



Leonhardsgraben 3, Postfach, CH-4001 Basel

Telefon +41 (0)61 267 95 86

www.finanzkontrolle.bs.ch

VERTRAULICH

**Basler Kantonalbank (BKB) /
Finanzverwaltung Basel-Stadt**

Bericht

über die Spezialprüfung in den Bereichen

**Übernahme der Bank Cler durch die BKB /
Abgeltung der Staatsgarantie durch die BKB**

**durchgeführt 2019/2020 im Auftrag der
Geschäftsprüfungskommission (GPK)
des Grossen Rates**

Inhaltsverzeichnis

1. Auftrag und Allgemeines	3
1.1 Prüfungsauftrag	3
1.2 Prüfungsbereich und -zeitraum	3
1.3 Prüfungsdurchführung	3
2. Management Summary	3
3. Prüfungsfeststellungen und -empfehlungen	4
3.1 Zugrunde liegender Sachverhalt	4
3.2 Frage 1: Vereinbarkeit der Übernahme der Bank Cler durch die BKB mit dem BKB-Gesetz	5
3.2.1 Zulässigkeit des Haltens von Beteiligungen bzw. Tochtergesellschaften	5
3.2.2 Zulässigkeit der Konzernbildung	6
3.2.3 Beachtung des geografischen Geschäftskreises	7
3.2.4 Vermeidung unverhältnismässiger Risiken	8
3.2.5 Beachtung spezifischer organisatorischer Gesetzesbestimmungen	12
3.2.6 Einhaltung des Finanzmarktaufsichtsrechts	13
3.2.7 Beachtung der Begrenzung der Staatsgarantie	13
3.2.8 Fazit	15
3.3 Frage 2: Angemessenheit der Abgeltung der Staatsgarantie durch die BKB	15
3.3.1 Generelle Überlegungen zur Festlegung der Abgeltung	15
3.3.2 Beurteilung der angewandten Methodik zur Festlegung der Abgeltung	16
3.3.3 Fazit	18
4. Schlussbemerkungen	19
Berichtsempfänger	20
Beilage	21

1. Auftrag und Allgemeines

1.1 Prüfungsauftrag

Gestützt auf das Finanz- und Verwaltungskontrollgesetz (FVKG) vom 17. September 2003 (SG 610.200) und aufgrund des schriftlichen Auftrags der Geschäftsprüfungskommission (GPK) haben wir eine Spezialprüfung vorgenommen.

Mit Auftrag vom 24. Oktober 2019 hat die Geschäftsprüfungskommission (GPK) der Finanzkontrolle die folgenden Fragen zur Abklärung übertragen:

- Wie beurteilt die Finanzkontrolle die vollständige Übernahme der Bank Cler durch die BKB unter dem Aspekt der Einhaltung des Gesetzes über die Basler Kantonalbank vom 9. Dezember 2015?
- Wie beurteilt die Finanzkontrolle die Risikoprämie, welche die BKB dem Kanton jährlich in Form der Abgeltung der Staatsgarantie vergütet?

Die Ergebnisse unserer Abklärungen sowie unsere Einschätzungen werden im vorliegenden Bericht dargelegt.

1.2 Prüfungsbereich und -zeitraum

Basler Kantonalbank (BKB) sowie Finanzverwaltung Basel-Stadt
Geschäftsjahre 2015-2019 bzw. 2017-2020

Gegenstand unserer Prüfungsarbeiten bildete gemäss dem schriftlichen Auftrag der GPK vom 24. Oktober 2019 die zwischen 2015 und 2019 erfolgte Übernahme der Bank Cler durch die BKB sowie die für den Zeitraum von 2017 bis 2020 festgelegte jährliche Abgeltung der vom Kanton Basel-Stadt gewährten Staatsgarantie durch die BKB.

1.3 Prüfungsdurchführung

Unsere Prüfung erfolgte nach den Grundsätzen des schweizerischen Berufsstandes, wonach eine Prüfung so zu planen und durchzuführen ist, dass wesentliche Fehler mit angemessener Sicherheit erkannt werden. Wir prüften mittels Interviews, Aktenstudiums und Analysen.

Die Prüfungsarbeiten fanden in den Monaten November 2019 bis März 2020 durch Daniel Dubois und Günter Bächler statt.

2. Management Summary

Nach unserer Einschätzung ist die vollständige Übernahme der Bank Cler durch die BKB mit den Vorgaben des BKB-Gesetzes vereinbar. Zwar führt die verstärkte Einbindung der Bank Cler in den BKB-Konzern bei der BKB als bestimmende Muttergesellschaft formell zu einer Erhöhung des Risikos, aufgrund faktischer Organschaft oder Doppelorganschaft für Fehlverhalten der Bank Cler gegenüber Dritten eintreten zu müssen. Die erweiterten

Einsichts- und Einflussmöglichkeiten der BKB gegenüber der Bank Cler sowie deren Einbindung ins konzernweite Risikomanagement dürften diesen Effekt allerdings neutralisieren. Berücksichtigt man ausserdem den faktischen Beistandszwang, dem die BKB im Verhältnis zu ihrer Tochterbank unterliegt und welcher von Beteiligungsquote und Integrationsgrad weitgehend unabhängig ist, so resultiert aus der engeren Einbindung der Bank Cler per Saldo eher eine Reduktion des Nettorisikos, welches der BKB aus der Beteiligung an der Bank Cler erwächst. Infolgedessen sehen wir auch keinen Widerspruch zum impliziten Willen des Gesetzgebers, das Staatshaftungsrisiko des Kantons einzugrenzen. Mit der Konzernierung der Bank Cler kommt die BKB im Übrigen den Anforderungen des Finanzmarktaufsichtsrechts sowie des BKB-Gesetzes und der darauf basierenden Eigentümerstrategie nach, wonach die BKB als Muttergesellschaft auf die Beachtung der gesetzlichen Auflagen durch ihre Beteiligungen hinwirken und letztere dauernd und eng führen und steuern muss.

Was die Festlegung der Entschädigung der Staatsgarantie betrifft, existiert nicht ein einzig richtiges bzw. sachgerechtes Modell. Je nachdem welche Optik eingenommen wird und welche Effekte der Staatsgarantie damit abgedeckt werden sollen, wird man zu unterschiedlichen Lösungen gelangen. Aus unserer Sicht stellt das für die BKB angewandte Kostenvorteilsmodell eine nachvollziehbare und sachgerechte Berechnungsmethodik für die Abgeltung der formellen Staatsgarantie dar. Optimierungspotenzial sehen wir in der jährlichen Überprüfung des Abgeltungsbetrages. Die Risikokomponente des faktischen Beistandszwangs kann derweil als von der ordentlichen Gewinnablieferung mitumfasst angesehen werden.

3. Prüfungsfeststellungen und -empfehlungen

3.1 Zugrunde liegender Sachverhalt

Die Basler Kantonalbank (BKB) ist eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt des kantonalen Rechts. Rund 86% des eingelegten Gesellschaftskapitals entfallen in Form von Dotationskapital auf den Kanton Basel-Stadt, der Rest auf eine Vielzahl privater Partizipationsscheininhaber. Da letztere über kein Stimmrecht verfügen, kann der Kanton alleine über die BKB bestimmen.

Bereits im Jahr 2008 verfügte die BKB ihrerseits über eine Mehrheitsbeteiligung von knapp 60% an der Bank Cler (damals "Bank Coop"). Nachdem die Beteiligungsquote zunächst über viele Jahre weitgehend unverändert blieb, wuchs sie im März 2017 aufgrund des Erwerbs des Aktienpakets von Coop auf zwischenzeitlich 75.8% an. Bis März 2019 baute die BKB ihren Anteil schliesslich mithilfe eines öffentlichen Kaufangebots und anschliessender Kraftloserklärung der restlichen im Publikum verbliebenen Titel auf 100% aus, worauf sie die Aktien der Bank Cler per 1. April 2019 von der Börse dekotieren liess.

Parallel zum vollständigen Erwerb der Anteilsscheine erfolgte eine engere organisatorische Anbindung der Bank Cler an die BKB. Zwar waren die BKB und die Bank Cler schon vor 2015 konzernmässig verbunden und der Führung gemeinsamer Konzernleitungsgremien unterstellt. Wesentliche Neuerungen im Sinne einer fortschreitenden Konzernintegration brachte jedoch das überarbeitete Geschäfts- und Organisationsreglement (GOR) mit sich, welches per 1. September 2019 in Kraft trat. Es sah eine stärkere organisatorische und personelle Verflechtung zwischen BKB und Bank Cler sowie die Konzentration von Führungskompetenzen bei der Geschäftsleitung der BKB vor. Konkret wurde der bisher

durch Bankräte der BKB und Verwaltungsräte der Bank Cler gemeinsam besetzte Konzern- und Strategieausschuss (KSA) aufgelöst und die Konzernleitung vollumfänglich in die Hand der BKB-Geschäftsleitung gelegt. Ausserdem wurde das Kontrollinstrumentarium des Bankrates auf Konzernebene durch verbindliche Mitwirkungsrechte sowie durch einen Genehmigungsvorbehalt für gewisse Beschlüsse der Konzerngesellschaften erweitert. Auf Stufe der Bank Cler wurde die Funktion des Verwaltungsratspräsidenten durch den CEO der BKB (=Konzern-CEO) besetzt und die Aufgaben des bisherigen Vergütungs- und Nominationsausschusses (VNA) auf den VNA der BKB übertragen, der neu als Konzern-VNA fungiert. Ungeachtet dieser verstärkten Konzerneinbindung blieb jedoch die Bank Cler eine rechtlich eigenständige Bank mit eigenem Marktauftritt, eigenen Geschäftsstellen und eigenem Kundenstamm.

