



Rechtsgutachten zur Tragweite von Artikel 53 der Kantonsverfassung

Abklärungen im Zusammenhang mit der Motion 278-2021 Brönnimann (Mittelhäusern, glp) «Der Kanton Bern schafft die rechtlichen Grundlagen, um die Aktienmehrheit an der BEKB abzugeben»

Bericht des Regierungsrates

Datum RR-Sitzung:	16. August 2023
Geschäftsnummer:	2023.FINGS.138
Direktion:	Finanzdirektion
Klassifizierung:	Nicht klassifiziert

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....2

1. Ausgangslage.....3

2. Fragen an den Rechtsgutachter3

3. Ergebnis des Rechtsgutachtens4

4. Überlegungen des Regierungsrates5

4.1 Neue Ausgangslage in Bezug auf die Frage nach einer Reduktion
des kantonalen Mehrheitsanteils an der BEKB5

4.2 Regierungsrat lehnt eine Reduktion der kantonalen
Mehrheitsbeteiligung an der BEKB auf unter 50 Prozent derzeit ab6

5. Antrag an den Grossen Rat.....8

1. Ausgangslage

Anlässlich der Herbstsession 2022 hat der Grosse Rat die Motion 278-2021 Brönnimann (Mittelhäusern, glp) «Der Kanton Bern schafft die rechtlichen Grundlagen, um die Aktienmehrheit an der BEKB abzugeben» beraten. Der Regierungsrat beantragte dem Grossen Rat die Annahme aller drei Ziffern in Form eines Postulats. Die Motion beinhaltete die drei folgenden Forderungen:

1. Dem Grossen Rat sind alle in seine Kompetenz fallenden Rechtsanpassungen vorzulegen, die nötig sind, damit der Kanton Bern keine Mehrheitsbeteiligung an der BEKB mehr halten muss.
2. Die Streichung von Artikel 53 aus der Kantonsverfassung ist einzuleiten.
3. In einem Gutachten ist zu klären, ob der Kanton Bern sich auch unter Beibehaltung von Artikel 53 in der Kantonsverfassung von seiner Aktienmehrheit trennen kann.

Ziffer 1 wurde durch den Grossen Rat am 14. September 2022 mit 88 zu 57 Stimmen als Motion, die Ziffern 2 und 3 mit 85 zu 59 Stimmen (Ziffer 2) bzw. mit 87 zu 55 Stimmen (Ziffer 3) beide als Postulat überwiesen.

In der Folge beschloss der Regierungsrat, in einem ersten Schritt ein Rechtsgutachten einzuholen um zu klären, ob sich der Kanton von seiner Aktienmehrheit (51.5% des Aktienkapitals) trennen kann, wenn Artikel 53 der Kantonsverfassung (*«Der Kanton betreibt zur Förderung der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung eine Bank. Sie unterstützt den Kanton und die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben.»*) unverändert beibehalten wird.

2. Fragen an den Rechtsgutachter

Gestützt auf den vorstehend erwähnten Beschluss des Regierungsrates beauftragte die Finanzdirektion Anfang Oktober 2022 Herrn Prof. Dr. Giovanni Biaggini, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens.

Mit dem Rechtsgutachten sollten die folgenden Fragen geklärt werden:

- Frage 1:
«Kann der Kanton Bern sich von seiner Aktienmehrheit an der BEKB trennen, wenn Artikel 53 der Kantonsverfassung unverändert beibehalten wird?»
- Frage 2:
«Falls Frage 1 mit Nein beantwortet wird: In welche Richtung müsste Artikel 53 KV umformuliert werden?»
- Frage 3:
«Gibt es bei einer Minderheitsbeteiligung des Kantons rechtliche Untergrenzen zu beachten?»
- Frage 4:
«Hat der Gutachter ergänzende Bemerkungen anzubringen?»

3. Ergebnis des Rechtsgutachtens¹

Ende Februar 2023 wurde das Rechtsgutachten der Finanzdirektion zugestellt. Die Gutachtensfragen betreffend Artikel 53 der Kantonsverfassung (KV) wurden nach Meinung des Regierungsrates durch Prof. Dr. Biaggini sorgfältig und schlüssig beantwortet.

