Kantonalbanken im Spannungsfeld von Political Governance und Corporate Governance

Christoph B. Bühler*

Like the other banks, the cantonal banks are facing the challenges of increasing regulation, digitalisation and the persistently low interest rate environment, and are exposed to the accompanying competitive and margin pressure. They have to virtually reinvent their business models and themselves in order to secure their positions as future-oriented financial service providers in their regions. In contrast to banks without state participation, cantonal banks generally have to comply with a more or less specific performance mandate from the canton and are also obliged to serve certain public interests. For its part, the canton has the need to monitor the performance of tasks outsourced to the cantonal bank and for this purpose reserves certain possibilities

of influence and control with regard to its cantonal bank. At the same time, however, the cantonal banks are also obliged to comply with the regulatory requirements of the financial market supervisory authority and the principles of best practice for corporate governance. The cantonal banks therefore find themselves in a special tension between political and corporate governance.

Against this background, this article addresses the question of the extent to which the cantons can and should exert a controlling influence on their cantonal banks, and what division of responsibilities should be observed between the bodies active in the company and the cantonal authorities under the aspect of functionally appropriate corporate governance.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Entwicklung und rechtliche Stellung der Kantonalbanken
 - 1. «Raison d'être» und heutige Bedeutung der Kantonalbanken
 - 2. Rechtliche Stellung der Kantonalbanken
 - 3. Begriff der Kantonalbank gemäss Art. 3a Bankengesetz
 - 4. Organisationsautonomie und Organisationsformen der Kantonalbanken
- III. Governance von Kantonalbanken
 - 1. Begriff und Kerngehalt der «Corporate Governance»
 - 2. «Public Corporate Governance»
 - 3. Spannungsfelder bei der Governance einer Kantonalbank
- IV. Politische Zuständigkeitsordnung im Gefüge der Governance der Kantonalbank
 - 1. Rolle des Regierungsrates: Wahrnehmung der Befugnisse der Eigentümerebene in der Kantonalbank
 - 2. Rolle des Kantonsparlaments: staatliche Obergrenze
- V. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Die Kantonalbanken stehen wie die übrigen Banken vor den Herausforderungen der zunehmenden Regulierung, der Digitalisierung und dem nach wie vor anhaltenden Tiefzinsumfeld und sind dem damit einhergehenden Wettbewerbs- und Margendruck ausgesetzt. Sie müssen ihre Geschäftsmodelle und sich selbst geradezu neu erfinden, um ihre Positionen als zukunftsorientierte Finanzdienstleister in ihren Regionen zu sichern. Im Gegensatz zu den Banken ohne Staatsbeteiligung haben die Kantonalbanken bei ihrer Tätigkeit aber in der Regel auch einen mehr oder weniger konkretisierten Leistungsauftrag des Kantons zu beachten und sind auch bestimmten öffentlichen Interessen verpflichtet. Der Kanton hat seinerseits das Bedürfnis, die auf die Kantonalbank ausgelagerte Aufgabenerfüllung zu überwachen, und sich zu diesem Zweck bestimmte Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten in Bezug auf seine Kantonalbank vorbehalten. Gleichzeitig sind die Kantonalbanken aber auch den regulatorischen Vorgaben der Finanzmarktaufsicht und den Grundsätzen einer «Best Practice for Corporate Governance» verpflichtet. Die Kantonalbanken befinden sich dadurch in einem besonderen Spannungsverhältnis zwischen einer Political und Corporate Governance.

Vor diesem Hintergrund widmet sich dieser Beitrag der Frage, inwieweit die Kantone auf ihre Kantonalbanken steuernd Einfluss nehmen können und sollen und welche Aufgabenteilung dabei zwischen

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner in Basel; Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

den im Unternehmen tätigen Organen und den kantonalen Instanzen unter dem Aspekt einer funktional zweckmässigen Corporate Governance zu beachten ist.

II. Entwicklung und rechtliche Stellung der Kantonalbanken

1. «Raison d'être» und heutige Bedeutung der Kantonalbanken

Die «raison d'être» der Kantonalbanken geht auf deren Gründung im 19. Jahrhundert und die damaligen regionalwirtschaftlichen Bedürfnisse der Kantone zurück. Mit der zunehmenden Industrialisierung konzentrierten die privaten Geschäftsbanken die Finanzierung auf die lukrativen Geschäftszweige, wie Eisenbahnbau, Handel und Industrie. Damit wurde es für die traditionellen Wirtschaftszweige der Landwirtschaft, des Handwerks und des Kleingewerbes immer schwieriger, an Kredite für ihre eigene Tätigkeit zu gelangen. Mit der Gründung von Kantonalbanken sollte dieser Grundbedarf durch die Gewährung zinsgünstiger Kredite befriedigt und der Sparwille der Bevölkerung durch sichere Anlagemöglichkeiten gefördert werden.¹

Heute ist die Versorgung von Wirtschaft und Bevölkerung mit Finanzdienstleistungen durch den freien Markt an sich gewährleistet. Mit der zunehmenden Konkurrenz auf dem Bankenmarkt hat die historisch bedingte Bedeutung der Kantonalbanken zwar abgenommen, doch diese sind als «Banken der Kantone für die Kantone» in der Bevölkerung nach wie vor tief verwurzelt. Die Schweizer Kantonalbanken haben denn heute auch nach wie vor einen beachtlichen Marktanteil von einem Drittel des inländischen Bankgeschäfts (Hypotheken und inländische Kundengelder)² und leisten damit auch einen nicht unwesentlichen Beitrag für die Stabilität des Schweizer Finanzplatzes.³ Ausserdem sind die

meisten Kantonalbanken gesetzlich verpflichtet, für die ihnen gewährte Staatsgarantie eine Abgeltung an den Kanton zu entrichten. Sie haben insoweit auch nach wie vor eine volkswirtschaftliche Bedeutung.⁴

2. Rechtliche Stellung der Kantonalbanken

Art. 98 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) ermächtigt und verpflichtet den Bund, Vorschriften über das Banken- und Börsenwesen zu erlassen. Art. 98 Abs. 2 BV verlangt, dass der Bund dabei der *besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken* Rechnung trägt. Damit bringt der Verfassungsgeber einerseits zum Ausdruck, dass die Kantone befugt sind, Kantonalbanken zu führen. Dies ist an sich keine Selbstverständlichkeit, da in einem System der Privatwirtschaft unternehmerische Tätigkeiten des Staates grundsätzlich kritisch zu beurteilen sind.⁵ Andererseits ist in dieser Aufforderung des Verfassungsgebers auch eine beschränkte Kompetenz enthalten, zu Gunsten der Kantonalbanken vom *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* bzw. der *Wirtschaftsfreiheit* abzuweichen.⁶ Dies allerdings nur insoweit, als eine Sonderbehandlung notwendig ist, indem etwa der Kantonalbank durch den kantonalen Gesetzgeber ein konkreter *Leistungsauftrag* erteilt wird, der sie verpflichtet, bestimmte Dienstleistungen zu erbringen oder Konditionen zu gewährleisten. Soweit die Kantonalbanken frei am Markt auftreten können, erfüllen sie keine besonderen Aufgaben und verfügen auch über keine besondere Stellung. Entsprechend dürfen sie in diesen Bereichen an sich auch nicht besonders behandelt werden. Dies würde nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu einer unzulässigen – durch Art. 98 Abs. 1 BV nicht mehr gedeckten – Wettbewerbsverzerrung führen.⁷ Heute sind die Kantonalbanken denn auch in der Regel eigentliche Universalbanken und in ihrem Marktauftritt weitgehend frei.⁸

¹ Fabian Koch, Fünf Thesen zur Ausgestaltung der Public Corporate Governance von Kantonalbanken zur Risikoverminderung der Kantone, SZW 2014, 402 ff.; Andreas Vögeli, Staatsgarantie und Leistungsauftrag bei Kantonalbanken, Diss. Zürich 2009, 5 ff.

