

LES BANQUES CANTONALES DANS LA LOI SUR LES BANQUES

Daniel Zuberbühler, Directeur de la Commission fédérale des banques

Dans la Loi sur les banques de 1934, les banques cantonales jouissaient d'un statut tout à fait particulier. En application de l'article sur les banques cantonales de la Constitution fédérale, la Loi sur les banques exemptait les banques cantonales de l'application d'un certain nombre de dispositions, telles que l'obligation d'obtenir une autorisation, de respecter en permanence les conditions d'autorisation et de faire procéder à un audit par une société de révision bancaire externe. Le statut particulier des banques cantonales fut expressément confirmé à l'occasion de la révision partielle de la Loi sur les banques de 1971 et ce n'est que dans les années 90 qu'il fut démantelé en deux phases (1994 et 1999). Cette normalisation de la surveillance constituait le prix à payer pour que le législateur cantonal puisse jouir d'une plus grande liberté d'organisation.

Selon leur statut prudentiel actuel, les banques cantonales sont quasiment mises sur un pied d'égalité avec les autres banques, à tous les niveaux réglementaires. La dernière disposition spéciale d'importance pour les banques cantonales, i.e. l'abattement sur les fonds propres en cas de garantie étatique totale, devrait être abrogée après la mise en oeuvre de Bâle II en Suisse, soit au plus tard en 2010.

Même si le législateur fédéral ne considère plus nécessaire aujourd'hui de prévoir une réglementation spéciale applicable aux banques cantonales, le principe ancré dans la Constitution selon lequel il y a lieu de tenir compte des tâches et de la position particulières de celles-ci demeure valable. Cela se reflète dans la pratique de la Commission fédérale des banques (CFB), par exemple concernant le traitement de la garantie étatique et du mandat de prestation des banques cantonales.

Du point de vue de la surveillance prudentielle, l'existence d'une garantie étatique de fait ou de droit constitue une arme à double tranchant. D'une part, elle constitue

une sécurité bienvenue face à des problèmes de solvabilité, d'autre part, elle représente toutefois un risque de réputation accru pour l'autorité de surveillance en raison du fait que, à la question de la protection des intérêts des créanciers, s'ajoute celle de la protection des intérêts des contribuables. Par conséquent, dans le cadre de la surveillance orientée risques pratiquée par la CFB, les banques cantonales sont aujourd'hui systématiquement rangées dans une catégorie de risques élevés et donc soumises à une surveillance plus intensive même si, pour un établissement donné, la stratégie d'affaires et le profil-risque en tant que tels peuvent être qualifiés d'ordinaires.

Une interprétation de la Loi sur les banques conforme à la Constitution autorise la définition par les cantons d'un mandat de prestation à assurer par la banque cantonale. Certaines limites d'ordre prudentiel pourront toutefois y être posées. Plus ce mandat sera large et susceptible de peser sur l'activité de la banque, plus il risque d'entrer en conflit avec les exigences ressortant de la Loi sur les banques concernant les participants ou actionnaires qualifiés d'une banque, exigences dont le respect constitue une condition d'autorisation. En effet, ces personnes doivent garantir que leur influence ne s'exerce pas au détriment d'une gestion prudente et saine de la banque. En outre, ce mandat de prestation ne libère pas du respect des exigences – valables pour toute activité bancaire – de garantie d'activité irréprochable.

Compte tenu de la normalisation intervenue dans la réglementation bancaire, les perspectives d'avenir des banques cantonales ne sont plus guère dépendantes du droit de la surveillance, sauf pour ce qui serait de l'abrogation – possible mais pas inéluctable – du régime de la garantie étatique qui pourrait résulter d'une éventuelle adhésion de la Suisse à l'Union européenne.



DIE KANTONALBANKEN IM BANKENGESETZ

Daniel Zuberbühler, Fürsprecher,
Direktor der Eidgenössischen Bankenkommission¹

EINLEITUNG

Wenn der Verband Schweizerischer Kantonalbanken (VSKB) sein 100-Jahr-Jubiläum feiert und seine Mitglieder wie viele andere Banken auf eine noch viel längere Geschichte zurückblicken, ist dies für die mit Jahrgang 1935 wesentlich jüngere Eidgenössische Bankenkommission (EBK) vorweg einmal Anlass zu eigener Bescheidenheit und Respekt vor den ihrer Aufsicht unterstellten Instituten. Heute, wo die Notwendigkeit einer bundesstaatlichen Bankenaufsicht unbestritten ist und nur noch um die optimale Ausgestaltung der Regulierung gerungen wird, kann man sich eine Banktätigkeit ohne staatliche oder private (Über-)Regulierung kaum mehr vorstellen. Umso mehr fällt im Rückblick auf, dass die Institution Kantonalkbank im Bankengesetz von 1934 eine absolute Sonderstellung genoss, die bei der ersten Teilrevision des Gesetzes von 1971 noch ausdrücklich bestätigt und erst in den 90er-Jahren in zwei Etappen (1994 und 1999) abgebaut wurde.

Dass die Kantonalkbanken auf Bundesebene gerade in den 1990er-Jahren zum Gegenstand von Standesinitiativen, parlamentarischen Vorstössen, Berichten und gleich zwei Gesetzesrevisionen wurden, hängt zum einen mit diversen Sanierungsfällen wegen hoher Verluste im inländischen Kreditgeschäft und zum andern mit dem in dieser Zeit aufgekommenen Ruf nach Privatisierung und Verzicht auf die Staatsgarantie zusammen. Eine nüchterne Analyse des aufsichtsrechtlichen Istzustandes ergibt eine fast vollständige Gleichstellung der Kantonalkbanken mit den übrigen Banken auf allen Regulierungsstufen. Die formelle oder faktische Staatsgarantie macht die Kantonalkbanken für die Aufsicht aber weiterhin zum besonders geschätzten Systemstabilisator und zugleich zum heissen Eisen. Die verfassungskonforme Auslegung des Bankengesetzes lässt Raum für einen kantonalen Leistungsauftrag, dem aber prudentielle Grenzen gesetzt sind. Die Zukunftsperspektiven der Kantonalkbanken werden angesichts der erfolgten bankengesetzlichen Normalisierung wohl kaum durch das Aufsichtsrecht bestimmt, es sei denn durch

die drohende, aber nicht unabwendbare Abschaffung der Staatsgarantie bei einem allfälligen EU-Beitritt der Schweiz.

Aufseher haben sich richtigerweise gegenüber all ihren Beaufsichtigten strikter Neutralität zu befehligen. Das gilt auch gegenüber den Kantonalbanken, selbst in einem Jubiläumsjahr. Ich erlaube mir also höchstens das in den nachfolgenden Zeilen ohnehin kaum zu verbergende Bekenntnis, dass mir als Staatsbürger und Kunde Banken mit qualifizierter Beteiligung öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Staatsgarantie und sogar einem Leistungsauftrag durchaus sympathisch sind.

«Der Bund erlässt Vorschriften über das Banken- und das Börsenwesen; er trägt dabei der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken Rechnung.»