Die Analyse von Artikel 53 KV durch Prof. Dr. Biaggini hat im Lichte verschiedener Auslegungsgesichtspunkte sowie der Rechtsentwicklung auf Bundesebene ergeben, dass eine blosser Minderheitsbeteiligung des Kantons Bern an der BEKB zwar mit dem Bundesrecht in Einklang stünde (sofern die Mindestbeteiligung von mehr als einem Drittel gemäss Artikel 3a des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen [SR 952.0] gewahrt bleibt), dass sie aber nicht mit Artikel 53 KV vereinbar wäre. Gemäss dem Rechtsgutachten verpflichtet Artikel 53 KV den Kanton, eine (Kantonal-)Bank zu betreiben. Dies wiederum setzt voraus, dass der Kanton bestimmenden Einfluss auf diese Bank nehmen kann. Dies wäre gestützt auf das Rechtsgutachten bei einer Minderheitsbeteiligung nicht ausreichend gewährleistet.

Demzufolge müsste für eine allfällige Reduktion der Mehrheitsbeteiligung des kantonalen Aktienanteils auf unter 50 Prozent des Aktienkapitals an der BEKB zwingend vorgängig eine Verfassungsänderung vorgenommen werden, die der obligatorischen Volksabstimmung unterstehen würde.

Mit dem Rechtsgutachten wird somit auch die in der Begründung des Vorstosstextes zur Motion 278-2021 enthaltene Frage geklärt. In der Begründung zum Vorstosstext wurde vorab festgehalten, die gesetzlichen Grundlagen seien dahingehend zu ändern, dass der Kanton nicht mehr gezwungen sei, eine Mehrheitsbeteiligung zu halten. Insbesondere sei Artikel 3 des Gesetzes über die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank (AGBEKBG; BSG 951.10) so zu ändern, dass eine Minderheitsbeteiligung möglich sei. Anschliessend wurde dargelegt, es sei eine interessante Rechtsfrage, ob es für diese Änderung auch eine Änderung von Artikel 53 der Kantonsverfassung brauche. Die Motionäre hielten im Weiteren fest, es liege sowohl im Interesse der Regierung, des Parlaments wie auch der BEKB selber diese (und weitere) Fragen zu klären.

Mit Vorliegen des Gutachtens herrscht über diese Frage(n) nun Klarheit: Eine Anpassung der gesetzlichen Grundlagen reicht allein nicht aus, um den kantonalen Anteil am Aktienkapital der BEKB auf unter 50 Prozent zu reduzieren. Oder anders ausgedrückt: Eine Anpassung von Artikel 3 AGBEKBG (*«Der Kanton Bern verfügt kapital- und stimmenmässig über die absolute Mehrheit in der Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank.»*) durch den Grossen Rat erfordert vorab zwingend eine Anpassung von Artikel 53 der Kantonsverfassung.

Sofern der Kanton sich von der kantonalen Mehrheitsbeteiligung an der BEKB trennen möchte, sieht der Gutachter zwei Möglichkeiten, hinsichtlich der hierfür notwendigen Anpassung von Art. 53 KV:

1. Zum einen könnte in Artikel 53 KV BE das Verb «betreiben» durch ein Verb ersetzt werden, das auch eine Minderheitsbeteiligung zulässt (z.B. «sich beteiligen»),
2. zum anderen könnte Artikel 53 KV als «Kann»-Bestimmung formuliert werden.

Die beiden Ansätze liessen sich gemäss dem Gutachter im Übrigen auch kombinieren.

¹ Vgl. Beilage

4. Überlegungen des Regierungsrates

Der Regierungsrat hat Ende März 2023 Kenntnis von den Ergebnissen des Rechtsgutachtens genommen und beschlossen, den Grossen Rat mittels eines Berichts über die Ergebnisse des Rechtsgutachtens bzw. die Ergebnisse der Prüfaufträge gemäss den Ziffern 2 und 3 der Motion 278-2021 zu informieren.

Demzufolge orientiert der Regierungsrat nachstehend über seine Überlegungen zur kantonalen Mehrheitsbeteiligung an der BEKB.

4.1 Neue Ausgangslage in Bezug auf die Frage nach einer Reduktion des kantonalen Mehrheitsanteils an der BEKB

Nach Auffassung des Regierungsrates hat sich mit Vorliegen des Gutachtens von Prof. Biaggini eine neue politische Ausgangslage ergeben. So war im Rahmen der Debatte über die M 278-2021 anlässlich der Herbstsession 2022 weder dem Regierungsrat noch den Mitgliedern des Grossen Rates abschliessend klar, dass die Reduktion des kantonalen Mehrheitsanteils an der BEKB auf unter 50 Prozent des Aktienkapitals zwingend eine Verfassungsänderung und somit eine Volksabstimmung bedingt. Zwar hielt der Regierungsrat bereits im Jahr 2005 gestützt auf ein Kurzgutachten des damaligen Staatsschreibers in einer Vorstossantwort² fest, dass der Kanton seine Beteiligung an der BEKB nicht bis zu einem Anteil von 33 1/3 Prozent reduzieren könne, ohne dass dabei Artikel 53 KV geändert werden müsse. In der Zwischenzeit wurden zu dieser Thematik indessen nie vertiefte Abklärungen angestellt.

