Bewertung von Gebietsausweitungen .....	191
b) Leistungsauftrag und Beteiligung an Unternehmen .....	192
c) Leistungsauftrag als Risikofaktor? .....	193

d) Leistungsauftrag und Beteiligung Privater .....	194
e) Leistungsauftrag als Stärke der Kantonalbanken? .....	195
f) Fazit .....	195

#### 4. Teil: Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unter europäischem

##### Beihilferecht .....

1. Einleitung .....	197
2. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung .....	198
a) Definition und Rechtsnatur der Anstaltslast .....	198
b) Definition und Rechtsnatur der Gewährträgerhaftung .....	198
c) Staatsgarantie schweizerischer Prägung im Vergleich .....	199
3. Grundzüge des europäischen Beihilferechts .....	201
a) Einleitung .....	201
b) Art. 87 EGV .....	201
c) Ausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EGV .....	202
4. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im beihilferechtlichen Verfahren .....	203
a) Verfahrensschritte im Rückblick .....	203
b) Plattform-Modell .....	204
aa) Zeitlicher Rahmen .....	204
bb) Abschaffung der Gewährträgerhaftung .....	205
cc) Modifizierung der Anstaltslast .....	205
5. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfe? .....	207
a) Einleitende Bemerkungen .....	207
b) Anwendbarkeit des EGV auf öffentliche Banken .....	207
c) Eigentumsvorbehalt des Art. 295 EGV .....	208
d) Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Eigenhaftung .....	209
e) Begünstigung der öffentlichen Banken durch Refinanzierungsvorteile .....	209
f) Keine Begünstigung wegen faktischem Beistandszwang? .....	210
g) Keine Begünstigung aufgrund angemessener Gegenleistung? .....	211
aa) „Market Economy Investor“-Test und Altmark-Trans-Rechtsprechung .....	211
bb) Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Gegenleistung zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags .....	212
cc) Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Haftungsübernahme .....	216
dd) Zusammenfassung .....	219
h) Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe .....	220
i) Kreis der Begünstigten .....	220
j) Verfälschung des Wettbewerbs .....	221
k) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten .....	222
l) Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als bestehende Beihilfen .....	223
m) Bereichsausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EGV .....	224
6. Staatsgarantie schweizerischer Prägung als Beihilfe .....	226
a) Allgemein .....	226
b) Staatsgarantie als Begünstigung .....	226
aa) Staatsgarantie und Refinanzierung .....	226
bb) Staatsgarantie und Leistungsauftrag .....	227
cc) Staatsgarantieübernahme als marktübliche Verhaltensweise .....	228
c) Weiterbestand der Staatsgarantie? .....	229

5. Teil: Zusammenarbeit zwischen Kantonalbanken i. Allg. ....	231
1. Einleitung .....	231
2. Zusammenarbeitsformen im Überblick .....	233
a) Zusammenarbeit mittels Gemeinschaftsunternehmen .....	233
b) Bildung einer Holding .....	233
c) Fusion .....	233
3. Kooperation in Form von Joint Ventures .....	235
a) Grundlagen .....	235
b) Gemeinschaftswerke der Kantonalbanken .....	236
aa) Übersicht .....	236
bb) Gemeinschaftswerke im Anlage- und Vorsorgebereich .....	237
c) Einfluss von Staatsgarantie und Leistungsauftrag .....	240
aa) Staatsgarantie .....	240
bb) Leistungsauftrag .....	240
6. Teil: Holding-Konzept der Kantonalbanken .....	241
1. Einleitung .....	241
2. Grundlagen .....	242
a) Begriffsbestimmungen .....	242
aa) Begriff der Holdinggesellschaft .....	242
bb) Begriff des Konzerns .....	242
cc) Holdinggesellschaft und Konzern .....	242
b) Rechtsform der Holdingunternehmen .....	243
aa) Rechtsform der Holdinggesellschaft .....	243
bb) Rechtsform der abhängigen Unternehmen .....	243
c) Beteiligungsstruktur .....	244
d) Wirtschaftliche Einheit und faktischer Beistandszwang im Bankkonzern .....	245
aa) CS Holding Entscheid des Bundesgerichts .....	245
bb) Faktischer Beistandszwang im Aufsichtsrecht .....	246
cc) Faktischer Beistandszwang im horizontalen und vertikalen Konzernverhältnis .....	247
dd) Faktischer Beistandszwang als „eherner“ Grundsatz? .....	248
ee) Faktischer Beistandszwang und Gesellschaftsrecht .....	248
3. KB-Holding-Konzept .....	250
a) Einleitung .....	250
b) Erwartete Entwicklung des Wettbewerbsumfelds .....	250
c) KB-Holding-Konzept im Überblick .....	250
d) KB-Holdinggesellschaft als herrschende Gesellschaft .....	250
e) Kantonalbanken als abhängige Unternehmen .....	252
f) Gemeinschaftswerke und Kompetenzzentren als Teil der KB-Holding-Struktur .....	252
g) Stellung der Kantone .....	253
h) Staatsgarantie und Leistungsauftrag .....	253
4. RBA-Holding-Konzept zum Vergleich .....	255
a) Einleitung .....	255
b) Konzept und Aufbau der RBA-Holding .....	255
c) Beurteilung .....	257