Gemäss § 9 BKB-Gesetz gewährt der Kanton Basel-Stadt der BKB eine subsidiäre und beschränkte Staatsgarantie. Die Bank hat den Kanton für die Garantie zu entschädigen, wobei die Festlegung der Entschädigung dem Regierungsrat obliegt. Seit 2017 kommt hierfür das sog. Kostenvorteilsmodell zur Anwendung, welches als Bemessungsgrundlage der Abgeltung den Refinanzierungsvorteil heranzieht, der für die BKB aus der Staatsgarantie resultiert. Die Abgeltung für die Staatsgarantie ist jährlich zu entrichten, wird aber nur alle vier Jahre für die jeweils folgenden vier Jahre festgelegt.

3.2 Frage 1: Vereinbarkeit der Übernahme der Bank Cler durch die BKB mit dem BKB-Gesetz

Die vollständige Übernahme der Bank Cler sowie die damit verbundene verstärkte Einbindung der Bank in den BKB-Konzern ist auf die Konformität mit dem BKB-Gesetz¹ zu prüfen. Von Relevanz sind in diesem Zusammenhang namentlich die grundlegenden gesetzlichen Bestimmungen zum Zweck und zum sachlichen und geografischen Geschäftskreis der BKB, aber auch die spezifischen Regelungen zu Beteiligungen und Tochtergesellschaften, zur Organisation der Bank sowie zu der vom Kanton gewährten Staatsgarantie.

Sowohl die BKB als auch das kantonale Finanzdepartement als Eignervertreterin haben in den vorangehenden Jahren mit Blick auf die angestrebte Vollübernahme der Bank Cler mehrere Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, welche sich mit der Frage der Vereinbarkeit mit dem BKB-Gesetz befassen und übereinstimmend zum Schluss kommen, dass die Neustrukturierung des BKB-Konzerns im Rahmen des Gesetzes erfolgte². Basierend auf diesen Gutachten sowie auf eigenen Überlegungen gelangen wir zu derselben Einschätzung. Die zentralen Argumente seien im Folgenden ausgeführt.

3.2.1 Zulässigkeit des Haltens von Beteiligungen bzw. Tochtergesellschaften

Das aktuell geltende BKB-Gesetz wurde vom Grossen Rat Ende 2015 beraten und verabschiedet. Bereits damals hatte die BKB eine Mehrheitsbeteiligung von rund 58% und damit eine beherrschende Stellung über die Bank Cler inne. Diese Beteiligung wurde während des Gesetzgebungs- bzw. -revisionsprozesses von keiner Seite in Frage gestellt, weshalb davon auszugehen ist, dass sie vom Gesetzgeber als mit den Vorgaben des

¹ Gesetz über die Basler Kantonalbank vom 09.12.2015, in Kraft seit 06.06.2016; SG 915.200.

² Vgl. Memorandum Morscher/Bärtschi (Lenz & Staehelin) vom 07.10.14; Memorandum Masar/Griener (Vischer) vom 15.03.18; Kurzgutachten Rechsteiner/Trottmann (Vischer) vom 07.06.18; Memorandum Griener/Essebie/Rechsteiner/Trottmann (Vischer) vom 17.06.19; Gutachterliche Stellungnahme Nobel (Nobel & Hug) vom 17.06.19.

(neuen) Gesetzes vereinbar angesehen wurde³. Tatsächlich lässt das BKB-Gesetz den Erwerb bzw. das Halten von Beteiligungen in der Schweiz und in der ausländischen Grenzregion denn auch explizit zu, sofern dies im Einklang mit dem generellen Zweck der BKB steht und entweder im öffentlichen Interesse oder aber im Interesse der BKB selbst liegt (vgl. § 5 BKB-Gesetz). Letzteres (Eigeninteresse) dürfte seitens der BKB im fraglichen Einzelfall immer angeführt werden können, würde sie sonst doch von vornherein von einer Beteiligung absehen. Auch die vorausgesetzte Übereinstimmung mit der lokal auf den Kanton Basel-Stadt ausgerichteten Zweckbestimmung (vgl. § 2 BKB-Gesetz) dürfte keine wesentliche Einschränkung darstellen, da letztere inhaltlich recht offen formuliert ist und zudem bei geografisch restriktiver Interpretation ein Widerspruch zu § 4 BKB-Gesetz entstünde, welcher ausdrücklich von Tochtergesellschaften "in der Schweiz und in der ausländischen Grenzregion" spricht (siehe Kap. 3.2.3).

Die gesetzliche Regelung nimmt im Übrigen keine Differenzierung zwischen Mehrheits- und Minderheitsbeteiligungen bzw. nach verschiedenen Graden bzw. Quoten der Beteiligung vor. Die vollständige kapitalmässige Übernahme der Bank Cler in den Jahren 2015-2019 veränderte denn auch die Situation nicht grundlegend. Mit dem Zukauf der restlichen Anteile wurde lediglich die Mehrheitsbeteiligung zu einer 100%-Beteiligung, womit die Beherrschung insofern absolut wurde, als sie fortan ohne potenziellen Widerstand von Minderheitsaktionären ausgeübt werden kann⁴.

3.2.2 Zulässigkeit der Konzernbildung

Mit der vollständigen kapitalmässigen Übernahme der Bank Cler ging – zeitlich etwas verzögert – eine verstärkte Konzernintegration und damit auch eine weitgehende steuerungsmässige Übernahme der Bank Cler einher. Es fragt sich, ob auch diese Konzernierung mit dem BKB-Gesetz vereinbar ist. Eine klare Antwort lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, da es die Konzernbildung schlicht nicht thematisiert. Es enthält weder Regelungen zur Organisation auf Konzernebene, noch weist es den gesetzlich geregelten Organen Aufgaben zu, welche die Konzernführung betreffen würden. Angesichts der zentralen praktischen Bedeutung wäre es u.E. wünschenswert, die Frage der Konzernbildung und -führung ausdrücklich im Gesetz zu regeln⁵.

Empfehlung (E 1):

Explizite Regelung der Frage der Konzernbildung und -führung im BKB-Gesetz.

Wenn jedoch die BKB gemäss Gesetz Tochtergesellschaften gründen und Beteiligungen eingehen darf (siehe Kap. 3.2.1), so muss dies u.E. auch die Kompetenz mitumfassen, die Tochtergesellschaften in eine Gruppenstruktur einzubinden und einheitlich zu führen⁶. Die

³ So auch Memorandum Masar/Grieder, Rz 34 sowie Kurzgutachten Rechsteiner/Trottmann, Rz 21. Der Ratschlag zum totalrevidierten Gesetz sagt ausserdem explizit, dass der in der Praxis gelebte Geschäftskreis mit Ausnahme von Tochtergesellschaften im Ausland beibehalten werden soll (vgl. Ratschlag des Regierungsrates betreffend die Totalrevision des Gesetzes über die BKB vom 14.10.13, S. 5).

⁴ Andererseits fallen damit aber auch andere Beteiligte weg, welche im Falle finanzieller Nöte potenziell einspringen und nebst der BKB ebenfalls frisches Kapital einbringen könnten. Zu den Auswirkungen auf das Haftungs- bzw. Ausfallrisiko siehe Kap. 3.2.4.1.

⁵ In diesem Sinne auch Memorandum Morscher/Bärtschi, S. 35 sowie Gutachterliche Stellungnahme Nobel vom 17.06.19, S. 1.

⁶ So auch Memorandum Grieder/Essebier/Rechsteiner/Trottmann vom 17.06.19, Rz 28; Anders hingegen Memorandum Morscher/Bärtschi, S. 35.

Konzernbildung entspringt dem natürlichen und ökonomisch nachvollziehbaren Bedürfnis des Eigners nach einer koordinierten, effizienten und zielkonformen Geschäftstätigkeit seiner Gesellschaften. Um diesem Anspruch gerecht zu werden bedarf es der Zusammenfassung der Gesellschaften unter einheitlicher Führung. Nur auf diese Weise lässt sich im Übrigen auch die Anforderung des Gesetzes effektiv erfüllen, wonach die BKB als Muttergesellschaft auf die Beachtung der gesetzlichen Auflagen durch ihre Beteiligungen hinwirken muss (vgl. § 5 Abs. 2 BKB-Gesetz)⁷.

Von Bedeutung ist ausserdem der Umstand, dass in Bezug auf die Bank Cler bereits vor 2015 eine relativ enge Konzerneinbindung bestand. Der Blick in die Gesetzesmaterialien zeigt, dass der Gesetzgeber sich dessen bewusst war. So war die Konzerneigenschaft etwa Thema bei der Beratung des sachlichen und geografischen Geschäftskreises oder der Staatsgarantie⁸. In Frage gestellt wurde die Zulässigkeit der Konzernbildung im Rahmen des Gesetzesrevisionsprozesses hingegen nie. Es darf somit davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber auch die bestimmende Rolle der BKB über die Bank Cler als gesetzeskonform betrachtete. Mit der seither erfolgten Vollübernahme der Bank Cler hat sich die Situation nicht grundlegend verändert, vielmehr wurde einfach der Grad der Konzerneinbindung der Bank Cler zusätzlich erhöht.