RÜCKBLICK: VOM SONDERFALL ETAPPENWEISE ZUM NORMALFALL

Sonderstellung in Verfassung und Bankengesetz als Ausgangspunkt

«Der Bund erlässt Vorschriften über das Banken- und das Börsenwesen; er trägt dabei der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken Rechnung». Diese Zuständigkeitsnorm und der Vorbehalt zugunsten der Kantonalbanken finden sich in Artikel 98 Absatz 1 der total revidierten Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101), galt jedoch bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Bankengesetzes vom 8. November 1934² in Artikel 34^{ter} bzw. Artikel 31^{quater} Absatz 2 der alten Bundesverfassung.³ Der Begriff Kantonalbank wurde in Artikel 3 des Bankengesetzes umschrieben und mit dessen Teilrevision vom 11. März 1971, die im Übrigen die Kantonalbanken nicht im Visier hatte, in Angleichung an Artikel 763 Absatz 2 des Obligationenrechts vereinfacht.⁴ Nach Artikel 3 Absatz 4 des Bankengesetzes galten als Kantonalbanken «die durch kantonalen gesetzlichen Erlass errichteten Banken, für deren Verbindlichkeiten der Kanton haftet, sowie die durch kantonalen gesetzlichen Erlass vor 1883 errichteten Banken, für deren Verbindlichkeiten der Kanton zwar keine gesetzliche Haftung übernimmt, die aber unter Mitwirkung der kantonalen Behörden verwaltet werden». Mit der zweitgenannten Kategorie wurden im Sinne eines «Grandfathering» die damals je zwei Institute der Kantone Genf und Waadt ohne oder mit beschränkter Staatsgarantie mit erfasst. Konstitutive Merkmale für eine Kantonalbank waren somit die Errichtung durch einen kantonalen Erlass einerseits und – mit Ausnahme der Sonderfälle Genf und Waadt – die Staatsgarantie für sämtliche Verbindlichkeiten andererseits.

In der Botschaft zum Bankengesetz von 1934 hielt der Bundesrat fest, mit Rücksicht auf die staatliche Garantie zugunsten der Kantonalbanken und auf die Beteiligung der Staatsvertreter an der Verwaltung und Kontrolle hätte man diese Banken unter Umständen vom Gesetz ausschliessen können. Es sei aber entschieden vorzuziehen, dass sämtliche Banken den Regeln gesunder Geschäftsführung, wie sie dieses Gesetz verlange, unterständen, und daran hätten auch die Kantone selbst alles Interesse. Angeführt wurde ferner die Notwendigkeit einer einheitlichen Rechnungslegung und Berichterstattung an die Nationalbank für die Zwecke der Diskont- und Währungspolitik, da die Kantonalbanken einen sehr wichtigen Platz einnahmen.⁵ Einzelne Ausnahmen von der bundesrechtlichen Regulierung wurden durchwegs damit begründet, dass bereits angemessene kantonale Vorschriften bestünden oder ein besonderer Schutz der Gläubiger sich dank der Staatsgarantie erübrige.

Das Bankengesetz nahm in Erfüllung des verfassungsmässigen Differenzierungsgebotes die Kantonalbanken von folgenden Bestimmungen ausdrücklich aus:

- Die Bewilligungspflicht und die dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen – in der Urfassung von 1934 nur die interne Organisation umfassend – fanden auf die Kantonalbanken keine Anwendung (Art. 3 Abs. 4). Während die übrigen Banken mit der Gesetzesrevision von 1971 deutlich schärferen Bewilligungsvoraussetzungen und einer vorgängigen Genehmigungspflicht für Änderungen von Statuten und Organisationsreglementen unterworfen waren, blieben die Kantonalbanken formell von diesem zentralen Element der präventiven Aufsicht ausgenommen. Insbesondere war es der EBK versagt, Massnahmen gegenüber einer Kantonalbank wegen ungenügender interner Organisation oder fehlender Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der leitenden Organe zu verfügen. Logischerweise konnte bei einer nicht bewilligungspflichtigen Kantonalbank erst recht nicht der als schärfstes Sanktionsmittel 1971 eingeführte Bewilligungsentzug (Art. 23^{quinquies}) mit nachfolgender Liquidation angeordnet werden. Die EBK interpretierte ihre fehlende direkte Aufsichtskompetenz im Bereich der Bewilligungsvoraussetzungen jedoch dahin gehend, dass die Kantonalbanken materiell trotzdem eine angemessene interne Organisation aufweisen und ihre leitenden Organe Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssten. Nötigenfalls wies sie die zuständigen kantonalen Behörden auf diesbezügliche Mängel oder der gewandelten Geschäftstätigkeit nicht angepasste kantonale gesetzliche oder reglementarische Grundlagen hin, mit einer Ausnahme mit Erfolg.⁶

- Die Kantonalbanken waren von der Pflicht zur Prüfung durch eine externe bankengesetzliche Revisionsstelle befreit, sofern sie von einer «eigenen sachkundigen Kontrollstelle» geprüft wurden (Art. 18 Abs. 2). Die im dualistischen schweizerischen Aufsichtssystem sonst vorgeschriebenen Vor-Ort-Prüfungen und Prüfberichte durch von der EBK anerkannte, private externe Prüfgesellschaften als verlängertem Arm der Aufsicht wurden also allein der internen Revision (früher Revisionsabteilung oder Inspektorat genannt) der Kantonalbanken überlassen. Die EBK hatte zu entscheiden, ob die interne Revision die hierfür erforderliche Sachkunde aufwies und von der Geschäftsführung unabhängig war; andernfalls musste eine externe Prüfgesellschaft beauftragt werden.⁷ Die EBK verlangte unter dem Gesichtspunkt der Sachkunde, dass zumindest der Leiter der internen Revision in der Regel über das eidgenössische Bücherexpertendiplom (Wirtschaftsprüfer) verfügte, und ordnete in Einzelfällen mangelnder Revisionsausbildung oder -praxis der Kandidaten eine befristete Begleitung durch eine externe Prüfgesellschaft an. Die Unabhängigkeit war durch die direkte Unterstellung und Rapportierung der internen Revision an das Präsidium des Organs für Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle (Bankrat, Verwaltungsrat) sicherzustellen.⁸ Diese punktuellen Interventionen konnten indes den grundlegenden Mangel eines fehlenden Vier-Augen-Prinzips – als komplementärer Prüfung durch interne und externe Revision – und der fehlenden Vergleichsbasis der auf eine einzige Bank fokussierten internen Revision nicht beseitigen. Die EBK drängte deshalb zunehmend auch die Kantonalbanken zum Einsatz externer Prüfgesellschaften. Umso hartnäckiger verteidigten einige altgediente Chefinspektoren ihre letzte Bastion als zur bankengesetzlichen Prüfung allein zuständige Prüfer.
- Weniger bedeutsam waren die Ausnahmen von den besonderen bankengesetzlichen Vorschriften zur Reservebildung (Art. 5 Abs. 2) und zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 38 Abs. 1) der Organe. Letztere richtete sich nach kantonalen Vorschriften.
- Nicht auf Gesetzes-, sondern nur auf Verordnungsstufe festgelegt, aber materiell ins Gewicht fallend waren – und sind einstweilen noch – die reduzierten Eigenmittelanforderungen. Ursprünglich galt dieser so genannte Eigenmittelrabatt in der Bankenverordnung für alle Kantonalbanken, auch diejenigen mit beschränkter oder keiner Staatsgarantie.⁹ 1980 wurde der Eigenmittelrabatt (von damals 5%) auf Kantonalbanken beschränkt, für deren sämtliche Verbindlichkeiten der Kanton haftet, was die mit keiner Staatsgarantie ausgestattete Banque hypothécaire du canton de Genève erfolglos vor Bundesgericht anfocht.¹⁰ Zudem

wurde Kantonalbanken mit voller Staatsgarantie 1989 die Anrechnung nachrangiger Darlehen als Eigenmittel vorerst ganz verwehrt. Der VSKB erreichte im Gegenzug, dass der Staatsgarantierabatt von 5% auf 12,5% erhöht wurde, um die fehlende Anrechnung nachrangiger Darlehen zu kompensieren.¹¹ Später wurden die nachrangigen Darlehen aber doch zur Anrechnung zugelassen unter der Bedingung, dass sie infolge Verzichts des Gläubigers oder auf andere Weise nicht von einer Staatsgarantie gedeckt sind.¹² Der noch heute geltende Eigenmittelrabatt für die volle Staatsgarantie besteht in einem Abzug von höchstens 12,5% der erforderlichen eigenen Mittel, soweit diesen nicht bereits angerechnete nachrangige Verbindlichkeiten gegenüberstehen.¹³

