

RECHTSGUTACHTEN

erstattet an den

**Kanton Basel-Landschaft
Finanz- und Kirchendirektion (FKD)**

betreffend

**Haftungsrisiken, Informationsrechte und Einflussmöglichkeiten des
Kantons Basel-Landschaft in Bezug auf dessen Beteiligung an der
BLKB und deren Tochtergesellschaften, namentlich der radicant AG**

von

Prof. Dr. Christoph B. Bühler, LL.M., Advokat

Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich

am

9. Mai 2022

PROF. DR. CHRISTOPH B. BÜHLER, LL.M., ADVOKAT
JAN BANGERT, ADVOKAT
MARTIN BÖCKLI, LL.M., ADVOKAT*
DR. DANIEL HÄRING, ADVOKAT
ANNE-SOPHIE BURCKHARDT-BUCHS, LL.M., ADVOKATIN
MERET T. MÜLLER, ADVOKATIN
STEPHAN BUSER, ADVOKAT

PROF. DR. DR. h.c. PETER BÖCKLI, ADVOKAT, KONSULENT

ST. JAKOBS-STRASSE 41 TEL. +41 (0)61 317 94 50
POSTFACH 2348 FAX +41 (0)61 317 94 60
CH-4002 BASEL WWW.BOECKLI-BUEHLER.CH

Mitglieder der Advokatenkammer Basel und des schweizerischen
Anwaltsverbandes. Registriert im kantonalen Anwaltsregister.
* auch in New York zugelassen

EXECUTIVE SUMMARY

Sachverhalt

- 1 Die BLKB ist eine Kantonalbank im Sinne von Art. 3a BankG in der Rechtsform einer *selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt*. Sie bietet die Dienstleistungen einer Universalbank an und hat gemäss § 2 KBG BL den Zweck, im Rahmen des Wettbewerbs und ihrer finanziellen Möglichkeiten zu einer ausgewogenen Entwicklung des Kantons und der Region Nordwestschweiz beizutragen. Das Grundkapital der BLKB besteht aus dem Dotations- und Zertifikatskapital. Der Kanton ist im Besitz von rund 73,7% des Grundkapitals der BLKB und hat 100% der Stimmrechte. Das Zertifikatskapital wird von der BLKB durch die Ausgabe von Zertifikaten beschafft; es darf höchstens die Hälfte des Dotationskapitals betragen. Die Zertifikate geben Anrecht auf eine Gewinnausschüttung, auf den Bezug neuer Zertifikate und auf einen verhältnismässigen Anteil am Ergebnis einer allfälligen Liquidation. Die BLKB ist mit ihren Kantonalbankzertifikaten an der Schweizer Börse SIX kotiert.
- 2 Mit Postulat 2019/708 hat der Landrat den Regierungsrat am 31. Oktober 2019 beauftragt, die Grundlagen für eine strategische und risikobasierte *Überprüfung der Eigentümerstrategie zur Basellandschaftlichen Kantonalbank (BLKB)* bezüglich Rechtsform und Staatsgarantie zu erarbeiten. Der Regierungsrat hat am 18. Mai 2021 den Bericht zum Postulat 2019/708 verabschiedet. Dieser wurde sodann in der Finanzkommission am 26. Mai und 2. Juni 2021 vorgestellt und beraten. Das Postulat wurde am 16. September 2021 mit 79:0 stimmen vom Landrat abgeschrieben.
- 3 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 Regierungsrat möchte jedoch im Sinne einer Eventualplanung auf Szenarien, in welchen sich das Verhältnis von Leistungsauftrag und Beteiligungsrisiken verändert, vorbereitet sein. Die Rahmenbedingungen für die Bank werden daher kontinuierlich überprüft und – sofern erforderlich – Massnahmen identifiziert und eingeleitet. In einem ersten Schritt beabsichtigt der Regierungsrat, eine leichte Modernisierung des Kantonalbankgesetzes zu prüfen, um den aktuellen Entwicklungen im Bereich der Regulierung sowie eventueller Kooperationen oder Beteiligungen der Bank besser gerecht zu werden.
- 4 Der Regierungsrat hat die Stossrichtung der Eigentümerstrategie in Bezug auf die BLKB daher wie folgt angepasst:

«An der finanziellen Mehrheitsbeteiligung, an der Rechtsform, der Staatsgarantie für die Bank sowie an der Steuerbefreiung soll bis auf weiteres festgehalten werden. Der Regierungsrat und die BLKB analysieren weiterhin laufend die Entwicklung der Finanz- und Bankenbranche sowie die politischen und regulatorischen Rahmenbedingungen und berichten jährlich darüber. Innert einer 2-Jahresfrist sollen Vorschläge

zur Modernisierung des Kantonalbankgesetzes geprüft werden. Sie beziehen sich voraussichtlich auf den expliziten Ausschluss der Staatsgarantie für Tochtergesellschaften, auf angepasste Vorgaben in Bezug auf den Umgang mit Risiken, auf die Reservbildung sowie auf die Governance innerhalb einer Konzernstruktur.»

- 5 Vor diesem Hintergrund stellen sich für den Kanton Basel-Landschaft die hier zu begutachtenden Fragen zu den Haftungsrisiken, Informationsrechten und Einflussmöglichkeiten des Kantons in Bezug auf dessen Beteiligung an der BLKB und deren Tochtergesellschaften, namentlich in Bezug auf die am 16. April 2021 gegründete radicant AG, einen schweizweit tätigen Finanzdienstleister, der als digitale Bank der BLKB die Bedürfnisse der digital affinen Kundinnen und Kunden abdecken und sich insbesondere durch seine starke Fokussierung auf die Nachhaltigkeit von den Mitbewerbern abheben soll.

Gutachterfrage 1: Konzernierung der radicant AG und Konzernhaftung der BLKB

Kann die BLKB für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften, namentlich der von ihr beteiligungsmässig und stimmenmässig kontrollierten Bank radicant AG, haftbar gemacht werden? Wenn ja, gestützt auf welche Rechtsgrundlagen und unter welchen Voraussetzungen besteht eine solche Haftung?

1.1 Ist die radicant AG Teil des BLKB-Konzerns? Falls ja: Inwieweit ist die radicant AG rechtlich in den BLKB-Konzern eingebunden?

1.2 Gestützt auf welche Rechtsgrundlagen und inwieweit haftet die BLKB für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften, namentlich der radicant AG?

- 6 Gestützt auf die Bestimmung in § 1 Abs. 2 KBG BL, wonach die BLKB Zweigniederlassungen errichten und Tochtergesellschaften gründen sowie sich an Unternehmen beteiligen kann, wird der BLKB implizit auch eine *Konzernbildung* ermöglicht.
- 7 Die radicant AG ist zwar insbesondere aufgrund der finanzmarktrechtlichen Rahmenbedingungen und ihrer Konstituierung als selbständige juristische Person in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft mit eigenem Zweck, Sondervermögen und Gläubigerkreis eine *eigenständig am Markt auftretende Bank*. Gestützt auf die kapital- und stimmenmässige 100%-Beherrschung durch die BLKB, personelle Verflechtungen (Mitgliedschaft des Verwaltungsratspräsidenten der radicant AG auch im Bankrat der BLKB), die Integration der BLKB Führungsorgane in die Organisations- und Geschäftsordnung und Kompetenzordnung der radicant AG sowie verschiedene vertragliche Dienstleistungs- und Kreditvereinbarungen mit der BLKB ist die radicant AG jedoch *in den BLKB-Konzern eingebunden*. Die BLKB und die radicant AG haben gestützt auf einen Rahmenvertrag und einzelne Dienstleistungsverträge verschiedene Stabsfunktionen und Prozesse (interne Revision, Finanzbuchhaltung, Risikomanagement, Legal & Compliance) nach einem «Shared Services»-Konzept zusammengelegt, die von der BLKB geführt werden.

- 8 Auch für die Zwecke der *Rechnungslegung* ist die radicant AG aufgrund der 100%-Beteiligung der BLKB an der radicant AG (sowie der bestehenden Verträge zwischen der BLKB und der radicant AG) als *Konzern im Sinne von Art. 963 OR* zu qualifizieren und wird – wenn der Vorbehalt der Wesentlichkeit nicht mehr greift, indem die radicant nach der Aufbauphase dann auch entsprechende operative Ergebnisse erzielt – voraussichtlich auch zum Konsolidierungskreis der BLKB gehören.
- 9 Die radicant AG ist in Bezug auf die Führungsorganisation in einer gewissen Annäherung an das sogenannte «Einordnungskonzept» *zwar in den BLKB-Konzern integriert*, indem sie hinsichtlich gewisser Kernfunktionen der Unternehmensführung der einheitlichen Konzernleitung der BLKB untersteht, doch hat sie ihre Entscheidungsautonomie und ihren eigenständigen Marktauftritt auf Stufe Einzelinstitut nicht aufgegeben und es findet – soweit ersichtlich – auch keine Vermögensvermischung zwischen der BLKB und der radicant AG statt. Die radicant AG ist damit als *Teil des BLKB-Konzerns* im Sinne des von der Lehre und Praxis entwickelten konzernrechtlichen «Aushandlungskonzepts» aufzufassen.
- 10 Indem auf Stufe Einzelinstitut bei der radicant AG jeweils separate, weitgehend von der BLKB unabhängige Führungsgremien die Organpflichten wahrnehmen, die ihren jeweiligen Aktionären und auch den weiteren Stakeholdern regelmässig eigenständig Rechenschaft über ihre Tätigkeit ablegen, ist das Risiko einer «*Durchgriffshaftung*» der BLKB für die Schulden der radicant AG unter Vorbehalt von krassen Missbrauchstatbeständen im konkreten Einzelfall als relativ gering einzustufen.
- 11 Das verbleibende Risiko der BLKB, für die Verbindlichkeiten der radicant AG haftbar gemacht zu werden, lässt sich damit im Wesentlichen in drei Gruppen einteilen:
 - ***Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit («faktische Organschaft») gemäss Art. 39 BankG i.V.m. Art. 754 OR:*** Ein gewisses Haftungsrisiko besteht für die BLKB hinsichtlich deren aktienrechtlicher Verantwortlichkeit als «*faktisches Organ*» der radicant AG, nämlich dann, wenn sich diese organtypisch in die Geschäftsführung der radicant AG einmischt, ihr spezifische Pflichtwidrigkeiten in dieser von ihr usurpierten Rolle nachgewiesen werden können, und diese Pflichtverstösse adäquat kausal einen bestimmten, dem Gericht nachgewiesenen Schaden verursacht haben. Haftungsauslösend ist dabei nicht bereits der Umstand, dass die BLKB Alleinaktionärin der radicant AG ist und einen «Vertreter» in das Präsidium des obersten Aufsichts- und Leitungsorgans der radicant AG entsendet, sondern die *tatsächliche und andauernde Einflussnahme auf die Geschäftsführung der radicant AG* seitens der Organe der BLKB, sei es direkt durch die Erteilung von Konzernweisungen an die Organe der radicant AG, sei es indirekt durch die individuelle Weisungserteilung an die von ihr entsandten «Vertreter» im Verwaltungsrat der radicant AG. Aus *prozessrechtlichen* Gründen sind einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage gegen die BLKB als «faktisches Organ» für die Schulden der von ihr beherrschten radicant AG allerdings *relativ enge Grenzen* gesetzt: Ausserhalb des Konkurses wären – im Falle einer allfälligen späteren Beteiligung weiterer Aktionäre an der radicant AG – praktisch nur die

aussenstehenden Minderheitsaktionäre zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Gesellschaft aktivlegitimiert. Im Konkurs könnte demgegenüber die Konkursverwaltung die Verantwortlichkeitsansprüche der indirekt geschädigten Gläubiger gegen die BLKB als faktisches Organ der radicant AG einklagen. Auch das Risiko einer Haftung der BLKB aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist damit insgesamt als verhältnismässig gering und kontrollierbar einzustufen.

- **Haftung der BLKB für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganschaft gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 722 OR:** Das Risiko einer Haftung der BLKB für unerlaubte Handlungen ihrer Organpersonen im Verwaltungsrat der radicant AG ist letztlich vergleichbar mit jenem der Haftung aus faktischer Organschaft. Die BLKB haftet somit als juristische Person namentlich dann für die widerrechtlichen Handlungen der von ihr in den Verwaltungsrat der radicant AG entsandten «Vertreter», wenn sie über diese tatsächlich an der Willensbildung der radicant AG teilnimmt und korporative Aufgaben erfüllt. In Bezug auf diesen Haftungstatbestand ist namentlich das in Doppelfunktion sowohl im Bankrat der BLKB als auch im Verwaltungsrat der radicant AG als Präsident eingesetzte Mitglied «exponiert». Andererseits verschafft diese Doppelorganschaft der BLKB aber gerade auch eine stärkere Aufsichtsmöglichkeit über die radicant AG, wodurch auch das Haftungsrisiko für die BLKB letztlich wieder besser kontrollierbar wird und somit auch reduziert werden kann.
 - **Haftung der BLKB aus erwecktem «Konzernvertrauen» gestützt auf Art. 2 ZGB:** Eine Haftung der BLKB aus «Konzernvertrauen» wird nicht allein dadurch begründet, dass die BLKB Alleinaktionärin der radicant AG ist, diese der einheitlichen Konzernleitung unterstellt ist, gewisse «Shares Services» bestehen und einen «Vertreter» in den Verwaltungsrat der radicant AG entsendet. Eine Vertrauenshaftung der BLKB kommt erst in Frage, wenn die vom Bundesgericht aufgestellten, relativ strengen Voraussetzungen erfüllt sind, d.h. die BLKB müsste durch ihr konkretes Verhalten *in einer Sonderverbindung zu Dritten* ein schützenswertes Vertrauen oder bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten oder ihre Konzernverantwortung erwecken, welche diese Dritten zu einem spezifischen Tun oder Unterlassen veranlasst, das sich später als schädlich herausstellt, und die BLKB müsste dieses in sie berechtigterweise gesetzte Vertrauen anschliessend in krasser Weise verletzen. Auch dieses Haftungsrisiko ist damit für die BLKB letztlich kontrollier- sowie kalkulierbar und vorbehältlich krasser Missbrauchsfälle als gering einzustufen.
- 12 *Keine zusätzliche Haftungsgrundlage* besteht nach Auffassung des Unterzeichneten demgegenüber im Tatbestand des sogenannten «*faktischen Beistandszwangs*», den das Bundesgericht im Entscheid i.S. SKA und CS Holding gegen die EBK entwickelt hat. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid vielmehr bestimmte aufsichtsrechtliche Konsequenzen (nämlich die Pflicht zur konsolidierten Eigenmittelunterlegung) aus der Annahme abgeleitet, dass innerhalb des Konzerns *freiwillig* – also ohne Rechtszwang – Beistand geleistet wird.

- 13 Es versteht sich schliesslich, dass die BLKB gegenüber der radicant AG auch *aus Verträgen* mit ihrer Tochtergesellschaft haftbar gemacht werden kann, soweit sie ihren vertraglichen Pflichten nicht nachkommt und der radicant AG dadurch ein Schaden entsteht. Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein Haftungsrisiko, das sich spezifisch aus der Konzernkonstellation ergeben würde, sondern vielmehr um ein im allgemeinen Geschäftsverkehr übliches Haftungsrisiko, dem die BLKB – wie im Verhältnis auch zu anderen Geschäftspartnern – generell durch ihre Tätigkeit im Markt ausgesetzt ist.

Gutachterfrage 2: Begrenzung der Haftung der BLKB in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften

Falls Frage 1.2 bejaht wird: Wie lassen sich die betreffenden Haftungsrisiken der BLKB beschränken?

2.1 Lassen sich die Haftungsrisiken der BLKB durch bestimmte organisatorische bzw. Governance-Massnahmen innerhalb der Konzernstruktur der BLKB beschränken?

2.2 Lassen sich die Haftungsrisiken der BLKB durch bestimmte Vorgaben oder Auflagen für Tochtergesellschaften im Kantonalbankgesetz (wie Beschränkung des Geschäftszwecks und –kreises, des Eigenhandels oder zusätzliche Reservenbildungsvorschriften) beschränken?

- 14 Unter den Titeln **«Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit»** und **«Haftung aus unerlaubter Handlung infolge Doppelorganschaft»** könnte die BLKB ihr Haftungsrisiko für die radicant AG freilich am stärksten reduzieren, indem sie trotz 100%-Beteiligung oder einer allfälligen späteren Mehrheitsbeteiligung ihren Leitungsanspruch in Bezug auf die radicant AG aufgeben und diese sozusagen aus dem Konzernverbund «entlassen» würde, indem sie diese künftig als reine *Finanzbeteiligung* betrachten und sich auf die Wahrnehmung ihrer Rechte als Allein- oder Mehrheitsaktionärin namentlich in den Generalversammlungen der radicant AG beschränken würde. Dies würde allerdings nicht nur wesentliche *Veränderungen der Organisationsstruktur* (Verzicht auf Integration der Konzernleitungsorgane in die Führungsorganisation und Kompetenzordnung der radicant AG sowie Verzicht auf Entsendung von «Vertretern» in den Verwaltungsrat der radicant AG bzw. die Doppelorganschaft), sondern wohl auch eine *Anpassung der Digitalisierungs- und Nachhaltigkeitsstrategie*, welche die BLKB speziell mit der Gründung der radicant AG ins Auge gefasst hat, voraussetzen und bewirken, dass die BLKB auf die im Konzernverbund mit der radicant AG über den Rahmenvertrag und die Dienstleistungsverträge genutzten Synergien verzichten müsste.
- 15 Solange die radicant AG aber *im BLKB-Konzern integriert* bleiben soll und konzernintern auch weiterhin gewisse Synergien genutzt werden sollen, besteht für eine Beschränkung des Haftungsrisikos aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit an sich wenig Handlungsspielraum. Das Element, welches haftungsbegründend sein kann, die «faktische Organschaft», ist ja letztlich begriffsnotwendig gerade konstitutives Merkmal des Konzerns: Zieht die BLKB als Muttergesellschaft gewisse Aufsichts- und Führungskompetenzen an sich, um eine *einheitliche Leitung* im Konzerninteresse

sicherzustellen, so wird sie dies zwangsläufig nur durch eine gewisse *organtypische Einflussnahme* auf die Geschäftsführung der radicant AG machen können; dadurch aber wird gerade die ihr zugerechnete potentiell haftungsbegründende *faktische Organstellung* begründet.

16 Dennoch besteht *auch bei einer Beibehaltung der Konzernierung und Wahrnehmung der einheitlichen Konzernleitung* seitens der BLKB durchaus die Möglichkeit eines das Haftungsrisiko mindernden Verhaltens:

- **Zurückhaltende Einflussnahme auf die Geschäftsführung der radicant AG:** Die BLKB könnte die Angriffsfläche für mögliche direkt gegen sie als «faktisches Organ» der radicant AG gerichtete Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit dadurch gering halten, dass die Organe der BLKB nicht direkt Einfluss auf die Geschäftsführung der radicant AG nehmen, sondern sich vielmehr darauf beschränken, *als Eigner gewisse strategische Vorgaben machen* und «ihren Vertretern» im Verwaltungsrat der radicant AG ihre eignerpolitischen Erwartungen mitzuteilen. Diese sollten – immer aus haftungsrechtlicher Sicht – eher *allgemein* gehalten sein und sich auf die zu erreichenden *Konzernziele* und *generelle Verhaltensleitlinien* beschränken.
- **Noch konsequentere personelle Entflechtung der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane der BLKB und der radicant AG:** Die obersten Führungsorgane des Konzerns bzw. der BLKB könnten an sich *personell noch konsequenter von derjenigen der BLKB «entflochten»* werden, indem die BLKB auf die Doppelorganschaft eines ihrer Bankratsmitglieder in der Funktion des Präsidenten des Verwaltungsrates bei der radicant AG verzichtet und stattdessen beispielsweise ein Mitglied der Geschäftsleitung der BLKB lediglich als ordentliches Mitglied (oder Vizepräsident) in den Verwaltungsrat der radicant AG entsendet, welches weiterhin eine gewisse «Bindeglied»-Funktion zur BLKB aufrechterhalten könnte. Indem das Präsidium der radicant AG mit einer von der BLKB unabhängigen Persönlichkeit besetzt wäre, würde die radicant AG insbesondere auch nach Aussen ein noch stärkeres Signal der Unabhängigkeit setzen. Unter Haftungsaspekten hätte eine solche weitere personelle «Entflechtung» allerdings für die BLKB nicht unbedingt einen risikomindernden Effekt, denn damit ginge zugleich auch ein gewisser Kontrollverlust der BLKB über die radicant AG einher, was sich wiederum sogar risikoverschärfend auf die BLKB auswirken könnte.
- **Sicherstellung der Solvabilität und minimalen Eigenwirtschaftlichkeit der Tochtergesellschaften:** Die rechtliche Analyse hat ergeben, dass für die BLKB in Bezug auf ihre 100%-Beteiligung an der radicant AG ein Risiko, aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit in die Haftung genommen zu werden, eigentlich nur von Seiten der Gläubiger besteht, und dieses manifestiert sich in der Regel nur im Konkurs. Daher ist unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit durch eine angemessene Überwachung («Konkursradar» im Rahmen des Beteiligungsmanagements) insbesondere sicherzustellen, dass die radicant AG zahlungsfähig bleibt und die erforderliche Liquidität vorhanden ist. Dies verlangt Vorsicht vor allem auch

bei der konzerninternen Darlehensgewährung oder auch bei einem allfälligen «*cash pooling*» im Konzern. Übermässige finanzielle Risiken, einschliesslich Haftungsrisiken der Konzerngesellschaften, sind möglichst zu vermeiden.

- 17 Ein denkbare Haftungsrisiko vermöchte sodann, wie dargelegt, auch der Tatbestand der «**Haftung aus Konzernvertrauen**» zu begründen. Dieses Risiko kann insoweit *reduziert* werden, als sowohl die BLKB als auch die radicant AG in ihrem *Marktauftritt* und in sämtlichen öffentlich zugänglichen Geschäftsunterlagen nicht durch die Verwendung gemeinsamer Logos oder Slogans den Eindruck erwecken, die radicant AG sei letztlich nur ein «verlängerter Arm» der BLKB und diese sei aufgrund ihrer finanziellen und personellen Verflechtung mit der radicant AG Garantin oder Solidarbürgin für deren Verbindlichkeiten.
- 18 Schliesslich ist in diesem Zusammenhang immerhin noch auf den Aspekt des *immanenten Reputationsrisikos* hinzuweisen. Selbst wenn das Risiko der BLKB, für die Schulden der radicant AG haftbar gemacht zu werden, unter rechtlichen Gesichtspunkten insgesamt eher als gering einzustufen ist, könnte sich die BLKB im Schadenfall plötzlich dem Anspruch der Öffentlichkeit ausgesetzt sehen, sie habe für schadenstiftende Handlungen oder Unterlassungen der Organe der radicant AG einzustehen. Der Markt und die Öffentlichkeit reagieren bekanntlich seit «Swissair» und anderen Ereignissen schärfer als früher auf Reputationsprobleme – weitgehend unbekümmert darum, ob die Betroffenen nun letztlich «unverdient» oder «verdient» hineingezogen werden. Gegen dieses Reputationsrisiko kann sich die BLKB freilich kaum schützen. Immerhin kann die BLKB der Begründung falscher Erwartungshaltungen bei den betroffenen Anspruchsgruppen entgegenwirken, indem sie in Bezug auf ihr Verhältnis zur radicant AG und ihren diesbezüglichen Verpflichtungen proaktiv für möglichst weitgehende *Transparenz* sorgt.
- 19 Der Kanton kann durch einschränkende Vorschriften **im Kantonalbankgesetz** *nicht direkt* in die aktienrechtliche Regelung der Organisation, des Kapitals und der Haftungsverhältnisse der als rein privatrechtliche Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR konstituierten radicant AG eingreifen; er kann der BLKB jedoch *bestimmte Auflagen* für den Umgang mit ihren Beteiligungen machen und diese dazu verpflichten, die Einhaltung bestimmter *risikobegrenzender Rahmenbedingungen*, die gemäss Kantonalbankgesetz für sie selbst gelten, auch bei den von ihr kontrollierten Unternehmen, wie der radicant AG, durchzusetzen. So könnte die BLKB im Kantonalbankgesetz verpflichtet werden, *darauf hinzuwirken*, dass die Auflagen hinsichtlich der Übereinstimmung mit dem öffentlichen Interessen sowie dem Zweck und dem Interesse der BLKB, zur Einschränkung des Eigenhandels und besonders riskanter Geschäfte sowie zur organisatorischen Ausgestaltung der Führung und Kontrolle (Corporate Governance) auch von ihren Tochtergesellschaften eingehalten werden. Die BLKB hätte diese Auflagen dann *mit den Mitteln des Aktienrechts* (Wahrnehmung der Aktionärsrechte, Vertretung in den Organen der Tochtergesellschaft, Erteilung von Konzernweisungen etc.) durchzusetzen.

- 20 Alternativ oder kumulativ könnte eine gewisse Einschränkung der Haftungsrisiken eventuell auch über die Verpflichtung zur Verabschiedung einer «*Eignerstrategie*» seitens der BLKB in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften oder spezifisch in Bezug auf die radicant AG erreicht werden. Die Eignerstrategie würde der BLKB dabei als Grundlage für die Ausübung ihrer Rechte sowie für ihre allgemeine Erwartungshaltung gegenüber ihren «Vertreter» im Verwaltungsrat insbesondere der radicant AG dienen und klar aufzeigen, welche Absichten die BLKB mit ihrer Beteiligung verfolgt. Sie könnte ausserdem analog zum Gesetz über die Beteiligungen des Kantons in Bezug auf die BLKB die Rahmenbedingungen bezüglich Führung, Steuerung und Kontrolle ihrer Tochtergesellschaften festlegen.

Gutachterfrage 3: Auswirkung der Konzernhaftung der BLKB auf die Staatsgarantie des Kantons und deren Beschränkbarkeit

Besteht die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft auch für allfällige Verbindlichkeiten der BLKB aus der Beteiligung an der radicant AG? Falls ja: Kann die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft für die BLKB in Bezug auf solche Verbindlichkeiten beschränkt werden, indem ins Kantonalbankgesetz diesbezüglich bestimmte Vorgaben aufgenommen werden?

- 3.1 *Welches sind die rechtlichen Rahmenbedingungen und der Umfang der Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft in Bezug auf die Verbindlichkeiten der BLKB?*
- 3.2 *Inwieweit lässt sich die Staatsgarantie in Bezug auf allfällige Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften oder aus Konzernhaftung beschränken?*
- 3.3 *Kann die Staatsgarantie des Kantons für allfällige Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften ausgeschlossen werden, indem im Kantonalbankgesetz festgehalten wird, dass für Tochtergesellschaften der BLKB keine Staatsgarantie besteht?*
- 21 Die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft ist gemäss § 4 Abs. 1 KBG BL als eine *unbeschränkte*, jedoch subsidiäre Haftung für die Verbindlichkeiten der BLKB ausgestaltet. Demnach tritt der Kanton grundsätzlich für sämtliche Verbindlichkeiten der BLKB ein, ungeachtet ihres Ursprungs aus Vertrag, Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung. Die Staatsgarantie ist mithin nicht beschränkt auf gewisse Forderungskategorien oder auf einen bestimmten Haftungsbetrag. Die Garantie greift jedoch erst dann, wenn die eigenen Mittel der BLKB deren Verbindlichkeiten nicht mehr zu decken vermögen.
- 22 Gemäss § 4 Abs. 1 Satz 2 KBG BL ist das *Zertifikatskapital* von der Staatsgarantie ausgenommen. Da das Zertifikatskapital nicht den Eigenmitteln der Bank zuzurechnen ist und somit am unternehmerischen Risiko nicht partizipiert, gehört dieses nicht zu den Verbindlichkeiten der BLKB und fällt daher – selbst wenn es nicht explizit von der Haftung ausgeklammert würde – ohnehin nicht unter die Staatsgarantie.
- 23 Zu keiner Beschränkung der Staatsgarantie würde auch eine explizite Ausklammerung der Haftung des Kantons *für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften und kontrollierten Unternehmen*

der BLKB führen. Der Wortlaut in § 4 Abs. 1 KBG BL, wonach der Kanton für alle Verbindlichkeiten der «Bank» haftet, schliesst die als juristische Personen mit eigenem Sondervermögen und Gläubigerkreis konstituierten Tochtergesellschaften und deren Verbindlichkeiten bereits *de lege lata* *nicht* in die Staatshaftung ein.

- 24 Beschränkt würde die bisher unbeschränkt geltende Staatsgarantie des Kantons jedoch durch eine *ausdrückliche Ausklammerung auch der Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber den Tochtergesellschaften im Kantonalbankgesetz*, für welche die BLKB allenfalls *gestützt auf die dargelegten Konzernhaftungstatbestände* eintreten müsste: diese Verbindlichkeiten aus Konzernhaftung sind *direkt der BLKB als «Bank» zuzurechnen*; deren explizite Ausklammerung von der Haftung des Kantons im Kantonalbankgesetz würde die Staatsgarantie somit auch *beschränken*. Wohlerworbene Rechte der Kundinnen und Kunden dürften durch eine solche Beschränkung allerdings kaum tangiert werden, zumal die BLKB heute keine materiell wesentlichen Tochtergesellschaften hat. Auch die radicant AG befindet sich derzeit noch in der Aufbauphase und dürfte insoweit aus Sicht der Stakeholder der BLKB noch nicht als bedeutend eingestuft werden.
- 25 Soweit die Staatsgarantie formell durch eine explizite Ausklammerung der Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften und deren Gläubigern und Gesellschaftern im Kantonalbankgesetz ausgeschlossen werden soll, ist aber auch das Phänomen der *«faktischen Staatsgarantie»* im Auge zu behalten: Solange der Kanton Allein- oder Mehrheitseigentümer der BLKB bleibt, wird er sich zur Werterhaltung dieser Beteiligung auch ohne Rechtspflicht veranlasst sehen, seine aufgrund der Verwirklichung eines Konzernhaftungstatbestandes in finanzielle Schieflage geratene Kantonbank zu unterstützen und nötigenfalls verlorene Eigenmittel nachzuschüssen, um damit faktisch deren Bestand zu garantieren. Eine formelle Beschränkung der Staatsgarantie würde sich somit voraussichtlich nur dann auch tatsächlich auswirken, wenn die BLKB in Konkurs fallen und liquidiert würde.
- 26 Schliesslich sind auch die möglichen *ausserrechtlichen Auswirkungen* einer Beschränkung der Staatsgarantie zu berücksichtigen: Eine explizite Beschränkung der Staatsgarantie in Bezug auf die BLKB wäre wohl nicht nur faktisch begrenzt tragfähig, sondern könnte eventuell auch bei den Anspruchsgruppen der Bank zu gewissen Verunsicherungen führen und damit die BLKB insbesondere in einer Situation, in welcher sich das Marktumfeld für die Banken namentlichen infolge des tiefen Zinsniveaus, der sich im Zuge der Digitalisierung grundlegend verändernden Branche und der zunehmenden Regulierungsdichte als sehr anspruchsvoll gestaltet, auch schwächen. Die Beschränkung der Staatsgarantie könnte vielleicht sogar eine Herabstufung im «Rating» der Bank zur Folge haben und dadurch die Reputation der Bank im Markt sowie deren Refinanzierungsmöglichkeiten verschlechtern.

Gutachterfrage 4: Oberaufsicht des Landrates gegenüber der BLKB

Welche Tragweite hat die Oberaufsicht des Landrates über die BLKB gemäss § 10 des Gesetzes über die Beteiligungen (PCGG) und § 8 Kantonalbankgesetz?

- 4.1 Was ist der Gegenstand und Umfang der Oberaufsichtskompetenz des Landrates über die BLKB gemäss § 10 Abs. 1 PCGG und § 8 Abs. 1 Kantonalbankgesetz?
- 4.2 Wie weit reicht das Informationsrecht der Finanzkommission des Landrates gegenüber der BLKB gemäss § 10 Abs. 2 PCGG und § 8 Abs. 2 Kantonalbankgesetz?
- 27 Die Oberaufsicht des Landrates dient grundsätzlich dazu, die *politische Verantwortung des Regierungsrates* als Eigentümervertreter geltend zu machen und zu überwachen. Es geht darum, auf die grossen Zusammenhänge, die langfristige Ausrichtung und die politischen Perspektiven zu achten und die Art und Weise der Wahrnehmung der Eigentümerinteressen zu überwachen. Die Oberaufsicht soll dem Landrat mithin dazu dienen, eine *Gesamtsicht aus einer gewissen Distanz* zu erlangen.
- 28 Die Oberaufsicht umfasst die Prüfung, ob die Regierung die Interessen des Kantons als Eigentümer und Auftraggeber wahrgenommen hat und ob innerhalb der ausgelagerten Einheiten ein funktionierendes Aufsichts-, Controlling- und Reportingkonzept besteht. Sie wird in Zusammenhang mit den ausgegliederten Aufgabenträgern in der Regel *nachträglich* und *indirekt* über den Regierungsrat ausgeübt und verhält sich gegenüber der Aufsicht des Regierungsrates *akzessorisch*.
- 29 In Bezug auf die BLKB nimmt der Landrat konkret diejenigen Funktionen wahr, welche ihm in Bezug auf sämtliche ausgegliederten Aufgabenträger des Kantons im Anwendungsbereich des Gesetzes über die Beteiligungen gemäss § 10 Abs. 2 PCGG zugeteilt sind, nämlich die *Kenntnisnahme der Eigentümerstrategie, des Beteiligungsberichts sowie des Geschäftsberichts und der Jahresrechnung der BLKB*.
- 30 Der Landrat kann sodann, wie erwähnt, *mit Unterstützung der Finanzkontrolle* auch Handlungen und Entscheidungen der zu beaufsichtigenden BLKB, soweit sie in Zusammenhang mit dem öffentlichen Leistungsauftrag, der Eignerstrategie oder der Staatsgarantie des Kantons stehen, nachträglich auf ihre Zweck- und Rechtmässigkeit, Wirksamkeit und Effizienz überprüfen und bewerten. Die Prüfkompetenz der Finanzkontrolle beinhaltet hauptsächlich eine Kontrolle im Sinne eines *nachträglichen externen Soll-Ist-Vergleichs* hinsichtlich der Eignerstrategie des Kantons.
- 31 Des Weiteren kann der Landrat bzw. die Finanzkommission von seiner Kompetenz gemäss § 10 Abs. 2 lit. a PCGG Gebrauch machen und die Eignerstrategie – sofern er die erforderliche 2/3-Mehrheit erreicht – mit einem *konkreten Antrag an den Regierungsrat* zurückweisen.
- 32 Schliesslich kann der Landrat die Instrumente der *parlamentarischen Vorstösse* gemäss § 34 ff. des Gesetzes über die Organisation und die Geschäftsführung des Landrats (Landratsgesetz; SGS 131) ergreifen. Mittels parlamentarischen Vorstössen können sowohl bestimmte Massnahmen

des Regierungsrates verlangt als auch Aufträge erteilt werden und somit indirekt eine Kontrolle über die Beteiligung ausgeübt werden.

- 33 Der Landrat kann die Oberaufsichtsfunktion über seine Beteiligungen mit ausgegliederten Kantonsaufgaben nur wahrnehmen, wenn ihm auch das hierfür erforderliche *Informations- und Auskunftsrecht* zugestanden wird. Die wichtigsten Informationsquellen sind dabei die Geschäftsberichte, die Jahresrechnungen sowie die Beteiligungsberichte. Die Oberaufsicht des Landrates im Bereich der Beteiligungen ist grundsätzlich eine *indirekte*; Adressat der Oberaufsicht ist primär der Regierungsrat. Entsprechend sind auch die Informationsrechte des Landrates und der Finanzkommission in Bezug auf die Beteiligungen des Kantons grundsätzlich indirekt über den Regierungsrat geltend zu machen. Die Informationsrechte dürfen an sich ohnehin nicht weiter ausgeschöpft werden, als dies *für die Wahrnehmung der Oberaufsichtsfunktion erforderlich* ist.
- 34 Gemäss § 62 Abs. 1 lit. f des Landratsgesetzes behandelt die *Finanzkommission* des Landrates den *Beteiligungsbericht* und kann in diesem Zusammenhang die erforderlichen *Informationen* über die betreffende Beteiligung einverlangen. § 8 Abs. 2 KBG BL hält denn auch in Bezug auf die BLKB explizit fest, dass die Finanzkommission des Landrates über den Geschäftsgang und andere wichtige Angelegenheiten *vertraulich orientiert* wird. Der konkrete Umfang dieses Informationsrechts ergibt sich dabei letztlich aus der Negativumschreibung der *rechtlichen Schranken* gemäss den auf die BLKB anwendbaren Regulierungen:
- (i) **Bankenaufsichtsrechtliche Schranken des Informationsrechts:** Gemäss § 11 Abs. 1 KBG BL obliegt die Oberleitung und die Kontrolle der Bank dem Bankrat. Was unter Oberleitung und Kontrolle einer Bank zu verstehen ist, wird konkretisiert durch das FINMA-Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance-Banken», welches sich wiederum auf Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG stützt. Das Informationsrecht der Finanzkommission kann in ein Spannungsfeld zur Oberleitungskompetenz und Organisationsautonomie des Bankrates treten, wenn sie auf einen kontrollierenden Zugriff in die *dem Bankrat unentziehbar anvertraute Sphäre* hinausläuft. Denn alle internen Kontrollen konvergieren letztlich zum Spitzenorgan, dem Bankrat. Die Finanzkontrolle und die interne Revision zum Geschäftsgang im Inneren der Bank ist diesem unentziehbar und unübertragbar zugewiesen. Anlaufstelle für die Ergebnisse der internen Revision und des internen Kontrollsystems überhaupt ist stets der Bankrat.
 - (ii) **Kapitalmarktrechtliche Schranken des Informationsrechts:** Durch die Kotierung der BLKB-Zertifikate, also der «*Zulassung einer Effekte zum Handel an einer Börse*» (vgl. Art. 2 lit. f FinfraG), ist die BLKB sodann in ein zusätzliches, sehr weitreichendes Geflecht rechtlicher Beziehungen eingebunden. Es kommen *Sonderregeln* für Publikumsgesellschaften zur Anwendung, die sich aus dem *Kapitalmarktrecht* ergeben. Die Wirkung des Kapitalmarktrechts kann weitgehend mit einem einzigen Stichwort zusammengefasst werden: «*level playing field*». Im Ergebnis bestehen zusätzliche *Informationsverbote* einerseits und *Informationsgebote* andererseits für die vom Kanton beherrschte Bank – Regeln, die in der Praxis mit starken Sanktionen durchgesetzt werden:

- Das *Insiderstrafrecht* ist im vorliegenden Fall mit dem Mitteilungsverbot viel wichtiger als mit dem Transaktionsverbot; diese strafrechtlichen Vorschriften gelten für die Kantonalbankenzertifikate während der kritischen Zeitspanne nach dem Eintritt eines kursrelevanten Ereignisses in der Unternehmenssphäre: Tritt das noch nicht öffentlich bekannte kursrelevante Ereignis auf, müssen alle im Insiderstrafrecht definierten Personen die Information strikte für sich behalten, bis das Ereignis öffentlich bekannt wird. Dieses *Informationsverbot* belastet auch den in § 8 Abs. 2 KBG BL vorgesehenen Informationsaustausch zwischen der Finanzkommission und der BLKB. Eine strikte interne Ordnung der Informationsverbote und eine Überwachung ihrer effektiven Einhaltung («*compliance*») ist unerlässlich.
- Die *Ad hoc-Publizität* enthält umgekehrt ein *Informationsgebot* für kursrelevante, noch vertrauliche Ereignisse in der Unternehmenssphäre. Die konkrete Erfassung, Analyse und Umsetzung in eine knappe und objektiv richtige Information erfordert eine zweckmässige interne Organisation und bedarf einer ständigen Überwachung. Die Grosszahl der Ad hoc-Mitteilungen enthält – abgesehen von den obligatorischen, sofort öffentlich zu machenden Jahres- und Zwischenabschlüssen – typischerweise *negative Tatsachen*, d.h. einen wirtschaftlichen Misserfolg oder einen Schadens- oder Haftungsfall im Unternehmen. Daher besteht eine Versuchung zu einer *Zurückhaltung* gegenüber der Aussenwelt und einer *selektiven Vorabinformation* an den beherrschenden Eigner. Die Bewältigung dieses in den beiden Systemen, demjenigen des Kapitalmarktrechts und jenem des öffentlichen Rechts, angelegten Widerspruchs ist ein Hauptproblem eines börsenkotierten ausgegliederten Aufgabenträgers des Kantons.

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

- 35 Die Information der Finanzkommission über den Geschäftsgang und andere wichtige Angelegenheiten kann sich mithin *nicht auf eigentliche Interna im Geschäfts- und Führungsbereich der Bank* beziehen, und grundsätzlich auch nicht proaktiv oder im Sinne eines laufenden «*Controllings*» des operativen Geschäftsgangs erfolgen, sondern erstreckt sich vor allem auf einen Austausch von

Informationen, welche der Finanzkommission zur Verfügung zu stellen sind, damit diese ihre Aufgaben im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht im Sinne einer *nachträglichen äusseren Kontrolle (Soll-Ist-Vergleich)* zu *Handen des Landrates* wahrnehmen kann.

Inhaltsverzeichnis

TEIL 1: GRUNDLAGEN	21
I. Auftrag	21
II. Unterlagen	22
III. Sachverhalt	23
IV. Literaturübersicht	26
V. Materialien	34
VI. Einschränkungen	37
VII. Urheberrechte	37
VIII. Über den Gutachter	38
TEIL 2: RECHTLICHE ÜBERLEGUNGEN	39
GUTACHTERFRAGE 1: KONZERIERUNG DER RADICANT AG UND KONZERNHAFTUNG DER BLKB	39
I. Vorbemerkung zum Vorgehen	39
II. Kompetenz der BLKB zur Gründung einer schweizweit tätigen Bank als Vorfrage	40
III. Einbindung der radicant AG in den BLKB-Konzern	41
A. Vorbemerkung	41
B. Der «Konzern» im Schweizerischen Aktienrecht	42
1. Auf dem Leitungsprinzip basierende Begriffsdefinition des Konzerns.....	42
2. Rechnungslegungsspezifischer Konzernbegriff nach dem Kontrollprinzip .	43
3. Die im Verantwortlichkeitsrecht und unter Governance-Aspekten massgebliche Begriffsdefinition des Konzerns	44
4. Unterscheidung zwischen Einordnungskonzept und Aushandlungskonzept.....	44
C. Ist die radicant AG Teil des BLKB-Konzerns?	45
1. Eigenständige Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen als Bank durch die radicant AG	45
2. Kapital- und stimmenmässige Beherrschung der radicant AG durch die BLKB	45

3.	Personelle Verflechtung in den Führungsorganen der BLKB und radicant AG	46
4.	Integration der Führungsorgane der BLKB in die Führungsorganisation und Kompetenzordnung der radicant AG.....	47
5.	Konzerninterne Verträge zwischen der BLKB und der radicant AG	48
6.	Folgerung für die Frage der konzernmässigen Einbindung der radicant AG in den BLKB-Konzern.....	49
IV.	Haftung der BLKB für die Verbindlichkeiten der radicant AG	50
A.	Zivilrechtliche Grundlagen der Haftung der BLKB gegenüber Dritten	50
B.	Konzernhaftungstatbestände im Überblick	50
C.	«Durchgriff» auf die BLKB als Aktionärin der von ihr kontrollierten radicant AG	51
1.	Grundsatz: Keine Haftung aufgrund der Aktionärsstellung.....	51
2.	Rechtliche Rahmenbedingungen und Praxis zur «Durchgriffshaftung».....	51
3.	Beurteilung des Risikos einer «Durchgriffshaftung» im Falle der BLKB	53
D.	Haftung der BLKB als «faktisches Organ» der radicant AG.....	54
1.	Rechtliche Rahmenbedingungen und Praxis zur Haftung aus faktischer Organschaft.....	54
a)	Allgemeine Voraussetzungen der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.....	54
b)	Begriff der «faktischen Organschaft».....	55
c)	Juristische Person als «faktisches Organ»?	56
d)	Haftung aus faktischer Organschaft im Konzern.....	57
2.	Beurteilung des Risikos einer Haftung der BLKB aus «faktischer Organschaft».....	58
a)	«Faktische Organschaft» der BLKB in Bezug auf die radicant AG	58
b)	Aktivlegitimation einer Verantwortlichkeitsklage gegen die BLKB als faktisches Organ der radicant AG.....	61
E.	Haftung der BLKB für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganschaft.....	63
1.	Rechtliche Rahmenbedingungen und Praxis zur Haftung infolge Doppelorganschaft.....	63
2.	Beurteilung des Risikos einer Haftung der BLKB für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganschaft	64
F.	Haftung der BLKB aus «Konzernvertrauen».....	65
1.	Rechtliche Rahmenbedingungen und Praxis zur Haftung aus «Konzernvertrauen»	65
2.	Beurteilung des Risikos einer Haftung der BLKB aus «Konzernvertrauen».	66
G.	«Faktischer Beistandszwang» der BLKB als Muttergesellschaft der radicant AG.	67
1.	Der Bundesgerichtsentscheid i.S. SKA und CS Holding gegen die EBK	67
2.	Bedeutung des Bundesgerichtsentscheids für die Konzernhaftung.....	69

H.	Haftung der BLKB aus Verträgen mit der radicant AG	69
V.	Zwischenergebnis zur ersten Frage der Haftung der BLKB für die Verbindlichkeiten der radicant AG	70
	GUTACHTERFRAGE 2: BEGRENZUNG DER HAFTUNG DER BLKB IN BEZUG AUF IHRE TOCHTERGESELLSCHAFTEN	73
I.	Mögliche Vorkehrungen zur Verminderung der Haftungsrisiken	73
A.	Reduktion des Risikos einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit («faktische Organschaft») und aus unerlaubter Handlung infolge Doppelorganschaft	73
1.	Beschränkung auf die Wahrnehmung der Rechte der BLKB als Allein- oder Mehrheitsaktionärin (radicant AG als reine Finanzbeteiligung)	73
2.	Zurückhaltende Einflussnahme auf die Geschäftsführung der radicant AG	74
3.	Noch konsequentere personelle Entflechtung der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane der BLKB und radicant AG	75
4.	Sicherstellung der Solvabilität und minimalen Eigenwirtschaftlichkeit der Konzerngesellschaften	75
B.	Reduktion des Risikos einer Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen	76
1.	Vermeidung von konkreten Aussagen zum finanziellen Rückhalt durch die BLKB	76
2.	Marktauftritt und Führung der radicant AG als eigenständige Einheit	77
3.	Das verbleibende Reputationsrisiko	77
II.	Beschränkung der Haftungsrisiken durch bestimmte Auflagen für Tochtergesellschaften im Kantonalbankgesetz	78
A.	Anwendungsbereich des Kantonalbankgesetzes	78
B.	Öffentlich-rechtliche Auflagen in Bezug auf die Tochtergesellschaften der BLKB	79
1.	Kein Eingriff in die abschliessende aktienrechtliche Ordnung bei einer als rein privatrechtliche Aktiengesellschaft strukturierten Tochtergesellschaft	79
2.	Risikobegrenzende Auflagen für die Tochtergesellschaften der BLKB im Kantonalbankgesetz	80
a)	Vorbehalt der Übereinstimmung mit dem öffentlichen Interesse sowie dem Zweck und Interesse der BLKB	80
b)	Einschränkungen in Bezug auf Eigenhandel und besonders riskante Geschäfte	81
c)	Einschränkungen in Bezug auf die Corporate Governance	81
d)	Vorgaben zur Bildung zusätzlicher Reserven bzw. Eigenmittelunterlegung	82

3.	Alternative einer «Eignerstrategie» der BLKB in Bezug auf den Umgang mit ihren Tochtergesellschaften.....	86
III.	Zwischenergebnis zur zweiten Frage der Beschränkung der Haftungsrisiken der BLKB in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften	88
	GUTACHTERFRAGE 3: AUSWIRKUNG DER KONZERNHAFTUNG DER BLKB AUF DIE STAATSGARANTIE DES KANTONS UND DEREN BESCHRÄNKBARKEIT	91
I.	Vorbemerkung.....	91
II.	Rechtliche Rahmenbedingungen der Staatsgarantie	91
A.	Begriff und Zweck der Staatsgarantie	91
B.	Zuständigkeit der Kantone zur Regelung ihrer Staatsgarantie	92
C.	Umfang der Staatsgarantie	92
1.	Unbeschränkte Staatsgarantie.....	93
a)	Primäre Staatsgarantie	93
b)	Subsidiäre (auch sekundäre) Staatsgarantie	94
2.	Beschränkte Staatsgarantie	94
3.	Überblick über die aktuellen Ausgestaltungen der Staatsgarantie bei den Kantonalbanken und deren Rechtsform.....	96
III.	Umfang der Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft in Bezug auf die BLKB.....	96
A.	Regelung nach geltendem Kantonalkbankgesetz	96
B.	Umfang der Haftung «für alle Verbindlichkeiten der Bank»	97
C.	Haftungsausschluss für Verbindlichkeiten der Bank gegenüber ihren Tochtergesellschaften oder aus Konzernhaftung?	99
IV.	Beschränkbarkeit der Staatsgarantie in Bezug auf allfällige Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften oder aus Konzernhaftung.....	100
A.	Zuständigkeit des kantonalen Gesetzgebers zur Beschränkung des Umfangs der Staatsgarantie	100
B.	Rahmenbedingungen für die Beschränkung der Staatsgarantie	101
1.	Schutz des Publikums und der Gläubiger	101
2.	Staatsgarantie als Korrelat zum öffentlichen Leistungsauftrag?.....	102
C.	Beschränkung der Staatsgarantie durch Ausschluss der Staatsgarantie für Verbindlichkeiten gegenüber Tochtergesellschaften und deren Gläubigern und Gesellschaftern?.....	104
D.	Verbleibendes Restrisiko der faktischen Staatsgarantie.....	106
1.	Phänomen der «faktischen Staatsgarantie».....	106
2.	Restrisiko der faktischen Staatsgarantie in Bezug auf die BLKB.....	106

3.	Praktikabilität einer Beschränkung der Staatsgarantie	107
E.	Ausserrechtliche Auswirkungen einer Beschränkung der Staatsgarantie	108
V.	Zwischenergebnis zur dritten Frage der Auswirkung der Konzernhaftung der BLKB auf die Staatsgarantie des Kantons und deren Beschränkbarkeit.....	110
	GUTACHTERFRAGE 4: OBERAUFSICHT DES LANDRATS GEGENÜBER DER BLKB.....	112
I.	Gegenstand und Umfang der Oberaufsichtskompetenz des Landrates	112
A.	Zur Einordnung des Begriffs der «Oberaufsicht» im Rahmen der staatlichen Aufsicht.....	112
B.	Bedeutung der parlamentarischen Oberaufsicht und deren Abgrenzung zur Aufsicht der Exekutive	113
1.	Oberaufsicht über verselbständigte Träger von Staatsaufgaben.....	113
2.	Parlamentarische Oberaufsicht in Abgrenzung zur Aufsicht der Exekutive	113
3.	Bedeutung der parlamentarischen Oberaufsicht im Gefüge der Governance einer selbständigen Anstalt.....	115
C.	Gegenstand und Umfang der Oberaufsicht des Landrates im Kanton Basel- Landschaft	116
1.	Rechtsgrundlagen im Überblick.....	116
2.	Gegenstand und Umfang der Oberaufsicht des Landrates gemäss § 10 PCCG.....	117
3.	Unterstützung des Landrates bei der Ausübung der Oberaufsicht in Bezug auf die BLKB durch die Finanzkontrolle	119
4.	Gegenstand und Umfang der Oberaufsicht des Landrats in Bezug auf die BLKB gemäss § 8 KBG BL	120
a)	Rechtsgrundlage	120
b)	Legitimation	120
c)	Konkrete Befugnisse des Landrates im Rahmen der Oberaufsicht über die BLKB.....	120
II.	Informationsrecht der Finanzkommission des Landrates gegenüber der BLKB.....	121
A.	Gegenstand des Informationsrechts der Finanzkommission des Landrates	121
B.	Schranken des Informationsrechts der Finanzkommission des Landrates in Bezug auf die BLKB	122
1.	BLKB im Anwendungsbereich des Bankenaufsichts- und Kapitalmarktrechts.....	122
2.	Schranken des Bankenaufsichtsrechts	123

a)	Massgebliche Governance-Grundsätze gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a Bankg und FINMA Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance – Banken»	123
b)	Oberleitung als zentrale Aufgabe des obersten Führungsorgans....	123
c)	Die übrigen Kernkompetenzen des obersten Leitungs- und Aufsichtsorgans	124
d)	Spannungsfeld zwischen dem Informationsanspruch der Finanzkommission und der Oberleitungskompetenz und Organisationsautonomie des Bankrats	124
3.	Schranken des Kapitalmarktrechts	125
a)	Kotierung der BLKB an der Schweizer Börse SIX	125
b)	«Level playing field» als Leitmaxime im Kapitalmarktrecht.....	126
c)	Kapitalmarktrechtliches Gleichbehandlungsgebot	127
d)	Mitteilungsverbot für Insiderinformationen.....	128
e)	Ad hoc-Bekanntgabepflicht	131
f)	Zwischenergebnis zu den von der Finanzkommission zu beachtenden kapitalmarktrechtlichen Rahmenbedingungen bei der Wahrnehmung ihres Informationsrechts gegenüber der BLKB	133
III.	Zwischenergebnis zur vierten Frage der rechtlichen Tragweite der Oberaufsicht des Landrates über die BLKB.....	134
TEIL 3:	SCHLUSSFOLGERUNGEN	138

TEIL 1: GRUNDLAGEN

I. Auftrag

36 Die *Finanz- und Kirchendirektion des Kantons Basel-Landschaft (FKD)*, vertreten durch deren Direktor, Herrn Regierungsrat *Anton Lauber*, sowie den Finanzverwalter, Herrn *Laurent Métraux*, und die akademische Mitarbeiterin der Finanzverwaltung, Frau *Eva Muttенzer*, haben den Unterzeichneten nach Konsultation der Finanzkommission des Landrates des Kantons Basel-Landschaft vom 2. Februar 2022 mit schriftlichem Vertrag vom 8./10. Februar 2022 beauftragt, ein Rechtsgutachten zu folgenden Gutachterfragen auszuarbeiten:

1. **Konzernierung der radicant AG und Konzernhaftung der BLKB: Kann die BLKB für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften, namentlich der von ihr beteiligungsmässig und stimmenmässig kontrollierten Bank radicant AG, haftbar gemacht werden? Wenn ja, gestützt auf welche Rechtsgrundlagen und unter welchen Voraussetzungen besteht eine solche Haftung?**
 - 1.3 *Ist die radicant AG Teil des BLKB-Konzerns? Falls ja: Inwieweit ist die radicant AG rechtlich in den BLKB-Konzern eingebunden?*
 - 1.4 *Gestützt auf welche Rechtsgrundlagen und inwieweit haftet die BLKB für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften, namentlich der radicant AG?*
2. **Begrenzung der Haftung der BLKB in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften: Falls Frage 1.2 bejaht wird: Wie lassen sich die betreffenden Haftungsrisiken der BLKB beschränken?**
 - 2.1 *Lassen sich die Haftungsrisiken der BLKB durch bestimmte organisatorische bzw. Governance-Massnahmen innerhalb der Konzernstruktur der BLKB beschränken?*
 - 2.2 *Lassen sich die Haftungsrisiken der BLKB durch bestimmte Vorgaben oder Auflagen für Tochtergesellschaften im Kantonalbankgesetz (wie Beschränkung des Geschäftszwecks und –kreises, des Eigenhandels oder zusätzliche Reservenbildungsvorschriften) beschränken?*
3. **Auswirkung der Konzernhaftung der BLKB auf die Staatsgarantie des Kantons und deren Beschränkbarkeit: Besteht die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft auch für allfällige Verbindlichkeiten der BLKB aus der Beteiligung an der radicant AG? Falls ja: Kann die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft für die BLKB in Bezug auf solche Verbindlichkeiten beschränkt werden, indem ins Kantonalbankgesetz diesbezüglich bestimmte Vorgaben aufgenommen werden?**
 - 3.1 *Welches sind die rechtlichen Rahmenbedingungen und der Umfang der Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft in Bezug auf die Verbindlichkeiten der BLKB?*

3.2 *Inwieweit lässt sich die Staatsgarantie in Bezug auf allfällige Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften oder aus Konzernhaftung beschränken?*

3.3 *Kann die Staatsgarantie des Kantons für allfällige Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften ausgeschlossen werden, indem im Kantonalbankgesetz festgehalten wird, dass für Tochtergesellschaften der BLKB keine Staatsgarantie besteht?*

4. Oberaufsicht des Landrates gegenüber der BLKB: Welche rechtliche Tragweite hat die Oberaufsicht des Landrates über die BLKB gemäss § 10 des Gesetzes über die Beteiligungen (PCGG) und § 8 Kantonalbankgesetz?