3.2.3 Beachtung des geografischen Geschäftskreises

Gemäss § 4 BKB-Gesetz ist die BKB in erster Linie in der Region Basel tätig, was sich u.a. in der zwingenden Präsenz von Geschäftsstellen äussert. Daneben kann sie aber auch in der (übrigen) Schweiz Zweigstellen errichten und sogar im Ausland Geschäfte betreiben, sofern diese dem Zweck der BKB entsprechen, keine unverhältnismässigen Risiken mit sich bringen und die Befriedigung der lokalen Geld- und Kreditbedürfnisse nicht beeinträchtigen. Soweit es um Beteiligungen oder strategische Kooperationen geht, gelten zusätzliche Bedingungen, insbesondere sind Aktivitäten im Ausland diesfalls auf die Grenzregion beschränkt (vgl. § 5 BKB-Gesetz).

In der vollständigen Übernahme und der verstärkten Integration der gesamtschweizerisch tätigen Bank Cler in den BKB-Konzern ist aus unserer Sicht weder ein Verstoß gegen die allgemeine Zweckbestimmung der BKB noch eine Beeinträchtigung der Versorgung der lokalen Bevölkerung bzw. des lokalen Gewerbes mit Liquidität bzw. Krediten auszumachen. Indem die Bank Cler auch in der Region Basel tätig ist, wird vielmehr das lokale Angebot an Bankdienstleistungen zusätzlich ausgeweitet. Die Möglichkeit der verstärkten Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit der Bank Cler führt ausserdem dazu, dass den materiellen Vorgaben aus dem Zweckartikel nicht nur im Stammhaus, sondern vermehrt auch in der Bank Cler Nachdruck verliehen werden kann, was deren Anwendungsbereich entsprechend vergrössert. Eine Unvereinbarkeit mit den Vorgaben von § 4 BKB-Gesetz könnte sich demnach lediglich noch aus dem Eingehen unverhältnismässiger Risiken ergeben (siehe sogleich Kap. 3.2.4).

⁷ Die Eignerstrategie für die BKB (2017-2021) konkretisiert diese Anforderung, indem sie von der BKB eine „dauernde und enge Führung und Steuerung der Beteiligungen (Beteiligungscontrolling)“ fordert (vgl. Ziff. 5).

⁸ Vgl. Protokoll der 28. Sitzung des Grossen Rates vom 21.10.15 sowie Berichte der Finanz- und der Geschäftsprüfungskommission vom 23.09.15 bzw. 02.09.15 zum Ratschlag betreffend Totalrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank.

3.2.4 Vermeidung unverhältnismässiger Risiken

Wohl aufgrund der Erfahrungen der Vergangenheit⁹ war der Gesetzgeber streng darauf bedacht, das Risikobewusstsein in der BKB sicher zu stellen und die Risikobereitschaft auf ein vernünftiges Mass zu begrenzen. Dies kommt in der Umschreibung sowohl des sachlichen als auch des geografischen Geschäftskreises zum Ausdruck, wo der BKB eine angepasste Risikopolitik sowie ein wirksames Risikomanagement vorgegeben werden und besonders riskante Geschäfte generell untersagt werden (vgl. §§ 3 und 4 BKB-Gesetz).

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu stellen, ob die Aufstockung der Beteiligung an der Bank Cler zu einer wesentlichen Erhöhung des Risikos führt, sodass dieses neu als übermässig bzw. unverhältnismässig anzusehen wäre. Das Risiko aus der Beteiligung an der Bank Cler lässt sich konkret in folgende Komponenten bzw. Szenarien aufteilen:

3.2.4.1 Verlust des investierten Kapitals

Der Erwerb von Anteilsscheinen stellt das Einbringen von Risikokapital in die Beteiligung dar. Im Falle eines Konkurses der Bank Cler würde die BKB ihr investiertes Kapital verlieren, soweit es – nach Schadloshaltung der Fremdkapitalgeber – nicht durch Erlöse aus der Verwertung von Vermögenswerten gedeckt werden könnte. Mit der Aufstockung der kapitalmässigen Beteiligung hat sich das durch die BKB in die Bank Cler investierte Kapital erhöht, womit auch das maximale Ausfallrisiko entsprechend gestiegen ist. Dabei handelt es sich um eine graduelle Erhöhung des bereits bisher vorhandenen Risikos, welche u.E. jedoch nicht zu einer grundlegend neuen Qualifizierung als unverhältnismässiges Risiko führt.

3.2.4.2 Haftung für Verbindlichkeiten der Bank Cler

BKB und Bank Cler sind zwei rechtlich eigenständige juristische Personen mit eigenen Organen, eigenem Kapital, eigener Bankzulassung und eigenem Marktauftritt. Gemäss dem im Gesellschaftsrecht geltenden Trennungsprinzip muss jede der beiden Banken selber für ihr Verhalten einstehen und für ihre Verpflichtungen aufkommen¹⁰. Das schweizerische Recht sieht nirgends eine Konzernhaftung vor, welche die Konzernmutter für das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften gegenüber Dritten verantwortlich machen würde. Allerdings wurden in der Rechtslehre und in der Judikatur verschiedene Haftungskonzepte entwickelt, welche bei einem Fehlverhalten einer Tochtergesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Verantwortlichkeit der Konzernmutter führen können. Im Bewusstsein darüber und mit Blick auf die angestrebte Vollübernahme der Bank Cler haben die BKB wie auch das kantonale Finanzdepartement als Eignervertreterin in den vergangenen Jahren mehrere Rechtsgutachten zu dieser Thematik in Auftrag gegeben¹¹. Darin kommen die durchwegs renommierten Anwaltskanzleien zur übereinstimmenden Einschätzung, dass das Risiko der BKB, für schädigendes Verhalten der Bank Cler im Einzel-

⁹ Zu erwähnen sind hier namentlich der 2018 mit der Zahlung von CHF 60 Mio. beigelegte Steuerstreit mit den USA aufgrund der Betreuung von US-Kunden in den Jahren 2008 bis 2012 sowie die gerichtlich noch nicht abschliessend geklärte Involvierung in den 2012 aufgedeckten Betrugsfall der ASE Investment in der Schweiz.

¹⁰ Vgl. Gutachterliche Stellungnahme Nobel vom 15.06.18, S. 7 f.

¹¹ Vgl. Rechtsgutachten Bühler (Böckli Bodmer & Partner) vom 22.08.14; Memorandum Morscher/Bärtschi (Lenz & Staehelin) vom 07.10.14; Gutachterliche Stellungnahme Nobel (Nobel & Hug) vom 15.06.18; Memorandum Grieder/Essebiar/Rechsteiner/Trottmann (Vischer) vom 14.05.19; Gutachterliche Stellungnahme Nobel (Nobel & Hug) vom 17.06.19.

fall eintreten zu müssen, wohl existent, aber doch eher gering ist, wobei die Eintrittswahrscheinlichkeit davon abhängt, wie der Konzern konkret organisiert ist¹².

Eine Haftung der BKB für Fehlverhalten der Bank Cler ist namentlich gestützt auf folgende Haftungskonzepte denkbar:

A. Haftung aus faktischer Organschaft

Von faktischer Organschaft wird gesprochen, wenn eine Person oder ein Gremium entscheidenden Einfluss auf die Willensbildung bzw. Geschäftsführung in einem Unternehmen ausübt, ohne jedoch formell als Organ dieser Gesellschaft eingesetzt zu sein. Bereits vor der jüngsten Reorganisation konnte die BKB über den Bankrat als eines ihrer eigenen Organe einen massgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Bank Cler ausüben. Ihm oblag und obliegt noch immer die Oberleitung des Konzerns und damit – zumindest ansatzweise – auch die Oberleitung der Gruppengesellschaften¹³. Mit dem Ausbau seiner Kontrollinstrumente¹⁴ sowie mit der neu etablierten Konzernleitung, welche personell der Geschäftsleitung der BKB entspricht, hat die BKB nun weiter an Einfluss über die Bank Cler gewonnen. Je mehr aber die BKB Führungskompetenzen bezüglich der Bank Cler an sich zieht, umso eher ist von einer faktischen Organschaft gegenüber der Bank Cler auszugehen¹⁵.

Organe sind der Gesellschaft, für die sie handeln, für ihr Verhalten verantwortlich und unterliegen der sog. Organhaftung. Dies gilt für faktische Organe ebenso wie für formelle Organe. Das Risiko der BKB, im Falle eines Fehlverhaltens der Bank Cler als deren faktisches Organ für den Schaden von Dritten verantwortlich gemacht zu werden, ist folglich mit der verstärkten Einbindung der Bank Cler unter die Führung der BKB grösser geworden¹⁶. Daran ändern auch die regulatorischen Anforderungen an eine konsolidierte Organisation und Leitung der Finanzgruppe (siehe hierzu Kap. 3.2.6) nichts. Letztere vermögen weder die Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Untergesellschaft zu legitimieren noch das damit verbundene Haftungsrisiko zu reduzieren¹⁷.

