

Prof. Dr. iur. Giovanni Biaggini

Ordinarius für Staats-, Verwaltungs-
und Europarecht an der Universität Zürich

Freiestrasse 15, 8032 Zürich

Zur Tragweite von Art. 53 KV/BE («Kantonalbank»)

Abklärungen im Hinblick auf die Motion 278-2021

«Der Kanton Bern schafft die rechtlichen Grundlagen,
um die Aktienmehrheit an der BEKB abzugeben»

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag der

Finanzdirektion des Kantons Bern
Münsterplatz 12
3011 Bern

Zürich, 28. Februar 2023

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitende Bemerkungen.....	1
1.	Ausgangslage.....	1
2.	Auftrag und Gutachterfragen.....	2
3.	Herangezogene Unterlagen	2
4.	Vorgehen im Überblick	2
II.	Allgemeine Charakterisierung von Art. 53 KV/BE.....	3
III.	Der bundesrechtliche Rahmen für Kantonalbanken	5
1.	Der bundesrechtliche Begriff der Kantonalbank im Wandel	5
2.	Der schrittweise Abschied vom Sonderregime für Kantonalbanken	7
3.	Zum Erfordernis der Mindestbeteiligung (Art. 3a BankG).....	8
IV.	Zur Tragweite von Art. 53 KV/BE	10
1.	Auslegung von Verfassungsnormen im Allgemeinen.....	10
2.	Auslegung von Art. 53 KV/BE im Licht des Wortlauts.....	11
3.	Auslegung von Art. 53 KV/BE im Licht der Entstehungsgeschichte	13
4.	Auslegung von Art. 53 KV/BE in systematischer Hinsicht	15
5.	Auslegung von Art. 53 KV/BE im Hinblick auf den Regelungszweck	17
a.	Ausgangspunkt: der verfassungsrechtliche Auftrag der Kantonalbank	17
b.	Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags.....	18
c.	Zwischenfazit	22
6.	Ausgewählte rechtsvergleichende Hinweise	23
7.	Auslegung von Art. 53 KV/BE im Licht des übergeordneten Rechts.....	25
8.	Fazit	27
V.	Fragen im Hinblick auf eine allfällige Reform	28
1.	Wie müsste Art. 53 KV/BE allenfalls umformuliert werden?	28
2.	Rechtliche Untergrenzen bei einer Minderheitsbeteiligung des Kantons? ..	29
VI.	Zusammenfassung und Beantwortung der Gutachterfragen.....	30
	Anhang	33
1.	Abkürzungen	33
2.	Abgekürzt zitierte Literatur	33
3.	Materialien	34

I. Einleitende Bemerkungen

1. Ausgangslage

Die Ausgangslage stellt sich gemäss Auftraggeberin wie folgt dar:

«Der Grosse Rat des Kantons hat in der Herbstsession 2022 eine Motion von Grossrat Thomas Brönnimann (glp) behandelt, die verlangt, dass der Kanton die rechtlichen Grundlagen schafft, um die Aktienmehrheit an der Bernischen Kantonalbank BEKB abzugeben:

Der Kanton Bern schafft die rechtlichen Grundlagen, um die Aktienmehrheit an der BEKB abzugeben

Der Regierungsrat wird wie folgt beauftragt:

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 dabei als verbindliche Motion überwiesen, die Ziffern 2 und 3 als Postulat.

Artikel 53 Kantonsverfassung lautet wie folgt:

Art. 53 Kantonalbank

¹ Der Kanton betreibt zur Förderung der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung eine Bank. Sie unterstützt den Kanton und die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben.

Der Kanton Bern hält heute 4,8 Millionen BEKB-Aktien. Das entspricht 51,5 Prozent des Aktienkapitals.

Mit dem zu erstellenden Gutachten soll Punkt 3 des Vorstosses erfüllt werden.

Das weitere Bestehen der BEKB oder ein Verkauf der gesamten Aktien steht aktuell nicht zur Diskussion; es geht ausschliesslich um die Frage, ob eine Minderheitsbeteiligung genügt.»

2. Auftrag und Gutachterfragen

Das vorliegende Rechtsgutachten soll die folgenden Fragen klären:

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. Herangezogene Unterlagen

Zur Verfügung standen und herangezogen wurden insbesondere die folgenden Unterlagen und Quellen (für Einzelheiten: siehe Anhang):

- Materialien zu Art. 53 KV/BE und zum AGBEKBG;
- Eignerstrategie BEKB und Aufsichtskonzept BEKB des Kantons Bern;
- diverse parlamentarische Vorstösse zum Thema BEKB;
- diverse Rechtsgutachten;
- einschlägige Literatur und Judikatur.¹

4. Vorgehen im Überblick

In einem ersten Schritt wird die Verfassungsbestimmung betreffend die Kantonbank in allgemeiner Weise charakterisiert (Art. 53 KV/BE; Ziffer II.). Es folgt eine kurze Darstellung des bundesrechtlichen Rahmens, namentlich des Erfordernisses der kantonalen Mindestbeteiligung gemäss eidgenössischem Bankengesetz² (Art. 3a BankG; Ziffer III.). Sodann wird Art. 53 KV/BE unter verschiedenen Blickwinkeln analysiert (Ziffer IV.). Die Analyse ergibt, dass Art. 53 KV/BE geändert werden muss, wenn sich der Kanton Bern von seiner Aktienmehrheit an der BEKB AG trennen möchte. Vor diesem Hintergrund sind zwei Folgefragen zu erörtern (Ziffer V.). Abschliessend werden die wichtigsten Ergebnisse zusammengefasst und die Gutachterfragen beantwortet (Ziffer VI.).

¹ Die Literaturbelege in den Fussnoten beschränken sich auf das Nötigste.

² Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0).

II. Allgemeine Charakterisierung von Art. 53 KV/BE

Die Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 bestimmt in Art. 53:

Art. 53 Kantonalbank

¹ Der Kanton betreibt zur Förderung der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung eine Bank. Sie unterstützt den Kanton und die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben.

Art. 53 Banque cantonale

¹ Le canton exploite une banque afin d'encourager le développement économique et social. La Banque cantonale soutient le canton et les communes dans l'accomplissement de leurs tâches.

Die auf die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurückgehende Kantonalbank wurde anlässlich der Totalrevision der Kantonsverfassung erstmals ausdrücklich im Verfassungsrecht des Kantons Bern verankert. Dieser Schritt erfolgte mit Blick auf ihre *wichtige Rolle für die Wirtschaft und ihren historischen Stellenwert*.³ Vor dem Hintergrund der Kantonalbankenkrise, die in den 1990er Jahren u.a. den Untergang der Kantonalbanken von Solothurn und Appenzell Ausserrhoden zur Folge hatte, dürfte es dem Verfassungsgeber nicht zuletzt auch ein Anliegen gewesen sein, den Fortbestand der Berner Kantonalbank zu bekräftigen.

Die Kantonsverfassung beschränkt sich nicht auf die Nennung der Kantonalbank. Art. 53 KV/BE statuiert auch *zwei inhaltliche Vorgaben*. Die Kantonalbank soll

- der Förderung der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung dienen;
- Kanton und Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen.

Wie sich aus den Materialien ergibt, ist der verfassungsrechtliche Auftrag bewusst offen formuliert.⁴ Auf welche Art und Weise die wohlfahrtsstaatlichen Ziele erreicht werden sollen, wird durch die Kantonsverfassung nicht präjudiziert. Der Verfassungsgeber verzichtete auch bewusst auf eine verfassungsrechtliche Erwähnung der – damals bestehenden – Staatsgarantie.⁵ In der Folge wurde die Staatsgarantie durch den Gesetzgeber per 1. Januar 2006 abgeschafft.⁶

³ Vgl. Vortrag Verfassungskommission, S. 89; Urs Bolz, in: Kälín/Bolz (Hrsg.), Handbuch, N 1.a) zu Art. 53 KV.

⁴ Vgl. die Hinweise in Ziffer IV.3.

⁵ Vgl. Urs Bolz, in: Kälín/Bolz (Hrsg.), Handbuch, N 3. zu Art. 53 KV.

⁶ Aufhebung von Art. 4 AGBEKBG. Heute ist die Berner Kantonalbank eine von drei Kantonalbanken ohne Staatsgarantie (siehe <<https://www.kantonalbank.ch/de-CH/Kantonalbanken/Portrait/Regionales-Banking>> [28. Februar 2023]).

Die Verfassungsbestimmung über die Kantonalbank ist im Abschnitt «Öffentliche Aufgaben», Unterabschnitt «Wirtschaft», eingeordnet. Art. 53 KV/BE handelt von der Wahrnehmung einer öffentlichen (kantonalen) Aufgabe durch ein vom Kanton errichtetes öffentliches Unternehmen.⁷

Die Kantonalbank ist das einzige in der Kantonsverfassung ausdrücklich erwähnte öffentliche Unternehmen. Sie untersteht – wie alle anderen Träger kantonomer öffentlicher Aufgaben (Art. 95 KV/BE) – der Aufsicht durch den Regierungsrat (Art. 95 Abs. 3 KV/BE) sowie der Oberaufsicht durch den Grossen Rat (Art. 78 KV/BE).⁸

Aus einer ersten groben Analyse von Art. 53 KV/BE ergibt sich:

- Der Kanton ist *verpflichtet, eine Bank zu betreiben*.
- Diese Bank des Kantons *muss eine «Kantonalbank»* (Sachüberschrift) sein, d.h. sie muss vom Bund als Kantonalbank anerkannt sein. Der Kanton muss mit anderen Worten dafür sorgen, dass die *bundesrechtlichen Mindestbedingungen* für eine Kantonalbank (vgl. Ziffer III.) erfüllt sind.
- Der Kanton muss überdies dafür sorgen, dass die *inhaltlichen Vorgaben* der Kantonsverfassung (Förderung der der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung; Unterstützung von Kanton und Gemeinden) erfüllt werden.

Im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Kantonsverfassung (1. Januar 1995) war die Kantonalbank in die Rechtsform einer Anstalt gekleidet. Per Anfang 1998 erfolgte die Umwandlung in eine *privatrechtliche Aktiengesellschaft* (Art. 620 ff. OR).⁹ Dieser Schritt war ohne eine Änderung der Kantonsverfassung möglich, weil die Verfassung die Frage der Rechtsform nicht präjudiziert.¹⁰

Das Gesetz über die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank (AGBEKBBG) vom 23. November 1997 formuliert den *Gesellschaftszweck* – in enger Anlehnung an Art. 53 KV/BE – wie folgt (vgl. Ziffer IV.5.a):

⁷ Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe im Kontext der bernischen Kantonsverfassung siehe *Walter Kälin*, Öffentliche Aufgaben, in: Kälin/Bolz (Hrsg.), Handbuch, S. 57 ff. – Der Begriff des öffentlichen Unternehmens ist in Lehre und Praxis nicht eindeutig bestimmt (vgl. z.B. *Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann*, S. 322 ff.; *Stöckli/Joller*, Gutachten, S. 4). Dies spielt für die Beantwortung der Gutachterfragen indes keine Rolle.

⁸ Vgl. *Urs Bolz*, in: Kälin/Bolz (Hrsg.), Handbuch, N 4.a) zu Art. 53 KV; vgl. auch Aufsichtskonzept BEKB, Ziffer 4.

⁹ Art. 1 AGBEKBBG. Dies als erste – und neben der Luzerner Kantonalbank bisher einzige – Kantonalbank.

¹⁰ Vgl. Vortrag Verfassungskommission, S. 89. Vgl. auch *Urs Bolz*, in: Kälin/Bolz (Hrsg.), Handbuch, N 1.b) zu Art. 53 KV; *Ulrich Zimmerli*, Wirtschaftsverfassung, in: Kälin/Bolz (Hrsg.), Handbuch, S. 94.

Art. 2 Zweck

¹ Die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank bezweckt als Universalbank die Besorgung aller banküblichen Geschäfte. Sie unterstützt den Kanton und die Gemeinden in der Erfüllung ihrer Aufgaben und fördert die volkswirtschaftliche und soziale Entwicklung im Kanton.

Die Statuten der Berner Kantonalbank AG übernehmen diese Formulierung – von einer Anpassung redaktioneller Natur abgesehen – wörtlich (Art. 2 Abs. 1 BEKB-Statuten).