5. Spezialfragen zum KB-Holding-Konzept .....	259
a) Holding-Konzept und kantonale Verfassungen .....	259
b) Bankstatus der Konzernunternehmen .....	259
aa) Holdinggesellschaft als Bank .....	259
bb) Holdinggesellschaft als Kantonalbank .....	260
cc) Abhängige Unternehmen als Kantonalbanken .....	261
c) Rechtsform der KB-Konzernunternehmen .....	262
aa) Aktiengesellschaft als Grundvoraussetzung .....	262
bb) Abhängige Kantonalbanken als privatrechtliche Aktiengesellschaften .....	262
d) Umwandlung öffentlich-rechtlich organisierter Kantonalbanken .....	263
aa) Zulässigkeit der Umwandlung .....	263
bb) Gesetzliche Grundlage .....	263
cc) Ablauf der Umwandlung .....	264
6. Einfluss der Staatsgarantie .....	267
a) Keine Staatsgarantie für Mutter- oder Schwestergesellschaft .....	267
b) Ausweitung der gesetzlichen Staatsgarantie .....	267
c) Staatsgarantie und wirtschaftliche Einheit im Kantonalbankkonzern .....	268
aa) Ausgangslage .....	268
bb) KB-Holding als wirtschaftliche Einheit .....	268
cc) Einfluss der Staatsgarantie .....	268
d) Kantonale Einflussnahme auf eingegliederte Kantonalbank .....	269
7. Einfluss des Leistungsauftrags .....	272
a) Beibehaltung des Leistungsauftrags für abhängige Kantonalbanken .....	272
b) Leistungsauftrag aus konzernrechtlicher Sicht .....	273
c) Überwachung des Leistungsauftrags im KB-Holding-Konzern .....	274
8. Fazit .....	275
7. Teil: Fusion unter Kantonalbanken .....	277
1. Einleitung .....	277
2. Grundlagen .....	279
a) Regelungsbereich des FusG .....	279
b) Begriff der Fusion .....	280
c) Einheitlichkeit des Fusionsbegriffs .....	282
d) Arten der Fusion .....	284
aa) Absorptions- und Kombinationsfusion .....	284
bb) Quasifusion und unechte Fusion .....	285
3. Ziele der Fusion zwischen Kantonalbanken .....	287
4. Übernehmender Rechtsträger als Kantonalbank .....	288
a) Einleitende Bemerkungen .....	288
b) Errichtung gestützt auf einen kantonalen gesetzlichen Erlass .....	288
c) Qualifizierte kantonale Beteiligung .....	289
5. Ablauf der Fusion .....	291
a) Anstoss zur Fusion .....	291
b) Nebeneinander von Fusions- und Gesetzgebungsverfahren .....	291
c) Fusion unter privatrechtlich organisierten Kantonalbanken .....	291
aa) Anwendbarkeit des FusG .....	291
bb) Fusionsvertrag und Fusionsbericht .....	291
cc) Beschlussfassung .....	293
dd) Handelsregistereintrag und bankengesetzliche Betriebsbewilligung .....	294

d) Fusion unter Beteiligung öffentlich-rechtlich organisierter Kantonalbanken.....	295
aa) Anwendbares Recht.....	295
bb) Vorgehen nach FusG.....	295
cc) Fusion nach Art. 751 OR.....	299
e) Fusion unter öffentlich-rechtlich organisierten Kantonalbanken.....	300
aa) Anwendbares Recht.....	300
bb) Vorgehen.....	301
f) Interkantonale Vereinbarung.....	302
aa) Abschluss der interkantonalen Vereinbarung.....	302
bb) Inhalt der interkantonalen Vereinbarung.....	302
cc) Interkantonale Vereinbarung und Fusionsvertrag.....	304
6. Einfluss der Staatsgarantie.....	305
a) Einleitung.....	305
b) Solidarische oder anteilmässige Haftung.....	305
c) Aufteilung der Haftung zwischen den Kantonen.....	306
d) Abgeltung der Staatsgarantie.....	307
e) Ablauf und Verfahren bei Eintritt des Staatsgarantiefalls.....	307
f) Beschränkung der Staatsgarantie.....	308
g) Aufhebung der Staatsgarantie.....	308
7. Einfluss des Leistungsauftrags.....	310
a) Einleitung.....	310
b) „Multikantonaler“ Leistungsauftrag.....	310
c) Abgeltung des Leistungsauftrags.....	311
d) Partieller Leistungsauftrag.....	311
e) Ausweitung des kantonalen Leistungsauftrags.....	312
f) Verzicht auf einen Leistungsauftrag.....	313
8. Fazit.....	314
Zusammenfassung.....	317