B. Haftung aus formeller Organschaft eigener Organe (Doppelorganschaft)

Soweit Personen die (faktische oder formelle) Organschaft sowohl für die BKB als auch für die Bank Cler wahrnehmen – bspw. als Geschäftsleitungsmitglied der BKB und Verwaltungsrat der Bank Cler – sind sie gleichzeitig beiden Einheiten gegenüber verpflichtet, in deren Interesse zu entscheiden bzw. zu handeln. Im Falle divergierender Interessen ergibt sich daraus offensichtlich ein Interessenkonflikt und damit ein potenzielles Haftungsrisiko. Handelt nämlich der Betroffene bewusst gegen die Interessen der einen Gesellschaft und erleidet diese dadurch einen Schaden, so kann die andere Gesellschaft, in deren Interesse der gemeinsame Vertreter gehandelt hat, dafür haftbar gemacht werden¹⁸.

¹² Dabei ist nicht die Quote der Beteiligung massgebend, sondern der Grad der Einbindung der Bank Cler in den KBK-Konzern bzw. der Grad der Einflussnahme der BKB als Konzernmutter auf die Willensbildung und Geschäftsführung der Bank Cler.

¹³ Vgl. Memorandum Morscher/Bärtschi, S. 20.

¹⁴ Zu nennen sind das Weisungsrecht gem. Art. 44 Abs. 2 GOR sowie der Genehmigungsvorbehalt bei gewissen Geschäften gem. Art. 13 Abs. 5 lit. i. GOR.

¹⁵ Vgl. Memorandum Masar/Grieder, S. 11; Kurzgutachten Rechsteiner/Trottmann, Rz 36; Rechtsgutachten Bühler, S. 52.

¹⁶ Die gesetzliche Haftungsgrundlage ergibt sich aus Art. 39 BankG i.V.m. Art. 754 OR.

¹⁷ Vgl. Memorandum, Morscher/Bärtschi, S. 22.

¹⁸ Die gesetzliche Haftungsgrundlage ergibt sich aus Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 722 OR.

Mit der Umsetzung der neuen Konzernstruktur und der damit einhergehenden engeren personellen Verflechtung zwischen BKB und Bank Cler ist das Risiko für die BKB tendenziell gestiegen, für allfälliges Fehlverhalten ihrer eigenen Vertreter in deren Funktion als Organe der Bank Cler eintreten zu müssen.

C. (Ausserrechtliche) Haftung aus faktischem Beistandszwang

Ausserrechtlich von Bedeutung ist der sog. faktische Beistandszwang, welcher die BKB als Muttergesellschaft mutmasslich dazu veranlassen würde, der in finanzielle Not geratenen Bank Cler auch ohne rechtliche Pflicht unter die Arme zu greifen, indem sie für deren Verpflichtungen aufkommen und einen drohenden Konkurs der Bank Cler nach Möglichkeit verhindern würde¹⁹. Ausschlaggebend wären hier politische und ökonomische Argumente, insbesondere die Begrenzung des eigenen finanziellen Schadens sowie der Schutz der eigenen Reputation.

Dass der faktische Beistandszwang real ist, zeigt sich nicht nur an diversen Beispielen aus der Praxis²⁰, sondern auch an einer Bestimmung im Bankengesetz, welcher zu entnehmen ist, dass auch der Bundesgesetzgeber davon ausgeht, dass Banken, die wirtschaftlich miteinander verbunden sind und gemeinsam eine sog. Finanzgruppe bilden, (zumindest) faktisch gezwungen sind, einander beizustehen²¹.

Der faktische Beistandszwang ergibt sich aus der Eigenschaft als Mehrheitseigner²² und ist weitgehend unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Konzernstruktur. Weil die BKB schon vor der vollständigen Übernahme der Bank Cler über eine klare Kapital- und Stimmenmehrheit verfügte und damit beherrschenden Einfluss auf die Bank Cler nehmen konnte, sah sie sich damals schon diesem Beistandszwang ausgesetzt. Mit der verstärkten Einbindung der Bank Cler in den BKB-Konzern wurde das Ausmass des faktischen Beistandszwangs wohl nochmals grösser, eine grundlegende Änderung brachte dies gemäss unserer Einschätzung jedoch nicht mit sich.

3.2.4.3 Erleiden eines Reputationsschadens infolge Fehlverhaltens der Bank Cler

Auch ohne rechtliche Verantwortlichkeit kann sich das Verhalten einer Tochtergesellschaft negativ auf das Image der Muttergesellschaft auswirken, wenn letztere in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit ihre Einflussmöglichkeiten gegenüber der Tochter nicht genügend wahrgenommen hat. An diesem Umstand hat sich durch die vollständige Übernahme der Bank Cler nichts Grundlegendes geändert. Zwar führt die nun erlangte absolute Beherrschung der Bank Cler dazu, dass die Einflussmöglichkeit der BKB gewachsen ist, was ihr erlaubt, unangemessenem oder widerrechtlichem Handeln der Bank Cler effektiver vorzubeugen und damit das Risiko einzudämmen. Andererseits ist durch die vollständige Übernahme und Integration der Bank Cler auch die Erwartung der Öffentlichkeit an die BKB gestiegen, durch Wahrnehmung ihres Einflusses eine regelkonforme Geschäftstätigkeit der Tochtergesellschaft tatsächlich zu gewährleisten.

¹⁹ In diesem Sinne Memorandum Grieder/Essebier/Rechsteiner/Trottmann vom 14.05.19, Rz 21, Gutachterliche Stellungnahme Nobel vom 15.06.18, S. 11 sowie Bericht der Finanzkommission vom 23.09.15 zum Ratschlag betreffend Totalrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank, S. 13.

²⁰ Zu denken ist hier bspw. an die Berner oder die Genfer Kantonalbank, zu deren Rettung die betreffenden Eigner Kantone und die lokale Bevölkerung überaus hohe Summen aufzuwenden bereit waren.

²¹ Vgl. Art. 3c Abs. 1 lit. c. BankG.

²² Auch im Verhältnis zwischen der BKB und dem Kanton Basel-Stadt als deren Eigner existiert dieser faktische Beistandszwang. Vgl. hierzu Ratschlag des Regierungsrates betreffend die Totalrevision des Gesetzes über die BKB vom 14.10.13, S.26; Rechtsgutachten Bühler, S. 74.

Den obigen Ausführungen kann entnommen werden, dass die vollständige Übernahme und Konzernierung der Bank Cler formell betrachtet zu einer graduellen Risikoerhöhung bei der BKB als Muttergesellschaft führt. Abgesehen vom höheren Ausfallmaximum bei einem allfälligen Konkurs der Bank Cler steigt insbesondere das Risiko, aufgrund faktischer Organschaft oder Doppelorganschaft für Fehlverhalten der Bank Cler gegenüber Dritten eintreten zu müssen.

Dieser formellen oder theoretischen Risikoerhöhung ist allerdings zugleich der risikomindernde Effekt gegenüber zu stellen, den die Einbindung der Bank Cler in den Konzern in der Praxis hat. Die erweiterten Einsichts- und Einflussmöglichkeiten²³ versetzen die BKB in die Lage, bei der Tochtergesellschaft angesiedelte Risiken frühzeitig zu erkennen, zu kontrollieren und gezielt auf deren Vermeidung hinzuwirken. Die neue Konzernstruktur schafft somit die Voraussetzungen für ein wirksameres, konzernweites Risikomanagement. Durch die vollständige Integration der Bank Cler ins Risikomanagement des Konzerns lässt sich die Wahrscheinlichkeit, dass sich das Risiko eines finanziellen oder eines Reputationsschadens aus der Beteiligung an der Bank Cler tatsächlich verwirklicht (Eintretenswahrscheinlichkeit), massgeblich reduzieren²⁴. Vorausgesetzt ist selbstverständlich, dass das Risikomanagement adäquat ausgestaltet und effektiv gelebt wird.

Dieser strukturellen Risikominimierung kommt insbesondere auch mit Blick auf den faktischen Beistandszwang eine entscheidende Bedeutung zu. Geht man davon aus, dass die BKB als Alleinaktionärin der Bank Cler faktisch so oder so, d.h. unabhängig von der gewählten Konzernstruktur, gezwungen wäre, der Bank Cler beizustehen (siehe Kap. 3.2.4.2, C.), so muss es das vordringliche Ziel der BKB sein, die Risiken, die sich aus der Geschäftstätigkeit der Bank Cler ergeben, wirksam zu kontrollieren und zu steuern. Nur so lässt sich das Nettorisiko, das aus der Beteiligung an der Bank Cler resultiert, effektiv reduzieren.

