

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) Kantonales 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
- 4. Rechtsnatur der Staatsgarantie 84
- 5. Trennung der Begriffe Staats- und Institutsgarantie? 86
 - 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
- 6. Staatsgarantie, Rechtsform und Drittbeteiligung 95
 - a) Staatsgarantiekompatible Rechtsformen 95
 - b) Beteiligung Privater und Staatsgarantie 96
 - aa) Übersicht zur Drittbeteiligung 96
 - bb) Staatsgarantie als Zusatzhaftung 97
- 7. Staatsgarantie und kantonale Einflussnahme 99
 - a) Keine Staatsgarantie ohne kantonale Einflussnahme 99
 - b) Einflussnahme zur Risikokontrolle 99
 - c) Trägerschaft und Einflussnahme 100
- 8. Inanspruchnahme der Staatsgarantie 101
 - 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
- 9. Staatsgarantie und Namens- sowie Firmenrecht 115
 - 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 Leistungsauftragselemente	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	197
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 Bestandszwang?.....	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