4.1 *Was ist der Gegenstand und Umfang der Oberaufsichtskompetenz des Landrates über die BLKB gemäss § 10 Abs. 1 PCGG und § 8 Abs. 1 Kantonalbankgesetz?*

4.2 *Wie weit reicht das Informationsrecht der Finanzkommission des Landrates gegenüber der BLKB gemäss § 10 Abs. 2 PCGG und § 8 Abs. 2 Kantonalbankgesetz?*

37 Der Unterzeichnende hat aufgrund der ihm vorgelegten Unterlagen (vgl. nachstehend Abschnitt II.) den Entwurf des Rechtsgutachtens den Auftraggeberinnen innert vereinbarter Frist am 14. April 2022 zur Durchsicht und Überprüfung der Darstellung des Sachverhaltes und der Vollständigkeit der relevanten Unterlagen zugestellt. Das unterzeichnete Rechtsgutachten wurde absprachegemäss am 9. Mai 2022 abgeliefert.

II. Unterlagen

38 Das vorliegende Rechtsgutachten stützt sich auf die folgenden, von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellten öffentlichen Unterlagen:

1. Parlamentarischer Vorstoss (Postulat) Andreas Dürr Nr. 2019/708, Grundlegende Überprüfung der bestehenden Staatsgarantie für die Basellandschaftliche Kantonalbank, vom 31. Oktober 2019
2. Stellungnahme der Finanz- und Kirchendirektion Basel-Landschaft zum Vorstoss Nr. 2019/708 (Motion) betreffend Grundlegende Überprüfung der bestehenden Staatsgarantie für die Basel-Landschaftliche Kantonalbank BLKB vom 3. Dezember 2019
3. Beschluss des Landrats Nr. 388 betreffend Grundlegende Überprüfung der bestehenden Staatsgarantie für die Basellandschaftliche Kantonalbank BLKB vom 13. Februar 2020
4. Finanz- und Kirchendirektion Basel-Landschaft, Bericht zum Postulat 2019/708 von Andreas Dürr: «Grundlegende Überprüfung der bestehenden Staatsgarantie für die BLKB», Vorlage an den Landrat vom 18. Mai 2021
5. Varianten-Beurteilungsmix zur Vorlage an den Landrat betreffend Grundlegende Überprüfung der bestehenden Staatsgarantie für die BLKB vom 18. Mai 2021

6. Bericht der Finanzkommission des Kantons Basel-Landschaft an den Landrat betreffend Grundlegende Überprüfung der bestehenden Staatsgarantie für die Basellandschaftliche Kantonalbank BLKB vom 16. August 2021
7. Beschluss des Landrats Nr. 1023 betreffend Grundlegende Überprüfung der bestehenden Staatsgarantie für die Basellandschaftliche Kantonalbank BLKB vom 2. September 2021
8. Beschluss des Landrats Nr. 1068 betreffend Grundlegende Überprüfung der bestehenden Staatsgarantie für die Basellandschaftliche Kantonalbank BLKB vom 16. September 2021
9. Ergebnis Schlussabstimmung Landrat zum Postulat 2019/708 betreffend Grundlegende Überprüfung der bestehenden Staatsgarantie für die Basellandschaftliche Kantonalbank BLKB vom 16. September 2021
10. BR-Organisations- und Geschäftsreglement der BLKB vom 20. November 2019
11. Statuten radicant AG (sine dato)
12. Organisations- und Geschäftsreglement radicant AG vom 11. Januar 2022

III. Sachverhalt

- 39 Die BLKB ist eine Kantonalbank im Sinne von Art. 3a BankG in der Rechtsform einer *selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt*. Sie bietet die Dienstleistungen einer Universalbank an und hat gemäss § 2 KBG BL den Zweck, im Rahmen des Wettbewerbs und ihrer finanziellen Möglichkeiten zu einer ausgewogenen Entwicklung des Kantons und der Region Nordwestschweiz beizutragen. Das Grundkapital der BLKB besteht aus dem Dotations- und Zertifikatskapital. Der Kanton ist im Besitz von rund 73,7% des Grundkapitals der BLKB und hat 100% der Stimmrechte. Das Zertifikatskapital wird von der BLKB durch die Ausgabe von Zertifikaten beschafft; es darf höchstens die Hälfte des Dotationskapitals betragen. Die Zertifikate geben Anrecht auf eine Gewinnausschüttung, auf den Bezug neuer Zertifikate und auf einen verhältnismässigen Anteil am Ergebnis einer allfälligen Liquidation. Die BLKB ist mit ihren Kantonalbankzertifikaten an der Schweizer Börse SIX kotiert.
- 40 Neben dem *Kantonalbankgesetz* («KBG BL»; SGS 371) vom 24. Juni 2004¹ wird die BLKB, deren Versorgungsauftrag in der Kantonsverfassung verankert ist, insbesondere durch die in den letzten zehn Jahren stark ausgebauten bundesgesetzlichen Vorgaben sowie aufsichtsrechtlichen Instrumente seitens der FINMA reguliert. Das kantonale *Gesetz über die Beteiligungen* (Public Corporate Governance, PCGG; SGS 314) vom 15. Juni 2017² regelt die Themen der Public Corporate Governance des Kantons gegenüber seinen Beteiligungen.

¹ Kantonalbankgesetz (SGS 371) vom 24. Juni 2004.

² Gesetz über die Beteiligungen (Public Corporate Governance, PCGG; SGS 314) vom 15. Juni 2017.

- 41 Die BLKB verfügt über eine *unbeschränkte subsidiäre Staatsgarantie des Kantons*: Gemäss § 4 KBG BL haftet der Kanton für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen. Das Zertifikatskapital ist von der Staatsgarantie ausgenommen. Die Bank leistet dem Kanton für die Staatsgarantie eine Abgeltung.
- 42 Mit Postulat 2019/708 hat der Landrat den Regierungsrat am 31. Oktober 2019 beauftragt, die Grundlagen für eine strategische und risikobasierte Überprüfung der Eigentümerstrategie zur Basellandschaftlichen Kantonalbank (BLKB) bezüglich Rechtsform und Staatsgarantie zu erarbeiten. Der Regierungsrat hat am 18. Mai 2021 den Bericht zum Postulat 2019/708 verabschiedet. Dieser wurde sodann in der Finanzkommission am 26. Mai und 2. Juni 2021 vorgestellt und beraten. Das Postulat wurde am 16. September 2021 mit 79:0 Stimmen vom Landrat abgeschrieben.
- 43 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*. Einerseits erhält der Kanton als Haupteigner bei einem mit geringer Eintrittswahrscheinlichkeit eingeschätzten Risiko regelmässige Gewinnausschüttungen und Abgeltungen. Andererseits belassen die gesetzlichen Rahmenbedingungen der BLKB aktuell genügend Handlungsspielraum, und die Rechtsform wirkt im Wettbewerb mit anderen Finanzdienstleistern nicht besonders hinderlich. Die Kundinnen und Kunden der BLKB ihrerseits profitieren von einer Bank mit Staatsgarantie.
- 44 Die «raison d'être» der Beteiligung des Kantons an der BLKB ist aber letztlich historisch bedingt. Heute ist die Versorgung von Wirtschaft und Bevölkerung mit Bankdienstleistungen durch den freien Markt gewährleistet. Trotzdem ist die BLKB als «*Bank des Kantons für den Kanton*» in der Bevölkerung tief verwurzelt – und in der Kantonsverfassung und im Kantonalbankgesetz verbrieft. Eine fundamentale Abkehr von der aktuellen Eigentümerstrategie ist deshalb für den Regierungsrat und den Landrat im jetzigen Zeitpunkt nicht angezeigt.
- 45 Die nötigen Reaktionen der Bank auf die *zukünftigen Trends und Entwicklungen im Marktumfeld* können diese Situation in Zukunft aber ändern: Kommt es zu einem Missverhältnis zwischen Leistungsauftrag und Beteiligungsrisiken, verschiebt sich das Risiko-Ertragsverhältnis oder wird die Public Corporate Governance aufgrund der Geschäftstätigkeit erschwert, kann dies mittel- oder langfristig Handlungsbedarf betreffend Rechtsform oder Beteiligungsverhältnisse und Staatsgarantie hervorrufen.
- 46 Als hauptsächliche Herausforderungen in der Gegenwart und für die Zukunft lassen sich in erster Linie die *Digitalisierung und Fintech* sowie das voraussichtlich anhaltende *Tiefzinsumfeld* identifizieren. Diese Trends werden den Wettbewerbs- und Margendruck auf die BLKB weiter erhöhen.
- 47 Um ihre Position als zukunftsorientierte Finanzdienstleisterin der Region zu sichern und die Veränderungen in der Finanzindustrie aktiv mitzugestalten, fördert die BLKB gezielt ihre Innovationsfähigkeit. Aktuell fokussiert die Bank insbesondere auf die Chancen und Risiken der Digita-

lisierung. Eine wichtige Rolle spielt dabei der *Ausbau digitaler Lösungen und Kanäle*, die potenziellen Kundinnen und Kunden neuartige Produkte und Dienstleistungen sowie zusätzliche Zugänge zum Serviceangebot bieten.

- 48 Die Digitalisierung kann von der Bank nicht alleine bewältigt werden. Dieser Themenkreis erfordert Kooperationen und/oder Käufe von vielversprechenden Start-ups oder jungen Firmen im Fintech-Bereich. Aus diesem Grunde hat die BLKB am 16. April 2021 die *radicant AG* gegründet, einen schweizweiten digitalen Finanzdienstleister, der als digitale Hausbank die Bedürfnisse der digital affinen Kundinnen und Kunden abdecken und sich insbesondere durch seine starke Fokussierung auf die Nachhaltigkeit von den Mitbewerbern abheben soll. Damit setzt die BLKB ihre strategischen Ziele im Bereich Innovation, Nachhaltigkeit und Digitalisierung um. Die *radicant AG*, welche sich derzeit noch in einer Aufbauphase befindet, ist eine 100%-Tochtergesellschaft der BLKB und bearbeitet den Markt mit einer eigenen Produktpalette.
- 49 Zwischen der BLKB und *radicant AG* wurden *Dienstleistungsverträge* vereinbart, welche die Leistungen der BLKB in der Aufbauphase regeln. Es handelt sich um einen Rahmenvertrag und einzelne Serviceverträge für die interne Revision, Finanzbuchhaltung sowie weitere Leistungen des Geschäftsbereichs Finanz- und Risikomanagement, wie Legal & Compliance. Ausserdem besteht eine zweckgebundene, unwiderrufliche Zusage gegenüber der *radicant AG*, welche ausschliesslich der Einhaltung der Bestimmungen über die privilegierten Einlagen gemäss Art. 37a Abs. 6 BankG (Kundeneinlagen < CHF 100'000) dient.
- 50 Zu den wichtigsten Innovationsprojekten der BLKB zählt auch die Weiterentwicklung von Versicherungslösungen für Hypothekarkunden im Zusammenhang mit der *Servicehub AG*, ebenfalls einer 100%-Tochtergesellschaft der BLKB. Diese Weiterentwicklung beinhaltet Erweiterungen der Versicherungspalette im Bereich Gebäudeschutz und die Erschliessung zusätzlicher Kundengruppen wie z.B. Stockwerkeigentümer oder Genossenschaften als neues Segment.
- 51 Aus dem Bericht zum abgeschriebenen Postulat 2019/708 und der angepassten Stossrichtung der Eigentümerstrategie ergaben sich mehrere Folgeaufträge. Der Regierungsrat möchte im Sinne einer Eventualplanung auf Szenarien, in welchen sich das Verhältnis von Leistungsauftrag und Beteiligungsrisiken verändert, vorbereitet sein. Die Rahmenbedingungen für die Bank werden daher kontinuierlich überprüft und sofern erforderlich Massnahmen identifiziert und eingeleitet. In einem ersten Schritt beabsichtigt der Regierungsrat eine leichte Modernisierung des Kantonalbankgesetzes zu prüfen, um den aktuellen Entwicklungen im Bereich der Regulierung sowie eventueller Kooperationen oder Beteiligungen der Bank besser gerecht zu werden.
- 52 Der Regierungsrat hat die Stossrichtung der Eigentümerstrategie daher wie folgt angepasst:
- «An der finanziellen Mehrheitsbeteiligung, an der Rechtsform, der Staatsgarantie für die Bank sowie an der Steuerbefreiung soll bis auf weiteres festgehalten werden. Der Regierungsrat und die BLKB analysieren weiterhin laufend die Entwicklung der Fi-*

nanz- und Bankenbranche sowie die politischen und regulatorischen Rahmenbedingungen und berichten jährlich darüber. Innert einer 2-Jahresfrist sollen Vorschläge zur Modernisierung des Kantonalbankgesetzes geprüft werden. Sie beziehen sich voraussichtlich auf den expliziten Ausschluss der Staatsgarantie für Tochtergesellschaften, auf angepasste Vorgaben in Bezug auf den Umgang mit Risiken, auf die Reservebildung sowie auf die Governance innerhalb einer Konzernstruktur.»

- 53 Vor diesem Hintergrund stellen sich für den Kanton Basel-Landschaft die hier zu begutachtenden Fragen zu den Haftungsrisiken, Informationsrechten und Einflussmöglichkeiten des Kantons in Bezug auf dessen Beteiligung an der BLKB und deren Tochtergesellschaften, namentlich der radicant AG.

IV. Literaturübersicht

Abegg/Geissbühler/Häefeli/Huggenberger/Larumbe, Schweizerisches Bankenrecht, 4. A. Zürich 2019

Amsler Kurt, Staatsgarantie, in: Max Boemle et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, 978 ff.

Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001

Baudenbacher Carl, Vor Art. 620, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), 5. A. Basel 2016

Beyeler Karin, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004

Biaggini Giovanni, Rechtsgutachten vom 26. August 2013 im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch die Geschäftsprüfungskommission des Stände- und Nationalrates (GPK), zur Frage der Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Obergrenzen im Bereich des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI), einsehbar unter <http://www.parlament.ch>, Rubriken «Organe und Mitglieder/Kommissionen/Aufsichtskommissionen/Geschäftsprüfungskommissionen/Publicationen und Grundlagendokumente/Publicationen und Grundlagenpapiere»

Bieri/Rüdlinger, Börsenrechtliche Meldepflichten bei Unternehmensübernahmen, in: Mergers & Acquisitions XIV, Rudolf Tschäni (Hrsg.), Zürich 2012, 160 ff.

Böckli Peter, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1994

- Corporate Governance: Der Staat in der Eigentümerrolle gegenüber seinen selbständigen Staatsanstalten, in: Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich 2007, 1141 ff.
- Schweizer Aktienrecht, 4. A. Zürich 2009

– Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Sethe/Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 203 ff.

– OR-Rechnungslegung, 2. A. Zürich 2019

Böckli/Bühler, Vorabinformation an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 77 (2005) 101 ff.

– Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, in: Festschrift für Max Boemle zum 80. Geburtstag, Zürich 2008, 235 ff.

– Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft, in: Philippin/Gilliéron/Vulliemin/Michel (Hrsg.), Mélanges en l’honneur de François Dessemontet, Lausanne 2009, 17 ff.

– Konzernverantwortung ohne Grenzen, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 143 ff.

Bosshardt Willy, Der Staat als wirtschaftlicher Unternehmer, Die Basler Kantonalbank, Diss. Basel 1950

Brand Patric A., Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen, Zürich 2015

Bühler Christoph B., Eigenheiten der Corporate Governance von Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, SJZ 107 (2011) 513 ff.

– Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 59 ff.

– Informationsversorgung im Konzern – Rechtliche Rahmenbedingungen für den Austausch von Finanzinformationen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, in: Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 153 ff.

– Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, 989 ff.

– Kommentierung der Art. 707-726 OR (Verwaltungsrat), in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, 3. A. Zürich 2018, 421 ff.

– Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, Regelungsanliegen und –instrumente, in: Kalss/Fleischer/Vogt (Hrsg.), Der Staat als Aktionär, Neuntes deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium Wien, Tübingen 2019, 196 ff.

– Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert, in: Peter Jung et al. (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, 75 ff.

Bühlmann Jürg, Privatisierung von Kantonalbanken, dargestellt am Beispiel der Zürcher Kantonalbank, Diss. Zürich, Bern 1996

- Buob Franziska*, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Diss. Zürich 2008
- Burg/von der Crone*, Vertrauenshaftung im Konzern, SZW 2010, 417 ff.
- Chammartin/von der Crone*, Der Déchargebeschluss, SZW 77 (2005) 329 ff.
- Daeniker Daniel*, Überführung staatlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Jaag Tobias (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, 49 ff.
- Daeniker/Dettwiler*, Selektive Information von Grossaktionären, Aktien-, kapitalmarkt- und strafrechtliche Aspekte, in: Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, 19 ff.
- Druey Jean Nicolas*, Die drei Paradoxe des Konzernrechts, in: Festschrift für Rolf Bär, Bern 1998, 75 ff.
- Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Baer Charlotte (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 1 ff.
 - Neues aus dem Konzernrecht. Oder: Man bittet, das Skalpell nicht mit dem Buschmesser zu verwechseln, AJP 14 (2005) 1083 ff.
 - Corporate Governance im Konzern – Ein Vorschlag, SZW 84 (2012) 414 ff.
- Druey/Vogel*, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 128 ff.
- Eugster/Marolda Martinez*, Informationsasymmetrie im Vorfeld von Umstrukturierungen, GesKR (2007) 39 ff.
- Forstmoser Peter*, Der Organbegriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Forstmoser/Schlupe (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 125 ff.
- Haftung im Konzern, in: Baer Charlotte (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 89 ff.
 - Corporate Governance in verbundenen Unternehmen, in: Die vernetzte Wirtschaft – Netzwerke als Rechtsproblem, Zürich 2004, 151 ff.
 - Das externe Verwaltungsratsmitglied in einer Konzerngesellschaft, in: Andreas Kellerhals (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2010, 5 ff.
 - Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011
- Forstmoser/Jaag*, Der Staat als Aktionär, Zürich 2000
- Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- Freudiger Patrick*, Anstalt oder Aktiengesellschaft, Diss. Bern 2016
- Geiger/Kräuchi*, Umstrittene Staatsgarantie der Kantonalbanken, Moral-Hazard-Risiken und hohe Kosten, erweiterte Fassung des gleichnamigen NZZ-Artikels vom 11./12. Oktober 2003, Nr. 236, 29

- Gehrig Bruno*, Strategische Alternativen von Kantonalbanken, Wirtschaftliche, rechtliche und politische Aspekte, Finanzmarkt und Portfolio Management 7 (1993) 413 ff.
- Gerber Stefan*, Die Aktiengesellschaft als zukünftige Rechtsform der Kantonalbanken?, Bern 1993
- Gericke/Waller*, Kommentar zu Art. 754 OR, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Honsell/Vogt/ Wiegand (Hrsg.), 5. A. Basel 2016
- Business Judgment oder Judge’s Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Licht der Praxis des Bundesgerichts, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 287 ff.
- Glanzmann Lukas*, Neue Finanzinstrumente am Beispiel von CoCos und hybriden Anleihen, GesKR (2011) 489 ff.
- Grünwald/Weber*, Bail-in: Zaubertrank oder Pandorabüchse der Bankensanierung?, SZW (2013) 554 ff.
- Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. A. Zürich 2020
- Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A. Zürich 2020
- Handschin Lukas*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Basel, Zürich 1994
- Hasenböhler Stefan*, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Diss. Basel, Zürich 2003
- Höchner Claudia*, Parlamentarische Oberaufsicht über öffentliche Unternehmen des Bundes, ASR (2020) 232 ff.
- Hofstetter Karl*, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Habil. Zürich, Tübingen 1995
- Corporate Governance im Konzern: in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 301 ff.
- Homburger Eric*, Zum «Durchgriff» im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 67 (1971) 249 ff.
- Kommentierung von Art. 716a OR, in: Gauch/Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Zürich 1997
- Immenga/Rudo*, Die Beurteilung von Gewährsträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, Baden-Baden 1997

- Jaag Tobias*, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, 23 ff.
- Jenny David*, Corporate Governance staatlich beherrschter Unternehmen: Einige Überlegungen am Beispiel der politischen Debatten im Kanton Basel-Stadt, in: Peter Jung et al. (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, 335 ff.
- Jensen Michael C.*, Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers, *The American Economic Review* (1986) 323 ff.
- Kammerer Adrian W.*, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1997
- Kinzl Ulrich-Peter*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, Diss. Bayreuth, Baden-Baden 2000
- Kleiner Beat*, Wie lassen sich Kantonalbanken privatisieren? Rechtliche Aspekte eines hinderreichen Wegs, *NZZ* vom 15. April 1994, 35
- Legitimation des Staates zur Betätigung in Handel und Gewerbe, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hängartner, St. Gallen 1998, 831 ff.
- Knapp Blaise*, Aspects du droit des banques cantonales, in: Haller/Kölz/Müller/Thürer (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 459 ff.
- Koch Fabian*, Fünf Thesen zur Ausgestaltung der Public Corporate Governance von Kantonalbanken zur Risikoverminderung der Kantone, *SZW* 86 (2014) 402 ff.
- Krneta Georg*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. A. Bern 2005
- Kuhn Hans*, Der gesetzliche Bail-in als Instrument zur Abwicklung von Banken nach schweizerischem Recht, *GesKR* (2014) 443 ff.
- Kunz Peter V.*, Kotierung sowie Dekotierung – oder: «Werden» und «Sterben» der Publikumsgesellschaften, *GesKR* (2006) 117 ff.
- Klarstellungen zur Konzernhaftung, *recht* 29 (2011) 45 ff.
 - Unternehmensgruppen: Konzernbegriffe sowie Konzernqualifikation, *ZBJV* 148 (2012) 358 ff.
 - Beistandszwang in Konzernverhältnissen?, *SJZ* 109 (2013) 1 ff.
- Kuster Matthias*, Kommentierung von Art. 101 FusG, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basel 2005
- Kuzmic Kristina*, Haftung aus «Konzernvertrauen», Diss. Zürich 1998
- Leu Robert E.*, Ist eine Staatsgarantie für Banken ökonomisch sinnvoll?, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, *BTJP* 1993, Bern 1994, 47 ff.

- Lienhard/Mächler/Zielniewicz*, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017
- Loser Peter*, Die Vertrauenshaftung in der Praxis, Bern 2006
- Mayhall Nadine*, Aufsicht und Staatshaftung, Diss. Freibrug, Zürich 2008
- Mastronardi Philippe*, Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle, Basel 1991
- Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A. Bern 2018
- Müller/Vogel*, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, ZBl (2010) 649 ff.
- Neuhaus/Suter*, Kommentar zu Art. 958c OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 5. A. Basel 2016
- Nikitine Alexander*, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss Zürich 2007
- Nobel Peter*, Lageanalyse und rechtliche Entwicklungsperspektiven der Kantonalbanken, AJP 3 (1994) 1554 ff.
- Wolken über dem Begriff der Staatsgarantie, ST 70 (1996) 229 ff.
 - Corporate Governance und Gesellschaftsrecht – Gleichklang oder Wettlauf zwischen Wirklichkeit und Recht, in: Festschrift Hans Peter Walter, Bern 2005, 397 ff.
 - Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. A. Bern 2019
- Obrecht Karl*, Über die Rechtsnatur der schweizerischen Kantonalbanken, Diss. Zürich, Solothurn 1936
- Oulevey Xavier*, L'institution de la décharge en droit de la société anonyme, Diss. Fribourg 2007, Zürich 2008
- Pedernana/Müller/Piazza*, Corporate Governance – einige Gedanken zu den Kantonalbanken, in: Peter V. Kunz et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2013, 917 ff.
- Pedernana/Piazza*, Kantonalbanken im Vergleich 2004, Luzern 2004
- Piazza Daniel*, Eignerstrategien und deren Umsetzung bei den Kantonalbanken, Master-Arbeit, Universität St. Gallen, Schweizerisches Institut für Banken und Finanzen, Prof. Dr. Beat Bernet, vom 13. März 2006
- Governance von Kantonalbanken, Ein Rahmenkonzept, Luzern 2012
 - Dimensionen zur Positionierung der Public Corporate Governance bei Kantonalbanken zwischen Politik und Ökonomie, St. Gallen 2012
 - *Roth/Kindler*, The Spirit of Corporate Law – Core Principles of Corporate Law in Continental Europe, Innsbruck/München 2013

- Peter Anna*, Die kursrelevante Tatsache, Diss. Zürich 2015
- Poledna Tomas*, Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002
- Premann Klaus*, Finance, 4. A. München 2010
- Plüss/Facincani-Kunz*, Kommentar zu Art. 716a OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), 5. A. Basel 2016
- Rehm/Sigismondi*, Ad hoc-Publizität aus Emittentensicht, GesKR (2012) 244 ff.
- Rhinow/Schefer/Uebersax*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. A. Basel 2016
- Rümker Dietrich*, Probleme der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten, in: Lutter/Oppenhoff/Sandrock/Winkhaus (Hrsg.), Festschrift für Ernst C. Stiefel, München 1987, 608 ff.
- Russenberger Marc*, Die Sonderstellung der schweizerischen Kantonalbanken, Diss. Zürich 1988
- Kantonalbanken im Umbruch – vom staatlichen Institut zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft, SZW 67 (1995) 1 ff.
- Sägesser Thomas*, Oberaufsicht der Bundesversammlung, SJZ (2013) 125 ff.
- Schiltknecht/McHale*, Erste Erfahrungen mit dem bedingten Wandlungskapital (CoCos), GesKR (2012) 507 ff
- Schnyder Anton K.*, Patronatserklärungen – Haftungsgrundlage für Konzerngesellschaften?, SJZ 86 (1990) 57 ff.
- Schucany Emil*, Kommentierung von Art. 695 OR, in: Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. A. Zürich 1960
- Schwitler Gaudenz*, Die Privatisierung von Kantonalbanken, Diss. Freiburg 2000
- Sethe Rolf*, Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision: eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich 2010, 299 ff.
- Sethe/Andreotti*, Compliance und Verantwortlichkeit, in: Ilser/Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 138 ff.
- Stämpfli Michael*, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1991
- Strasser Othmar*, Kommentierung von Art. 3a BankG, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, Watter/Vogt/Bauer/Winzler (Hrsg.), 2. A. Basel 2013
- Tercier/Stoffel*, Das Gesellschaftsrecht 1992/93, SZW 65 (1993) 305 ff.

Uhlmann Felix, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel 1996, Basel 1997

– Finanzrecht, in: Denise Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 523 ff.

– Gutachten vom 28. August 2013 zu Handen der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates und Nationalrates (GPK) betreffend Oberaufsicht über die Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA), einsehbar unter <http://www.parlament.ch>, Rubriken «Organe und Mitglieder/Kommissionen/Aufsichtskommissionen/Geschäftsprüfungskommissionen/Publicationen und Grundlegendokumente/Publicationen und Grundlagenpapiere»

Vetter/Gutzwiller, Faktische Organschaft im Konzern, GesKR 5 (2010) 224 ff.

Vögeli Andreas, Staatsgarantie und Leistungsauftrag bei Kantonalbanken, Zürich 2009

Vogel Alexander, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen, Bern 1997

– Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, in: Schweizer et al. (Hrsg.), Festschrift Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, 627 ff.

Vogel/Küpfer, Haftungsrisiken im Konzern, insb. bei Sanierungen, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, 65 ff.

Vogt/Bänziger, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 7 (2012) 607 ff.

von Büren Roland, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: SPR VIII/6, 2. A. Basel 2005

– Die einheitliche Leitung im Konzern: Einordnungskonzept oder Aushandlungskonzept?, in: Festschrift Peter Böckli, Zürich 2006, 429 ff.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. A. Bern 2020

von der Crone/Walter, Konzernklärung und Konzernverantwortung, SZW 2001, 53 ff.

von Planta Andreas, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981

Watter Rolf, Kommentar zu Art. 722 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), 5. A. Basel 2016

Watter/Roth Pellanda, Kommentar zu Art. 717 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 5. A. Basel 2016

Wernli/Rizzi, Kommentar zu Art. 707 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), 5. A. Basel 2016

Zbinden Daniel, Börsenrechtliche Aspekte eines Initial Public Offering (IPO) in der Schweiz, Diss. St. Gallen 2003

Zimmerli Ulrich, Bedeutung und Zukunft der Kantonalbanken, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, BTJP 1993, Bern 1994, 63 ff.

Zimmerli/Lienhard, «Privatisierung» und parlamentarische Obergrenze, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Bern 1998, 209 ff.

Zobl Dieter, Das Haftungskonzept der Kantonalbanken, in: Ackermann/Donatsch/Rehberg, Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 517 ff.

– Kommentierung von Art. 3a BankG, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Bodmer/Kleiner/Lutz (Hrsg.), Stand: 19. Nachlieferung Zürich 2010

V. Materialien

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Geschäftsnummer 95.300, Standesinitiative Bern, Einschränkung der Staatshaftung bei Kantonalbanken, vom 7. März 1996

Bundesrat, Botschaft betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 2. Februar 1934, BBl 1934 171 ff.

– Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff.

– Bericht zur Stellung der Kantonalbanken, insbesondere Beschränkung der Staatshaftung sowie Privatisierung, März 1995

– Botschaft über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 27. Mai 1998, BBl 1998 3847 ff.

– Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589 ff.

Commission ad hoc GE, Rapport PL 6872-A et PL 6873-A de la Commission ad hoc chargée d'étudier le projet de loi constitutionnelle du Conseil d'Etat modifiant les articles 80 A et 177 de la constitution de la République et canton de Genève (Banque cantonale de Genève) (A 2 1) et le projet de loi du Conseil d'Etat sur la Banque cantonale de Genève, 12 mars 1993

Eidgenössische Bankkommission, Jahresberichte 19xx – 20xx

– Bulletin 19 (1990)

Eidgenössisches Finanzdepartement, Änderung des Bankengesetzes (BankG) (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 8. März 2019

Expertenkommission, Überprüfung des Status der Kantonalbanken, Bericht der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten Expertenkommission vom Dezember 1996

Finanzdirektion BE, Vortrag an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend Änderung des Gesetzes über die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank (AGBEKBG) zur Reduktion der Staatsgarantie vom 12. Mai 2004, Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Sondersession vom 6. bis 16. September 2004, Beilage 37

Finanzkommission BL, Bericht vom 21. Januar 1999 zur Vorlage 1998-243 an den Landrat betreffend Geschäfte im Ausland

Finanzkontrolle BS, Basler Kantonalbank (BKB) / Finanzverwaltung Basel-Stadt, Bericht über die Spezialprüfung in den Bereichen Übernahme der Bank Cler durch die BKB / Abgeltung der Staatsgarantie durch die BKB, durchgeführt 2019/2020 im Auftrag der Geschäftsprüfungskommission (GPK) des Grossen Rates, vom 25. März 2020

Grosser Rat BS, Protokoll 10. – 12. Sitzung, Amtsjahr 2013 / 2014, 15. / 22. Mai 2013

– Protokoll 1. – 5. Sitzung, Amtsjahr 2011 / 2012, 9. / 16. Februar 2011

Gut Ursula, Hat die Staatsgarantie eine neue Bedeutung erhalten?, Referat beim Bankkaderverein vom 19. März 2009 (Publikation mit Referatstext)

Hänni/Schnyder, Die rechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsorgane der Solothurner Kantonalbank, Gutachten erstattet der Parlamentarischen Untersuchungskommission des Kantonsrates des Kantons Solothurn, Freiburg 1995

Kartellkommission, Stellung der Kantonalbanken im Bankgewerbe, VKKP 1995/3, 1 ff.

Landrat GL, Änderung der Verfassung des Kantons Glarus und Änderung des Gesetzes über die Glarner Kantonalbank, Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 2009

Regierungsrat AG, Botschaft an den Grossen Rat vom 29. August 2001 betreffend Änderung der Rechtsform der Aargauischen Kantonalbank; Totalrevision des Gesetzes über die Aargauische Kantonalbank (01.257), Bericht und Entwurf zur 1. Beratung

– Botschaft an den Grossen Rat vom 16. August 2006 bezüglich Totalrevision des Gesetzes über die Aargauische Kantonalbank (AGKB) (06.150)

– Botschaft an den Grossen Rat vom 27. August 2008 betreffend Eigentümerstrategien zu den Beteiligungen des Kantons Aargau; Genehmigung (08.258)

- Kommentar zu den Richtlinien zur Public Corporate Governance (PCG-Richtlinien) vom 18. September 2013

Regierungsrat BL, Vorlage an den Landrat vom 23. September 2003 betreffend Gesamtrevision des Gesetzes über die Basellandschaftliche Kantonalbank

- Vorlage an den Landrat vom 28. Juni 2016 betreffend Gesetz über die Beteiligungen (Public Corporate Governance (PCGG), Nummer 2016-212
- Auswertung Vernehmlassung LRV PCGG vom 6. Juni 2016
- Vorlage an den Landrat vom 18. Mai 2021, Bericht zum Postulat 2019/708 von Andreas Dürr: «Grundlegende Überprüfung der bestehenden Staatsgarantie für die BLKB»

Regierungsrat BS, Ratschlag an den Grossen Rat vom 31. Mai 1994 betreffend Totalrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank vom 20. November 1947

- Ratschlag an den Grossen Rat vom 15. Oktober 2013 betreffend Totalrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank vom 30. Juni 1994
- Medienorientierung über die Totalrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank (BKB) vom 18. April 2013

Regierungsrat LU, Botschaft B 33 an den Grossen Rat zum Rechtsformwechsel und zur Teilprivatisierung der Luzerner Kantonalbank vom 14. Dezember 1999

Regierungsrat OW, Botschaft und Gesetzesentwurf für ein neues Gesetz über die Obwaldner Kantonalbank (Kantonalbankgesetz) vom 18. Oktober 2005

Regierungsrat SG, Bericht betreffend Staatsgarantie für die St. Galler Kantonalbank vom 13. Dezember 2004, Kantonsrat St. Gallen Dok. Nr. 40.04.02

- Beteiligungsstrategie und Public Corporate Governance, VII. Nachtrag zum Staatsverwaltungsgesetz, Nachtrag zum Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Botschaft und Entwürfe vom 18. Oktober 2011

Regierungsrat ZH, Stellungnahme zur Motion Walti/Hess/Portmann (Neugestaltung der Staatsgarantie der Zürcher Kantonalbank zur Risikokontrolle) vom 9. Juli 2003, Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, KR-Nr. 100/2003

- Stellungnahme zur Motion Portmann/Walti/Kläy (Limitierung der Staatsgarantie im Kantonalbankgesetz) sowie zum Postulat Angelsberger/Weibel/Portmann (Bewertung der Staatsgarantie für die ZKB) vom 12. September 2007, Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, KR-Nr. 147/2007 und KR-Nr. 148/2007

- Stellungnahme zur Anfrage Portmann/Angelsberger/Cornaz (Investition von Zürcher Volksvermögen und Export der Staatsgarantie durch die ZKB in Österreich beim Erwerb der Privatinvest Bank [PIAG] Salzburg) vom 6. Oktober 2010, Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, KR-Nr. 224/2010
- Bericht über die Public Corporate Governance vom 29. Januar 2014

VI. Einschränkungen

- 54 Das vorliegende Gutachten konzentriert sich auf die gestellten Gutachterfragen und basiert auf dem hiervor dargelegten Sachverhalt. Es ist nicht zulässig, die hier angestellten Überlegungen und die daraus abgeleiteten Folgerungen ohne Weiteres auf andere Fälle zu übertragen und als Grundlage für Entscheidungen zu dem Unterzeichneten nicht vorgelegten Sachverhalten zu verwenden.
- 55 Die Arbeit ist keine umfassende Abhandlung zu sämtlichen Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit der aufgeworfenen Problematik stellen, sondern bezieht sich ausschliesslich auf die spezifischen Gutachterfragen gemäss Abschnitt I.
- 56 Der Auftrag geht nicht dahin, eine umfassende Literatur- und Rechtsprechungsübersicht zu bieten, vielmehr wünscht die Auftraggeberin, dass der Gutachter seine persönliche Meinung aufgrund seiner kombinierten Erfahrung im juristischen und wirtschaftlichen Bereich darlegt. Auch sorgfältige Abklärungen können indes keinerlei Gewähr dafür bieten, dass mit der Angelegenheit befasste Behörden oder Gerichte zu denselben Schlüssen gelangen.
- 57 Soweit im vorliegenden Gutachten für bestimmte Personen in Zusammenhang mit Funktionsbezeichnungen oder der Besetzung einer Funktion nur die männliche Form (und nicht auch ausdrücklich die weibliche Form) verwendet wird, ist immer auch die Alternative der weiblichen Form gemeint.

VII. Urheberrechte

- 58 Das Urheberrecht an diesem Text verbleibt beim Unterzeichneten. Das betrifft namentlich das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft gemäss Art. 9 URG; das Recht, als Urheber des Gutachtens genannt zu werden; das Recht auf erste Veröffentlichung der vom konkreten Fall losgelösten rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse im Rahmen eines Fachbeitrages sowie das Recht auf Schutz der Werkintegrität gemäss Art. 11 URG. Die Vervielfältigung sowie die Weitergabe dieses Textes (bzw. von Kopien des Textes) ausserhalb des Adressatenkreises dieses Gutachtens (Vertreter der FKD und der Finanzverwaltung sowie Mitglieder der Finanzkommission des Kantons Basel-Landschaft) ohne Zustimmung des Verfassers sind unzulässig.

VIII. Über den Gutachter

- 59 Der Unterzeichnete ist als Wirtschaftsanwalt und Senior Partner bei *böckli bühler partner* in den Spezialgebieten des Handels- und Wirtschaftsrechts und der Corporate Governance tätig.
- 60 Er ist anerkannter Emittentenvertreter und Mitglied der unabhängigen Beschwerdeinstanz der Schweizer Börse *SIX Swiss Exchange*. Er ist zudem Präsident, Vizepräsident und Mitglied in verschiedenen Verwaltungsräten, Verwaltungsratsausschüssen und Stiftungsräten.
- 61 Der Unterzeichnete hat im Jahr 1999 promoviert und das Anwaltspatent erworben. Nach einem berufs begleitenden praxisbezogenen LL.M.-Programm im Internationalen Wirtschaftsrecht mit Spezialgebiet Finanzmarktrecht am Europainstitut der Universität Zürich war er von 2002 bis 2003 als Foreign Associate bei der amerikanischen Law Firm *Sullivan & Cromwell LLP* in New York tätig. Seine Habilitationsarbeit hat er im Jahr 2009 zum Thema «*Regulierung im Bereich der Corporate Governance*» verfasst; er dozierte fortan an den Universitäten Zürich und Basel. Seit 2016 ist er Titularprofessor für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

TEIL 2: RECHTLICHE ÜBERLEGUNGEN

Gutachterfrage 1: Konzerisierung der radicant AG und Konzernhaftung der BLKB

Kann die BLKB für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften, namentlich der von ihr beteiligungsmässig und stimmenmässig kontrollierten Bank radicant AG, haftbar gemacht werden? Wenn ja, gestützt auf welche Rechtsgrundlagen und unter welchen Voraussetzungen besteht eine solche Haftung?

1.1 Ist die radicant AG Teil des BLKB-Konzerns? Falls ja: Inwieweit ist die radicant AG rechtlich in den BLKB-Konzern eingebunden?

1.2 Gestützt auf welche Rechtsgrundlagen und inwieweit haftet die BLKB für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften, namentlich der radicant AG?

I. Vorbemerkung zum Vorgehen

- 62 Im Zentrum der vorliegenden Begutachtung steht die Frage, ob bzw. inwieweit die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft auch für allfällige Verbindlichkeiten der BLKB aus der Beteiligung an ihren Tochtergesellschaften, insbesondere an der neu gegründeten radicant AG, besteht. Zur Beantwortung dieser Frage ist in einem ersten Schritt zu klären, ob die nach dem Recht der juristischen Personen an sich bestehende *Selbständigkeit* der Unternehmen in haftungsrechtlicher Sicht nicht durch die konzernrechtliche Konstellation durchbrochen wird. Es stellt sich konkret die Frage, ob die BLKB für die Verbindlichkeiten der radicant AG *aufgrund deren Einbindung in den BLKB-Konzern* nicht haftbar gemacht werden könnte und damit der Kanton Basel-Landschaft im Ergebnis – wenn auch nicht direkt oder formell, so aber doch eventuell indirekt oder faktisch – für die Verbindlichkeiten der radicant AG haften würde.
- 63 Bevor die Frage der Haftung der BLKB für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften beurteilt werden kann, ist zu prüfen, ob die BLKB gemäss geltendem Kantonalbankgesetz überhaupt berechtigt ist, eine Bank ausserhalb des Kanton Basel-Landschaft zu gründen, welche schweizweit Finanzdienstleistungen auf der Grundlage von modernen Informations- und Kommunikationstechnologien erbringt (sog. Digitalbank) und welche ihrerseits im In- und Ausland Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften errichten kann.³

³ So der Zweck der radicant AG gemäss Handelsregistereintrag.

II. Kompetenz der BLKB zur Gründung einer schweizweit tätigen Bank als Vorfrage

- 64 Die BLKB kann gemäss § 1 Abs. 2 KBG BL Zweigniederlassungen errichten und *Tochtergesellschaften gründen* sowie sich an anderen Unternehmen beteiligen. Ist es der BLKB erlaubt, Tochtergesellschaften zu errichten, so wird ihr grundsätzlich «mittelbar auch eine Konzernbildung ermöglicht». ⁴
- 65 Gemäss § 7 Abs. 1 KBG BL ist die BLKB sodann eine *Universalbank*, d.h. sie kann grundsätzlich *alle üblichen Arten des Bankgeschäfts* tätigen. ⁵
- 66 Der *geographische Geschäftskreis* der BLKB erstreckt sich dabei auf die Wirtschaftsregion Nordwestschweiz. Gemäss § 7 Abs. 2 KBG BL sind jedoch auch Geschäfte *in der übrigen Schweiz und im Ausland* zulässig, «soweit der Bank daraus keine besonderen Risiken erwachsen und die Befriedigung der Geld- und Kreditbedürfnisse im Kanton nicht beeinträchtigt wird». § 7 Abs. 3 KBG BL ermächtigt den Bankrat sodann, die Einzelheiten im Organisations- und Geschäftsreglement zu regeln. Gestützt auf diese Bestimmung konkretisiert Art. 25 Abs. 2 Organisations- und Geschäftsreglement BLKB den geographischen Geschäftskreis der BLKB wie folgt:

«Die Hauptmärkte der BLKB sind der Kanton Basel-Landschaft und die Region Nordwestschweiz sind. Die Bank kann Dienstleistungen auch in anderen Kantonen anbieten. Der Bankrat ist zuständig für die Genehmigung neuer Geschäftsarten und bankfremder Dienstleistungen und legt den Umfang der Auslandaktivitäten fest.»

- 67 Die Bestimmung über die Geschäfte ausserhalb der Region Nordwestschweiz wurde im Zuge der Teilrevision des Kantonalbankgesetzes im Jahre 1999 angepasst. Dem Bericht der Finanzkommission an den Landrat vom 21. Januar 1999 ist zu entnehmen, dass die Bestimmung in § 7 Abs. 2 KBG BL, ⁶ wonach die BLKB auch in der übrigen Schweiz und im Ausland Geschäfte tätigen kann, «soweit der Bank daraus keine besonderen Risiken erwachsen und die Befriedigung der Geld- und Kreditbedürfnisse im Kanton nicht beeinträchtigt wird», nach Auffassung der Kommissionsmehrheit *keine Ausweitung des Geschäftskreises der BLKB bewirke*. Vielmehr werde das bisher im Gesetz bisher nicht erwähnte (und somit auch nicht ausgeschlossene) übrige Geschäft in der Schweiz und das Auslandgeschäft dadurch nun explizit geregelt. Die Kommission war aber auch der Meinung, dass ein allfälliger Spielraum, den diese Formulierung zulasse, sehr zurückhaltend und auf keinen Fall extensiv zu nutzen sei. Oberste Priorität müssten die Bedürfnisse des Kantons

⁴ So bereits auch die Vorlage des Regierungsrates an den Landrat vom 23. September 2003 zu § 1 KBG BL, 23.

⁵ Die Geschäftstätigkeit ist gemäss § 7 Abs. 3 KBG BL im Einzelnen in Art. 25 Organisations- und Geschäftsreglement BLKB geregelt.