² Christoph Lengwiler/Simon Amrein, Markt für Immobilienfinanzierungen in der Schweiz, Ein Auszug aus der IFZ Retail Banking Studie 2020, 8.

³ Vögeli (Fn. 1), 154.

⁴ Peter V. Kunz, Heikle Garantien für Kantonalbanken, Die Volkswirtschaft 2018, 19 ff.

⁵ Reto Jacobs, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 98 BV N 9; Stefan Vogel, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss. Zürich 2000, 107 ff.; Kunz (Fn. 4), 19.

⁶ Im Sinne von Art. 94 Abs. 4 BV; Kunz (Fn. 4), 19.

⁷ BGer 2A.254/2000, E. 3.

⁸ Vgl. BGE 120 II 325 ff.; Kunz (Fn. 4), 19.

Im Hinblick auf die Gleichbehandlung mit anderen Banken erscheint insbesondere die verschiedenen Kantonalkassen gewährte Staatsgarantie problematisch;⁹ sie vermag jedenfalls keine weniger strengen regulatorischen Anforderungen an Kantonalkassen zu begründen. Der Bundesgesetzgeber hat deshalb mit Ausnahme von Art. 3a BankG und Art. 1b und 13 BankV die früheren Sonderbestimmungen, insbesondere zur Aufsicht und zum Eigenmittelrabatt, den Vorschriften für die übrigen Banken angeglichen.¹⁰ Wirtschaftlich kann der durch die Staatsgarantie oder eine tiefere oder gar fehlende Besteuerung¹¹ geschaffene Vorteil zumindest teilweise durch Gewinnablieferungen der Kantonalkassen an die Kantone abgeschöpft und ausgeglichen werden, sofern das kantonale Recht die Abgeltung der Garantie vorsieht.¹²

3. Begriff der Kantonalkasse gemäss Art. 3a Bankengesetz

Gestützt auf Art. 98 Abs. 1 BV hat der Bundesgesetzgeber die Bestimmung in Art. 3a BankG erlassen, der die Kantonalkassen wie folgt definiert:

«Als Kantonalkasse gilt eine Bank, die aufgrund eines kantonalen gesetzlichen Erlasses als Anstalt oder Aktiengesellschaft errichtet ist. 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.»

Mit der Revision von Art. 3a BankG, welcher am 1. Oktober 1999 in Kraft trat, wurde die vollumfängliche Staatsgarantie als notwendiges Merkmal einer Kantonalkasse aufgehoben. Die Staatsgarantie muss somit nicht mehr gewährt werden. Soweit sie auf fakultativer Basis dennoch weiterhin gewährt wird, sollte ein Leistungsauftrag vorliegen und/oder

eine möglichst marktmässige Abgeltung verlangt werden.¹³

Damit bestehen seitens des Bundesgesetzgebers nur noch drei zwingende Vorgaben für die Konstituierung einer Kantonalkasse:

- Die Kantonalkasse muss *aufgrund eines kantonalen gesetzlichen Erlasses errichtet* werden, wobei den Kantonen die Wahl zwischen kantonalem öffentlichem Recht oder Bundesprivatrecht offen bleibt.
- Der Bund schränkt sodann die Rechtsformfreiheit der Kantonalkassen ein, indem diese *entweder als öffentlich-rechtliche Anstalt oder aber als Aktiengesellschaft errichtet* sein müssen.
- Ausserdem muss der Kanton an der Bank eine *qualifizierte Beteiligung* von mehr als einem Drittel des Kapitals halten und über mehr als einen Drittel der Stimmen verfügen.

4. Organisationsautonomie und Organisationsformen der Kantonalkassen

Unter Vorbehalt der erwähnten gesetzlichen Rahmenbedingungen und der für alle Finanzinstitute geltenden finanzmarktrechtlichen Regulierungen sind die Kantonalkassen in ihrer *Organisationsautonomie* aufgrund ihrer besonderen Stellung durch die bundesrechtlichen Vorschriften an sich nicht eingeschränkt. Weitere gesetzliche Vorgaben zur Organisation können allerdings auf kantonaler Ebene, wie z.B. durch gesetzliche Vorgaben für die Governance von Unternehmen mit staatlicher Beteiligung, bestehen.¹⁴

Die Palette der dem Kanton gemäss Art. 3a BankG und OR zur Verfügung stehenden öffentlich- und privatrechtlichen Organisationsformen reicht, wie erwähnt, von der selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt bis zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft.¹⁵ Möchte der Kanton sich an einer Kantonalkasse

⁹ Kunz (Fn. 4), 19.

¹⁰ Christine Kaufmann/Florian Utz, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung (BV), Basel 2015, Art. 98 BV N 16.

¹¹ Phil Baumann/Roman S. Gutzwiller, Wettbewerbsneutralität öffentlicher Unternehmen als Aktiengesellschaften, AJP 2020, 887, 889.

¹² Vögeli (Fn. 1), 124 ff.; Daniel Piazza, Dimensionen zur Positionierung der Public Corporate Governance bei Kantonalkassen zwischen Politik und Ökonomie, Diss. St. Gallen, Baden-Dättwil 2012, 81.

¹³ Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019, § 7 N 226; Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, Loseblattsammlung, Zürich, Stand April 2005, Art. 3a N 49 ff.; Peter V. Kunz, Grundlagen zum Konzernrecht, Bern 2016, 138.

¹⁴ Vgl. dazu Nobel (Fn. 13), § 7 N 223; Vögeli (Fn. 1), 26 ff.