Das AGBEKBG sieht in Art. 3 weiter vor:

Art. 3 Mehrheitsbeteiligung des Kantons

¹ Der Kanton Bern verfügt kapital- und stimmenmässig über die absolute Mehrheit in der Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank.

Aufgrund der Umwandlung der Kantonalbank in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft ist der Kanton bei der Wahrnehmung seiner Interessen auf seine Aktionärsrechte verwiesen.¹¹ Aktuell hält der Kanton Bern 51,5 % des Aktienkapitals (siehe Ziffer I.1).

III. Der bundesrechtliche Rahmen für Kantonalbanken

1. Der bundesrechtliche Begriff der Kantonalbank im Wandel

Gemäss Art. 98 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über das Banken- und Börsenwesen. Er muss dabei «der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken Rechnung» tragen.¹²

Aus dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe des Bundes geht hervor, dass die Kantone zur Führung einer eigenen Bank befugt, aber nicht verpflichtet sind.

Die Bundesverfassung verzichtet darauf, den Begriff «Kantonalbank» näher zu bestimmen. Dies obliegt dem Bundesgesetzgeber.

Im Zeitpunkt der Erarbeitung, Beratung und Verabschiedung der geltenden bernischen Kantonsverfassung nannte die eidgenössische Bankengesetzgebung zwei

¹¹ Siehe Eignerstrategie Berner Kantonalbank AG (BEKB) vom 21. Dezember 2022 (insb. Ziffer 3) sowie Aufsichtskonzept Berner Kantonalbank BEKB AG vom 26. Oktober 2022 (insb. Ziffer 8).

¹² In diesem Sinn schon (von 1947 bis Ende 1999) Art. 31^{quater} Abs. 2 der (früheren) Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 («[...] haben der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken Rechnung zu tragen.»).

konstitutive Merkmale. Als Kantonalbanken galten damals (von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen) gemäss Bundesrecht jene Banken:

- die durch kantonalen gesetzlichen Erlass errichtet wurden und
- für deren Verbindlichkeiten der Kanton haftete (Staatsgarantie).¹³

Im Rahmen einer Teilrevision des Bankengesetzes vom 22. April 1999 (in Kraft seit 1. Oktober 1999) änderte sich die bundesrechtliche Legaldefinition:

Art. 3a BankG

Als Kantonalbank 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.

Fortan müssen von Bundesrechts wegen somit drei Merkmale gegeben sein (von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen):

- die Errichtung gestützt auf einen kantonalen gesetzlichen Erlass;
- eine bestimmte Rechtsform (Anstalt oder Aktiengesellschaft);
- die qualifizierte Mindestbeteiligung des Kantons (mehr als ein Drittel des Kapitals und der Stimmen).¹⁴

Die beiden zuletzt genannten Kriterien (Rechtsform, Mindestbeteiligung des Kantons) sind neu.¹⁵ Umgekehrt ist die Staatsgarantie kein konstitutives Merkmal mehr. Die Kantone können indes weiterhin eine Staatsgarantie vorsehen.

Der Bund verzichtete bewusst darauf, den für Kantonalbanken historisch charakteristischen wohlfahrtsstaatlichen (Leistungs-)Auftrag als konstitutives Begriffsmerkmal vorzusehen.¹⁶ Den Kantonen sollte es freigestellt sein, ihrer Kantonalbank einen Leistungsauftrag zu erteilen oder darauf zu verzichten. Fragen rund um allfällige Leistungsaufträge der Kantone an ihre Kantonalbanken sind dementsprechend kein Gegenstand spezifischer bundesrechtlicher Vorschriften.

¹³ Vgl. René Rhinow, Art. 31^{quater}, in: Kommentar zur Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Basel usw., Rz. 31 (Juni 1988).

¹⁴ Näher dazu Othmar Strasser, Art. 3a BankG, N. 2 und 8 ff.

¹⁵ Vgl. Bundesrat, Botschaft Revision BankG, BBl 1998 3847 ff., 3865.

¹⁶ Vgl. Bundesrat, Botschaft Revision BankG, BBl 1998 3847 ff., 3870.

2. Der schrittweise Abschied vom Sonderregime für Kantonalkassen

Als wohlfahrtsstaatlich motivierte öffentliche Unternehmen hatten die Kantonalkassen in der Bundesgesetzgebung lange Zeit eine Sonderstellung inne.¹⁷ So oblag die Kantonalkassen-Aufsicht ursprünglich ausschliesslich dem jeweiligen Kanton. Ungeachtet des wohlfahrtsstaatlichen Auftrags entwickelten sich die Kantonalkassen immer mehr zu gewöhnlichen Universalbanken.¹⁸ Aus Sicht des Bundes rechtfertigte sich eine Sonderbehandlung immer weniger (dies auch vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklungen).

Aufgrund einer Teilrevision des Bankengesetzes im Jahr 1994 kam es zu einer Angleichung der Stellung der Kantonalkassen an die übrigen Banken. Das Gesetz ermöglichte die Unterstellung von Kantonalkassen unter die Aufsicht durch die damalige Eidgenössische Bankenkommission (EBK, heute FINMA).¹⁹ Seit der Teilrevision des Bankengesetzes von 1999 unterstehen die Kantonalkassen der Bewilligungspflicht und der umfassenden Aufsicht der eidgenössischen Aufsichtsbehörde.²⁰ Im Rahmen einer Verordnungsänderung wurde 2009 der sog. Eigenmittel-Rabatt für Kantonalkassen mit Staatsgarantie aufgehoben.²¹ Die wenigen heute noch bestehenden bundesrechtlichen Sondervorschriften für Kantonalkassen sind im vorliegenden Zusammenhang nicht von Belang.²²

Die Erwähnung der Kantonalkassen in der Bundesverfassung hat insofern bleibende Bedeutung, als damit das – mit Blick auf den allgemeinen Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft problematische – wohlfahrtsstaatlich motivierte

¹⁷ Vgl. *Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann*, S. 641 f.

¹⁸ Vgl. BGE 120 II 321 E. 2d S. 326 (Bauhandwerkerpfandrecht an einem Grundstück der Aargauischen Kantonalkasse).

¹⁹ Vgl. *Zimmerli*, Wirtschaftsverfassung, in: Kälén/Bolz (Hrsg.), Handbuch, S. 94.

²⁰ Die Unterstellung unter die Aufsicht des Bundes schliesst nicht aus, dass die Kantone die Erfüllung eines allfälligen Leistungsauftrags überprüfen dürfen und das Haftungsrisiko im Zusammenhang mit einer allfälligen Staatsgarantie überwachen dürfen.

²¹ Art. 33 Abs. 3 der [früheren] Verordnung vom 29. September 2006 über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effekthändler (Eigenmittelverordnung; AS 2006 4307).

²² Vgl. Art. 26 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (SR 951.11) (Eintragung im Aktienbuch); Art. 3 des Pfandbriefgesetzes vom 25. Juni 1930 (SR 211.423.4) (Pfandbriefzentrale der Kantonalkassen); Art. 40a und Art. 132b der Verordnung vom 1. Juni 2012 über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (Eigenmittelverordnung; SR 952.03); Art. 6 der Verordnung vom 4. Juli 2012 über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (SR 211.223.11).

unternehmerische Tätigwerden der Kantone im Bankenbereich von Bundesverfassungsrechts wegen als grundsätzlich zulässig gilt.²³

3. Zum Erfordernis der Mindestbeteiligung (Art. 3a BankG)

Mit der Änderung der bundesrechtlichen Kantonalbanken-Definition verfolgte der Bundesgesetzgeber im Wesentlichen die folgenden Zwecke:²⁴

- Es soll vermieden werden, dass Rechtsformen gewählt werden, die im Hinblick auf die allgemeinen Vorgaben der Bankengesetzgebung ungeeignet oder unzulässig sind. In Betracht kommen neben der Form der öffentlich-rechtlichen Anstalt die spezialgesetzliche, die gemischtwirtschaftliche und die privatrechtliche Aktiengesellschaft.²⁵
- Mit dem Erfordernis der qualifizierten Beteiligung des Kantons soll vermieden werden, «dass wichtige Beschlüsse, wie beispielsweise eine Zweckänderung, die Auflösung der Gesellschaft ohne Liquidation (Fusion) oder die Erhöhung des Aktienkapitals gegen den Willen des Kantons durchgesetzt werden können»; die Kantone verfügen somit «auch bei rein privatrechtlich organisierten Kantonalbanken über eine Sperrminorität bei diesen wichtigen Beschlüssen».²⁶
- Weiter soll vermieden werden, dass unter der Bezeichnung «Kantonalbank» eine Bank geführt wird, an welcher der betroffene Kanton «überhaupt nicht oder nur in sehr beschränktem Ausmass beteiligt ist».²⁷ Es steht den Kantonen frei, den Umfang ihrer Beteiligung über die bundesrechtliche Mindestbeteiligung hinaus festzulegen.

Zur Frage der Mindestbeteiligung führte der Vertreter des Bundesrats in den parlamentarischen Beratungen ergänzend aus (Hervorhebungen hinzugefügt):

«Die Experten haben uns eine Beteiligung von mindestens 10 Prozent vorgeschlagen. Wir waren der Meinung, das sei zu wenig. Mit 10 Prozent Kantonsbeteiligung und ohne Staatsgarantie ist es etwas mutig zu sagen, eine Bank sei eine Kantonalbank. Wir haben *im Bundesrat auch darüber diskutiert, ob wir eine Beteiligung des Kantons von über 50 Prozent verlangen sollten; dann wäre eine Bank wirklich eine Kantonalbank, denn dann gehörte sie dem Kanton. Das hätte jedoch Restrukturierungen verunmöglicht.* Denn

²³ Vgl. *Biaggini*, Komm. BV, N. 5 zu Art. 98 (siehe auch N 2 zu Art. 94 und N. 1a zu Art. 98).

²⁴ Siehe *Bundesrat*, Botschaft Revision BankG, BBl 1998 3847 ff., insb. 3863 ff.

²⁵ *Bundesrat*, Botschaft Revision BankG, BBl 1998 3865 f.

²⁶ *Bundesrat*, Botschaft Revision BankG, BBl 1998 3865 («minimale Beeinflussungsmöglichkeit»).

²⁷ *Bundesrat*, Botschaft Revision BankG, BBl 1998 3865.

erstens finden Sie kaum Private, die bei einer Bank, die zu über 50 Prozent Staatsbank ist, etwas einlegen wollen, und zweitens *stellen sich Fragen, wenn zwei oder drei Kantone eine gemeinsame Bank bilden wollen*. Ist diese Bank dann eine Kantonalbank, wenn jeder Kanton einen Drittel von 50 Prozent hält, oder muss ein einzelner Kanton 50 Prozent halten? Das wird relativ schwierig. Das ist auch ein Grund für die Relativierung der Staatsgarantie. Mit Staatsgarantie stellt sich bei fusionierten Kantonalbanken die Frage, welcher Kanton die Garantie leistet. Wird das solidarisch gemacht? Muss der eine oder der andere Kanton zahlen, oder bezahlen mehrere, und zu welchen Teilen geschieht das dann? Diese Fragen wären fast nicht lösbar. Wir sind dann, um auf den minimalen Anteil zurückzukommen, auf diesen Drittel gekommen. Das ist ja ungefähr die Sperrminorität. Der Kanton hat dann noch einen bestimmenden Einfluss, aber es ist für Private doch interessant genug, sich zu beteiligen, und das Ganze kann nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen gemanagt werden.»²⁸

«Warum muss die Beteiligung nicht mehr als die Hälfte, sondern nur mehr als ein Drittel betragen? Wir sind der Meinung [...], dass die Bank *zumindest eine Sperrminorität haben muss, wenn sie schon den Namen Kantonalbank tragen will*. Ohne die Zustimmung des Kantons dürfen grundlegende Entscheide nicht getroffen werden. Wenn Sie umgekehrt eine höhere Beteiligung fordern, zum Beispiel über 50 Prozent, entsteht erstens das Problem, dass viele private Anleger Hemmungen haben, sich zu beteiligen, weil der Staat total dominiert, und zweitens kann das dazu führen, dass beispielsweise Fusionen über Kantonsgrenzen hinweg nicht mehr möglich sind. Es ist zwar nichts Derartiges vorgesehen, aber das könnte durchaus auch einmal irgendwo eine Option sein.»²⁹

Eine höhere Mindestbeteiligung wurde im Nationalrat diskutiert, jedoch abgelehnt.³⁰

Zusammenfassend ergibt sich:

- Art. 3a BankG normiert Mindestvoraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Kantonalbank im Sinn der Bundesgesetzgebung vorliegt.
- Die Bestimmung schliesst nicht aus, dass der Kanton weitergehende Anforderungen statuiert, sofern diese mit dem Bundesrecht konform sind.
- Dass Art. 3a BankG die bundesrechtlich vorgegebene Mindestbeteiligung auf «mehr als ein Drittel» (Kapital und Stimmen) ansetzt – und *nicht eine höhere* Beteiligungsquote verlangt (z.B. «mehr als die Hälfte») –, wurde im Wesentlichen damit begründet, dass andernfalls Restrukturierungen (Beteiligung privater Anleger, Fusionen über Kantonsgrenzen hinweg) erschwert, wenn nicht verunmöglicht würden.