⁶ Damals noch in § 5 Abs. 5 aKBG BL.

und eine vertretbare Risikolage haben.⁷ Der Landrat stimmte dieser Teilrevision des Kantonalbankgesetzes schliesslich in seiner zweiten Lesung mit 66 zu 0 Stimmen zu.

- 68 Hinsichtlich der Tätigkeit der BLKB ausserhalb der Region Nordwestschweiz enthält das Gesetz also einen Vorbehalt dahingehend, dass der Bank dadurch *keine besonderen Risiken erwachsen* dürfen und die *Befriedigung der Geld- und Kreditbedürfnisse im Kanton dadurch nicht beeinträchtigt* werden darf. Unter Vorbehalt dieser Rahmenbedingungen kann die BLKB aber das Bankgeschäft auch in der übrigen Schweiz und im Ausland betreiben.
- 69 Wenn es der BLKB erlaubt ist, in der ganzen Schweiz und im Ausland tätig zu sein und Tochtergesellschaften zu errichten und zu betreiben und damit ihren Zweck als Universalbank gemäss § 2 Abs. 1 KBG BL mittelbar über beherrschte Drittunternehmen zu verfolgen, dann muss es ihr grundsätzlich ebenfalls erlaubt sein, ihr Universalbankgeschäft oder einen Teil dieses Geschäfts über eine 100%- oder Mehrheitsbeteiligung an einer inländischen Bank auszuüben.
- 70 Was die in § 7 Abs. 2 erwähnten Vorbehalte anbelangt, so ist im vorliegenden Fall der radicant AG nicht ersichtlich, dass die Befriedigung der Geld- und Kreditbedürfnisse im Kanton durch die Gründung und den Betrieb einer schweizweit tätigen Digitalbank gefährdet werden könnten. Im Gegenteil, die BLKB reagiert mit diesem Projekt vielmehr auf die Veränderungen der Finanzindustrie zum Ausbau digitaler Lösungen und Kanäle sowie zur Fokussierung auf die Nachhaltigkeit bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen und stellt dadurch letztlich die Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der BLKB sicher. Ob der BLKB dadurch allenfalls «besondere Risiken erwachsen», ist in einem nächsten Schritt unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten näher zu beleuchten.

III. Einbindung der radicant AG in den BLKB-Konzern

A. Vorbemerkung

- 71 Nachdem vorfrageweise geklärt ist, dass die BLKB grundsätzlich befugt ist, eine schweizweit tätige Bank zu errichten, welche Dienstleistungen im Finanzbereich auf der Grundlage von modernen Informations- und Kommunikationstechnologien erbringt, ist in nun der Frage nachzugehen, ob die im April 2021 gegründete radicant AG unter den Aspekten der Corporate Governance und des Haftungsrechts überhaupt Teil des BLKB-Konzerns ist.

⁷ Bericht der Finanzkommission vom 21. Januar 1999 zur Vorlage 1998-243, Ziff. 2.2 (Geschäfte im Ausland).

B. Der «Konzern» im Schweizerischen Aktienrecht

1. Auf dem Leitungsprinzip basierende Begriffsdefinition des Konzerns

- 72 Das schweizerische Recht kennt bis heute kein positiv geregeltes Konzernrecht. Stattdessen finden sich in der gesellschaftsrechtlichen und übrigen Gesetzgebung verstreut punktuelle Bestimmungen für einzelne Bereiche des Konzernrechts, in denen insbesondere Fragen im Zusammenhang mit der Rechnungslegung thematisiert werden. Das Gesetz definierte im Jahre 1991 den Konzern im Kontext der damals geltenden Rechnungslegung in Art. 663e aOR als «*Zusammenfassung einer oder mehrerer Gesellschaften unter einheitlicher Leitung*».⁸
- 73 Daraus haben Lehre und Praxis die auf dem *Leitungsprinzip* basierende Begriffsdefinition des Konzerns hergeleitet, welche zwangsläufig voraussetzt, dass die Interessen der Einzelgesellschaft denjenigen des Konzerns als Ganzem untergeordnet werden. Typisch für den Konzern ist denn auch der Dualismus zwischen *wirtschaftlicher Einheit* des Ganzen und *juristischer Selbständigkeit* seiner Glieder.⁹
- 74 Die Konzernleitung ist damit die an der Spitze einer Unternehmensgruppe ausgeübte Funktion der zentralen Willensbildung und Willensdurchsetzung in einer von ihr festgelegten hierarchischen Organisationsstruktur.¹⁰ Das Hauptmerkmal der *einheitlichen Leitung* einer Mehrheit von rechtlich selbständigen Körperschaften scheint unvereinbar mit zwingenden Normen des Gesetzes, insbesondere mit der Verpflichtung der Mitglieder des Verwaltungsrates, die «*Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahren*»¹¹ sowie mit den in Art. 716a Abs. 1 OR statuierten unübertragbaren und unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates. Zu diesen gehört unter anderen die «*Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen*».¹² Während ein Teil der Lehre die Ansicht vertritt, es handle sich dabei um ein «*dogmatisch letztlich nicht lösbares Paradox*»,¹³ ist ein anderer, auch vom Unterzeichneten vertretener Teil der Lehre der Auffassung, dass es sich nur um einen scheinbaren, auf dem Wege der teleologischen Reduktion zu lösenden Widerspruch handelt, der letztlich darauf zurückzuführen ist, dass die Konzernrechnung aus den Revisionsarbeiten des Aktienrechts von 1991 ausgeklammert worden ist.¹⁴ Art. 716a Abs. 1 OR ist als *Magna charta* einer *eigenständigen* Aktiengesellschaft zu qualifizieren

⁸ Christoph B. Bühler, ZK (2018) Art. 717 N. 285.

⁹ Vgl. Lukas Handschin (1994) 70 ff.; Peter Böckli (2009) § 11 N. 277 ff.; Christoph B. Bühler (2018) 990.

¹⁰ Peter Böckli (2009) § 11 N. 242; vgl. zur Konzernleitung auch Jean Nicolas Druey (2000) 1 ff.; Karin Beyeler (2004) 52 ff.; Roland von Büren (2005) 52 ff.

¹¹ Art. 717 Abs. 1 OR.

¹² Vgl. u.a. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (2018) § 24 N 45 ff.; Jean Nicolas Druey (2000) 7.

¹³ So Peter Forstmoser (2000) 97; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (1996) § 60, N. 27 ff.; vgl. weitere Hinweise auf das Paradoxon bei: Jean Nicolas Druey (1998) 75 ff.

¹⁴ So die von Peter Böckli (2009) § 11 N 277 ff. und ders. (2014) 212 ff. entwickelte These; vgl. auch Adrian W. Kammerer (1997) 258; vgl. zur Aktienrechtsrevision 1968/91 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (1996) § 60 N. 13 ff.

und auf den Verwaltungsrat einer 100% konzernierten Untergesellschaft *nicht direkt* anwendbar, sondern *sinngemäss* auszulegen und im konzernrechtlichen Kontext der Untergesellschaft umzusetzen.¹⁵ *Ratio* des Konzernrechts ist es, die Tätigkeit des Gesamtunternehmens in mehrere rechtlich selbständige Geschäftseinheiten unter einheitlicher Oberleitung mit Gesamtzielsetzung zu organisieren. Daraus folgt, dass selbst bei der Ausübung der einheitlichen Leitung durch die Konzernobergesellschaft eine Minimalfunktion in den in Art. 716a Abs. 1 OR aufgelisteten Bereichen auf Ebene des konzernierten Verwaltungsrates verbleiben muss. Die Untergesellschaft ist dem übergeordneten Konzerninteresse nur soweit verpflichtet, als nicht die ihr verbleibenden residuellen Kernaufgaben und ihre *Eigenverantwortung* in Frage stehen.¹⁶

2. Rechnungslegungsspezifischer Konzernbegriff nach dem Kontrollprinzip

- 75 Für die Pflicht zur Erstellung der Konzernrechnung ist grundsätzlich nicht mehr das Leitungsprinzip, sondern das in Anlehnung an die International Financial Reporting Standards (IFRS) durch Art. 963 Abs. 1 OR eingeführte *Kontrollprinzip* massgeblich. Demnach ist für die Bestimmung des Konsolidierungskreises im Rahmen der Rechnungslegung nicht entscheidend, ob eine juristische Person andere Unternehmen tatsächlich unter ihrer «einheitlichen Leitung» zusammengefasst hat, sondern nur noch, ob sie diese «kontrolliert», indem sie:¹⁷
- direkt oder indirekt über die *Mehrheit der Stimmen* im obersten Organ (bei der Aktiengesellschaft der Generalversammlung) verfügt;
 - direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die *Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans* (bei der Aktiengesellschaft des Verwaltungsrates) *zu bestellen oder abuberufen*; oder
 - aufgrund der *Statuten, eines Vertrages oder vergleichbarer Instrumente* einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.
- 76 Eine Ausnahme von der Konsolidierungspflicht gilt für wirtschaftlich unbedeutende Beteiligungen, weil der *Wesentlichkeitsgrundsatz* gemäss Art. 958c Abs. 1 Ziff. 4 OR auch für die Konzernrechnung gilt.¹⁸ Demgemäss hat die Rechnungslegung nur die wesentlichen Informationen zu beinhalten, wobei ein Sachverhalt quantitativ oder qualitativ wesentlich sein kann.¹⁹

¹⁵ Vgl. auch *Adrian W. Kammerer* (1997) 258.

¹⁶ Vgl. *Peter Böckli* (2000) 50 ff.; *derselbe* (2009) § 11 N. 305; *Lukas Handschin* (1994) 107; *Christoph B. Bühler* (2018) 991.

¹⁷ Vgl. *Bundesrat* (2007) 1723.

¹⁸ *Peter Böckli* (2019) Rz. 1207.

¹⁹ *Neuhaus/Suter*, BSK (2016) Art. 958c N. 11.

3. Die im Verantwortlichkeitsrecht und unter Governance-Aspekten massgebliche Begriffsdefinition des Konzerns

77 Obgleich der Passus der «Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung» in Art. 963 Abs. 1 OR nicht mehr zu finden ist, bleibt die von der Rechtsprechung entwickelte, auf dem Leitungsprinzip basierende gesellschaftsrechtliche Definition des Konzerns *unter Governance-Aspekten* und *im Verantwortlichkeitsrecht* weiterhin massgeblich, denn dieses stellt nach wie vor auf das Kriterium der *Ausübung der einheitlichen Leitung* ab.²⁰ Die Konzernmuttergesellschaft wird mithin nicht bereits aufgrund ihrer Beherrschungsmöglichkeit zum faktischen und nach Art. 754 OR verantwortlichen Organ der Tochtergesellschaft; erforderlich ist vielmehr, dass sie sich tatsächlich *organotypisch in die Geschäftsführungstätigkeit der Tochtergesellschaft einmischt*.²¹ Auch Art. 728 Abs. 6 OR stellt nach wie vor klar, dass die Bestimmungen über die Unabhängigkeit der Revisionsstelle auch Gesellschaften erfassen, die mit der zu prüfenden Gesellschaft oder der Revisionsstelle «unter einheitlicher Leitung» stehen.²²

4. Unterscheidung zwischen Einordnungskonzept und Aushandlungskonzept

78 In der Konzernrealität ist im Wesentlichen zu unterscheiden zwischen *strafferen* und *lockeren* Formen des Konzerns, jeweils in unterschiedlichen Ausprägungen.²³ Beide Ausprägungen kommen in der Praxis vor und haben ihre Vor- und Nachteile:

- **Konzern mit straffer Leitung durch die Spitze (Einordnungskonzept):** die Muttergesellschaft zieht durch einseitigen Akt die Oberleitung mit den wichtigsten Finanz- und Führungskompetenzen der von ihr beherrschten Tochtergesellschaft an sich und reduziert die Zuständigkeit des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft auf die minimalen residuellen Aufgaben (vor allem Erhaltung der Eigenwirtschaftlichkeit und Einhaltung der Rechtsvorschriften). Eine derartige, straffe Konzernierung ist praktisch nur mit 100%-igen Tochtergesellschaften durchführbar und wird als Einordnung in den Konzern bezeichnet.
- **Konzern mit Tochtergesellschaften am langen Zügel (Aushandlungskonzept):** in einem weniger straffen Konzerngefüge richtet die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft, an der im typischen Fall auch Minderheitsaktionäre beteiligt sind oder ins Gewicht fallende Interessen von weiteren Stakeholdern zu berücksichtigen sind, auf bestimmte Konzernziele

²⁰ Patric Brand (2015) N. 81 ff. und 199 ff.; Christoph B. Bühler, ZK (2018) Art. 717 N. 290; ders. (2018) 991; a.M. Hans Caspar von der Crone (2020) § 29 N. 2127, der von einem eigentlichen Paradigmenwechsel in der Definition des Konzernbegriffs ausgeht.

²¹ BGE 117 II 573 f.; BGER 4A.306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1.

²² Christoph B. Bühler, ZK (2018) Art. 717 N. 290.

²³ Vgl. Peter Böckli, 2009, § 11 N. 236 ff.; differenziert Roland von Büren, 2005, 52 ff.

aus, ohne jedoch die Kernkompetenzen der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane der Tochtergesellschaft an sich zu ziehen. Die Muttergesellschaft handelt mit dem Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft, der auf Gleichbehandlung aller Aktionäre bzw. auf Berücksichtigung der Interessen auch bestimmter weiterer Stakeholder verpflichtet ist, die Geschäfte nach dem umfassenden zivilrechtlichen Prinzip des «*dealing at arm's length*» aus.

C. Ist die radicant AG Teil des BLKB-Konzerns?

1. Eigenständige Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen als Bank durch die radicant AG

- 79 Die radicant AG muss als Bank in Bezug auf die innere Organisation an sich *eigenständig* die Bewilligungsvoraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 2 BankG sowie die von der FINMA im Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance-Banken» vom 22. September 2016 konkretisierten Auflagen erfüllen. Aufgrund dieser finanzmarktrechtlichen Vorschriften, welche das Aktienrecht überlagern, hat die radicant AG über eine gewisse Eigenständigkeit bzw. Unabhängigkeit in dem Sinne zu verfügen, dass ihre jeweiligen Führungsorgane weitgehend eigenverantwortlich im Interesse der radicant AG handeln müssen.
- 80 Dies bedeutet zunächst, dass eine vollständige «Einordnung» der radicant AG in den BLKB-Konzern mit einer weitgehenden Attraktion der Führungskompetenzen der radicant AG durch die Leitungsorgane der BLKB mit den finanzmarktrechtlichen Rahmenbedingungen und der eigenständigen Marktstellung der radicant AG mit eigenem Sondervermögen und eigenem Gläubigerkreis an sich nicht zu vereinbaren wäre. Es bleibt indes zu klären, ob die radicant AG zwar weitgehend unabhängig geführt wird, nach den massgeblichen Kriterien des Konzernrechts aber dennoch der einheitlichen Leitung der BLKB unterstellt und somit im Sinne des hiervor dargelegten gesellschaftsrechtlichen Leitungsprinzips nach dem sog. «*Aushandlungskonzept*» in den BLKB-Konzern eingebunden ist.

2. Kapital- und stimmenmässige Beherrschung der radicant AG durch die BLKB

- 81 Die radicant AG wird von der BLKB derzeit sowohl kapital- als auch stimmenmässig zu 100%, beherrscht. Nach dem in Art. 963 OR geregelten *Kontrollprinzip* ist die radicant AG damit zumindest *für die Zwecke der Rechnungslegung* Teil des BLKB-Konzerns und gehört zu deren Konsolidierungskreis. Die Rechnungslegungsvorschriften des OR, welche an sich für die BLKB als öffentlich-rechtliche Anstalt nicht direkt anwendbar sind, gelten aufgrund der bankenrechtlichen Bestimmung in Art. 6 Abs. 3 BankG auch für die durch die BLKB zu erstellenden Geschäftsberichte und Zwischenabschlüsse.

- 82 Die BLKB verzichtete jedoch per 31. Dezember 2021 gestützt auf den *Wesentlichkeitsgrundsatz* gemäss Art. 958c Abs. 1 Ziff. 4 OR auf die Konsolidierung der Beteiligung an der radicant AG, da diese für die finanzielle Berichterstattung und die Risikolage der BLKB in der Aufbauphase noch unwesentlich sind und die radicant AG noch nicht operativ ist; sie bestand per Ende 2021 vor allem aus Eigenkapital und Investitionskosten.²⁴

3. Personelle Verflechtung in den Führungsorganen der BLKB und radicant AG

- 83 Der Aufbau und die Etablierung einer Allein- oder Mehrheitsbeteiligung stehen praxisgemäss in der überwiegenden Zahl der Fälle am Anfang einer Konzernbildung. Diese sichert der beherrschenden Gesellschaft als Hauptaktionärin die Kontrolle über die Willensbildung in der Generalversammlung der abhängigen Gesellschaft und damit über die Kompetenzen, die Art. 698 OR zu unübertragbaren Befugnissen dieses Organs erklärt. Da hierzu neben der Festsetzung und Änderung der Statuten namentlich die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder gehört, kann die Obergesellschaft das *Oberleitungs- und Aufsichtsorgan der Untergesellschaft mit Personen ihres Vertrauens besetzen* und so mittelbar die Umsetzung des Aktionärswillens im Rahmen der Geschäftsführung überwachen. Das ist auch notwendig, wenn die Konzernspitze effektiv eine einheitliche Leitung durchsetzen möchte. Dazu würde nämlich die Kontrolle der Willensbildung durch die Aktionäre allein nicht genügen, weil die Generalversammlung lediglich einmal im Jahr zusammentritt und sie gemäss der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung auch unzuständig und funktional ungeeignet ist für die strategische und operative Geschäftsführung der Gesellschaft. Nur gestützt auf beide Pfeiler (Kontrolle der Willensbildung in der Generalversammlung und Kontrolle der Oberleitung und Aufsicht über die Geschäftsführung im Verwaltungsrat) ist die Obergesellschaft letztlich in der Lage, ihren Konzernleitungsanspruch und ihre Konzernpolitik auch bei der Untergesellschaft durchzusetzen. Die Konzernleitung muss, als unentbehrlicher Bestandteil der Führung, ein Recht zur Erteilung von Konzernweisungen gegenüber der Untergesellschaft zustehen. Die Konzernweisung ist dabei nicht als strikter «Befehl» zu verstehen, sondern vielmehr als «Führungsimpuls» bzw. Willensäusserung der Konzernleitung an die Leitungsorgane der Untergesellschaft zur eigenständigen Umsetzung eines näher bestimmten Konzernziels in konkrete Geschäftsführungsmassnahmen auf der Stufe der Untergesellschaft.²⁵
- 84 In der praktischen Umsetzung stellt sie die Durchsetzung der einheitlichen Konzernleitung oft dadurch sicher, dass der Verwaltungsrat und mittelbar auch die Geschäftsleitung der Untergesellschaft mit Personen besetzt wird, die bei der Erfüllung ihrer Aufgaben konzerntreu agieren, indem sie auf die Einbindung der Untergesellschaft in einen grösseren Verbund und das konkrete Konzerninteresse Rücksicht nehmen. In der Praxis häufig anzutreffen sind *personelle Verflech-*

²⁴ Geschäftsbericht BLKB 2021, 85.

²⁵ Peter Böckli (2009) § 11 N. 264.

tungen bzw. die sogenannte *Doppelorganschaft*: Die Personen, die zu Exekutivorganen der abhängigen Gesellschaft gewählt oder ernannt werden, haben auch in der Obergesellschaft eine leitende Funktion inne. Sie tragen bei der Ausübung ihres Amtes in der abhängigen Gesellschaft dem Konzerninteresse daher schon aufgrund ihrer Stellung in der Konzernspitze gebührend Rechnung. Doch auch wenn keine solchen personellen Verflechtungen bestehen, werden die Organe der abhängigen Gesellschaft bei der Geschäftsführung regelmässig auf die Interessen des Gesamtkonzerns Rücksicht nehmen. Denn allein die Tatsache, dass die Mandatsträger ihre Wahl der Obergesellschaft zu verdanken haben und dass sie von dieser jederzeit wieder abberufen werden können, macht sie von der Konzernspitze abhängig.²⁶

- 85 Der Verwaltungsrat der radicant AG ist zwar nicht mehrheitlich mit «Vertretern» der BLKB besetzt, welche zugleich bei der BLKB Organmitglied sind, doch ist immerhin der *Präsident des Verwaltungsrates der radicant AG*, Herr Marco Primavesi, auch Mitglied im Bankrat der BLKB und amtiert damit als Doppelorgan. Die Funktion des Präsidenten ist im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft von zentraler Bedeutung. Dieser sorgt nicht nur für die Traktandierung der Geschäfte im Verwaltungsrat und koordiniert die Tätigkeit der Ausschüsse, sondern ist auch das Bindeglied zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsrates untereinander sowie zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung. Er leitet die Generalversammlung, vertritt die Gesellschaft nach innen und aussen und er hat situativ auch eine gewisse Auffangkompetenz für alle Aufgaben, die grundsätzlich dem Verwaltungsrat zugewiesen sind.²⁷ Indem die BLKB eines ihrer Bankratsmitglieder in das Verwaltungsratspräsidium der radicant AG gewählt hat, bekennt sie sich doch ziemlich deutlich dazu, dass sie im obersten Führungsorgan der radicant AG einen Leitungsanspruch geltend macht.

4. Integration der Führungsorgane der BLKB in die Führungsorganisation und Kompetenzordnung der radicant AG

- 86 Die finanzmarktrechtliche «Eigenständigkeit» der radicant AG als Bank wird gesellschaftsrechtlich sodann auch relativiert, indem die Führungsorgane des «Konzerns BLKB» gemäss Organisations- und Geschäftsreglement in die Führungsorganisation und Kompetenzabgrenzung der radicant AG integriert sind.
- 87 Gemäss Anhang 1 Organisations- und Geschäftsreglement radicant AG sind dem Bankrat, dem Strategy and Executive Committee, dem Audit and Risk Committee und der Konzernleitung der BLKB verschiedene Kompetenzen auf der obersten Führungsebene zugeteilt. So verfügen diese Organe in den Bereichen der Unternehmensentwicklung, des Organisations- und Geschäftsreglements und des Reglements über die Vergütungssysteme sowie in den Bereichen des Risikoman-

²⁶ Vgl. Karin Beyeler (2004) 83 f.; Peter Böckli (2009) § 11 N. 259.

²⁷ Christoph B. Bühler, ZK (2018) Art. 712 N. 5.

gements, des Personellen, des Budgets und des Geschäftsberichts sowie in Bezug auf Investitionen und Auslagerung von wesentlichen Aufgaben und in der Planung der Internen Revision und der Berichterstattung über *Konsultations- oder Informationsrechte* («Kenntnisnahme»). Dem Bankrat der BLKB werden sodann in Bezug auf das Reglement über das Prüfwesen, die aufsichts-, zivil- oder strafrechtlichen Verfahren und Investitionen über CHF 5 Mio. seitens der radicant AG sogar *Entscheidungskompetenzen* vorbehalten. Die weiteren Entscheidungskompetenzen betreffend die Ernennung und Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsrates, die Vergütung des Verwaltungsrates, die Gewinnverteilung und die Wahl der Revisionsstelle nimmt der Bankrat der BLKB demgegenüber in seiner Rolle als Vertreter der Alleinaktionärin BLKB wahr.

- 88 Hinsichtlich des Entscheids der externen Revisionsstelle und der aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaft ist in Fussnote 10 der Kompetenzordnung (Anhang 1) sodann festgehalten:²⁸

*«Der Entscheid über die externe Revisionsstelle **im Konzern** wird durch den Regierungsrat auf Antrag des BR entschieden. Der Entscheid über die aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft obliegt dem BR. Innerhalb der konsolidierten Aufsicht ist **im Konzern** eine einheitliche Prüfgesellschaft verlangt, weshalb diese auf Stufe der Tochterunternehmen eher bestätigt als gewählt wird.»*

- 89 In Art. 26 Abs. 2 Organisations- und Geschäftsreglement ist schliesslich zum Geschäftskreis der radicant AG festgehalten:²⁹

*«Der Hauptmarkt der Gesellschaft ist die Schweiz. Die Gesellschaft kann Dienstleistungen auch in anderen Ländern anbieten. Der Verwaltungsrat ist zuständig für die Genehmigung neuer Geschäftsarten und bankfremder Dienstleistungen und legt den Umfang der Auslandaktivitäten fest, **im Einklang mit den einschlägigen für die BLKB als Muttergesellschaft anwendbaren kantonalen Gesetzesbestimmungen.**»*

- 90 Aus dem Organisations- und Geschäftsreglement und der Kompetenzordnung der radicant AG geht somit deutlich hervor, dass die BLKB gewisse Leitungskompetenzen in Bezug auf die radicant AG an sich gezogen hat und dass die radicant AG auch nach deren Selbstverständnis in den BLKB-Konzern integriert ist.

5. Konzerninterne Verträge zwischen der BLKB und der radicant AG

- 91 Die Konzernierung der radicant AG zeigt sich schliesslich auch durch die verschiedenen Dienstleistungsverträge, welche die BLKB mit der radicant AG abgeschlossen hat und gewisse Leistungen der BLKB für die radicant AG in der Aufbauphase regeln sollen. Diese Verträge lagen dem Gutachter zwar nicht vor, doch hat die BLKB bestätigt, dass zwischen ihr und der radicant AG ein Rahmenvertrag sowie verschiedene Dienstleistungs-Einzelverträge in den Bereichen Revision,

²⁸ Hervorhebungen beigefügt.

²⁹ Hervorhebungen beigefügt.

Finanzbuchhaltung, übrige Leistungen des Geschäftsbereichs Finanz- und Risikomanagement sowie Legal & Compliance abgeschlossen worden sind.

- 92 Indem die BLKB und die radicant AG verschiedene zentrale Stabsfunktionen und unternehmensinterne Prozesse (Revision, Finanzbuchhaltung, Risikomanagement, Compliance etc.) nach dem Prinzip von «*Shared Services*» zusammenlegen, welche für beide Banken gemeinsam erbracht werden, übernimmt die BLKB wesentliche Aufgaben der unternehmerischen Steuerung und relevanten Schlüsselressourcen der radicant AG. Diese werden mithin auf einer übergeordneten separaten Konzernführungsebene von der BLKB im Sinne einer «einheitlichen Konzernleitung» wahrgenommen.
- 93 Einen gewissen «Konzernrückhalt» seitens der BLKB erfährt die radicant AG sodann auch durch eine zweckgebundene, unwiderrufliche vertragliche *Kreditusage*, welche nach Auskunft der BLKB der Einhaltung der Bestimmungen über privilegierte Einlagen gemäss Art. 37a Abs. 6 BankG (Kundeneinlagen bis CHF 100'000) dient. Auch dieser Vertrag liegt dem Gutachter nicht vor. Gemäss BLKB benötigt die radicant AG diese Zusage, damit sie in der Startphase eine stabile Kundenbasis aufbauen kann.

6. Folgerung für die Frage der konzernmässigen Einbindung der radicant AG in den BLKB-Konzern

- 94 Im Ergebnis der Analyse wird deutlich, dass die radicant AG zwar insbesondere aufgrund der finanzmarktrechtlichen Rahmenbedingungen und ihrer Konstituierung als selbständige juristische Person in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft mit eigenem Zweck, Sondervermögen und Gläubigerkreis eine eigenständig am Markt auftretende Bank ist. Gestützt auf die kapital- und stimmenmässige 100%-Beherrschung durch die BLKB, personelle Verflechtungen (Mitgliedschaft des Verwaltungsratspräsidenten der radicant AG auch im Bankrat der BLKB), die Integration der BLKB Führungsorgane in die Organisations- und Geschäftsordnung und Kompetenzordnung der radicant AG sowie verschiedene vertragliche Dienstleistungs- und Kreditvereinbarungen mit der BLKB ist die radicant jedoch in den BLKB-Konzern eingebunden.
- 95 Die radicant AG ist in Bezug auf die Führungsorganisation in einer gewissen Annäherung an das sogenannte «Einordnungskonzept» zwar *in den BLKB-Konzern integriert*, indem sie hinsichtlich gewisser Kernfunktionen der Unternehmensführung der einheitlichen Konzernleitung der BLKB untersteht, doch hat sie *ihre Entscheidungsautonomie und ihren eigenständigen Marktauftritt auf Stufe Einzelinstitut nicht aufgegeben* und ist damit eher als Teil des BLKB-Konzerns im Sinne des konzernrechtlichen «Aushandlungskonzepts» aufzufassen.
- 96 Auch für die Zwecke der *Rechnungslegung* ist die radicant AG aufgrund der 100%-Beteiligung der BLKB an der radicant AG (sowie der bestehenden Verträge zwischen der BLKB und der radicant AG) als *Konzern im Sinne von Art. 963 OR* zu qualifizieren und wird – wenn der Vorbehalt der

Wesentlichkeit nicht mehr greift, indem die radicant nach der Aufbauphase dann auch entsprechende operative Ergebnisse erzielt – voraussichtlich auch zum Konsolidierungskreis der BLKB gehören.

- 97 In einem nächsten Schritt ist nun zu untersuchen, was diese Erkenntnisse für die Frage der Haftung der BLKB für die Verbindlichkeiten der radicant AG bedeuten.

IV. Haftung der BLKB für die Verbindlichkeiten der radicant AG

A. Zivilrechtliche Grundlagen der Haftung der BLKB gegenüber Dritten

- 98 Die BLKB untersteht als aus der Zentralverwaltung des Kantons Basel-Landschaft ausgegliederte selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt und Kantonalkbank im Sinne von Art. 3a BankG nicht nur dem Bankenrecht und Finanzmarktaufsichtsrecht des Bundes, sondern auch kantonalem Recht. Die rechtlichen Rahmenbedingungen der BLKB sind namentlich im *Kantonalkbankgesetz* vom 24. Juni 2004 (KBG BL) sowie im Gesetz über die Beteiligungen (Public Corporate Governance, PCGG) vom 15. Juni 2017 geregelt.
- 99 Das Gesetz über die Haftung des Kantons und der Gemeinden (Haftungsgesetz) vom 24. April 2008 ist auf die BLKB nicht anwendbar. Gemäss § 1 Abs. 1 gilt die BLKB ausdrücklich nicht als «Staat» im Sinne des Haftungsgesetzes. Gemäss § 2 Abs. 2 Haftungsgesetz sind ferner die *Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts* anzuwenden, soweit das Haftungsgesetz keine eigene Regelung trifft. Die *Haftung der BLKB gegenüber Dritten* richtet sich somit *nach den Vorschriften des Zivilrechts*.
- 100 Ist nun die Frage der Haftung der BLKB für die Verbindlichkeiten der als privatrechtliche Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 ff. OR konstituierten radicant AG zu beurteilen, so ist auf die einschlägigen *zivilrechtlichen Haftungsgrundsätze und –tatbestände* abzustellen.

B. Konzernhaftungstatbestände im Überblick

- 101 Im Überblick kommen für die Haftung der BLKB als Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der radicant AG als ihrer Tochtergesellschaft im Wesentlichen die folgenden Tatbestände in Frage:
- (i) Haftungsrechtlicher «Durchgriff» auf die BLKB als Muttergesellschaft der radicant AG;
 - (ii) Haftung der BLKB als «faktisches Organ» der radicant AG;
 - (iii) Haftung der BLKB für *unerlaubte Handlungen* infolge Doppelorganschaft;
 - (iv) Haftung der BLKB aus *Konzernvertrauen*;
 - (v) «Faktischer Beistandszwang» der BLKB als Muttergesellschaft der radicant AG;

(vi) Haftung der BLKB aus *Verträgen* mit der radicant AG.

C. «Durchgriff» auf die BLKB als Aktionärin der von ihr kontrollierten radicant AG

1. Grundsatz: Keine Haftung aufgrund der Aktionärsstellung

102 Das Aktienrecht macht an sich eine klare Trennung zwischen der Aktiengesellschaft als selbständiger juristischer Person und ihren Aktionären. Grundlage des *Trennungsprinzips* bildet Art. 620 OR, welcher besagt:³⁰

«Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet und haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich.»

103 Solange die BLKB also ausschliesslich ihre Rechte als Aktionärin der radicant AG wahrnehmen würde, könnten ihr grundsätzlich nur die Pflichten eines Aktionärs (Liberierungspflicht und gegebenenfalls Rückerstattungspflicht bei ungerechtfertigten Gewinnentnahmen gemäss Art. 678 OR) auferlegt werden.

104 Das Schweizer Aktienrecht kennt *keine Haftung des Allein- oder Mehrheitsaktionärs*, sei er eine natürliche oder eine juristische Person bzw. eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt. Die Stellung als Aktionär mit einer wesentlichen Beteiligung begründet für sich keine Haftung. Das ist in der Literatur weitgehend unbestritten.³¹

105 Der Grundsatz der Trennung zwischen der Aktiengesellschaft als selbständiger juristischer Person mit einem Sondervermögen und eigenem Haftungssubstrat einerseits und ihren Aktionären bzw. ihrer Muttergesellschaft andererseits wird *im Konzern* in mehrfacher Hinsicht relativiert, soweit dies unter haftungsrechtlichen Prinzipien angezeigt ist.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen und Praxis zur «Durchgriffshaftung»

106 Geht das Schalten und Walten der Konzernleitung auf der Ebene der Konzernuntergesellschaft sehr weit, so erscheint die Berufung der Muttergesellschaft auf die Selbständigkeit der Tochtergesellschaft als *rechtsmissbräuchlich* und die Gerichte können sich ausnahmsweise über den sonst universell geltenden Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaft hinwegsetzen. Die formalrechtliche Selbständigkeit der juristischen Person wird ausgeblendet und stattdessen wird auf die wirtschaftliche Realität abgestellt, d.h. es wird durch die Rechtsperson der Aktiengesellschaft hindurch auf die dahinter stehende Muttergesellschaft gegriffen. Der «*Durchgriff*» bedeutet, dass die formalrechtliche Selbständigkeit einer juristischen Person ausgeblendet und

³⁰ Christoph B. Bühler (2018) 992.

³¹ Vgl. Peter Böckli (2009) § 11 N 455; Karl Hofstetter (1995) 177 ff.; Lukas Handschin (1994) 184; Andreas von Planta (1981) 82 ff.

stattdessen auf die wirtschaftliche Realität abgestellt wird. Der «Schleier» der juristischen Person wird durchstossen («*piercing the corporate veil*»),³² und der Kläger vermag durch die Rechtsperson der Aktiengesellschaft hindurch auf den dahinter stehenden Allein- oder Hauptaktionär zu greifen.³³ Dies kann nach der Praxis etwa der Fall sein, wenn einer der folgenden Umstände vorliegt:

- (i) *Vermögensvermischung zwischen Tochter- und Muttergesellschaft*: Indem die Mutter z.B. das Vermögen nicht getrennt verwaltet oder Zahlungen an die Tochter sich aneignet.
- (ii) *Unterkapitalisierung*: Wenn die Tochter keine lebensfähige Gesellschaft ist. Spezialfall bilden (hinreichende) Darlehen der Mutter an die Tochter bei geringem Eigenkapital. Im Konkursfall wird u.U. zwar ein Durchgriff verneint, die Darlehen werden aber nicht als Schulden, sondern als Eigenkapital behandelt.
- (iii) *Missachtung der rechtlichen Selbständigkeit der Tochtergesellschaft*: Es werden z.B. nie Verwaltungsratssitzungen abgehalten und auch keine eigene Erfolgsrechnung oder Bilanz für die Tochter erstellt.³⁴

107 Mit dem «*Durchgriff*» kann der Haupt- oder Alleinaktionär in solchen Fällen gegenüber den Gläubigern respektive Minderheitsaktionären der Gesellschaft unter Umständen direkt haftbar gemacht werden.³⁵

108 Umgekehrt steht fest: eine bestehende Beherrschung allein genügt nicht für die Begründung eines Durchgriffs. Auch wenn die Gesellschaft eine Allein- oder Mehrheitsaktionärin hat, wird die Gesellschaft weiterhin grundsätzlich durch ihren eigenen Verwaltungsrat verwaltet, und dieser bleibt für die Geschäftsführung verantwortlich. Echte Durchgriffsfälle sind in der Gerichtspraxis denn auch äusserst selten.³⁶

109 Die Rechtsprechung zum Durchgriff im eigentlichen Sinne ist sehr dünn gesät. Aus den wenigen, teilweise älteren Entscheidungen ist abzuleiten, dass die Gerichte ein Durchgriffsbegehren grundsätzlich nur dann zulassen, wenn die rechtliche Trennung *zum Zwecke der Schädigung Dritter* in ihren schutzwürdigen Interessen herbeigeführt oder angerufen wird und wenn keine ebenfalls schutzwürdigen Interessen anderer die Anerkennung der Trennung fordern.³⁷ Beim Durchgriff geht es also letztlich um eine Frage der Interessenabwägung *in krassen Missbrauchssituationen*. Es muss in jedem einzelnen Fall aufgrund der konkreten Umstände geprüft und beurteilt werden,

³² Vgl. Roth/Kindler (2013) 66 ff.

³³ Vgl. BGE 120 II 331; Kristina Kuzmic (1998) 97 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (2018) § 2 N. 43 ff.; Carl Baudenbacher, BSK (2016) Vorbem. zu Art. 620 N. 23; Peter Böckli (2009) § 1 N. 14; § 11 N. 456 ff.

³⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.275/2002 vom 3. Juli 2003, E. 1.4; BGE 71 II 275 ff.

³⁵ Vgl. Kristina Kuzmic (1998) 97 ff.; BGE vom 11. Juni 1992, zit. bei Druey/Vogel (1999) 77 f.

³⁶ Christoph B. Bühler (2018) 994.

³⁷ BGE 137 III 550; 130 III 495; 120 II 331; 113 II 31.

ob mit der Verwendung der Aktiengesellschaft und der damit verbundenen Trennung ausschliesslich oder doch ganz überwiegend der Zweck verfolgt wird, Drittinteressen zu schädigen.³⁸

- 110 Überdies kann es zu einem eigentlichen «Durchgriff» praktisch nur kommen, wenn die Gesellschaft *in Konkurs* fällt und sich herausstellt, dass die Alleinaktionärin die Gesellschaft geradezu als eigenständige juristische Person ignoriert hat³⁹. Der direkte Durchgriff auf die hinter einer juristischen Person stehende Aktionärin bleibt somit im Rechtsalltag die grosse Ausnahme.⁴⁰

3. Beurteilung des Risikos einer «Durchgriffshaftung» im Falle der BLKB

- 111 Ob die Voraussetzungen für einen Haftungsdurchgriff auf die BLKB allenfalls erfüllt wären, lässt sich nicht *ex ante* beurteilen, sondern könnte letztlich nur anhand der konkreten Umstände im Falle eines Konkurses der radicant AG beurteilt werden. Vorliegend bestehen derzeit im Verhältnis zwischen der BLKB und der radicant AG an sich keine Anhaltspunkte, welche die Berufung der BLKB auf die rechtliche Selbständigkeit der radicant AG als *krass rechtsmissbräuchlich* erscheinen lassen würden. Die radicant AG tritt grundsätzlich eigenständig im Markt auf, verfügt über ein eigenes Sondervermögen mit separatem Gläubigerkreis, und es findet – soweit ersichtlich – keine Vermögensvermischung zwischen den beiden Bankinstituten statt. Es besteht zwar eine Kreditvereinbarung zwischen der BLKB und der radicant AG, doch sollen die zur Verfügung gestellten Mittel in der Aufbauphase der radicant AG einzig dem Zweck der Einhaltung der Bestimmungen über die privilegierten Einlagen gemäss Art. 37a Abs. 6 BankG unter Ausschluss einer Überwachungsverpflichtung seitens der BLKB dienen. Die Eigenständigkeit der radicant AG ist in dieser Startphase immerhin insoweit eingeschränkt, als diese zumindest per 31. Dezember 2021 noch nicht operativ war und daher im Wesentlichen nur aus Eigenkapital und Investitionskosten bestand. Dies dürfte sich jedoch im Zuge der Weiterentwicklung der radicant AG gemäss Unternehmenszweck ändern.
- 112 Die radicant AG ist auch weit davon entfernt, quasi wie eine «inkorporierte Betriebsabteilung» der BLKB geführt zu werden.⁴¹ Einzig die *Integration der BLKB in die Führungsorganisation und Kompetenzabgrenzung der radicant AG, die Doppelorganschaft des Verwaltungsratspräsidenten sowie die vertraglich vereinbarten «Shares Services»* laufen der Eigenständigkeit der radicant AG in gewisser Weise entgegen. Die radicant AG verfügt auf Stufe Einzelinstitut jedoch durchaus über eigene Organe und führt eigenständig Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen durch. Der Verwaltungsrat der radicant AG ist auch mehrheitlich aus unabhängigen Mitgliedern zusammengesetzt, die nicht zugleich eine Organfunktion bei der BLKB haben. Das Risiko einer

³⁸ Siehe auch *Eric Homburger* (1971) 253 f. m.w.H.; *Peter Böckli* (2009) § 1 N. 14.

³⁹ Vgl. *Peter Böckli* (2009) § 11 N. 457; *Tercier/Stoffel* (1993) 308.

⁴⁰ *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (2018) § 2 N. 47.

⁴¹ Vgl. zu diesem Begriff *Peter Böckli* (2009), § 11 N. 336 ff.

echten Durchgriffshaftung der BLKB für die Schulden der radicant AG ist somit unter Vorbehalt von krassen Missbrauchstatbeständen im konkreten Einzelfall als *relativ gering* einzustufen.

D. Haftung der BLKB als «faktisches Organ» der radicant AG

1. Rechtliche Rahmenbedingungen und Praxis zur Haftung aus faktischer Organhaftung

a) Allgemeine Voraussetzungen der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

113 Da die radicant AG dem Bankengesetz unterstellt ist, bildet dieses auch den Ausgangspunkt für eine mögliche Haftung ihrer Organe. Einschlägig ist Art. 39 Abs. 1 BankG:

«Die Verantwortlichkeit der Gründer einer Bank, der Organe für die Geschäftsführung, Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle sowie der von der Bank ernannten Liquidatoren und Prüfgesellschaften richtet sich nach den Bestimmungen des Aktienrechts.⁴²»

114 Art. 39 Abs. 1 BankG verweist hinsichtlich der Organhaftung mithin vollumfänglich auf die Bestimmungen über die *aktienrechtliche Verantwortlichkeit gemäss Art. 752 ff. OR*. Die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 752 ff. OR setzt eine *schuldhaft*e Pflichtverletzung eines Organmitglieds voraus, die zu einem Schaden führt, wobei zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem eingetretenen Schaden ein sog. *adäquater Kausalzusammenhang* bestehen muss.⁴³

115 Praktisch von besonderer Bedeutung und in den meisten Fällen auch haftungsauslösend ist eine *Pflichtwidrigkeit*, namentlich eine Verletzung der Pflicht zur getreuen und sorgfältigen Geschäftsführung. Eine solche liegt nach der sogenannten «*Business Judgment Rule*» nicht bereits vor, wenn sich ein Entscheid des Verwaltungsrates im Nachhinein als Fehler erwiesen hat. Wer zeigen kann, dass er sich im Rahmen des Willensbildungsprozesses sorgfältig und gewissenhaft um die Ausarbeitung der Grundlagen des Entscheids, den Entscheid selbst und dessen Umsetzung bemüht hat, wird in seinem Ermessen nach der Praxis der Gerichte grundsätzlich geschützt, selbst wenn sich dieser Entscheid nachträglich als falsch oder nachteilig für das Unternehmen herausstellt.⁴⁴

116 Bei einer befugten Delegation der Geschäftsführung an andere Personen haftet das delegierende Organ nur insoweit, als *Auswahl, Instruktion oder Überwachung* mangelhaft waren.⁴⁵ Sind die

⁴² Art. 752-760 des Obligationenrechts.

⁴³ *Sethe/Andreotti* (2016) 138 ff.; *Gericke/Waller*, BSK (2016) Art. 754 N. 1 ff.; *Peter Böckli* (2009) § 18 N. 112 ff.; *Christoph B. Bühler* (2016) 74 f.; *ders.* (2018) 994 f.

⁴⁴ *Gericke/Waller*, BSK (2016) Art. 754 N. 31 f.; *dies.* (2014) 290; *Vogt/Bänziger* (2012) 607 ff.; *Christoph B. Bühler* (2020) 29 ff.; *ders.* (2018) 994 f.; BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1; BGE 139 III 26.

⁴⁵ Art. 754 Abs. 2 OR; vgl. *Gericke/Waller*, BSK (2016) Art. 754 N. 36 ff. m.w.H.

Haftungsvoraussetzungen erfüllt, haften nach Art. 759 Abs. 1 OR alle Verantwortlichen für den Gesamtschaden *solidarisch*, soweit ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens auch persönlich zurechenbar ist.⁴⁶

b) Begriff der «faktischen Organschaft»

117 Nach Lehre und Praxis sind der Organhaftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nicht nur formelle Funktionsträger unterworfen, sondern – als sogenannte «*faktische Organe*» – im Bereich ihres konkreten Tätigwerdens auch Personen, «die Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder welche die eigentliche Geschäftsführung besorgen».⁴⁷ Zu beurteilen ist hier also nicht die Verantwortlichkeit der *formell* gewählten und im Handelsregister als solche eingetragenen Organmitglieder der radicant AG, sondern vielmehr der Fall, in dem die *BLKB* als juristische Person in ihrer Rolle als Muttergesellschaft der radicant AG als sogenanntes «*faktisches Organ*» ihrer Tochtergesellschaft betrachtet wird und dann aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR eingeklagt wird. Dies kann zutreffen, wenn sie wie ein formelles Organ leitend in den Zuständigkeitsbereich der Tochtergesellschaft hineinwirkt. Die Botschaft über die Revision des geltenden Aktienrechts vom 23. Februar 1983 definierte die «faktische Organschaft» wie folgt:⁴⁸

«Als faktisches Organ [gilt] der Hauptaktionär, der sich in die Geschäftsführung einmischt, der Treugeber oder Hintermann, der dem fiduziarischen Verwaltungsrat Weisungen erteilt, alle stillen und verdeckten Verwaltungsräte, alle verborgenen Direktoren sowie jedermann, der, ohne gewählt oder besonders bezeichnet zu sein, dauernd und selbständig für die Gesellschaft und ihr Unternehmen wichtige Entscheide fällt.»

118 Die Praxis der Gerichte hat sich entlang diesen Leitlinien in den letzten Jahren gefestigt und geklärt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts sind faktische Organe Personen, die tatsächlichen Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft *massgeblich mitbestimmen*.⁴⁹ Als Beeinflussung in diesem Sinne gilt jedoch *nicht* ein Verhalten, das sich im Wesentlichen auf die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte *in der Generalversammlung* beschränkt. Auch der Aktionär, der sich durch Abschluss eines Vertrages ein Weisungsrecht über einen anderen Aktionär verschafft, bleibt auf der Ebene und in der Rolle der Aktionäre und wird nicht zum faktischen Organ. Der Begriff bezieht sich vielmehr auf die gezielte *Einmischung* der Hauptaktionäre in Angelegenheiten der Geschäftsführung *ausserhalb* der Generalversammlung.⁵⁰

⁴⁶ Rolf Sethe (2010) 302 ff.; Böckli/Bühler (2008) 238 ff.

⁴⁷ Vgl. BGE 112 II 185.

⁴⁸ Bundesrat (1983) 935, Ziff. 361.

⁴⁹ BGE 107 II 349, 353 ff.; BGE 117 II 432, 442; BGE 122 III 225, 227; BGE 124 III 418, 420/21; BGE 128 III 92, 93 f. und BGE 132 III 523 ff.

⁵⁰ Vgl. Böckli/Bühler (2005) 115; dies. (2009) 23 ff.; Xavier Oulevey (2008) 325; Christoph B. Bühler (2018) 996.

119 Überdies ist heute allgemein anerkannt, dass nicht jede Tätigkeit im weiteren Bereich der Geschäftsführung unter dem Gesichtspunkt der faktischen Organschaft schon kritisch ist. Nur wer an *Entscheidungen der Exekutive* in einer Weise mitwirkt, die wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgeht, kann faktisches Organ sein. Es geht um ein «*organtypisches*» Verhalten⁵¹ und, nach mehrfacher Präzisierung des Bundesgerichts, um ein *dauerndes* Verhalten.⁵²

c) Juristische Person als «faktisches Organ»?

120 Wirkt ein Aktionär in einer Art, die für ein Organ typisch ist, in die Geschäfte der beherrschten Gesellschaft hinein, so wird er zu deren faktischem Organ. Er haftet in diesem Fall sowohl der Gesellschaft wie deren Gläubigern nach Art. 754 OR bei schuldhafter Verletzung ihrer Pflichten. Dies bedeutet, dass die Verantwortlichkeit des Art. 754 OR den Aktionär so trifft, wie wenn er dem Verwaltungsrat der beherrschten Gesellschaft angehören würde.⁵³ Diese Rechtsauffassung wird heute zwar von der grossen Mehrheit der Autoren geteilt,⁵⁴ jedoch wird ihr vereinzelt entgegengehalten, gemäss Art. 707 Abs. 3 OR könnten nur *natürliche Personen* dem Verwaltungsrat angehören.⁵⁵ Diesem Einwand ist zu entgegnen, dass bei der Revision des Aktienrechts Art. 754 OR so geändert wurde, dass er unmittelbar auf «*alle mit der Geschäftsführung befassten Personen*» anwendbar wird, womit die faktischen Organe in die aktienrechtliche Verantwortlichkeit einbezogen werden sollten. Hat ein Aktionär die faktische Geschäftsführung übernommen, kann er sich nicht mit dem Argument der Haftung gemäss Art. 754 OR entziehen, er hätte, wenn er sich formell zur Wahl in den Verwaltungsrat gemeldet hätte, nach Art. 707 Abs. 3 OR als solche nicht gewählt werden können, weil er keine natürliche Person sei. Das Bundesgericht hat inzwischen denn auch bestätigt, dass eine juristische Person faktisches Organ sein kann.

121 Art. 707 Abs. 3 OR bestimmt:

«Ist an der Gesellschaft eine juristische Person [...] beteiligt, so ist sie als solche nicht als Mitglied des Verwaltungsrates wählbar, dagegen können an ihrer Stelle ihre Vertreter gewählt werden.»

122 Ob eine Person *explizit* als Vertreter der BLKB gewählt wird (offene Vertretung), oder ob die Wahl ohne Offenlegung der Beziehung zur BLKB erfolgt (verdeckte Vertretung), ist dabei irrelevant.⁵⁶ Entscheidend für die faktische Organschaft sind die Tatsachen (Faktizitätsprinzip), nicht das, was

⁵¹ Begriff geprägt von *Peter Forstmoser* (1982) 125 ff.