¹⁵ Franziska Buob, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, Diss. Zürich 2008, 5 ff.; Franziska Buob, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, AJP 2009, 142 ff.,

bank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft beteiligen, so stehen ihm grundsätzlich drei Möglichkeiten zur Verfügung:¹⁶

- investiert der Kanton in das Eigenkapital einer *rein privatrechtlich strukturierten Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR*, so hält er seine Beteiligung wie ein privater Aktionär und genießt im Vergleich zu diesem *keine Sonderrechte*;¹⁷
- der Kanton kann sich sodann neben Privaten im Rahmen der Sonderregelung von Art. 762 OR an einer *gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft* beteiligen. Diese untersteht, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet wird, ebenfalls den Art. 620 ff. OR wie jede andere Aktiengesellschaft. Speziell ist jedoch das Recht, *Vertreter* in den Verwaltungsrat zu entsenden, das nur *Körperschaften des öffentlichen Rechts* eingeräumt wird. Als solche gelten insbesondere der Bund, die Kantone, Bezirke und Gemeinden.¹⁸ Weitere Voraussetzung für die Anwendung von

143; Peter Böckli/Christoph B. Bühler, Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft, in: Edgar Philippin/Philippe Gilléron/Jean-Tristan Michel/Pierre-François Vuillemin (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Lausanne 2009, 17 ff.

¹⁶ Christoph B. Bühler, in: Lukas Handschin (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht*, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 716a OR N 214; Böckli/Bühler (Fn. 15), 18; Peter Forstmoser/Tobias Jaag, Der Staat als Aktionär, Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000, 18 ff.; Tobias Jaag, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzung und Rahmenbedingungen, in: Tobias Jaag (Hrsg.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zürich 2000, 23 ff., 30 ff.; vgl. zu den Arten und Eigenheiten von Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung bereits eingehend Christoph B. Bühler, Eigenheiten der Corporate Governance von Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, *SJZ* 2011, 513 ff. sowie Buob, Diss. (Fn. 15), 1 ff.; Christoph B. Bühler, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften: Regulierungsanliegen und -instrumente, *GesKR* 2018, 356 ff.; Claudia Höchner, Parlamentarische Oberaufsicht über öffentliche Unternehmen des Bundes, Bern 2020, 106.

¹⁷ Beispiele sind u.a. die *Berner* und die *Luzerner Kantonalbank*, die als privatrechtliche Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR organisiert sind; vgl. Jaag (Fn. 16), 32; Buob, Diss. (Fn. 15), 10; Böckli/Bühler (Fn. 15), 19; Peter V. Kunz, Staatsbeteiligungen und ausgewählte Verantwortlichkeiten, *GesKR* 2018, 156 ff., 157 f.

¹⁸ Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N 1641.

Art. 762 OR ist das Vorliegen eines *öffentlichen Interesses* der Körperschaft an der Aktiengesellschaft. Ein solches ergibt sich aus dem statutarischen Zweck oder aus der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit der Aktiengesellschaft;¹⁹

- der Kanton kann schliesslich eine *spezialgesetzliche Aktiengesellschaft* errichten; er ist dabei jedoch durch Art. 763 OR eingeschränkt, wonach die von ihm souverän geschaffenen Aktiengesellschaften nur dann nicht dem OR unterstehen, wenn sie gewisse Vorgaben erfüllen.²⁰

Je nach Rechtsform besteht also ein *unterschiedlicher organisatorischer Gestaltungsspielraum* des Kantons und damit auch ein unterschiedliches Ermessen, sich bestimmte *Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten* vorzubehalten: Während er bei der Verwendung der Rechtsform der *privatrechtlichen* Aktiengesellschaft grundsätzlich auf die gesetzlich vorgesehenen Einwirkungs- und Kontrollmechanismen nach der Organisationsordnung des zwingenden Aktienrechts beschränkt ist, kann er bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft im Errichtungserlass das Mass an Autonomie und Steuerung weitgehend selber festlegen.²¹ Das Aktienrecht gelangt damit auf das öffentliche Unternehmen in mehr oder weniger grossem Umfang nur als *subsidiäres öffentliches Recht* zur Anwendung.²² Die Steuerung öffentlicher Unternehmen in der Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft richtet sich *primär* nach den *spezialgesetzlichen Vorschriften*. Nur soweit keine solchen bestehen, kommt das *Aktienrecht*, auf wel-

¹⁹ Ein Beispiel für eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft ist die *St. Galler Kantonalbank*; vgl. Jaag (Fn. 16), 30 f.; Martin Wernli/Marco A. Rizzi, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 762 OR N 7 ff.; Buob, Diss. (Fn. 15), 11 ff.; Böckli/Bühler (Fn. 15), 18; Kunz (Fn. 17), 158.

²⁰ Auf kantonaler Ebene sind etwa die *Genfer*, die *Jurassische* und die *Zuger Kantonalbank* und – seit 2009 – auch die *Glarner Kantonalbank* als spezialgesetzliche Aktiengesellschaften konstituiert; vgl. Jaag (Fn. 16), 31 f.; BSK-Wernli/Rizzi (Fn. 19), Art. 763 OR N 1 ff.; Buob, Diss. (Fn. 15), 19 ff.; Böckli/Bühler (Fn. 15), 18 f.; Kunz (Fn. 17), 160.

²¹ Andreas Stöckli, *Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen*, Bern 2012, 81.

²² Stöckli (Fn. 21), 387.

ches im Spezialgesetz verwiesen wird, *subsidiär* zur Anwendung.²³

II. Governance von Kantonalbanken

1. Begriff und Kerngehalt der «Corporate Governance»

Stellen wir uns die Frage, inwieweit die Kantone steuernd auf «ihre» Kantonalbanken Einfluss nehmen können, so müssen wir uns zunächst mit dem Kerngehalt und den Grundsätzen der Corporate Governance auseinandersetzen. «Corporate Governance» ist kein Begriff mit scharfen Konturen, der sich klar abgrenzen lässt. Bei den Definitionen, die man in der Literatur und in den verschiedenen Corporate Governance-Kodizes findet, sind grob zwei Ausrichtungen festzustellen, die auf einem unterschiedlichen Verständnis vom Ziel eines privatwirtschaftlich betriebenen Unternehmens basieren: Die eine orientiert sich am «Shareholder Value»-Gedanken und ist auf das Aktionärsinteresse ausgerichtet, die andere will dagegen auch die Interessen der weiteren Stakeholder (Gläubiger, Arbeitnehmer, Kunden, Lieferanten) und sogar der Allgemeinheit berücksichtigen.²⁴ Der «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» (kurz «Swiss Code»), der vom Wirtschaftsdachverband *economiesuisse* herausgegeben worden ist, definiert den Begriff in seiner aktuellen Fassung von 2014/2016 wie folgt:

«Corporate Governance ist die Gesamtheit der auf das nachhaltige Unternehmensinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben.»

Die Leitidee ist ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle im Unternehmen und die Schaffung von Transparenz, wobei im Sinne einer Rahmenbedingung die Entscheidungsfähigkeit und Effizienz der Unternehmensführung nicht eingeengt werden sollen.²⁵ Der Swiss Code wendet sich im Sin-

ne von Empfehlungen primär an die schweizerischen Publikumsgesellschaften. Doch auch nicht kotierte, volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften oder Organisationen können dem Verhaltenskodex gemäss seiner Präambel zweckmässige Leitlinien entnehmen.