²⁸ AB 1998 S 908 f. (Bundesrat Villiger).

²⁹ AB 1999 N 208 (Bundesrat Villiger).

³⁰ AB 1999 N 216.

- Dass die Beteiligung des Kantons «mehr als ein Drittel» ausmachen muss – und das Gesetz *nicht eine tiefere* Beteiligungsquote zulässt –, wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der Kanton «zumindest eine [aktienrechtliche] Sperrminorität haben muss», wenn die Bank als Kantonalbank firmiert.

IV. Zur Tragweite von Art. 53 KV/BE

1. Auslegung von Verfassungsnormen im Allgemeinen

Aufgrund der Fragestellung steht im vorliegenden Gutachten die Tragweite einer kantonalen Verfassungsbestimmung, nämlich Art. 53 KV/BE, im Zentrum.

In der Schweiz gehen Praxis und Lehre davon aus, dass Verfassungsnormen «grundsätzlich nach denselben methodischen Regeln» zu interpretieren sind, «wie sie für die Auslegung von Gesetzesrecht entwickelt» wurden.³¹ Zu berücksichtigen sind somit der Wortlaut (grammatikalisches Element)³², der Wille des Verfassungsgebers, wie er sich namentlich aus den Materialien ergibt (historisches Element), der Sinn und Zweck der Bestimmung (teleologisches Element) sowie deren Kontext, wie er sich aus dem Verhältnis zu anderen Vorschriften ergibt (systematisches Element).

Die Auslegung kantonalen Verfassungsrechts hat das übergeordnete Recht zu beachten (bundes- bzw. völkerrechtskonforme Auslegung). Hilfreich können auch rechtsvergleichende Betrachtungen sein.³³

Bei der Auslegung zu berücksichtigen sind im Weiteren, je nach Umständen, gewisse Besonderheiten des Verfassungsrechts (wie beispielsweise die Offenheit und Weite vieler Verfassungsnormen oder die prinzipielle Gleichrangigkeit von Verfassungsnormen u.a.m.).³⁴ In einem die Verfassung des Kantons Schwyz betreffenden Urteil aus dem Jahr 1986 hielt das Bundesgericht fest:³⁵

³¹ So das Bundesgericht in BGE 128 I 327 E. 2.1 S. 330 (m.w.H.).

³² Im Fall des Kantons Bern ist bei der Auslegung neben dem deutschen auch der französische Normtext zu berücksichtigen. Aus praktischen Gründen wird nachfolgend das Heranziehen auch des französischen Normtexts nicht immer speziell ausgewiesen.

³³ Siehe dazu verschiedene Hinweise in den Ziffern IV.2 ff. (insb. IV.6).

³⁴ Vgl. z.B. BGE 139 I 16 E. 4.2 S. 24 f. (m.w.H.). Näher Giovanni Biaggini, Verfassungsauslegung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1, Zürich 2020, S. 235 ff.

³⁵ BGE 112 Ia 208 E. 2.a S. 213 (Hervorhebungen hinzugefügt).

«Die Gewichtung der einzelnen Auslegungselemente kann [...] unterschiedlich ausfallen, je nachdem ob die zu interpretierende Norm den *organisatorischen Bestimmungen* der Verfassung angehört oder *verfassungsmässige Grundrechte schützt*, deren Inhalt es zu erarbeiten gilt. Im ersten Fall ist der Auslegungsspielraum relativ eng begrenzt, sind die organisatorischen Normen der Verfassung doch nicht durch jene Weite und Dehnbarkeit geprägt wie die Bestimmungen, welche das materiell-rechtliche Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern ordnen [...]. Letztere bedürfen eher der Konkretisierung denn der Auslegung, einer Konkretisierung, welche auch sich wandelnden geschichtlichen Bedingungen und gesellschaftlichen Vorstellungen Rechnung zu tragen vermag [...]. Demgegenüber geben die *organisatorischen Verfassungsnormen* den Willen des Verfassungsgebers über die Strukturen und Mechanismen des Staates wieder. Diese Ordnung ist kaum konkretisierungsbedürftig. Allenfalls sich wandelnden Auffassungen vermag *nicht die Auslegung, sondern lediglich eine Verfassungsänderung* Rechnung zu tragen. Für die Auslegung solcher Verfassungsbestimmungen gilt daher, dass beim Fehlen eines klaren und unmissverständlichen Wortlautes vorab die historischen Elemente heranzuziehen sind: Massgebend sind die Vorstellungen des Verfassungsgebers im Zeitpunkt des Erlasses der Bestimmungen sowie die nachfolgende Praxis der rechtsanwendenden Organe [...].»

Der hier interessierende Art. 53 KV/BE steht im Abschnitt «Öffentliche Aufgaben». Es geht nicht um den Schutz verfassungsmässiger Individualrechte (oder dergleichen), sondern um Fragen, die im Wesentlichen organisatorischer Natur sind.

2. Auslegung von Art. 53 KV/BE im Licht des Wortlauts

Aufgrund der Fragestellung ist die Tragweite des ersten Satzes von Art. 53 KV/BE zentral («Der Kanton betreibt zur Förderung der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung eine Bank.») und dort namentlich die Bedeutung des Verbs «betreiben» («exploiter»).

Im Alltagssprachgebrauch wird «betreiben» gewöhnlich mit einer *selbst ausgeübten Aktivität* assoziiert: ein Gewerbe (beruflich) ausüben, indem man ein Geschäft oder ein Lokal betreibt; *exploiter une ferme*.³⁶ Der Betreiber oder die Betreiberin ist eine natürliche, allenfalls juristische Person, die eine berufliche Tätigkeit, eine Firma, eine technische Anlage, ein Unternehmen usw. selbst betreibt.³⁷

³⁶ Siehe etwa die Hinweise unter <<https://www.duden.de/rechtschreibung/betreiben>> oder unter <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/exploiter/32282>> [28. Februar 2023].

³⁷ *Nuspliger*, Kurzgutachten, S. 7, spricht bei der Analyse des Verbs «betreiben» von einer aktiven, nicht bloss passiven Rolle.

Auf Verfassungsstufe kommt das Verb «betreiben» sonst noch in Art. 101 Abs. 2 KV/BE vor (Finanzplanung des Kantons)³⁸, das Verb «exploiter» in Art. 52 Abs. 1 KV/BE (Regalrechte).³⁹ Das ist mit Blick auf die Auslegung von Art. 53 KV/BE allerdings nicht sehr aufschlussreich. In Art. 51 KV/BE (Land- und Forstwirtschaft) ist von bäuerlichen Familienbetrieben und von der Selbstbewirtschaftung die Rede.⁴⁰ Eine gewisse Verwandtschaft haben Bestimmungen wie Art. 43 KV/BE (Schulen), wonach Kanton und Gemeinden öffentliche Kindergärten und Schulen «führen» («entretiennent»), sowie Art. 44 KV/BE, wonach der Kanton eine Universität und Fachhochschulen «unterhält» («sont entretenues»).

Auch wenn der Sprachgebrauch der bernischen Kantonsverfassung in anderen Bestimmungen keine eindeutigen Schlüsse für die Auslegung von Art. 53 KV/BE zulässt, deutet doch einiges darauf hin, dass der *Betrieb* der Kantonalbank *dem Kanton selbst obliegt*, so wie er selbst eine Universität «unterhält» (Art. 44 KV/BE). Eine blosser Beteiligung des Kantons an der Kantonalbank wäre somit *prima vista* vom Normwortlaut des Art. 53 KV/BE nicht abgedeckt.

Ein Blick in andere Verfassungen bestärkt diese Deutung.

So verwendet die *Bundesverfassung* das Verb «betreiben» mehrfach, dies jeweils unter Bezugnahme auf *vom Bund beherrschte* Institutionen (Art. 63a BV: Eidgenössische Technische Hochschulen; Art. 64 Abs. 3 BV: Forschungsstätten; Art. 68 Abs. 2: Sportschule) oder aber unter Bezugnahme auf den Bund selbst (Art. 81 BV: öffentliche Werke; Art. 83 Abs. 2 BV: Nationalstrassen).⁴¹

Aufschlussreich ist auch ein Blick in die kurz nach der bernischen Kantonsverfassung entstandene (und stark an dieser orientierte) Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (KV/AR; SR 131.224.1).

³⁸ Die Bestimmung lautet: «Der Kanton betreibt eine umfassende Finanzplanung und stimmt sie, soweit möglich, auf die Finanzplanung des Bundes ab.» (franz.: «établit»).

³⁹ Die Bestimmung lautet: «Les droits régaliens du canton sont: [...] c la régle des mines, y compris le droit d'exploiter l'énergie géothermique»

⁴⁰ Art. 51 Abs. 2 KV/BE lautet: «Er unterstützt bäuerliche Familienbetriebe, begünstigt die Selbstbewirtschaftung und fördert naturnahe Bewirtschaftungsweisen.» (franz.: «Il soutient les entreprises agricoles familiales, favorise l'exploitation directe par le propriétaire et encourage les méthodes d'exploitation proches des processus naturels.»)

⁴¹ Der französische Normtext verwendet in Art. 81 und Art. 83 BV das Verb «exploiter», in den übrigen Bestimmungen das Verb «gérer». Das Verb «exploiter» findet sich zudem in Art. 106 Abs. 2 BV («exploiter une maison de jeu»; deutsch: «Betrieb von Spielbanken»).

Art. 45 [KV/AR] Kantonalkbank

Der Kanton kann sich an einer Bank zur Deckung der Geld- und Kreditbedürfnisse der Bevölkerung und der Wirtschaft im Kanton beteiligen; er kann eine solche Bank auch selbst betreiben.

Der Normwortlaut ist von doppeltem Interesse. Zum einen stellt Art. 45 KV/AR der Option «betreiben» die Option «sich beteiligen» gegenüber. Eine Bank «betreiben» bedeutet für den Verfassungsgeber des Kantons Appenzell Ausserrhoden mit anderen Worten etwas anderes als eine blossе Beteiligung. Zum anderen unterstreicht der Normtext bei der Option «betreiben» (2. Halbsatz) das eigene Tätigwerden: «betreiben» heisst «selbst betreiben». Die im Kanton Bern durch die Motion 278-2021 angestrebte Minderheitsbeteiligung an der Kantonalkbank dürfte im Kanton Appenzell Ausserrhoden im Licht von Art. 45 KV/AR mit grösster Wahrscheinlichkeit als ein Fall der Option «sich beteiligen» eingestuft werden.

Im Übrigen ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 53 KV/BE klar, dass es beim Betreiben der Kantonalkbank nicht nur um Gewinninteressen, sondern auch um Gemeinwohlinteressen geht («zur Förderung der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung»). Bei der Kantonalkbank handelt es sich um ein auch wohlfahrtsstaatlich motiviertes Unternehmen, das vom Kanton betrieben wird. Der Kanton trägt mit anderen Worten bei der in Art. 53 KV/BE verankerten öffentlichen Aufgabe nicht eine blossе Gewährleistungsverantwortung.⁴²

3. Auslegung von Art. 53 KV/BE im Licht der Entstehungsgeschichte

Zur Zeit der Beratung und Verabschiedung der neuen Kantonsverfassung war die Kantonalkbank eine Anstalt (vgl. Ziffer II.). Der gemeinsame Antrag der Verfassungskommission und des Regierungsrats (vom 31. Januar/12. Februar 1992) sah die folgende Bestimmung über die Kantonalkbank vor:

Art. 52 Kantonalkbank

Der Kanton betreibt zur Förderung der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung eine Bank. Sie unterstützt den Kanton und die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben.