Während also formalrechtlich das Risiko der haftungsrechtlichen Zurechnung durch die verstärkte Konzernintegration steigt, wird das Risiko dank der Einbindung ins konzernweite Risikomanagement zugleich strukturell minimiert²⁵, sodass unter dem Strich von keiner, sicherlich aber von keiner wesentlichen Risikoerhöhung auszugehen ist. Man könnte im Gegenteil gar die Auffassung vertreten, die Erhöhung des formellen Haftungsrisikos werde durch die verstärkte Konzerneinbindung überkompensiert, sodass das Risiko, das der BKB aus der Beteiligung an der Bank Cler erwächst, per Saldo kleiner geworden ist. Nach unserer Einschätzung resultieren für die BKB aus der vollständigen Übernahme und Konzernierung der Bank Cler auf jeden Fall keine unverhältnismässigen Risiken, die mit den Vorgaben von § 4 Abs. 2 BKB-Gesetz nicht vereinbar wären²⁶.

Angesichts der Anforderung des BKB-Gesetzes und der darauf beruhenden Eignerstrategie, wonach die BKB als Muttergesellschaft auf die Beachtung der gesetzlichen Auflagen durch ihre Beteiligungen hinwirken und letztere dauernd und eng führen und steuern muss²⁷, fragt sich gar, ob die nun erfolgte stärkere Konzerneinbindung der Bank Cler nicht

²³ Zu denken ist hier insbesondere an die personelle Vertretung von BKB-GL-Mitgliedern (Konzern-GL-Mitglieder) im VR der Bank Cler sowie an die im GOR vorgesehenen Konzernweisungen und Genehmigungsvorbehalte.

²⁴ Nebenbei bemerkt hat der Wegfall der Minderheitsaktionäre ausserdem zur Folge, dass sich das Risiko von Verantwortlichkeitsklagen ausserhalb eines Konkurses entscheidend reduziert (vgl. Memorandum Moscher, Bärtschi, S. 71).

²⁵ Vgl. Memorandum Grieder/Essebie/Rechsteiner/Trottmann vom 17.06.19, Rz 45.

²⁶ Über das Ausmass und die Vertretbarkeit des Risikos, das sich aus der Mehrheitsbeteiligung an der Bank Cler per se ergibt, ist hiermit nichts ausgesagt. Hier handelt es sich um eine Vergleichsbetrachtung zwischen der Situation vor 2015, der vom Gesetzgeber offenbar als gesetzeskonform angesehen wurde, und der seit September 2019 geltenden Situation.

²⁷ Vgl. § 5 Abs. 2 BKB-Gesetz sowie Ziff. 5 der Eignerstrategie (2017-2021).

geradezu geboten war. Dies gilt umso mehr, als auch das Finanzmarktaufsichtsrecht die BKB dazu verpflichtet, die Risiken innerhalb des (Gesamt-)Konzerns zu kontrollieren (siehe dazu Kap. 3.2.6). Diesen Anforderungen kann die BKB als Muttergesellschaft nur gerecht werden, indem sie die Bank Cler eng führt und überwacht, was – wie weiter oben dargelegt – gleichzeitig bedeutet, dass sie eine faktische Organschaft übernimmt und folglich u.U. für Verbindlichkeiten der Bank Cler haftbar wird. Anders ausgedrückt führt das Mehr an Kontrolle und Information zur Wahrnehmung der Konzernsteuerung durch die BKB notwendigerweise zu einem Mehr an haftungsrechtlicher Zurechnung²⁸.

3.2.5 Beachtung spezifischer organisatorischer Gesetzesbestimmungen

Das BKB-Gesetz enthält u.a. spezifische Vorgaben zur Organisation der BKB²⁹. So legt es mit dem Bankrat, der Geschäftsleitung und der Prüfgesellschaft den Kreis der Organe der BKB (abschliessend) fest und umschreibt auch deren grundlegende Aufgaben und Kompetenzen. Die Neuorganisation des BKB-Konzerns per 01.09.19 ist somit auch auf die Einhaltung dieser organisatorischen Gesetzesbestimmungen zu überprüfen. So stellt sich namentlich die Frage, ob die neu geschaffene Konzernleitung im Einklang mit dem Gesetz steht, da sie in § 10 BKB-Gesetz nicht als Organ vorgesehen ist³⁰.

Rein formell kann die Konzernleitung durchaus als neues Organ betrachtet werden. Weil sie jedoch personell identisch mit der vom Gesetz vorgesehenen Geschäftsleitung der BKB ist – der an den Sitzungen ebenfalls teilnehmende CEO der Bank Cler ist lediglich Beisitzer und hat kein Stimmrecht³¹ – ist darin kein Widerspruch zum Gesetz zu sehen. Entsprechend stellt auch die Delegation der operativen Konzernführung an die Konzernleitung gemäss Art. 24 Abs. 1 GOR keine Beeinträchtigung des in § 14 Abs. 1 BKB-Gesetz festgelegten Grundsatzes der operativen Geschäftsführung der BKB durch die Geschäftsleitung der BKB dar. Letztere ist lediglich unter anderem Namen tätig, soweit sie auf Ebene des Gesamtkonzerns agiert³².

Die Delegation der Konzernführung an die Konzernleitung steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch zu dem in § 12 BKB-Gesetz enthaltenen Katalog der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Bankrats. Soweit sich die Konzernleitung im Zuständigkeitsbereich des Bankrats und seiner Ausschüsse bewegt, ist sie gemäss Art. 26 Abs. 1 GOR lediglich vorbereitend tätig, was in Art. 6 Abs. 1 lit. e. des Konzernleitungsreglements bekräftigt bzw. weiter ausgeführt wird³³.

Als gesetzeskonform ist schliesslich auch der neu für den Gesamtkonzern zuständige Entschädigungsausschuss bzw. Vergütungs- und Nominationsausschuss anzusehen. Wie von § 13 BKB-Gesetz gefordert, wird dieser vom Bankrat aus dem Kreis seiner Mitglieder gebildet. Dass der Ausschuss nicht nur für das Stammhaus, sondern gleichzeitig auch für die übrigen Konzerngesellschaften verantwortlich ist, stellt eine zulässige Erweiterung der Kompetenz dar, welche nicht zu beanstanden ist³⁴.

²⁸ Vgl. Memorandum Grieder/Essebie/Rechsteiner/Trottmann vom 14.05.19, Rz 4.

²⁹ Vgl. Ziff. IV BKB-Gesetz.

³⁰ Wobei das Gesetz ohnehin lediglich die Organisation der BKB als Einzelgesellschaft regelt, nicht jedoch jene als Konzern. Im Falle der Konzernbildung kann aber wohl die Aufgabe der operativen Konzernleitung als von der Aufgabe der operativen Geschäftsführung der Muttergesellschaft mitumfasst angesehen werden (in diesem Sinne Memorandum Grieder/Essebie/Rechsteiner/Trottmann vom 17.06.19, Rz 35).

³¹ Vgl. Art. 24 Abs. 2 GOR.

³² Vgl. Gutachterliche Stellungnahme Nobel vom 17.06.19, S. 11 sowie Memorandum Grieder/Essebie/Rechsteiner/Trottmann vom 17.06.19, Rz 15.

³³ Vgl. Memorandum Grieder/Essebie/Rechsteiner/Trottmann vom 17.06.19, Rz 33.

³⁴ Vgl. Gutachterliche Stellungnahme Nobel vom 17.06.19, S. 12.

3.2.6 Einhaltung des Finanzmarktaufsichtsrechts

Der rechtliche Rahmen, in dem sich die BKB bewegt, wird nicht allein durch das kantonale BKB-Gesetz abgesteckt. Als Finanzgesellschaft mit Banklizenz hat die BKB auch die Vorgaben des Bundesrechts, insbesondere des Finanzmarkt- und des Finanzmarktaufsichtsrechts zu beachten.

Gemäss Bankengesetz (BankG) bilden die BKB und die Bank Cler eine wirtschaftliche Einheit und damit eine Finanzgruppe³⁵, welche von der FINMA konsolidiert überwacht wird. Dies hat spezifische Pflichten im Bereich des Risikomanagements zur Folge: Laut BankG und FINMA-Rundschreiben 2017/1 betreffend Corporate Governance muss eine Finanzgruppe so organisiert sein, dass sie alle wesentlichen Risiken innerhalb der Gruppe erfassen, begrenzen und überwachen kann³⁶, was ein konzernweites Risikomanagement erfordert. Die Obergesellschaft muss ihre Tochtergesellschaften hierfür kontrollieren und zu diesem Zweck über die nötigen Informationen und Weisungsrechte verfügen. Dies wiederum bedingt eine relativ weitgehende Konzernintegration³⁷. Mit der nun umgesetzten und mit der FINMA abgesprochenen Reorganisation kommt die BKB diesen aufsichtsrechtlichen Vorgaben nach.

Die Anforderung eines gruppenweiten Risikomanagements deckt sich im Übrigen mit den Vorgaben aus dem BKB-Gesetz und aus der Eignerstrategie, wonach die BKB als Muttergesellschaft mittels einer dauernden und engen Führung und Steuerung darauf hinzuwirken hat, dass die gesetzlichen Auflagen auch durch die Bank Cler beachtet werden³⁸.

3.2.7 Beachtung der Begrenzung der Staatsgarantie

Der Gesetzgeber wollte das Risiko, das dem Kanton aus der Beteiligung an der BKB erwächst, begrenzen. Dies geht aus den Gesetzesmaterialien hervor³⁹ und kommt auch in der Formulierung des Geltungsbereichs der – ohnehin nur subsidiär anwendbaren – Staatsgarantie in § 9 BKB-Gesetz zum Ausdruck. So werden insbesondere Verbindlichkeiten von Tochtergesellschaften der BKB explizit von der Garantie ausgeschlossen. Der Kanton soll also nur für die BKB als Stammhaus haften, nicht jedoch für die übrigen Konzerngesellschaften⁴⁰.