Partielle kantonale Aufsicht als Pflicht und abzuwälzende Last

Mit der am 6. Dezember 1992 erfolgten Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) durch Volk und Stände wurden vorerst auch alle zur Anpassung an das EU-Gemeinschaftsrecht vorbereiteten Gesetzesvorlagen (sog. Eurolex-Programm) und damit auch die dazu gehörende Revision des Bankengesetzes hinfällig. Im Rahmen des Folgeprogramms nach der Ablehnung des EWR-Abkommens (sog. Swisslex-Programm) wurde jedoch auch die Revision des Bankengesetzes wieder aufgenommen, weil sich die EU-Richtlinien im Bankensektor weitgehend an den vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht aufgestellten internationalen Mindeststandards orientierten, welche die Schweiz auch ohne völkerrechtliche Verpflichtung umzusetzen gewillt war. Diese für einen internationalen Finanzplatz notwendige Ausrichtung an internationalen Standards erfasste damit auch die Stellung der Kantonalbanken im Bankengesetz, nunmehr jedoch losgelöst vom formellen Zwang der Anpassung an die detaillierten Regeln eines harmonisierten EU-Binnenmarktes. Das Sonderregime der Kantonalbanken wurde zugleich durch die ab Beginn der 1990er-Jahre einsetzenden immensen Verluste im inländischen Kreditgeschäft, die mehrere Kantonalbanken an den Rand des Abgrundes brachten, teure Sanierungen erforderten und die verantwortlichen kantonalen Behörden in Bedrängnis brachten, in Frage gestellt. Im Rückblick interessant ist ferner, wie die EBK und die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) im Swisslex-Gesetzgebungsprozess eine aktive Rolle übernahmen, indem sie in der vorberatenden Kommission des Ständerates gleich einen ganzen Strauss gemeinsam erarbeiteter Textvorschläge einbrachten, die weder in der Eurolex- noch in der Swisslex-Botschaft des Bundesrates enthalten waren. Dieser strategischen Partnerschaft war Erfolg beschieden, nachdem das Eidgenössische Finanzdepartement im

Auftrag der parlamentarischen Kommission eine Vernehmlassung durchgeführt sowie einen Zusatzbericht erstattet hatte.¹⁴

Die Eurolex- und Swisslex-Vorschläge des Bundesrates nahmen beide die Kantonalbanken weiterhin von den bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen aus (Art. 3 Abs. 4). Hinzugefügt wurde jedoch der folgenschwere Satz: «Die Kantone stellen die Einhaltung entsprechender Voraussetzungen sicher». Die Kantone wurden also angehalten, eine tatsächliche Aufsicht auszuüben und zu diesem Zweck sogar unabhängige, mit den erforderlichen rechtlichen Eingriffsbefugnissen ausgestattete Aufsichtsinstanzen für die Überwachung vorzusehen. Diese gesetzliche Pflicht wie auch die negativen Erfahrungen mit einzelnen Kantonalbanken schärfen zusehends das Bewusstsein der Kantonsregierungen für die Risiken und die grosse Verantwortung, die ihnen mit einer kantonalen Aufsicht aufgebürdet waren, zumal die Fachkompetenz für die Überwachung je eines einzigen Instituts kaum gewährleistet erschien. Einige Kantonsregierungen wünschten deshalb, ihre Aufsichtskompetenzen an die Bankenkommission delegieren zu können, wozu eine gesetzliche Grundlage einerseits im jeweiligen kantonalen Recht und andererseits im Bankengesetz zu schaffen war.¹⁵ Dieses Anliegen wurde von EBK und SBVg in ihrem gemeinsamen Vorschlag zur Ergänzung von Swisslex aufgenommen und gleich noch mit dem Postulat verbunden, alle Kantonalbanken zur externen Revision zu verpflichten. Wenn schon die volle Aufsicht bei der EBK liege, dann müsse sie nach den für alle Banken geltenden Regeln erfolgen und einzig der Bewilligungsentzug sollte ausgeschlossen bleiben.

Der Schritt zur obligatorischen Unterstellung aller Kantonalbanken unter die volle Aufsicht der EBK wurde jedoch noch nicht getan, da sich die Mehrheit der Kantone und übrigens auch SBVg, VSKB und EBK dagegen aussprachen. Angeführt wurden verfassungsrechtliche und politische Bedenken, vor allem wegen des Eingriffs in die kantonale Souveränität. In der vom Parlament am 18. März 1994¹⁶ beschlossenen Änderung des Bankengesetzes wurde anstelle von Art. 3 Abs. 4 ein neuer Artikel 3a eingefügt, der einerseits die Ausnahme von den Bewilligungsbestimmungen und die Verantwortung der Kantone zur Sicherstellung entsprechender Voraussetzungen festhielt (Abs. 1) und andererseits die freiwillige Übertragung der bankengesetzlichen Aufsicht durch die Kantone an die EBK bei voller Anwendung der bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen ermöglichte (Abs. 2). Präzisierend wurde angefügt: «Errichtung und Auflösung der Kantonalbanken sowie die Überwachung der Einhaltung kantonaler gesetzlicher Vor-

schriften bleiben Sache der Kantone». Die Ausnahme von der Pflicht zur Prüfung durch eine externe Prüfgesellschaft (Art. 18 Abs. 2) wurde aufgehoben, allerdings unter Einräumung einer dreijährigen Übergangsfrist; bei vorheriger Übertragung der vollen Aufsicht an die EBK musste sofort eine externe Prüfgesellschaft eingesetzt werden.

Kantonale Gestaltungsfreiheit zum Preis aufsichtsrechtlicher Normalisierung

Bei der Revision des Bankengesetzes von 1994 fanden die Kantone Bern (verlustgeplagt) und St.Gallen (privatisierungsfreudig) für ihren Antrag zur Einschränkung der Staatsgarantie in der Kantonalkbankdefinition noch wenig Verständnis. Die Stimmung schlug jedoch rasch um, als nach Bern auch die Kantone Solothurn und Appenzell Ausserrhodon hohe Verluste ihrer Kantonalkbanken verzeichneten und anstelle einer vollen Sanierung sogar zur Radikallösung des (Not-)Verkaufs ihrer Institute an Grossbanken schritten, während der Kanton Jura die Hilfe des VSKB in Anspruch nehmen musste.¹⁷ Die Kartellkommission empfahl in einem Bericht vom 22. März 1995, das konstitutive Merkmal der Staatsgarantie abzuschaffen sowie die Sondernormen des Bankengesetzes aufzuheben. In verschiedenen Kantonen wurden sodann ideologisch motivierte Privatisierungspläne ausgeheckt. Der VSKB selbst prüfte in einem vom 22. September 1995 datierten Bericht die Möglichkeit einer Kantonalkbanken-Holding, unter deren Dach die beitrittswilligen Kantonalkbanken zusammengefasst würden, was die vorgängige Umwandlung in private Aktiengesellschaften bedingt und Probleme mit der Staatsgarantie aufgegeben hätte. Mehrmals befasste sich schliesslich der Bundesrat mit dem Status der Kantonalkbanken und legte 1998, gestützt auf den Bericht einer Expertenkommission, seine Botschaft zur erneuten Revision des Bankengesetzes vor.¹⁸