2. «Public Corporate Governance»

Das privatrechtliche Begriffsverständnis der Corporate Governance, welches sich primär am nachhaltigen Unternehmensinteresse orientiert, lässt sich jedoch nicht unbesehen auf den öffentlichen Sektor übertragen. Denn zusätzlich zu den Eigenerinteressen ist in diesem Bereich auch das *öffentliche Interesse* an der Aufgabenerfüllung zu beachten. Die Steuerung erfolgt dementsprechend im typischen Fall vorweg durch die Politik und nicht durch den Markt.²⁶ Der Betrachtungsgegenstand erschöpft sich zudem nicht in Unternehmen im eigentlichen Sinn, sondern betrifft vielfach gerade auch andere Arten von ausgelagerten Verwaltungsträgern (wie etwa Aufsichtsbehörden).²⁷

Vor diesem Hintergrund hat die OECD im Jahr 2005 Leitsätze zur Corporate Governance in staats-eigenen Unternehmen²⁸ erlassen, welche im Jahr 2015 aktualisiert worden sind.²⁹ Nur wenig später, am 13. September 2006, hat auch der Schweizer Bundesrat einen Bericht zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben veröffentlicht, den er dann am 25. März 2009 mit einem Zusatzbericht ergänzt hat.³⁰ Zudem haben die meisten Kantone inzwischen in Bezug auf ihre ausgegliederten Aufgabenträger auch Gesetze erlassen, in welchen sie regeln, wie der Kanton seine Beteiligungen steuert.

²³ Kunz (Fn. 17), 159; Stöckli (Fn. 21), 387.

²⁴ Vgl. dazu eingehend ZK-Bühler (Fn. 16), Vor Art. 707–726 OR N 3 ff. m.w.H.

²⁵ Präambel Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2014/2016, S. 6; vgl. ZK-Bühler (Fn. 16), Vor 707–726 OR N 411.

²⁶ Andreas Lienhard, Grundlagen der Public Corporate Governance, in: SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2008, Bern 2009, 43 ff.; Daniela Thurnherr/Florian Fuhrmann, Public Corporate Governance, BJM 2016, 65.

²⁷ Lienhard (Fn. 26), 43 ff.

²⁸ Vgl. OECD, Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises, Paris 2005.

²⁹ OECD-Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, Paris 2015.

³⁰ Vgl. dazu Christoph B. Bühler, Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert, in: Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 75 ff. m.w.H.

Gestützt auf diese Regelwerke und Berichte ist im öffentlichen Sektor von einem entsprechend modifizierten Begriffsverständnis der Corporate Governance auszugehen: Unter «Public Corporate Governance» sind demnach sämtliche Grundsätze bezüglich Organisation und Steuerung von und in ausgelagerten Verwaltungsträgern zwecks wirksamer und effizienter Leistungserbringung im demokratischen Rechtsstaat zu verstehen.³¹ Im Fokus der Public Corporate Governance-Diskussion steht dabei nicht die Binnenorganisation und -führung des Unternehmens (interne Corporate Governance), welche sich weitgehend an den Grundsätzen der Corporate Governance nach der im «Swiss Code» definierten «Best Practice» orientiert, sondern vielmehr die Ausgestaltung und Aussteuerung der Organisation durch den Staat (externe Corporate Governance).³² Diesbezüglich befinden sich die Kantonalbanken in einem vielfältigen Spannungsfeld.

3. Spannungsfelder bei der Governance einer Kantonalbank

3.1 Politisches Teilziel der Kantonalbank

Der typische Aktionär einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft wird in erster Linie den *wirtschaftlichen* Erfolg seiner Gesellschaft anstreben. Für eine Kantonalbank bildet demgegenüber nicht allein die Renditeerwartung die Motivation zum Weiterbestehen; sie muss sich auch am *öffentlichen Interesse* bzw. an einem bestimmten Grundversorgungsauftrag des Kantons orientieren.³³ Während die privat gehaltene Aktiengesellschaft auf ein rein wirtschaftliches Ziel ausgerichtet ist,³⁴ hat die Kantonalbank also in der Regel auch ein der staatlichen Tätigkeit zugehöriges *politisches Teilziel*, das die Aussensteuerung des Unternehmens wesentlich beeinflusst.³⁵ Da der Kan-

ton an seine gesetzliche Aufgabe gebunden ist, kann er als Eigentümer nicht gleich flexibel reagieren wie ein privater Aktionär; insbesondere fehlt ihm in der Regel das *Druckmittel des Verkaufs seiner Anteile* am Unternehmen.³⁶

3.2 Faktische Organschaft des Kantons in Bezug auf die Kantonalbank

Im Bereich der Führung haben Aktiengesellschaften nach dem aktienrechtlichen *Paritätsprinzip* grundsätzlich die zwingende Kompetenzzuweisung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat zu beachten.³⁷ Demnach ist die Führung im Rahmen der gesellschaftsinternen Gewaltenteilung allein Aufgabe von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.³⁸ Der Generalversammlung steht demgegenüber die unübertragbare Befugnis zu, über die Gründung und Auflösung der Gesellschaft, die Anpassung der Statuten, die Wahl und Abwahl der wichtigsten Organe, die Genehmigung des Jahresberichts und -abschlusses sowie die Gewinnverwendung zu beschliessen.³⁹

Bei Kantonalbanken kann das Paritätsprinzip insoweit relativiert werden, als sich der *Kanton* auch im typischen Kompetenzbereich des Verwaltungsrates verschiedene *Einflussmöglichkeiten vorbehält* und durch sein aktives Hineinwirken in die von ihm kontrollierte Gesellschaft auch *ausserhalb* der ihm in der Generalversammlung zugewiesenen Befugnisse *organotypisch* verhält.⁴⁰

letter vom 13. Mai 2002, 2; Rolf Widmer, Corporate Governance statt Political Governance für die Glarner Kantonalbank, NZZ Nr. 65 vom 19. März 2009, 25.

³¹ Bühler (Fn. 30), 78; Lienhard (Fn. 26), 48.

³² So auch Lienhard (Fn. 26), 48; Thurnherr/Fuhrmann (Fn. 26), 65.

³³ Thurnherr/Fuhrmann (Fn. 26), 66.

³⁴ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

³⁵ Peter Böckli, Corporate Governance: Der Staat in der Eigentümerrolle gegenüber seinen selbständigen Staatsanstalten, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassöli/Walter A. Stoffel/Beatrice Wagner Pfeifer (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat – Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen 2007, 1141 ff., 1155; vgl. auch Mario Marti, Corporate Governance in öffentlich beherrschten Unternehmen, Jus-

³⁶ Vgl. zur Bedeutung der «Exit»-Handlungsoption des Aktionärs Peter Forstmoser, Exit oder Voice? Das Dilemma institutioneller Investoren, in: Eugen Bucher/Claus-Wilhelm Canaris/Heinrich Honsell/Thomas Koller (Hrsg.), Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 785 ff.; Christoph B. Bühler, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich 2009, N 544 ff.; Piazza (Fn. 12), 13.

³⁷ Vgl. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2022, § 16 N 352 f.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 3 und § 13 N 284 ff.; Bühler (Fn. 36), N 611; eingehend zuletzt Salim Rizvi, Die Kompetenzen der Generalversammlung im Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Bern 2011, 164 ff.