Der gemeinsame Antrag fand unverändert Eingang in die neue Kantonsverfassung. Der Vortrag der Verfassungskommission (vom 31. Januar 1992) erläutert E-Art. 52 KV/BE wie folgt:

«Aufgrund ihres historischen Stellenwerts soll die Kantonalkbank in der Verfassung verankert werden. Die Bank hat die Aufgabe, Kanton und Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen. Die Zielsetzung der Förderung der

⁴² Im Fall der Gewährleistungsverantwortung muss der Staat die Aufgabe nicht selbst erfüllen; es genügt, wenn er die Aufgabenerfüllung durch Dritte kontrolliert und nötigenfalls durchsetzt.

volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung des Kantons entspricht dem neuen Kantonalbankgesetz. Die Formulierung ist offen genug, um eine Entwicklung der Rechtsform der Bank zuzulassen. So stünden einer allfälligen Umwandlung der Kantonbank in eine Aktiengesellschaft keine verfassungsrechtlichen Hindernisse im Wege.»

Aus dem Entwurf und den Erläuterungen ergeben sich keine zusätzlichen direkten Hinweise auf die Bedeutung des Verbs «betreiben»/«exploiter».

Im Grossen Rat war die Bestimmung über die Kantonbank umstritten.⁴³ Abgelehnt wurden:

- ein Antrag, die Bestimmung ersatzlos zu streichen⁴⁴;
- ein Antrag, in die Bestimmung eine ökologische Vorgabe einzufügen⁴⁵;
- ein Antrag, auf die Festschreibung von Zielsetzungen ganz zu verzichten⁴⁶;
- ein Antrag, den Gesetzgeber dazu zu verpflichten, die Aufgaben der Kantonbank in einem Leistungsauftrag zu bestimmen.⁴⁷

Auch aus diesen Anträgen und den einschlägigen Ratsdebatten ergeben sich keine zusätzlichen direkten Hinweise für die Deutung des Verbs «betreiben»/«exploiter».

Einig war man sich, dass die Kantonbank weiterhin als Anstalt betrieben werden kann, dass es aber auch zulässig sein soll, zur Rechtsform der Aktiengesellschaft überzugehen.⁴⁸ Dies bedeutet: Der Betrieb der Kantonbank obliegt dem Kanton (Art. 53 KV/BE); dies schliesst aber nicht aus, dass sich der Kanton dabei einer *juristischen Person* bedient (rechtlich selbstständiger Aufgabenträger). Von einer blossen Minderheitsbeteiligung war indes nicht die Rede.⁴⁹

⁴³ Vgl. Urs Bolz, in: Kälin/Bolz (Hrsg.), Handbuch, N 5. zu Art. 53 KV (mit Belegen); Tagblatt 1992, S. 603 ff. (12. Mai), S. 1217 (3. November).

⁴⁴ Antrag Sidler (Port). Siehe Tagblatt 1992, S. 604.

⁴⁵ Antrag Jenni (Bern): «Der Kanton betreibt zur Förderung der volkswirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Entwicklung eine Bank. Sie ...» (Hervorhebung hinzugefügt). Siehe Tagblatt 1992, S. 604 und S. 1217.

⁴⁶ Antrag Waber: «Der Kanton betreibt eine Bank. Sie ...». Siehe Tagblatt 1992, S. 604.

⁴⁷ Antrag Lutz: Abs. 1a (neu): «Die Gesetzgebung bestimmt die Aufgaben der Kantonbank in einem Leistungsauftrag.» Siehe Tagblatt 1992, S. 604.

⁴⁸ Vortrag Verfassungskommission, S. 89; Votum Schmid (Präsident der Verfassungskommission), Tagblatt 1992, S. 605.

⁴⁹ Die Frage einer allfälligen Privatisierung wurde nur in einem Votum angeschnitten, dies zudem nur vage und in einem ablehnenden Sinn. Siehe Votum Lutz, Tagblatt 1992, S. 604.

Es bleibt damit aber noch offen, ob dem Kanton beim Betrieb der Kantonalbank alle drei in Art. 95 KV/BE vorgesehenen Typen «anderer Träger öffentlicher Aufgaben» zur Verfügung stehen. Darauf wird noch einzugehen sein (Ziffer IV.4).

Erwähnenswert ist, dass der Regierungsrat 1997 im Vortrag zum AGBEKBG festhielt, dass Art. 53 KV/BE eine Mehrheitsbeteiligung des Kantons an der Kantonalbank verlangt («kapital- und stimmenmässig beherrschen»):⁵⁰

«Artikel 3. Weil der Kanton *aufgrund von Artikel 53 KV* eine Kantonalbank im Sinne der eidgenössischen Bankengesetzgebung zu *«betreiben»* hat, *muss er diese auch kapital- und stimmenmässig beherrschen*. Die EBK hebt in ihrer Stellungnahme vom 29. September 1995 den Aspekt der klaren Mehrheitsverhältnisse zugunsten des Kantons bezüglich Stimmen und Kapital hervor. Um allfälligen aktienrechtlichen Diskussionen vorzubeugen, steht dem Kanton die absolute Mehrheit zu.» (Hervorhebung hinzugefügt)

Diese Äusserung erfolgte allerdings zu einem Zeitpunkt, als die eidgenössische Bankengesetzgebung eine qualifizierte Minderheitsbeteiligung noch nicht zuließ (zur Revision von Art. 3a BankG siehe Ziffer III.).

Im Übrigen bestätigt die Entstehungsgeschichte:

- Das Betreiben einer Kantonalbank ist eine öffentliche (staatliche) Aufgabe.
- Die Kantonalbank soll auch wohlfahrtsstaatlichen Zwecken dienen.⁵¹
- Der Verfassungsgeber wollte die Kantonalbank jedoch nicht in ein zu enges Korsett pressen (wie die Ablehnung entsprechender Anträge zeigt).⁵²

4. Auslegung von Art. 53 KV/BE in systematischer Hinsicht

In der Terminologie und Systematik der Kantonsverfassung ist die Kantonalbank ein – ausserhalb der Zentralverwaltung (Art. 92 KV/BE) stehender – «anderer Träger öffentlicher Aufgaben» (Art. 95 KV/BE). Dass die Kantonalbank nur in Art. 53 KV/BE ausdrücklich erwähnt wird, nicht aber in Art. 95 KV/BE, ist insofern unerheblich. Auf die Kantonalbank finden daher die verfassungsrechtlichen Vorgaben betreffend die gesetzliche Grundlage Anwendung (Art. 95 Abs. 2 KV/BE).⁵³ Die Kantonalbank untersteht zudem sowohl der Aufsicht des

⁵⁰ Vortrag AGBEKBG, S. 16 (Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen des AGBEKBG).

⁵¹ Der Verfassungsgeber bekräftigte hiermit, dass er ein öffentliches Interesse an einem staatlichen Tätigsein im Bankenbereich bejaht, was mit Blick auf das Bundesgrundrecht der Handels- und Gewerbefreiheit bzw. heute der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) von Bedeutung ist.

⁵² Vgl. Votum Schmid (Präsident der Verfassungskommission), Tagblatt 1992, S. 1217.

⁵³ Für die Klärung der Gutachterfragen muss diese Thematik nicht weiter vertieft werden.

Regierungsrats (Art. 95 Abs. 3 KV/BE) als auch der Oberaufsicht des Grossen Rats (Art. 78 KV/BE).⁵⁴

Art. 95 Abs. 1 KV/BE unterscheidet drei Typen von anderen Trägern öffentlicher Aufgaben:

- Bst. a: *vom Kanton errichtete Anstalten und andere Institutionen* des öffentlichen und privaten Rechts;
- Bst. b: *Institutionen* des öffentlichen und privaten Rechts, *an denen sich der Kanton beteiligt*;
- Bst. c: *Private und Institutionen ausserhalb der Verwaltung*, denen der Kanton eine öffentliche Aufgabe überträgt (Beleihung).⁵⁵

In den 1990er Jahren scheint anlässlich der Umwandlung der Kantonalbank in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft eine gewisse Unsicherheit in Bezug auf ihre Einordnung in das System des Art. 95 KV/BE geherrscht zu haben. Im Vortrag zum AGBEKBG war die Rede von einer Beteiligung des Kantons an einer Institution des privaten Rechts (Bst. b).⁵⁶ Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde von einer «Auslagerung einer Tätigkeit auf eine andere Institution des privaten oder öffentlichen Rechts» gesprochen, was an eine Übertragung im Sinn von Bst. c denken lässt.⁵⁷

In der Lehre wird mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass eine Institution, bei der der Kanton eine Mehrheitsbeteiligung hält, «stets [...] eine Institution nach Bst. a bzw. Bst. b» sei.⁵⁸ Angesichts der bestehenden Mehrheitsbeteiligung, scheidet eine Einordnung der Kantonalbank bei Art. 95 Abs. 1 Bst. c KV/BE aus, dies aus damaliger wie aus heutiger Sicht. Historisch betrachtet spricht einiges dafür, die Kantonalbank als einen Anwendungsfall von Bst. a einzustufen (Errichtung durch den Kanton). Eine Einordnung der Kantonalbank bei Bst. a liegt zudem nahe, weil der Kanton dazu verpflichtet ist, die Kantonalbank zu «betreiben» (Art. 53 KV/BE), wogegen in Bst. b das schwächere Verb «sich beteiligen» verwendet wird (zum verfassungsrechtlichen Sprachgebrauch siehe Ziffer IV.2).

Die Frage der Einordnung der Kantonalbank im System des Art. 95 KV/BE kann hier fürs Erste auf sich beruhen. Alle drei Typen sind grundsätzlich zulässig und

⁵⁴ Für die sich in einem privatrechtlichen Umfeld bewegende BEKB dürfte hingegen Art. 71 KV/BE (Haftung im Falle widerrechtlicher Schadensverursachung bei der Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten) nicht einschlägig sein. Diese Thematik muss hier nicht weiter vertieft werden.

⁵⁵ Zu Bst. c als Fall der Beleihung vgl. *Müller/Feller*, Verwaltungsorganisationsrecht, S. 9.

⁵⁶ Vortrag AGBEKBG, S. 12 (Ziffer 7).

⁵⁷ Tagblatt 1997, S. 19 (Votum des Finanzdirektors).

⁵⁸ *Müller/Friederich*, Gutachten, S. 8. Vgl. auch *Müller/Feller*, Verwaltungsorganisationsrecht, S. 9 (kantonale Aktiengesellschaften als Anwendungsfall von Bst. a oder Bst. b).

unterliegen grundsätzlich denselben verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen (Art. 95 Abs. 2 und 3 KV/BE; Art. 78 KV/BE).

Die in Art. 95 Abs. 3 und Art. 78 KV/BE vorgesehene, auch die Kantonalkasse erfassende Beaufsichtigung anderer Träger öffentlicher Aufgaben ist kein Selbstzweck. Sie steht im Dienst der Wahrnehmung und Erfüllung der jeweiligen öffentlichen Aufgabe. Entsprechend ist nun in den Blick zu nehmen, welche Ziele (bzw. welche öffentlichen Interessen) der gemäss Art. 53 KV/BE dem Kanton obliegende Betrieb einer Kantonalkasse verfolgen soll und ob die Erreichung dieser Ziele institutionell-instrumentell gesichert ist, falls der Kanton Bern seine aktuelle Mehrheitsbeteiligung in eine Minderheitsbeteiligung wandeln sollte.

5. Auslegung von Art. 53 KV/BE im Hinblick auf den Regelungszweck

a. Ausgangspunkt: der verfassungsrechtliche Auftrag der Kantonalkasse

Die Kantonsverfassung statuiert in Bezug auf die Kantonalkasse zwei Vorgaben (Art. 53 KV/BE). Die Kantonalkasse:

- ist «zur Förderung der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung» zu betreiben;
- «unterstützt den Kanton und die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben.»

Dies sind die Leistungen, die die Kantonalkasse nach den Vorstellungen des Verfassungsgebers erbringen soll. Man könnte mit Blick auf diese verfassungsrechtlichen Vorgaben daher vom *verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag* der Kantonalkasse sprechen.