Im Zusammenhang mit der vollständigen Übernahme und Konzernierung der Bank Cler ist die Frage zu klären, ob die BKB damit den Willen des Gesetzgebers nach einer eng begrenzten Staatsgarantie respektiert. Wie oben unter 3.2.4 dargelegt, wuchs das Risiko der Haftung aus faktischer oder doppelter Organschaft mit der verstärkten Einbindung der Bank Cler in den BKB-Konzern tendenziell an. U.U. wird damit die BKB haftbar für Schäden, die nicht aus ihrer eigenen Geschäftstätigkeit resultieren, sondern aus jener der Bank Cler. Die Haftpflicht entstünde dabei originär bei der BKB selbst und wäre somit nicht (nur) eine Verbindlichkeit der Bank Cler⁴¹. Wohl um solche Konzernhaftungstatbestände von

³⁵ Vgl. Art. 3 BankG sowie Art. 21 Abs. 1 BankV.

³⁶ Vgl. Art. 3f Abs. 2 BankG sowie FINMA-RS 2017/1, Rz 99.

³⁷ Vgl. Kurzgutachten Rechsteiner/Trottmann, Rz 13 ff. sowie Memorandum Grieder/Essebie/Rechsteiner/Trottmann vom 14.05.19, Rz 2.

³⁸ Vgl. § 5 Abs. 2 BKB-Gesetz sowie Ziff. 5 der Eignerstrategie (2017-2021).

³⁹ Vgl. Bericht der Finanzkommission vom 23.09.15 zum Ratschlag betreffend Totalrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank, S. 3; Protokoll der 28. Sitzung des Grossen Rates vom 21.10.15, S. 966 (Votum E. Herzog).

⁴⁰ Vgl. Bericht der Finanzkommission vom 23.09.15 zum Ratschlag betreffend Totalrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank, S. 13 und 24; Protokoll der 28. Sitzung des Grossen Rates vom 21.10.15, S. 947.

⁴¹ Vgl. Rechtsgutachten Bühler, S. 67; Kurzgutachten Rechsteiner/Trottmann, Rz 25.

der Staatsgarantie auszunehmen, wurde § 9 Abs. 2 des BKB-Gesetzes lit. c) beigefügt. Dieser besagt, dass für Verbindlichkeiten der BKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften und deren Gläubigern oder Gesellschaftern keine Staatsgarantie besteht. Hierunter fallen potenzielle Haftungsfälle aus faktischer oder doppelter Organschaft. Formalrechtlich führt somit die jüngste Reorganisation zu keiner unerwünschten Ausweitung der Staatsgarantie.

Auch hier ist allerdings wiederum auf den sog. faktischen Beistandszwang zu verweisen. Diesem unterliegt nicht nur die BKB in Bezug auf ihre Tochterbank Cler, sondern auch der Kanton Basel-Stadt in Bezug auf seine Kantonalkbank. Die einschränkende Formulierung der Staatsgarantie im kantonalen Recht vermag die im Bundesprivatrecht begründeten Haftungsnormen und -konzepte nicht zu beseitigen und damit die BKB ihrer potenziellen Haftung aus faktischer oder doppelter Organschaft nicht zu entziehen. Der Ausschluss von Verbindlichkeiten aus Konzernhaftung von der Staatsgarantie wird also durch den faktischen Beistandszwang weitgehend relativiert⁴². Sollte die BKB aufgrund eines Konzernhaftungsfalles in existenzielle Not kommen, wäre der Kanton zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch gezwungen, ihr beizustehen⁴³. Faktisch hat sich also mit der Integration der Bank Cler auch der Geltungsbereich der Staatsgarantie ausgeweitet.

Daraus zu schliessen, die BKB habe damit gegen den Willen des Gesetzgebers verstossen, wäre u.E. aber zu kurz gegriffen. Zum einen stünde eine solche Interpretation im inneren Widerspruch zu § 5 BKB-Gesetz, welcher der BKB das Gründen von Tochtergesellschaften und das Halten von Beteiligungen explizit erlaubt. Wenn, wie oben unter 3.2.2 dargelegt, das Halten von Beteiligungen auch die Möglichkeit der Konzernbildung mitumfasst, so bringt dies unweigerlich das Risiko mit sich, dass die BKB aufgrund ihrer Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit ihrer Tochtergesellschaften unter dem Titel der faktischen Organschaft oder der Doppelorganschaft selber für deren allfälliges Fehlverhalten einzustehen hat (siehe Kap. 3.2.4.2, A. und B.), was wegen des faktischen Beistandszwangs zugleich eine faktische Ausweitung der Staatsgarantie bedeutet. Der gesetzlich statuierte Ausschluss der Staatsgarantie für Konzernhaftungstatbestände wird somit durch die Möglichkeit der Konzernbildung faktisch relativiert, wobei die Relativierung zunimmt, je stärker die Integration der Beteiligungen in den Konzern ausfällt⁴⁴. Wenn es die Vorstellung des Gesetzgebers war, die Staatshaftung liesse sich auch im Falle der Konzernbildung strikt auf die eigene Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaft begrenzen, so war diese Vorstellung faktisch betrachtet unrealistisch.

Zu kurz gegriffen wäre die Annahme eines Verstosses gegen den Willen des Gesetzgebers aber auch, weil mit der faktischen Ausweitung des Geltungskreises der Staatsgarantie noch nichts über die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Staatshaftungsfalles gesagt ist. Zu berücksichtigen ist hierfür wiederum der risikomindernde Effekt, den die Einbindung der Bank Cler in den Konzern hat. Analog des Risikos der BKB, aus Organhaftung für Fehlverhalten der Bank Cler in Anspruch genommen zu werden (siehe Kap. 3.2.4), gelangen wir auch hier zur Einschätzung, dass das Nettorisiko des Kantons, aus der Staatsgarantie für Verbindlichkeiten der BKB entstehen zu müssen, mit der engeren Konzerneinbindung der Bank Cler unter dem Strich eher kleiner geworden ist⁴⁵. Insofern dürfte die jüngste Reorganisation also im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers nach einer eng begrenzten Staatsgarantie stehen.

⁴² Vgl. Rechtsgutachten Bühler, S. 74.

⁴³ Es kann von einer sog. Instituts-/Bestandesgarantie gesprochen werden.

⁴⁴ Vgl. Gutachterliche Stellungnahme Nobel vom 17.06.19, S. 13.

⁴⁵ Vorausgesetzt ist wiederum, dass das konzernweite Risikomanagement adäquat ausgestaltet und effektiv gelebt wird.

3.2.8 Fazit

Aufgrund der obigen Ausführungen gelangen wir zur Einschätzung, dass die vollständige Übernahme der Bank Cler durch die BKB mit den Vorgaben des BKB-Gesetzes vereinbar ist. Dies gilt zum einen für die spezifischen Vorgaben zum Halten von Beteiligungen sowie zur Organisation der BKB, zum andern aber auch für die generellen Vorgaben zum sachlichen und geografischen Geschäftskreis sowie zur Prämisse einer risikobewussten Geschäftstätigkeit der BKB. Zwar führt die verstärkte Einbindung der Bank Cler in den BKB-Konzern bei der BKB als bestimmende Muttergesellschaft formell zu einer Erhöhung des Risikos, aufgrund faktischer Organschaft oder Doppelorganschaft für Fehlverhalten der Bank Cler gegenüber Dritten eintreten zu müssen. Die erweiterten Einsichts- und Einflussmöglichkeiten der BKB gegenüber der Bank Cler sowie deren Einbindung ins konzernweite Risikomanagement dürften diesen Effekt allerdings neutralisieren. Berücksichtigt man ausserdem den faktischen Beistandszwang, dem die BKB im Verhältnis zu ihrer Tochterbank unterliegt und welcher von Beteiligungsquote und Integrationsgrad weitgehend unabhängig ist, so resultiert aus der engeren Einbindung der Bank Cler per Saldo eher eine Reduktion des Nettorisikos, welches der BKB aus der Beteiligung an der Bank Cler erwächst. Infolgedessen sehen wir auch keinen Widerspruch zum impliziten Willen des Gesetzgebers, das Staatshaftungsrisiko des Kantons einzugrenzen⁴⁶. Mit der Konzentrierung der Bank Cler kommt die BKB im Übrigen den Anforderungen des Finanzmarktaufsichtsrechts sowie des BKB-Gesetzes und der darauf basierenden Eignerstrategie nach, wonach die BKB als Muttergesellschaft auf die Beachtung der gesetzlichen Auflagen durch ihre Beteiligungen hinwirken und letztere dauernd und eng führen und steuern muss.