³⁸ Art. 716 Abs. 2, 716a Abs. 1 und 716b Abs. 1 OR.

³⁹ Art. 698 Abs. 2 OR.

⁴⁰ Bühler, SJZ 2011 (Fn. 16), 517.

Wirkt ein Aktionär in einer Art, die für ein Organ typisch ist, in die Geschäfte der beherrschten Gesellschaft hinein, so wird er allerdings zu deren *faktischem Organ*.⁴¹ Verhält sich der Kanton in dieser Rolle pflichtwidrig und schuldhaft, ist er grundsätzlich – wie die formell von der Generalversammlung gewählten und im Handelsregister eingetragenen Organmitglieder – nach den Regeln der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit haftbar.⁴²

3.3 Direkte Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Generalversammlung durch den Kanton

In einer Kantonalbank ist der Kanton in der Regel Mehrheitsaktionär oder hält definitionsgemäss mehr als einen Drittel der Beteiligung. Solange der Kanton Alleineigentümer ist, wirken weder die *aktienrechtlichen Kontrollmechanismen* des Gleichbehandlungsgrundsatzes⁴³ noch des Minderheitenschutzes.⁴⁴ Das Eigentum an der Kantonalbank steht praktisch ungeteilt dem Kanton zu. Es besteht zwar formell eine Generalversammlung, doch *faktisch* nimmt der Kanton die ganze Palette der Zuständigkeiten der Eigentümerebene, d.h. der Generalversammlung, *direkt* wahr – vom Erlass der Statuten über die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates bis zur Genehmigung des Jahresabschlusses, der Gewinnverwendung und der Wahl der externen Revisoren.⁴⁵ Die Generalversammlung erfüllt damit nicht die ihr zugeordnete Kontrollfunktion im Rahmen der unternehmensinternen Gewaltenteilung. Diese Aufgabe wird effektiv *ausserhalb* des

Unternehmens wahrgenommen; sie wird sozusagen faktisch auf die staatlichen Instanzen verlagert.

3.4 Mitglieder des Bankrates im «doppelten Pflichtenexus»

Der Verwaltungs- oder Bankrat der Kantonalbank setzt sich gemäss spezialgesetzlichen oder statistischen Auflagen oft auch aus Mitgliedern zusammen, die sozusagen in einem «*doppelten Pflichtenexus*»⁴⁶ stehen. Sie schulden zwar primär dem Unternehmen Treue, müssen dabei jedoch speziell auch die Interessen des Personals bzw. des Eigners, den sie «vertreten», im Auge behalten.⁴⁷ Dies ist dann schwierig, wenn die Interessen nicht deckungsgleich sind.⁴⁸ Nach der Konzeption der rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft ist demgegenüber eine fiduziarische Ausgestaltung der Mitgliedschaft im Verwaltungsrat im Sinne einer Interessenvertretung ausserhalb eines Konzernverbundes unzulässig.⁴⁹ Der Verwaltungsrat hat die ihm durch Art. 716a Abs. 1 OR zugewiesenen unentziehbaren Kernkompetenzen grundsätzlich *eigenverantwortlich* wahrzunehmen. Im Falle einer Interessenskollision haben die Interessen der Gesellschaft, welcher der Verwaltungsrat zur Treue verpflichtet ist, grundsätzlich Vorrang.⁵⁰

⁴¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind faktische Organe Personen, die tatsächlichen Organen vorbehalten Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen: BGE 114 V 78; 114 V 92 ff.; 128 II 29 ff.; 128 III 92 ff.

⁴² Art. 754 Abs. 1 OR; vgl. dazu eingehend *Böckli/Bühler* (Fn. 15), 23 ff. m.w.H.

⁴³ Art. 717 Abs. 2 OR.

⁴⁴ Insbesondere Einberufungsrecht (Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR), Traktandierungsrecht (Art. 699 Abs. 3 Satz 2 OR), Antragsrecht (Art. 700 Abs. 2 OR), Stimm- und Wahlrecht (Art. 703 und 705 OR), Beschränkung der Vinkulierung (Art. 685 und 685a ff. OR), statutarische Gewährleistung von Minderheitsrechten (Art. 709 Abs. 2 OR), Informationsrechte (Art. 696 f. OR), Recht auf Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR), Klagerechte (Art. 678, 731b, 736, 752, 754 OR).

⁴⁵ *Böckli* (Fn. 35), 1155.

⁴⁶ Vgl. zu diesem Begriff *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 37), § 16 N 467.

⁴⁷ *Bühler*, SJZ 2011 (Fn. 16), 518; *Rolf Sethe*, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, 375 ff., 377.

⁴⁸ *Lienhard* (Fn. 26), 63.

⁴⁹ *Böckli/Bühler* (Fn. 15), 22; vgl. zur Rechtslage im Konzernverbund *Christoph B. Bühler/Daniel Häring*, Décharge im Konzern, SZW 2009, 103 ff.; *Peter Forstmoser*, Das externe Verwaltungsratsmitglied in einer Konzerntochtergesellschaft, in: Andreas Kellerhals (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, 5 ff., 16.

⁵⁰ Art. 717 Abs. 1 OR. Vgl. *Sethe* (Fn. 47), 388; *Peter Hänni/Andreas Stöckli*, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, 661; *Vögeli* (Fn. 1), 44.

III. Politische Zuständigkeitsordnung im Gefüge der Governance der Kantonalbank

1. Rolle des Regierungsrates: Wahrnehmung der Befugnisse der Eigentümerebene in der Kantonalbank

Der Regierungsrat übt nach den meisten Kantonalbankgesetzen die Aufsicht über die Kantonalbank aus. Diese Aufsicht durch den Regierungsrat steht zunächst unter dem bundesrechtlichen Vorbehalt, dass sie nur soweit reicht, als die Kantonalbank nicht der übergeordneten fachlichen Aufsicht durch die eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA unterstellt ist. Die kantonale Aufsicht durch den Regierungsrat umfasst vorwiegend Aspekte der Staatsgarantie und des Leistungsauftrags und bezieht sich somit auf die Überwachung der Einhaltung der politischen Rahmenbedingungen, welche der Kanton der Kantonalbank für ihre Tätigkeit vorgegeben hat.