Der Begriff «Leistungsauftrag» wurde und wird in der Diskussion um die Kantonalkasse (und um andere Träger öffentlicher Aufgaben) allerdings häufig in einem *engeren Sinn* verwendet, nämlich im Sinn eines vom Gesetzgeber vorgezeichneten, mit einem bestimmten Instrumentarium verbundenen Leistungsauftrags. Im Rahmen der Totalrevision der Kantonsverfassung wurde ein Antrag, das *Instrument* des gesetzlichen Leistungsauftrags im Fall der Kantonalkasse verfassungsrechtlich vorzugeben, abgelehnt (siehe Ziffer IV.3). Und in den Materialien zum AGBEKBG findet sich die Aussage: «Einen eigentlichen substantiellen öffentlichen Leistungsauftrag gibt es seit der Sanierung der BEKB faktisch nicht mehr und wird es sinnvollerweise auch nach der Umwandlung nicht mehr geben.»⁵⁹

Dies ändert allerdings nichts daran, dass auf *Stufe Kantonsverfassung* für die Kantonalkasse ein Leistungsauftrag formuliert wird. Das Bestehen eines solchen

⁵⁹ Vortrag AGBEKBG, S. 7 (Ziffer 5.2.)

Leistungsauftrags ist letztlich die *raison d'être* von Kantonalbanken.⁶⁰ Ohne Leistungsauftrag liesse sich das Berteiben einer Kantonalbank nur schwer mit dem Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft (Art. 94 BV) vereinbaren (vgl. Ziffer III.2). Zur Vermeidung von Missverständnissen ist es aber vielleicht besser, im vorliegenden Zusammenhang auf den Begriff «Leistungsauftrag» zu verzichten und von einem *verfassungsrechtlichen Auftrag* zu sprechen.⁶¹

Dieser *verfassungsrechtliche* Auftrag wird auf *Gesetzesstufe* (AGBEKBG) in redaktionell leicht angepasster Fassung wieder aufgegriffen:

Art. 2 Zweck

¹ Die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank bezweckt als Universalbank die Besorgung aller banküblichen Geschäfte. Sie unterstützt den Kanton und die Gemeinden in der Erfüllung ihrer Aufgaben und fördert die volkswirtschaftliche und soziale Entwicklung im Kanton.

² Die Statuten regeln die Einzelheiten.

Diese gesetzliche Umschreibung des Auftrags wurde in die *Statuten der BEKB AG* übernommen (Art. 2 Abs. 1):

Art. 2 Zweck

¹ Die Bank bezweckt als Universalbank die Besorgung aller banküblichen Geschäfte. Sie unterstützt den Kanton und die Gemeinden in der Erfüllung ihrer Aufgaben und fördert die volkswirtschaftliche und soziale Entwicklung im Kanton.

Aus der Zweckbestimmung der Statuten geht weiter hervor, dass der Hauptmarkt der Kantonalbank der Kanton Bern ist und dass die Bank auch in anderen Kantonen Dienstleistungen anbieten kann (Art. 2 Abs. 3) sowie dass sie «nur im begrenzten Rahmen» Auslandsgeschäfte tätigen darf (Art. 2 Abs. 4).

b. Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags

Ausgangspunkte und Fragestellung

Um die Einhaltung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben gewährleisten zu können, bedarf es *hinreichend wirksamer Kontrollen mit einem*

⁶⁰ So Othmar Strasser, Basler Komm. BankG, Art. 3a, N. 41.

⁶¹ In diesem Sinn der Sprachgebrauch im Votum des Präsidenten der Kommission in der Debatte betreffend das AGBEKBG (Tagblatt 1997, S. 11): «Zu den Hauptinhalten dieses Gesetzesentwurfs» gehört «zweitens die Beschränkung des Leistungsauftrags auf die verfassungsmässige Grundlage». Vgl. auch das Votum des Präsidenten der Verfassungskommission (Tagblatt 1992, S. 1217): «Demzufolge gibt es eigentlich nur einen *Auftrag*, den nämlich, zur Förderung der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung vor allem eine wirtschaftliche Bank zu betreiben [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).

adäquaten Instrumentarium. Dies gilt grundsätzlich auch im Fall einer Kantonalbank mit verfassungsrechtlichem Auftrag.⁶²

Bei der Organisationsform der *öffentlich-rechtlichen Anstalt* (d.i. die Rechtsform der Kantonalbank bis Ende 1997) ergeben sich diesbezüglich gewöhnlich keine besonderen Fragen und Schwierigkeiten. Auf Einzelheiten ist an dieser Stelle nicht näher einzugehen.

Im – hier interessierenden – Fall einer *privatrechtlichen Aktiengesellschaft* gemäss Art. 620 ff. OR stehen dem Kanton als Aktionär keine Sonderrechte zu. Er kann nur (aber immerhin) auf das *aktienrechtliche Instrumentarium* setzen. Das zentrale Mittel ist die Wahrnehmung der Aktionärsrechte anlässlich der Generalversammlung.⁶³

Ohne in die Details gehen zu müssen, lässt sich festhalten, dass eine kapital- und stimmenmässige *Mehrheitsbeteiligung* des Kantons – wie sie das AGBEKBG heute im Fall der Kantonalbank vorsieht (vgl. Ziffer II.) – nach weithin geteilter Auffassung ausreicht, um es dem Kanton zu ermöglichen, im gebotenen Ausmass Einfluss zu nehmen und Kontrolle auszuüben.⁶⁴

Wie verhält es sich im Fall einer blossen *Minderheitsbeteiligung* des Kantons, wie sie mit der Motion 278-2021 angestrebt wird? Genügt hier das aktienrechtliche Instrumentarium, um die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags sicherzustellen?

Dies ist die Kernfrage des vorliegenden Gutachtens. Sie bedarf einlässlicher Prüfung. Dazu dienen die nun folgenden (hypothetischen) Überlegungen. Dabei wird die Annahme zugrunde gelegt, dass der Kanton über eine *Minderheitsbeteiligung* von *mehr als einem Drittel* des Kapitals und der Stimmen verfügt, wie sie in Art. 3a BankG für Kantonalbanken als kantonale Mindestbeteiligung vorausgesetzt wird (vgl. Ziffer III.1).

Die Frage der Deutungshoheit bei Meinungsverschiedenheiten

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Statuten der BEKB AG den verfassungsrechtlichen Auftrag in ihrem Zweck-Artikel rekapitulieren (Art. 2 Abs. 1 BEKB-Statuten) und damit förmlich zum Gesellschaftszweck erheben. Die

⁶² In diesem Sinn auch *Othmar Strasser*, Basler Komm. BankG, Art. 3a, N. 46: «Ein Leistungsauftrag [...] bedarf aber auch der Kontrolle und Überwachung.»

⁶³ Vgl. Aufsichtskonzept BEKB, insb. Ziffer 8.

⁶⁴ Vgl. z.B. *Müller/Friederich*, Gutachten, S. 17 (Abschnitt «Konstellationen rechtlicher Beherrschung einer AG?»), m.w.H. – Kritisch *Kunz*, Kurzgutachten, S. 10 (betreffend Mehrheitsbeteiligung des Kantons Bern bei der BKW AG): «M.E. dürfte die Situation des Kantons Bern betreffend BKW AG etwas überschätzt [...] werden [...]. Der Kanton Bern ist aktienrechtlich nicht 'allmächtig' im Hinblick auf die BKW AG [...]» (Hervorhebungen weggelassen).

Gesellschaftsorgane sind diesem Zweck verpflichtet. Insoweit besteht zwischen dem Auftrag gemäss Kantonsverfassung (und gemäss AGBEKBG) einerseits und den statutarischen (privatrechtlichen) Vorgaben an die Aktiengesellschaft und ihre Organe textliche Kongruenz. Es lässt sich allerdings nicht ausschliessen, dass die gleichlautenden Texte unterschiedlich interpretiert und gelebt werden⁶⁵ und dass es zu Meinungsverschiedenheiten kommt in der Frage, was es angesichts sich ändernder Umstände und Herausforderungen heisst, die volkswirtschaftliche und soziale Entwicklung zu fördern bzw. Kanton und Gemeinden zu unterstützen. Zu denken wäre etwa an Fragen betreffend die Ausrichtung der Geschäftspolitik in Sachen Filialnetz (die auf Bundesebene im Fall der Post AG wiederholt zu Diskussionen Anlass gab), in Sachen Grundversorgung (z.B. Dienstleistungsangebot für KMU) oder in Sachen Ausschüttungspolitik u.a.m.⁶⁶

Die Rechtsordnung muss mit solchen Meinungsverschiedenheiten zwischen Trärgemeinwesen (hier: der Kanton Bern) und Unternehmen (hier: die Kantonalbank) rechnen, und sie muss sicherstellen, dass sich bei der Auslegung der *in der Kantonsverfassung verankerten Vorgaben* («zur Förderung ...» usw.) die *Sicht des Kantons* durchsetzen kann. Lässt sich dies nicht sicherstellen – sodass sich im Ergebnis die Sicht der privatrechtlichen Aktiengesellschaft (bzw. ihrer Organe) durchsetzt –, so kann nicht mehr von einem Unternehmen gesprochen werden, das vom Kanton «betrieben» wird (wie dies Art. 53 KV/BE voraussetzt). Daran ändert nichts, dass in den parlamentarischen Beratungen zu Art. 53 KV/BE und zum AGBEKBG vielfach betont wurde, der verfassungsrechtliche Auftrag lasse sich am besten verwirklichen, wenn man der Kantonalbank möglichst wenig Fesseln anlege.⁶⁷ Die Kantonsverfassung setzt voraus, dass die *Deutungshoheit* in Bezug auf den *verfassungsrechtlichen Auftrag* in der Sphäre des die Bank «betreibenden» Kantons liegt, nicht in der Sphäre der privatrechtlichen Aktiengesellschaft.

Im Fall einer *Mehrheitsbeteiligung* des Kantons sollten die aktienrechtlichen Instrumente ausreichen, um allfällige Meinungsdivergenzen betreffend die Frage, wie die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu verstehen sind, im Sinn der Position des Kantons auszuräumen.

Im Fall einer blossen *Minderheitsbeteiligung* des Kantons ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass dies faktisch gelingt. Ein Erfolg ist jedoch – und das ist entscheidend – nicht sichergestellt. Der Kanton kann *sein Verständnis* des verfassungsrechtlichen Auftrags *nicht aus eigener Kraft*, sondern nur mit der

⁶⁵ Aktuell besteht diesbezüglich Einklang. Vgl. Regierungsrat, Eignerstrategie BEKB, einerseits sowie BEKB, Geschäftsbericht 2021, S. 16, andererseits («Die langjährige Geschäftspolitik deckt sich mit der Eigentümerstrategie des Mehrheitsaktionärs, des Kantons Bern.»).

⁶⁶ Zu solchen Besonderheiten vgl. *Othmar Strasser*, Basler Komm. BankG, Art. 3a, N. 43.

⁶⁷ In diesem Sinn z.B. der Präsident der Verfassungskommission, Tagblatt 1992, S. 1217.

Unterstützung anderer Aktionäre erreichen. Dies gilt auch dann, wenn der Kanton eine Sperrminorität besitzt. Eine Sperrminorität reicht zwar aus, um bestimmte wichtige Beschlüsse zu verhindern (vgl. Art. 704 OR; Art. 15 BEKB-Statuten). Sie genügt jedoch nicht, um Meinungsdivergenzen der hier interessierenden Art im Sinn der Position des Kantons auszuräumen. Und auch eine auf den verfassungsrechtlichen Auftrag abgestimmte Eignerstrategie und ein ausgefeiltes Aufsichtskonzept greifen zu kurz, wenn die zur Durchsetzung aktienrechtlich erforderlichen Mehrheiten fehlen.⁶⁸

Art. 95 KV/BE bietet zwar grundsätzlich die Möglichkeit, eine vom Kanton *nicht* beherrschte privatrechtliche Aktiengesellschaft mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu betrauen (Abs. 1 Bst. c; vgl. Ziffer IV.4).⁶⁹ Da Art. 53 KV/BE den Kanton dazu verpflichtet, die Kantonalbank zu *betreiben*, kommt diese Möglichkeit (Beleihung) allerdings bei der Kantonalbank nicht in Betracht.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der Bund bei öffentlichen Unternehmen wie der Post, der Swisscom oder den SBB jeweils von Gesetzes wegen dazu verpflichtet ist, die kapital- und stimmenmässige Mehrheit zu halten.⁷⁰ Der Bund darf sich mit anderen Worten nicht mit einer qualifizierten Minderheitsbeteiligung (Sperrminorität) begnügen, dies, obwohl es sich in den drei genannten Fällen nicht um privatrechtliche, sondern um *spezialgesetzliche* Aktiengesellschaften handelt, sodass der öffentlichen Hand zusätzliche Instrumente der Einflussnahme zur Verfügung stehen können.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das aktienrechtliche Instrumentarium im Fall einer blossen Minderheitsbeteiligung des Kantons an der Kantonalbank nicht ausreicht, um sicherzustellen, dass die Kantonalbank im Sinn des verfassungsrechtlichen Auftrags betrieben wird, *so wie der Kanton diesen Auftrag versteht*.