⁵² BGE 114 V 213, 217; 128 III 29, 31; 128 III 92, 95.

⁵³ vgl. BGE 4C. 214.2001, Erw. 3a vom 29. Oktober 2001, Erw. 3a; *Böckli/Bühler* (2005) 108; *Andreas von Planta* (1981) 83.

⁵⁴ Vgl. u.a. *Karl Hofstetter* (1995) 194; *Alexander Vogel* (1997) 349 ff.; *Georg Krneta* (2005) N. 150; *Wernli/Rizzi*, BSK (2016) Art. 707 N. 40.

⁵⁵ So vor allem *Roland von Büren* (2005) 207; *Hans Caspar von der Crone* (2020) § 28 Rz. 2127.

⁵⁶ Nicht unumstritten, vgl. *Forstmoser/Jaag* (2000) 55.

gesagt wird. In beiden Fällen haftet die entsandte Person selbst stets *persönlich*. Ob die verantwortliche Person der Muttergesellschaft gegenüber allenfalls ein Recht auf Schadloshaltung hat oder nicht, richtet sich nach dem internen Verhältnis zwischen dem betreffenden Verwaltungsratsmitglied und der Muttergesellschaft. Es stellt sich jedoch die Frage, ob zu dieser persönlichen Haftung der betreffenden Organmitglieder eine solche der BLKB aufgrund einer faktischen Organschaft *hinzukommt*.

d) Haftung aus faktischer Organschaft im Konzern

123 Gerade in typischen Konzernen, in welchen die Obergesellschaft einen Leitungsanspruch hat und die einheitliche Konzernleitung wahrnimmt, ist die faktische Organschaft durchaus eine häufige Konstellation. Voraussetzung dieser konzernrechtlichen Haftung ist, dass die Muttergesellschaft bei ihrer organtypischen Leitungstätigkeit in der Tochtergesellschaft *pflichtwidrig* gehandelt und dadurch Schaden verursacht hat. Haftungsauslösend kann in dieser Situation die Kombination zweier Elemente sein:⁵⁷

- (i) eine bestimmte Art der *leitenden Willensbetätigung*, die als faktische Organschaft qualifiziert werden muss (z.B. Konzernweisung), und dazu
- (ii) eine *Rechtswidrigkeit*: Unsorgfalt oder eine andere relevante Pflichtverletzung in der Geschäftsführung.

124 Eine faktische Organschaft kann namentlich daraus abgeleitet werden, dass die Muttergesellschaft ihre «Vertreter» im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft einem *Mandatsvertrag* unterstellt und diesen wiederholt oder dauernd konkrete *Weisungen* erteilt. Dadurch benimmt sich die Muttergesellschaft organtypisch und wird grundsätzlich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR unterworfen. Sie kann dann – soweit auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen (Verschulden, Pflichtwidrigkeit, Kausalität, Schaden) erfüllt sind – *solidarisch* mit den Leitungsorganen der Tochtergesellschaft für Schaden, der im unteren Konzernbereich angerichtet wird, haftbar werden.⁵⁸

125 Aus prozessrechtlichen Gründen sind einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage gegen die Muttergesellschaft für die Schulden der von ihr beherrschten Tochtergesellschaft allerdings relativ enge Grenzen gesetzt. Ausserhalb des Konkurses sind praktisch nur allfällige *ausserstehende Minderheitsaktionäre* zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Gesellschaft aktivlegitimiert. Solange die Gesellschaft aufrecht steht, fallen nach der festen Recht-

⁵⁷ Christoph B. Bühler (2018) 996.

⁵⁸ Vgl. zu den Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen Harald Bärtschi (2001) § 10 ff.; Stefan Hasenböhler (2003) § 5; Böckli/Bühler (2009) 25 f.; Peter Böckli (2009) § 18 N. 359 ff.; Gericke/Waller, BSK (2016) Art. 754 N. 13 ff.

sprechung des Bundesgerichts die Gläubiger als Geschädigte ausser Betracht, da ja ihre Forderungen durch Aktiven gedeckt sind; sie sind daher gar nicht geschädigt.⁵⁹ Im Konkurs kann demgegenüber die Konkursverwaltung die Verantwortlichkeitsansprüche auch der indirekt geschädigten Gläubiger gegen die Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft einklagen.⁶⁰

2. Beurteilung des Risikos einer Haftung der BLKB aus «faktischer Organschaft»

a) «Faktische Organschaft» der BLKB in Bezug auf die radicant AG

126 Im vorliegenden Fall hat die Analyse ergeben, dass die BLKB in Bezug auf die radicant AG durchaus gewisse *Leitungsfunktionen wahrnimmt* und sich nicht nur auf die Wahrnehmung der ihr als Aktionärin in der Generalversammlung der BLKB zustehenden Kompetenzen (Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle, Beschlussfassung über die Gewinnverteilung, Genehmigung der Jahresrechnung etc.) beschränkt.

127 Die BLKB nimmt die «*einheitliche Konzernleitung*» im Sinne des massgeblichen Konzernbegriffs, wie dargelegt, teils durch eine Doppelorganschaft im Bankrat der BLKB und dem Verwaltungsrat der radicant AG wahr und die Führungsorgane der BLKB sind in die Organisation und Kompetenzabgrenzung der radicant AG integriert. Gewisse zentrale Dienste (Buchhaltung, interne Revision, Risikomanagement, Legal & Compliance etc.) werden auf vertraglicher Basis nach dem «Shared Services»-Konzept auch für die radicant AG von der BLKB wahrgenommen. Dies bedeutet, dass die *formellen Organmitglieder* der BLKB, welche im Rahmen der Kompetenzordnung der radicant AG gewisse Führungsaufgaben oder Dienstleistungen gemäss den vertraglich vereinbarten «Shares Services» wahrnehmen, zunächst einmal *persönlich haftbar* sind, soweit in einer konkreten Situation nachgewiesen wird, dass ihr pflichtwidriges Verhalten in einem adäquat kausalen Zusammenhang zu einem bei der radicant AG oder bei einem ihrer Stakeholder eingetretenen Schaden steht. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist *rein persönlich* konzipiert; sie trifft die *handelnde Organperson als solche* und nicht das Organ als Gremium oder die juristische Person, für die sie tätig sind. Die BLKB könnte in dieser Situation nur insoweit selber als juristische Person in die Pflicht genommen werden, als diese mit den betreffenden Organmitgliedern gestützt auf einen Mandatsvertrag eine entsprechende *Schadloshaltungserklärung* abgegeben hätte. Ob vorliegend solche Mandatsverträge bestehen, entzieht sich der Kenntnis des Gutachters.

⁵⁹ BGE 117 II 438; 122 III 146 ff.; 125 III 89 ff.

⁶⁰ Die Aktivlegitimation direkt Geschädigter erlischt praktisch mit der Konkurseröffnung (vgl. BGE 122 III 176 f.; 125 III 86). Auch die Aktionäre verlieren in dieser Situation die Klagebefugnis (vgl. BGE 117 II 439 ff.).

- 128 Es stellt sich hier jedoch die Frage, ob zu dieser persönlichen Haftung der betreffenden Organmitglieder eine *Haftung der BLKB als juristische Person aufgrund einer faktischen Organschaft* hinzukommt.
- 129 Die radicant AG hat, wie erwähnt, nur ein einziges Mitglied im Verwaltungsrat, welches zugleich Mitglied im obersten Führungsorgan der BLKB ist, nämlich der Präsident des Verwaltungsrates. Ob der betreffende BLKB-«Vertreter» im Verwaltungsrat der radicant AG auch über einen schriftlichen Mandatsvertrag verfügt oder von Seiten der BLKB auch konkrete Weisungen erhält, ist dem Unterzeichneten nicht bekannt.
- 130 Nach dem herrschenden Meinungsstand und der Auffassung des Unterzeichneten gibt es nach Schweizer Recht zunächst einmal *keine faktische Organschaft kraft Entsendung allein*. Es gab früher zwar Stimmen, welche dafür hielten, dass bereits der Vorschlag zur Wahl eines Vertreters in den Verwaltungsrat so zu verstehen wäre.⁶¹ Seither wird ein solches Verständnis der Situation aber abgelehnt.⁶² Die Haftung der entsendenden Gesellschaft tritt erst ein, sobald diese sich in der anderen Gesellschaft auch «organtypisch» verhält, d.h. wenn sie durch den «Entsandten» - manifestiert durch die Art seines *tatsächlichen Wirkens* – so handelt, wie wenn sie selber im Verwaltungsrat sitzen würde, und diese Prärogative erkennbar für sich in Anspruch nimmt.⁶³ Soweit die BLKB tatsächlich Weisungen an «ihre» Organmitglieder im Verwaltungsrat der radicant AG erteilt, übt die BLKB über die betreffenden Verwaltungsratsmitglieder als ihren «Vertretern» im Verwaltungsrat der radicant AG einen bestimmenden Einfluss aus und wäre als faktisches Organ anzusehen.
- 131 Soweit jedoch *keine rechtlich durchsetzbare Weisungsgebundenheit* der betreffenden «Vertreter» der BLKB im Verwaltungsrat der radicant AG besteht und die betreffende Mehrheit im Verwaltungsrat *tatsächlich* auch nicht nach den Weisungen ihres Entsenders handelt, sondern vielmehr ihre Kompetenzen *eigenverantwortlich* und, wohl auch unter Berücksichtigung des übergeordneten Konzerninteresses, jedoch vorrangig unter Berücksichtigung der Interessen der radicant AG wahrnehmen, übt die BLKB über die betreffenden Verwaltungsratsmitglieder, die im Sinne von Art. 707 Abs. 3 OR als deren «Vertreter» tätig sind, auch keinen (im Sinne der faktischen Organschaft) entscheidenden Einfluss aus.
- 132 Welche dieser beiden Varianten hier zutreffend ist, lässt sich aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht abschliessend beurteilen. Die blossen *Möglichkeit* der Einflussnahme begründet für sich alleine jedenfalls noch keine faktische Organstellung und damit keinen Grund für eine direkte Verantwortlichkeit der BLKB. Solange die BLKB als Mehrheitsaktionärin sich darauf beschränkt,

⁶¹ Emil Schucany (1960) Art. 695 N. 2; Michael Stämpfli (1991) 95 ff.

⁶² Vgl. Forstmoser/Jaag (2000) 54; Peter Böckli (2009) § 12 N. 438 f. und § 18 N. 143; Wernli/Rizzi, BSK (2016) Art. 707 N. 40.

⁶³ Vgl. Wernli/Rizzi, BSK (2016) Art. 707 N. 40 f.

ihre Aktionärsrechte auszuüben, ist deren aktienrechtliche Verantwortlichkeit sicherlich abzulehnen.⁶⁴

- 133 Im Ergebnis wird die BLKB somit nach den erwähnten Überlegungen immer dann haftbar, wenn sie über ihre «Vertreter» (d.h. derzeit über den Verwaltungsratspräsidenten) im Verwaltungsrat der radicant AG tatsächlich an der Willensbildung der radicant AG teilnimmt und korporative Aufgaben erfüllt. Dies ist der Fall, sobald sie sich in der radicant AG **organtypisch** verhält, indem sie durch ihre «Vertreter» so handelt, wie ein echtes Organmitglied handeln würde. Konkret bedeutet dies:
- Die BLKB wird – neben der abgeordneten Person (Verwaltungsratspräsident der radicant AG) – haftbar, wenn sie sich gegenüber ihrem Vertreter ein *Weisungsrecht vorbehalten* hat und dieses auch tatsächlich in einer Weise ausübt, die diese Person letztlich zu einem verlängerten Arm der BLKB macht.
 - Übt die BLKB das gegenüber ihren «Vertretern» allenfalls vorbehaltene Weisungsrecht nicht aus, trifft die BLKB unter Umständen keine Haftung, fehlt es doch an einer *tatsächlichen Einflussnahme* und damit an einer faktischen Organstellung.
 - Wird ein «Vertreter» mit dem allgemeinen Auftrag gewählt, die Interessen des BLKB-Konzern angemessen zu wahren und im Rahmen der Zielsetzungen und Interessen der Aktiengesellschaft zu berücksichtigen, so besteht keine direkte Verantwortlichkeit. Die Weisung ist so zu verstehen, dass das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied den im Rahmen des *doppelten Pflichtenexus* bestehenden Spielraum ausnützen und in diesem Rahmen das Konzerninteresse wahrnehmen soll.⁶⁵
 - Keine Haftungsgrundlage besteht ausserdem, wenn ein Vertreter gewählt wird, *ohne* dass ihm für die Amtsausübung irgendwelche *Auflagen* gemacht werden.
- 134 Schliesslich ist im Auge zu behalten, dass die hier dargelegte Haftungsgrundlage bei organtypischem Verhalten nicht etwa dazu führt, dass die BLKB schlicht zur Solidarbürgin oder Garantin für die Schulden der von ihr kontrollierten radicant AG wird. Die BLKB würde nur insoweit haften, als ihr – als faktischer Geschäftsführerin – spezifische *Pflichtwidrigkeiten* in dieser von ihr usurpierten Rolle nachgewiesen werden könnten, und diese Pflichtverstösse *adäquat kausal* einen bestimmten, dem Gericht nachgewiesenen *Schaden* verursacht hätten. Es geht um eine Haftung für pflichtwidrige Geschäftsführung, nicht um eine generelle Solidarhaftung für die Schulden der von der BLKB beherrschten radicant AG.

⁶⁴ Vgl. Chammartin/von der Crone (2005) 332; Xavier Oulevey (2008) 325, 373; Gericke/Waller, BSK (2016) Art. 754 N. 7.

⁶⁵ Vgl. Forstmoser/Jaag (2000) 54.

b) Aktivlegitimation einer Verantwortlichkeitsklage gegen die BLKB als faktisches Organ der radicant AG

135 Gemäss Art. 754 OR sind die betroffene *Aktiengesellschaft*, deren *Aktionäre* sowie die *Gesellschaftsgläubiger* beim Vorliegen der vorerwähnten Haftungsvoraussetzungen zum Erheben einer Verantwortlichkeitsklage berechtigt. Die Klagebefugnisse (Aktivlegitimation) für die Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage sind unterschiedlich geregelt, je nach dem

- ob die Klage sich gegen die Aktiengesellschaft *im Konkurs* oder *ausserhalb des Konkurses* richtet;
- ob der Kläger sich *direkt geschädigt* sieht oder seinen Ersatzanspruch daraus ableitet, dass der Beklagte durch seine Pflichtverletzung das Gesellschaftsvermögen vermindert und dadurch *indirekt* den Kläger geschädigt hat, und
- ob der Kläger als *Aktionär* oder als *Gesellschaftsgläubiger* klagt.

(i) *Klage der Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger aus indirekter Schädigung ausserhalb des Konkurses der radicant AG*

136 Ausgangspunkt für die in Art. 756 Abs. 1 OR angesprochene Verantwortlichkeitsklage «*ausser Konkurs*» der radicant AG wäre der Fall, in dem ein oder mehrere Organmitglieder mit ihrer Leitungs- und Aufsichtstätigkeit die radicant AG geschädigt haben. Sie haben ihre gesetzlichen Pflichten schuldhaft verletzt, indem sie etwas gegen diese Pflichten getan oder etwas Pflichtwidriges unterlassen haben. Dadurch haben sie direkt die Gesellschaft in ihrem Vermögen (bzw. dadurch indirekt die Aktionäre, u.a. die BLKB) geschädigt.

137 Ganz offensichtlich hat in dieser Situation die radicant AG als direkt geschädigte juristische Person *selber* einen Anspruch auf Schadenersatz gegen die pflichtvergessenen Personen, die Kraft ihres Amtes eigentlich das Vermögen der Gesellschaft zu schützen haben. Gemäss Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR könnte in einem solchen Fall die Generalversammlung selbst einen Beschluss auf Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen die eigentlichen Organmitglieder fassen. Praktisch klagt aber bei Untätigkeit der Gesellschaft der Aktionär, jedoch ausschliesslich *auf Leistung an die Gesellschaft*. Es handelt sich dann funktional um einen der seltenen Fälle der gesetzlich eingerichteten *Prozessstandschaft*.⁶⁶

138 Was es *nicht* gibt, ist eine Klage des *Aktionärs* gegen die Organmitglieder aus *indirekter* Schädigung *auf Leistung an sich selbst*. Was es aus dogmatischen Gründen ausser Konkurs ebenfalls nicht geben kann, ist eine Klage des Gläubigers aus indirekter Schädigung. Solange die Gesellschaft aufrecht steht, fallen, wie erwähnt, nach der festen Rechtsprechung des Bundesgerichts die

⁶⁶ So auch Harald Bärtschi (2001) 153; Stefan Hasenböhler (2003) 170; Peter Böckli (2009) § 18 N. 226 ff.

Gläubiger als «Geschädigte» ausser Betracht, da ja ihre Forderungen durch Aktiven gedeckt sind; sie sind daher nicht geschädigt.⁶⁷

- 139 Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass die BLKB als Alleinaktionärin weder als direkt noch als indirekt geschädigte Aktionärin – gestützt auf den Tatbestand der faktischen Organschaft – *gegen sich selbst* klagen würde. Selbst wenn man diesfalls die Möglichkeit einer Klage der radicant AG gestützt auf die «*Prozessstandschaft*»⁶⁸ bejahen würde, so wären Verantwortlichkeitsansprüche der radicant AG nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁶⁹ insoweit ausgeschlossen, als die BLKB als Muttergesellschaft der radicant AG eine bestimmte Verhaltensweise als verbindlich angeordnet hat, die dann den haftungsbegründenden Pflichtverstoss des betreffenden Organmitglieds zum Gegenstand hatte («*volenti non fit iniuria*»).
- 140 Ähnlich negativ ist das Ergebnis hinsichtlich einer *eventuellen Klage der Gesellschaftsgläubiger*. Solange die radicant AG aufrecht steht, bleibt auch eine Klage der *Gläubiger* ausgeschlossen, denn deren Forderungen sind ja durch die Gesellschaftsaktiven gedeckt. Solange also die BLKB Alleinaktionärin der radicant AG bleibt, wäre *ausserhalb des Konkurses* somit praktisch *niemand* zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage aus indirekter Schädigung (Schädigung der radicant AG) aktivlegitimiert.

(ii) *Klage eines Aktionärs oder Gesellschaftsgläubigers aus direkter Schädigung ausser Konkurs der radicant AG*

- 141 Aus den hiervor erwähnten Überlegungen kann es ausser Konkurs auch keine Klage des *Gläubigers* aus direkter Schädigung geben. Auch eine *direkte* Klage von Aktionären ausser Konkurs *auf Zahlung an sich selbst* ist kaum denkbar. Praktisch muss der Kläger das Opfer einer «gemeinrechtlichen Tat» sein – oder aber es liegt einer der seltenen Fälle einer Vertrauenshaftung vor.⁷⁰

(iii) *Klage gegen Organmitglieder nach Konkurseröffnung der radicant AG*

- 142 Sobald gegen die radicant AG der Konkurs eröffnet würde, ändert sich die Rechtslage hinsichtlich der Aktivlegitimation zur Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage wie folgt:
- Die *Gläubiger* werden *klageberechtigt*. Sobald die Gesellschaft insolvent wird, sind nicht nur die Aktionäre geschädigt, die ihren Kapitalschutz verlieren, sondern auch die Gesellschaftsgläubiger, deren Forderungen nicht mehr vollständig einbringlich sind;
 - Die *Aktionäre* verlieren die *Klagebefugnis*;⁷¹

⁶⁷ Vgl. BGE 117 II 438; 122 III 146 ff.; 125 III 89 ff.

⁶⁸ Im Sinne von Art. 756 Abs. 1 OR.

⁶⁹ BGE 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999.

⁷⁰ Vgl. *Peter Böckli* (2009) § 18 N. 243 ff.

⁷¹ Vgl. BGE 117 II 439 ff.

- Die Ersatzansprüche fallen in den Topf des «einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit»⁷². Der indirekte Schaden, der den Gläubigern durch die Überschuldung, d.h. die mangelnde Deckung ihrer Forderungen durch verwertbare Aktiven der Gesellschaft, im Konkurs entsteht, wird mit dem Schaden der Gesellschaft identisch erklärt,
- Aktiv legitimiert ist mit dem Konkursdekret ausschliesslich die Konkursverwaltung;
- Die Aktivlegitimation direkt Geschädigter erlischt praktisch mit der Konkurseröffnung.⁷³

143 Damit verbliebe etwa *im Konkurs* der radicant AG für die Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage vor allem noch ein Kreis von Anspruchsberechtigten: *indirekt geschädigte Gläubiger* der radicant AG, deren Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft gegen die BLKB als faktisches Organ der radicant AG von der Konkursverwaltung eingeklagt⁷⁴ werden.

(iv) *Zwischenergebnis zur Beurteilung der Aktivlegitimation*

144 Aus prozessrechtlichen Gründen sind einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage gegen den die BLKB für die Schulden der von ihr beherrschten radicant AG relativ enge Grenzen gesetzt. *Ausserhalb des Konkurses* wären praktisch nur *aussenstehenden Minderheitsaktionäre* zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Gesellschaft aktivlegitimiert. Solange die BLKB Alleinaktionärin der radicant AG bleibt, fällt jedoch auch dieser Kreis der potentiell Klageberechtigten weg. *Im Konkurs* könnte die Konkursverwaltung die Verantwortlichkeitsansprüche der *indirekt geschädigten Gläubiger* gegen die BLKB als faktisches Organ der radicant AG einklagen.

145 Es versteht sich, dass Verantwortlichkeitsansprüche allerdings immer dann besonders hartnäckig verfolgt werden, wenn beim Verantwortlichen selbst oder beim entsendenden Aktionär, wie vorliegend bei der BLKB, aus der Sicht des Klägers ein «*deep pocket*» (viel Geld) vorhanden ist.⁷⁵

E. Haftung der BLKB für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganschaft

1. Rechtliche Rahmenbedingungen und Praxis zur Haftung infolge Doppelorganschaft

146 Entsendet die Muttergesellschaft – wie das nach der Praxis in Konzernen verbreitet ist – zur Gewährleistung der einheitlichen Leitung ihre «Vertreter» in die Verwaltungsräte ihrer Tochtergesellschaften und haben diese «Konzernvertreter» in den Tochtergesellschaften Organstellung, kann nach heutigem Recht grundsätzlich auch die Muttergesellschaft für Pflichtverletzungen

⁷² Vgl. BGE 117 II 432.

⁷³ Vgl. BGE 122 III 176 f.; 125 III 86.

⁷⁴ Oder in seltenen Fällen von den Geschädigten selbst aufgrund von Art. 757 Abs. 2 OR.

⁷⁵ Vgl. auch *Forstmoser/Jaag* (2000) 66.

dieser «entsandten» Verwaltungsräte im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Tochtergesellschaft in die Haftung genommen werden.

- 147 Nach dem herrschenden Meinungsstand in der Lehre begründet zwar, wie erwähnt, die blosser «Entsendung» eines Verwaltungsrates für sich allein noch keine Organstellung des «Entsenders». Zuzolge des Grundsatzes der *Haftung der juristischen Person für widerrechtliche Handlungen ihrer Organpersonen gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 722 OR* haftet die Muttergesellschaft jedoch als juristische Person für die *widerrechtlichen Handlungen* ihres Exekutivorgans in seiner Stellung bei der Tochtergesellschaft.⁷⁶
- 148 Bei der Entsendung eines Verwaltungsrates ist letztlich auf das konkrete Verhältnis zwischen der Muttergesellschaft und dem in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft abgeordneten Verwaltungsratsmitglied abzustellen. Ist der Verwaltungsrat aufgrund eines Arbeits- oder Auftragsverhältnisses gegenüber der Muttergesellschaft rechtlich weisungsgebunden (was an sich im residuellen Kernkompetenzbereich des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft schon heikel wäre), und erteilt die Muttergesellschaft tatsächlich entsprechende Weisungen, übt die Muttergesellschaft über das betreffende Verwaltungsratsmitglied als seinem «Vertreter» im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft in der Regel einen bestimmenden Einfluss aus. Im Grunde handelt es sich dann auch bei diesem Haftungstatbestand um einen Anwendungsfall der Haftung aufgrund faktischer Organschaft.
- 149 Dieses Haftungsrisiko kann sich insbesondere dann verwirklichen, wenn die Existenz der Tochtergesellschaft gefährdet ist oder wenn diese in Konkurs gerät. Personen, die Doppelorgane sind und somit auch in einem doppelten Pflichtenexus (gegenüber der Mutter- und der Tochtergesellschaft) stehen,⁷⁷ können in diesem Fall im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft in die Pflicht genommen werden.

2. Beurteilung des Risikos einer Haftung der BLKB für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganschaft

- 150 Das Risiko einer Haftung der BLKB für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganschaft ist letztlich vergleichbar mit jenem der Haftung aus faktischer Organschaft. Die BLKB haftet somit als juristische Person namentlich dann für die widerrechtlichen Handlungen der von ihr in den Verwaltungsrat der radicant AG entsandten «Vertreter», wenn sie *über diese tatsächlich an der Willensbildung der radicant AG teilnimmt* und korporative Aufgaben erfüllt. In Bezug auf diesen Haftungstatbestand ist namentlich das in Doppelfunktion sowohl im Bankrat der BLKB als auch im

⁷⁶ Vgl. BGE 124 III 299 ff.; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010; *Karl Hofstetter* (1995) 202 ff.; *Peter Böckli* (2009) § 11 N. 470a; *Rolf Watter*, BSK (2016) Art. 722 N. 1 und 10.

⁷⁷ Vgl. zur Theorie des «doppelten Pflichtenexus» *Peter Forstmoser* (1987) N. 697 f.; *Peter Böckli* (2009) § 13 N. 622; *Watter/Roth Pellanda*, BSK (2016) Art. 717 N. 17a; *Georg Krneta* (2005) N. 1885 ff.; *Christoph B. Bühler* (2018) 998; BGer H 217/02 vom 23. Juni 2003, E. 5.2.1.

Verwaltungsrat der radicant AG eingesetzte Mitglied «exponiert», welches dort gleichzeitig als Präsident des Verwaltungsrates amtet.

F. Haftung der BLKB aus «Konzernvertrauen»

1. Rechtliche Rahmenbedingungen und Praxis zur Haftung aus «Konzernvertrauen»

151 Seit dem «Swissair»-Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1995⁷⁸ wird auch die sogenannte «*Haftung aus Konzernvertrauen*» diskutiert.⁷⁹ Danach haftet eine Muttergesellschaft für die Schulden ihrer Tochtergesellschaft, wenn sie gegenüber Dritten zum Ausdruck gebracht hat, dass sie für die betreffenden Schulden ihrer Tochtergesellschaft einsteht, und sich bei diesen Dritten deshalb ein berechtigtes Vertrauen in die Unterstützung durch die Muttergesellschaft bildet. In dem insgesamt doch sehr speziell gelagerten Entscheid «Swissair» ging es darum, dass es die Muttergesellschaft zuliess, dass ihre Tochtergesellschaft in Werbung und Korrespondenz intensiv auf ihre Einbettung in den Konzern und gar ausdrücklich darauf hinwies, dass überall da, wo die Tochtergesellschaft auftrete, auch die Muttergesellschaft «dahinter stehe».

152 Seit dem «Swissair»-Urteil hat sich jedoch der Staub gelegt und das Bundesgericht hat die Praxis zur Vertrauenshaftung in wichtigen Punkten präzisiert und letztlich *eingeschränkt*.⁸⁰ Auch in der Lehre wird inzwischen überwiegend dafür gehalten, dass es im Grunde *keine* eigenständige Rechtsfigur «*Haftung aus Konzernvertrauen*» gibt.⁸¹ Es geht immer um die Frage, ob die Voraussetzungen einer allgemeinen *Vertrauenshaftung* gestützt auf Art. 2 ZGB gegeben sind. Eine solche entsteht zulasten einer Konzernobergesellschaft, wenn die folgenden vom Bundesgericht und der Lehre herausgearbeiteten vier Voraussetzungen alle erfüllt sind:⁸²

- es liegt eine *ein Vertrauen in ein bestimmtes künftiges Verhalten begründende Erklärung der Muttergesellschaft* vor (z.B. Werbetexte, Verwendung des Logos der Muttergesell-

⁷⁸ BGE 120 II 331, bestätigt durch BGE 123 III 231, BGE 124 III 297, BGE 133 III 449 und 134 II 390.

⁷⁹ Roland von Büren (2005) 187 ff.; Alexander Vogel (2002) 632 ff.; Peter Böckli (2009) § 11 N. 475 ff.; Burg/von der Crone (2010) 417 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (2018) § 24 N. 62.

⁸⁰ Vgl. vor allem BGE 124 III 297, wonach der Konzerntatbestand als solcher gegenüber den Personen, die mit einer Untergesellschaft in geschäftliche Beziehungen treten, keine implizite Begründung des Vertrauens in Leistungen der Obergesellschaft erwecken; vgl. auch BGE 133 III 449, wonach das Vertrauen auf eine freiwillige Leistungserbringung nur ganz ausnahmsweise Schutz finden kann, namentlich wenn der Vertragschluss auf Grund bestehender Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft nicht zugemutet werden kann.

⁸¹ Vgl. Peter Loser (2006) N. 983; Jean Nicolas Druey (2005) 1087 f.; Peter Böckli (2009) § 11 N. 478.

⁸² Vgl. insbesondere BGE 124 III 297; von der Crone/Walter (2001) 53 ff.; Jean Nicolas Druey (2005) 1088; Peter Böckli (2009) § 11 N. 477.

schaft in Zusammenhang mit Geschäften der Tochtergesellschaft, Genehmigungsvorbehalte in Verträgen, Patronatserklärungen⁸³ etc.), und diese Erklärung spielte sich in einer «*Sonderverbindung*» zwischen Erklärer und Erklärungsempfänger ab (z.B. Sondierungsgespräche im Hinblick auf einen später nicht zustande gekommenen Vertrag);

- das erweckte Vertrauen ist *schützenswert*;
- die Erklärung der Muttergesellschaft *veranlasst* den Erklärungsempfänger zu einem spezifischen Tun oder Unterlassen, das sich später als schädlich herausstellt;
- die Muttergesellschaft *verletzt* das in sie berechtigterweise gesetzte Vertrauen des Erklärungsempfängers.

153 Nach diesen Grundsätzen begründet weder die Beteiligung der Muttergesellschaft an einer Tochtergesellschaft noch der Umstand, dass diese in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft «Vertreter» entsendet, für sich alleine einen Vertrauenstatbestand. Auch ein blosser Hinweis auf das Bestehen einer Konzernverbindung oder die Initiierung von Vertragsverhandlungen durch die Muttergesellschaft sind nicht ausreichend.⁸⁴ Eine Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft kommt vielmehr dann überhaupt in Frage, wenn die Konzernleitung zuerst durch *konkrete Massnahmen* (wie z.B. Werbetexte, Verwendung von Firmennamen und Marken mit Konzernbezug, Genehmigungsvorbehalte bei Verträgen, Patronatserklärungen etc.) ein ganz *spezifisches Vertrauen* geschaffen hat und dieses anschliessend in krasser Weise verletzt, wodurch bei einem Stakeholder der Tochtergesellschaft ein Schaden entsteht.

2. Beurteilung des Risikos einer Haftung der BLKB aus «Konzernvertrauen»

154 Nach den vorstehenden Überlegungen ist für die Geltendmachung von Ansprüchen auf der Grundlage einer Haftung aus erwecktem «Konzernvertrauen» darauf abzustellen, ob die vom Bundesgericht aufgestellten kumulativen Voraussetzungen einer *Vertrauenshaftung* erfüllt sind. Aufgrund der 100%-Beteiligung der BLKB, welche die radicant AG medienwirksam gegründet hat, und der Entsendung eines «Vertreters» in den Verwaltungsrat der radicant AG, der dort die Schlüsselfunktion als Präsident wahrnimmt, könnten sich Dritte hinsichtlich ihrer Investition in «falscher» Sicherheit wiegen, indem sie davon ausgehen, die BLKB stehe letztlich für die Schulden der radicant AG ein. Solche Behauptungen könnten aber nach dem Gesagten kaum durchdringen. Diese Umstände vermögen, wie erwähnt, für sich allein noch keinen Vertrauenstatbestand zu begründen. Auch das bundesgerichtliche Erfordernis der «Sonderbeziehung» dürfte unter fast keinen vorstellbaren Umständen erfüllt sein. Ohne Sonderbeziehung und ohne *konkretes Vertrauen begründende Massnahmen* kann nicht mit Erfolg behauptet werden, die radicant AG

⁸³ Anton K. Schnyder (1990) 57 ff.

⁸⁴ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12. Mai 2009, Erw. 1.2.2., zitiert bei Burg/von der Crone (2010) 423.

habe – mit Wissen und Willen der BLKB, jedenfalls aber ohne Intervention der BLKB – den berechtigten Eindruck erweckt, die BLKB würde für die Verpflichtungen der radicant AG eintreten.

- 155 In der Anwendung der Vertrauenshaftung ist letztlich der *extern kundgegebene Organisations-tatbestand* massgebend. Die radicant AG tritt – soweit ersichtlich – im Markt völlig eigenständig mit eigener Firmierung und Marke als digitale Plattform mit dem Fokus auf «Sustainable Lifestyle» auf und lässt keine Verbindung zur BLKB erkennen. Einzig der Zusatz «powered by BLKB» stellt eine gewisse Beziehung zur BLKB her, doch liesse sich daraus auch ein blosses Sponsoring der BLKB ableiten. Die beiden Banken dürften ausserdem aufgrund der vertraglich vereinbarten «Shares Services» auf Konzernebene über gewisse gemeinsame Dokumente und allenfalls auch Weisungen verfügen, wie etwa in den Bereichen des Risikomanagements oder der Compliance. Obgleich es sich dabei vor allem um *unternehmensinterne* Dokumente handelt, ist darauf zu achten, dass die beiden Banken in diesen Dokumenten jeweils eigenständig mit den Logos der eigenen Bank auftreten, um zu vermeiden, dass sie sich nicht der Konstellation annähern, die im Fall «Swissair» haftungsauslösend war: die Tochtergesellschaft wies in diesem Fall in Werbung und Korrespondenz auf ihre Einbettung in den Konzern hin, womit gegenüber Dritten der Eindruck erweckt wurde, die Muttergesellschaft stehe überall dort dahinter, wo die Tochtergesellschaft tätig war.
- 156 Solange die BLKB jedoch durch solche und weitere Massnahmen gegen aussen nicht berechnete Erwartungen in ihr Konzernverhalten und in ihre Konzernverantwortung im Verhältnis zur radicant AG erweckt, kann es als *eher unwahrscheinlich* bezeichnet werden, dass die vier strengen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung des Bundesgerichts im Fall der radicant AG erfüllt sein könnten.

G. «Faktischer Beistandszwang» der BLKB als Muttergesellschaft der radicant AG

1. Der Bundesgerichtsentscheid i.S. SKA und CS Holding gegen die EBK

- 157 Im Entscheid BGE 116 I b 331 ff. hat das Bundesgericht im Hinblick auf einen Bankkonzern die These aufgestellt, zwischen den einzelnen Gesellschaften bestehe ein «*faktischer Beistandszwang*». Es hat daraus konkret den Schluss gezogen, dass die bankengesetzlich erforderlichen Eigenmittel auf Konzernebene vorhanden sein müssen.⁸⁵
- 158 Die CS Holding war Muttergesellschaft der Schweizerischen Kreditanstalt (SKA). Eine ihrer weiteren Beteiligungen, zu 44.5%, war die CS First Boston Inc., eine Holdinggesellschaft, deren

⁸⁵ Vgl. Peter Forstmoser (2000) 124; Druey/Vogel (1999) 128 ff.; Peter V. Kunz (2013) 1 ff.; Christoph B. Bühler (2018) 1000.

Tochtergesellschaften wie die SKA im Bankwesen tätig waren. Zuvor war die SKA selber Muttergesellschaft der zur First Boston gehörenden Gesellschaft gewesen. Die Eidgenössische Bankenkommision (als damals zuständige Aufsichtsbehörde, bevor die Finanzmarktaufsicht an die FINMA übertragen worden war) verlangte von der SKA die Einreichung einer Konzernbilanz der CS Holding, in welche die CS First Boston quotenkonsolidiert einzubeziehen war. Demgemäss hatte die SKA in ihrer Eigenmittelunterlegung gemäss Art. 4 Abs. 1 BankG auch die CS First Boston-Gruppe abzudecken. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab; es begründete die Pflicht zum Einbezug der CS First Boston in den Konsolidierungskreis der Eigenmittelunterlegung im Kern wie folgt:⁸⁶

*«Es liegt auf der Hand, dass für die Beurteilung der sich in einem atypischen Bankkonzern für eine der Aufsicht der Eidgenössischen Bankenkommision unterstehende Bank aus dem wirtschaftlichen Verbundsystem ergebenden Risiken eine **wirtschaftliche Betrachtungsweise an Stelle einer formalrechtlichen Betrachtung** Platz zu greifen hat. Wie auch im klassischen Bankkonzern beruhen diese Risiken ja eben nicht auf rechtlichen Verpflichtungen der Bank gegenüber andern Konzerngesellschaften. Wie die Eidgenössische Bankenkommision zutreffend festhält, besteht ein **faktischer Beistandszwang** einer Bank gegenüber einem anderen Unternehmen des Bank- und Finanzbereiches grundsätzlich dann, **wenn aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen eine derart enge Verbindung zwischen beiden Gesellschaften hergestellt wird, dass sie als Bestandteile derselben wirtschaftlichen Einheit bzw. Unternehmung erscheinen**. Dies ist namentlich der Fall, wenn **Verbindungselemente wie gleiche Firma oder Firmenbestandteile, Kapitalverflechtungen vertikaler oder horizontaler Natur, personelle Verflechtung der Organe**, die auf einheitliche oder koordinierte Leitung schliessen lassen, sowie **Synergien und Marktaufteilungen** vorliegen.»*
(Hervorhebungen beigefügt)

159 Das Bundesgericht leitet die Wahrscheinlichkeit des «faktischen Beistandes» also im Wesentlichen aus den folgenden Elementen ab:

- Das als zentral betrachtete Firmenelement der Muttergesellschaft wird zum einen als *äusseres Zeichen des Zusammenwirkens* zwischen den einschlägigen Gesellschaften und zum andern als Beleg der äusseren Identifikation der Holding mit der Tochtergesellschaft gewertet.
- Das Ausmass der *kapitalmässigen Verflechtung* wird hervorgehoben.
- Die *personelle Verflechtung der Organe* der betreffenden Gesellschaften deute auf eine «einheitliche oder koordinierte Leitung» hin.
- Es liegen *Synergien* und *Marktaufteilungen* unter den Gruppengesellschaften vor.

⁸⁶ BGE 116 Ib 331 ff., 339 E. 3. a.

160 Der «Beistandszwang» unter mehreren Unternehmen einer Finanzgruppe findet seine aufsichtsrechtliche Grundlage heute in Art. 3c Abs. 1 Bst. c BankG und Art. 21 BankV. Demgemäss kann sich ein Beistandszwang entsprechend den vom Bundesgericht entwickelten Kriterien insbesondere ergeben aufgrund von personellen oder finanziellen Verflechtungen, der Verwendung einer gemeinsamen Firma, eines einheitlichen Marktauftritts oder von Patronatserklärungen.⁸⁷

2. Bedeutung des Bundesgerichtsentscheids für die Konzernhaftung

161 Das CS-Urteil des Bundesgerichts sollte aus haftungsrechtlicher Sicht weder überschätzt noch verallgemeinert werden; *es kann vor allem nicht ohne weiteres in den Zusammenhang des Konzernhaftungsrechts gestellt werden*. Aus dem Bundesgerichtsentscheid lässt sich nach Auffassung des Unterzeichneten⁸⁸ keine Einheitshaftung des Konzerns ableiten, vor allem nicht aus zwei Überlegungen:⁸⁹

- Das Bundesgericht hatte sich mit einer spezifischen Frage – der aufsichtsrechtlichen Eigenmittelunterlegung – zu befassen. Bei der konkreten Rechtsfolge stand mithin nicht eine Haftung im Vordergrund, sondern die *Anwendung des Bankenaufsichtsrechts*. Es hat eher beiläufig darauf hingewiesen, dass die Gesellschaften einer Bankengruppe «eine wirtschaftliche Einheit bilden» würden und diese Bemerkung nicht zum Ausgangspunkt seiner rechtlichen Erwägungen gemacht.
- Das Bundesgericht hat im betreffenden Entscheid auch betont, dass ein faktischer Zwang *ohne rechtliche Verpflichtungen* vorliege, so dass eine *Rechtspflicht eben gerade nicht besteht*.

162 Der CS Holding-Entscheid begründet mithin *nicht eine zusätzliche Haftungsgrundlage*, sondern leitet vielmehr *aufsichtsrechtliche Konsequenzen* (nämlich die Pflicht zur konsolidierten Eigenmittelunterlegung) aus der Annahme ab, dass innerhalb des Konzerns *freiwillig* bzw. ohne Rechtszwang Beistand geleistet wird. Im Zentrum steht damit eine *Tatsachenfeststellung*, nämlich die Festhaltung des Phänomens, dass je nachdem ein Interesse einer Konzerngesellschaft besteht, einer anderen im Krisenfall beizustehen.⁹⁰

H. Haftung der BLKB aus Verträgen mit der radicant AG

163 Der Vollständigkeit halber ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass sich eine Haftung der BLKB gegenüber der radicant AG auch *aus Verträgen mit ihrer Tochtergesellschaft* ergeben kann.

⁸⁷ Art. 21 Abs. 2 BankV.

⁸⁸ Vgl. Christoph B. Bühler (2018) 1001.

⁸⁹ Ebenso Peter Forstmoser (2000) 125; vgl. auch Druey/Vogel (1999) 132; Peter Kunz (2013) 3.

⁹⁰ Vgl. Druey/Vogel (1999) 132.

- 164 Es geht hier nicht etwa um Verträge als Gestaltungsform der Konzernierung, wie sie insbesondere das deutsche Recht in Form von sogenannten «*Beherrschungsverträgen*» oder «*Gewinnabführungsverträgen*» zur Bildung eines «Vertragskonzerns» kennt.⁹¹ Dieser ist dem Schweizer Recht fremd, das – wie erwähnt – auf das Konzept des «*faktischen Konzerns*» abstellt, der durch die Zusammenfassung von mehreren Gesellschaften unter eine einheitliche Leitung zustande kommt.
- 165 Zu denken ist vielmehr an die zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft als eigenständigen Unternehmen zu Drittbedingungen («*at arm's length*») abgeschlossenen Verträge.
- 166 Dem Unterzeichneten wurde mitgeteilt, dass zwischen der BLKB und der radicant AG namentlich die folgenden Verträge abgeschlossen wurden, deren konkreter Inhalt dem Unterzeichneten jedoch nicht bekannt ist:
- *Rahmenvertrag*, der die Leistungen der BLKB in der Aufbauphase der radicant AG regelt;
 - Diverse *Dienstleistungs-Einzelverträge* (für interne Revision, Finanzbuchhaltung, übrige Leistungen des Geschäftsbereichs Finanz- und Risikomanagement, Legal & Compliance);
 - *Kreditvereinbarung* mit einer zweckgebundenen, unwiderruflichen Kreditzusage der BLKB gegenüber der radicant AG, welche einzig dem Zweck der Einhaltung der Bestimmungen über die privilegierten Einlagen gemäss Art. 37a Abs. 6 BankG dient.
- 167 Kann die BLKB die der radicant AG in diesen Verträgen zugesicherten Leistungen nicht erbringen oder verletzt sie ihre vertraglichen Pflichten schuldhaft und entsteht der radicant AG dadurch ein Schaden, so hat diese gegenüber der BLKB einen *vertraglichen Anspruch auf Schadenersatz*.⁹² Die potentielle Haftung hängt dann freilich entscheidend von der Ausgestaltung und der Rechtsnatur des betreffenden Vertrages von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Die diesbezüglichen konkreten Haftungsrisiken können hier ohne Einsicht in die betreffenden Verträge freilich nicht beurteilt werden.

V. Zwischenergebnis zur ersten Frage der Haftung der BLKB für die Verbindlichkeiten der radicant AG

- 168 Die juristische Analyse und Beurteilung hat ergeben, dass die radicant AG grundsätzlich eine von der BLKB getrennte, weitgehend *selbständig organisierte und verwaltete juristische Person* ist. Die radicant AG tritt grundsätzlich *eigenständig* mit eigener Firmierung und Marke *im Markt auf*, verfügt über ein *eigenes Sondervermögen mit separatem Gläubigerkreis*, und es findet – soweit ersichtlich – *keine Vermögensvermischung* zwischen den beiden Bankinstituten statt. Die BLKB stellt zwar – wie dies im Konzern zur Sicherstellung der einheitlichen Leitung an sich nicht unüblich ist – mit dem Präsidenten des Verwaltungsrates ein Mitglied aus den Reihen des eigenen Bankrats

⁹¹ Vgl. dazu Peter Böckli (2009) § 11 N 46.

⁹² Art. 97 Abs. 1 OR.

als ihren «Vertreter» im obersten Leitungs- und Aufsichtsorgan der radicant AG, doch sind die Führungsorgane der beiden Banken ansonsten ohne weitere Doppelorganschaften und – soweit ersichtlich – mit Mitgliedern besetzt, die voneinander unabhängig sind.

169 Die BLKB und die radicant AG haben sodann gestützt auf einen Rahmenvertrag und einzelne Dienstleistungsverträge verschiedene Stabsfunktionen und Prozesse (interne Revision, Finanzbuchhaltung, Risikomanagement, Legal & Compliance) nach einem «Shared Services»-Konzept zusammengelegt, die von der BLKB geführt werden. Auf Stufe Einzelinstitut nehmen jedoch jeweils separate Führungsgremien die Organpflichten wahr, die ihren jeweiligen Aktionären und auch den weiteren Stakeholdern regelmässig eigenständig Rechenschaft über ihre Tätigkeit ablegen. Das Risiko einer «Durchgriffshaftung» der BLKB für die Schulden der radicant AG ist somit unter Vorbehalt von krassen Missbrauchstatbeständen im konkreten Einzelfall als relativ gering einzustufen.

170 Es versteht sich sodann, dass die BLKB gegenüber der radicant AG auch *aus Verträgen* mit ihrer Tochtergesellschaft haftbar gemacht werden kann, soweit sie ihren vertraglichen Pflichten nicht nachkommt und der radicant AG dadurch ein Schaden entsteht. Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein Haftungsrisiko, das sich spezifisch aus der Konzernkonstellation ergeben würde, sondern vielmehr um ein im allgemeinen Geschäftsverkehr übliches Haftungsrisiko, dem die BLKB – wie im Verhältnis auch zu anderen Geschäftspartnern – generell durch ihre Tätigkeit im Markt ausgesetzt ist.

171 Das Risiko der BLKB, für die Schulden der radicant AG haftbar gemacht zu werden, lässt sich damit im Wesentlichen in drei Gruppen einteilen:

- **Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit («faktische Organschaft») gemäss Art. 39 BankG i.V.m. Art. 754 OR:** Ein gewisses Haftungsrisiko besteht für die BLKB hinsichtlich deren aktienrechtlicher Verantwortlichkeit als «*faktisches Organ*» der radicant AG, nämlich dann, wenn sich diese organtypisch in die Geschäftsführung der radicant AG einmischt, ihr spezifische Pflichtwidrigkeiten in dieser von ihr usurpierten Rolle nachgewiesen werden können, und diese Pflichtverstösse adäquat kausal einen bestimmten, dem Gericht nachgewiesenen Schaden verursacht haben. Haftungsauslösend ist dabei nicht bereits der Umstand, dass die BLKB Alleinaktionärin der radicant AG ist und einen «Vertreter» in das Präsidium des obersten Aufsichts- und Leitungsorgans der radicant AG entsendet, sondern die *tatsächliche und andauernde Einflussnahme auf die Geschäftsführung der radicant AG* seitens der Organe der BLKB, sei es direkt durch die Erteilung von Konzernweisungen an die Organe der radicant AG, sei es indirekt durch die individuelle Weisungserteilung an die von ihr entsandten «Vertreter» im Verwaltungsrat der radicant AG. Aus *prozessrechtlichen* Gründen sind einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage gegen die BLKB als «faktisches Organ» für die Schulden der von ihr beherrschten radicant AG allerdings *relativ enge Grenzen* gesetzt: Ausserhalb des Konkurses wären – im Falle einer allfälligen späteren Beteiligung weiterer Aktionäre an der radicant AG – praktisch nur die

aussenstehenden Minderheitsaktionäre zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Gesellschaft aktivlegitimiert. Im Konkurs könnte demgegenüber die Konkursverwaltung die Verantwortlichkeitsansprüche der indirekt geschädigten Gläubiger gegen die BLKB als faktisches Organ der radicant AG einklagen.

- **Haftung der BLKB für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganschaft gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 722 OR:** Das Risiko einer Haftung der BLKB für unerlaubte Handlungen ihrer Organpersonen im Verwaltungsrat der radicant AG ist letztlich vergleichbar mit jenem der Haftung aus faktischer Organschaft. Die BLKB haftet somit als juristische Person namentlich dann für die widerrechtlichen Handlungen der von ihr in den Verwaltungsrat der radicant AG entsandten «Vertreter», wenn sie über diese tatsächlich an der Willensbildung der radicant AG teilnimmt und korporative Aufgaben erfüllt. In Bezug auf diesen Haftungstatbestand ist namentlich das in Doppelfunktion sowohl im Bankrat der BLKB als auch im Verwaltungsrat der radicant AG als Präsident eingesetzte Mitglied «exponiert».
- **Haftung der BLKB aus erwecktem «Konzernvertrauen» gestützt auf Art. 2 ZGB:** Eine Haftung der BLKB aus «Konzernvertrauen» wird nicht allein dadurch begründet, dass die BLKB Alleinaktionärin der radicant AG ist, diese der einheitlichen Konzernleitung unterstellt ist, gewisse «Shares Services» bestehen und einen «Vertreter» in den Verwaltungsrat der radicant AG entsendet. Eine Vertrauenshaftung der BLKB kommt erst in Frage, wenn die vom Bundesgericht aufgestellten, relativ strengen Voraussetzungen erfüllt sind, d.h. die BLKB müsste durch ihr konkretes Verhalten in einer Sonderverbindung zu Dritten ein schützenswertes Vertrauen oder bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten oder ihre Konzernverantwortung erwecken, welche diese Dritten zu einem spezifischen Tun oder Unterlassen veranlasst, das sich später als schädlich herausstellt, und die BLKB müsste dieses in sie berechtigterweise gesetzte Vertrauen anschliessend in krasser Weise verletzen.