Aus der Sicht der Corporate Governance stellt sich sodann die Frage, wie diese Aufsichtsfunktion des Regierungsrates über die Kantonalbank von derjenigen durch das Parlament abzugrenzen ist und welche Instanz – die Exekutive oder das Parlament – eigentlich in der dargelegten besonderen Konstellation für die Wahrnehmung der Befugnisse der Eigentümerebene zuständig ist oder sein sollte. Im Kanton Zürich obliegt die Wahl der Mitglieder des Bankrates, des Bankpräsidiums und der Revisionsstelle, die Abnahme der Jahresrechnung und des Geschäftsberichts, die Entlastung der Bankorgane und die Genehmigung des Reglements über die Entschädigungen der Mitglieder des Bankrates der Zürcher Kantonalbank beispielsweise dem *Kantonsrat* und nicht dem Regierungsrat.⁵¹ Im Kanton Basel-Stadt genehmigt der Grosse Rat die Höhe des Dotationskapitals und nimmt Kenntnis von Jahresbericht und Jahresrechnung.⁵²

In die Hauptzuständigkeit des Parlaments fallen primär der Erlass der Gesetze, die Budgethoheit und die staatliche Oberaufsicht.⁵³ In der Bestimmung darüber jedoch, wie die Eigentumsrechte des Kantons

in einem verselbständigten Sondervermögen – wie es in einer Kantonalbank gegeben ist – wahrzunehmen sind, liegen Akte weder der Normsetzung noch der Haushaltfestsetzung oder der staatlichen Oberaufsicht. Darin liegen vielmehr Akte der Exekutive in der Wahrnehmung der kantonalen Eigentümerrechte an dem Sondervermögen des Kantons.

Nur der *Regierungsrat* kann Gewähr bieten, dass das für die Eigentümerrechte zuständige Organ gleichzeitig auch die oberste Entscheidungsgewalt auf der Eigentümerebene besitzt, d.h. das Stimmrecht im Sinne der Wahl und Abwahl der Mitglieder des obersten Leitungs- und Aufsichtsorgans der Kantonalbank und der Genehmigung der Jahresrechnung sowie die Beschlussfassung über eine allfällige Eigentümerstrategie des Kantons.

Im System der Gewaltenteilung ist es die *Exekutive*, die einerseits dazu berufen ist, das Kantonsvermögen gegenüber Dritten zu vertreten, und die andererseits die Kompetenz hat, den staatlichen Organen Weisungen zu erteilen. Dies gilt insbesondere gegenüber Kantonalbanken in der Rechtsform einer selbständigen Anstalt und einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft.

Soll die Corporate Governance wirklich den Vorrang vor einer *Political Governance* haben, dürfte die Exekutive auch aufgrund ihrer Sachkenntnis und Zusammensetzung in der Regel *funktional klar besser geeignet* sein, auf der Eigentümerebene einen effizienten Entscheidungs- und Kontrollprozess zu gewährleisten, als das eher auf politischen Machtausgleich bedachte Parlament.

Aus der Sicht nicht nur des öffentlichen Rechts, sondern vor allem der Corporate Governance ist es entscheidend, dass diejenige staatliche Stelle die Funktionen der Eigentümerebene wahrnimmt, die *effektiv dazu berufen* ist, die Eigentümerrechte und -pflichten am organisatorisch verselbständigten Staatsvermögen wahrzunehmen.

2. Rolle des Kantonsparlaments: staatliche Oberaufsicht

Ist der Regierungsrat zuständig für die Wahrnehmung der Befugnisse und Vertretung der Eigentümerebene stellt sich die Frage, welche Rolle das Kantons-

den sollten, Empfehlungen des Branchenverbandes zur Corporate Governance».

⁵¹ § 11 Abs. 2 des Zürcher Kantonalbankgesetzes.

⁵² § 16 lit. b und c des Gesetzes über die Basler Kantonalbank.

⁵³ So auch Böckli (Fn. 35), 1163 sowie NZZ Nr. 243 vom 19. Oktober 2007, 25: «Wie Kantonalbanken geführt wer-

parlament im Gefüge der Governance der Kantonalbank hat, was die von ihm wahrgenommene staatliche Oberaufsicht genau beinhaltet und wie weit diese in Bezug auf die Kantonalbank reicht.

2.1 Indirekte, distanziert-politische Aufsicht über die Aufgabenerfüllung durch die Kantonalbank

Die Aufsicht durch ein Staatsorgan dient dazu, staatliche Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen daraufhin zu überprüfen, ob sie bestimmten Kriterien entsprechen oder nicht. Für die *Exekutive* ist die Aufsicht in der Regel ein *Bestandteil des Führungsprozesses*; sie soll der zuständigen Behörde gestatten, korrigierend in die Erledigung der Regierungs- und Verwaltungsangelegenheiten einzugreifen. Aufsicht kann aber auch ein *Instrument der Gesamtschau* sein und nicht auf die Korrektur laufender Geschäfte abzielen, sondern auf eine Standortbestimmung und Kontrolle im Hinblick auf die Erfüllung von Staatsaufgaben. Eine solche Gesamtschau erfordert eine gewisse Distanzierung des beaufsichtigenden Organs vom Sachgeschäft und bezieht sich in der Regel auf Akte, die ausserhalb seines eigenen Verantwortungsbereichs liegen.⁵⁴ Diese Form der *Fremdkontrolle* übt das Kantonsparlament gegenüber dem Regierungsrat und den ausgegliederten Aufgabenträgern wie einer Kantonalbank aus.

Primär soll gewährleistet werden, dass die Staatsaufgaben im Sinne der Zwecksetzung erfüllt werden. Nicht bezweckt wird, mittels Korrekturinstrumenten in laufende Geschäfte einzugreifen.⁵⁵ Während der Regierung – als Bestandteil der Führungsaufgabe – leitende und führende Kompetenzen zukommen,⁵⁶ erschöpft sich die Oberaufsicht grundsätzlich in einer eher politischen Überwachung.⁵⁷ Die parlamentarische Oberaufsicht dient grundsätzlich dazu, die *politische Verantwortung des Regierungsrates* als Eigentümervertreter gelten zu machen und zu überwachen. Oberaufsicht des Parlaments und Aufsicht der Exekutive verhalten sich mithin *akzessorisch* bzw. *kongruent* zueinander.⁵⁸ Das Recht und die Pflicht zur

Oberaufsicht können mit anderen Worten nicht weiter gehen als die Aufsichtskompetenz der Exekutive.⁵⁹ Die Oberaufsicht erfolgt sodann in der Regel *ex post* und *soll nicht unmittelbar auf das operative Geschäft einwirken*; sie soll dem Parlament vielmehr dazu dienen, eine Gesamtsicht aus einer gewissen Distanz zu erlangen.⁶⁰

Das Parlament, das die Kantonalbank durch gesetzgeberischen Akt geschaffen hat, überprüft das Verhalten der seiner Oberaufsicht unterstehenden Instanzen nach den Kriterien der Rechts-, Ordnungs- und Zweckmässigkeit sowie der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit. Die Instrumente der Oberaufsicht sind somit *nicht bindend*; es bestehen im Rahmen der Oberaufsicht insbesondere *keine Entscheidungs- und Weisungsrechte*.⁶¹ So kann das Parlament im Rahmen seiner Oberaufsicht Beschlüsse und Verfügungen der Behörden und Amtsstellen *nicht aufheben* und ihnen auch keine Weisungen für ihr künftiges Verhalten erteilen. Die Oberaufsicht hat grundsätzlich nur *politische* und *keine rechtlichen Folgen*. Im Vordergrund stehen die *Informationsrechte* der Parlamentarier und insbesondere der jeweiligen Kommissionen des Parlaments sowie die *Entgegennahme von Berichten*, in denen die Exekutive über ihre Tätigkeit Rechenschaft ablegt. Sodann liegt es im Rahmen der Oberaufsicht, Empfehlungen und Kritik zu äussern.⁶² In Bezug auf die Kantonalbank nimmt das Parlament typischerweise Kenntnis von der Eigentümerstrategie, dem Beteiligungsbericht sowie dem Geschäftsbericht und der Jahresrechnung der Kantonalbank.