3.3 Frage 2: Angemessenheit der Abgeltung der Staatsgarantie durch die BKB

3.3.1 Generelle Überlegungen zur Festlegung der Abgeltung

Bei der Festlegung der Abgeltung für die Staatsgarantie stellt sich die grundlegende Frage, ob mit der Entschädigung lediglich die Risikotragung des Kantons entschädigt werden soll, oder ob damit sämtliche Vorteile kompensiert werden sollen, welche der BKB aus der Staatsgarantie entstehen, sodass im Ergebnis die Wettbewerbsneutralität im Bankensektor gewährleistet ist. Letzteres würde allerdings zusätzlich zur Abgeltung der Staatsgarantie auch die Kompensation der Steuerbefreiung erfordern. Andererseits wäre zu berücksichtigen, dass die BKB aufgrund der Pflicht zur Erfüllung eines öffentlichen Leistungsauftrages und aufgrund der Vorgaben im BKB-Gesetz und in der Eignerstrategie nur über einen eingeschränkten Handlungsspielraum verfügt. Welche Aspekte von der Abgeltung der Staatsgarantie letztlich abgedeckt werden sollen, ist eine politische Frage. Der Gesetzgeber hat sie offen gelassen und lediglich die Pflicht zur Entschädigung statuiert sowie die Kompetenz zu deren Festlegung dem Regierungsrat zugewiesen⁴⁷.

Die gewährte Staatsgarantie stellt zweifellos einen ökonomischen Wert dar. Dieser lässt sich jedoch nicht exakt quantifizieren. Entsprechend weisen die Kantone, welche ihren Kantonalbanken eine Staatsgarantie gewähren, unterschiedliche Abgeltungsmodelle mit unterschiedlichen Abgeltungsbeträgen an. Viele herkömmliche Abgeltungsmodelle sind rudimentär und sehen eine fixe Pauschale vor oder basieren auf sachfremden Grössen wie bspw. dem Jahresergebnis. Aber auch bei Anwendung sachbezogener Parameter ist die Festlegung der Abgeltung keineswegs klar. Je nachdem, aus welcher Optik die Garan-

⁴⁶ Vgl. Memorandum Grieder/Essebler/Reichsteiner/Trottmann vom 14.05.19, Rz 7.

⁴⁷ Vgl. § 9 sowie § 18 Abs. 1 lit. e) BKB-Gesetz.

tie betrachtet wird, welche Effekte damit abgegolten werden sollen und welche Aspekte wie gewichtet werden, wird man zu unterschiedlichen Berechnungsmodellen gelangen.

Die Abgeltung sollte letztlich nicht nur in ihrer Höhe angemessen erscheinen – was wiederum subjektiv ist –, sondern auch mittels einer nachvollziehbaren Methodik anhand sachbezogener Parameter und auf Basis regelmässig verfügbarer, verllässlicher Daten kalkulierbar sein. Ein Modell, das diesen Anforderungen genügt, sämtliche Auswirkungen der Staatsgarantie berücksichtigt und praktikabel ist, gibt es nicht. Entsprechend kann es sich bei der Festlegung der Entschädigung immer nur um eine Annäherungsrechnung an die aus der Garantie resultierenden Vorteile handeln, egal welches Modell dabei zur Anwendung kommt.

Aus Sicht des Kantons stellt die Staatsgarantie primär ein finanzielles Risiko dar, aus Sicht der BKB primär einen Kosten- und Wettbewerbsvorteil. Naheliegend wäre deshalb aus der Optik des Kantons die Berechnung des Ausfallrisikos, das er trägt (Versicherungsmodell), aus der Optik der BKB die Berechnung des Vorteils, den diese aus der Staatsgarantie hat (Kostenvorteilsmodell).

3.3.2 Beurteilung der angewandten Methodik zur Festlegung der Abgeltung

Seit 2017 entrichtet die BKB dem Kanton Basel-Stadt eine jährliche, jeweils für vier Jahre fix festgelegte Abgeltung. Weil weder eine genügende Datenbasis für eine zuverlässige Schätzung der Ausfallwahrscheinlichkeit vorliegt, noch ein Versicherungsmarkt für vergleichbare Bankausfallrisiken existiert, der den Vergleich konkreter Offerten ermöglichen würde, erscheint die Wahl des Versicherungsmodells als nicht geeignet. Für die Festlegung der Abgeltung der Staatsgarantie wird im Kanton Basel-Stadt deshalb das sog. Kostenvorteilsmodell angewandt. Demnach bemisst sich die Abgeltung nach der Höhe des Kostenvorteils, der für die BKB bei der Fremdmittelaufnahme aus der Staatsgarantie resultiert. Vereinfacht lautet die Berechnungsformel: Abgeltung Staatsgarantie = Risikoabschlag x ratingabhängiges Fremdkapital.

Zu den relevanten Parametern ist folgendes zu sagen:

Zur Ermittlung des Risikoabschlags wird ein Vergleich zwischen dem offiziellen Rating der BKB und dem sog. Stand-Alone-Rating angestellt, welches die Bonität der BKB unter Ausblendung der Staatsgarantie darstellt. Beide Ratings werden regelmässig durch die Ratingagentur S&P erstellt. Der einzusetzende Risikoabschlag entspricht der Differenz der Risikoprämien (spread), welche am Markt für sog. Credit Default Swaps (CDS) für Schuldner mit demselben Rating wie die BKB (offiziell und Stand-Alone) bezahlt werden. Zum Zeitpunkt der Bestimmung der Höhe der Abgeltung für die Staatsgarantie für die Jahre 2017-2020 verfügte die BKB über ein Rating unter Berücksichtigung der Staatsgarantie von AA und ein Stand-Alone-Rating von A. Somit ergab sich der Risikoabschlag der BKB aus dem im Markt beobachteten CDS-spread zwischen den Ratingklassen AA und A. Die CDS-Marktdaten werden von Thomson Reuters bezogen und umfassen Laufzeiten von einem, zwei, fünf und zehn Jahren zu gleichen Anteilen über den Zeitraum der fünf vorangehenden Jahre. Um Marktschwankungen zu glätten und den Effekt von Ausreissern zu minimieren, werden für die Modellrechnung Mittel- bzw. Durchschnittswerte verwendet.

Die Staatsgarantie gilt nicht für alle Verbindlichkeiten⁴⁸, zudem betrifft der Refinanzierungsvorteil nicht alle Positionen der Passivseite der BKB-Bilanz. Entsprechend umfasst auch das ratingabhängige Fremdkapital nur einen Teil der Passivpositionen:

⁴⁸ Gemäss § 9 Abs. 2 BKB-Gesetz besteht keine Staatsgarantie für das Partizipationskapital, für nachrangige Verbindlichkeiten der BKB, für Verbindlichkeiten der BKB gegenüber Tochtergesellschaften und kon-
499300 Basler Kantonalbank
Spezialprüfung 2019, Auftrag GPK
Bericht Nr. 71 vom 25. März 2020
Form. 4.1.02b V3

- Bei den Verpflichtungen gegenüber Banken werden die Korrespondentenkonten abgezogen, da es sich hierbei um Abwicklungskonten für den Zahlungsverkehr ohne Vorteil für die BKB handelt. Für die übrigen Verpflichtungen gegenüber Banken wird der Refinanzierungsvorteil auf dem gesamten Volumen berücksichtigt.
- Bei den Verpflichtungen aus Kundeneinlagen unter CHF 100'000 gilt die Einlagensicherung über esisuisse. Hier greift die Staatsgarantie nicht. Für die Kundeneinlagen, welche den Betrag von CHF 100'000 pro Kunde übersteigen, wurde die Annahme getroffen, dass nicht alle Gelder aufgrund der Staatsgarantie bei der BKB hinterlegt sind, sondern nur 75%.
- Bei den Anleihen wird der Refinanzierungsvorteil auf dem gesamten Volumen eingerechnet.
- Bei den Pfandbriefdarlehen, Rückstellungen und übrigen Passiven entfaltet die Staatsgarantie keine Wirkung.

Für die Festlegung der jährlichen Abgeltung für die Jahre 2017-2020 wurden die BKB-Abschlusszahlen per 31. Dezember 2016 (Passivseite der Bilanz) eingesetzt. Mit dem ermittelten durchschnittlichen Risiko-spread ergab die Modellrechnung einen Wert von CHF 8.8 Mio., was im interkantonalen Vergleich als überdurchschnittlich bezeichnet werden kann.

Die Wahl des Kostenvorteilsmodells zur Festlegung der Entschädigung für die Staatsgarantie ist aus unserer Sicht nachvollziehbar und sachgerecht. Gegenüber anderen Modellen hat es den Vorteil, dass die Abgeltung auf objektiven, regelmässig ermittelten und öffentlich verfügbaren Daten beruht und über den Ratingvergleich auch die aktuelle Risikoeinstufung der BKB mitberücksichtigt.

Trotz der im Grundsatz sachgerechten Wahl des Abgeltungsmodells ergibt sich aus unserer Sicht eine Optimierungsmöglichkeit bei dessen konkreten Ausgestaltung bzw. Anwendung:

Nach aktueller Praxis wird die Entschädigung in einem Turnus von vier Jahren berechnet und jeweils für die nachfolgenden vier Jahre fixiert. Solange sich die Verhältnisse nicht massgeblich verändern, ist dagegen nichts einzuwenden. Ergeben sich jedoch wesentliche Veränderungen in den Berechnungsparametern, so sollte dies zeitnah berücksichtigt werden, sofern auch die Auswirkungen auf den kalkulierten Abgeltungsbetrag wesentlich sind. Wir schlagen daher vor, die Entschädigung der Staatsgarantie jährlich zu überprüfen und im Fall von wesentlichen Veränderungen neu festzulegen. Als wesentlich könnte bspw. eine Veränderung gelten, welche zu einer Abweichung bei der kalkulierten jährlichen Abgeltung von mehr als einer Million Franken führt.