Allfällige Ergänzung des verfassungsrechtlichen Auftrags

Als Prüfstein für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer blossen Minderheitsbeteiligung kann auch die folgende (hypothetische) Überlegung dienen:

⁶⁸ Müller/Friederich, Gutachten, S. 19, weisen auf die Möglichkeit hin, eine Minderheitsbeteiligung «mit speziellen Vereinbarungen (z.B. Aktionärsbindungsverträge)» zu kombinieren. Auch bei diesem Ansatz kann allerdings der Kanton das Ziel letztlich nicht aus eigener Kraft erreichen, sondern nur mit der Unterstützung anderer Aktionäre, die dem Kanton ihre Unterstützung über kurz oder lang auch wieder entziehen könnten.

⁶⁹ Auf diese Möglichkeit weisen Müller/Friederich, Gutachten, S. 14 (Fussnote 68), hin.

⁷⁰ Siehe Art. 6 des Bundesgesetzes über die Organisation der Schweizerischen Post vom 17. Dezember 2010 (SR 783.1); Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (SR 784.11); Art. 7 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SR 742.31).

Angenommen, der bernische Gesetzgeber beschliesse eine Ergänzung des Förderauftrags in Art. 2 AGBEKBG – zum Beispiel dahingehend, dass die Kantonalbank neben der volkswirtschaftlichen und der sozialen Entwicklung auch die ökologische Entwicklung fördern soll.

Art. 53 KV/BE stünde einer solchen Ergänzung nicht entgegen.⁷¹

Bei der Implementierung einer solchen gesetzgeberischen Entscheidung drohen dem Kanton allerdings im Fall einer blossen Minderheitsbeteiligung Schwierigkeiten. Denn die entsprechende Änderung der Statuten (Gesellschaftszweck) kann der Kanton, wenn er nur noch über eine blosser Minderheitsbeteiligung verfügt, nicht aus eigener Kraft bewirken.⁷²

Wenn aber der Kanton den Gesellschaftszweck nicht mehr aus eigener Kraft anzupassen vermag: Kann man dann noch von einer Bank des Kantons sprechen, wie sie in Art. 53 KV/BE vorausgesetzt wird?

c. Zwischenfazit

Vor dem Hintergrund des *verfassungsrechtlichen Auftrags* der Kantonalbank muss das vom Verfassungsgeber in Art. 53 KV/BE verwendete Verb «betreiben» so verstanden werden, dass der Kanton zumindest über die Möglichkeit verfügen muss, hinsichtlich der Deutung des verfassungsrechtlichen Auftrags einen *bestimmenden Einfluss* auf die Kantonalbank auszuüben.

Diese Möglichkeit fehlt dem Kanton im Fall einer blossen Minderheitsbeteiligung an einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft.

Eine Minderheitsbeteiligung, mag sie auch qualifiziert sein (Sperrminorität), ist daher mit Art. 53 KV/BE nicht vereinbar.

Somit darf der Kanton erst nach Änderung von Art. 53 KV/BE von der bisherigen Mehrheitsbeteiligung an der Berner Kantonalbank AG zu einer qualifizierten Minderheitsbeteiligung übergehen.⁷³

⁷¹ Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zum AGBEKBG wurde ein entsprechender Antrag zu Art. 2 Abs. 1 gestellt. Der Antrag wurde aus sachpolitischen Gründen abgelehnt, nicht wegen verfassungsrechtlicher Bedenken (vgl. Tagblatt 1997, S. 20).

⁷² Art. 15 BEKB-Statuten verlangt (im Einklang mit der gesetzlichen Vorgabe gemäss Art. 704 OR) die Zustimmung von «mindestens zweier Drittel der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte».

⁷³ In diesem Sinn auch die schriftliche Stellungnahme des Regierungsrats vom 5. März 2008 zur Motion 208/07, FDP (Kohler-Jost, Mühlethurnen), Schrittweise Reduktion der Staatsbeteiligung an der Berner Kantonalbank (BEKB / BCBE), Tagblatt 2008, S. 294 ff., S. 296.

6. Ausgewählte rechtsvergleichende Hinweise

Die Kantonsverfassungen gehen das Thema Kantonalbank heute unterschiedlich an, wie die folgenden Beispiele veranschaulichen.

Eine differenzierende Lösung findet sich in der bereits erwähnten Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (Ziffer IV.2):

Art. 45 [KV/AR] Kantonalbank

Der Kanton kann sich an einer Bank zur Deckung der Geld- und Kreditbedürfnisse der Bevölkerung und der Wirtschaft im Kanton beteiligen; er kann eine solche Bank auch selbst betreiben.

Ähnlich geht die Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 (SR 131.223) vor:

Art. 94 [KV/SH] Kantonalbank

Der Kanton kann im Interesse der regionalen Volkswirtschaft eine Bank führen oder sich an einer solchen beteiligen.

Der Kanton Uri beschloss am 2. Dezember 2001 eine Änderung der Verfassungsbestimmung über die Kantonalbank. Die in der Kantonsverfassung vom 28. Oktober 1984 (SR 131.214) ursprünglich vorgesehene Verpflichtung, eine Kantonalbank zu führen, wurde durch eine flexiblere «Kann»-Formulierung abgelöst.⁷⁴

Einen Sonderfall bildet der Kanton Genf. Die Kantonalbank hat gemäss Art. 189 Abs. 1 der Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14. Oktober 2012 (SR 131.234) die Rechtsform einer «société anonyme de droit public» (öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft). Der Kantonsanteil beträgt weniger als 50 %. Da die Stadt Genf und weitere Genfer Gemeinden an der Kantonalbank beteiligt sind, ist die verfassungsrechtliche Vorgabe – «Le canton et les communes détiennent la majorité des voix attachées au capital social de la banque.» (Art. 189 Abs. 1 KV/GE) – derzeit dennoch klar erfüllt.

Verschiedene Kantonsverfassungen verwenden das Verb «unterhalten»⁷⁵, darunter auch die Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987 (SR 131.228):

⁷⁴ Art. 54 Abs. 1 KV/UR lautet neu: «Der Kanton kann eine Kantonalbank betreiben. Er garantiert deren Verbindlichkeiten. [...]» Vgl. dazu BBl 2002 6686.

⁷⁵ § 57 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SR 131.227) lautet: «Der Kanton unterhält zur Förderung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung eine Kantonalbank.» § 127 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SR 131.222.2) bestimmt: «Der Kanton unterhält eine Kantonalbank, die namentlich der Mittelbeschaffung und der Förderung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung dient.»

§ 83 [KV/TG] Kantonalbank, Gebäudeversicherung

Der Kanton unterhält eine Kantonalbank und eine Anstalt zur obligatorischen Versicherung der Gebäude.

Im Hinblick auf die geplante Umwandlung der Thurgauer Kantonalbank in eine Aktiengesellschaft (die dann im Juni 2002 in der Volksabstimmung scheiterte) gelangte der Regierungsrat des Kantons Thurgau zum Schluss, dass der Verfassungsgeber mit der Wahl des Verbs «unterhält» den Kanton «in einer klaren Herrschaftsposition sehen wollte»; die vorgesehene Rechtsformänderung sei zulässig, «solange die Kapital- und Stimmenbeteiligung des Kantons nicht weniger als 50% + 1 Stimme bzw. + 1 Aktie beträgt».⁷⁶

Diese Einschätzung des Thurgauer Regierungsrats ist vorliegend aus zwei Gründen von Interesse. Zum einen erfolgte die Einschätzung nach der Teilrevision des eidgenössischen Bankengesetzes vom 22. April 1999, die eine kantonale Minderheitsbeteiligung (mindestens ein Drittel des Kapitals und der Stimmen) genügen lässt (vgl. Ziffer III.1). Zum anderen steht das Verb «unterhalten» dem in Art. 53 KV/BE verwendeten Verb «betreiben» nahe (vgl. Ziffer IV.2).⁷⁷

Dasselbe Verb wie die bernische Kantonsverfassung («betreiben») verwenden auch die Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988 (SR 131.217) und die Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211). Letztere bestimmt kurz und bündig:

Art. 109 [KV/ZH] Kantonalbank

Der Kanton betreibt eine Kantonalbank.

Im Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung nehmen die Ausführungen zur hier interessierenden Thematik rund zehn Zeilen ein. Mit Blick auf die hier zu klärende Fragestellung interessieren die folgenden Feststellungen: Die Bestimmung lege die Rechtsform nicht fest, weshalb ein Wechsel von der gegenwärtigen Anstaltsform zu einer anderen Rechtsform (z.B. privatrechtliche Aktiengesellschaft) ohne Verfassungsänderung möglich sei. Solange der Kanton eine Beteiligung von mehr als einem Drittel des Kapitals halte und über mehr als einen Drittel der Stimmen verfüge, liege eine Kantonalbank im Sinn des Bankengesetzes vor, sodass der Kanton seine Pflicht, eine Kantonalbank zu betreiben, erfülle. Eine Vollprivatisierung ohne Änderung der Verfassung sei hingegen ausgeschlossen.⁷⁸

⁷⁶ Botschaft des Regierungsrats des Kantons Thurgau an den Grossen Rat vom 24. April 2001 zu einem Gesetz über die Aktiengesellschaft Thurgauer Kantonalbank, S. 20 f. (zitiert nach *Nuspliger*, Kurzgutachten, S. 11; dort auch weitere Nachweise).

⁷⁷ Auf diese Nähe weist auch *Nuspliger*, Kurzgutachten, S. 11, hin.

⁷⁸ *Markus Rüssli*, Art. 109, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Rz. 7.

Im Vergleich mit Art. 53 KV/BE fällt zunächst auf, dass die Zürcher Kantonsverfassung für die Kantonalbank keinen verfassungsrechtlichen Auftrag formuliert.⁷⁹ Das Fehlen eines verfassungsrechtlichen Auftrags mag ein Grund dafür sein, weshalb im Zürcher Verfassungskommentar keine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Wortlaut der Bestimmung, insbesondere mit dem Verb «betreiben», stattfindet. Weiter fällt auf, dass die Zulässigkeit einer qualifizierten Minderheitsbeteiligung nicht gestützt auf das kantonale Verfassungsrecht begründet wird, sondern unter alleiniger Bezugnahme auf die seit dem 1. Oktober 1999 geltenden bundesrechtlichen Minimalanforderungen an eine Kantonalbank (vgl. Ziffer III.).

Welche Bedeutung hat die in Art. 3a BankG getroffene Regelung für die Auslegung von Art. 53 KV/BE? Diese Frage gilt es zu klären, bevor ein abschliessendes Fazit zur Tragweite von Art. 53 KV/BE gezogen werden kann.

7. Auslegung von Art. 53 KV/BE im Licht des übergeordneten Rechts

Die bundesrechtliche Legaldefinition der Kantonalbank begnügt sich damit, eine Mindestbeteiligung des Kantons von mehr als einem Drittel des Kapitals und von mehr als einem Drittel der Stimmen zu verlangen (Art. 3a BankG).

Wie bereits ausgeführt (vgl. Ziffer III.3), wurde dies im Wesentlichen damit begründet, dass Restrukturierungen (Beteiligung privater Anleger, Fusionen über Kantonsgrenzen hinweg) nicht unnötig erschwert oder gar verunmöglicht werden sollen. Zudem soll der Kanton (zumindest) über eine aktienrechtliche Sperrminorität verfügen, sodass er verhindern kann, dass bestimmte wichtige Beschlüsse (wie z.B. eine Zweckänderung) gegen seinen Willen durchgesetzt werden können.

Die Bankengesetzgebung des Bundes überlässt es den Kantonen zu regeln, inwieweit ihre jeweilige Kantonalbank einen Leistungsauftrag zu erfüllen hat und wie die Einhaltung des Leistungsauftrags sicherzustellen ist. Die «Drittelsregel» in Art. 3a BankG (kantonale Mindestbeteiligung) verfolgt nicht den Zweck, die Einhaltung eines allfälligen kantonalen Leistungsauftrags sicherzustellen. Dies ist Sache der kantonalen (Verfassungs-) Gesetzgebung.