172 *Keine zusätzliche Haftungsgrundlage* besteht nach Auffassung des Unterzeichneten demgegenüber im Tatbestand des sogenannten «*faktischen Beistandszwangs*», den das Bundesgericht im Entscheid i.S. SKA und CS Holding gegen die EBK⁹³ entwickelt hat. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid vielmehr bestimmte aufsichtsrechtliche Konsequenzen (nämlich die Pflicht zur konsolidierten Eigenmittelunterlegung) aus der Annahme abgeleitet, dass innerhalb des Konzerns *freiwillig* – also ohne Rechtszwang – Beistand geleistet wird.

⁹³ BGE 116 I 331 ff.

Gutachterfrage 2: Begrenzung der Haftung der BLKB in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften

Falls Frage 1.2 bejaht wird: Wie lassen sich die betreffenden Haftungsrisiken der BLKB beschränken?

2.1 *Lassen sich die Haftungsrisiken der BLKB durch bestimmte organisatorische bzw. Governance-Massnahmen innerhalb der Konzernstruktur der BLKB beschränken?*

2.2 *Lassen sich die Haftungsrisiken der BLKB durch bestimmte Vorgaben oder Auflagen für Tochtergesellschaften im Kantonalbankgesetz (wie Beschränkung des Geschäftszwecks und –kreises, des Eigenhandels oder zusätzliche Reservenbildungsvorschriften) beschränken*

I. Mögliche Vorkehrungen zur Verminderung der Haftungsrisiken

173 Haftungsrisiken können generell nicht völlig eliminiert werden; sie lassen sich jedoch reduzieren, indem sie erkannt und durch flankierende Massnahmen bzw. ein entsprechendes Verhalten unter Kontrolle gehalten werden.

174 Es stellt sich indessen die Frage, ob und wie sich die vorerwähnten drei Hauptrisiken einer konzernrechtlich begründeten zivilrechtlichen Haftung der BLKB für die Verbindlichkeiten der radicant AG (Haftung aus faktischer Organschaft, unerlaubter Handlung und Konzernvertrauen) durch das Verhalten der Beteiligten oder konkrete Vorkehrungen, namentlich durch bestimmte organisatorische bzw. Governance-Massnahmen innerhalb der Konzernstruktur, reduzieren lassen.

A. Reduktion des Risikos einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit («faktische Organschaft») und aus unerlaubter Handlung infolge Doppelorganschaft

1. Beschränkung auf die Wahrnehmung der Rechte der BLKB als Allein- oder Mehrheitsaktionärin (radicant AG als reine Finanzbeteiligung)

175 Unter den Titeln «Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit» und «Haftung aus unerlaubter Handlung infolge Doppelorganschaft» könnte die BLKB ihr Haftungsrisiko für die radicant AG freilich am stärksten reduzieren, indem sie trotz 100%-Beteiligung oder einer allfälligen späteren Mehrheitsbeteiligung ihren Leitungsanspruch in Bezug auf die radicant AG aufgeben und diese sozusagen aus dem Konzernverbund «entlassen» würde, indem sie diese künftig als reine *Finanzbeteiligung* betrachten und sich auf die Wahrnehmung ihrer Rechte als Allein- oder Mehrheitsaktionärin namentlich in den Generalversammlungen der radicant AG beschränken würde. Dies würde allerdings nicht nur wesentliche *Veränderungen der Organisationsstruktur*

(Verzicht auf Integration der Konzernleitungsorgane in die Führungsorganisation und Kompetenzordnung der radicant AG sowie Verzicht auf Entsendung von «Vertretern» in den Verwaltungsrat der radicant AG bzw. die Doppelorganschaft), sondern wohl auch eine *Anpassung der Digitalisierungs- und Nachhaltigkeitsstrategie*, welche die BLKB speziell mit der Gründung der radicant AG ins Auge gefasst hat, voraussetzen und bewirken, dass die BLKB auf die im Konzernverbund mit der radicant AG über den Rahmenvertrag und die Dienstleistungsverträge genutzten Synergien verzichten müsste.

- 176 Solange die radicant AG aber *im BLKB-Konzern integriert* bleiben soll und konzernintern auch weiterhin gewisse Synergien genutzt werden sollen, besteht für eine Beschränkung des Haftungsrisikos aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit an sich wenig Handlungsspielraum. Das Element, welches haftungsbegründend sein kann, die «faktische Organschaft», ist ja letztlich begriffsnötig gerade konstitutives Merkmal des Konzerns: Zieht die BLKB als Muttergesellschaft gewisse Aufsichts- und Führungskompetenzen an sich, um eine *einheitliche Leitung* im Konzerninteresse sicherzustellen, so wird sie dies zwangsläufig nur durch eine gewisse *organtypische Einflussnahme* auf die Geschäftsführung der radicant AG machen können; dadurch aber wird gerade die ihr zugerechnete potentiell haftungsbegründende *faktische Organstellung* begründet.

2. Zurückhaltende Einflussnahme auf die Geschäftsführung der radicant AG

- 177 Dennoch besteht *auch bei einer Beibehaltung der Konzernierung und Wahrnehmung der einheitlichen Konzernleitung* seitens der BLKB durchaus die Möglichkeit eines das Haftungsrisiko mindernden Verhaltens: Die Beteiligung an der radicant AG oder die blosse Entsendung von «Vertretern» in das oberste Aufsichts- und Leitungsorgan der radicant AG begründet an sich, wie erwähnt, noch keine faktische Organschaft, sondern darüber hinaus ist vielmehr eine *tatsächliche und andauernde Einflussnahme auf die Geschäftsführung der radicant AG* seitens der Organe der BLKB erforderlich. Die BLKB könnte somit die Angriffsfläche für mögliche direkt gegen sie als «faktisches Organ» der radicant AG gerichtete Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit immerhin dadurch gering halten, dass die Organe der BLKB nicht direkt Einfluss auf die Geschäftsführung der radicant AG nehmen, sondern sich vielmehr darauf beschränken, *als Eigner gewisse strategische Vorgaben machen* und «ihren Vertretern» im Verwaltungsrat der radicant AG ihre eignerpolitischen Erwartungen mitzuteilen. Diese sollten – immer aus haftungsrechtlicher Sicht – eher *allgemein* gehalten sein und sich auf die zu erreichenden *Konzernziele* und *generelle Verhaltensleitlinien* beschränken. Je mehr die BLKB bzw. deren Organe direkt Instruktionen zu konkreten Massnahmen der Geschäftsführung erteilen und je häufiger und spezifischer diese erteilt werden, desto grösser wird für die BLKB das Risiko, aufgrund einer faktischen Organstellung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR in die Haftung genommen zu werden.
- 178 Die BLKB würde die einheitliche Konzernleitung nach diesem Konzept dann vor allem über ihre *Eignerstrategie, allgemein gehaltene eignerpolitische Erwartungen* sowie über ihren einzigen

«Vertreter» im Verwaltungsrat der radicant AG wahrnehmen und die radicant AG grundsätzlich noch stringenter wie ein Drittunternehmen behandeln, an welchem sie massgeblich beteiligt ist. Dadurch dürfte zwar das zivilrechtliche Haftungsrisiko aus «faktischer Organschaft» der BLKB noch weiter abgeschwächt werden, doch gilt es immerhin auch zu bedenken, dass der dadurch zum Ausdruck kommende abgeschwächte Leitungsanspruch der BLKB und die damit möglicherweise auch einhergehenden *Kontroll- und Effizienzverluste in der Führung der radicant AG* sich auch negativ auf die Haftungsrisiken auswirken könnten und eventuell gar nicht im besten unternehmerischen Interesse der BLKB wären.

3. Noch konsequentere personelle Entflechtung der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane der BLKB und radicant AG

179 Die BLKB könnte sich sodann auch *organisatorisch* stärker auf das konzernrechtliche *Aushandlungskonzept*⁹⁴ ausrichten, das sich am Governance-Modell einer Tochtergesellschaft mit einer ins Gewicht fallenden Minderheitsbeteiligung orientiert: Die obersten Führungsorgane des Konzerns bzw. der BLKB würde dabei *personell noch konsequenter von derjenigen der BLKB «entflochten»*, indem die BLKB auf die Doppelorganschaft eines ihrer Bankratsmitglieder in der Funktion des Präsidenten des Verwaltungsrates bei der radicant AG verzichtet und stattdessen beispielsweise ein Mitglied der Geschäftsleitung der BLKB lediglich als ordentliches Mitglied (oder Vizepräsident) in den Verwaltungsrat der radicant AG entsendet, welches weiterhin eine gewisse «Bindeglied»-Funktion zur BLKB aufrechterhalten könnte. Indem das Präsidium der radicant AG mit einer von der BLKB unabhängigen Persönlichkeit besetzt wäre, würde die radicant AG insbesondere auch nach Aussen ein noch stärkeres Signal der Unabhängigkeit setzen.

180 Unter *Governance-Aspekten* ist es zudem an sich *dysfunktional*, wenn ein Mitglied des obersten Leitungs- und Aufsichtsorgans der Muttergesellschaft in seiner Rolle als Mitglied des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft zugleich (gemäss Organisations- und Geschäftsreglement radicant AG) den Weisungen der operativen Konzernleitungsorgane unterstellt ist, welche es auf der Ebene der Muttergesellschaft an sich wiederum selber beaufsichtigt.

181 Die weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats der radicant AG dürften demgegenüber grundsätzlich von der BLKB *unabhängig* sein.

4. Sicherstellung der Solvabilität und minimalen Eigenwirtschaftlichkeit der Konzerngesellschaften

182 Die rechtliche Analyse hat ergeben, dass für die BLKB in Bezug auf ihre 100%-Beteiligung an der radicant AG ein Risiko, aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit in die Haftung genommen zu werden, eigentlich nur von Seiten der Gläubiger besteht, und dieses manifestiert sich in der Regel

⁹⁴ Vgl. dazu oben Rz. 78.

nur im Konkurs. Daher ist unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit durch eine angemessene Überwachung («Konkursradar» im Rahmen des Beteiligungsmanagements) insbesondere sicherzustellen, dass die radicant AG zahlungsfähig bleibt und die erforderliche Liquidität vorhanden ist. Dies verlangt Vorsicht vor allem auch bei der konzerninternen Darlehensgewährung oder auch bei einem allfälligen «cash pooling» im Konzern. Übermässige finanzielle Risiken, einschliesslich Haftungsrisiken der Konzerngesellschaften, sind möglichst zu vermeiden.⁹⁵

183 Die BLKB und der Verwaltungsrat der radicant AG haben insbesondere auch darum besorgt zu sein, dass die radicant AG im Hinblick auf ihre Tätigkeit über ein genügendes *Eigenkapital* und eine minimale Eigenkapitalrendite verfügt. Zu diesem Zweck sind stets auch Geschäftsoportunitäten im Interesse der radicant AG zu entwickeln und in Abstimmung auf das übergeordnete Konzerninteresse der BLKB zu nutzen.⁹⁶

B. Reduktion des Risikos einer Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen

1. Vermeidung von konkreten Aussagen zum finanziellen Rückhalt durch die BLKB

184 Ein denkbare Haftungsrisiko vermöchte sodann, wie dargelegt, auch der Tatbestand der «Vertrauenshaftung» zu begründen. Aufgrund der besonderen Beteiligungskonstellation (100% Beteiligung des Kantons Basel-Landschaft an der BLKB einerseits und 100%-Beteiligung der BLKB an der radicant AG andererseits) könnte der «Investitionsappetit» von Stakeholdern (oder Dritten, die es werden wollen) dadurch angeregt werden, dass diese sich hinsichtlich ihrer Investition in «falscher» Sicherheit wiegen, indem sie davon ausgehen, die BLKB (oder der Kanton Basel-Landschaft) stehe letztlich für die Schulden der radicant AG ein. Solche Behauptungen könnten aber – unter den relativ strengen höchstrichtlichen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung – kaum durchdringen. Die bestehenden Beteiligungsverhältnisse oder das Konzernverhältnis als solches begründen, wie erwähnt, für sich allein noch keinen Vertrauenstatbestand. Solange die BLKB also nicht in einer konkreten Sonderbeziehung zum Informationsempfänger den Eindruck erweckt, sie nehme – obwohl dies effektiv nicht zutrifft – in der radicant AG direkt die für ein Organ typischen Leitungsfunktionen wahr oder leiste für die radicant AG finanziellen Rückhalt, indem sie etwa gegenüber Gläubigern, künftigen weiteren Aktionären oder Dritten entsprechende Erklärungen abgibt oder Verhaltensweisen an den Tag legt, entsteht grundsätzlich auch keine Vertrauenshaftung.

185 Das Risiko der BLKB, unter dem Tatbestand der Haftung aus «Konzernvertrauen» in Anspruch genommen zu werden, kann insoweit reduziert werden, als sowohl die BLKB als auch die radicant AG in ihrem Marktauftritt und in sämtlichen öffentlich zugänglichen Geschäftsunterlagen nicht

⁹⁵ Vgl. Peter Forstmoser (2010) 33; Karl Hofstetter (2003) 317; Christoph B. Bühler (2018) 1013.

⁹⁶ Peter Böckli (2009) § 11 N. 306 ff und 323 ff.

durch die Verwendung gemeinsamer Logos oder Slogans den Eindruck erwecken, die radicant AG sei letztlich nur ein «verlängerter Arm» der BLKB und diese sei aufgrund ihrer finanziellen und personellen Verflechtung mit der radicant AG Garantin oder Solidarbürgin für deren Verbindlichkeiten.

2. Marktauftritt und Führung der radicant AG als eigenständige Einheit

186 Unter diesem Aspekt ist es wichtig, dass die radicant AG nicht nur *als eigenständige Einheit am Markt auftritt*, sondern auch *eigenständig geführt* wird. Werden Geschäfte angebahnt und Verträge abgeschlossen, so sollten diese Aufgaben grundsätzlich von den ordnungsgemäss gewählten und im Handelsregister eingetragenen Organen der radicant AG und nicht direkt durch Organmitglieder der BLKB wahrgenommen werden. Die Tochtergesellschaften der BLKB sollten sodann die formellen Regeln des Aktienrechts einhalten, d.h.:⁹⁷

- die Beschlüsse sind von den *zuständigen Organen* (Generalversammlung oder Verwaltungsrat) der radicant AG statuten- bzw. reglementsconform zu fassen, auch wenn gewisse Inhalte allenfalls von der Muttergesellschaft vorgegeben sind;
- Verwaltungsratssitzungen und Generalversammlung sind *tatsächlich durchzuführen* und sollten nicht bloss formell protokolliert werden;
- Beschlüsse sind zu *protokollieren* und zu dokumentieren.

3. Das verbleibende Reputationsrisiko

187 Schliesslich ist in diesem Zusammenhang immerhin noch auf den Aspekt des *immanenten Reputationsrisikos* hinzuweisen. Es versteht sich, dass die BLKB als Finanzinstitut mit öffentlichem Leistungsauftrag in besonderem Masse in der Öffentlichkeit exponiert ist: sie ist nicht nur Gegenstand politischer Debatten, sondern wird auch von den Medien mit Argusaugen beobachtet. Selbst wenn das Risiko der BLKB, für die Schulden der radicant AG haftbar gemacht zu werden, unter rechtlichen Gesichtspunkten insgesamt eher als gering einzustufen ist, kann die besondere Beteiligungskonstellation bei der BLKB bei einzelnen Anspruchsgruppen eine bestimmte Erwartungshaltung begründen und für die BLKB somit unter Reputationsgesichtspunkten heikel sein. Die BLKB könnte sich im Schadenfall etwa plötzlich dem Anspruch der Öffentlichkeit – selbst wenn dieser effektiv jeglicher Rechtsgrundlage entbehren würde – ausgesetzt sehen, sie habe für schadenstiftende Handlungen oder Unterlassungen der Organe der radicant AG einzustehen. Der Markt und die Öffentlichkeit reagieren bekanntlich seit «Swissair» und anderen Ereignissen schärfer als früher auf Reputationsprobleme – weitgehend unbekümmert darum, ob die Betroffenen nun letztlich «unverdient» oder «verdient» hineingezogen werden. Gegen dieses Reputationsrisiko kann sich die BLKB freilich kaum schützen. Immerhin kann die BLKB der

⁹⁷ Peter Forstmoser (2010) 32: «Das Spiel der AG spielen.»; vgl. auch Christoph B. Bühler (2018) 1014.

Begründung falscher Erwartungshaltungen bei den betroffenen Anspruchsgruppen entgegenwirken, indem sie in Bezug auf ihr Verhältnis zur radicant AG und ihren diesbezüglichen Verpflichtungen proaktiv für möglichst weitgehende *Transparenz* sorgt.

II. Beschränkung der Haftungsrisiken durch bestimmte Auflagen für Tochtergesellschaften im Kantonalbankgesetz

188 Es bleibt die Frage zu prüfen, inwiefern sich die Haftungsrisiken für die BLKB (bzw. indirekt für den Kanton Basel-Landschaft) ändern würden, wenn das Kantonalbankgesetz mit einer Regelung ergänzt würde, wonach die BLKB eine «Eignerstrategie» mit bestimmten Auflagen für ihre Tochtergesellschaften erstellen muss oder bestimmte gesetzliche Einschränkungen für die BLKB auch für die Tochtergesellschaften gelten.

A. Anwendungsbereich des Kantonalbankgesetzes

189 Der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des *geltenden* Kantonalbankgesetzes vom 24. Juni 2004 erstreckt sich *auf die BLKB* und deren Tätigkeit. Der Geschäftskreis der BLKB erstreckt sich gemäss § 7 Abs. 1 KBG auf die Wirtschaftsregion Nordwestschweiz, wobei Geschäfte in der übrigen Schweiz und im Ausland zulässig sind, «*soweit der Bank daraus keine besonderen Risiken erwachsen und die Befriedigung der Geld- und Kreditbedürfnisse im Kanton nicht beeinträchtigt wird*». Gemäss § 7 Abs. 2 kann die BLKB sodann Zweiniederlassungen errichten und Tochtergesellschaften gründen sowie sich an anderen Unternehmen beteiligen.

190 Obgleich das geltende Kantonalbankgesetz das Verhältnis der BLKB zu Tochtergesellschaften erwähnt und solche ausdrücklich zulässt, beansprucht es *ausschliesslich Geltung für die BLKB* und nicht auch für deren Tochtergesellschaften. Dies ergibt sich nicht nur aus der Interpretation des Kantonalbankgesetzes, sondern bei Tochtergesellschaften, welche – wie die radicant AG – in der Rechtsform der rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 ff. OR errichtet worden sind, auch aus dem allgemeinen *Vorrang des Bundesrechts* und den teilweise *zwingenden aktienrechtlichen Bestimmungen*, in welche das kantonale öffentliche Recht nicht eingreifen darf.⁹⁸

191 Es stellt sich indessen die Frage, ob das Kantonalbankgesetz nicht der BLKB bestimmte Auflagen in Bezug auf ihre Beteiligung an anderen Unternehmen, die Errichtung von Zweigniederlassungen und die Gründung von Tochtergesellschaften machen könnte. So muss beispielsweise die Basler Kantonalbank gemäss § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die Basler Kantonalbank vom 9. Dezember 2015 darauf hinwirken, dass die von ihr kontrollierten Unternehmen die Auflagen zum sachlichen

⁹⁸ Vgl. dazu im Einzelnen nachstehend Rz. 193 ff.

und geografischen Geschäftskreis erfüllen. Gemäss § 5 Abs. 1 des Gesetzes über die Basler Kantonalbank muss die Gründung und Beteiligung an kontrollierten Unternehmen zudem mit dem Zweck der BKB übereinstimmen, im öffentlichen Interesse oder im Interesse der BKB liegen.

192 Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber in Bezug auf die Beteiligung einer Kantonalbank an Tochtergesellschaften *bestimmte Rahmenbedingungen aufstellt*, ist allerdings nicht etwa abzuleiten, dass das Kantonalbankgesetz damit auch *direkt* auf Tochtergesellschaften der Kantonalbank anwendbar wäre. Es handelt sich hier vielmehr lediglich um eine *Einschränkung der Handlungsfreiheit der Kantonalbank* hinsichtlich der Akquisition und des Betriebens von Drittunternehmen und damit letztlich um bestimmte Auflagen zum Tätigkeitsbereich *der Kantonalbank selber*. Diese Auflagen könnten mithin *nur die BLKB* und nicht direkt auch deren Tochtergesellschaften verpflichten und binden. Sie entfalten nur insoweit *indirekt* auch Wirkung auf die Tochtergesellschaften, als die BLKB angehalten würde, diese Auflagen über ihre einheitliche Leitung bzw. ihr Beteiligungsmanagement auch in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften durchzusetzen.

B. Öffentlich-rechtliche Auflagen in Bezug auf die Tochtergesellschaften der BLKB

1. Kein Eingriff in die abschliessende aktienrechtliche Ordnung bei einer als rein privatrechtliche Aktiengesellschaft strukturierten Tochtergesellschaft

193 In Bezug auf die als sogenannte *gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften* organisierten Unternehmen (wie z.B. der BLT Baselland Transport AG) erfolgt die Beteiligung im Rahmen der Sonderregelung von Art. 762 OR, wonach der öffentlichen Hand in Abweichung von der aktienrechtlichen Ordnung statutarisch *Sonderrechte* auf Ernennung und Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Revisionsstelle eingeräumt werden. Noch weitergehende Eingriffe des Gesetzgebers in das Gefüge des Aktienrechts sind gemäss Art. 763 OR bei der Rechtsform der *spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft*⁹⁹ möglich. Deren Errichtung erfolgt nicht nach den Regeln des Obligationenrechts, sondern richtet sich in erster Linie nach dem kantonalen Gesetz, in dem die Grundzüge der Organisation, des Kapitals sowie der Haftungsverhältnisse geregelt werden. Nur soweit der kantonale Erlass nichts Abweichendes regelt, gelten auch hier die Vorschriften des Aktienrechts.¹⁰⁰

194 Erfolgt die Beteiligung jedoch, wie im Falle der radicant AG, an einer *rein privatrechtlich strukturierten Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR*, so genießt der staatliche Eigner – sei es nun der Staat selbst oder eine von ihm ausgegliederte öffentlich-rechtliche Anstalt – im Vergleich zu einem privaten Investor grundsätzlich *keine Sonderrechte*. Solange keine Anreize dafür bestehen, ist eine

⁹⁹ Dazu eingehend *Christoph B. Bühler* (2018) 355 ff.

¹⁰⁰ Vgl. dazu *Forstmoser/Jaag* (2000) 18 ff.; *Tobias Jaag* (2000) 13 ff.; *Daniel Daeniker* (2000) 57 ff.; *Böckli/Bühler* (2009) 18 f.; *Franziska Buob* (2008) 10 ff.

private Aktiengesellschaft darauf angewiesen, Gewinnmaximierung anzustreben und darf von diesem Zweck nicht ohne Gegenleistung abweichen, um einen bestimmten öffentlichen Leistungsauftrag zu erfüllen. Sobald auch noch weitere Aktionäre an der radicant AG beteiligt würden, wäre es zudem auch nicht im Sinne des Gleichbehandlungsgebots gemäss Art. 717 Abs. 2 OR, wenn ein bestimmter Aktionär – in diesem Fall der Kanton bzw. die BLKB – den Zweck und Aufgabenbereich der Aktiengesellschaft einseitig definieren könnte.¹⁰¹

195 Der staatliche Eigner kann zwar in einem kantonalen Erlass auch in Bezug auf die Beteiligung an einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft bestimmte Rahmenbedingungen aufstellen und Leitplanken setzen; diese sind dann jedoch *mit den Mitteln des Aktienrechts* (Wahrnehmung der Aktionärsrechte, Vertretung in den Organen der Tochtergesellschaft, Erteilung von Konzernweisungen etc.) umzusetzen.

2. Risikobegrenzende Auflagen für die Tochtergesellschaften der BLKB im Kantonalbankgesetz

a) Vorbehalt der Übereinstimmung mit dem öffentlichen Interesse sowie dem Zweck und Interesse der BLKB

196 Vorliegend kann der Kanton somit durch einschränkende Vorschriften im Kantonalbankgesetz *nicht direkt* in die aktienrechtliche Regelung der Organisation, des Kapitals und der Haftungsverhältnisse der als rein privatrechtliche Aktiengesellschaft konstituierten radicant AG eingreifen; er kann der BLKB jedoch *bestimmte Auflagen* für den Umgang mit seiner Beteiligung machen und diese dazu verpflichten, die Einhaltung bestimmter *risikobegrenzender Rahmenbedingungen*, die gemäss Kantonalbankgesetz für sie selbst gelten, auch bei der von ihr kontrollierten radicant AG durchzusetzen.

197 Nach diesem Ansatz könnte die BLKB somit analog zur vorerwähnten Regelung in § 5 des Gesetzes über die Basler Kantonalbank in § 1 Abs. 2 KBG BL darauf verpflichtet werden, sich nur an Gesellschaften zu beteiligen oder mit anderen Banken strategische Kooperationen einzugehen, *so weit dies mit ihrem Zweck übereinstimmt sowie entweder im öffentlichen Interesse oder im Interesse der BLKB selbst liegt*. Die BLKB wäre dann angehalten, in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften, Beteiligungen und strategische Kooperation mit anderen Banken bestimmte öffentlich-rechtliche Auflagen einzuhalten. Diese Auflagen sollten allerdings nicht allzu einengend formuliert werden, um den Handlungsspielraum der BLKB möglichst flexibel zu gestalten und diese im Wettbewerb mit anderen Banken nicht zu benachteiligen.¹⁰²

¹⁰¹ Vgl. Jürg Bühlmann (1996) 163; Forstmoser/Jaag (2000) 18; Böckli/Bühler (2009) 19.

¹⁰² In diesem Sinne auch die Begründung zur Regelung in § 5 des Gesetzes über die Basler Kantonalbank: vgl. Regierungsrat BS, 2013, 46.

b) Einschränkungen in Bezug auf Eigenhandel und besonders riskante Geschäfte

- 198 Unter rein haftungsrechtlichen Gesichtspunkten wäre es freilich möglich, diesen Auflagenkatalog noch weiter zu konkretisieren oder restriktiver zu formulieren, und der BLKB etwa auch in Bezug auf den Eigenhandel oder andere besonders riskante Geschäfte weitere konkrete Auflagen zu machen. Die BLKB betreibt derzeit – soweit ersichtlich¹⁰³ – den Eigenhandel mit Devisen, fremden Sorten, Edelmetallen, Wertschriften nur sehr limitiert. Der Erfolg aus dem gesamten Handelsgeschäft trägt nur rund 5% zum Geschäftsertrag bei. Dieses Geschäft ist hinsichtlich seines Beitrages zum Geschäftsertrag somit auch aus Risikosicht für die BLKB von untergeordneter Bedeutung. Möchte der Kanton sicherstellen, dass dies auch so bleibt und dass auch die von der BLKB kontrollierten Unternehmen Eigenhandel nur limitiert betreiben und auf besonders riskante Geschäftsarten verzichten, so könnte er in § 7 des Kantonalbankgesetzes klarstellen, dass der BLKB *besonders riskante Geschäftsarten untersagt* sind, und dass der Handel im eigenen Namen und auf eigene Rechnung nur zulässig ist, wenn er dem Zweck der BLKB dient und primär für die Befriedigung von Bedürfnissen der Kundinnen und Kunden notwendig ist. Ausserdem könnte der Grundsatz festgehalten werden, dass die BLKB eine vorsichtige Politik bei der Kreditvergabe zu verfolgen hat.¹⁰⁴
- 199 Aufgrund des sich stetig wandelnden Bankenumfelds wäre es nicht sinnvoll, gesetzlich zu definieren, welche konkreten Geschäftsarten zu den «besonders riskanten» gehören. Zu denken ist etwa an den spekulativen Eigenhandel mit Derivaten, der etwa in der letzten Finanzmarktkrise bei einzelnen Banken für grosse Verluste oder gar Konkurse gesorgt hat. Das Gesetz könnte hier klarstellen, dass die Befriedigung der Bedürfnisse der Kundinnen und Kunden letztlich die Leitlinie für die Handelsaktivitäten der Bank sein sollte.¹⁰⁵
- 200 Damit diese Einschränkung auch für die *Tochtergesellschaften und Beteiligungen* der BLKB gelten, könnte diese sodann zugleich verpflichtet werden, darauf hinzuwirken, dass die entsprechenden Auflagen auch von den von ihr kontrollierten Unternehmen erfüllt werden.

c) Einschränkungen in Bezug auf die Corporate Governance

- 201 In Bezug auf die Ausgestaltung der Corporate Governance ist die BLKB als Beteiligung des Kantons Basel-Landschaft bereits durch das Gesetz über die Beteiligungen (Public Corporate Governance)

¹⁰³ Vgl. Geschäftsbericht BLKB, 67. Gemäss Art. 25 Abs. 1 Buchstabe c, g und h Organisations- und Geschäftsreglements der BLKB gehört der Abschluss von Geld- und Kapitalmarktgeschäften mit Einschluss von Derivaten sowie der An- und Verkauf von Wertpapieren und Devisen, Edelmetallen sowie damit verwandten Geschäften und Börsengeschäften *für eigene Rechnung* indes zum Geschäftskreis der BLKB.

¹⁰⁴ Eine entsprechende einschränkende Vorgabe ist etwa in § 3 Abs. 3 des Gesetzes über die Basler Kantonalbank enthalten.

¹⁰⁵ Vgl. dazu Ratschlag des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt vom 26. September 2013 betreffend Totalrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank vom 30. Juni 1994, 44 f.

vom 15. Juni 2017 zur Einhaltung verschiedener Governance-Auflagen und -Grundsätze verpflichtet. Eine noch weitergehende Einschränkung des Handlungsspielraums der BLKB ist somit zumindest in Bezug auf die Bereiche Eigenhandel und Corporate Governance nicht angezeigt. Soll jedoch sichergestellt werden, dass bestimmte im Gesetz über die Beteiligungen enthaltene Governance-Grundsätze, wie etwa die Grundsätze zur *Zusammensetzung des strategischen Führungsorgans* gemäss § 5 Abs. 2 b. – i PCGG oder betreffend *Ausschlussgründe* in § 7 auch in Bezug auf die von der BLKB kontrollierten Unternehmen gelten, so könnte dies im Kantonalbankgesetz so festgehalten werden – wiederum im Sinne einer Verpflichtung der BLKB, auf die Einhaltung dieser Grundsätze auch bei den von ihr kontrollierten Unternehmen hinzuwirken.

d) Vorgaben zur Bildung zusätzlicher Reserven bzw. Eigenmittelunterlegung

- 202 Die Eigenmittelplanung der Kantonalbank stellt namentlich im Zusammenhang mit dem Risiko der Staatsgarantie des Kantons ein Kernelement dar: Eigenmittel federn im Krisenfall Verluste ab und bilden die finanzielle Basis für allfällige Entwicklungs- und Wachstumsstrategien der Kantonalbank. Der Kanton kann sein Haftungsrisiko grundsätzlich mindern, indem er sicherstellt, dass die Kantonalbank über *ausreichende Mittel zur Verlustabsorption* verfügt, welche vor einer Staatsgarantie greifen. Das *Eigenkapital* bildet einen ersten Polster gegen Verluste, die allenfalls auch durch das Einstehenmüssen der BLKB für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften entstehen könnten. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass eine *tiefe «Leverage Ratio»* für den Kanton nach der sog. «Free Cash Flow-Hypothese» auch bedeutende Nachteile haben kann:¹⁰⁶ Nebst einer Verminderung des «Return on Equity» können hohe Eigenmittel potenziell auch zu einem aus Risikosicht des Kantons nicht vertretbaren Wachstum der Kantonalbank führen. Auch die Verknappung der Eigenmittel kann somit gegebenenfalls im Interesse des Eigners einen disziplinierenden Effekt auf die Kantonalbank haben.
- 203 In Anlehnung an die Regelung in Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes über die Glarner Kantonalbank könnte in diesem Sinne auch ins Kantonalbankgesetz BL ein Grundsatz aufgenommen werden, wonach die BLKB über eine *gesunde Eigenmittelausstattung* verfügen muss, welche die Grundlage für weitere Wertschöpfungen bildet und zur Risikoreduktion sowie zur Wahrung der strategischen Handlungsfreiheit beiträgt. Ergänzend könnte auch ein *minimaler Eigenmitteldeckungsgrad* festgelegt werden.¹⁰⁷
- 204 In Bezug auf die *Tochtergesellschaft radicant AG*, welche ihrerseits eine Bank ist, könnte das Kantonalbankgesetz an sich ebenfalls festhalten, dass die BLKB darauf hinzuwirken hat, dass auch die von ihr kontrollierten Finanzinstitute und Finanzdienstleister die für sie geltenden Auflagen zur Eigenmittelausstattung einhalten. Solche zusätzlichen Auflagen im Kantonalbankgesetz treten

¹⁰⁶ Michael C. Jensen (1986) 323 ff.; Klaus Premann (2010) 356; Fabian Koch (2014) 405.

¹⁰⁷ Gemäss Art. 7 Abs. 3 KBG GL muss die GLKB beispielsweise über einen Eigenmitteldeckungsgrad von mindestens 165 Prozent der regulatorisch benötigten Eigenmittel verfügen.

allerdings in Bezug auf eine Bank, die als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert ist, in ein gewisses Spannungsverhältnis zur *aktienrechtlichen Kompetenzordnung*, wonach an sich der Verwaltungsrat im Rahmen der bankenaufsichtsrechtlichen Vorgaben über die Höhe der Eigenmittelausstattung der Bank entscheidet und die Generalversammlung über die Dividende aus dem frei verwendbaren Bilanzgewinn beschliesst. Soweit jedoch die betreffenden Vorgaben des Kantons hinsichtlich der Eigenmittelausstattung strenger sind als die *Vorgaben im Bankenaufsichtsrecht des Bundes*, dürfte an sich kein Konflikt im Verhältnis zum Bundesrecht bestehen.

205 Zu berücksichtigen ist dabei immerhin, dass an sich das *revidierte Bankensanierungs- und Bankensolvenzrecht des Bundes* bereits diverse Schutzvorkehrungen zur Verminderung des Risikos der Insolvenz einer Bank vorsieht:¹⁰⁸

- **Schutzmassnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr der Bank:** Besteht eine begründete Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, oder erfüllt diese die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA festgesetzten Frist nicht, so kann die FINMA bestimmte *Schutzmassnahmen* (Wiesungserteilung an die Bankorgane, Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten, Einschränkung der Geschäftstätigkeit der Bank etc.) anordnen.¹⁰⁹
- **Sanierungsverfahren:** Besteht in einer finanziellen Schieflage der Bank eine begründete Aussicht auf Sanierung der Bank oder auf Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen, kann die FINMA ein Sanierungsverfahren einleiten. Sie erlässt dabei die für die Durchführung des Sanierungsverfahrens notwendigen Verfügungen und Anordnungen und kann zudem einen Sanierungsbeauftragten mit der Ausarbeitung eines Sanierungsplans beauftragen.¹¹⁰ Falliert eine Bank, so steht den Behörden ein Instrumentenkasten zur Verfügung, der typischerweise den zwangsweisen Verkauf der Bank, die Übertragung von Unternehmensteilen oder Vermögenswerten auf einen neuen Rechtsträger oder auf eine Brückenbank (bridge bank), die Aufspaltung einer Bank in einen guten und einen schlechten Teil (good/bad bank) umfasst.
- **«Bail-in»:** Ein Abwicklungsinstrument, das in den vergangenen Jahren immer mehr in den Vordergrund getreten ist, ist der *Bail-in*. Als Bail-in wird die Befugnis bezeichnet, zur Sanierung einer Bank die Passivseite einer Bankbilanz – also Fremd- und Eigenkapital – zu restrukturieren. Das Konzept umfasst die Befugnis, Fremd- in Eigenkapital umzuwandeln (debt-equity swap) oder Fremdkapital ganz oder teilweise abzuschreiben (debt write-down). Zur Wahrung der Gläubigerhierarchie sind dazu auch Eingriffe in die Eigenkapitalstruktur notwendig, indem

¹⁰⁸ Vgl. für einen Überblick *Abegg/Geissbühler/Haefeli/Huggenberger/Larumbe* (2019) 365 ff.

¹⁰⁹ Art. 25 abs. 1 lit. a BankG.

¹¹⁰ Art. 28 BankG.

bestehendes Eigenkapital herabgesetzt und neues Eigenkapital ausgegeben wird. Die Bezeichnung Bail-in ist ein bewusstes Antonym zum Begriff Bail-out, der die Haftungsübernahme durch den Staat zur Rettung von Banken oder anderen Unternehmen bezeichnet.¹¹¹

Je nach Rechtsgrundlage spricht man von vertraglichem oder gesetzlichem Bail-in. Beim vertraglichen Bail-in ergibt sich das Recht zur Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital oder zur Abschreibung von Fremdkapitalpositionen aus den Emissionsbedingungen von Fremdkapitalinstrumenten. Wichtigstes Beispiel für vertragliche Bail-in-Instrumente sind bedingte Pflichtwandelanleihen (*Contingent Convertible Bonds, CoCos*).¹¹² Wird Fremd- in Eigenkapital umgewandelt oder Fremdkapital direkt herabgeschrieben, so wird damit das Eigenkapital einer Bank gestärkt. Einerseits verringert sich damit die Verschuldungsquote der Bank (Verhältnis Eigenkapital/Fremdkapital; leverage ratio). Wird das Eigenkapital gesamthaft erhöht, so verbessert sich andererseits auch das Verhältnis des Eigenkapitals zu den risikogewichteten Aktiven, welches das regulatorische Kapital bestimmt. Mittelbar vermindern sich nach einem Bail-in auch Liquiditätsabflüsse, weil Zins- und Kapitalrückzahlungen nicht mehr vollständig geleistet werden müssen.¹¹³

Das Gesetz regelt den Bail-in (wie auch die übrigen Abwicklungsinstrumente) im Rahmen des *Sanierungsverfahrens* (Art. 28–32 BankG). Das Sanierungsverfahren kann also sowohl eine *Fortsetzung der Geschäftstätigkeit der Bank* wie auch ihre *geordnete Zerschlagung* durch Übertragung von Aktiven und Passiven auf eine Brückenbank oder durch Aufspaltung (good bank/bad bank; Art. 28 Abs. 1 i.V.m. Art. 30 BankG) zum Ziel haben. Geht es um die Weiterführung des Geschäftsbetriebs (going concern), so ist sicherzustellen, dass die Bank die Bewilligungsvoraussetzungen wieder einhält (Art. 29 BankG), namentlich, dass sie wieder über ausreichend Eigenkapital verfügt. Ist Ziel demgegenüber die Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen (Art. 30 BankG), so dient der Bail-in der Finanzierung einer ordentlichen Abwicklung beispielsweise durch Kapitalisierung einer Brückenbank. Die knappe gesetzliche Regelung des Bail-in wird in den Art. 47–50 der Bankeninsolvenzverordnung der FINMA (BIV-FINMA) konkretisiert und weiter ausgeführt. Unter dem Titel «Kapitalmassnahmen» legt die Verordnung Grundsätze für die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital fest (Art. 48 f. BIV-FINMA) und umschreibt den Kreis der Forderungen, die Gegenstand eines Bail-in sein können (Art. 49 BIV-FINMA). Nach Art. 31 Abs. 3 BankG kommt ein Bail-in nur in Betracht, wenn «eine

¹¹¹ Der Begriff Bail-out (englisch aus der Klemme helfen) bzw. Rettungsschirm bezeichnet in den Wirtschaftswissenschaften den Vorgang der Schuldenübernahme und Tilgung oder Haftungsübernahme durch Dritte, insbesondere durch den Staat oder staatliche Institutionen, im Fall einer Wirtschafts-, Finanz- oder Unternehmenskrise; vgl. *Hans Kuhn* (2014) 444; *Grünewald/Weber* (2013) 555.

¹¹² Dazu *Schiltknecht/McHale* (2012) 507 ff.; *Lukas Glanzmann* (2011) 489 ff.; *Hans Kuhn* (2014) 444 f.

¹¹³ *Hans Kuhn* (2014) 445; *Grünewald/Weber* (2013) 560.

Insolvenz der Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden [kann]». Der Bail-in ist also eine *subsidiäre* Massnahme.¹¹⁴

- **Bankenkonzurs:** Die Bestimmungen im Bankengesetz zum Bankenkonzurs berücksichtigen unabhängig vom Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) die Besonderheiten des Verfahrens und die speziellen Interessen der betroffenen Gläubiger. So wird der Bankenkonzurs allein durch die FINMA und nicht durch eine richterliche Behörde angeordnet. Damit wird auch eine bis zur vollständigen Liquidation anhaltende Aufsicht der FINMA gewährleistet.¹¹⁵ Das Verfahren des Bankenkonzurses wird in der Verordnung der FINMA über den Konkurs von Banken und Effekthändlern (BKV-FINMA) näher geregelt.
- **Einlegerschutz:** Im Konkursfall einer Bank werden die Einlagen basierend auf einem dreistufigen System geschützt: Erstens werden privilegierte Einlagen sofort aus der vorhandenen Liquidität der konkursiten Bank ausbezahlt. Sollten die verfügbaren liquiden Mittel nicht zur Deckung aller privilegierten Einlagen ausreichen, kommt für die privilegierten Einlagen in einem zweiten Schritt die Einlagensicherung zum Zug. Drittens werden schliesslich die privilegierten Einlagen im Konkursfall bevorzugt und gleichzeitig mit den anderen Forderungen der zweiten Konkursklasse gemäss Art. 219 SchKG beglichen.

Um bei einem Bankenkonzurs den Kunden einen grundsätzlichen Schutz zu gewähren, hat der Gesetzgeber in Art. 37a BankG vorgesehen, dass Einlagen bei einer Bank im Fall ihres Zusammenbruchs bis CHF 100'000 pro Einleger gegenüber den Forderungen der übrigen Gläubiger privilegiert werden. Die Privilegierung bedeutet, dass diese Einlagen vorab und ausserhalb der Kollokation sowie unter Ausschluss jeglicher Verrechnung aus den Aktiven der konkursiten Bank und damit vor den Forderungen der übrigen (nicht privilegierten) Gläubiger sofort befriedigt werden.

Die Banken müssen im Umfang von 125% ihrer privilegierten Einlagen ständig inländisch gedeckte Forderungen oder übrige in der Schweiz gelegene Aktiven halten. Für die Sicherung der privilegierten Einlagen nach Art. 37a Abs. 1 BankG haben die Schweizer Banken und Effekthändler eine Vereinbarung über die Einlagensicherung unterzeichnet und sind damit ihrem gesetzlichen Auftrag entsprechend nachgekommen.¹¹⁶ Der Maximalbetrag für die gesamthaft ausstehenden Beitragsverpflichtungen wurde auf CHF 6 Mia. festgesetzt.¹¹⁷

¹¹⁴ Hans Kuhn (2014) 447.

¹¹⁵ Abegg/Geissbühler/Haefeli/Huggenberger/Larumbe (2019) 367.

¹¹⁶ Art. 37h BankG.

¹¹⁷ Art. 37h Abs. 3 Bst. b BankG; vgl. Abegg/Geissbühler/Haefeli/Huggenberger/Larumbe (2019) 371.

Am 17. Dezember 2021 hat das Parlament sodann eine *weitere Stärkung des Einlegerschutzes* verabschiedet.¹¹⁸ Demnach wird der Einlegerschutz im Wesentlichen in drei Bereichen noch weiter verbessert:¹¹⁹

- *Schnellere Auszahlung*: Die Frist zur Auszahlung der gesicherten Kundenguthaben (CHF 100'000 pro Kunde und Bank) über das Einlagensicherungssystem wird mit dem angepassten Bankengesetz auf sieben Arbeitstage verkürzt.
- *Erhöhte Sicherheit*: Die Beiträge der Banken an das Einlagensicherungssystem werden von festen CHF 6 Mrd. auf dynamische 1.6% aller gesicherten Einlagen systemweit, also auf rund CHF 7.4 Mrd. erhöht.
- *Stärkung des Finanzierungssystems*: Banken werden neu die Hälfte des Betrages von rund CHF 7.4 Mrd. durch eine Hinterlegung von Wertschriften oder Schweizer Franken bei einer Verwahrungsstelle sicherstellen.

206 Vor dem Hintergrund dieser bereits relativ weitreichenden Schutzvorschriften im Bankenaufsichtsrecht des Bundes ist zumindest fraglich, ob es zweckmässig und sinnvoll wäre, wenn der Kanton im Kantonalbankgesetz für «seine» Kantonalbank und (indirekt) auch für die von ihr kontrollierte radicant AG zusätzliche Schutz- oder Eigenmittelunterlegungsvorschriften aufstellen würde. Jedenfalls in Bezug auf die radicant AG wäre der gesetzgeberische Handlungsspielraum auch relativ eng, und eine entsprechende Regelung müsste sich eher auf allgemeiner Grundsätze beschränken (wie etwa: «*Die BLKB verfügt über eine gesunde Eigenmittelausstattung, welche die Grundlage für weitere Wertschöpfungen bildet und zur Risikoreduktion sowie zur Wahrung der strategischen Handlungsfähigkeit beiträgt ...*»).

3. Alternative einer «Eignerstrategie» der BLKB in Bezug auf den Umgang mit ihren Tochtergesellschaften

207 Es ist sodann der Frage nachzugehen, ob es unter dem Aspekt der Begrenzung des Haftungsrisikos eventuell zielführend wäre, wenn der Gesetzgeber die BLKB verpflichten würde, in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften ebenfalls eine «Eignerstrategie» mit bestimmten, potenziell haftungsbegrenzenden Eckwerten zu definieren.

208 Gemäss § 4 Abs. 1 PCGG besteht für jede Beteiligung des Kantons eine langfristig ausgerichtete Eigentümerstrategie. Die Eigentümerstrategie beinhaltet gemäss § 7 Abs. 2 PCGG insbesondere die folgenden Punkte:

¹¹⁸ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) (Insolvenz und Einlagensicherung), BBl 2021 3001 ff. Die Referendumsfrist ist am 7. April 2022 ungenutzt abgelaufen. Der Bundesrat wird das Inkrafttreten bestimmen.

¹¹⁹ Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuternder Bericht zur Änderung des BankG (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 8. März 2019, 7 ff., 22 ff., 60 f. Vgl. dazu *Sethe/Fahrländer* (2019) 639 ff.

- «a. Zielsetzungen an die Beteiligung des Kantons mit Bezug auf ihre Strategie, Wirtschaftlichkeit, Risikomanagement, Organisation und Berichterstattung;
- b. das beabsichtigte Vorgehen des Kantons mit Bezug auf die Beteiligung;
- c. sofern keine separate Leistungsvereinbarung abgeschlossen wird: Vorgaben betreffend Leistungserbringung oder Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Beteiligung;
- d. Begründung von Ausnahmen gemäss §§ 5 und 6.»

- 209 Die Eigentümerstrategie gibt unter Vorbehalt abweichender übergeordneter Regelungen die *Leitlinien der Unternehmensstrategie* vor.¹²⁰
- 210 Eine klare, schriftlich formulierte «Eignerstrategie» in diesem Sinne könnte grundsätzlich auch für die BLKB in Bezug auf ihre Beteiligung an Tochtergesellschaften zweckmässig sein. In der Praxis wird freilich zumindest bei Konzernstrukturen in der Regel auf eine solche verzichtet, weil sich die Aufgaben und Zielsetzungen aufgrund der Einbindung der Tochtergesellschaft in einen grösseren Verbund an der Konzernstrategie ausrichten müssen und deshalb typisch eigenständige Entscheidungsmöglichkeiten insoweit reduziert werden. Gerade deshalb kann es jedoch sinnvoll sein, dass der Auftrag und damit verbunden auch die Leitplanken der Tochtergesellschaft im Rahmen einer klar definierten «Eignerstrategie» vorgegeben werden.
- 211 Bei Tochtergesellschaften, die – wie die radicant AG – als Aktiengesellschaften gemäss Art. 620 ff. OR konstituiert sind, hätte eine «Eignerstrategie» freilich keine rechtlich verbindliche Wirkung. Hier enthält das Aktienrecht, wie bereits erwähnt, an sich eine abschliessende Ordnung, in die durch einen kantonalen öffentlich-rechtlichen Erlass nicht direkt eingegriffen werden kann. Die «Eignerstrategie» dient dem Eigner vielmehr als Grundlage für die Ausübung seiner Rechte sowie für die Instruktion seiner Vertreter im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft. Sie zeigt dem Verwaltungsrat unmissverständlich auf, welche Absichten der Haupt- bzw. Mehrheitsaktionär mit seiner Beteiligung verfolgt, und an welchen Ergebnissen dieser den Verwaltungsrat messen wird.¹²¹ Sie setzt die Rahmenbedingungen und ermöglicht es dem Eigner, seine Vorstellungen bezüglich Führung, Steuerung, Kontrolle und Umsetzung der Eigentümerstrategie etc. festzuschreiben.

¹²⁰ § 4 Abs. 3 PCGG. Vgl. auch *Regierungsrat SG* (2011) 24; *Regierungsrat AG* (2013) 16; *Regierungsrat ZH* (2014) 20; vgl. eingehend *Daniel Piazza* (2006), 3 ff.; *ders.* (2012) 98 f.

¹²¹ Vgl. etwa Erläuterung des Regierungsrates Basel-Stadt zu § 12 PCG-Richtlinien.