Mit Ziffer 1 der Motion 278-2021 wurde der Regierungsrat im September 2022 beauftragt, dem Grossen Rat alle in seine Kompetenz fallenden Rechtsanpassungen vorzulegen, damit der Kanton keine Mehrheitsbeteiligung mehr an der BEKB halten muss. Dabei wurde in der Begründung zum Vorstoss gefordert, Artikel 3 AGBEKBG sei dahingehend zu ändern, dass auch eine Minderheitsbeteiligung möglich sei.

Wie das Gutachten nun zeigt, ist die geforderte Anpassung des AGBEKBG ohne eine vorgängige Revision von Artikel 53 KV aber nicht möglich. Der Regierungsrat kann dem Grossen Rat somit nicht in Erfüllung der überwiesenen Ziffer 1 der Motion 278-2021 eine Revision von Artikel 3 des AGBEKBG vorlegen. Vielmehr müsste er dem Grossen Rat vorgängig eine Vorlage zur Revision von Artikel 53 KV unterbreiten, welche anschliessend den Bürgerinnen und Bürger zur Abstimmung vorzulegen wäre. Die politische Hürde, um eine Reduktion des kantonalen Mehrheitsanteils an der BEKB vorzunehmen, liegt damit sehr hoch.

Eine neue Ausgangslage besteht nach Meinung des Regierungsrates in der Zwischenzeit aber auch in Bezug auf die aktuellen Rahmenbedingungen der BEKB bzw. der Finanzinstitute ganz generell:

Am 19. März 2023 informierte der Bundesrat über die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS «(...) *zum Schutz der Finanzstabilität und der Schweizer Volkswirtschaft*»³. Mit der sehr kurzfristig erfolgten Übernahme der Credit Suisse haben sich das allgemeine Umfeld bzw. die Rahmenbedingungen auf dem Finanzplatz Schweiz in kürzester Zeit erheblich verändert. Die Turbulenzen rund um die Credit Suisse – aber auch die wirtschaftlichen Schwierigkeiten ver-

² vgl. Antwort des Regierungsrates auf die Motion 181-2005 Meyer (Roggwil, SP) Henne, die goldene Eier legt

³ vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. März 2023 *Sicherung der Finanzmarktstabilität: Der Bundesrat begrüsst und unterstützt die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS*

schiedener Regionalbanken in den USA – haben bei Bankkundinnen und -kunden hohe Unsicherheit ausgelöst. Auch bei der BEKB gingen in diesem Zusammenhang viele besorgte Anfragen ein.

In der Zwischenzeit haben sich die Wogen rund um Übernahme der Credit Suisse durch die UBS wieder etwas geglättet. Für den Regierungsrat steht jedoch ausser Frage, dass das Vertrauen in den Finanzplatz Schweiz erheblich gelitten hat. Gleichzeitig bestehen immer noch viele offene Fragen rund um die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS. Mittlerweile steht fest, dass auf Bundesebene eine parlamentarische Untersuchungskommission (PUK) die Geschehnisse rund um die Credit Suisse umfassend politisch aufarbeiten wird.

Für den Regierungsrat ist klar, dass in einem solchen Umfeld jegliche Veränderungen am Beteiligungsanteil des Kantons an der BEKB in der Bevölkerung auf grosse Skepsis stossen würden. Daran dürfte sich kurz- bis mittelfristig kaum etwas ändern. Der BEKB ist es gelungen, seit ihrer Krise Anfang der Neunzigerjahre mit einer kohärenten und glaubwürdigen Strategie viel Vertrauen aufzubauen. Dieses stellt letztlich das wichtigste Kapital eines Finanzinstituts dar. Umso wichtiger sind nach Auffassung des Regierungsrates auch in Zukunft verlässliche und sowohl für die rund 470'000 Kundinnen und Kunden, die mehr als 50'000 Aktionärinnen und Aktionäre wie auch für die über 1'000 Mitarbeitenden der BEKB stabile und berechenbare Verhältnisse.