Die von den eidgenössischen Räten am 22. April 1999 beschlossene und am 1. Oktober 1999 in Kraft getretene Teilrevision des Bankengesetzes¹⁹ umschreibt den Kantonalkbankbegriff in Artikel 3a neu wie folgt: «Als Kantonalkbank gilt eine Bank, die aufgrund eines kantonalen gesetzlichen Erlasses als Anstalt oder Aktiengesellschaft errichtet wird. Der Kanton muss an der Bank eine Beteiligung von mehr als einem Drittel des Kapitals halten und über mehr als einen Drittel der Stimmen verfügen. Er kann für deren Verbindlichkeiten die vollumfängliche oder teilweise Haftung übernehmen.» Konstitutive Merkmale sind also nur noch eine gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht und die Beteili-

«Der möglichst grosse Handlungsspielraum soll die souveränen Kantone befähigen, ihre Institute dem Strukturwandel und veränderten Aufgabenstellungen anzupassen.»

gung des Kantons von mehr als einem Drittel des Kapitals und der Stimmen. Die Staatsgarantie als bisher entscheidendes Begriffsmerkmal fällt weg und ein Leistungsauftrag war schon zuvor vom Bankengesetz nicht vorausgesetzt. Damit erhalten die Kantone wesentlich mehr Gestaltungsfreiheit: Sie können ihr Institut ohne Statusverlust bis zu einer Sperrminorität privatisieren und die Staatsgarantie auf einen besonders schützenswerten Teil der Verbindlichkeiten beschränken oder ganz abschaffen, ohne jedoch zu solchen Schritten gezwungen zu sein. Der möglichst grosse Handlungsspielraum soll die souveränen Kantone befähigen, ihre Institute dem Strukturwandel und veränderten Aufgabenstellungen anzupassen, eine die Entwicklung der Bank allenfalls behindernde Verflechtung mit dem Staat nötigenfalls zu begrenzen, erweiterte Kooperationen zu ermöglichen, aber insbesondere auch ihre Risiken als Garanten selbst zu bestimmen. Neben Gläubiger- und Funktionsschutz als vorrangige Ziele des Bankengesetzes wurde im Zusammenhang mit der Staatsgarantie in der bundesrätlichen Botschaft nun zudem der Schutz der Steuerzahler ausdrücklich ins Blickfeld gerückt, deren Interessen es ebenfalls zu berücksichtigen gelte. Die frühere Situation, in welcher die Haftenden, letztendlich die Steuerzahler, nur einen begrenzten Einfluss auf die von ihnen zu tragenden Risiken hätten, vermöge nicht zu befriedigen. Die historisch gewachsene Staatsgarantie solle deshalb auf ein Mass reduziert werden können, das mit der Steuerkraft im Einklang stehe.²⁰

Als Gegenstück zum erhöhten Handlungsspielraum wurden alle Kantonalbanken zwingend der vollumfänglichen Aufsicht der EBK unterstellt. Artikel 3a sieht keine Ausnahmen von den Bewilligungsbestimmungen (Art. 3) mehr vor und – anders noch als in der bundesrätlichen Botschaft – ist auch die Auflösung und Liquidation von Kantonalbanken mit voller Staatsgarantie beim Bewilligungsentzug durch die EBK nicht mehr ausgeschlossen. Aufgehoben wurden ebenso die Sondernormen zur Reservebildung und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit. Begründet wurde diese aufsichtsrechtliche Gleichstellung der Kantonalbanken mit den übrigen Banken mit der Verstärkung des Gläubiger- und Steuerzahlerschutzes. Wie die Probleme gewisser Kantonalbanken gezeigt hätten, hingen diese in erheblichem Masse mit Mängeln im Bereich der Unternehmensleitung und -kontrolle zusammen und erforderten eine professionelle Aufsicht. Die noch bei der Gesetzesrevision von 1994 vorgebrachten verfassungsrechtlichen und politischen Bedenken gegen die Gleichbehandlung entfielen, nachdem die überwiegende Mehrheit der Kantone ihre Aufsichtskompetenzen bereits der EBK

übertragen hatte. Die verbleibenden sechs Kantone holten diese Delegation noch unter altem Recht nach, so dass am 1. Oktober 1999 alle Kantonalbanken als von der EBK bewilligt galten. Dass die Sondernormen für Kantonalbanken schon vorher an Bedeutung verloren hatten, zeigt sich im Übrigen daran, dass eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht als Effektenhändler im Börsengesetz von 1995²¹ schlicht vergessen wurde.

WÜRDIGUNG DES AUFSICHTSRECHTLICHEN ISTZUSTANDES

Kantonalbank: nur noch ein firmenrechtlicher Begriff?

Das Bankengesetz selbst enthält seit 1999 keine Sondernormen für Kantonalbanken mehr. Es wurde auch keine neue Ausnahme eingeführt, als 2003 im Bankengesetz der zuvor durch freiwillige Selbstregulierung der SBVg gewährleistete, beschränkte Einlegerschutz für sämtliche Institute mit privilegierten Einlagen obligatorisch erklärt wurde.²² Kantonalbanken mit voller Staatsgarantie haben somit bei Insolvenz einer privaten Bank – aus Solidaritätsgründen – ebenfalls Beiträge an die gemeinsame Sicherungseinrichtung des Bankensystems zu leisten, obschon ihre eigenen Gläubiger daraus keine Gegenleistung erhalten bzw. dank der Ausfallhaftung oder Institutsgarantie des Kantons bereits einen unbeschränkten Einlegerschutz geniessen. Die letzte, bedeutende Ausnahme auf Verordnungsstufe, der Eigenmittelrabatt für die volle Staatsgarantie, soll – im Einverständnis mit dem VSKB – nach erfolgter Umsetzung von Basel II in der Schweiz, also spätestens im Jahr 2010, ebenfalls abgeschafft werden.²³ Es bleiben danach höchstens noch einige Sondervorschriften auf Stufe Rundschreiben der Bankenkommission.²⁴ Angesichts dieser weitestgehenden aufsichtsrechtlichen Normalisierung stellt sich die Frage, warum das Bankengesetz überhaupt noch den Begriff der Kantonalbank umschreiben muss, wenn daran gar keine Folgen mehr geknüpft wären. Bezweckt die Legaldefinition bloss noch den exklusiven Schutz der Firma «Kantonalbank» und der weiteren geschäftlichen Verwendung dieser Bezeichnung?²⁵ Ein solcher Schluss greift indessen zu kurz. Auch wenn der Bundesgesetzgeber keine Sondernormen als notwendig erachtet, so gilt doch immer noch die verfassungsrechtliche Verpflichtung, «der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken» Rechnung zu tragen. Die bundesrechtliche Rücksichtnahme bleibt somit der Aufsichts-

praxis der EBK vorbehalten und wirkt sich konkret am ehesten im Umgang mit dem – nicht mehr konstitutiven – Zwillingsspaar Staatsgarantie und Leistungsauftrag aus.