III. Zwischenergebnis zur zweiten Frage der Beschränkung der Haftungsrisiken der BLKB in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften

- 212 Unter den Titeln «*Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit*» und «*Haftung aus unerlaubter Handlung infolge Doppelorganschaft*» könnte die BLKB ihr Haftungsrisiko für die radicant AG freilich am stärksten reduzieren, indem sie trotz 100%-Beteiligung oder einer allfälligen späteren Mehrheitsbeteiligung ihren Leitungsanspruch in Bezug auf die radicant AG aufgeben und diese sozusagen aus dem Konzernverbund «entlassen» würde, indem sie diese künftig als reine *Finanzbeteiligung* betrachten und sich auf die Wahrnehmung ihrer Rechte als Allein- oder Mehrheitsaktionärin namentlich in den Generalversammlungen der radicant AG beschränken würde. Dies würde allerdings nicht nur wesentliche *Veränderungen der Organisationsstruktur* (Verzicht auf Integration der Konzernleitungsorgane in die Führungsorganisation und Kompetenzordnung der radicant AG sowie Verzicht auf Entsendung von «Vertretern» in den Verwaltungsrat der radicant AG bzw. die Doppelorganschaft), sondern wohl auch eine *Anpassung der Digitalisierungs- und Nachhaltigkeitsstrategie*, welche die BLKB speziell mit der Gründung der radicant AG ins Auge gefasst hat, voraussetzen und bewirken, dass die BLKB auf die im Konzernverbund mit der radicant AG über den Rahmenvertrag und die Dienstleistungsverträge genutzten Synergien verzichten müsste.
- 213 Solange die radicant AG aber *im BLKB-Konzern integriert* bleiben soll und konzernintern auch weiterhin gewisse Synergien genutzt werden sollen, besteht für eine Beschränkung des Haftungsrisikos aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit an sich wenig Handlungsspielraum. Das Element, welches haftungsbegründend sein kann, die «*faktische Organschaft*», ist ja letztlich begriffsnotwendig gerade konstitutives Merkmal des Konzerns: Zieht die BLKB als Muttergesellschaft gewisse Aufsichts- und Führungskompetenzen an sich, um eine *einheitliche Leitung* im Konzerninteresse sicherzustellen, so wird sie dies zwangsläufig nur durch eine gewisse *organtypische Einflussnahme* auf die Geschäftsführung der radicant AG machen können; dadurch aber wird gerade die ihr zugerechnete potentiell haftungsbegründende *faktische Organstellung* begründet.
- 214 Dennoch besteht *auch bei einer Beibehaltung der Konzernierung und Wahrnehmung der einheitlichen Konzernleitung* seitens der BLKB durchaus die Möglichkeit eines das Haftungsrisiko mindernden Verhaltens:
- **Zurückhaltende Einflussnahme auf die Geschäftsführung der radicant AG:** Die BLKB könnte die Angriffsfläche für mögliche direkt gegen sie als «*faktisches Organ*» der radicant AG gerichtete Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit dadurch gering halten, dass die Organe der BLKB nicht direkt Einfluss auf die Geschäftsführung der radicant AG nehmen, sondern sich vielmehr darauf beschränken, *als Eigner gewisse strategische Vorgaben machen* und «ihren Vertretern» im Verwaltungsrat der radicant AG ihre eignerpolitischen

Erwartungen mitzuteilen. Diese sollten – immer aus haftungsrechtlicher Sicht – eher *allgemein* gehalten sein und sich auf die zu erreichenden *Konzernziele* und *generelle Verhaltensleitlinien* beschränken.

- **Noch konsequentere personelle Entflechtung der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane der BLKB und der radicant AG:** Die obersten Führungsorgane des Konzerns bzw. der BLKB könnten *personell noch konsequenter von derjenigen der BLKB «entflochten»* werden, indem die BLKB auf die Doppelorganschaft eines ihrer Bankratsmitglieder in der Funktion des Präsidenten des Verwaltungsrates bei der radicant AG verzichtet und stattdessen beispielsweise ein Mitglied der Geschäftsleitung der BLKB lediglich als ordentliches Mitglied (oder Vizepräsident) in den Verwaltungsrat der radicant AG entsendet, welches weiterhin eine gewisse «Bindeglied»-Funktion zur BLKB aufrechterhalten könnte. Indem das Präsidium der radicant AG mit einer von der BLKB unabhängigen Persönlichkeit besetzt wäre, würde die radicant AG insbesondere auch nach Aussen ein noch stärkeres Signal der Unabhängigkeit setzen.
- **Sicherstellung der Solvabilität und minimalen Eigenwirtschaftlichkeit der Tochtergesellschaften:** Die rechtliche Analyse hat ergeben, dass für die BLKB in Bezug auf ihre 100%-Beteiligung an der radicant AG ein Risiko, aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit in die Haftung genommen zu werden, eigentlich nur von Seiten der Gläubiger besteht, und dieses manifestiert sich in der Regel nur im Konkurs. Daher ist unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit durch eine angemessene Überwachung («Konkursradar» im Rahmen des Beteiligungsmanagements) insbesondere sicherzustellen, dass die radicant AG zahlungsfähig bleibt und die erforderliche Liquidität vorhanden ist. Dies verlangt Vorsicht vor allem auch bei der konzerninternen Darlehensgewährung oder auch bei einem allfälligen «cash pooling» im Konzern. Übermässige finanzielle Risiken, einschliesslich Haftungsrisiken der Konzerngesellschaften, sind möglichst zu vermeiden.¹²²

215 Ein denkbares Haftungsrisiko vermöchte sodann, wie dargelegt, auch der Tatbestand der **«Haftung aus Konzernvertrauen»** zu begründen. Dieses Risiko kann insoweit *reduziert* werden, als sowohl die BLKB als auch die radicant AG in ihrem *Marktauftritt* und in sämtlichen öffentlich zugänglichen Geschäftsunterlagen nicht durch die Verwendung gemeinsamer Logos oder Slogans den Eindruck erwecken, die radicant AG sei letztlich nur ein «verlängerter Arm» der BLKB und diese sei aufgrund ihrer finanziellen und personellen Verflechtung mit der radicant AG Garantin oder Solidarbürgin für deren Verbindlichkeiten.

216 Schliesslich ist in diesem Zusammenhang immerhin noch auf den Aspekt des *immanenten Reputationsrisikos* hinzuweisen. Selbst wenn das Risiko der BLKB, für die Schulden der radicant AG haftbar gemacht zu werden, unter rechtlichen Gesichtspunkten insgesamt eher als gering einzu-

¹²² Vgl. Peter Forstmoser (2010) 33; Karl Hofstetter (2003) 317; Christoph B. Bühler (2018) 1013.

stufen ist, könnte sich die BLKB im Schadenfall plötzlich dem Anspruch der Öffentlichkeit ausgesetzt sehen, sie habe für schadenstiftende Handlungen oder Unterlassungen der Organe der radicant AG einzustehen. Der Markt und die Öffentlichkeit reagieren bekanntlich seit «Swissair» und anderen Ereignissen schärfer als früher auf Reputationsprobleme – weitgehend unbekümmert darum, ob die Betroffenen nun letztlich «unverdient» oder «verdient» hineingezogen werden. Gegen dieses Reputationsrisiko kann sich die BLKB freilich kaum schützen. Immerhin kann die BLKB der Begründung falscher Erwartungshaltungen bei den betroffenen Anspruchsgruppen entgegenwirken, indem sie in Bezug auf ihr Verhältnis zur radicant AG und ihren diesbezüglichen Verpflichtungen proaktiv für möglichst weitgehende *Transparenz* sorgt.

- 217 Der Kanton kann durch einschränkende Vorschriften **im Kantonalbankgesetz nicht direkt** in die aktienrechtliche Regelung der Organisation, des Kapitals und der Haftungsverhältnisse der als rein privatrechtliche Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR konstituierten radicant AG eingreifen; er kann der BLKB jedoch *bestimmte Auflagen* für den Umgang mit ihren Beteiligungen machen und diese dazu verpflichten, die Einhaltung bestimmter *risikobegrenzender Rahmenbedingungen*, die gemäss Kantonalbankgesetz für sie selbst gelten, auch bei der von ihr kontrollierten Unternehmen, wie der radicant AG, durchzusetzen. So könnte die BLKB im Kantonalbankgesetz verpflichtet werden, *darauf hinzuwirken*, dass die Auflagen hinsichtlich der Übereinstimmung mit dem öffentlichen Interessen sowie dem Zweck und dem Interesse der BLKB, zur Einschränkung des Eigenhandels und besonders riskanter Geschäfte sowie zur organisatorischen Ausgestaltung der Führung und Kontrolle (Corporate Governance) auch von ihren Tochtergesellschaften eingehalten werden. Die BLKB hätte diese Auflagen dann *mit den Mitteln des Aktienrechts* (Wahrnehmung der Aktionärsrechte, Vertretung in den Organen der Tochtergesellschaft, Erteilung von Konzernweisungen etc.) durchzusetzen.
- 218 Alternativ oder kumulativ könnte eine gewisse Einschränkung der Haftungsrisiken eventuell auch über die Verpflichtung zur Verabschiedung einer «*Eignerstrategie*» *seitens der BLKB* in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften oder spezifisch in Bezug auf die radicant AG erreicht werden. Die Eignerstrategie würde der BLKB dabei als Grundlage für die Ausübung ihrer Rechte sowie für ihre allgemeine Erwartungshaltung gegenüber ihren «Vertreter» im Verwaltungsrat insbesondere der radicant AG dienen und klar aufzeigen, welche Absichten die BLKB mit ihrer Beteiligung verfolgt. Sie könnte ausserdem analog zum Gesetz über die Beteiligungen des Kantons in Bezug auf die BLKB die Rahmenbedingungen bezüglich Führung, Steuerung und Kontrolle ihrer Tochtergesellschaften festlegen.

Gutachterfrage 3: Auswirkung der Konzernhaftung der BLKB auf die Staatsgarantie des Kantons und deren Beschränkbarkeit

Besteht die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft auch für allfällige Verbindlichkeiten der BLKB aus der Beteiligung an der radicant AG? Falls ja: Kann die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft für die BLKB in Bezug auf solche Verbindlichkeiten beschränkt werden, indem ins Kantonalbankgesetz diesbezüglich bestimmte Vorgaben aufgenommen werden?

- 3.1 Welches sind die rechtlichen Rahmenbedingungen und der Umfang der Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft in Bezug auf die Verbindlichkeiten der BLKB?
- 3.2 Inwieweit lässt sich die Staatsgarantie in Bezug auf allfällige Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften oder aus Konzernhaftung beschränken?
- 3.3 Kann die Staatsgarantie des Kantons für allfällige Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften ausgeschlossen werden, indem im Kantonalbankgesetz festgehalten wird, dass für Tochtergesellschaften der BLKB keine Staatsgarantie besteht

I. Vorbemerkung

219 Soweit sich nach dem Ergebnis der vorstehenden rechtlichen Überlegungen zulasten der BLKB aufgrund der Einbindung der radicant AG in den BLKB-Konzern Haftungsansprüche Dritter ergeben können, stellt sich als Nächstes die Frage, ob für solche Verbindlichkeiten der BLKB die *Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft* gemäss § 4 KBG BL besteht und – falls ja – ob die Staatsgarantie diesbezüglich im Kantonalbankgesetz ausgeschlossen oder beschränkt werden kann.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen der Staatsgarantie

A. Begriff und Zweck der Staatsgarantie

220 Es besteht keine allgemeingültige und gesamtschweizerische Definition des Begriffs der Staatsgarantie. Der überwiegende Teil der Lehre ist sich in Bezug auf den Begriff der Staatsgarantie in seiner Gesamtheit im Unklaren.¹²³ Erschwerend kommt dazu, dass bei der Begriffsbestimmung auch Fragen rund um die sog. *faktische oder implizite Staatsgarantie* zu berücksichtigen sind.¹²⁴

221 Einigkeit besteht zwar in einzelnen Punkten, so insbesondere hinsichtlich Ziel und Zweck der Staatsgarantie: Nach einhelliger Auffassung ist die Staatsgarantie ein *Instrument des Gläubigerschutzes*. Der Kanton als Garantiegeber hat für die Zahlungsfähigkeit seiner Kantonalbank einzustehen. Er hat sicherzustellen, dass die Gläubiger, namentlich die Bankkunden, bei finanziellen

¹²³ Vgl. Peter Nobel (1994) 1558; Andreas Vögeli (2009) 71; Othmar Strasser (2013) N. 47.

¹²⁴ Vgl. dazu nachstehend Rz. 267.

Schwierigkeiten der Kantonbank am Ende nicht zu Verlust kommen.¹²⁵ Vor dem Hintergrund ihrer einlegerschützenden Wirkung könne die Staatsgarantie auch als *besondere Form der Einlagensicherung* oder als *alternatives Mittel zur Einlagensicherung* angesehen werden, erstreckt sich der Deckungsbereich der Staatsgarantie doch im Unterschied zur Einlagensicherung in der Regel auf *sämtliche Verbindlichkeiten der Bank*, ohne Einschränkungen hinsichtlich einer Forderungskategorie oder eines Haftungsbetrags.¹²⁶

B. Zuständigkeit der Kantone zur Regelung ihrer Staatsgarantie

222 Mit der Revision des Bankengesetzes im Jahre 1999 wurde die Staatsgarantie, wie erwähnt, als konstitutives Begriffsmerkmal für Kantonbanken aufgehoben. Seither steht es den Kantonen somit frei, darüber zu entscheiden, ob sie für ihre Kantonbank eine Staatsgarantie vorsehen wollen oder nicht und, falls ja, *in welchem Umfange*. Mit der Flexibilisierung der Staatsgarantieregelung auf Bundesebene wurde der Spielraum der Kantone für die Ausgestaltung ihrer Kantonbanken erweitert und die Regelung dieser Frage den Kantonen als Garanten überlassen.¹²⁷

223 Wie die Beispiele der Kantone Bern, Solothurn, Jura und Appenzell-Ausserrhoden zeigen, übernehmen die Kantone mit der Gewährung der Staatsgarantie ein erhebliches Risiko, welches letztlich die Steuerzahler tragen; letztere haben aber nur einen begrenzten Einfluss auf die von ihnen zu tragenden Risiken. Diese bis zur Revision des Bankengesetzes bestehende Konstellation war stossend. Die Gewährung sowie die Bestimmung von Inhalt und Umfang der Staatsgarantie wurde daher neu den *Kantonen* überlassen. Heute ist die Staatsgarantie somit ein *nach dem kantonalen Recht* zu bestimmendes Institut.¹²⁸

C. Umfang der Staatsgarantie

224 In der Lehre wird in Bezug auf den Umfang der Staatsgarantie grundsätzlich unterschieden zwischen einer unbeschränkten und einer beschränkten Haftung:

¹²⁵ Vgl. *Peter Nobel* (1994) 1558; *Bundesrat* (1995) 3; *Regierungsrat LU* (1999) 17; *Othmar Strasser* (2013) Art. 3a N. 47; *Andreas Vögeli* (2009) 69 und 71.

¹²⁶ *Kurt Amsler* (2002) 978; *Andreas Vögeli* (2009) 69; aber auch *Peter Nobel* (1996) 229, wonach die Staatsgarantie zu den Einlagensicherungssystemen gehöre.

¹²⁷ vgl. *Bundesrat* (1998) 3863; *Regierungsrat LU* (1999) 17; *Gaudenz Schwitter* (2000) 111 f.; *Regierungsrat AG* (2001) 20; *Pedernana/Piazza* (2004) 24 f.; *Regierungsrat AG* (2008) Beilage 1, 12; *Regierungsrat BS* (2013) 25.

¹²⁸ Vgl. *Bundesrat* (1998) 3864.

1. Unbeschränkte Staatsgarantie

225 Garantiert der Kanton eine unbeschränkte Staatsgarantie, so erstreckt sich deren Deckungsreich auf *sämtliche Verbindlichkeiten der jeweiligen Kantonalbank*. Dabei unterstellt ein Teil der Lehre dieser Deckung sowohl die Verbindlichkeiten aus Vertrag als auch diejenigen aus Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung. Auch die Zuordnung der Verbindlichkeiten zum bilanzwirksamen oder indifferenten Geschäftsbereich spiele dabei keine Rolle.¹²⁹ Demgegenüber beschränkt eine andere Meinung die Staatsgarantie auf *freiwillig* bzw. vertraglich eingegangene Verpflichtungen und schliesst solche aus Delikt aus.¹³⁰

226 Die unbeschränkte Staatsgarantie kann weiter unterteilt werden in eine *primäre* und eine *subsidiäre* Form:¹³¹

a) Primäre Staatsgarantie

227 Eine (unbeschränkte) primäre Staatsgarantie bedeutet, dass der Kanton die *Haftung ohne Einschränkungen für alle Verbindlichkeiten der Bank* übernimmt. Dabei fehlt ein Hinweis auf den Nachgang der Haftung nach dem Eigenkapital. Die Gläubiger können bereits im Zeitpunkt, in welchem die Insolvenz der entsprechenden Kantonalbank offenkundig geworden ist, Anspruch auf Entschädigung geltend machen, nicht erst nach Vollstreckung in deren Aktiven oder deren Liquidation. Jeder Gläubiger hat damit entweder den Anspruch auf Ersatz seines Ausfalls oder auf Nachschuss genügender Mittel durch den Kanton an die sanierungsbedürftige Kantonalbank.

228 Teilweise wird die Vermutung geäussert, dass der Begriff der primären Staatsgarantie lediglich ungenau redigiert sei und es sich in Tat und Wahrheit ebenfalls um eine subsidiäre Haftung handle, so wie sie die meisten Kantone kennen würden.¹³² Gegen eine solche Annahme wird insbesondere vorgebracht, dass sich die Kantone in der Schaffung ihrer Kantonalbankgesetze gegenseitig als Vorbilder gedient hätten. So habe namentlich das Gesetz des Kantons Zürich, welches eine subsidiäre Staatsgarantie vorsehe, eine Vorlage geliefert. Dass die sich an dieses Zürcher Gesetz anlehenden Kantone die Subsidiarität der Staatsgarantie zum Teil gerade nicht übernommen hätten, spreche dafür, dass eine andere Regelung ausdrücklich gewollt gewesen sei.¹³³

¹²⁹ Vgl. *Stefan Gerber* (1993) 34; *Jürg Bühlmann* (1996) 152; *Regierungsrat LU* (1999) 18; *Dieter Zobl* (2001) 528 f.; *Andreas Vögeli* (2009), 71.

¹³⁰ Vgl. *Blaise Knapp* (1989) 476; *Commission ad hoc GE* (1993) 1687.

¹³¹ Vgl. statt vieler *Geiger/Kräuchi* (2003) 1 f.

¹³² Vgl. *Karl Obrecht* (1936) 142.

¹³³ Vgl. zum Ganzen *Karl Obrecht* (1936) 142 f.

b) Subsidiäre (auch sekundäre) Staatsgarantie

229 Die überwiegende Mehrheit der Kantone¹³⁴ sieht für ihre Kantonalbanken eine (unbeschränkte) *subsidiäre* Staatsgarantie vor. Demnach tritt der Kanton für die Verbindlichkeiten seiner Kantonalbank erst ein, wenn deren eigene Mittel diese nicht mehr zu decken vermögen. Der Kanton soll *erst nach erfolgter Vollstreckung* in die Aktiven der Bank oder nach deren Liquidation zahlen. Diese Form der Staatsgarantie sieht auch der Kanton Basel-Landschaft gemäss § 4 Abs. 1 KBG BL vor:

«Der Kanton haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen. [...]».

2. Beschränkte Staatsgarantie

230 Während die Staatsgarantie unter altem Recht – abgesehen von den historischen Ausnahmen Genf und Waadt – noch eine *vollumfängliche* zu sein hatte,¹³⁵ steht es den Kantonen heute, wie erwähnt, frei, über den Umfang ihrer Staatsgarantie zu entscheiden. Die Kantone können ihr Garantieverprechen also auch *einschränken*. Dabei wird vor allem an Einschränkungen in Bezug auf gewisse Forderungs- oder Kundenkategorien (z.B. Haftung nur für Sparguthaben oder für Kassenobligationen oder nur für Privatkunden) oder einen vorbestimmten Haftungsbetrag gedacht.¹³⁶

231 Eine derartige Beschränkung der Staatsgarantie fand sich etwa im *Kanton Genf*: Die Banque Cantonale de Genève garantierte ausschliesslich die Rückzahlung von Spareinlagen und Pensionskassengeldern durch die öffentliche Hand. Die genaue Organisation dieser Beschränkung ist im *Règlement concernant la garantie accordée aux dépôts d'épargne auprès de la Banque cantonale de Genève* vom 10. November 1993 geregelt.¹³⁷ Darin wird die Staatsgarantie auf CHF 500'000 pro Einleger und auf CHF 3'000'000 pro Pensionskasse limitiert.¹³⁸ Per Ende 2016 wurde die Staatsgarantie des Kantons Genf dann definitiv aufgehoben.

232 Bis zu deren Abschaffung per 31. Dezember 2012 kannte auch der *Kanton Bern* eine beschränkte Staatsgarantie. Die Staatsgarantie in Bezug auf die Berner Kantonalbank wurde bereits am 1. Januar 2006 auf Spargelder gemäss Bankenverordnung bis CHF 100'000 je Gläubiger und für Anleihen gemäss Bankenverordnung reduziert.

¹³⁴ Von den Kantonen, welche die Staatsgarantie nicht abgeschafft haben, sehen einzig die Kantone Freiburg, Neuenburg und Wallis noch eine primäre Staatsgarantie vor. Alle anderen Kantone kennen eine subsidiäre Staatsgarantie.

¹³⁵ Vgl. *Marc Russenberger* (1988) 54 ff.; *Peter Nobel* (1994) 1558 m.w.N.; *Bundesrat* (1995) 13 und 29.

¹³⁶ Vgl. *Regierungsrat BL* (2003) 15; *Regierungsrat SG* (2004) 8; *Regierungsrat OW* (2005) 6; *Andreas Vögeli* (2009) 71; vgl. dazu auch *Jürg Bühlmann* (1996) 75.

¹³⁷ Règlement GE.

¹³⁸ Vgl. Art. 3 Règlement GE.

233 Diverse Kantone erklären sodann in ihren Kantonalbankgesetzen nach wie vor ausdrücklich, dass nachrangige Anleihen, das Aktienkapital, das Partizipationskapital oder nachrangige Verbindlichkeiten von der Staatsgarantie ausgenommen sind.¹³⁹ Auch der Kanton Basel-Landschaft enthält in § 4 Abs. 1 Satz 2 KBG BL eine entsprechende Regelung:

«Das Zertifikatskapital ist von der Staatsgarantie ausgenommen.»

234 Nach überwiegender Auffassung fallen *nachrangige Anleihen, Aktienkapital, Partizipationsscheine* sowie *nachrangige Verbindlichkeiten* weder unter die beschränkte noch unter die unbeschränkte Garantie des Kantons. Diese werden nämlich den *Eigenmitteln* der Bank zugerechnet und partizipieren somit am unternehmerischen Risiko, weshalb sie nicht mehr als Verbindlichkeiten der Bank gelten.¹⁴⁰ Werden also nachrangige Anleihen, das Aktien- oder Partizipationskapital oder nachrangige Verbindlichkeiten von der Staatshaftung explizit ausgeklammert, handelt es sich somit nach der herrschenden Lehre und Praxis *nicht* um eine eigentliche Beschränkung der Staatsgarantie.

¹³⁹ Vgl. z.B. § 2 Abs. 2 KBG-BS, Art. 5 Abs. 2 KBG-GL, Art. 5 Abs. 2 KBG-GR, Art. 6 Abs. 2 KBG-NW.

¹⁴⁰ Vgl. *Regierungsrat BS* (1994), Kommentar zu § 2 KBG, 2; *Marc Russenberger* (1995) 3; *Bundesrat* (1995) 13 und (1998) 3874; *Dieter Zobl* (2001) 528 f.; *Andreas Vögeli* (2009) 71 f.; vgl. auch *Eidgenössische Bankenkommision* (1990) 36 und (1992) 37 f., wonach die Nachrangigkeit eine reine Fiktion darstelle, soweit die nachrangigen Forderungen durch die Staatsgarantie abgedeckt würden.

3. Überblick über die aktuellen Ausgestaltungen der Staatsgarantie bei den Kantonalbanken und deren Rechtsform

235 Derzeit zeigt sich hinsichtlich der Ausgestaltung der Staatsgarantie und Rechtsform in der Kantonalbanken-Landschaft im Überblick das folgende Bild:¹⁴¹

Tabelle 1: Übersicht über die Kantonalbanken nach Ausgestaltung der Rechtsform und der Staatsgarantie

Staatsgarantie	Rechtsform				
	Selbstständige Anstalt		Aktiengesellschaft		
	ohne Partizipationskapital	mit Partizipationskapital	privatrechtlich	gemischt-wirtschaftlich	spezialgesetzlich
primär	Freiburg*, Neuenburg*				Wallis
subsidiär – ohne Einschränkungen	Appenzell Innerrhoden, Schaffhausen	Thurgau	Luzern		Jura, Zug
subsidiär – mit Einschränkungen	Aargau, Schwyz, Tessin*, Uri*, Zürich	Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Graubünden, Nidwalden, Obwalden		St. Gallen	Glarus
keine Garantie			Bern		Genf, Waadt

* In diesen vier Kantonen besteht gemäss Kantonalbank-Gesetz die Möglichkeit, Partizipationskapital auszugeben. Bis heute wurde davon aber kein Gebrauch gemacht.

III. Umfang der Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft in Bezug auf die BLKB

A. Regelung nach geltendem Kantonalbankgesetz

236 Der Kanton Basel-Landschaft hat seine Staatsgarantie in § 4 KBG BL heute wie folgt geregelt:

«Staatsgarantie

¹ *Der Kanton haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen. Das Zertifikatskapital ist von der Staatsgarantie ausgenommen.*

² *Die Bank leistet dem Kanton für die Staatsgarantie eine Abgeltung. Der Regierungsrat regelt das Nähere.»*

237 Damit hat der Gesetzgeber, wie in der überwiegenden Mehrheit der Kantone, für den Kanton Basel-Landschaft eine sogenannt *subsidiäre Staatsgarantie* normiert. Dabei tritt der Kanton für die Verbindlichkeiten seiner Kantonalbank erst ein, wenn deren eigene Mittel diese nicht mehr zu

¹⁴¹ Auszug aus: *Regierungsrat AG* (2019) 12.

decken vermögen. Der Kanton soll *erst nach erfolgter Vollstreckung* in die Aktiven der Bank oder nach deren Liquidation zahlen.

- 238 Die Staatsgarantie der BLKB ist sodann grundsätzlich eine *unbeschränkte*, d.h. deren Deckungsbereich erstreckt sich auf *alle Verbindlichkeiten* der Kantonbank, ungeachtet ihres allfälligen Ursprungs aus Vertrag, Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung sowie der Zuordnung zum bilanzwirksamen oder indifferenten Geschäftsbereich. Die Staatsgarantie der BLKB ist mithin nicht beschränkt auf gewisse Forderungskategorien oder auf einen vorbestimmten Haftungsbetrag¹⁴². Einzig das Zertifikatskapital wird in § 4 Abs. 2 KBG BL explizit von der Staatsgarantie ausgenommen.

B. Umfang der Haftung «für alle Verbindlichkeiten der Bank»

- 239 Nach heute wohl überwiegender Auffassung gilt die Staatsgarantie als spezialgesetzlich festgeschriebene, öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Kantons gegenüber seiner Kantonbank ausschliesslich für die *Verbindlichkeiten der jeweiligen Kantonbank selber*. Nicht unter die Staatsgarantie fallen demgegenüber Verbindlichkeiten allfälliger Tochtergesellschaften der Kantonbank. Dieser in § 5 Abs. 1 Satz 2 des Aargauer Kantonbankgesetzes, Art. 4 Satz 2 des Tessiner Kantonbankgesetzes und § 9 Abs. 2 lit. c und d des Gesetzes über die Basler Kantonbank explizit festgehaltene Grundsatz beansprucht nach der hier vertretenen Auffassung auch Geltung für den Kanton Basel-Landschaft, obwohl das geltende KBG BL diesbezüglich noch keine entsprechende Regelung enthält. In diesem Sinne hielt der Regierungsrat des Kantons Zürich im Zusammenhang mit dem Erwerb der Privatinvest Bank [PIAG] Salzburg durch die Zürcher Kantonbank fest, dass die Staatsgarantie nur Verbindlichkeiten der Zürcher Kantonbank, also der Muttergesellschaft, nicht auch jene von Tochtergesellschaften erfasse. Die Verbindlichkeiten einer Tochtergesellschaft könnten nur unter den strengen Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für Haftung aus Konzernvertrauen und nur bei gleichzeitiger Insolvenz der Mutter- und der Tochtergesellschaft zu Verbindlichkeiten der Ersteren und damit für die Staatsgarantie relevant werden.¹⁴³ Und ebenso wenig war eine Ausdehnung der glarnerischen Staatsgarantie auf die Bank Linth anlässlich der – schliesslich gescheiterten – unfreundlichen Übernahme durch die Glarner Kantonbank vorgesehen.¹⁴⁴

¹⁴² Vgl. *Regierungsrat BS* (2013) 25 f.; vgl. allgemein zur Staatsgarantie der BKB auch *Willy Bosshardt* (1950) 133 ff.

¹⁴³ Vgl. *Regierungsrat ZH* (2010) 2 f.

¹⁴⁴ Vgl. NZZ Nr. 257 vom 4. November 2006, 27; so auch die im Zusammenhang mit einer Beteiligung der SOKB an der Bank in Kriegstetten vertretene Meinung, vgl. dazu *Hänni/Schnyder* (1995) 95 ff., und die Erläuterungen der SGKKB auf ihrer Homepage, https://www.sgkb.ch/de/portrait-zahlen/SGKB_unternehmen_unternehmen/SGKB_unternehmen_staatsgarantie.htm [zuletzt besucht am 14. April 2022], wonach Geschäftsbeziehungen mit einer Tochtergesellschaft nicht von der Staatsgarantie erfasst sind; vgl. zum Ganzen *Andreas Vögeli* (2009) 135 f.

- 240 So legt zunächst der *Wortlaut* des Kantonalbankgesetzes, welcher die Wendung «alle Verbindlichkeiten der Bank» enthält, kein Verständnis der Staatsgarantie als «kantonalbankkonzernweites» Solvabilitätsversprechen nahe.¹⁴⁵ Der Kanton haftet gemäss § 4 KBG BL «für die Verbindlichkeiten der Bank». § 3 Abs. 2¹⁴⁶ ist zu entnehmen, dass unter dem Begriff «Bank», auf welche sich die Staatsgarantie gemäss § 4 Abs. 1 KBG BL bezieht, die «Basellandschaftliche Kantonalbank» als ein «selbständiges öffentlich-rechtliches Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit» zu verstehen ist. Nach einer stringenten grammatikalischen Interpretation des Wortlauts des Kantonalbankgesetzes umfasst die Staatsgarantie mithin nur die Verbindlichkeiten *der BLKB selber* und nicht auch jene ihrer Tochtergesellschaften. Auch die *Materialien* zum Kantonalbankgesetz liefern keine Anhaltspunkte dafür, dass die Staatsgarantie neben den Verbindlichkeiten der Kantonalbank selber auch Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften umfassen würde.¹⁴⁷
- 241 Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei einer Auslegung des Kantonalbankgesetzes unter *teleologischen* Gesichtspunkten: Eine Ausweitung der Staatsgarantie auf von der Kantonalbank wirtschaftlich abhängige Unternehmen erscheint aus Sicht des Gläubigerschutzes nicht zwingend. Denn einerseits steht diesen Unternehmen bereits ein starker Partner zur Seite, andererseits unterliegen diese zumeist nicht den aus der Sonderstellung der Kantonalbank resultierenden, ausgleichsbedürftigen Einschränkungen. Letzteres lässt die Übernahme der staatlichen Haftung für Tochterunternehmen zudem auch für die Steuerzahler zum unzumutbaren Risiko werden, zumal gewisse dieser Einschränkungen, beispielsweise bezüglich des Geschäftskreises, auch der Kontrolle des Risikos aus der Staatsgarantie dienen.¹⁴⁸ Gegen die Ausdehnung der Staatsgarantie auf Beteiligungen spricht auch, dass die Staatshaftung sich letztlich nur rechtfertigen lässt, wenn der Kanton dafür auch entschädigt wird. Als Kompensation wird in diesem Zusammenhang regelmässig der öffentliche Leistungsauftrag genannt. Würde beispielsweise bei einer Kantonalbank, an welcher der Kanton nicht allein, sondern nur mehrheitlich beteiligt ist, die blosser Beteiligung einer Kantonalbank an einer Tochtergesellschaft in den staatshaftungsrechtlichen «Konsolidierungskreis» eingeschlossen, würde sich zu Gunsten allfälliger Minderheitsaktionäre ein eigentlicher «free rider»-Effekt einstellen. Sie würden somit von der Staatsgarantie in gleicher Weise profitieren wie die Mehrheitsaktionärin, ohne dafür ein Entgelt entrichten zu müssen. Dies aber würde zu Wettbewerbsverzerrungen führen, die sowohl gesamtwirtschaftlich wie verfassungsrechtlich unerwünscht sind.

¹⁴⁵ Vgl. *Andreas Vögeli* (2009) 135.

¹⁴⁶ I.V.m. § 1 Abs. 1 KBG BL.

¹⁴⁷ Vgl. dazu auch *Andreas Vögeli* (2009) 135.

¹⁴⁸ Vgl. *Andreas Vögeli* (2009) 135.

242 Von der Staatsgarantie erfasst werden nach der hier vertretenen Auffassung somit nur *Verbindlichkeiten der Kantonalbanken selber*; diejenigen rechtlich eigenständiger Tochterunternehmen bleiben ohne staatliche Extrasicherung, wie es auch die *deutsche Lehre* für die als Ausfallhaftung konzipierte Gewährträgerhaftung postulierte.¹⁴⁹

243 Damit gilt die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft für die BLKB bereits nach geltendem Recht an sich *nur für die Verbindlichkeiten der BLKB selber*.

C. Haftungsausschluss für Verbindlichkeiten der Bank gegenüber ihren Tochtergesellschaften oder aus Konzernhaftung?

244 Von den hiervor analysierten Verbindlichkeiten *von* Tochtergesellschaften der Kantonalbank zu unterscheiden sind deren Verbindlichkeiten *gegenüber* ihren Tochtergesellschaften sowie *allfällige Verbindlichkeiten der Kantonalbank als Muttergesellschaft aus Konzernhaftung*. Eine Staatsgarantie für die Muttergesellschaft bleibt unter Umständen nicht ohne Folgen für die Tochterunternehmen: Solange sämtliche Verbindlichkeiten der Kantonalbank, ungeachtet der Gegenpartei, der staatlichen Haftung unterliegen, können auch die Tochtergesellschaften als Kantonalbankgläubiger von der Staatsgarantie profitieren. Zudem ist eine *mittelbare Anwendung der Staatsgarantie* nicht auszuschliessen, wenn sich eine Kantonalbank ihrerseits, gestützt auf eine Patronatserklärung oder ein Garantieverprechen rechtlich verpflichtet, für die Verbindlichkeiten einer Tochtergesellschaft einzustehen und dafür auf die finanzielle Hilfe des Kantons angewiesen ist.

245 Soweit die BLKB gestützt auf einen der hiervor dargelegten *Konzernhaftungstatbestände* in die Pflicht genommen wird, handelt es sich bei den betreffenden Verbindlichkeiten ebenfalls nicht um Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaft, sondern um solche *der BLKB selber*.¹⁵⁰

246 Es bleibt somit die Frage zu prüfen, ob und – falls ja – wie die Staatsgarantie in Hinblick auf solche Verbindlichkeiten der BLKB *gegenüber* ihrer Tochtergesellschaften bzw. *aus Konzernhaftung beschränkt* werden kann.

¹⁴⁹ Vgl. zur deutschen Lehre *Dietrich Rümker* (1987) 619 f.; *Immenga/Rudo* (1997) 27; *Ulrich-Peter Kinzl* (2000) 34.

¹⁵⁰ Vgl. Rz. 243 hiervor; vgl. *Andreas Vögeli* (2009) 136.

IV. Beschränkbarkeit der Staatsgarantie in Bezug auf allfällige Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften oder aus Konzernhaftung

A. Zuständigkeit des kantonalen Gesetzgebers zur Beschränkung des Umfangs der Staatsgarantie

247 Seit der Aufhebung der Staatsgarantie als konstitutives Merkmal einer Kantonalbank gemäss Bankengesetz im Jahre 1999 entscheidet, wie erwähnt, der *Kanton* grundsätzlich selbständig über die Gewährung, die Aufhebung oder die Beschränkung der Staatsgarantie für seine Kantonalbank. Der jeweilige Kanton ist mithin *relativ frei in der Ausgestaltung seiner Staatsgarantie*. Gedacht wird dabei vor allem an Beschränkungen auf gewisse Forderungs- oder Kundenkategorien oder auf einen bestimmten Haftungsbetrag. Eine Motion der Zürcher Kantonsräte *Hans-Peter Portmann, Beat Walti* und *Dieter Kläy* vom 21. Mai 2007 forderte beispielsweise auch eine Beschränkung der Staatsgarantie auf Geschäftsaktivitäten im Kanton Zürich und auf die förderungswürdigen Geschäftsfelder im Zweckartikel. Begründet wurde diese Motion damit, dass es keinen Sinn mache, wenn die Staatsgarantie der ZKB für ausserkantonale und globale Geschäftstätigkeiten sowie für Geschäftsfelder, die ausserhalb ihres volkswirtschaftlichen und sozialen Auftrags im Zweckartikel liegen, ebenfalls haften müsse. Es sei geradezu fahrlässig, wenn die Staatsgarantie für alle Geschäfte hafte, also z.B. auch für Auslandengagements oder Handelstätigkeiten. Es könne nicht im Sinne der Steuerzahlenden sein, dass diese die Risiken von ausserkantonalen Anlegern, Kreditnehmern, Fondsmanagern, Finanzinstrumenten, Handels- und Zahlungsgegenparteien usw. tragen müssten. Darum müsse die Staatsgarantie auf die Geschäftstätigkeit im Kanton Zürich beschränkt werden. Für alle übrigen Geschäftstätigkeiten solle der ZKB mit dem Auftrag für das Handeln nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen der notwendige Handlungsfreiraum einer Universalbank gegeben werden.¹⁵¹ Und auch im Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt wurde bereits eine Einschränkung der Staatsgarantie in Bezug auf gewisse Geschäfte von Zweigniederlassungen der BKB verlangt.¹⁵² Gemäss § 9 des Gesetzes über die Basler Kantonalbank besteht heute explizit keine Staatsgarantie nicht nur für das Partizipationskapital, sondern auch nicht für nachrangige Verbindlichkeiten der BKB, für Verbindlichkeiten der BKB gegenüber Tochtergesellschaften und kontrollierten Unternehmen und deren Gläubiger oder Gesellschafter und für Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften und kontrollierten Unternehmen selbst.

¹⁵¹ Vgl. *Regierungsrat ZH* (2007) 1 ff.; vgl. auch die Motion der Zürcher Kantonsräte *Beat Walti, Markus Hess* und *Hans-Peter Portmann* vom 31. März 2003, *Regierungsrat ZH* (2003) 1 ff.

¹⁵² Vgl. *Grosser Rat BS*, *Votum Lukas Engelberger* (2013) 365 f.

248 Es liegt somit in der Autonomie des Kantons, die Staatsgarantie in verschiedenster Hinsicht zu beschränken. *Der kantonale Gesetzgeber könnte mithin grundsätzlich auch allfällige Verbindlichkeiten der BLKB aus Konzernhaftung ausdrücklich aus der Staatsgarantie ausklammern.* Die betreffenden Verbindlichkeiten blieben dabei freilich als Schulden der BLKB bestehen, doch würde die Staatsgarantie für diese nicht mehr greifen.

B. Rahmenbedingungen für die Beschränkung der Staatsgarantie

249 Der Kanton ist indessen *in materieller Hinsicht* nicht völlig frei, die Staatsgarantie beliebig zu beschränken. Er hat hierbei gewisse Rahmenbedingungen zu beachten:

1. Schutz des Publikums und der Gläubiger

250 Bei einer Beschränkung der Staatsgarantie ist zunächst der *Gläubiger- und Publikumsschutz* zu beachten; im Auge zu behalten sind namentlich die Interessen der *bestehenden* Bankgläubiger.

251 Das Gegenstück der durch den Bankgläubiger freiwillig vorgenommenen Einlage bei einer Kantonalbank ist deren Verpflichtung zur Verzinsung des Guthabens sowie die gesetzlich normierte Pflicht des Kantons zur Befriedigung des durch Zahlungseinstellung bzw. Liquidation des Kreditinstituts erlittenen Ausfalls. Auf Grund dieser spezifischen Interessenlage verdient das subjektive Recht des Bankgläubigers besonderen Schutz und ist nach einem Teil der Lehre deshalb als «*wohlerworbenes Recht*» zu qualifizieren. Als solches stehe es unter dem Schutz der *Eigentumsgarantie* und dürfe nur eingeschränkt (oder aufgehoben) werden, wenn diese Massnahme auf einer gesetzlichen Grundlage beruhe, im öffentlichen Interesse liege und gegen volle Entschädigung erfolge.¹⁵³

252 Da der Bankkunde seine vertragliche Beziehung zu der Kantonalbank vor allem deshalb eingegangen ist, weil er seine Gelder sicher anlegen wollte und auf die Haftung des Kantons als Instrument des Gläubigerschutzes vertraute, sind seine Interessen hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt des *Vertrauensschutzes* zu wahren. Die Staatsgarantie als generell-abstrakte Norm stellt eine Vertrauensgrundlage dar, bei deren Änderung der Gesetzgeber an die Grundsätze des Vertrauensschutzes gebunden ist. Neben diesen Grundsätzen sind auch die bundesrechtlichen Schranken des *Willkür- und des Rückwirkungsverbotes* und – weil die Geschäftsbeziehungen zu den Bankkunden nicht nach öffentlichem Recht zu beurteilen sind – auch diejenigen des *Privatrechts* zu beachten.¹⁵⁴

¹⁵³ Vgl. *Gaudenz Schwitter* (2000) 137 f., m.w.H.; vgl. auch *Expertenkommission* (1996) 30; *Bundesrat* (1998) 3869.

¹⁵⁴ Vgl. *Gaudenz Schwitter* (2000) 137 f., m.w.N.; vgl. dazu auch *Bundesrat* (1995) 28; *ders.* (1998) 3869; *Marc Russenberger* (1995) 10; *Expertenkommission* (1996) 30; *Regierungsrat LU* (1999) 17 f.; *Regierungsrat BL* (2003) 15; *Finanzdirektion BE* (2004) 10; *Regierungsrat OW* (2005) 6.

- 253 Wie dieser Gläubigerschutz konkret ausgestaltet sein soll, ist nicht abschliessend geklärt. Zu denken ist zunächst etwa an eine *frühzeitige Information*, so dass die Kunden ihre Bankbeziehungen neu regeln können bzw. sich auf die Beschränkung der Staatsgarantie einrichten können. Da die Beschränkung der Staatsgarantie einer Rechtsänderung bedarf, dürfte eine entsprechende Information des Publikums aufgrund der politischen Diskussion, die geführt werden muss, allerdings in der Regel weitgehend sichergestellt sein.¹⁵⁵
- 254 In der Literatur besteht sodann weitgehend Einigkeit, dass die Staatsgarantie zur Einhaltung der verfassungsmässigen und privatrechtlichen Rahmenbedingungen des Bundesrechts in Bezug auf die bestehenden Rechtsbeziehungen mit den Gläubigern *im bisherigen Umfang aufrechterhalten werden* muss, und zwar bis zum Ablauf von ordentlichen Kündigungsterminen oder bis zum Ende der Laufzeit bei festen Verbindlichkeiten. Fehle ein besonderer Termin, so müsse eine *angemessene Übergangsfrist* für bestehende Passivgeschäfte festgelegt werden.¹⁵⁶ Als angemessen dürfte dabei eine Frist von ca. 3 Jahren gelten.¹⁵⁷

2. Staatsgarantie als Korrelat zum öffentlichen Leistungsauftrag?

- 255 Die BLKB hat einen *öffentlichen Leistungsauftrag* zu erfüllen, der aus dem Zweckartikel in § 2 KBG BL¹⁵⁸ hervorgeht. Dieser beinhaltet de lege lata vor allem einen *Versorgungsauftrag*: Die BLKB soll «im Rahmen des Wettbewerbs und ihrer finanziellen Möglichkeiten zu einer ausgewogenen Entwicklung des Kantons und der Regierung Nordwestschweiz» beitragen. Obwohl dieser Versorgungsauftrag aufgrund der bundesgesetzlichen Bestimmungen *nicht zwingend* ist, soll an ihm gemäss Vorlage an den Landrat vom 18. Mai 2021 auch künftig festgehalten werden.¹⁵⁹
- 256 Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass der Leistungsauftrag ein gegenüber dem allgemeinen Bankgeschäft *abweichendes Verhalten* erfordert. Der Leistungsauftrag gebietet den Kantonalbanken, sich in bestimmten Situationen nach gesetzlich oder statutarisch vorgesehenen Kriterien anders zu verhalten als ein privater Konkurrent.¹⁶⁰ Der öffentliche Auftrag kostet die jeweilige Kantonalbank Geld und mindert den Unternehmensertrag.¹⁶¹ Er bedeutet einen Verzicht

¹⁵⁵ Vgl. *Expertenkommission* (1996) 30; *Bundesrat* (1998) 3869 f.; vgl. auch *Gaudenz Schwitter* (2000) 138 f.; *Marc Russenberger* (1995) 10.

¹⁵⁶ Vgl. *Beat Kleiner* (1994) 35; *Bundesrat* (1995) 28; *ders.* (1998) 3870; *Marc Russenberger* (1995) 10; *Expertenkommission* (1996) 30 f.; *Jürg Bühlmann* (1996) 300; *Gaudenz Schwitter* (2000) 138 f., m.w.H. und in diesem Sinne bereits *Willy Bosshardt* (1950) 137.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 181 OR, 26 Abs. 1 und Art. 75 Abs. 1 FusG sowie *Matthias Kuster* (2005) Art. 101 N. 5 und *Andreas Vögeli* (2009) 133; im Kanton Solothurn und Appenzell-Ausserrhododen wurden damals allerdings unabhängig von früheren Kündigungsmöglichkeiten allen betroffenen Gläubigerkategorien eine Übergangsfrist von zwei Jahren gewährt.

¹⁵⁸ Bzw. § 2 E-KBG.

¹⁵⁹ Vgl. *Regierungsrat BL* (2021) 25.

¹⁶⁰ Vgl. *Gaudenz Schwitter* (2000) 128.

¹⁶¹ Vgl. *Stefan Gerber* (1993) 38; *Jürg Bühlmann* (1996) 164.

auf eine Gewinnmaximierung.¹⁶² Mit der Staatsgarantie soll die Refinanzierung der Kantonalbanken erleichtert, und somit die Gewinneinbussen aus der Wahrnehmung des Leistungsauftrages kompensiert und die sich aus dem Leistungsauftrag ergebenden höheren Risiken abgedeckt werden.¹⁶³

- 257 Aus diesem Verständnis heraus geht eine Meinung nun dahin, zwischen der Staatsgarantie und dem Leistungsauftrag eine *enge Wechselbeziehung* und die beiden Elemente als *korrelative Begriffe* zu sehen.¹⁶⁴ Aus dem Leistungsauftrag ergebe sich der Anspruch der Kantonalbanken auf *Sonderbehandlung*.¹⁶⁵ Dementsprechend liesse sich eine Staatsgarantie ohne entsprechenden Leistungsauftrag verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen.¹⁶⁶ Unter diesem Gesichtspunkt wird die Staatsgarantie teilweise auch als *mögliche Form der Abgeltung des Leistungsauftrags* diskutiert.¹⁶⁷ Dabei wird allerdings eingeräumt, der *Wert von Staatsgarantie und Leistungsauftrag* sei schwer bestimmbar. Ausserdem handle es sich bei dieser Ansicht eigentlich um die «Verrechnung» von zwei völlig ungleichen Leistungen. Auch wenn beide Elemente schwierig zu bewerten und zu bemessen seien, fehle ihnen die Gleichartigkeit.
- 258 Vor dem Hintergrund dieser Lehrmeinung stellt sich die Frage, ob der Kanton in der Beschränkung seiner Staatsgarantie überhaupt frei ist, oder ob er die Staatsgarantie als *notwendiges «Gegenstück zum Leistungsauftrag»*¹⁶⁸ nicht vielmehr wahren muss, solange er an seinem öffentlichen Leistungsauftrag an die BLKB festhält.
- 259 Ein anderer Teil der Lehre vertritt in dieser Frage demgegenüber die Auffassung, die Staatsgarantie einerseits und der Leistungsauftrag andererseits müssten auseinander gehalten werden, denn sie würden *unterschiedliche Zwecke* verfolgen.¹⁶⁹

¹⁶² Vgl. *Eidgenössische Bankenkommission* (1993) 37.

¹⁶³ Vgl. *Bundesrat* (1995) 20.

¹⁶⁴ Vgl. *Beat Kleiner* (1994) 37; *Kartellkommission* (1995) 8; *Marc Russenberger* (1995) 2 und 5; *Jürg Bühlmann* (1996) 162; *Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat* (1995) 1141.

¹⁶⁵ Vgl. statt vieler *Bundesrat* (1995) 20.

¹⁶⁶ Vgl. *Marc Russenberger* (1995) 2 f.; *Jürg Bühlmann* (1996) 108; *Felix Uhlmann* (1997) 52 f.; *Beat Kleiner* (1998) 831; *Othmar Strasser* (2013) Art. 3a N. 41.

¹⁶⁷ Vgl. in dieser Hinsicht *Kartellkommission* (1995) 83; *Jürg Bühlmann* (1996) 76 f., 153 f.; *Bruno Gehrig* (1993) 425 f.

¹⁶⁸ So auch *Regierungsrat BS* (2013) 25.

¹⁶⁹ Vgl. das vom Regierungsrat Luzern in Auftrag gegebene Gutachten von Professor *Bernet*, wonach eine Kantonalbank mit Staatsgarantie auch ohne öffentlichen Leistungsauftrag zu rechtfertigen sei, zit. bei *Regierungsrat LU* (1999) 24; *Gaudenz Schwitler* (2000) 132.

«Die **Staatsgarantie setzt auf der Passivseite an**; im Zentrum steht der Gläubigerschutz. Man kann den Gläubigerschutz auch wollen, ohne gleichzeitig einen Leistungsauftrag zu erteilen. [...] Der **Leistungsauftrag hingegen setzt auf der Aktivseite an**»¹⁷⁰ (Hervorhebungen beigelegt).

260 Zudem bestehe auch unter *rechtlichen* Gesichtspunkten kein Grund, die Staatsgarantie und den Leistungsauftrag gegeneinander «auszuspielen».¹⁷¹

«Im Leistungsauftrag konkretisieren sich wesentliche Gesamtinteressen. Diese sind Voraussetzung für die Beteiligung an und den Betrieb von öffentlichen Unternehmen bzw. Kantonalbanken. Die Staatsgarantie wiederum war ausschlaggebend für die bankengesetzliche Sonderbehandlung und für die Kompetenzbeschränkung der EBK [und nicht der öffentliche Leistungsauftrag]».