2.2 Informationsrechte des Parlaments in Bezug auf die Kantonalbank und deren Schranken

2.2.1 Gegenstand des Informationsrechts

Es liegt auf der Hand, dass das Kantonsparlament die Oberaufsichtsfunktion über die Beteiligungen mit ausgegliederten Kantonsaufgaben nur wahrnehmen kann, wenn ihm auch die hierfür erforderlichen *In-*

⁵⁴ Philippe Mastroradi, Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle, Basel 1991, 3 ff.

⁵⁵ Georg Müller/Stefan Vogel, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbstständigte Träger von Bundesaufgaben, ZBl 2010, 649 ff.

⁵⁶ Müller/Vogel (Fn. 55), 651.

⁵⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 18), N 1725.

⁵⁸ Thurnherr/Fuhrmann (Fn. 26), 81.

⁵⁹ René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, Basel 2016, N 2363; Müller/Vogel (Fn. 55), 660.

⁶⁰ Andreas Lienhard/August Mächler/Agata Zielniewicz, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017, 360; Müller/Vogel (Fn. 55), 650 f.

⁶¹ Vögeli (Fn. 1), 45.

⁶² Patrick Freudiger, Anstalt oder Aktiengesellschaft? Zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen, Diss. Bern 2016, 335.

formations- und Auskunftsrechte zugestanden werden. Die wichtigsten Informationsquellen sind dabei die Geschäftsberichte, die Jahresrechnungen sowie die Beteiligungsberichte. Die Oberaufsicht des Parlaments im Bereich der Beteiligungen ist, wie erwähnt, grundsätzlich eine *indirekte*; Adressat der Oberaufsicht ist primär der Regierungsrat. Entsprechend sind auch die Informationsrechte des Parlaments und seiner Finanzkommission in Bezug auf die Beteiligungen des Kantons grundsätzlich indirekt über den Regierungsrat geltend zu machen. Die Informationsrechte dürfen grundsätzlich nur insoweit ausgeschöpft werden, als dies für die Wahrnehmung der Oberaufsichtsfunktion erforderlich ist.

2.2.2 Schranken des Informationsrechts

Der konkrete Umfang dieses Informationsrechts ergibt sich dabei letztlich aus der Negativumschreibung der *rechtlichen Schranken* gemäss den auf die Kantonalbank anwendbaren Regulierungen:

2.2.2.1 Aktien- und bankenaufsichtsrechtliche Schranken des Informationsrechts

Die Oberleitung und die Kontrolle der Bank fällt in die unentziehbare Kernkompetenz des Bank- bzw. Verwaltungsrates. Das ergibt sich nicht nur bei einer als Aktiengesellschaft konstituierten Kantonalbank aus Art. 716a Abs. 1 OR, sondern auch bei einer als selbständige Anstalt errichteten Kantonalbank aus dem Bankenaufsichtsrecht. Was unter Oberleitung und Kontrolle einer Bank zu verstehen ist, wird konkretisiert durch das FINMA-Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance – Banken», welches sich wiederum auf Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG stützt. Das Informationsrecht der Finanzkommission kann in ein Spannungsfeld zur Oberleitungskompetenz und Organisationsautonomie des Verwaltungs- bzw. Bankrates treten, wenn sie auf einen kontrollierenden Zugriff in die *dem Bankrat unentziehbar anvertraute Sphäre* hinausläuft. Denn alle internen Kontrollen konvergieren letztlich zum Spitzenorgan, dem Bankrat. Die Finanzkontrolle und die interne Revision zum Geschäftsgang im Inneren der Bank ist diesem unentziehbar und unübertragbar zugewiesen.⁶³ An-

laufstelle für die Ergebnisse der internen Revision und des internen Kontrollsystems überhaupt ist stets der Bankrat.

2.2.2.2 Kapitalmarktrechtliche Schranken des Informationsrechts

Sind die Anteile der Kantonalbank an einem Handelsplatz kotiert oder gibt die Kantonalbank börslich gehandelte Zertifikate heraus («Zulassung einer Effekte zum Handel an einer Börse»),⁶⁴ ist die Kantonalbank zudem in ein zusätzliches, sehr weitreichendes Geflecht rechtlicher Beziehungen eingebunden. Es kommen *Sonderregeln* für Publikumsgesellschaften zur Anwendung, die sich aus dem *Kapitalmarktrecht* ergeben. Die Wirkung des Kapitalmarktrechts kann weitgehend mit einem einzigen Stichwort zusammengefasst werden: «*level playing field*».⁶⁵ Im Ergebnis bestehen zusätzliche *Informationsverbote* einerseits und *Informationsgebote* andererseits für die vom Kanton beherrschte Bank – Regeln, die in der Praxis mit starken Sanktionen durchgesetzt werden:

- Das *Insiderstrafrecht*⁶⁶ ist im vorliegenden Fall mit dem Mitteilungsverbot viel wichtiger als mit dem Transaktionsverbot; diese strafrechtlichen Vorschriften gelten für die Kantonalbankentitel oder -zertifikate während der kritischen Zeitspanne nach dem Eintritt eines kursrelevanten Ereignisses in der Unternehmenssphäre: Tritt das noch nicht öffentlich bekannte kursrelevante Ereignis auf, müssen alle im Insiderstrafrecht definierten Personen die Information strikte für sich behalten, bis das Ereignis öffentlich bekannt wird. Dieses *Informationsverbot* belastet auch den typischerweise vorgesehenen Informationsaustausch zwischen dem Kanton und der Kantonalbank. Eine strikte interne Ordnung der Informationsverbote und eine Überwachung ihrer effektiven Einhaltung («*compliance*») ist unerlässlich.

⁶⁴ Art. 2 lit. f FinfraG.

⁶⁵ Art. 1 Abs. 2 FinfraG. Vgl. Peter V. Kunz, Kotierung sowie Dekotierung – oder: «Werden» und «Sterben» der Publikumsgesellschaften, GesKR 2006, 117 ff., 131 f.; Böckli (Fn. 37), § 7 N 51a; Peter Böckli/Christoph B. Bühler, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 2005, 101 ff., 110; ZK-Bühler (Fn. 16), Art. 715a N 13 ff.

⁶⁶ Art. 154 FinfraG.

⁶³ Der Begriff der «Finanzkontrolle» des Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR wird heute umfassender verstanden als Zuständigkeit für die Gestaltung und Überwachung des gesamten internen Kontrollsystems.