Staatsgarantie: Regenschirm und heisses Eisen für die Aufsicht

Vorweg ist festzuhalten, dass nach den bisherigen Erfahrungen die vom Bankengesetz ermöglichte Einschränkung oder Abschaffung der formellen Staatsgarantie in ihrer praktischen Tragweite weit überschätzt wird. Auch ohne gesetzlich verankerte volle Ausfallhaftung kann sich der Kanton aufgrund eines hohen Marktanteils und der negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen bei Insolvenz seiner Bank im Sinne eines faktischen Beistandszwangs trotzdem zur Sanierung gezwungen sehen. Die Rettungsaktionen mit Beihilfen in Milliardenhöhe der Kantone Genf und Waadt zugunsten ihrer Kantonalbanken, die schon seit mehr als einem Jahrhundert nur über eine beschränkte, im Falle der Waadt sogar vernachlässigbar gewordene Staatsgarantie verfügten, belegen diese These eindrücklich.²⁶ Sie zeigten überdies, dass bei teilprivatisierten Kantonalbanken die öffentlich-rechtlichen Eigentümer im Ernstfall die Sanierungslasten allein zu tragen haben, weil von den Privataktionären kein Beitrag zu erwarten ist. Der Unterschied zwischen formeller und faktischer Staatsgarantie ist somit eher marginal: Erstere hat den Vorteil der Transparenz und Verlässlichkeit; Letztere eröffnet immerhin die Option des Ausstiegs, vor allem wenn die Staatshaftung ganz wegbedungen war, ist aber mehr den Launen der direkten Demokratie ausgesetzt. Das widerspenstige Volk könnte ja bei einem Finanzreferendum den Sanierungsbeitrag an der Urne verweigern.

Kritisch zu hinterfragen, und im realen Umfeld der Kantonalbanken abzulehnen, ist auch die ökonomische Theorie des «moral hazard» einer staatlichen Garantie, welche falsche Anreize setzt und die leitenden Organe wegen fehlender Konkursdrohung geradezu zu unvorsichtigem Geschäftsgebaren ermuntert. Jedem Kantonalbanker musste es schon immer klar sein und es wurde ihm spätestens durch die verschiedenen Problemfälle der 1990er-Jahre tief ins Bewusstsein eingeprägt, dass ein bedeutender Verlust von Eigenkapital oder gar die Mobilisierung der formellen oder faktischen Staatsgarantie sofort zu Eingriffen der Politiker in die Geschäftsführung und massivster Kritik der breiten Öffentlichkeit führen. Steuerzahler reagieren viel empfindlicher und sind nachtragender als die meist lammfrommen Publikumsaktionäre. Die Peinlichkeit einer im Rampenlicht der Medien ausgetragenen Debatte über die Fehler der Leitungs- und Aufsichtsorgane, die Rügen einer

«Der Unterschied zwischen formeller und faktischer Staatsgarantie ist eher marginal.»

parlamentarischen Untersuchungskommission oder gar eine Urnenabstimmung bzw. Landsgemeinde über die Sanierung oder den Verkauf der Kantonalbank sind wohl nur noch durch die Schmach einer strafrechtlichen Verurteilung zu überbieten. Es widerspricht somit jeglicher Lebenserfahrung, dass Manager und exponierte Politiker bewusst derartige Risiken in Kauf nehmen würden. Näher liegende Ursachen für die hohen Verluste waren vielmehr fachliches Unvermögen und der Verlust des Augenmasses in der Boomphase des inländischen (Immobilien-)Kreditgeschäftes der zweiten Hälfte der 1980er-Jahre. Die in der Rezession schonungslos offen gelegten Mängel im Kredit-Risikomanagement waren jedoch ein allgemeines Phänomen im schweizerischen Bankensektor, das die privaten Institute ebenso erfasste und zum Verlust der Selbständigkeit einer grossen Zahl von Regionalbanken sowie einer Grossbank (Schweizerische Volksbank) führte.²⁷

«Für die prudentielle Bankenaufsicht ist die formelle oder faktische Staatsgarantie ein zweischneidiges Instrument.»

Für die prudentielle Bankenaufsicht ist die – formelle oder faktische – Staatsgarantie der Kantonalbanken ein zweischneidiges Instrument. Auf der einen Seite ist sie ein sehr willkommener Regenschirm, unter dessen Schutz Solvenzprobleme offener angesprochen sowie Sanierungsmassnahmen umsichtiger geplant und mit weniger Hektik umgesetzt werden können, ohne gleich eine Liquiditätskrise mit Schaltersturm und Kappung der Kreditlimiten institutioneller Investoren und Interbankgläubiger auszulösen. Ohne die beruhigende Gewissheit der Staatsgarantie wäre es z.B. der 1991 eingesetzten neuen Leitung der Berner Kantonalbank nicht möglich gewesen, mit der schonungslosen Diagnose eines möglichen Wertberichtigungsbedarfs von drei Milliarden Franken und der Idee der Auslagerung von Problemkrediten in eine Auffanggesellschaft (Dezennium AG) an die Öffentlichkeit zu treten. Die EBK konnte in ihren Jahresberichten auch ohne Umschweife kommunizieren, dass sie der Berner und der Solothurner Kantonalbank Eigenmittelerleichterungen gewährt hatte. Die Staatsgarantie ermöglicht dem garantierenden Eigner und der Aufsichtsbehörde also eine invasive Chirurgie am offenen Herz und stellt allgemein in Zeiten gestörten Vertrauens einen das Bankensystem stabilisierenden Faktor dar. Auf der anderen Seite ist die Staatsgarantie bzw. die öffentlich-rechtliche Trägerschaft der Kantonalbanken jedoch für die Aufsicht keineswegs ein Ruhekiten, sondern ein äusserst brisantes, erhöhtes Reputationsrisiko, weil zusätzlich zum Gläubigerschutz auch der Schutz der Steuerzahler in den Fokus gerät. Der gnadenlose Zorn der Steuerzahler sowie die Erwartungshaltung der kantonalen Politiker und Medien können sich bei Solvenzproblemen einer Kantonalbank also ebenso gegen die EBK richten. Als Bundesbehörde untersteht diese zwar weder der Befehlsgewalt der kantonalen Behörden – und kann z.B. nicht vor eine kantonale

PUK zitiert werden –, noch dürften die Kantone als Garanten und Eigner zu Verantwortlichkeitsklagen gegen die Eidgenossenschaft – wie sie die Kantone Genf und Waadt wegen angeblicher Aufsichtsversäumnisse der EBK vorsorglich erhoben – legitimiert sein.²⁸ Trotzdem kann der Ruf der EBK erheblichen Schaden erleiden, wenn bei einer Kantonalbank ein Sanierungsfall eintritt, weil öffentliche Interessen im Spiel sind. Kantonalbanken werden heute in der risikoorientierten Aufsicht der EBK deshalb generell selbst dann einer höheren Risikostufe und damit einer intensiveren Überwachung zugeordnet, wenn die Geschäftsstrategie und das Risikoprofil des einzelnen Instituts an sich als normal taxiert werden.