Auf eine kurze Formel gebracht:

- Art. 3a BankG legt fest, welche Bank sich – mit Blick auf die Bankengesetzgebung des Bundes – «Kantonalbank» nennen darf.
- In Art. 53 KV/BE (und der einschlägigen kantonalen Ausführungsgesetzgebung) geht es hingegen um die Frage, unter welchen Voraussetzungen

⁷⁹ Der wohlfahrtsstaatliche Zweck der Zürcher Kantonalbank kommt im umfangreichen gesetzlichen Leistungsauftrag zum Ausdruck. Vgl. § 2 des Kantonalbankgesetzes vom 28. September 1997 (LS 951.1) sowie Markus Rüssli, Art. 109, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Rz. 5.

die vom Kanton errichtete Bank – mit Blick auf das kantonale (Verfassungs-) Recht – noch als *Bank des Kantons*, d.h. als vom Kanton «*betriebene*» Bank, einzustufen ist.

Aus Art. 53 KV/BE ergibt sich für den Kanton eine dreifache Vorgabe:

- Der Kanton muss eine Bank betreiben.
- Diese kantonale Bank muss eine «Kantonalbank» (Art. 53 KV/BE, Überschrift) sein, d.h. vom Bund als Kantonalbank gemäss Bankengesetzgebung anerkannt sein.
- Die vom Kanton betriebene Bank – die zugleich eine Kantonalbank im Sinn der Bundesgesetzgebung sein muss – hat einen verfassungsrechtlichen Auftrag zu erfüllen («zur Förderung ...» usw.).

Um diese kantonalen Verfassungsvorgaben zu erfüllen, muss der Kanton zwei Dimensionen im Auge behalten. Er muss:

- die *bundesrechtlichen Mindestbedingungen* beachten (Ziffer III.) und
- dafür sorgen, dass die Kantonalbank den *kantonal-verfassungsrechtlichen Auftrag* erfüllt (Ziffer IV.2 ff.).

Per 1. Oktober 1999 senkte der Bund durch eine neue Legaldefinition der Kantonalbank die Mindestbedingungen ab. Bis zu jenem Zeitpunkt verlangte der Bund im Fall einer als Aktiengesellschaft organisierten Kantonalbank «klar[e] Mehrheitsverhältnisse zugunsten des Kantons bezüglich Stimmen und Kapital». ⁸⁰ Anlässlich der Umwandlung der Berner Kantonalbank in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft (per 1. Januar 1998) wurde eine Mehrheitsbeteiligung des Kantons gesetzlich verankert (Art. 3 AGBEKBG). Die beiden vom Kanton im Auge zu behaltenden Dimensionen – einerseits die *bundesrechtliche* Bedingung (Mehrheit des Kantons bezüglich Stimmen und Kapital), andererseits die *kantonale* Bedingung (Mehrheit des Kantons bezüglich Stimmen und Kapital) – waren damals kongruent. ⁸¹

Dies änderte sich aufgrund der bundesrechtlichen Neudefinition der Kantonalbank im Jahr 1999, die sich mit einer qualifizierten Minderheitsbeteiligung des Kantons begnügt (Ziffer III.).

Für den Kanton Bern vergrösserte sich dadurch der *bundesrechtliche* Spielraum, *nicht aber der kantonal-verfassungsrechtliche* Spielraum. Denn die Änderung der eidgenössischen Bankengesetzgebung, die eine Absenkung der bundesrechtlichen

⁸⁰ Stellungnahme der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) vom 29. September 1995 (hier zitiert nach: Vortrag AGBEKBG, S. 16).

⁸¹ Diese Kongruenz kommt im Vortrag AGBEKBG, S. 16, wie folgt zum Ausdruck: «Weil der Kanton aufgrund von Artikel 53 KV eine Kantonalbank im Sinn der eidgenössischen Bankengesetzgebung zu 'betreiben' hat, muss er diese auch kapital- und stimmenmässig beherrschen.»

Beteiligungs-Anforderungen bewirkte, führte nicht automatisch auch zu einer Absenkung der Anforderungen aus Art. 53 KV/BE. Im Verhältnis der beiden Dimensionen gab es somit keine Kongruenz mehr. Die Kantonsverfassung verlangt nunmehr in Sachen kantonale Beteiligung *mehr als das Bundesrecht* (was bundesrechtlich zulässig ist; vgl. Ziffer III.).⁸²

Zusammenfassend lässt sich festhalten:

- Das Bundesrecht lässt es heute zu, dass sich ein Kanton bei der Kantonalbank mit einer qualifizierten Minderheitsbeteiligung begnügt (Art. 3a BankG). Die bundesrechtliche Regel entbindet die Kantone jedoch nicht von der Beachtung kantonaler (Verfassungs-) Vorgaben, die eine stärkere Beteiligung gebieten.
- Art. 53 KV/BE beinhaltet eine derartige weitergehende kantonale (Verfassungs-) Vorgabe. Der bernische Gesetzgeber darf den Weg für eine Minderheitsbeteiligung nur nach einer vorherigen Anpassung von Art. 53 KV/BE frei machen.

Die hier analysierte Rechtslage ist komplex, und man kann sich fragen, wie sinnvoll sie ist. Allerdings widerspiegelt die Rechtslage die einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundstrukturen in grundsätzlich adäquater Weise, nämlich die – begrenzte – Kompetenz des Bundes (Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Kantonalbanken, Art. 98 Abs. 1 BV) einerseits und die – begrenzte – Aufgaben- und Organisationsautonomie der Kantone (Art. 43 und Art. 47 BV) andererseits.

8. Fazit

Die Analyse von Art. 53 KV/BE im Licht der verschiedenen Auslegungsgesichtspunkte und im Licht der Rechtsentwicklung auf Bundesebene hat ergeben, dass eine blossе Minderheitsbeteiligung des Kantons Bern an der Berner Kantonalbank zwar mit dem Bundesrecht in Einklang stünde (sofern die Mindestbeteiligung gemäss Art. 3a BankG gewahrt bleibt), dass sie aber nicht mit Art. 53 KV/BE vereinbar wäre. Denn Art. 53 KV/BE verpflichtet den Kanton, eine (Kantonal-) Bank zu betreiben (dazu insb. Ziffer IV.2). Dies wiederum setzt voraus, dass der Kanton bestimmenden Einfluss auf diese Bank nehmen kann, was bei einer Minderheitsbeteiligung nicht ausreichend gewährleistet ist; dies auch dann nicht, wenn die Minderheitsbeteiligung dem Kanton aktienrechtlich eine Sperrminorität verschaffen sollte (dazu insb. Ziffer IV.5).

Zur Veranschaulichung mag die Einordnung der hier analysierten Konstellation (Kantonalbank) in die Typologie und Systematik der «anderen Träger öffentlicher

⁸² Der vorne zitierte Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung (Ziffer IV.6) stellt einseitig auf die bundesrechtliche Dimension ab und prüft nicht näher, ob die zweite (kantonale) Dimension – «Der Kanton betreibt ...» (Art. 109 KV/ZH) – allenfalls eigenständige Bedeutung hat.

Aufgaben» gemäss Art. 95 Abs. 1 KV/BE dienen. Diese Bestimmung unterscheidet, wie gesehen (vgl. Ziffer IV.4):

- Bst. a: vom Kanton *errichtete* Anstalten und andere Institutionen;
- Bst. b: Institutionen, an denen sich der Kanton *beteiligt*;
- Bst. c: Institutionen *ausserhalb der Verwaltung*, denen der Kanton eine öffentliche *Aufgabe überträgt*.

Nach Massgabe von Art. 95 KV/BE ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich unbenommen, eine Institution vom Typ a in eine Institution vom Typ b umzuwandeln oder in den Modus gemäss Typ c zu wechseln und umgekehrt. Anders verhält es sich allerdings im Fall der Kantonalbank. Der Spielraum des kantonalen Gesetzgebers wird hier durch eine Spezialbestimmung (Art. 53 KV/BE) beschränkt, die den Kanton dazu verpflichtet, eine Kantonalbank zu betreiben und die Einhaltung des verfassungsrechtlichen Auftrags sicherzustellen. Ein Typenwechsel ist daher nicht ohne weiteres möglich. Im vorliegend interessierenden Fall bedarf es einer vorherigen Änderung der verfassungsrechtlichen Spezialbestimmung.

V. Fragen im Hinblick auf eine allfällige Reform

1. Wie müsste Art. 53 KV/BE allenfalls umformuliert werden?

Da Art. 53 KV/BE einer blossen Minderheitsbeteiligung des Kantons entgegensteht (Ziffer IV.), stellt sich die Frage, in welche Richtung diese Verfassungsbestimmung umformuliert werden müsste, um eine (qualifizierte) Minderheitsbeteiligung des Kantons zu ermöglichen (vgl. Ziffer I.2, Frage 2).

Ein nahe liegender Lösungsansatz geht dahin, in Art. 53 KV/BE das Verb «betreiben» durch ein Verb zu ersetzen, das eine bloss (Minderheits-) Beteiligung vorsieht (z.B. «sich beteiligen»). Ein zweiter, ebenfalls nahe liegender Lösungsansatz geht dahin, Art. 53 KV/BE nicht mehr verpflichtend zu formulieren («Muss»-Bestimmung), sondern als «Kann»-Bestimmung. Diese beiden Ansätze lassen sich auch kombinieren.

Die bereits zitierten Kantonalbank-Artikel der Kantonsverfassungen von Appenzell Ausserrhoden und Schaffhausen sehen eine solche Kombination vor und könnten als Ausgangspunkt für die Formulierung eines neuen Kantonalbank-Artikels für die bernische Kantonsverfassung dienen (Hervorhebungen hinzugefügt):

Art. 45 [KV/AR] Kantonalbank

Der Kanton *kann sich* an einer Bank zur Deckung der Geld- und Kreditbedürfnisse der Bevölkerung und der Wirtschaft im Kanton *beteiligen*; er *kann* eine solche Bank auch selbst *betreiben*.

Art. 94 [KV/SH] Kantonalkbank

Der Kanton *kann* im Interesse der regionalen Volkswirtschaft eine Bank *führen oder sich an einer solchen beteiligen*.

Beide Kantonsverfassungen lassen die Frage der (Mindest-) Beteiligungsquote offen bzw. überlassen es dem Gesetzgeber, diese festzulegen. Dies hat den Vorzug einer gewissen Flexibilität.⁸³

Was den *verfassungsrechtlichen Auftrag* der Berner Kantonalkbank anbelangt (Ziffer IV.5.a), so müsste man diesen möglicherweise redaktionell leicht anpassen, damit er sprachlich optimal in die neu formulierte Bestimmung passt (wie man dies ja auch auf Gesetzesstufe getan hat: Art. 2 AGBEKBG; vgl. Ziffer IV.5.a).

2. Rechtliche Untergrenzen bei einer Minderheitsbeteiligung des Kantons?

Unter dem geltenden Art. 53 KV/BE ist, wie dargelegt, eine blosser Minderheitsbeteiligung des Kantons nicht zulässig (siehe Ziffer IV.).

Die Frage nach rechtlichen Untergrenzen bei einer Minderheitsbeteiligung des Kantons (vgl. Ziffer I.2, Frage 3) stellt sich somit erst, wenn Art. 53 KV/BE einer Revision unterzogen wird und dabei so angepasst wird, dass eine Minderheitsbeteiligung des Kantons gemäss kantonalem Verfassungsrecht zulässig ist (vgl. Ziffer V.1).

Wenn es nach einer solchen Anpassung von Art. 53 KV/BE im Kanton Bern weiterhin eine Kantonalkbank (im Sinn der eidgenössischen Bankengesetzgebung) geben soll, dann muss der Kanton die Mindestanforderungen des Bundesrechts beachten. Dazu gehört derzeit die qualifizierte Minderheitsbeteiligung gemäss Art. 3a BankG (dazu Ziffer III.). Diese untere Grenze gilt es zu beachten, um die Bank als Kantonalkbank weiterführen zu können.

Es wäre aus *bundesrechtlicher Sicht* nicht a priori unzulässig, die Kantonsbeteiligung *unter* die in Art. 3a BankG festgelegte «Drittelsgrenze» abzusenken. Damit wäre jedoch für die Bank der Verlust des Kantonalkbank-Status verbunden. Aus *kantonalk-verfassungsrechtlicher Sicht* wäre dies nur zulässig, wenn ein modifizierter Art. 53 KV/BE den Kanton nicht mehr dazu verpflichtet, eine «Kantonalkbank» (Sachüberschrift) im Sinn des Bundesrechts (Ziffer III.) zu führen.