261 Vereinzelt wird sodann die Auffassung vertreten, die Staatsgarantie selber könne als *Bestandteil des Leistungsauftrages* verstanden werden, wenn es den Kantonen darum ginge, der Bevölkerung eine sichere Anlagemöglichkeit zu verschaffen.¹⁷²

262 Fest steht, dass der Leistungsauftrag der Kantonalbanken namentlich vor dem Hintergrund der Entwicklung der Kantonalbanken hin zu Universalbanken sowie der Tatsache, dass die traditionellerweise von Kantonalbanken wahrgenommenen Aufgaben auch durch private Banken erbracht würden, *zunehmend in Frage gestellt* wird.¹⁷³ Gleichzeitig wird auch die Meinung vertreten, dass der Leistungsauftrag ganz allgemein nicht mehr geeignet sei, die Existenz der Staatsgarantie zu rechtfertigen.¹⁷⁴

C. Beschränkung der Staatsgarantie durch Ausschluss der Staatsgarantie für Verbindlichkeiten gegenüber Tochtergesellschaften und deren Gläubigern und Gesellschaftern?

263 Es bleibt schliesslich der Frage nachzugehen, ob durch einen expliziten Ausschluss der Staatsgarantie im Kantonalbankgesetz nicht nur für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften, sondern auch für die Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften und

¹⁷⁰ Äusserung eines ehemaligen Präsidenten der Eidgenössischen Bankenkommission, zit. bei Gaudenz Schwit-ter (2000) 132.

¹⁷¹ Gaudenz Schwit-ter (2000) 132 f.

¹⁷² Vgl. Bundesrat (1995) 19; Regierungsrat LU (1999) 23.

¹⁷³ Vgl. in dieser Hinsicht den Kanton St. Gallen, der anlässlich der Teilprivatisierung seiner Kantonalbank als erster Kanton auf die Formulierung eines Leistungsauftrages sowohl auf Gesetzesstufe als auch in den Statuten der Bank verzichtet hat; vgl. auch Eidgenössische Bankenkommission (1993) 37 und (2002) 49; Kartellkommission (1996) 43 ff.; Andreas Vögeli (2009) 180.

¹⁷⁴ Vgl. Geiger/Kräuchi (2003) 1.

deren Gläubigern und Gesellschaftern¹⁷⁵ eine «Beschränkung der Staatsgarantie» im hiavor dargelegten Sinne bewirkt würde und die Staatsgarantie des Kantons somit keine unbeschränkte mehr wäre.

- 264 Soweit es darum geht, den an sich bereits nach dem heutigen Recht geltenden Grundsatz, wonach Verbindlichkeiten von Tochtergesellschaften nicht unter die Staatsgarantie fallen, nun zur Klarstellung im Gesetz ausdrücklich festzuhalten, dürfte die bestehende Staatsgarantie des Kantons dadurch nicht beschränkt werden: Wie auch bereits der Regierungsrat in seiner Vorlage an den Landrat vom 18. Mai 2021 festgehalten hat, schliesst die Bestimmung in § 4 Abs. 1 KBG BL, wonach der Kanton für alle Verbindlichkeiten der «Bank» haftet, die Tochtergesellschaften und deren Verbindlichkeiten bereits de lege lata nicht ein. Bei den Tochtergesellschaften der BLKB handelt es sich um selbständige juristische Personen mit jeweils eigenem Sondervermögen und Gläubigerkreis. Der bereits unter geltendem Recht herrschende Grundsatz des Ausschlusses der Haftung für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften würde somit lediglich explizit im Gesetz festgeschrieben werden und hätte insoweit nur deklaratorische Bedeutung.¹⁷⁶
- 265 Wie hiavor bereits dargelegt, dürften indessen die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften, für welche die BLKB allenfalls *gestützt auf die dargelegten Konzernhaftungstatbestände* eintreten müsste, nicht als Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften qualifizieren, sondern *direkt der BLKB als «Bank» zugerechnet* werden und somit als *Verbindlichkeiten der BLKB* gelten.
- 266 Soweit die BLKB also gestützt auf einen Konzernhaftungstatbestand gegenüber Dritten für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften eintreten muss, würde sich die formelle Staatshaftung nach der hier vertretenen Auffassung de lege lata also durchaus auch auf diese Verbindlichkeiten erstrecken. Würde nun künftig im Kantonalbankgesetz präzisiert, dass die Staatsgarantie weder für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften der BLKB, noch für die Verbindlichkeiten der BLKB *gegenüber* den Tochtergesellschaften bestehe, so würde die bisher unbeschränkt geltende Staatsgarantie dadurch durchaus beschränkt. Wohlerworbene Rechte der Kundinnen und Kunden dürften durch diese Beschränkung allerdings kaum tangiert werden, zumal die BLKB bis heute keine materiell wesentlichen Tochtergesellschaften hat. Auch die radicant AG befindet sich heute noch in der Aufbauphase und gilt zumindest für die Zwecke der Rechnungslegung – vermutlich derzeit aber auch für die Kundinnen und Kunden der BLKB – noch nicht als «wesentlich», sondern sie könnte vielmehr allenfalls in Zukunft eine solche zunehmende Bedeutung erlangen. Würde nun also der Geltungsbereich der Staatsgarantie hinsichtlich der Verbindlichkeiten gegenüber Tochtergesellschaften der BLKB gesetzlich explizit eingeschränkt, so würde damit kein Eingriff in wohlerworbene Rechte der Gläubiger der Bank einhergehen und es wären somit auch nicht die vorerwähnten längeren Übergangsfristen zu beachten.

¹⁷⁵ Analog etwa zur Regelung in § 9 Abs. 2 lit. c) und d) KBG BS.

¹⁷⁶ Vgl. *Regierungsrat BS* (2013) 26, 46 und 48.

D. Verbleibendes Restrisiko der faktischen Staatsgarantie

1. Phänomen der «faktischen Staatsgarantie»

- 267 Von einer «*impliziten*» oder «*faktischen*» *Staatsgarantie* wird gesprochen, wenn es sich ein Kanton nicht leisten kann, sein finanziell in die Schieflage geratenes Bankinstitut zu liquidieren, weshalb er sich ungeachtet des Bestehens einer gesetzlich verankerten Staatsgarantie zur Sanierung desselben gezwungen sieht.¹⁷⁷ Eine *rechtliche* Grundlage für einen derartigen faktischen Beistandszwang der Kantone gibt es begriffsnotwendigerweise nicht bzw. besteht eben gerade nicht in der Regelung einer ausdrücklichen Staatsgarantie. Die Motive eines Kantons zur finanziellen Unterstützung und Erhaltung seiner Bank können dabei sehr unterschiedlich sein und reichen vom Risiko einer Schädigung der kantonalen Volkswirtschaft über Gläubiger-, Funktions- und Vertrauensschutz bis hin zu rein politischen Überlegungen.¹⁷⁸
- 268 Die Kantone haben jeweils unterschiedlich reagiert, wenn eine Kantonalkbank in finanzielle Schieflage geraten ist. So wurde in den Kantonen Solothurn und Appenzell Ausserrhodens die Banken vom Kanton nicht saniert, sondern *verkauft*; dagegen sahen sich Genf und Waadt trotz nicht bestehender (Kanton Waadt) bzw. beschränkter (Kanton Genf) Staatsgarantie veranlasst, ihre Banken unter Aufwendung erheblicher finanzieller Mittel zu *sanieren*. Es kann somit nicht allgemein gültig gesagt werden, ob in jedem Fall eine *faktische Staatsgarantie* besteht, doch ist eine solche aufgrund der bisherigen Erfahrungen zumindest kein theoretisches Gebilde.¹⁷⁹ Vielmehr gibt es eine solche faktischen Staatsgarantie bzw. hat es bereits entsprechende Situationen gegeben, doch liegt dies im reinen Ermessen der Kantone. Diese haben im Sinne einer klassischen *Interessenabwägung* zu prüfen, ob sie eine Kantonalkbank auch ohne gesetzliche Verpflichtung allenfalls unter Aufwendung erheblicher finanzieller Mittel retten wollen bzw. müssen oder nicht.¹⁸⁰

2. Restrisiko der faktischen Staatsgarantie in Bezug auf die BLKB

- 269 Die rechtliche Analyse hat ergeben, dass sich die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft rechtlich *grundsätzlich auf die Verbindlichkeiten der BLKB* und nicht auch auf diejenigen der radicant AG oder weiterer Tochtergesellschaften erstreckt. Nach der Auffassung des Unterzeich-

¹⁷⁷ Vgl. *Bundesrat* (1995) 25 f.; *ders.* (1998) 3864; *Gaudenz Schwitler* (2000) 114 f., m.w.N.; *Andreas Vögeli* (2009) 86, m.w.N.; vgl. für die ZKB *Ursula Gut* (2009) 12; vgl. auch *Eidgenössische Bankkommission* (2002) 48, wonach die Fälle der Banque Cantonale Vaudoise und Banque Cantonale de Genève gezeigt hätten, dass auch dann, wenn eine formelle, gesetzlich verankerte Staatshaftung fehle, ein faktischer Beistandszwang bestehen könne.

¹⁷⁸ Vgl. dazu *Bundesrat* (1995) 13; *ders.* (1998) 3864.

¹⁷⁹ Vgl. auch *Andreas Vögeli* (2009) 87.

¹⁸⁰ Vgl. auch *Eidgenössische Bankkommission* (2002) 48; *Regierungsrat SG* (2004) 7 f.; *Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat*, Fünfte Sitzung vom 7. März 1996, 158.

neten könnten sodann allfällige *Verbindlichkeiten der BLKB aus Konzernhaftung im Kantonalbankgesetz explizit von der formellen Staatsgarantie ausgeklammert und die Staatsgarantie insoweit beschränkt* werden.

- 270 Wenn nun aber gerade die Verwirklichung eines Konzernhaftungstatbestandes bei der BLKB dazu führen würde, dass die BLKB in finanzielle Schieflage gerät, so ist es durchaus denkbar, dass der Kanton der BLKB – selbst im Falle eines rechtlichen Ausschlusses solcher Verbindlichkeiten aus der Staatsgarantie – unter dem Einfluss des Phänomens der faktischen Staatsgarantie dennoch finanziell unter die Arme greifen würde. In diesem Zusammenhang hielt etwa der *Regierungsrat* des Kantons Basel-Stadt 2011 in Bezug auf die vergleichbare Konstellation bei der BKB fest:

«Solange der Kanton Haupteigentümer der BKB ist, ist es faktisch undenkbar, dass der Kanton die Bank im Insolvenzfall nicht stützen, sondern diese in den Konkurs fallen lassen würde. Auch wenn keine Staatsgarantie im rechtlichen Sinne bestehen sollte, wäre es aus politischen und volkswirtschaftlichen Gründen für einen Kanton kaum möglich, seine Kantonalbank im Krisenfall nicht zu unterstützen. In der Vergangenheit wurden insolvente Kantonalbanken immer von ihren Kantonen gestützt. Namentlich in Fällen, in denen keine formelle Staatsgarantie bestand, wendeten die Kantone [sic!] dreistellige Beträge zur Rettung ihrer Kantonalbanken auf. Alles andere wäre in den jeweiligen Fällen undenkbar gewesen. Die Aufhebung der formalgesetzlich festgeschriebenen Staatsgarantie bei gleichzeitiger Beibehaltung der Eigentumsverhältnisse wäre daher nicht eine Abschaffung der Staatsgarantie, sondern ein Wechsel von einer formellen zu einer faktischen Garantie. Anders gesagt, wenn man die Staatsgarantie wirklich abschaffen wollte, müsste der Kanton die BKB verkaufen.»¹⁸¹

- 271 Es besteht aufgrund dieser Überlegungen bei der bestehenden Beteiligungskonstellation des Kantons an der BLKB also durchaus auch in Bezug auf die BLKB das Risiko, dass der Kanton Basel-Landschaft sich als Alleineigentümer der BLKB veranlasst sehen würde, finanzielle Hilfe zu leisten, wenn diese in existenzielle Schwierigkeiten geraten und das in die Bank investierte Vermögen auf dem Spiel stehen würde.¹⁸²

3. Praktikabilität einer Beschränkung der Staatsgarantie

- 272 Vor dem Hintergrund des Phänomens der «faktischen Staatsgarantie» stellt sich die Frage, ob eine Beschränkung der Staatsgarantie *überhaupt zielführend* wäre. Zu dieser Frage hat sich die damalige Eidgenössische Bankenkommission wie folgt geäußert:

¹⁸¹ *Grosser Rat BS, Votum Eva Herzog (2011) 47; vgl. auch Regierungsrat BS (2013) 26.*

¹⁸² *Vgl. so auch Grosser Rat BS, Voten Lukas Engelberger und Patricia von Falkenstein (2013) 365 und 367; ders., Votum Daniel Stolz, 366.*

«Sie [die Beschränkung] könnte sich nämlich nur dann auswirken, wenn eine Kantonbank tatsächlich liquidiert wird. In allen anderen Fällen ist der Kanton gleich wie bei der vollen Staatshaftung gezwungen, verlorene Eigenmittel nachzuschliessen und damit faktisch den Bestand der Bank zu garantieren. Im Unterschied zu Kantonbanken mit voller Staatshaftung ist ihm jedoch die Möglichkeit verwehrt, seine angeschlagene Bank über einen längeren Zeitraum, allenfalls durch eine Auslagerung gefährdeter Kredite auf eine staatsgarantierte Gesellschaft (vgl. Ziff. 3.6.4), zu sanieren. Die Bankenkommission müsste im Falle eines schwerwiegenden Eigenmittelmankos bei einer Kantonbank mit beschränkter Staatsgarantie aus Gründen des Gläubigerschutzes nämlich unverzüglich die Bewilligung entziehen. Die Zwangsliquidation führt jedoch erfahrungsgemäss zu höheren Verlusten. Eine Eingrenzung der Staatsgarantie auf sozialpolitisch besonders schützenswerte Einlegerkategorien erweist sich damit als bloss vermeintliche Haftungsbeschränkung und kaum gangbarer Mittelweg.¹⁸³

273 Es ist davon auszugehen, dass der Staat – auch ohne Rechtszwang – umso eher eingreifen wird, um eine drohende Liquidation abzuwehren, je grösser die volkswirtschaftliche Bedeutung eines Kreditinstitutes ist. Wie die Kartellkommission bereits im Jahre 1995 festgehalten hat, mag es eine Ungleichbehandlung darstellen, dass grösseren Banken deshalb ein höherer staatlicher Schutz zukommt als kleineren. Entscheidend sei aber, dass gerade den Grossbanken, welche nach Meinung vieler Experten ebenfalls eine faktische Bestandesgarantie geniessen, rechtlich keine staatliche Garantie gewährt werde. Es werde also bewusst nicht mit dem Hinweis auf die Bestandesgarantie eine rechtlich verbindliche – und unbeschränkte – Staatsgarantie für Grossbanken gefordert. Damit verbleibe es im Ermessen des Bundes und der Schweizerischen Nationalbank zu entscheiden, ob im Krisenfall eingegriffen werden soll. Genauso bliebe es im Ermessen des Kantons, in einem Krisenfall bei einer Kantonbank mit beschränkter Staatsgarantie einzugreifen. Demzufolge habe der Kanton ohnehin die Möglichkeit, in einem Krisenfall die Garantie zu leisten. Die institutsgarantierende Wirkung einer Beschränkung der Staatsgarantie sei daher kein Argument, grundsätzlich nur die volle Staatsgarantie gelten zu lassen.¹⁸⁴

E. Ausserrechtliche Auswirkungen einer Beschränkung der Staatsgarantie

274 Die Staatsgarantie des Kantons könnte an sich rechtlich beschränkt und insoweit auch das formelle Haftungsrisiko des Kantons begrenzt werden. Auch bei einer beschränkten Staatsgarantie besteht allerdings – wie erwähnt – das Restrisiko eines *faktischen Beistandszwanges* des Kantons, sollte die BLKB in finanzielle Schieflage geraten. Es ist somit fraglich, ob eine Beschränkung der Staatsgarantie überhaupt zielführend wäre. Zu berücksichtigen sind sodann auch verschiedene

¹⁸³ Eidgenössische Bankenkommission (1993) 38 (Hervorhebungen beigefügt); vgl. auch Bruno Gehrig (1993) 428; Bundesrat (1995) 29; Gaudenz Schwitler (2000) 112; Pedernana/ Piazza (2004) 25 und Regierungsrat ZH (2007) 4 f.

¹⁸⁴ Vgl. Kartellkommission (1995) 75.

ausserrechtliche Aspekte, namentlich die möglichen *wirtschaftlichen Auswirkungen*, die mit einer Beschränkung der Staatsgarantie verbunden sein können. Zu denken ist dabei insbesondere an die folgenden möglichen Konsequenzen:

- (i) Eine formelle unbeschränkte Staatsgarantie kann eine «*psychologische*» *stabilisierende Wirkung* entfalten: Allein schon das Wissen um die im schlimmsten Fall greifende Staatsgarantie kann dazu beitragen, den Eintritt eines Staatshaftungsfalles zu verhindern. Besteht eine formelle Garantie für die Zahlungsfähigkeit einer Bank, kann dies in einer angespannten Situation eine Anlegerpanik (sog. «*bank run*») verhindern, die dazu führen kann, dass die Kunden in grosser Zahl ihre Gelder abziehen und damit die drohende Liquiditätsknappheit überhaupt erst herbeiführen¹⁸⁵. In diesem Sinne könnte möglicherweise eine explizite *Beschränkung* der bisher unbeschränkten Staatsgarantie in Bezug auf die BLKB bei den Anspruchsgruppen der Bank zu einer gewissen *Verunsicherung* führen und damit die BLKB insbesondere in einer Situation, in welcher sich das Marktumfeld für die Banken namentlich infolge des tiefen Zinsniveaus, der sich im Zuge der Digitalisierung grundlegend verändernden Branche und der zunehmenden Regulierungsdichte als sehr anspruchsvoll gestaltet, empfindlich schwächen. Die Sparer könnten sich aufgrund dieser Verunsicherung in einer marktwirtschaftlich angespannten Konstellation eventuell sogar veranlasst sehen, ihre Einlagen von der BLKB abzuziehen, was sich wiederum negativ auf die Refinanzierung der Bank auswirken würde. Damit wäre möglicherweise nicht nur eine Schwächung der Bank, sondern indirekt auch eine Wertvernichtung des Kantonsvermögens verbunden.¹⁸⁶
- (ii) Die Beschränkung der Staatsgarantie könnte je nach Intensität und konkreter Ausgestaltung sogar eine Herabstufung im «*Rating*» der Bank zur Folge haben und somit ebenfalls die *Reputation* der Bank im Markt sowie deren *Refinanzierungsmöglichkeiten* schwächen:¹⁸⁷ Die Staatsgarantie hilft den Kantonalbanken unter anderem, sich im Interbankemarkt und bei institutionellen Anlegern via Schuldverschreibungen aufgrund eines besseren Kantonsratings günstiger refinanzieren zu können. Dieser Vorteil könnte mit der Beschränkung der Staatsgarantie reduziert werden. Es wäre sogar zu überlegen, ob in einem solchen Falle die Differenz zwischen den Zinsen, die eine Kantonalbank zu bezahlen hat, weil sie über eine Staatsgarantie verfügt, und denjenigen, die sie zu zahlen hätte, wenn sie ohne bzw. lediglich mit einer beschränkten Staatsgarantie ausgestaltet wäre, vom Kanton nicht *abzugelten* wäre.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Vgl. *Ursula Gut* (2009) 11 f.

¹⁸⁶ In diesem Sinne bereits *Regierungsrat AG* (2001) 14.

¹⁸⁷ Vgl. dazu u.a. *Regierungsrat AG* (2001) 14; *Andreas Vögeli* (2009) 119 ff.

¹⁸⁸ So etwa *Landrat GL* (2009) 131 f.

- (iii) In der Staatsgarantie manifestiert sich in einem weiteren Sinne mit Blick auf den bestehenden öffentlichen Leistungsauftrag gewissermassen auch der Gedanke des *Sozialschutzes*. Die Kantonbank soll u.a. aufgrund der Staatsgarantie (und damit einhergehend einem guten Rating bzw. guten Finanzierungsbedingungen) in die Lage versetzt werden, ihre Mittel zu günstigen Bedingungen zu beschaffen, damit sie den Kreditnehmern, insbesondere auch den KMU und Privatkunden, jederzeit Kredite zu Vorzugsbedingungen zur Verfügung stellen kann.¹⁸⁹ So könnten die Kantonbanken auch zu einem breiteren Angebot beitragen, was für die Entwicklung der Volkswirtschaft des Kantons Vorteile bringe und insoweit der Erfüllung des öffentlichen Leistungsauftrages diene.
- (iv) Eine Begrenzung der Staatsgarantie könnte schliesslich auch bedeuten, dass der Kantonbank im Gegenzug eine grössere *unternehmerische Freiheit* einzuräumen wäre. Diese Entwicklung würde aber im Grunde den geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen gemäss Gesetz über die Beteiligungen, welche auf eine wirksame Steuerung und Kontrolle auch der BLKB als strategisch bedeutende Beteiligung des Kantons abzielen, entgegenlaufen.

V. Zwischenergebnis zur dritten Frage der Auswirkung der Konzernhaftung der BLKB auf die Staatsgarantie des Kantons und deren Beschränkbarkeit

- 275 Die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft ist gemäss § 4 Abs. 1 KBG BL als eine unbeschränkte, jedoch subsidiäre Haftung für die Verbindlichkeiten der BLKB ausgestaltet. Demnach tritt der Kanton grundsätzlich für sämtliche Verbindlichkeiten der BLKB ein, ungeachtet ihres Ursprungs aus Vertrag, Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung. Die Staatsgarantie ist mithin nicht beschränkt auf gewisse Forderungskategorien oder auf einen bestimmten Haftungsbetrag. Die Garantie greift jedoch erst dann, wenn die eigenen Mittel der BLKB deren Verbindlichkeiten nicht mehr zu decken vermögen.
- 276 Gemäss § 4 Abs. 1 Satz 2 KBG BL ist das Zertifikatskapital von der Staatsgarantie ausgenommen. Da das Zertifikatskapital nicht den Eigenmitteln der Bank zuzurechnen ist und somit am unternehmerischen Risiko nicht partizipiert, gehört dieses nicht zu den Verbindlichkeiten der BLKB und fällt daher – selbst wenn es nicht explizit von der Haftung ausgeklammert würde – ohnehin nicht unter die Staatsgarantie.
- 277 Zu keiner Beschränkung der Staatsgarantie würde auch eine explizite Ausklammerung der Haftung des Kantons für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften und kontrollierten Unternehmen der BLKB im Kantonbankgesetz führen. Der Wortlaut in § 4 Abs. 1 KBG BL, wonach der Kanton für alle Verbindlichkeiten der «Bank» haftet, schliesst die als juristische Personen mit eigenem

¹⁸⁹ In diesem Sinne etwa *Regierungsrat LU* (1999) 17 ff.

Sondervermögen und Gläubigerkreis konstituierten Tochtergesellschaften und deren Verbindlichkeiten bereits de lege lata nicht in die Staatshaftung ein.

- 278 Beschränkt würde die bisher unbeschränkt geltende Staatsgarantie des Kantons jedoch durch eine ausdrückliche Ausklammerung auch der Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber den Tochtergesellschaften, für welche die BLKB allenfalls *gestützt auf die dargelegten Konzernhaftungstatbestände* eintreten müsste: diese Verbindlichkeiten aus Konzernhaftung sind *direkt der BLKB als «Bank» zuzurechnen*; deren explizite Ausklammerung von der Haftung des Kantons würde die Staatsgarantie somit auch *beschränken*. Wohlerworbene Rechte der Kundinnen und Kunden dürften durch eine solche Beschränkung allerdings kaum tangiert werden, zumal die BLKB bis heute keine materiell wesentlichen Tochtergesellschaften hat. Auch die radicant AG befindet sich derzeit noch in der Aufbauphase und dürfte insoweit aus Sicht der Stakeholder der BLKB noch nicht als bedeutend eingestuft werden.
- 279 Soweit die Staatsgarantie formell durch eine explizite Ausklammerung der Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften und deren Gläubigern und Gesellschaftern im Kantonalbankgesetz ausgeschlossen werden soll, ist aber auch das Phänomen der «faktischen Staatsgarantie» im Auge zu behalten: Solange der Kanton Allein- oder Mehrheitseigentümer der BLKB bleibt, wird er sich zur Werterhaltung dieser Beteiligung auch ohne Rechtspflicht veranlasst sehen, seine aufgrund der Verwirklichung eines Konzernhaftungstatbestandes in finanzielle Schieflage geratene Kantonbank zu unterstützen und nötigenfalls verlorene Eigenmittel nachzuschüssen, um damit faktisch deren Bestand zu garantieren. Eine formelle Beschränkung der Staatsgarantie würde sich somit voraussichtlich nur dann auch tatsächlich auswirken, wenn die BLKB in Konkurs fallen und liquidiert würde.
- 280 Schliesslich sind auch die möglichen *ausserrechtlichen Auswirkungen* einer Beschränkung der Staatsgarantie zu berücksichtigen: Eine explizite Beschränkung der Staatsgarantie in Bezug auf die BLKB wäre wohl nicht nur faktisch begrenzt tragfähig, sondern könnte eventuell auch bei den Anspruchsgruppen der Bank zu gewissen Verunsicherungen führen und damit die BLKB insbesondere in einer Situation, in welcher sich das Marktumfeld für die Banken namentlichen infolge des tiefen Zinsniveaus, der sich im Zuge der Digitalisierung grundlegend verändernden Branche und der zunehmenden Regulierungsdichte als sehr anspruchsvoll gestaltet, auch schwächen. Die Beschränkung der Staatsgarantie könnte vielleicht sogar eine Herabstufung im «Rating» der Bank zur Folge haben und dadurch die Reputation der Bank im Markt sowie deren Refinanzierungsmöglichkeiten verschlechtern.

Gutachterfrage 4: Oberaufsicht des Landrats gegenüber der BLKB

Welche rechtliche Tragweite hat die Oberaufsicht des Landrates über die BLKB gemäss § 10 des Gesetzes über die Beteiligungen (PCGG) und § 8 Kantonalbankgesetz?

- 4.1 Was ist der Gegenstand und Umfang der Oberaufsichtskompetenz des Landrates über die BLKB gemäss § 10 Abs. 1 PCGG und § 8 Abs. 1 Kantonalbankgesetz?
- 4.2 Wie weit reicht das Informationsrecht der Finanzkommission des Landrates gegenüber der BLKB gemäss § 10 Abs. 2 PCGG und § 8 Abs. 2 Kantonalbankgesetz?

I. Gegenstand und Umfang der Oberaufsichtskompetenz des Landrates

A. Zur Einordnung des Begriffs der «Oberaufsicht» im Rahmen der staatlichen Aufsicht

281 Die Aufsicht durch ein Staatsorgan dient dazu, staatliche Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen daraufhin zu überprüfen, ob sie bestimmten Kriterien entsprechen oder nicht. Für die *Exekutive* ist die Aufsicht in der Regel ein *Bestandteil des Führungsprozesses*; sie soll der zuständigen Behörde gestatten, korrigierend in die Erledigung der Regierungs- und Verwaltungsangelegenheiten einzugreifen. Aufsicht kann aber auch ein *Instrument der Gesamtschau* sein und nicht auf die Korrektur laufender Geschäfte abzielen, sondern auf eine Standortbestimmung und Kontrolle im Hinblick auf die Erfüllung von Staatsaufgaben. Eine solche Gesamtschau erfordert eine gewisse Distanzierung des beaufsichtigenden Organs vom Sachgeschäft und bezieht sich in der Regel auf Akte, die ausserhalb seines eigenen Verantwortungsbereichs liegen.¹⁹⁰ Diese Form der *Fremdkontrolle* übt das Parlament gegenüber der Exekutive (Regierungsrat und Verwaltung) aus. Dabei kann man zwischen Verwaltungskontrolle in einem weiten, engeren und engsten Sinne unterscheiden. Verwaltungskontrolle *im weiten Sinne* erfasst jede Art der Einwirkung des Parlaments auf die Exekutive, welche diese zur Offenlegung der Gründe ihrer Handlungen oder Unterlassungen zwingt, wie etwa in der Zusammenarbeit zwischen Parlament und Exekutive bei der Gesetzgebung, der Abnahme der Staatsrechnung, der Behandlung parlamentarischer Vorstösse oder der Geschäftsberichte. Verwaltungskontrolle *im engeren Sinne* hat die *Oberaufsicht* über die allgemeine Geschäftsführung des Regierungsrates und der Verwaltung sowie die Finanzaufsicht zum Gegenstand. Unter Verwaltungskontrolle *im engsten Sinne* versteht man schliesslich die Aufsicht des Parlaments über die allgemeine Geschäftsführung und Verwaltung *unter Ausschluss der Finanzaufsicht*.¹⁹¹

¹⁹⁰ Philippe Mastronardi (1991) 3 ff.

¹⁹¹ Zimmerli/Lienhard (1998) 180; Nadine Mayhall (2008) 93 ff.

B. Bedeutung der parlamentarischen Oberaufsicht und deren Abgrenzung zur Aufsicht der Exekutive

1. Oberaufsicht über verselbständigte Träger von Staatsaufgaben

282 Bestimmte Staatsaufgaben lassen sich besser erfüllen, wenn sie *ausgelagert*, d.h. Organisationen ausserhalb der Zentralverwaltung übertragen werden, die über eine gewisse Autonomie verfügen.¹⁹² Es gibt verschiedene Gründe für eine solche Auslagerung. Im Vordergrund stehen die Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit der Aufgabenerfüllung. Geht es – wie im Falle der BLKB – um wirtschaftliche Tätigkeiten des Staates, die in Konkurrenz zu privaten Unternehmen ausgeübt werden, so sind effiziente, flexible Strukturen und eine unternehmerische Führung erforderlich, die sich im Rahmen der Zentralverwaltung nicht realisieren lassen. Die Auslagerung erleichtert auch die Zusammenarbeit mit privaten Organisationen. Eine Rolle kann ferner spielen, dass die politische Einflussnahme reduziert werden soll, um die Glaubwürdigkeit und Neutralität der mit der Aufgabenerfüllung betrauten Institution zu stärken.¹⁹³

283 Die Ziele der Auslagerung von Staatsaufgaben lassen sich nur erreichen, wenn die verselbständigten Einheiten über ausreichende *Autonomie*, d.h. Entscheidungs- und Handlungsspielräume, verfügen. Die Übertragung von Staatsaufgaben auf Organisationen ausserhalb der Zentralverwaltung ändert allerdings nichts daran, dass der Staat für deren Erfüllung mitverantwortlich bleibt. Deshalb muss er die ausgegliederten Aufgabenträger auch *beaufsichtigen*. Die Intensität der Aufsicht hängt vom Grad der Autonomie und damit von den Gründen für die Auslagerung der Staatsaufgaben ab: Je mehr der Staat die Tätigkeit der verselbständigten Träger kontrolliert, desto geringer sind deren Handlungs- und Entscheidungsspielräume; umgekehrt muss der Staat seine Aufsichtsbefugnisse zurückhaltend ausüben, wenn die Organisation ausserhalb der Zentralverwaltung möglichst *flexibel, unternehmerisch und unabhängig von politischen Einflüssen* sein sollen.¹⁹⁴ Besondere Zurückhaltung ist ohnehin dann zu üben, wenn die Aktiengesellschaften primär *Dienstleistungen am Markt erbringen*.¹⁹⁵

2. Parlamentarische Oberaufsicht in Abgrenzung zur Aufsicht der Exekutive

284 Oberaufsicht des Parlaments und Aufsicht der Exekutive verhalten sich nach herrschender Lehre *akzessorisch* bzw. *kongruent* zueinander. Das Recht und die Pflicht zur Oberaufsicht können mit anderen Worten nicht weiter gehen als die Aufsichtskompetenz der Exekutive.¹⁹⁶ Gegenstand der

¹⁹² Tobias Jaag (2000) 28 ff.; Müller/Vogel (2010) 658.

¹⁹³ Tomas Poledna (2002) 12 ff.; Müller/Vogel (2010) 658.

¹⁹⁴ Stefan Vogel (2008) 181 ff.; Müller/Vogel (2010) 659; Thomas Sägesser (2013), 135; Giovanni Biaggini (2013) 25; Andreas Lienhard (2008) 6.

¹⁹⁵ Patrick Freudiger (2016) 340.

¹⁹⁶ Rhinow/Schefer (2016) Rz. 2363; Müller/Vogel (2010) 660.

Oberaufsicht über die verselbständigen Einheiten ist damit im Wesentlichen die Ausübung der Steuerungs- und Kontrollbefugnisse des Regierungsrates und der ihm unterstellten Organe. Die Intensität der Steuerungs- und Kontrollbefugnisse des Regierungsrates und damit der parlamentarischen Oberaufsicht hängt vom Grad der den verselbständigten Trägern durch den Gesetzgeber eingeräumten Autonomie ab.

- 285 Primär soll gewährleistet werden, dass die Staatsaufgaben im Sinne der Zwecksetzung erfüllt werden. Nicht bezweckt wird mittels Korrekturinstrumenten in laufende Geschäfte einzugreifen.¹⁹⁷ Während der Regierung – als Bestandteil der Führungsaufgabe – leitende und führende Kompetenzen zukommen,¹⁹⁸ erschöpft sich die Oberaufsicht grundsätzlich in einer eher distanzierterpolitischen Überwachung.¹⁹⁹ Die Oberaufsicht kann dabei sowohl begleitend als auch zur nachträglichen Kontrolle eingesetzt werden.²⁰⁰
- 286 Gegenstand der parlamentarischen Oberaufsicht sind damit weniger operative als strategische Fragen. Die Oberaufsicht erfolgt in der Regel *ex post* und *soll nicht unmittelbar auf das operative Geschäft einwirken*; sie soll dem Parlament vielmehr dazu dienen, eine Gesamtsicht aus einer gewissen Distanz zu erlangen.²⁰¹
- 287 Das Parlament überprüft das Verhalten der seiner Oberaufsicht unterstehenden Organe nach den Kriterien der Rechts-, Ordnungs- und Zweckmässigkeit sowie der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit. Die Instrumente der Oberaufsicht sind somit *nicht bindend*; es bestehen im Rahmen der Oberaufsicht insbesondere *keine Entscheidungs- und Weisungsrechte*. So kann das Parlament im rahmen seiner Oberaufsicht Beschlüsse und Verfügungen der Behörden und Amtsstellen *nicht aufheben* und ihnen auch keine Weisungen für ihr künftiges Verhalten erteilen. Das Oberaufsichtsrecht dient dazu die Verantwortlichkeit von Regierung, Verwaltung und Justiz geltend zu machen. Sie hat grundsätzlich nur *politische* und *keine rechtlichen Folgen*. Im Vordergrund stehen vielmehr die *Informationsrechte* der Parlamentarier und insbesondere der jeweiligen Kommissionen des Parlaments sowie die *Entgegennahme von Berichten*, in denen die Exekutive über ihre Tätigkeit Rechenschaft ablegt. Sodann liegt es im Rahmen der Oberaufsicht, Empfehlungen und Kritik zu äussern.²⁰²
- 288 Auch die *Finanzaufsicht* ist, wie erwähnt, Teil der Aufsicht durch das Parlament. Mit Blick auf dessen Budgethoheit kommen dem Parlament hier *weitergehende Befugnisse* zu, so dass die Abgrenzung zwischen Aufsicht der Regierung und Oberaufsicht des Parlaments etwas an Kontur

¹⁹⁷ Müller/Vogel (2010) 649.

¹⁹⁸ Müller/Vogel, (2010) 651.

¹⁹⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, (2020) Rz. 1725.

²⁰⁰ Claudia Höchner (2020) 232.

²⁰¹ Lienhard/Mächler/Zielniewicz (2017) 360; Müller/Vogel (2010) 650 f.

²⁰² Patrick Freudiger (2016) 335; vgl. auch Giovanni Biaggini (2013) 23.

verliert.²⁰³ Hauptsächlich wahrgenommen wird die parlamentarische Aufsicht durch die Aufsichtskommissionen des Parlaments, in erster Linie der *Geschäftsprüfungskommission* und ferner – im Bereich der Finanzen – durch die *Finanzkommission*.

289 Grundsätzlich ist die parlamentarische Oberaufsicht nur soweit reichen, als auch die Exekutive über Aufsichts- und Leitungskompetenzen verfügt. Ansprechpartner zur Wahrnehmung der Oberaufsicht ist für das Parlament demnach primär die Exekutive. Die Oberaufsicht ist insoweit eine *indirekte*.²⁰⁴ Eine Ausnahme hiervon gilt für die Aufsichtskommissionen des Parlaments, welche ihre Oberaufsichtsfunktion in der Regel auch direkt gegenüber Behörden, Amtsstellen und übrigen Trägern von Staatsaufgaben wahrnehmen können.

3. Bedeutung der parlamentarischen Oberaufsicht im Gefüge der Governance einer selbständigen Anstalt

290 Das Kernanliegen einer guten *Public Corporate Governance* liegt im Bestreben, die Ebenen einer unternehmerisch tätigen Organisation so zu konstituieren, dass jede von ihnen ihre ganz spezifischen Funktionen unter den bestmöglichen Voraussetzungen erfüllen kann.²⁰⁵ Deshalb ist darauf abzielen, dass auf den vorgegebenen vier Ebenen – hierarchisch von unten nach oben betrachtet – Folgendes eingerichtet wird:

- Die *Geschäftsleitung* – in diesem Sinne auf der unteren Ebene – soll wirklich umfassend zuständig sein für die Leitung der täglichen Geschäfte und Vertretung nach aussen. Das Management soll, obwohl es vom Oberleitungs- und Aufsichtsorgan eingesetzt und überwacht wird, im Rahmen der ihm zustehenden Kompetenzen eigenverantwortlich tätig sein. Es soll geschützt werden gegen irgendwelche gezielten Interventionen in die Führung der Geschäfte, aus der Ebene der Oberleitung und Überwachung.
- Das *Oberleitungs- und Aufsichtsorgan* – auf der mittleren Ebene – soll alle Informationen erhalten, die für seine Aufgabe notwendig sind, und sowohl nach oben, gegenüber der Eigentümerebene, als auch nach unten, gegenüber der Geschäftsleitung, wirksam vor Behinderungen und einer Einschränkung seiner Kompetenzen geschützt werden.²⁰⁶ Dieses Organ soll wirklich selber die Strategie und das Geschäftsmodell festlegen – wenn auch in engster Zusammenarbeit mit der Geschäftsleitung, die aber nie das letzte Wort haben darf -, und es soll selber die Grundlinien der Aufsicht, der internen Kontrolle und der internen Revision gestalten und über-

²⁰³ Zimmerli/Lienhard (1998) 182; Müller/Vogel (2010), 666; Patrick Freudiger (2016) 335; Andreas Lienhard (2008) 8 f.

²⁰⁴ Müller/Vogel (2010) 666; Patrick Freudiger (2016) 335.

²⁰⁵ Christoph B. Bühler (2020) 75 ff.; Andreas Lienhard (2009) 43 ff.

²⁰⁶ So auch Othmar Strasser (2005) Art. 3a N. 27: «Oberleitungsorgan ist der VR oder Bankrat einer Kantonalbank und nicht eine Behörde des Kantons.» Vgl. auch Peter Böckli (2007) 1141 ff.

wachen. Und es soll wirklich ihm anheimfallen (und niemandem anders), gegenüber der Geschäftsleitung die nötigen Weisungen (d.h. gegebenenfalls auch Verbote bestimmter Handlungen) zu erlassen, ohne dass die Eigentümerebene sich in diese Funktion im Einzelnen einmischt.

- Der *Eigentümerebene* – der oberen Ebene –, die durch den *Regierungsrat* vertreten wird, sollen die wichtigsten Genehmigungsentscheide zustehen. Diese Ebene soll, wenn der Staat Eigentümer einer selbständigen Anstalt ist, die Wahlkompetenz und, in Bezug auf den Jahresabschluss, eine Genehmigungskompetenz haben. Die Funktion der Eigentümerebene kann dabei im Falle einer staatlichen Anstalt gegenüber einer klassischen privaten Aktiengesellschaft etwas ausgedehnt werden.
- Die Ebene des *Parlaments* – die alleroberste Ebene – hat gegenüber dem Regierungsrat als dem Staatsorgan, das die Eigentümerfunktion wahrnimmt, schliesslich alle Rechte der *staatlichen Oberaufsicht*.

291 Auf diese Weise wird sichergestellt, dass jede einzelne Instanz genau jene Zuständigkeiten hat, zu der sie funktional berufen und aus ihrem Informationsstand heraus am besten geeignet ist.²⁰⁷

C. Gegenstand und Umfang der Oberaufsicht des Landrates im Kanton Basel-Landschaft

1. Rechtsgrundlagen im Überblick

292 Gemäss § 61 der *Verfassung des Kantons Basel-Landschaft* (KV; SGS 100) übt der Landrat die Oberaufsicht über alle Behörden und Organe aus, die kantonale Aufgaben wahrnehmen.

293 In Bezug auf die Beteiligungen des Kantons, welche ausgelagerte Kantonsaufgaben erfüllen, regelt sodann das *Gesetz über die Beteiligungen* (Public Corporate Governance, PCGG; SGS 314) die Grundsätze für eine zielgerichtete, systematische und angemessene Steuerung und Kontrolle der Beteiligungen des Kantons. Dieses einheitliche Rahmengesetz bezweckt im Zusammenhang mit den Beteiligungen des Kantons die Wahrung seiner Eigentümerinteressen, die Minimierung der Risikoexposition sowie die Sicherstellung der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe.²⁰⁸ In § 10 PCGG ist der Grundsatz festgehalten, dass der *Landrat die Oberaufsicht über die Beteiligungen* ausübt.

294 Die meisten öffentlich-rechtlichen Unternehmen, seien es privatrechtlich konstituierte Aktiengesellschaften oder auch öffentlich-rechtliche Anstalten, gründen in der Schweiz auf Spezialgesetzen. Die Spezialgesetze regeln sodann in den meisten Fällen die Oberaufsicht und Aufsicht über die jeweilige Körperschaft nochmals spezifisch in Bezug auf die jeweilige Anstalt oder Körperschaft

²⁰⁷ Peter Böckli (2007) 1141 ff.

²⁰⁸ § 1 Abs. 2 PCGG.

und können auch von den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes über die Beteiligungen abweichen. So sieht auch § 8 KBG BL explizit vor, dass die *Kantonalbank unter der Oberaufsicht des Landrates* steht.

295 § 15 Abs. 1 lit. a *Finanzkontrollgesetz Basel-Landschaft* hält sodann fest, dass die Finanzkontrolle den Landrat und seine Kommissionen *bei der Ausübung der Oberaufsicht über die Verwaltung, die Rechtspflege und die verwaltungsexternen Organisationen* unterstützt.

2. Gegenstand und Umfang der Oberaufsicht des Landrates gemäss § 10 PCCG

296 § 10 PCCG enthält – wie erwähnt – die folgende Regelung zur Oberaufsicht des Landrates:

«¹Der Landrat übt die Oberaufsicht über die Beteiligungen aus.

297 Den Erläuterungen zu dieser Bestimmung in der Vorlage an den Landrat vom 28. Juni 2016²⁰⁹ ist zu entnehmen, dass der erste Absatz dieser Bestimmung in Bezug auf die Beteiligungen des Kantons den verfassungsmässigen Grundsatz konkretisiert, dass der Landrat über alle Behörden und Organe die Oberaufsicht ausübt, welche kantonale Aufgaben wahrnehmen:

«Die Oberaufsicht umfasst den Regierungsrat und damit die kantonale Verwaltung, andere Träger öffentlicher Aufgaben und die Justiz. Die Oberaufsicht stellt eine parlamentarische Kontrolle dar.»

298 Die parlamentarische Oberaufsicht – so die Erläuterungen des Regierungsrates zu dieser Bestimmung – erstreckt sich mithin auf die Aufsichtsbefugnisse, welche der Regierungsrat in Bezug auf die Beteiligungen hat, welche ausgelagerte Kantonsaufgaben erfüllen. Adressat der parlamentarischen Oberaufsicht im Bereich der Beteiligungen ist also grundsätzlich der *Regierungsrat* und nicht der ausgelagerte Aufgabenträger selbst.²¹⁰ Die Oberaufsicht des Landrates ist somit einerseits eine indirekte, andererseits ist sie beschränkt durch den Umfang der *Aufsichtskompetenzen des Regierungsrates gegenüber diesen ausgelagerten Aufgabenträgern*. Diese sind wiederum in § 9 PCCG festgehalten:

- Wahrnehmung der Wahl- und Abwahlbefugnisse oder der Vorschlagsrechte bei der *Besetzung des strategischen Führungsorgans*;
- Mandatierung der *Kantonsvertretungen*;
- Durchführung der *Eigentümergegespräche* mit den strategisch wichtigen Beteiligungen;
- Beschlussfassung über die *Eigentümerstrategien* und den *Beteiligungsbericht*;
- Genehmigung der *Geschäftsberichte* und *Jahresrechnungen* der Beteiligungen.

²⁰⁹ *Regierungsrat BL* (2016) 17.

²¹⁰ Vgl. Auswertung Vernehmlassung LRV PCCG vom 6. Juni 2016, 1.

299 Entsprechend der *Akzessorietät* der Oberaufsicht des Landrates zu der in § 9 PCGG abgegrenzten Aufsichtskompetenz des Regierungsrats in Bezug auf die Beteiligungen, präzisiert sodann der zweite Absatz von § 10 PCGG, dass der Landrat im Rahmen der Oberaufsichtskompetenz die folgenden, an die regierungsrätlichen Aufgaben des Regierungsrates anknüpfenden Funktionen wahrnimmt:

²Er [der Landrat] nimmt die folgenden Funktionen wahr:

- a. **Kenntnisnahme der Eigentümerstrategien**, sofern sie nicht durch eine 2/3-Mehrheit mit konkreten Anträgen an den Regierungsrat zurückgewiesen werden;
- b. **Kenntnisnahme des Beteiligungsberichts**;
- c. **Kenntnisnahme der Geschäftsberichte und Jahresrechnungen der strategisch wichtigen Beteiligungen.**²¹¹

300 Während also die Beschlussfassung über die Eigentümerstrategie, den Beteiligungsbericht sowie die Genehmigung des Geschäftsberichts und der Jahresrechnung der Beteiligungen eine Aufgabe des Regierungsrates ist, umfasst die Oberaufsicht des Landrates die umfassenden *Informationsrechte* gegenüber dem Regierungsrat als Aufsichtsbehörde über die Beteiligungen («Kenntnisnahme»). Basierend auf diesen Informationen kann der Landrat sodann mittels *parlamentarischer Vorstösse* sowie der Einflussmöglichkeit gemäss § 10 Abs. 2 lit. a PCGG (Rückweisung der Eigentümerstrategie durch eine 2/3-Mehrheit mit konkreten Anträgen an den Regierungsrat) auch im Bereich der Beteiligungen aktiv Akzente setzen.²¹²

301 Die im Gesetz über die Beteiligungen namentlich genannten Instrumente bilden indes keine abschliessende Aufzählung. Neben den ordentlichen Aufsichtsmitteln (Kenntnisnahme des Geschäftsberichtes, Jahresrechnung und Beteiligungsbericht) stehen dem Landrat grundsätzlich weitere Aufsichtsmittel zur Verfügung. Im Rahmen einer Oberaufsichtskompetenz kann der Landrat auch Auskünfte über die Tätigkeiten der Verwaltungsbehörden anfordern, *Untersuchungen über konkrete Fälle* mit Experten anzuordnen oder *Kritik an Handlungen und Entscheidungen* des Regierungsrates sowie auch einer Unterlassung in Bezug auf eine Beteiligung äussern.²¹³

302 Zur Bedeutung und Tragweite der Oberaufsicht halten die Erläuterungen des Regierungsrates im Weiteren fest:²¹⁴

«Bei der Oberaufsicht über die Beteiligungen geht es darum, auf die **grossen Zusammenhänge**, die **langfristige Ausrichtung** und die **politischen Perspektiven** zu achten und die Art und Weise der Wahrnehmung dieser Eigentümerinteressen zu überwachen. Die Überwachung umfasst die Prüfung, ob die **Regierung** die Interessen des Kantons als Eigentümer und Auftraggeber wahrgenommen haben und ob innerhalb

²¹¹ Hervorhebungen beigefügt.

²¹² Vgl. Auswertung Vernehmlassung LRV PCGG vom 6. Juni 2016, 1.

²¹³ Häfelin/Müller/Uhlmann (2020) Rz. 1727.

²¹⁴ Regierungsrat BL (2016) 17 (Hervorhebungen beigefügt).

der ausgelagerten Einheiten ein funktionierendes Aufsichts-, Controlling- und Reportingkonzept besteht.

303 Die parlamentarische Oberaufsicht dient damit grundsätzlich dazu, die *politische Verantwortung des Regierungsrates* als Eigentümervertreter gelten zu machen und zu überwachen. Sie wird in Zusammenhang mit den ausgegliederten Aufgabenträgern in der Regel *nachträglich* und *indirekt* über den Regierungsrat ausgeübt und verhält sich gegenüber der Aufsicht des Regierungsrates *akzessorisch*. Die Oberaufsicht soll *nicht unmittelbar auf das operative Geschäft einwirken*; sie soll dem Landrat vielmehr dazu dienen, eine Gesamtsicht *aus einer gewissen Distanz* zu erlangen.²¹⁵

3. Unterstützung des Landrates bei der Ausübung der Oberaufsicht in Bezug auf die BLKB durch die Finanzkontrolle

304 Die Finanzkontrolle ist Kontrollorgan und oberstes Fachorgan der Finanzaufsicht.²¹⁶ Als solches unterstützt sie auch den Landrat und seine Kommissionen bei der Ausübung der Oberaufsicht über die verwaltungsexternen Aufgabenträger.²¹⁷ Sie ist damit neben dem Regierungsrat und dem Landrat ebenfalls in die Steuerung und Kontrolle der verselbständigten Einheiten des Kantons involviert. Die Finanzkontrolle ist im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften selbständig und institutionell, funktionell sowie finanziell unabhängig.²¹⁸

305 Die Finanzkontrolle unterstützt den Landrat in seiner Oberaufsichtsfunktion namentlich, indem sie das Verhalten der dem Parlament unterstehenden Organe nach den Kriterien der Rechts-, Ordnungs- und Zweckmässigkeit sowie der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit überprüft. Die Prüfkompetenz der Finanzkontrolle kann dabei jedoch nicht weitergehen als die Oberaufsichtskompetenz des Landrates, welche – wie erwähnt – in Bezug auf die ausgegliederten Aufgabenträger wiederum begrenzt ist durch den Umfang der Aufsichtskompetenzen des Regierungsrates. Die Finanzaufsicht durch die Finanzkontrolle beinhaltet dabei weniger ein prozessbegleitendes äusseres «Controlling» als hauptsächlich eine eigentliche «Kontrolle» im Sinne eines *nachträglichen externen Soll-Ist-Vergleichs* hinsichtlich der strategischen Zielvorgaben des Kantons als Eigner (Eignerstrategie).²¹⁹

²¹⁵ Vgl. Lienhard/Mächler/Zielniewicz (2017) 360; Müller/Vogel (2010) 650 f.