- Die *Ad hoc*-Publizität⁶⁷ enthält umgekehrt ein *Informationsgebot* für kursrelevante, noch vertrauliche Ereignisse in der Unternehmenssphäre. Die konkrete Erfassung, Analyse und Umsetzung in eine knappe und objektiv richtige Information erfordert eine zweckmässige interne Organisation und bedarf einer ständigen Überwachung. Die Grosszahl der *Ad hoc*-Mitteilungen enthält – abgesehen von den obligatorischen, sofort öffentlich zu machenden Jahres- und Zwischenabschlüssen – typischerweise negative Tatsachen, d.h. einen wirtschaftlichen Misserfolg oder einen Schadens- oder Haftungsfall im Unternehmen. Daher besteht eine Versuchung zu einer Zurückhaltung gegenüber der Aussenwelt und einer selektiven Vorabinformation an den beherrschenden Eigner. Die Bewältigung dieses in den beiden Systemen, demjenigen des Kapitalmarktrechts und jenem des öffentlichen Rechts, angelegten Widerspruchs ist ein Hauptproblem eines börsenkotierten ausgegliederten Aufgabenträgers des Kantons.

Insgesamt schränkt das *Kapitalmarktrecht* die Handlungsfreiheit der Kantonalbank und namentlich den Anspruch des Kantons auf einen selektiven Zugang von Informationen zu wichtigen, d.h. im typischen Fall kursrelevanten, Informationen ein. Es erzwingt gleichzeitig eine breite Information der Öffentlichkeit auch über Einzelheiten, deren Verbreitung dem Kanton oder den weiteren Stakeholdern der Kantonalbank unerwünscht sein kann. Infolge der Börsenkotierung der Kantonalbank oder von deren Zertifikaten befinden sich bei der Kantonalbank nicht nur professionelle «*players*» auf der Bühne des Geschehens – Finanzanalysten, «*proxy advisors*» und dann auch klagefreudige aktivistische Investoren –, deren Aktionen sich dem Einfluss des Kantons weitgehend entziehen,⁶⁸ sondern auch die sehr kritisch arbeitenden Stellen der SIX Swiss Exchange und gegebenenfalls die Strafverfolgungsbehörden.

Die Information des Kantons über den Geschäftsgang und andere wichtige Angelegenheiten kann

sich mithin *nicht auf eigentliche Interna im Geschäfts- und Führungsbereich der Bank* beziehen und grundsätzlich auch nicht proaktiv oder im Sinne eines laufenden «*Controllings*» des operativen Geschäftsgangs erfolgen, sondern erstreckt sich vor allem auf einen Austausch von Informationen, welche dem Parlament oder dessen Finanzkommission zur Verfügung zu stellen sind, damit diese ihre Aufgaben im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht im Sinne einer *nachträglichen äusseren Kontrolle (Soll-Ist-Vergleich)* wahrnehmen kann.

IV. Schlussfolgerungen

Das Kernanliegen der Corporate Governance liegt letztlich im Bestreben, die verschiedenen Ebenen eines Unternehmens so zu konstituieren, dass jede von ihnen ihre ganz spezifischen Funktionen unter den bestmöglichen Voraussetzungen erfüllen kann.⁶⁹ Deshalb ist bei der Ausgestaltung und Wahrnehmung der Governance einer Kantonalbank darauf abzielen, dass auf den vorgegebenen fünf Ebenen – hierarchisch von unten nach oben betrachtet – Folgendes eingerichtet wird:⁷⁰

- Die *Geschäftsleitung* – in diesem Sinne auf der unteren Ebene – soll wirklich umfassend zuständig sein für die Leitung der täglichen Geschäfte und die Vertretung nach aussen. Das Management soll, obwohl es vom Oberleitungs- und Aufsichtsorgan eingesetzt und überwacht wird, im Rahmen der ihm zustehenden Kompetenzen eigenverantwortlich tätig sein. Es soll geschützt werden gegen irgendwelche gezielten Interventionen in die Führung der Geschäfte, aus der Ebene der Oberleitung und Überwachung.
- Das *Oberleitungs- und Aufsichtsorgan* – der Bank- oder Verwaltungsrat auf der mittleren Ebene – soll alle Informationen erhalten, die für seine Aufgabe notwendig sind, und sowohl nach oben, gegenüber der Eigentümerebene, als auch nach unten, gegenüber der Geschäftsleitung, wirksam vor Behinderungen und einer Einschränkung seiner Kompetenzen geschützt werden. Dieses Organ soll wirklich selbst die Strategie und das Geschäftsmodell festlegen – wenn auch in engster Zusammenarbeit mit der Geschäfts-

⁶⁷ Art. 53 Kotierungsreglement SIX Exchange Regulation.

⁶⁸ Vgl. dazu ZK-Bühler (Fn. 16), Vor Art. 707–726 N 431 ff.; Peter Böckli, Proxy Advisors: Risikolose Stimmenmacht mit Checklisten, SZW 2015, 209 ff., 210; Urs Bertschinger, Proxy Advisors – Fluch oder Segen in der Corporate Governance?, SZW 2015, 461 ff.

⁶⁹ Böckli (Fn. 35), 1163; Lienhard (Fn. 26), 43 ff.

⁷⁰ Vgl. auch Koch (Fn. 1), 404.

- leitung, die aber nie das letzte Wort haben darf –, und es soll selber die Grundlinien der Aufsicht, der internen Kontrolle und der internen Revision gestalten und überwachen.⁷¹ Und es soll wirklich ihm (und niemand anderem) anheimfallen, gegenüber der Geschäftsführung die nötigen Weisungen zu erlassen, ohne dass die Eigentümerebene sich in diese Funktionen im Einzelnen einmischt.
- Der *Eigentümerebene* – der oberen Ebene –, die durch den *Regierungsrat* vertreten wird, sollen die wichtigsten Genehmigungsentscheide zustehen. Diese Ebene soll die Wahlkompetenz und, in Bezug auf den Jahresabschluss und den Geschäftsbericht der Kantonalbank, eine Genehmigungskompetenz haben.
 - Die *Ebene des Parlaments* – die alleroberste Ebene – hat gegenüber dem Regierungsrat als dem Staatsorgan, das die Eigentümerfunktion wahrnimmt, schliesslich alle Rechte der *staatlichen Oberaufsicht* im Sinne einer indirekten, distanziert-politischen Aufsicht über die Aufgabenerfüllung durch die Kantonalbank.
 - Auf der übergeordneten *Bundesebene* nimmt schliesslich die FINMA die *fachliche Aufsicht* über die Einhaltung der finanzmarktrechtlichen Rahmenbedingungen durch die Kantonalbank wahr; sie wacht dabei unter anderem auch darüber, dass die von ihr beaufsichtigten Finanzinstitute ein vorbildliches Risikomanagement betreiben und fördert insoweit eine verantwortungsvolle Corporate Governance.⁷²

⁷¹ Lienhard (Fn. 26), 62.

⁷² Vgl. Strategische Ziele der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht für die Periode 2021–2024, Ziel 3; vgl. dazu auch Thomas Bauer, Governance im Fokus der Bankenaufsicht, Neue Wegleitung der FINMA betreffend Mutation von Gewährsträgern, EF 2021, 608 ff.