Leistungsauftrag: verfassungskonforme Auslegung mit prudentiellen Grenzen

Der Leistungsauftrag ist mit Strasser²⁹ als eigentliche «raison d'être» der Kantonalbanken zu bezeichnen, ohne den sich weder eine Staatsgarantie noch allfällige Steuerprivilegien rechtfertigen lassen. Die Umschreibung des Leistungsauftrages ist Sache der Kantone, und nur ihre Behörden, nicht die EBK, haben seine Erfüllung bzw. allgemein die Einhaltung kantonaler Vorschriften zu überwachen. Waren die Kantonalbanken ursprünglich eigentliche Entwicklungsbanken mit wohlfahrtsstaatlichen und volkswirtschaftlichen Zweckbestimmungen, so haben sie sich zu Universalbanken mit privaten Banken vergleichbarer, umfassender Dienstleistungspalette entwickelt. Sie sind aber in der Regel immer noch mit dem gesetzlichen Auftrag betraut, der Bevölkerung des jeweiligen Kantons im Allgemeinen und bestimmten Kundengruppen (z.B. Arbeitnehmern, Landwirten, KMU, Jungunternehmen, öffentlich-rechtlichen Körperschaften) im Besonderen Bankdienstleistungen des Grundbedarfs anzubieten.³⁰ Diese Grundversorgung langfristig, nachhaltig und flächendeckend sicherzustellen, bedingt ein kostspieliges Vertriebsnetz und die Abwicklung von Geschäften, die ertragsmässig weniger interessant sind und allenfalls von privaten Banken nicht oder nur zu höheren Preisen abgedeckt werden. Dass damit gleich noch der Wettbewerb belebt wird, ist gesamtwirtschaftlich willkommen. Es ist deshalb zu akzeptieren, dass der Leistungsauftrag keine Gewinnmaximierung erlaubt, solange wenigstens ein angemessener Gewinn realisierbar ist. Andernfalls müssten betriebswirtschaftlich nicht haltbare Leistungen vom Auftraggeber abgegolten werden. Der Leistungsauftrag kann ganz bescheiden nur darin bestehen, dass die Bank ihr Entscheidungszentrum im betreffenden Kanton hat und allein schon aufgrund ihrer Nähe («banque de proximité») eine bessere und unkomplizierte Berücksichtigung lokaler Bedürfnisse verspricht. Die Staatsgarantie selbst kann Bestandteil des Leistungs-

auftrages sein, indem sie nach der traditionellen Zielsetzung den Sparwillen der Bevölkerung durch die Möglichkeit einer sicheren Anlage fördert. Unter diesem Gesichtspunkt kann sie auch auf besonders schutzwürdige Gläubigerkategorien sowie betragsmässig beschränkt werden, ohne dass dies allerdings den faktischen Beistandszwang beseitigt. Je umfassender und für die Bank belastender der Leistungsauftrag indessen ausgestaltet ist, desto eher gerät er in Konflikt mit der vom Bankengesetz (Art. 3 Abs. 2 Bst. c^{bis}) als Bewilligungsvoraussetzung geforderten Gewähr der qualifiziert an einer Bank beteiligten Eigener: Diese müssen gewährleisten, dass sich ihr Einfluss «nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt». Deshalb erachtete es die EBK z.B. als ratsam, dass eine Kantonbank nicht direkt mit der Aufgabe der Wirtschaftsförderung betraut wird. Sie opponierte sodann gegen eine kantonale Bestimmung, welche die Festsetzung des Hypothekarzinsatzes dem Regierungsrat oder gar dem Parlament übertragen wollte, weil damit einer politisch motivierten Missachtung gesunder betriebswirtschaftlicher Grundsätze Vorschub geleistet würde.

Der Leistungsauftrag im Interesse der kantonalen Volkswirtschaft und Bevölkerung führt sodann unweigerlich zu einer geografischen Risikokonzentration, die vor allem dann problematisch wird, wenn die Wirtschaft eines Kantons ihrerseits auf wenige konjunkturanfällige oder vom Strukturwandel bedrohte Sektoren beschränkt ist,³¹ ganz abgesehen von der hohen Abhängigkeit vom kantonalen Immobilienmarkt durch das bei allen Kantonbanken dominierende Hypothekarkreditgeschäft. Ausweitung der Geschäftstätigkeit in das Gebiet anderer Kantone – mit Ausnahmen im Private Banking – oder gar ins Ausland ist aber nur dann zu verantworten, wenn das Institut über die für eine Ausdehnung erforderlichen Ressourcen verfügt. Auch hierzu gibt es genügend abschreckende Beispiele aus den 1980er- und 1990er-Jahren, und die Debatte um die strategische Ausrichtung der Swisscom zeigt, dass Akquisitionen im Ausland durch staatsnahe Unternehmen mit besonderem Argwohn verfolgt werden. Der Kanton wird also wegen der erhöhten Risiken und Kosten des Leistungsauftrags seiner Bank einen angemessenen Eigenmittelüberschuss zugestehen müssen und sollte sich davor hüten, sie nur als Einnahmenbeschaffungsquelle zu missbrauchen.

Schliesslich entbindet der Leistungsauftrag nicht von den für jede Bank geltenden Erfordernissen einer einwandfreien Geschäftstätigkeit mit professioneller operativer Geschäftsleitung, fachlich ausgewiesenem und unabhängigem Organ für Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle sowie internem Kontrollsystem, Compliance-Funk-

«Der Kanton wird wegen der erhöhten Risiken und Kosten des Leistungsauftrags seiner Bank einen angemessenen Eigenmittelüberschuss zugestehen müssen.»

tion und angemessenem Risikomanagement. Den Kantonsbehörden steht zwar die Wahl des Oberleitungsorgans – in seltenen Fällen auch des Geschäftsleitungsvorsitzenden auf Vorschlag des Verwaltungsrates – zu und sie können auch über den Geschäftsbericht hinausgehende Informationen zur Erfüllung des Leistungsauftrages und zur Risikolage einfordern; sie haben sich aber jeglicher Eingriffe in das operative Geschäft zu enthalten. Wegen Interessenkonflikten und gesteigerter Verantwortlichkeit nicht zu empfehlen ist auch die Delegation amtierender Regierungsmitglieder oder Chefbeamter des Kantons in den Bankverwaltungsrat. Die Verlustfälle einzelner Kantonalbanken haben denn auch überall der Erkenntnis zum Durchbruch verholfen, dass fachliche und charakterliche Eignung bei der Wahl der Bankorgane eindeutig Vorrang vor (partei-)politischem oder regionalem Proporz haben müssen und dass die den Bankorganen übertragenen Kompetenzen zu respektieren sind.

REGULATORISCHE ZUKUNFTSPERSPEKTIVEN

Gründung neuer Kantonalbanken oder Konkurrenzierung durch eine Postbank?

Kein Kanton wird sich den Luxus leisten wollen, gleich zwei Kantonalbanken zu halten, nachdem historisch gewachsene Doppelstrukturen in Freiburg, Bern, Genf und der Waadt mit einigem Aufwand fusioniert wurden. Zwei Kantone (Solothurn und Appenzell Ausserrhoden) sind jedoch seit Mitte der 1990er-Jahre ohne eigene Kantonalbank. Sie haben – unter dem Schockeinfluss schmerzhafter Verluste – ihre Eigentümer- und Garantienrisiken durch Verkauf eliminiert, aber zugleich die Chance aus der Hand gegeben, das verlorene Kapital durch neue Erträge der Bank wieder hereinzuholen und vor allem das Angebot von Bankdienstleistungen im Kanton zu beeinflussen. Der Kanton Solothurn mag sich damit trösten, dass das Vakuum nunmehr – in Abwandlung des Arguments der Armeebefürworter, jedes Land habe eine Armee, nämlich die eigene oder eine fremde – durch die Kantonalbanken der Nachbarkantone gefüllt wird; und beide Kantone können die etwas überspitzte These widerlegen, dass ein Kanton ohne eigene Kantonalbank gar kein richtiger Kanton sei. Falls sie sich anders entscheiden und wieder eine Kantonalbank gründen wollten, steht ihnen jedenfalls das Bankengesetz nicht entgegen.