⁸³ Z.B. um die kantonale Vorgabe leichter auf eine allfällige Änderung der eidgenössischen Kantonalkbankdefinition von 1999 (Ziffer III.1) abstimmen zu können.

VI. Zusammenfassung und Beantwortung der Gutachterfragen

I.

Die Hauptaufgabe des vorliegenden Rechtsgutachtens war es, zu klären, ob sich der Kanton Bern von seiner Aktienmehrheit an der BEKB trennen darf, wenn Art. 53 KV/BE unverändert beibehalten wird. Die wichtigsten Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

II.

Aus Art. 53 KV/BE ergibt sich:

- Der Kanton ist verpflichtet, eine Bank zu betreiben.
- Diese Bank des Kantons muss eine «Kantonalbank» sein. Der Kanton muss dafür sorgen, dass die bundesrechtlichen Mindestbedingungen für eine Kantonalbank (vgl. Ziffer III.) erfüllt sind.
- Der Kanton muss überdies dafür sorgen, dass die inhaltlichen Vorgaben der Kantonsverfassung (Förderung der der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklung; Unterstützung von Kanton und Gemeinden) erfüllt werden.

Die Umwandlung der Kantonalbank in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft per 1. Januar 1998 war ohne eine Änderung der Kantonsverfassung möglich.

III.

Seit einer Teilrevision des eidgenössischen Bankengesetzes vom 22. April 1999 (in Kraft seit 1. Oktober 1999) muss eine Kantonalbank drei Merkmale aufweisen (Art. 3a BankG):

- Errichtung gestützt auf einen kantonalen gesetzlichen Erlass;
- Anstalt oder Aktiengesellschaft als Rechtsform;
- qualifizierte Kantonsbeteiligung (mehr als ein Drittel des Kapitals und der Stimmen).

Die bundesrechtlich vorgegebene kantonale Mindestbeteiligung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass andernfalls Restrukturierungen (Beteiligung privater Anleger, Fusionen über Kantonsgrenzen hinweg) erschwert, wenn nicht verunmöglicht würden. Weiter soll der Kanton zumindest eine (aktienrechtliche) Sperrminorität haben. Art. 3a BankG schliesst nicht aus, dass ein Kanton weitergehende Anforderungen an seine Kantonalbank statuiert.

IV.

Die Analyse von Art. 53 KV/BE im Licht der verschiedenen Auslegungsgesichtspunkte und im Licht der Rechtsentwicklung auf Bundesebene ergibt, dass eine

bloße Minderheitsbeteiligung des Kantons Bern an der Berner Kantonalbank zwar mit dem Bundesrecht in Einklang stünde (in den Grenzen von Art. 3a BankG), dass sie aber nicht mit Art. 53 KV/BE vereinbar wäre. Denn Art. 53 KV/BE verpflichtet den Kanton, eine (Kantonal-) Bank zu betreiben (dazu insb. Ziffer IV.2). Dies wiederum setzt voraus, dass der Kanton bestimmenden Einfluss auf die Bank nehmen kann, was bei einer Minderheitsbeteiligung nicht ausreichend gewährleistet ist; dies auch dann nicht, wenn die Minderheitsbeteiligung dem Kanton aktienrechtlich eine Sperrminorität verschaffen sollte (dazu insb. Ziffer IV.5).

V.

Da Art. 53 KV/BE einer bloßen Minderheitsbeteiligung des Kantons entgegensteht, stellt sich die Frage, in welche Richtung diese Verfassungsbestimmung umformuliert werden müsste, um eine (qualifizierte) Minderheitsbeteiligung des Kantons zu ermöglichen. Zu denken ist an die Ersetzung des Verbs «betreiben» durch ein Verb, das eine bloße Beteiligung vorsieht (z.B. «sich beteiligen»), oder an eine «Kann»-Bestimmung. Diese beiden Ansätze lassen sich auch kombinieren. Die Kantonalbank-Artikel der Kantonsverfassungen von Appenzell Auser rhoden und Schaffhausen könnten als Ausgangspunkt für die Formulierung eines neuen Kantonalbank-Artikels dienen (dazu Ziffer V.1). Wenn es nach erfolgter Anpassung von Art. 53 KV/BE im Kanton Bern weiterhin eine Kantonalbank (im Sinn der eidgenössischen Bankengesetzgebung) geben soll, dann muss der Kanton die Mindestanforderungen des Bundesrechts beachten (insb. Mindestbeteiligung gemäss Art. 3a BankG).

VI.

Die Gutachterfragen können somit wie folgt beantwortet werden:

Frage 1: «Kann der Kanton Bern sich von seiner Aktienmehrheit an der BEKB trennen, wenn Artikel 53 der Kantonsverfassung unverändert beibehalten wird?»

Aus den genannten Gründen (insb. Ziffer IV.) ist diese Frage zu verneinen.

Frage 2: «Falls Frage 1 mit Nein beantwortet wird: In welche Richtung müsste Artikel 53 KV umformuliert werden?»

Ein nahe liegender Lösungsansatz geht dahin, in Art. 53 KV/BE das Verb «betreiben» durch ein Verb zu ersetzen, das eine bloße Beteiligung vorsieht (z.B. «sich beteiligen»). Ein zweiter, ebenfalls nahe liegender Lösungsansatz geht dahin, Art. 53 KV/BE als «Kann»-Bestimmung zu formulieren. Diese beiden Ansätze lassen sich auch kombinieren.

Frage 3: «Gibt es bei einer Minderheitsbeteiligung des Kantons rechtliche Untergrenzen zu beachten?»

Wenn es nach erfolgter Anpassung von Art. 53 KV/BE im Kanton Bern weiterhin eine Kantonalbank geben soll, dann muss der Kanton die Mindestanforderungen des Bundesrechts beachten (insb. Mindestbeteiligung gemäss Art. 3a BankG).

Frage 4: «Hat der Gutachter ergänzende Bemerkungen anzubringen?»

Der Gutachter hat keine weiteren Bemerkungen anzubringen.



Giovanni Biaggini

Anhang

1. Abkürzungen

AB [Jahr]	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
N bzw. S	(Nationalrat bzw. Ständerat)
AGBEKGB	Gesetz über die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank vom 23. November 1997 (BSG 951.10)
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz) vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BEKB	Berner Kantonalbank AG
BEKB-Statuten	Statuten der Berner Kantonalbank AG vom 22. Mai 2018 (https://www.bekb.ch/de/die-bekb/portraet/organisation) [28. Februar 2023]
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
KV/AR	Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (SR 131.224.1)
KV/BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1 [auch in SR 131.212])
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

2. Abgekürzt zitierte Literatur⁸⁴

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit.: Komm. BV).

Kälin Walter/Bolz Urs (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995.

Kunz Peter V., Kurzgutachten Betreffend Aktienrechtsfragen zum Verhältnis zwischen Kanton Bern und BKW AG (2. Juni 2021) (zit.: *Kunz*, Kurzgutachten).

⁸⁴ Weitere Literaturhinweise finden sich in den Fussnoten (mit vollständigen Angaben).

Müller Markus/Friederich Ueli, Umfang der Aufsicht und Oberaufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben im Kanton Bern (Art. 78 KV, Art. 95 KV), Gutachten zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates des Kantons Bern (3. Mai 2021) (zit.: *Müller/Friederich*, Gutachten)

Müller Markus/Feller Reto, Verwaltungsorganisationsrecht, in: Dies. (Hrsg.), *Bernisches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern 2021, S. 1 ff. (zit.: *Müller/Feller*, Verwaltungsorganisationsrecht)

Nuspliger Kurt, Kurzgutachten zur Frage: «Kann der Kanton Bern seine Beteiligung an der Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank bis zu einem Anteil von 33 1/3 Prozent reduzieren, ohne dass dabei Artikel 53 der Kantonsverfassung geändert werden muss?» (15. Mai 2002) (zit.: *Nuspliger*, Kurzgutachten).

Rhinow René/Schmid Gerhard/Biaggini Giovanni/Uhlmann Felix, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.

Rüssli Markus, Art. 109, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung (hrsg. von Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach), Zürich 2007, S. 1025 ff.

Stöckli Andreas/Joller Elisabeth, Totalrevision des Kantonalen Finanzkontrollgesetzes: Mitwirkungspflichten gegenüber der Finanzkontrolle im Kanton Bern, Gutachten zuhanden der Staatskanzlei des Kantons Bern (15. März 2021) (zit.: *Stöckli/Joller*, Gutachten).

Strasser Othmar, Art. 3a BankG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), *Basler Kommentar Bankengesetz*, 2. Auflage, Basel 2013 (zit.: *Basler Komm. BankG*).

Zimmerli Ulrich, Wirtschaftsverfassung, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Bern 1995, S. 81 ff.

3. Materialien

Herangezogen wurden insbesondere die folgenden Unterlagen (hier chronologisch geordnet):⁸⁵

- Vortrag der Verfassungskommission zuhanden des Grossen Rates betreffend die Totalrevision der Verfassung, 31. Januar 1992 (in Tagblatt 1992) (zit.: Vortrag Verfassungskommission).

⁸⁵ Ältere Ausgaben des Tagblatts des Grossen Rates wurden konsultiert unter <<https://www.e-periodica.ch/digbib/volumes?UID=tgr-002>> [28. Februar 2023]. – Zur Verfügung standen auch Unterlagen zu verschiedenen weiteren Motionen. Diese werden hier nicht eigens aufgeführt.

- Gemeinsamer Antrag von Verfassungskommission und Regierungsrat betreffend die Totalrevision der Verfassung, Bern, 31. Januar 1992 / 12. Februar 1992 (in Tagblatt 1992).
- Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1992, Beratungen zu E-Art. 52 KV/BE, S. 603 ff. [Maisession] und S. 127 [3. November]] (zit.: Tagblatt 1992).
- Vortrag der Finanzdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates vom 12. September 1996 betreffend Gesetz über die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank) (in Tagblatt 1997) (zit.: Vortrag AGBEKBG).
- Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, 1997, Gesetz über die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank, S. 11 ff. (1. Lesung) und S. 407 ff. (2. Lesung) (zit.: Tagblatt 1997).
- Bundesrat, Botschaft über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 27. Mai 1998, BBl 1998 3847 (zit.: Botschaft Revision BankG).
- Motion 208/2007, FDP (Kohler-Jost, Mühlethurnen) – Schrittweise Reduktion der Staatsbeteiligung an der Berner Kantonalbank (BEKB / BCBE). Schriftliche Stellungnahme des Regierungsrats vom 5. März 2008 (in Tagblatt 2008, S. 294 ff.).
- Statuten der Berner Kantonalbank AG vom 22. Mai 2018 (<<https://www.bekb.ch/de/die-bekb/portraet/organisation>> [28. Februar 2023]) (zit.: BEKB-Statuten).
- Motion 278/2021, Brönnimann (Mittelhäusern, glp) – Der Kanton Bern schafft die rechtlichen Grundlagen, um die Aktienmehrheit an der BEKB abzugeben. Antwort des Regierungsrates vom 4. Mai 2022, Geschäftsnummer 2021.RRGR.398 (<<https://www.rr.be.ch/de/start/beschluesse/suche.html>> [28. Februar 2023]).
- BEKB, Bericht des Verwaltungsrats an die Generalversammlung der Aktionärinnen und Aktionäre über das Geschäftsjahr 2021 (<<https://report.bekb.ch/2021/de/downloadcenter>> [28. Februar 2023]) (zit.: Geschäftsbericht 2021).
- Kanton Bern, Aufsichtskonzept Berner Kantonalbank BEKB AG, vom Regierungsrat genehmigt am 26. Oktober 2022 (RRB Nr.: 1095/2022) (<<https://www.fin.be.ch/de/start/themen/Finanzen/Beteiligungscontrolling.html>> [28. Februar 2023]) (zit.: Aufsichtskonzept BEKB).
- Kanton Bern, Eignerstrategie Berner Kantonalbank AG (BEKB) vom 21. Dezember 2022 (<<https://www.fin.be.ch/de/start/themen/Finanzen/Beteiligungscontrolling.html>> [28. Februar 2023]) (zit.: Eignerstrategie BEKB).