Empfehlung (E 2):

Jährliche Überprüfung der Abgeltung der Staatsgarantie. Neufestlegung im Fall von wesentlichen Veränderungen.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle zudem auf folgenden Umstand: Die Berechnung der Entschädigung beruht auf der Grundannahme, dass die Staatsgarantie ausschliesslich für die BKB als Stammhaus gilt, wie dies auch der Intention des Gesetzgebers entsprach und in

der Formulierung von § 9 BKB-Gesetz zum Ausdruck kommt. Entsprechend werden beim ratingabhängigen Fremdkapital nur Bilanzwerte des Stammhauses eingesetzt. Wie weiter oben dargelegt⁴⁹, trifft den Kanton jedoch ein faktischer Beistandszwang gegenüber der BKB, der über den Geltungsbereich der formellen, gesetzlich statuierten Staatsgarantie hinausgeht und u.U. auch Verpflichtungen aus der Geschäftstätigkeit der Bank Cler mitumfassen kann (Verpflichtungen der BKB aus Konzernhaftungstatbeständen). Auch wenn das Rating der BKB das Gesamtrisiko der Bank in Betracht zieht, so ist diese faktische Komponente des kantonalen Haftungsrisikos von der mittels Kostenvorteilsmodell berechneten Entschädigung nicht spezifisch abgegolten. Sie kann u.E. aber als von der ordentlichen Gewinnablieferung mitumfasst angesehen werden, welche gemäss den finanziellen Zielvorgaben der Eignerstrategie jährlich mindestens CHF 45 Mio. betragen soll⁵⁰, allerdings nicht bedingungslos geschuldet ist, sondern vom Geschäftsergebnis der BKB abhängt.

3.3.3 Fazit

Zur Festlegung der Entschädigung der Staatsgarantie existiert nicht ein einzig richtiges bzw. sachgerechtes Modell. Je nachdem, welche Optik eingenommen wird und welche Effekte der Staatsgarantie damit abgedeckt werden sollen, wird man zu unterschiedlichen Lösungen gelangen. Aus unserer Sicht stellt das für die BKB angewandte Kostenvorteilsmodell eine nachvollziehbare und sachgerechte Berechnungsmethodik für die Abgeltung der formellen Staatsgarantie dar. Optimierungspotenzial sehen wir in der jährlichen Überprüfung des Abgeltungsbetrages. Die Risikokomponente des faktischen Beistandszwangs kann derweil als von der ordentlichen Gewinnablieferung mitumfasst angesehen werden.

⁴⁹ Siehe Kap. 3.2.4.2.C sowie Kap. 3.2.7.

⁵⁰ Vgl. Ziff. 3.3 der Eignerstrategie (2017-2021)

4. Schlussbemerkungen

Die Besprechung des Prüfungsergebnisses erfolgte am 9. März 2020 zunächst mit Dr. Basil Heeb (CEO BKB) und Chr. Auchli (CFO BKB) und anschliessend mit Frau RR Dr. Tanja Soland und Dr. Markus König (Leiter Finanzverwaltung). Seitens der Finanzkontrolle Basel-Stadt nahmen Daniel Dubois (Leiter Finanzkontrolle) und Günter Bächler (Mandatsleiter) an den Besprechungen teil.

Anlässlich der Besprechung der Revisionsbemerkungen haben wir die Finanzverwaltung um eine schriftliche Stellungnahme zu unseren Feststellungen und Empfehlungen in der Beilage I gebeten. Diese Stellungnahme haben wir am 23. März 2020 erhalten.

Gemäss FVKG § 16 Abs. 5 sind die Berichte der Finanzkontrolle des Kantons Basel-Stadt und die ihnen zugrunde liegenden Materialien nicht öffentlich zugänglich. Die Weitergabe des Berichtes oder Teile davon dürfen nur mit schriftlicher Einwilligung der Finanzkontrolle erfolgen.

Wir bedanken uns an dieser Stelle bei allen involvierten Personen für die bereitwillige Auskunftserteilung, die gewährte Unterstützung sowie die angenehme Zusammenarbeit.

Finanzkontrolle des Kantons Basel-Stadt

Daniel Dubois
Revisionsexperte

Günter Bächler
Revisionsexperte

Berichtsempfänger

- 1 Ex. Finanzdepartement des Kantons Basel-Stadt
Fischmarkt 10, 4001 Basel
- Frau Regierungsrätin Dr. Tanja Soland, Vorsteherin FD
- 1 Finanzverwaltung des Kantons Basel-Stadt (FV) elektronisch
Fischmarkt 10, 4001 Basel
- Herr Dr. Markus König, Leiter Finanzverwaltung
- 2 Basler Kantonalbank,
Aeschenvorstadt 41, Postfach, 4002 Basel
- Herr Dr. Basil Heeb, CEO Basler Kantonalbank
- Herr Christoph Auchli, CFO Basler Kantonalbank
- 14 Finanzkommission des Grossen Rates elektronisch
- Herr Prof. Patrick Hafner, Präsident
- Herr Niklaus Wunderle, Sekretär
- Herr Dr. François Bocherens
- Herr Peter Bochsler
- Herr Alexander Gröflin
- Frau Jo Vergeat
- Herr Georg Mattmüller
- Herr Prof. Dr. Jürg Stöcklin
- Frau Michela Seggiani
- Herr Pascal Pfister
- Frau Patricia von Falkenstein
- Herr Thomas Gander
- Frau Sarah Wyss
- Herr Balz Herter
- 14 Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates elektronisch
- Herr Dr. Christian von Wartburg, Präsident
- Herr Roger Morf-Lange, Sekretär
- Herr Erich Bucher
- Frau Beatrice Isler
- Herr Michael Koechlin
- Frau Toya Krummenacher
- Herr Beat Leuthardt
- Herr Felix Meier
- Frau Franziska Roth
- Herr Eduard Rutschmann
- Herr Thomas Strahm
- Herr Joel Thüring
- Frau Kerstin Wenk

Beilage

I Feststellungen, Empfehlungen und Aktionen



Feststellungen und Empfehlungen der Finanzkontrolle			Stellungnahme und Aktionen der geprüften Stelle			
Nr.	Feststellungen	Empfehlungen	Stellungnahme	Aktionen	Verantwortlich	Termin
E1 ●	Das BKB-Gesetz thematisiert eine mögliche Konzernbildung nicht. Es enthält weder Regelungen zur Organisation auf Konzernebene, noch weist es den gesetzlich geregelten Organen Aufgaben zu, welche die Konzernführung betreffen würden.	Explizite Regelung der Frage der Konzernbildung und -führung im BKB-Gesetz.	<p>Eine solche Teilrevision des BKB-Gesetzes würde faktisch weder an der Organisation der BKB noch an der Aufsicht etwas ändern. Mehrere Gutachten haben ergeben, dass die Konzernleitung und die Konzernführungsstruktur mit dem jetzigen BKB-Gesetz konform sind.</p> <p>Die jetzige Konzernführungsstruktur ist im Geschäfts- und Organisationsreglement (GOR) gesetzeskonform umgesetzt und geregelt worden.</p> <p>Das BKB-Gesetz wurde erst jüngst einer Totalrevision unterzogen und ist damit auf einem aktuellen Stand (u.a. was die Corporate Governance betrifft).</p>			

E2 ○	Nach aktueller Praxis wird die Entschädigung für die Staatsgarantie in einem Turnus von vier Jahren berechnet und für die nachfolgenden vier Jahre fixiert. Wesentliche Veränderungen in den Berechnungsparametern während dieser vier Jahre finden damit u.U. keine zeitnahe Berücksichtigung.	Jährliche Überprüfung der Abgeltung der Staatsgarantie. Neufestlegung im Fall von wesentlichen Veränderungen.	Eine Neufestlegung bei wesentlichen Änderungen hat den Nachteil, dass sich die Abgeltung der Staatsgarantie in wirtschaftlich schwierigen Zeiten erhöhen würde (keine stabilisierende Wirkung der Staatsgarantie). Wesentliche Änderungen fliessen auch bei einer vierjährigen Abgeltungsfestlegung ein. Sie werden aber geglättet, was aus Stabilitätsgründen sinnvoll ist. Eine vierjährige Festlegung gibt Planungssicherheit sowohl für die BKB als auch den Kanton. Die vierjährige Frist entspricht der Laufzeit der Eignerstrategie der BKB.	Die Abgeltung der Staatsgarantie muss im Jahre 2020 für die Jahre ab 2021 neu festgelegt werden. In diesem Zusammenhang wird die Feststellung der Finanzkontrolle vertieft geprüft.	L. Schwank	Ende 2020
---------	---	---	---	---	------------	-----------

Legende:

- Es liegt ein bedeutender Mangel vor. Es besteht unmittelbarer Handlungsbedarf.
- Es liegt ein Mangel vor. Massnahmen sind zu ergreifen.
- Es ist Optimierungspotential vorhanden. Verbesserungen werden empfohlen.