Weit mehr als die einstweilen theoretische Frage nach der Wiedergeburt verlorener Mitglieder bewegen die Kantonalbankenwelt hingegen die Pläne der Post, ihre Fi-

nanzdienstleistungs-Abteilung PostFinance, die sich heute schon als «quasi eine Retailbank» bezeichnet, zu einer rechtlich selbständigen Postbank mit landesweiter Kreditfähigkeit für eigene Rechnung mit standardisierten Hypothekarkreditmodellen für Privatkunden und KMU sowie Betriebsfinanzierungen für KMU und öffentlich-rechtliche Körperschaften auszubauen.³² Unbestritten ist, dass eine solche Postbank vollumfänglich dem Bankengesetz zu unterstellen wäre. Weniger klar sind indessen die Vorstellungen zur Haftung für die Verbindlichkeiten einer Postbank. Diese soll zwar formell ausgeschlossen sein, um finanzielle und ordnungspolitische Bedenken auszuräumen. Das dürfte jedoch zur Beseitigung eines faktischen Beistandzwanges der Muttergesellschaft Post und letztlich der Eidgenossenschaft ebenso wenig ausreichen wie bei Kantonalbanken ohne Staatsgarantie, solange die Post eine beherrschende oder qualifizierte Beteiligung hält und eine Insolvenz landesweite Betroffenheit auslöst. Eine vom Bund losgelöste, voll privatisierte Postbank wiederum könnte aber gerade das in der Strategie von PostFinance deklarierte Ziel nicht mehr erreichen, mit ihren Erträgen die stagnierenden traditionellen Postdienstleistungen der Mutter auszugleichen. Wenn man den Pelz schon nicht waschen kann, ohne ihn nass zu machen, dann doch lieber gleich mit formeller und dafür auch abzugeltender Bundesgarantie. Auch so bliebe noch die von der Politik und glücklicherweise nicht von der EBK als Aufsichtsbehörde zu beantwortende Frage, ob der Bund nun auch noch eine eigene Bank braucht, damit er den Service public im postalischen Bereich ohne Subventionierung durch Steuereinnahmen erbringen kann. Für die Kantonalbanken – ebenso wie für die Raiffeisen- und Regionalbanken – ist PostFinance als Retailbank im Zahlungsverkehr sowie bei Spar- und Anlageprodukten bereits heute eine Konkurrentin. Dank ihrer Kundennähe und ihrem Erfahrungsvorsprung sollte es diesen Bankengruppen aber ohne weiteres gelingen, einen Angriff im Kreditgeschäft relativ unbeschadet zu überstehen. Die Kantonalbanken haben die Konkurrenz erst recht nicht zu fürchten, wenn sie ihre kantonale Besonderheit voll ausspielen – oder mit den Worten von Zufferey nicht nur noch wie jede andere Bank zu sein wünschen.³³

«Die gemeinsame, starke Marke Kantonalbank kann die unterschiedlichen Interessen und Bedürfnisse der Mitgliedschaft nicht übertünchen.»

Erleichterung von Kooperationen und Diversifikation

Zu den Standardtraktanden der jährlichen Aussprachen zwischen EBK und VSKB gehört das dornenvolle Thema Kooperationen. Von realisierten grossen Würfeln konnte der VSKB in den letzten Jahren nur selten berichten, aber doch auf die beachtliche Summe von 20 Netzwerkpartnern hinweisen. Die gemeinsame, starke Marke Kantonalbank kann die unterschiedlichen Interessen und Bedürfnisse der nach Grösse und Geschäftsausrichtung heterogenen Mitgliedschaft eben nicht

übertünchen. Diese Heterogenität führt je nach Gegenstand zu einer unterschiedlichen Zusammensetzung (*«géométrie variable»*) der an den Projekten beteiligten Banken – auch über den Kreis der Kantonalbanken hinaus, wie auf dem Gebiet der Informationstechnologie eindrücklich zu beobachten ist. Ausdifferenzierung ist bei weitem kein kantonalbankspezifisches Phänomen, sondern z.B. bei den Regionalbanken noch viel ausgeprägter. Dem Grundsatz der Differenzierung folgen aber auch Regulierung und Aufsichtspraxis. Kooperationen werden durch das Aufsichtsrecht nicht behindert, erlaubt es doch weitgehendes In- und Outsourcing von Funktionen und Geschäftsbereichen einer Bank.³⁴ Die gemeinsame Entwicklung von Risikomanagement-, Mess- und Überwachungssystemen mit einer gewissen Standardisierung für vergleichbare Verhältnisse³⁵ lässt sich ebenso ausbauen wie z.B. die Zusammenarbeit unter den internen Revisionsabteilungen oder Compliance-Funktionen. Wegen überlappender Staatsgarantien schon eher ambitiös ist die Risikodiversifikation durch den gegenseitigen Einsatz von Kreditderivaten oder durch Unterbeteiligungen an Krediten. Mit Zufferey ist indessen festzuhalten, dass es nicht Aufgabe der EBK sein kann, die Kantonalbanken zu Kooperationen provozieren zu wollen. Vielmehr ist seinem Ratschlag zu folgen: *«laissons les travailler, avec la tranquillité nécessaire, mais aussi avec le sérieux nécessaire»*.³⁶

Abschaffung der Staatsgarantie wegen des EU-Beihilferechts?

Ungemach droht der formellen Staatsgarantie der Kantonalbanken im Falle eines schweizerischen Beitritts zur Europäischen Union (bzw. zum EWR) oder auch schon nur bei einem bilateralen Abkommen über Bankdienstleistungen mit vollständiger Übernahme des *«acquis communautaire»*. Abschreckender Präzedenzfall sind die von der EU-Kommission unter Berufung auf das EU-Beihilfe- bzw. Wettbewerbsrecht Deutschland (und in der Folge Österreich) aufgezwungene Abschaffung der Gewährträgerhaftung und die starke Einschränkung der Anstaltslast der öffentlich-rechtlichen Körperschaften für die von ihnen gehaltenen Landesbanken und Sparkassen.³⁷ Wenn eine ähnliche Lösung für die Schweiz gewählt würde, müssten (1.) die Staatsgarantie als Aussenhaftung gegenüber den Kunden der Kantonalbanken abgeschafft werden, (2.) ein Engagement des Kantons bei Kapitalerhöhungen den so genannten Investorentest bestehen und (3.) der Anwendungsbereich der Konkursbetreibung nach Artikel 39 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs auf Kantonalbanken in der Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt oder AG ausgedehnt werden. Dem Kanton bliebe (4.) die Möglichkeit, seiner Kantonalbank wirtschaftliche Unterstützung im Einklang mit den EU-Beihilfe-

regeln zu gewähren. Strasser führt allerdings beachtenswerte Gründe an, warum die von Deutschland akzeptierte Lösung nicht überzeugt, und fordert zu Recht, dass bei allfälligen Verhandlungen seitens der Schweiz nichts unversucht bleiben sollte, die beihilferechtliche Problematik der Staatsgarantie noch einmal aufzurollen.

Es leuchtet in der Tat nicht ein, weshalb der öffentlichen Hand als Eigner nicht dieselben Wahlmöglichkeiten zur Haftungsübernahme (Aussenhaftung, Insolvenzzugang) und zur Kapitalzuführung (Bestandes- bzw. Institutsgarantie) zustehen sollten wie privaten (Mehrheits-)Aktionären gegenüber ihren Unternehmungen bzw. Muttergesellschaften gegenüber ihren Tochtergesellschaften. Eine allfällige Wettbewerbsverzerrung bzw. wirtschaftliche Begünstigung durch die dank der Staatsgarantie billigere Refinanzierung – sofern der Kanton überhaupt die bessere Bonität als seine Bank allein aufweist – lässt sich durch eine angemessene Abgeltung der Garantieleistung beheben. Verschiedene Kantone sehen eine solche Abgeltung bereits vor, die – losgelöst von der EU-Perspektive – vor allem dann einen Sinn ergibt, wenn die Bank teilprivatisiert ist und folglich ihre privaten Aktionäre am Vorteil der Staatsgarantie partizipieren. Bei einer Übernahme des «EU-acquis» wäre dagegen die Abgeltung der formellen Staatsgarantie bei allen betroffenen Kantonalbanken anzubieten.³⁸ Die Höhe der Abgeltung wäre diesfalls der eigentliche Knackpunkt, währenddem sie heute eher symbolischen Charakter hat oder flexibler Teil einer Gesamtabrechnung zwischen Bank und Kanton ist. Sowohl gegenüber dem Wettbewerbsargument im Grundsatz als auch bei der Bemessung einer Abgeltung ist sodann im Sinne einer Saldorechnung immer wieder daran zu erinnern, dass die Staatsgarantie Korrelat des Leistungsauftrages ist und Letzterer für die Bank keine wirtschaftliche Begünstigung, sondern im Gegenteil eine Last bedeutet.