Dazu gehört auf der einen Seite eine klare Trennung der politischen und unternehmerischen Verantwortlichkeiten. So verzichtet der Kanton auf eine Vertretung im Verwaltungsrat der BEKB. Auf der anderen Seite erwartet der Regierungsrat von der BEKB eine vorsichtige, nachhaltige und verantwortungsvolle Geschäfts- und Risikopolitik⁴.

4.2 Regierungsrat lehnt eine Reduktion der kantonalen Mehrheitsbeteiligung an der BEKB auf unter 50 Prozent derzeit ab

Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen lehnt der Regierungsrat sowohl eine Anpassung von Artikel 53 KV wie auch den mit Ziffer 2 überwiesenen Prüfauftrag nach «Einleitung der Streichung von Artikel 53 aus der Kantonsverfassung» derzeit ab. So schätzt der Regierungsrat die Aussichten, dass das bernische Stimmvolk kurz- bis mittelfristig einer Anpassung oder gar Streichung von KV Artikel 53 zustimmen würde, als gering ein. Dies nicht zuletzt auch angesichts der starken Verankerung der BEKB im Kanton Bern.

Hinzu kommt, dass für den Regierungsrat weiterhin eine Vielzahl von Gründen für den vorläufigen Beibehalt der kantonalen Mehrheitsbeteiligung an der BEKB sprechen. Dazu gehören unter anderem finanzpolitische Überlegungen. So würde eine Reduktion der Kantonsbeteiligung auf beispielsweise 33,4 Prozent aktuell (Stand 27. Juli 2023) zu einem Verkaufserlös von rund CHF 402 Mio. führen. Nach Abzug des Bilanzwertes der veräusserten Aktien von CHF 34 Mio. würde der Kanton Bern einen Buchgewinn von CHF 368 Mio. realisieren. Dieser würde im Jahr des Verkaufs in der Erfolgsrechnung vereinnahmt. Im derzeitigen Zinsumfeld würde dies die Passivzinsen um ca. CHF 3,9 Mio. verringern. Demgegenüber stünden allerdings Mindererträge aus den entgangenen Dividenden auf den verkauften Aktien von CHF 16,2 Mio. Zusammenfassend würde sich eine Reduktion des kantonalen Aktienanteils an der BEKB auf 33,4 Prozent derzeit nachteilig auf die Erfolgsrechnung auswirken (ca. minus CHF 12,3 Mio. pro Jahr). Hinzu kommt, dass sich die Dividendenerträge in den vergangenen Jahren positiv entwickelt haben. Mit dem Verkauf eines Teils der Beteiligung könnte der Kanton an dieser Entwicklung zukünftig nicht mehr vollumfänglich partizipieren. Die Reduktion auf einen Drittel würde sich für den Kanton somit aus einer finanzpolitischen Optik als nachteilig erweisen.

⁴ vgl. dazu die Eignerstrategie zur BEKB vom 21. Dezember 2022 (RRB 1385/2022).

Daneben gelten nach Auffassung des Regierungsrates weiterhin die bereits in der Antwort auf die Motion 278-2021 angestellten Überlegungen, welche für den Beibehalt der Mehrheitsbeteiligung sprechen («Starke Verwurzelung der BEKB in der bernischen Volkswirtschaft», «Minderheitsbeteiligung verringert Einflussnahme», «Nachhaltige und positive Entwicklung dank stabilen Besitzverhältnissen», «Auswirkungen auf Aktionariat schwer abschätzbar»).

Schliesslich weist der Regierungsrat darauf hin, dass der Kanton Bern in Bezug auf die Rahmenbedingungen seiner Beteiligung an der BEKB weiterhin deutlich fortschrittlicher als andere Kantone ist. So verfügen neben der BEKB nur gerade noch die Waadtländer und die Genfer Kantonalbank über keine wettbewerbsverzerrende Staatsgarantie mehr. Weiter ist neben der BEKB ausschliesslich die Luzerner Kantonalbank als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert. Aufgrund ihrer Rechtsform ist die BEKB zudem – im Gegensatz zu zahlreichen anderen Kantonalbanken – steuerpflichtig.