Mit dem EU-Recht eindeutig nicht zu vereinbaren sind der Eigenmittelrabatt für die volle Staatsgarantie – dieser Zopf wird ohnehin lange vor einem allfälligen EU-Beitritt der Schweiz abgeschnitten werden – und Steuerprivilegien von Bund und Kantonen zugunsten der Kantonalbanken. Auch ohne EU-Perspektive – und aufsichtsrechtlich überhaupt nicht relevant – wäre auf Steuerprivilegien aus Reputationsgründen schon heute zu verzichten, was dann zu verschmerzen ist, wenn die Gewinnausschüttungen an den Kanton entsprechend reduziert werden.

«Es leuchtet nicht ein, weshalb der öffentlichen Hand als Eigner nicht dieselben Wahlmöglichkeiten zur Haftungsübernahme zustehen sollten wie privaten Aktionären.»

1 Frau Dr. Simona Bustini Grob, Rechtsdienst der Eidg. Bankenkommission, sei an dieser Stelle herzlich gedankt für ihre wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Beitrages.

- 2 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0).
- 3 In der Botschaft zur Totalrevision der Bundesverfassung (BBI 1997 I 305) wird festgehalten, auf eine besondere Erwähnung der Kantonalbanken könnte an sich verzichtet werden, da der Bundesgesetzgeber dem verfassungsrechtlichen Auftrag nachgekommen sei, der besonderen Aufgabe und Stellung Rechnung zu tragen. Durch die besondere Erwähnung sei eine differenzierende Behandlung der Kantonalbanken aber geboten.
- 4 Botschaft des Bundesrates vom 13. Mai 1970 über die Revision des Bankengesetzes, BBI 1970 I 1191.
- 5 Botschaft des Bundesrates vom 2. Februar 1934 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBI 1934 I 183.
- 6 EBK-Jahresberichte 1982, S. 22 ff.; 1985, S. 31 f.; 1989, S. 47 f.; 1991, S. 53 ff.
- 7 Art. 34 der Bankenverordnung (BankV, SR 952.02) in der Fassung vom 17. Mai 1972.
- 8 EBK-Jahresberichte 1982, S. 23; 1983, S. 25; 1985, S. 32 ff.; 1991, S. 55.
- 9 Art 12 Abs. 1 Bst. a BankV in der Fassung vom 26. Februar 1935; Art. 11 Abs. 1 BankV in der Fassung vom 30. August 1961; Art. 13 Abs. 1 Bst. a BankV in der Fassung vom 17. Mai 1972.
- 10 Art. 13 Abs. 3 BankV in der Fassung vom 1. Dezember 1980; BGE 110 Ib 166 ff.
- 11 Art. 11 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 3 Bst. b BankV in der Fassung vom 4. Dezember 1989 (AS 1989 2542).
- 12 Art. 11b Abs. 2 Bst. b BankV in der Fassung vom 12. Dezember 1994 (AS 1995 253).
- 13 Art. 13 Bst. b BankV in der Fassung vom 12. Dezember 1994 (AS 1995 253) bzw. seit 1. Januar 2007 Art. 33 Abs. 3 der Verordnung vom 29. September 2006 über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (ERV, SR 952.03).
- 14 Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, BBI 1993 I 805 ff., insbes. 876 ff.; Zusatzbericht des Eidg. Finanzdepartements vom Juli 1993 zuhanden der Kommission des Ständerates für Wirtschaft und Abgaben, BBI 1994 I 85 ff.
- 15 EBK-Jahresberichte 1991, S. 53 ff.; 1992, S. 17 und 42 ff.; 1993, S. 11 und 36 ff.
- 16 BBI 1994 II 229 ff.
- 17 EBK-Jahresberichte 1993, S. 39 mit Verweisen (BE); 1994, S. 9 und 30 (SO); 1995, S. 33 (AR); 1997, S. 41 f. (JU).
- 18 Botschaft des Bundesrates vom 27. Mai 1998 über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBI 1998 IV 3847 ff.
- 19 BBI 1999 III 3126 ff.
- 20 BBI 1998 IV 3855, 3858 und 3863 f.
- 21 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1), Art. 10.
- 22 Art. 37h BankG, in der Fassung vom 3. Oktober 2003, in Kraft seit 1. Juli 2004.

- 23 EBK-Jahresbericht 2005, S. 60; Stellungnahme des Bundesrats vom 7. Juni 2004 zur Motion 04.3036 von Nationalrat Jean-Noël Rey betreffend «Basel II. Auswirkungen der neuen Regeln auf die Kantonalbanken» und Diskussion der zurückgezogenen Motion im Nationalrat vom 8. März 2006 (Amtliches Bulletin 2006, N. 103 f.).
- 24 EBK-RS 06/5 Risikoverteilung, Rz 12 ff.; EBK-RS 06/06 Überwachung und interne Kontrolle, Rz 25 ff.
- 25 Vgl. dazu BBl 1998 IV 3870 f.
- 26 EBK-Jahresberichte 2000, S. 55 f. (GE); 2001, S. 59 ff. (GE & VD); 2002, S. 50 ff. (VD).
- 27 EBK-Jahresbericht 1997, S. 11 f. zu der von der EBK durchgeführten Erhebung der Wertberichtigungen, Abschreibungen und Verluste der vier wichtigsten Bankengruppen im inländischen Kreditgeschäft von 1991–1996. Die Grossbanken wiesen einen mehr als doppelt so hohen Anteil als die Kantonalbanken auf.
- 28 Zufferey, Jean-Baptiste: Les banques cantonales – un équilibre permanent entre responsabilité et compétitivité, Auszüge aus dem Referat an der Generalversammlung des VSKB vom 19. Mai 2006, www.ebk.ch, Referate 2006, S. 3.
- 29 Strasser, Othmar: Artikel 3a, in: Rolf Watter et al. (Hrsg.): Basler Kommentar Bankengesetz, Basel 2005, N. 41 ff.
- 30 Ebd., N. 3.
- 31 So ordnete die EBK bei der Walliser Kantonalbank während mehrerer Jahre einen Eigenmittelzuschlag (Art. 4 Abs. 3 BankG) wegen Risikokonzentration von Krediten im Tourismusgewerbe und an im bankinternen Rating schlecht eingestufte Gemeinden an (EBK-Jahresbericht 2000, S. 56).
- 32 Geschäftsmodell PostFinance AG, Fact Sheet 13/2001, www.post.ch/de/uk_11_07_2001_16_20_53.pdf.
- 33 Zufferey, a.a.O. (wie Anm. 28), S. 6.
- 34 EBK-RS 99/2 Outsourcing.
- 35 EBK-Jahresbericht 2002, S. 49.
- 36 Zufferey, a.a.O. (wie Anm. 28), S. 5 f.
- 37 Vgl. Strasser, a.a.O. (wie Anm. 29), N. 53–56 zum deutschen Modell der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung, N. 64 ff. zu den europarechtlichen Aspekten.
- 38 EBK-Jahresbericht 2001, S. 61.