Darüber hinaus liegt der kantonale Beteiligungsanteil bei den meisten Kantonalbanken deutlich höher als derjenige des Kantons Bern. Der Regierungsrat macht in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam, dass von den 24 Kantonalbanken derzeit nur gerade ein Finanzinstitut einen kantonalen Beteiligungsanteil von unter 50 Prozent aufweist. Dabei handelt es sich um die Banque Cantonale de Genève (BCGE) mit 44,27 Prozent. Allerdings ist mit der Stadt Genf (20,87%) und den Genfer Kommunen (7,43%) die öffentliche Hand auch noch stark an der BCGE beteiligt. Einen Anteil von 5,96 Prozent hält zudem die Pensionskasse des Kantons Genf (CPGE).

Dem Regierungsrat sind schliesslich zwei Kantone bekannt, welche sich in den beiden vergangenen Jahren intensiv mit der Höhe des Beteiligungsanteils an ihrer Kantonalbank auseinandergesetzt haben.

Zum einen hat im Kanton Baselland der Regierungsrat gestützt auf einen Prüfauftrag des Landrates eine strategische und risikobasierte Überprüfung der Eigentümerstrategie zur Basellandschaftlichen Kantonalbank BLKB bezüglich Rechtsform und Staatsgarantie vorgenommen. Bei der BLKB handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit Staatsgarantie. Der Kanton Baselland ist mit 73,73 Prozent an der BLKB beteiligt und verfügt über 100 Prozent der Stimmrechte. In einem Bericht des Regierungsrates an den Landrat im Jahr 2021 wurden insgesamt sechs mögliche Varianten (Fortsetzung Status Quo plus fünf Varianten) geprüft. Im Bericht stellte der Regierungsrat fest «(...). *Aus Sicht des Kantons als Haupteigner, aber auch aus Sicht der weiteren Stakeholder besteht zum gegenwärtigen Zeitpunkt kein dringender Handlungsbedarf zur Veränderung der kantonalen institutionellen Rahmenbedingungen der BLKB.*». Der Landrat bestätigte am 16. September 2021 im Rahmen der Beratung des Berichts die Haltung des Regierungsrates.

Zum anderen lehnten die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger an der Landsgemeinde des Kantons Glarus am 1. Mai 2022 eine Vorlage des Regierungsrates, welche auch im Landrat auf Zustimmung gestossen war, mit klarem Mehr ab. Die Vorlage sah vor, die Staatsgarantie abzuschaffen, die bisherige Mehrheitsbeteiligung auf eine Minderheitsbeteiligung zu reduzieren, auf die zwingende Vertretung im strategischen Führungsorgan zu verzichten und die heute spezialgesetzliche Aktiengesellschaft in eine privatgesetzliche Aktiengesellschaft umzuwandeln.

Der Regierungsrat schliesst eine Reduktion der kantonalen Mehrheitsbeteiligung auf unter 50 Prozent des Aktienkapitals längerfristig nicht aus. Gerade das Beispiel des Kantons Glarus zeigt allerdings, dass angesichts der hohen Hürde einer Volksabstimmung für eine Anpassung oder Streichung von Artikel 53 KV sowohl die politischen wie auch die gesellschaftlichen und finanziellen Rahmenbedingungen «stimmen» müssen. Dies ist nach Auffassung des Regierungsrates

aus den vorstehend erörterten Gründen derzeit nicht der Fall. Hinzu kommt, dass der Kanton Bern im schweizweiten Vergleich hinsichtlich seiner Beteiligung an der BEKB bereits heute gewissermassen eine «Vorreiterrolle» einnimmt. Der Regierungsrat erkennt demzufolge keinen Handlungsdruck, an der Höhe bzw. der Form der Beteiligung eine Anpassung vorzunehmen.

5. Antrag an den Grossen Rat

Gestützt auf seine vorstehenden Überlegungen sieht der Regierungsrat derzeit von einem Verzicht auf die kantonale Mehrheitsbeteiligung an der BEKB bzw. der Ausarbeitung einer Vorlage zur Anpassung oder gar Streichung von Artikel 53 KV ab.

Er beantragt deshalb dem Grossen Rat, vom vorliegenden Bericht Kenntnis zu nehmen und die als Motion angenommene Ziffer 1 sowie die als Postulat angenommenen Ziffern 2 und 3 im Rahmen der nächsten Berichterstattung über die parlamentarischen Vorstösse und Planungserklärungen abzuschreiben.

Beilagen

- Rechtsgutachten Prof. Biaggini
- Motion 278-2021 Brönnimann (Mittelhäusern, glp) «Der Kanton Bern schafft die rechtlichen Grundlagen, um die Aktienmehrheit an der BEKB abzugeben»