²¹⁶ § 2 Abs. 1 FKG BL.

²¹⁷ § 15 Abs. 1 lit. a FKG BL.

²¹⁸ § 2 Abs. 2 FKG BL.

²¹⁹ Lienhard/Mächler/Zielniewicz (2017) 359.

4. Gegenstand und Umfang der Oberaufsicht des Landrats in Bezug auf die BLKB gemäss § 8 KBG BL

a) Rechtsgrundlage

306 § 8 Abs. 1 KBG BL stellt in Bezug auf die BLKB klar, was an sich aufgrund des Grundsatzes in § 10 PCGG bereits gilt: «Die Bank steht unter der Oberaufsicht des Landrates.»

307 Während das Gesetz über die Beteiligungen als Rahmengesetz für sämtliche Beteiligungen des Kantons, welche ausgelagerte Kantonsaufgaben erfüllen, einheitlich den Grundsatz der Oberaufsicht des Landrates über diese Beteiligungen regelt, normiert das Kantonalbankgesetz als Spezialgesetz die Oberaufsicht des Landrates nochmals spezifisch in Bezug auf die BLKB.

b) Legitimation

308 Im Rahmen seiner Oberaufsicht hat der Landrat im Wesentlichen indirekt über den Regierungsrat und mit Unterstützung der Finanzkontrolle zu überprüfen, ob die BLKB ihre unternehmerischen Tätigkeiten *im öffentlichen Interesse* wahrnimmt, welches im Zweck der BLKB und der Eignerstrategie definiert ist.

309 Der Landrat, der die BLKB als öffentlich-rechtliche Anstalt durch gesetzgeberischen Akt geschaffen hat und dessen Zweck festgelegt hat, überwacht die Zweckerfüllung dabei durch eine distanziert-politische Kontrolle. Die Oberaufsicht des Landrats über die BLKB hat ihre Legitimation auch in der *Staatsgarantie*: Da der Kanton gemäss § 4 Abs. 1 KBG BL für die Verbindlichkeiten der BLKB haftet, sollen ihm auch entsprechende Kontroll- und Informationsrechte zustehen.

c) Konkrete Befugnisse des Landrates im Rahmen der Oberaufsicht über die BLKB

310 Das Kantonalbankgesetz konkretisiert nicht weiter, welche Befugnisse der Landrat im Rahmen seiner Oberaufsicht über die BLKB hat und welche Kommission des Landrats sich thematisch mit der BLKB befasst, sondern begnügt sich vielmehr mit einer pauschalen Zuteilung der Kompetenz zur Oberaufsicht über die BLKB an den Landrat.

311 Der Landrat nimmt zunächst auch in Bezug auf die BLKB diejenigen Funktionen wahr, welche ihm – wie hiavor dargelegt – in Bezug auf sämtliche ausgegliederten Aufgabenträger des Kantons im Anwendungsbereich des Gesetzes über die Beteiligungen gemäss § 10 Abs. 2 PCCG zugeteilt sind, nämlich die *Kenntnisnahme der Eigentümerstrategie, des Beteiligungsberichts sowie des Geschäftsberichts und der Jahresrechnung der BLKB*.

312 Der Landrat kann sodann, wie erwähnt, *mit Unterstützung der Finanzkontrolle* auch Handlungen und Entscheidungen der zu beaufsichtigenden BLKB, soweit sie in Zusammenhang mit dem öffent-

lichen Leistungsauftrag, der Eigenerstrategie oder der Staatsgarantie des Kantons stehen, nachträglich auf ihre Zweck- und Rechtmässigkeit, Wirksamkeit und Effizienz überprüfen und bewerten.²²⁰

313 Des Weiteren kann der Landrat bzw. die Finanzkommission von seiner Kompetenz gemäss § 10 Abs. 2 lit. a PCGG Gebrauch machen und die Eigenerstrategie – sofern er die erforderliche 2/3-Mehrheit erreicht – mit einem *konkreten Antrag an den Regierungsrat* zurückweisen.

314 Schliesslich kann der Landrat die Instrumente der *parlamentarischen Vorstösse* gemäss § 34 ff. des Gesetzes über die Organisation und die Geschäftsführung des Landrats (Landratsgesetz; SGS 131) ergreifen. Mittels parlamentarischen Vorstössen können sowohl bestimmte Massnahmen des Regierungsrates verlangt als auch Aufträge erteilt werden und somit indirekt eine Kontrolle über die Beteiligung ausgeübt werden.²²¹

315 Gemäss § 62 Abs. 1 lit. f des Landratsgesetzes behandelt sodann die *Finanzkommission* des Landrates den *Beteiligungsbericht* und kann in diesem Zusammenhang die erforderlichen *Informationen* über die betreffende Beteiligung einverlangen. § 8 Abs. 2 KBG BL hält denn auch in Bezug auf die BLKB explizit fest, dass die Finanzkommission des Landrates über den Geschäftsgang und andere wichtige Angelegenheiten *vertraulich orientiert* wird.²²²

II. Informationsrecht der Finanzkommission des Landrates gegenüber der BLKB

A. Gegenstand des Informationsrechts der Finanzkommission des Landrates

316 Der Landrat kann die Oberaufsichtsfunktion über seine Beteiligungen mit ausgegliederten Kantonsaufgaben nur wahrnehmen, wenn ihm auch das hierfür erforderliche Informations- und Auskunftsrecht zugestanden wird. Die wichtigsten Informationsquellen sind dabei die Geschäftsberichte, die Jahresrechnungen sowie die Beteiligungsberichte.²²³

317 Die Oberaufsicht des Landrates im Bereich der Beteiligungen ist grundsätzlich eine *indirekte*; Adressat der Oberaufsicht ist, wie erwähnt, primär der Regierungsrat. Entsprechend sind auch die Informationsrechte des Landrates und der Finanzkommission in Bezug auf die Beteiligungen des Kantons grundsätzlich indirekt über den Regierungsrat geltend zu machen. Die Informationsrechte dürfen an sich ohnehin nicht weiter ausgeschöpft werden, als dies *für die Wahrnehmung der Oberaufsichtsfunktion erforderlich* ist.²²⁴ Unklar ist, ob die Informationsrechte nötigenfalls –

²²⁰ Müller/Vogel (2010) 649.

²²¹ Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann (2020) Rz. 1727.

²²² Vgl. zum Umfang und den Grenzen dieses Informationsrechts unten Rz. 320 ff.

²²³ § 10 Abs. 2 lit. b und PCGG sowie § 62 Abs. 1 lit. f Landratsgesetz.

²²⁴ Müller/Vogel (2010) S. 656.

wie dies auf Bundesebene explizit vorgesehen ist²²⁵ – auch *direkt gegenüber dem jeweiligen Träger öffentlicher Aufgaben* geltend gemacht werden können. Dies dürfte insofern ausnahmsweise zulässig sein, als dies *für die Wahrnehmung der Oberaufsicht erforderlich* ist und der Regierungsrat vor der Einholung der Informationen benachrichtigt wird.²²⁶

318 Gemäss § 8 Abs. 2 KBG BL wird die Finanzkommission des Landrates über den *Geschäftsgang* und *andere wichtige Angelegenheiten* vertraulich informiert. Der Informationsanspruch der Finanzkommission dürfte dabei jedoch in sachlicher Hinsicht *beschränkt* sein, wie folgt:²²⁷

- Die Kenntnis der Information, insbesondere eines Geheimnisses, muss *notwendig* sein zur *Wahrnehmung der Oberaufsicht*, was nicht leichthin anzunehmen ist;²²⁸
- Die Finanzkommission ist ihrerseits zur *Geheimhaltung verpflichtet*, und es müssen geeignete Vorkehrungen zur Wahrung der Vertraulichkeit getroffen bzw. entsprechende Weisungen erlassen werden.²²⁹

319 Wie weit das Informationsrecht der Finanzkommission in Bezug auf die BLKB reicht, lässt sich damit nur relativ *abstrakt* abgrenzen: es erstreckt sich grundsätzlich auf den «*Geschäftsgang*» der BLKB und «*andere wichtige Angelegenheiten*», soweit diese Informationen zur Wahrnehmung der Oberaufsichtsfunktion über die BLKB erforderlich sind. Der konkrete Umfang dieses Informationsrechts ergibt sich dabei letztlich durch die Negativumschreibung der *rechtlichen Schranken* gemäss den auf die BLKB anwendbaren Regulierungen.

B. Schranken des Informationsrechts der Finanzkommission des Landrates in Bezug auf die BLKB

1. BLKB im Anwendungsbereich des Bankenaufsichts- und Kapitalmarktrechts

320 Hat sich eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt, wie dies bei der BLKB der Fall ist, als Bank im Sinne von Art. 3 BankG der Finanzmarktaufsicht unterstellt und gegenüber dem Kapitalmarkt geöffnet, tritt sie auch in die rechtlichen Schnittstellenbereiche des *Bankenaufsichtsrechts* sowie des *Kapitalmarktrechts* ein.²³⁰ Durch die Kotierung der BLKB-Zertifikate, also die «*Zulassung einer Effekte zum Handel an einer Börse*» (vgl. Art. 2 lit. f FinfraG), ist die BLKB in ein zusätzliches, sehr weitreichendes Geflecht rechtlicher Beziehungen eingebunden. Es kommen auch die *Sonderregeln* für Publikumsgesellschaften zur Anwendung, die sich aus dem *Kapitalmarktrecht* ergeben.

²²⁵ Art. 153 ParlG.

²²⁶ Vgl. *Pedergrana/Müller/Piazza* (2013) 936.

²²⁷ *Felix Uhlmann* (2013) N. 57.

²²⁸ Art. 153 Abs. 2 ParlG. Vgl. *Müller/Vogel* (2010) 655 f.; *Patrick Freudiger* (2016) 337.

²²⁹ Art. 8 und 153 Abs. 7 ParlG. Vgl. *Giovanni Biaggini* (2013) 24.

²³⁰ Vgl. *Peter Nobel* (2019) § 7 N. 1 ff.; *Hans Caspar von der Crone* (2020) § 32 N. 2320 ff.; *Peter Böckli* (2009) § 7 N. 1 ff.

2. Schranken des Bankenaufsichtsrechts

a) Massgebliche Governance-Grundsätze gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und FINMA Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance – Banken»

- 321 Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG setzt für die Erteilung und Aufrechterhaltung der Bankbewilligung voraus, dass die Bank besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden hat und die Befugnisse zwischen diesen Organen so abzugrenzen hat, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist. Vorgeschrieben ist mithin eine *strikte Funktionentrennung* zwischen dem Oberleitungs- und Aufsichtsorgan der Bank (Verwaltungs- oder Bankrat) und dem operativen Geschäftsleitungsorgan (Geschäftsleitung).
- 322 Gemäss § 11 Abs. 1 KBG BL obliegt die Oberleitung und die Kontrolle der Bank dem Bankrat. Was unter Oberleitung und Kontrolle einer Bank im Einzelnen zu verstehen ist, wird konkretisiert durch das FINMA-Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance-Banken».

b) Oberleitung als zentrale Aufgabe des obersten Führungsorgans

- 323 Wichtigste Kernkompetenz ist die *Oberleitung des Unternehmens*: Der Begriff ist heute ziemlich unbestrittenermassen zu verstehen als die *Festlegung der Strategie*, d.h. der Ziele der unternehmerischen Tätigkeit, mit anderen Worten die Unternehmenspolitik, mit der *Wahl der Mittel*, d.h. der operativen Tätigkeiten, der personellen und finanziellen Ressourcen, zur Erreichung dieser Ziele. Nicht die Eigentümerebene, sondern das oberste Führungsorgan (der Verwaltungs- oder Bankrat) legt die unternehmerischen Wege – was das Unternehmen tut und was es nicht tut – fest und erteilt alle nötigen unternehmensinternen Direktiven (Weisungen) zur Erreichung der von ihm bestimmten Ziele auf den von ihm gewählten Wegen. Oberleitung ist im Rahmen des Unternehmenszwecks die autonome Gestaltung der ganzen Unternehmenstätigkeit in ihren Grundzügen.²³¹ Dazu gehört die Auswahl und die Abgrenzung der konkreten Geschäftsfelder, die Festlegung der Ziele und Prioritäten und die stete Sorge für das finanzielle Gleichgewicht des Unternehmens im Auf und Ab des Geschäftsganges und in den Widrigkeiten des Marktumfeldes. Es versteht sich, dass die Entscheidung beim Gesamtbankrat liegt; die Ausarbeitung und Adjustierung der Unternehmensstrategie erfolgt jedoch im *engen Zusammenwirken mit der Geschäftsleitung*, etwas Anderes ist in der Praxis gar nicht möglich.²³²

²³¹ Peter Böckli (1994) 21 f.

²³² Für die heute weitgehend einmütige Auffassung in der Literatur: Bundesrat (1983) 177 f.; Peter Böckli (1994) 21 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (1996) § 30 N. 31 und 33; Böckli/Bühler (2009) 22; Watter/Roth Pelanda, BSK-OR II (2016) Art. 716a N. 4/5; Plüss/Facincani-Kunz (2016) Art. 716a N. 3.

c) Die übrigen Kernkompetenzen des obersten Leitungs- und Aufsichtsorgans

324 Die «Oberleitung und die Kontrolle der Bank» gemäss § 11 Abs. 1 KBG BL wird durch die in Art. 716a Abs. 1 OR definierten Kernkompetenzen konkretisiert, welche *analog* auch auf die Oberleitungskompetenz des Bankrates der als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt konstituierten BLKB übertragbar sind:²³³

- die *Organisationsverantwortung*: der Bankrat – und nur er – trifft die wichtigen organisatorischen Festlegungen des Unternehmens;
- die *Finanzverantwortung*: der Bankrat legt nach eigenem sachgemässen Ermessen die Ausgestaltung des *Rechnungswesens*, der *Finanzkontrolle* (des gesamten *internen Kontrollsystems* sowie der *internen Revision*) und der *Finanzplanung* fest, und er ist für diese Bereiche umfassend verantwortlich;
- die oberste *Personalverantwortung*: der Verwaltungsrat ernennt die oberste Geschäftsleitung und kann diese abberufen. Nach heutiger Auffassung gehört zur Personalverantwortung aufgrund der Oberleitungskompetenz die Personalpolitik überhaupt mit der obersten *Vergütungspolitik*;²³⁴
- die *Oberaufsicht über die Geschäftsführung und das Personal*: diese Verantwortung ist ebenfalls unentziehbar und unübertragbar eine Hauptaufgabe des Verwaltungs- bzw. Bankrates. Dazu gehören nach heutiger Auffassung auch die Entschlussfassung und Überwachung im Bereich des unternehmerischen Risikomanagements, die Compliance und das Controlling;²³⁵
- die *Verantwortung für die Erstellung der Jahresabschlüsse* (und der übrigen Teile des Geschäftsberichts) sowie die Vorbereitung und Durchführung der Generalversammlung (im Falle der BLKB Zertifikatsversammlung);
- die Benachrichtigung des Gerichts im Falle der *Überschuldung*.

d) Spannungsfeld zwischen dem Informationsanspruch der Finanzkommission und der Oberleitungskompetenz und Organisationsautonomie des Bankrats

325 Die in § 8 Abs. 2 KBG BL vorgesehene Orientierung über den «*Geschäftsgang und andere wichtige Angelegenheiten*» kann in ein Spannungsfeld zur Oberleitungskompetenz und Organisationsautonomie des Bankrates treten, wenn sie auf einen kontrollierenden Zugriff in die dem Bankrat unentziehbar anvertraute Sphäre hinausläuft. Denn alle internen Kontrollen konvergieren zum Spitzenorgan, dem Bankrat. Die Finanzkontrolle und die interne Revision zum Geschäftsgang im

²³³ Vgl. zu dieser Analogie Peter Böckli (2007) 1152 ff.

²³⁴ Watter/Roth Pellanda, BSK-OR II (2016) Art. 716a N. 47; Peter Böckli (2009) § 13 N. 426.

²³⁵ Hans Caspar von der Crone (2020) § 18 N. 1404 ff. mit weiteren Hinweisen.

Inneren der Bank ist diesem unentziehbar und unübertragbar zugewiesen.²³⁶ Anlaufstelle für die Ergebnisse der internen Revision und des internen Kontrollsystems überhaupt ist stets der Bankrat.

- 326 Die Information der Finanzkommission über den Geschäftsgang und andere wichtige Angelegenheiten kann sich mithin nicht auf eigentliche Interna im Geschäfts- und Führungsbereich der Bank beziehen, und grundsätzlich auch nicht proaktiv oder im Sinne eines eigentlichen laufenden «Controllings» erfolgen, sondern erstreckt sich vor allem auf einen Austausch von Informationen, welche im Rahmen Oberaufsicht des Landrates der Finanzkommission zur Verfügung zu stellen, damit diese ihre Aufgaben im Sinne einer *nachträglichen äusseren Kontrolle zu Handen des Landrates* wahrnehmen kann.
- 327 Es wäre auch stossend, wenn in einem *börsenkotierten Unternehmen* der Haupteigner, unter Berufung auf das öffentliche Interesse handelnd, einen separaten Informationszugang zur Bank einrichten und dieses selektive Informations- und Einwirkungsinstrument gegenüber den weiteren Stakeholdern (Zertifikatsinhabern) beanspruchen würde. Dadurch würde die dem Verwaltungsrat zwingend *anvertraute Oberleitung und Festlegung der inneren Organisation der Bank* unterlaufen. Probleme stellen sich dann auch vor allem auch unter dem Gesichtspunkt des Kapitalmarktrechts. Darauf ist unmittelbar nachstehend näher einzugehen.

3. Schranken des Kapitalmarktrechts

a) Kotierung der BLKB an der Schweizer Börse SIX

- 328 Das Grundkapital der BLKB besteht gemäss § 5 Abs. 1 KBG BL aus dem Dotationskapital und dem Zertifikatskapital. Das Dotationskapital wird vom Kanton beschafft und kann durch Beschluss des Landrates erhöht oder herabgesetzt werden. Das Zertifikatskapital wird von der BLKB durch Ausgabe von Zertifikaten beschafft. Es darf höchstens die Hälfte des Dotationskapitals betragen.²³⁷
- 329 Die BLKB ist an der SIX Swiss Exchange AG kotiert und emittiert eigene Partizipationsscheine, sogenannte Kantonalbankzertifikate (570'000 Stück zu nominal 100 CHF). Die Zertifikate geben Anrecht auf eine Ausschüttung, auf den Bezug neuer Zertifikate und auf einen verhältnismässigen Anteil am Ergebnis bei einer allfälligen Liquidation. Stimm-, Einsprache- und Anfechtungsrechte oder andere Mitwirkungsrechte sind mit den Zertifikaten nicht verbunden. Bankrat und Geschäftsleitung können die Inhaberinnen und Inhaber von Zertifikaten zu Versammlungen einladen und sie über den Geschäftsverlauf der Bank unterrichten. Solche Versammlungen dienen allein der Information. Die Inhaberinnen und Inhaber können keine Beschlüsse fassen.²³⁸

²³⁶ Der Begriff «Finanzkontrolle» des Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR wird heute umfassender verstanden als Zuständigkeit für die Gestaltung und Überwachung des *gesamten internen Kontrollsystems*.

²³⁷ § 5 Abs. 2 und 3 KBG BL.

²³⁸ § 5 Abs. 3 KBG BL; §§ 8 und 9 Reglement über die Ausgabe von Kantonalbankzertifikaten.

b) «Level playing field» als Leitmaxime im Kapitalmarktrecht

330 Das Börsenrecht – auch das Kapitalmarktrecht als Ganzes – strebt Ziele an, die vor allem öffentlich-rechtlicher Natur sind. Es geht darum, durch in weitestem Umfang zwingende Regeln die «*Transparenz und Gleichbehandlung*» für die Kapitalanleger herzustellen und die «*Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten*».²³⁹ Das Gleichbehandlungsprinzip des Kapitalmarktrechts will ein «*level playing field*»²⁴⁰ herstellen, also ein allgemeines marktrelevantes Ziel absolut verfolgen.

331 Die Auswirkungen des Börsenrechts betreffen vor allem die folgenden Bereiche eines Unternehmens, dessen Effekten an der Börse kotiert sind, und der nun im Börsenrecht als «*Emittent*», als Aussteller von im Publikum gestreuten Beteiligungsrechten, verstanden und bezeichnet wird:

- (i) *Insiderstrafrecht*:²⁴¹ Verbot der *Mitteilung* von Insiderinformationen, d.h. kursrelevanten Informationen an Dritte (neu beim Emittenten aufgetretenen Tatsachen oder Ereignissen, welche geeignet sind, den Börsenkurs erheblich zu beeinflussen) mit einem *Transaktionsverbot* in Beteiligungsrechten des Emittenten, beides bis zum Augenblick, in dem die Information allgemein bekannt wird («*kritische Zeitspanne*» für alle als «*Insider*» der Gesellschaft);
- (ii) *Insider-Aufsicht der FINMA*:²⁴² Aufsichtsrechtliche Unzulässigkeit insbesondere der Mitteilung von Insiderinformationen an eine andere Person, von der FINMA mit ihren «*Aufsichtsinstrumenten*» (Enforcement) auch gegenüber dem Emittenten durchgesetzt;
- (iii) *Ad hoc-Publizität*:²⁴³ Verpflichtung der Spitzenorgane der Gesellschaft, neu auftretende kursrelevante Information ohne Verzug via elektronische Mittel und Presse öffentlich bekannt zu geben, und selektive Informationen gegenüber Dritten zu unterlassen;
- (iv) *Offenlegung von Management-Transaktionen*²⁴⁴ in Beteiligungsrechten des Emittenten;
- (v) *Börsenrechtliche Transparenz*: Geschäftsbericht, Halbjahresbericht, Informationen nach der «*Richtlinie Corporate Governance*» der SIX Swiss Exchange sowie teilweise auch dem «*Swiss Code of Best Practice*». Die Offenlegung der Vergütungen und Kredite an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gehörte ursprünglich auch hierher,²⁴⁵ ist aber heute für den *Vergütungsbericht* des Verwaltungsrates in Art. 13 ff. VegüV geregelt.²⁴⁶

²³⁹ Art. 1 Abs. 2 Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (FinfraG).

²⁴⁰ Vgl. Peter V. Kunz (2006) 131 f.; Peter Böckli (2009) § 7 N. 51a.

²⁴¹ Art. 154 FinfraG.

²⁴² Art. 142 Abs. 1 Bst. b FinfraG.

²⁴³ Art. 53 f. Kotierungsreglement und *SIX-Richtlinie* betr. Ad hoc-Publizität.

²⁴⁴ Art. 56 Kotierungsreglement und *SIX-Richtlinie* betr. Offenlegung von Management-Transaktionen.

²⁴⁵ Ursprüngliche Fassung der «*Richtlinie Corporate Governance*» von 2002.

²⁴⁶ In Übernahme im Wesentlichen der schon seit 1.1.2007 in Kraft stehenden Art. 663b^{bis} und 663c OR 2005.

- 332 Die kapitalmarktrechtlichen Regulierungen sind insgesamt in einem bunten Flickenteppich teils in Gesetzesform strafrechtlich oder börsenaufsichtsrechtlich, teils in einer «*unechten*» Selbstregulierung der Börse (so namentlich die *Ad hoc-Publizität* und die besondere *börsenrechtliche Transparenz*) enthalten. Sie schlagen sich im vorliegenden Zusammenhang eines Informationsaustauschs mit der Finanzkommission vor allem in drei Bereichen der börsenkotierten BLKB nieder:
- (i) im Gleichbehandlungsgebot der Marktteilnehmer («*level playing field*»)
 - (ii) im straf- und aufsichtsrechtlichen *Mitteilungsverbot für Insiderinformationen an Dritte*;
 - (iii) in der Handhabung der *Ad hoc-Publizität*;

c) Kapitalmarktrechtliches Gleichbehandlungsgebot

- 333 Auch im Kapitalmarktrecht ist die *Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer* festgehalten. Sie findet sich im Allgemeinen Zweckartikel des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes (FinfraG)²⁴⁷ und im Besonderen in verschiedenen Vorschriften, die eine spontane Informationspflicht des Emittenten vorsehen.
- 334 Anders als im Aktienrecht hat sich die Lehre bisher kaum mit der Frage auseinandergesetzt, ob das informationelle Gleichbehandlungsgebot im Kapitalmarktrecht absolut oder relativ zu verstehen ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das kapitalmarktrechtliche informationelle Gleichbehandlungsgebot durchaus *strenger* zu handhaben als das aktienrechtliche.²⁴⁸ Dass im Kapitalmarktrecht, d.h. an Publikumsgesellschaften, ein strengerer Massstab angelegt werden muss als generell bei privat gehaltenen Gesellschaften, leuchtet ein und scheint unbestritten. Weil hier die Aktien marktgängig sind, besteht die direkte Möglichkeit, einen allfälligen Informationsvorteil zu eigenen Gunsten auszunutzen. Um Missbräuche zu vermeiden, muss die Zulässigkeit selektiver Informationen an einzelne Investoren denn auch zurückhaltender beurteilt werden. Es geht dennoch zu weit, deshalb geradezu von einem «absoluten» Gleichbehandlungsgebot im Kapitalmarktrecht zu sprechen.²⁴⁹
- 335 Es muss letztlich auch bei *börsenkotierten* Unternehmen möglich sein, unter gewissen Umständen einzelne Stakeholder selektiv zu informieren. Sonst wäre es dem Bankrat beispielsweise verwehrt, Vertreter eines anderen Unternehmens zu kontaktieren, um die Möglichkeiten eines Zusammenschlusses zu erörtern. Die Regelungen zur *Ad hoc-Publizitätspflicht* sehen denn auch vor, dass die Bekanntgabe einer kursrelevanten Tatsache unter gewissen Voraussetzungen *aufgeschoben* werden kann,²⁵⁰ was zeigt, dass auch der Regulator nicht von einer absoluten Gleichbehandlung

²⁴⁷ Art. 1 Abs. 2 FinfraG; vgl. auch die Pflicht zur Gleichbehandlung der Besitzer von Beteiligungspapieren in Zusammenhang mit einem öffentlichen Übernahmeverfahren gemäss Art. 127 Abs. 2 FinfraG.

²⁴⁸ Vgl. *Christoph B. Bühler* (2009) N. 917; so auch *Peter Böckli* (2009) § 13 N. 694 und 700.

²⁴⁹ So etwa *Eugster/Marolda Martinez* (2007) 43. Zu fordern ist vielmehr ein «*level playing field*»: vgl. *Böckli/Bühler* (2005) 119; *Däniker/Dettwiler* (2011) 31.

²⁵⁰ Art. 54 Abs. 1 Kotierungsreglement SIX Exchange Regulation.

ausgeht.²⁵¹ Die Regeln zur Ad hoc-Publizitätspflicht, die der Gleichbehandlung dienen sollen, gelten zudem nur für potenziell *kursrelevante* Tatsachen. Bekanntgabepflichtig sind mithin *nur qualifizierte Ereignisse*.²⁵² Es gibt aber auch Informationen, die nicht unter diese Regeln fallen; zu denken ist etwa an die vertiefte Erörterung der bereits publizierten Finanzzahlen an den Mehrheitsaktionär oder an Analysten.

d) Mitteilungsverbot für Insiderinformationen

(i) *Strafrechtliches Insiderhandelsverbot gemäss Art. 154 FinfraG*

- 336 Die *Börsenkotierung* unterwirft die Organe der BLKB (u.a. Bankrat, Geschäftsleitung, weitere Mitglieder von Leitungs- und Aufsichtsorganen) dem *Insiderstrafrecht* des Art. 154 FinfraG,²⁵³ mit einer Strafandrohung in einfachen Fällen von Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafen.²⁵⁴ Mögliche Täter des Insiderdelikts sind auch alle anderen Personen, die aufgrund ihrer Beteiligung oder ihrer Tätigkeit bestimmungsgemäss Zugang zu Insiderinformationen haben – vor allem Revisoren, aussenstehende Beauftragte, wohl auch Personen des Kantons, die mit der BLKB befasst und zu Insidern geworden sind. Hier interessiert weniger das klassische und seit 1988 allgemein bekannte Insider-«*Ausnützungsdelikt*», als das Insider-«*Mitteilungsdelikt*», d.h. die *Weitergabe* einer Insiderinformation während der kritischen Zeitspanne.
- 337 Als Insiderinformation gilt eine noch vertrauliche *kursrelevante* Information, die (in der Regel²⁵⁵) aus einem wichtigen Ereignis im Unternehmen stammt, aber sich auch aus einem noch nicht öffentlich bekannten Drittereignis heraus ergeben kann, wenn dieses sich auf das Unternehmen erheblich auswirkt und deshalb an der Börse ebenfalls kursrelevant sein kann (z.B. der überraschende Entzug einer behördlichen Bewilligung oder die Kündigung einer bedeutenden strategischen Partnerschaft mit dem Unternehmen).²⁵⁶
- 338 Die «*Mitteilung*» der Insiderinformation ist nicht schon abstrakt und für sich alleine strafbar; es braucht strafrechtlich einen *Vorsatz*, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen,²⁵⁷ und solche Vermögensdelikte durch Weitergabe von Insiderinformationen sind in der Praxis bisher nicht so häufig erfasst und noch weniger bestraft worden.

²⁵¹ So *Däniker/Dettwiler* (2011) 31.

²⁵² Art. 3 Ad hoc-Publizitätsrichtlinie SIX Exchange Regulation.

²⁵³ Früher Art. 40 BEHG, einstmals (in einfacher Form) Art. 161 StGB.

²⁵⁴ Bei qualifizierten Fällen nach Art. 154 Abs. 2 FinfraG sogar fünf Jahre Freiheitsstrafe.

²⁵⁵ Ausnahmsweise geht es auch um Ereignisse ausserhalb der Gesellschaft.

²⁵⁶ Vgl. *Kommentar* zur RLAHP N. 41 ff.; *Daniel Zbinden* (2003) 101.

²⁵⁷ Art. 154 Abs. 1 FinfraG.

(ii) *Aufsichtsrechtliches Insiderhandelsverbot gemäss Art. 142 FinfraG*

339 Auch die blosser Weitergabe einer Insiderinformation *ohne Vermögensvorteilvorsatz* kann aber dennoch bereits rechtswidrig sein und ein *Reputationsproblem* für die betroffenen Emittenten mit sich bringen:

- als Verletzung der *aufsichtsrechtlichen* Insidernorm (Art. 142 FinfraG), der die BLKB als Emittentin untersteht, was eine Aufsichtsmassnahme («*Enforcement*») der FINMA auslösen kann,²⁵⁸ und
- als Verletzung des kapitalmarktrechtlichen Gebots der informationellen Gleichbehandlung²⁵⁹ («*Verbot selektiver Information*»).

340 Gemäss Art. 142 FinfraG handelt unzulässig, wer eine Insiderinformation, von der er weiss oder wissen muss, dass es eine Insiderinformation ist, oder eine Empfehlung von der er weiss oder wissen muss, dass sie auf einer Insiderinformation beruht, dazu ausnutzt, Effekten zu handeln, oder einem anderen mitteilt, oder dazu ausnutzt, einem anderen eine Empfehlung zum Handel von Effekten abzugeben. Der FINMA stehen diesbezüglich nicht nur aufsichtsrechtliche Interventionsmöglichkeiten gegenüber den Emittenten und ihren Organmitgliedern, sondern auch direkt gegenüber den betreffenden Marktteilnehmern zu.²⁶⁰

(iii) *Ausnahme vom aufsichtsrechtlichen Insiderhandelsverbot*

341 Gemäss Art. 128 Bst. a Finanzmarktinfrasturkturverordnung (FinfraV) fällt die Mitteilung einer Insiderinformation an eine Person jedoch nicht unter das *aufsichtsrechtliche* Verbot des Art. 142 Abs. 1 Bst. b FinfraG, wenn:

- diese Person zur *Erfüllung ihrer gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten* auf die Kenntnis der Insiderinformation angewiesen ist; oder
- die Mitteilung *im Hinblick auf den Abschluss eines Vertrages unerlässlich* ist und der Informationsinhaber:
 - (i) den Informationsempfänger darauf hinweist, dass die Insiderinformation nicht ausgenutzt werden darf, und
 - (ii) die Weitergabe der Insiderinformation und den entsprechenden Hinweis auf das Ausnutzungsverbot dokumentiert.

²⁵⁸ Art. 145 FinfraG. Allerdings ist beim *aufsichtsrechtlichen* Verbot des Insiderhandels eine besondere Freistellung für den Fall vorgesehen, dass der Empfänger zur Erfüllung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten auf die Kenntnis der Insiderinformation angewiesen ist (Art. 142 Abs. 2 Bst. b FinfraG i.V.m Art. 128 Bst. a FinfraV).

²⁵⁹ *Ad hoc-Publizität*.

²⁶⁰ Vgl. *Christoph B. Bühler*, ZK (2018) Art. 717 N. 206.

342 Werden diese Rahmenbedingungen eingehalten, so ist somit auch unter dem Aspekt des aufsichtsrechtlichen Insiderhandelsverbots die selektive Weitergabe von Informationen an einen entsprechend in die Pflicht genommenen einzelnen Informationsempfänger zulässig.

(iv) *Beurteilung des Informationsaustausches zwischen Kanton und BLKB unter dem Aspekt des Insiderhandelsverbots*

343 Jeder Austausch von kursrelevanten Informationen wird rechtlich brisant. Wenn immer sich in der Gesellschaft etwas ereignet hat, was der Aussenwelt noch unbekannt ist, aber beim Bekanntwerden den *Börsenkurs* erheblich (nach oben oder unten) beeinflussen kann, gilt sofort ein *Mitteilungsverbot*, d.h. eine *Schweigepflicht*.²⁶¹ Diese strafrechtliche Pflicht gilt zwar nur vorübergehend, während der kritischen Zeitspanne bis zum Bekanntwerden des kursrelevanten Ereignisses (präziser: der «*Insiderinformation*»²⁶²).

344 Zu beachten ist, dass es, wie bereits erwähnt, seit der Gesetzesrevision von 2012 neben der strafrechtlichen Insidernorm auch eine weiter gefasste, *aufsichtsrechtliche* gibt, Art. 142 FinfraG. Diese kann der FINMA Anlass zur Einleitung von «*Enforcement*»-Massnahmen geben.²⁶³ Nur gegenüber diesem *aufsichtsrechtlichen* Schweigegebot gibt es eine besondere Freistellung für den Fall, dass der Empfänger zur Erfüllung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten auf die Kenntnis der Insiderinformation angewiesen ist.²⁶⁴

345 Hinsichtlich der Weitergabe von Informationen an die Finanzkommission gemäss § 8 Abs. 2 KBG BL könnte nun argumentiert werden, dass die Finanzkommission berechtigt ist, Informationen über den Geschäftsgang und andere wichtige Angelegenheiten des Unternehmens von der BLKB zu erhalten. Diese Argumentation vermag jedoch nach Auffassung des Gutachters nicht zu überzeugen, denn § 8 Abs. 2 KBG BL dürfte keine hinreichende Kompetenzgrundlage für eine selektive Informationsweitergabe kursrelevanter Informationen an die Finanzkommission bilden. Diese Bestimmung bezieht sich auf Informationen, welche dem Landrat zur Wahrnehmung seiner Oberaufsichtsfunktion im Sinne einer auf einen nachträglichen Soll-Ist-Vergleich ausgelegten *Kontrolltätigkeit* zur Verfügung zu stellen sind, nicht jedoch auf die Vorabinformation über eigentliche «*Primeurs*» aus dem internen Tätigkeitsbereich der BLKB, welche den übrigen Marktteilnehmern noch nicht bekannt und geeignet sind, den Kurs der BLKB-Zertifikate erheblich zu beeinflussen. Das in § 8 Abs. 2 KBG BL normierte Informationsrecht der Finanzkommission dürfte somit keine «*gesetzliche Pflicht*» im Sinne der Ausnahmebestimmung von Art. 128 Abs. 1 FinfraV begründen, welche die BLKB zur Weitergabe von Informationen an die Finanzkommission legitimieren würde.

²⁶¹ Mitteilungsverbot, natürlich nebst dem *Transaktionsverbot* und dem *Empfehlungsverbot* hinsichtlich von Beteiligungsrechten und Derivaten, Art. 154. Hier interessiert in erster Linie das *Mitteilungsverbot*.

²⁶² Wie definiert in Art. 2 Bst. j FinfraG.

²⁶³ Art. 142 FinfraG.

²⁶⁴ Art. 128 Bst. a FinfraV.

346 Beim *strafrechtlichen* Insiderhandels- und Mitteilungsverbot gemäss Art. 154 FinfraG gibt es – im Gegensatz zum aufsichtsrechtlichen Verbot – *keine Ausnahmegestimmung*, die die Weitergabe von Insiderinformationen erlauben würde.²⁶⁵ Zwar ist nach dem Straftatbestand nicht die «*Mitteilung*» der Insiderinformation schon abstrakt und für sich alleine strafbar; es braucht strafrechtlich einen *Vorsatz*, sich oder einem anderen einen *Vermögensvorteil* zu verschaffen,²⁶⁶ und solche Vermögensdelikte durch Weitergabe von Insiderinformationen sind in der Praxis bisher nicht so häufig erfasst und noch weniger bestraft worden. Ein börsenkotiertes Unternehmen kann sich jedoch nicht darauf verlassen, dass eine in der kritischen Zeitspanne erfolgte unerlaubte Weiterleitung einer Insiderinformation letztlich – mangels Erfüllung des objektiven und subjektiven Elementes des Vermögensvorteils – am Ende straflos bleibt. Publikumsgesellschaften müssen schon zufolge der Vorschriften des Börsenrechts²⁶⁷ zielstrebig und konsequent Massnahmen ergreifen, um Weiterleitungen von Insiderinformationen zu verhindern.

e) Ad hoc-Bekanntgabepflicht

(i) *Regelung der spontanen öffentlichen Bekanntgabe kursrelevanter Ereignisse*

347 Art. 53 Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange Regulation vom 21. Oktober 2021 (KR) statuiert eine ereignisbezogene Ad hoc-Bekanntgabepflicht in Bezug auf potenziell kursrelevante Tatsachen im Tätigkeitsbereich des Unternehmens.²⁶⁸ Diese wird in der Richtlinie betr. Ad hoc-Publizität (RLAhP) vom 10. März 2021 näher konkretisiert.

348 Die BLKB hat infolge ihrer Börsenkotierung ein internes System organisieren müssen, das ihr u.a. erlaubt:

- potenziell kursrelevante Ereignisse in der Bank²⁶⁹ so rasch wie möglich zu *erfassen* und zu *beurteilen*,
- nötigenfalls eine Mitteilung für die Öffentlichkeit unverzüglich, knapp und präzise zu *formulieren*,
- unverzüglich den Entschluss über die Abgabe der Meldung zu fassen, und

²⁶⁵ Eine zu Art. 142 Abs. 2 Bst. b FinfraG i.V.m Art. 128 Bst. a FinfraV analoge Ausnahmegestimmung ist in Art. 154 FinfraG nicht aufgeführt.

²⁶⁶ Art. 154 Abs. 1 FinfraG.

²⁶⁷ Vgl. u.a. Art. 54 Abs. 2 Kotierungsreglement.

²⁶⁸ Vgl. *Christoph B. Bühler* (2009) N. 1124 ff.; *Peter Böckli* (2009) § 7 N. 86 ff. und (2014) 2 ff.; *Bieri/Rüdlinger* (2012) 160 ff.; *Rehm/Sigismondi* (2012) 244 ff.; *Anna Peter* (2015) 1 ff.; *SIX-Richtlinie* zur Ad hoc-Publizität und *SIX-Kommentar* zur RLAhP.

²⁶⁹ Das System der Erfassung und sofortigen internen Weitermeldung muss auch in den *Tochtergesellschaften* eingerichtet sein.

- sie bei der Börse (aber wenn immer möglich nicht während der Handelszeiten), zeitgleich auf zwei professionellen elektronischen Informationssystemen (Bloomberg, Telekurs, Reuters) und in zwei Tageszeitungen zu *verbreiten*.²⁷⁰
- 349 Die Pflicht zur Ad hoc-Publizität wurde von der SIX Swiss Exchange, welche mit ihrer Offenlegungsstelle und weiteren Gremien eine quasi-öffentlich-rechtliche Funktion ausübt, in den letzten zehn Jahren verschärft und ausgedehnt.
- 350 Der Kern des Systems stammt aus den USA, mit der dortigen «*Regulation Fair Disclosure (FD)*»,²⁷¹ welche zusammenzufassen ist in der Aussage: «*was Du einem sagst, musst Du allen sagen*» – wenn es nämlich inhaltlich um ein kursrelevantes Ereignis geht.²⁷²
- 351 Die Bekanntgabe einer kursrelevanten Information kann nach Art. 54 Abs. 1 KR nur ausnahmsweise hinausgeschoben werden, nämlich wenn
- es um einen *Plan oder Entschluss des Emittenten* geht,
 - (die Verbreitung der Tatsache geeignet ist, *berechtigte Interessen des Emittenten* zu beeinträchtigen, und
 - der Emittent die *umfassende Vertraulichkeit* dieser Tatsache gewährleistet.²⁷³
- (ii) *Beurteilung der Praxis des Informationsaustauschs zwischen der Finanzkommission und der BLKB im Lichte der börsenrechtlichen Ad hoc-Bekanntgabepflicht*
- 352 Für die Informationsweitergabe seitens BLKB an die Finanzkommission besteht nach den einschlägigen Regeln der SIX Swiss Exchange Regulation wenig Raum, soweit es um die potenziell kursrelevanten Informationen geht. Die BLKB muss sich – soweit ausnahmsweise nicht die besonderen Voraussetzungen eines Bekanntgabeaufschubs erfüllt sind – grundsätzlich darauf beschränken, *bereits öffentlich bekannte* Informationen zu vertiefen, zu verdichten und zu erläutern, und *noch nicht öffentlich bekannte* Informationen auf jene Punkte zu beschränken, die *nicht kursrelevant* sind.
- 353 Diese pragmatische Lösung ist gerade beim Auftreten besonders brisanter interner Informationen nicht einfach durchzuhalten, weil der politische Druck auf eine selektive Weiterleitung enorm sein kann.

²⁷⁰ Gleichzeitig geht die Mitteilung an zwei Tageszeitungen von nationaler Bedeutung (NZZ und le Temps sind üblich).

²⁷¹ Vgl. Peter Böckli (2009) § 7 N. 98.

²⁷² Präziser definiert in den Unterlagen der SIX Swiss Exchange zur *Ad hoc – Publizität*.

²⁷³ Art. 54 Abs. 2 KR; vgl. Christoph B. Bühler (2009) N. 1146.

f) Zwischenergebnis zu den von der Finanzkommission zu beachtenden kapitalmarkt-rechtlichen Rahmenbedingungen bei der Wahrnehmung ihres Informationsrechts gegenüber der BLKB

- 354 Durch die Kotierung der BLKB-Zertifikate, also der «*Zulassung einer Effekte zum Handel an einer Börse*» (vgl. Art. 2 lit. f FinfraG), ist die BLKB in ein zusätzliches, sehr weitreichendes Geflecht rechtlicher Beziehungen eingebunden. Es kommen *Sonderregeln* für Publikumsgesellschaften zur Anwendung, die sich aus dem *Kapitalmarktrecht* ergeben. Die Wirkung des Kapitalmarktrechts kann weitgehend mit einem einzigen Stichwort zusammengefasst werden: «*level playing field*». Im Ergebnis bestehen zusätzliche *Informationsverbote* einerseits und *Informationsgebote* andererseits für die vom Kanton beherrschte Bank – Regeln, die in der Praxis mit starken Sanktionen durchgesetzt werden.
- 355 Das *Insiderstrafrecht* ist im vorliegenden Fall mit dem *Mitteilungsverbot* viel wichtiger als mit dem Transaktionsverbot; diese strafrechtlichen Vorschriften gelten für die Kantonalbankenzertifikate während der kritischen Zeitspanne nach dem Eintritt eines kursrelevanten Ereignisses in der Unternehmenssphäre: Tritt das noch nicht öffentlich bekannte kursrelevante Ereignis auf, müssen alle im Insiderstrafrecht definierten Personen die Information strikte für sich behalten, bis das Ereignis öffentlich bekannt wird. Dieses *Informationsverbot* belastet auch den in § 8 Abs. 2 KBG BL vorgesehenen Informationsaustausch zwischen der Finanzkommission und der BLKB. Eine strikte interne Ordnung der Informationsverbote und eine Überwachung ihrer effektiven Einhaltung («*compliance*») ist unerlässlich.
- 356 Die *Ad hoc-Publizität* enthält umgekehrt ein *Informationsgebot* für kursrelevante, noch vertrauliche Ereignisse in der Unternehmenssphäre. Die konkrete Erfassung, Analyse und Umsetzung in eine knappe und objektiv richtige Information erfordert eine zweckmässige interne Organisation und bedarf einer ständigen Überwachung. Die Grosszahl der Ad hoc-Mitteilungen enthält – abgesehen von den obligatorischen, sofort öffentlich zu machenden Jahres- und Zwischenabschlüssen – typischerweise *negative Tatsachen*, d.h. einen wirtschaftlichen Misserfolg oder einen Schadens- oder Haftungsfall im Unternehmen. Daher besteht eine Versuchung zu einer *Zurückhaltung* gegenüber der Aussenwelt und einer *selektiven Vorabinformation* an den beherrschenden Eigner. Die Bewältigung dieses in den beiden Systemen, demjenigen des Kapitalmarktrechts und jenem des öffentlichen Rechts, angelegten Widerspruchs ist ein Hauptproblem eines börsenkotierten ausgegliederten Aufgabenträgers des Kantons.
- 357 Insgesamt schränkt das *Kapitalmarktrecht* die Handlungsfreiheit von BLKB und namentlich den Anspruch der Finanzkommission auf einen selektiven Zugang von Informationen zu wichtigen, d.h. im typischen Fall kursrelevanten Informationen ein. Es erzwingt gleichzeitig eine breite Information der Öffentlichkeit auch über Einzelheiten, deren Verbreitung dem Kanton oder den weiteren Stakeholdern der BLKB unerwünscht sein kann. Infolge der Börsenkotierung der Kantonalbankzertifikate befinden sich bei der BLKB nicht nur professionelle «*players*» auf die Bühne des Ge-

schehens – Finanzanalysten, «*proxy advisors*» und dann auch klagefreudige aktivistische Investoren –, deren Aktionen sich dem Einfluss des Kantons weitgehend entziehen, sondern auch die sehr kritisch arbeitenden Stellen der SIX Swiss Exchange und gegebenenfalls der Strafverfolgungsbehörden.

III. Zwischenergebnis zur vierten Frage der rechtlichen Tragweite der Oberaufsicht des Landrates über die BLKB

- 358 Die Oberaufsicht des Landrates dient grundsätzlich dazu, die *politische Verantwortung des Regierungsrates* als Eigentümervertreter geltend zu machen und zu überwachen. Es geht darum, auf die grossen Zusammenhänge, die langfristige Ausrichtung und die politischen Perspektiven zu achten und die Art und Weise der Wahrnehmung der Eigentümerinteressen zu überwachen. Die Oberaufsicht soll dem Landrat mithin dazu dienen, eine *Gesamtsicht aus einer gewissen Distanz* zu erlangen.
- 359 Die Oberaufsicht umfasst die Prüfung, ob die Regierung die Interessen des Kantons als Eigentümer und Auftraggeber wahrgenommen hat und ob innerhalb der ausgelagerten Einheiten ein funktionierendes Aufsichts-, Controlling- und Reportingkonzept besteht. Sie wird in Zusammenhang mit den ausgegliederten Aufgabenträgern in der Regel *nachträglich* und *indirekt* über den Regierungsrat ausgeübt und verhält sich gegenüber der Aufsicht des Regierungsrates *akzessorisch*.
- 360 In Bezug auf die BLKB nimmt der Landrat konkret diejenigen Funktionen wahr, welche ihm in Bezug auf sämtliche ausgegliederten Aufgabenträger des Kantons im Anwendungsbereich des Gesetzes über die Beteiligungen gemäss § 10 Abs. 2 PCCG zugeteilt sind, nämlich die *Kenntnisnahme der Eigentümerstrategie, des Beteiligungsberichts sowie des Geschäftsberichts und der Jahresrechnung der BLKB*.
- 361 Der Landrat kann sodann, wie erwähnt, *mit Unterstützung der Finanzkontrolle* auch Handlungen und Entscheidungen der zu beaufsichtigenden BLKB, soweit sie in Zusammenhang mit dem öffentlichen Leistungsauftrag, der Eignerstrategie oder der Staatsgarantie des Kantons stehen, nachträglich auf ihre Zweck- und Rechtmässigkeit, Wirksamkeit und Effizienz überprüfen und bewerten. Die Prüfkompetenz der Finanzkontrolle beinhaltet hauptsächlich eine Kontrolle im Sinne eines *nachträglichen externen Soll-Ist-Vergleichs* hinsichtlich der Eignerstrategie des Kantons.²⁷⁴
- 362 Des Weiteren kann der Landrat bzw. die Finanzkommission von seiner Kompetenz gemäss § 10 Abs. 2 lit. a PCGG Gebrauch machen und die Eignerstrategie – sofern er die erforderliche 2/3-Mehrheit erreicht – mit einem *konkreten Antrag an den Regierungsrat* zurückweisen.
- 363 Schliesslich kann der Landrat die Instrumente der *parlamentarischen Vorstösse* gemäss § 34 ff. des Gesetzes über die Organisation und die Geschäftsführung des Landrats (Landratsgesetz; SGS

²⁷⁴ Müller/Vogel (2010) 649.

131) ergreifen. Mittels parlamentarischen Vorstössen können sowohl bestimmte Massnahmen des Regierungsrates verlangt als auch Aufträge erteilt werden und somit indirekt eine Kontrolle über die Beteiligung ausgeübt werden.

364 Der Landrat kann die Oberaufsichtsfunktion über seine Beteiligungen mit ausgegliederten Kantonsaufgaben nur wahrnehmen, wenn ihm auch das hierfür erforderliche *Informations- und Auskunftsrecht* zugestanden wird. Die wichtigsten Informationsquellen sind dabei die Geschäftsberichte, die Jahresrechnungen sowie die Beteiligungsberichte.²⁷⁵ Die Oberaufsicht des Landrates im Bereich der Beteiligungen ist grundsätzlich eine *indirekte*; Adressat der Oberaufsicht ist primär der Regierungsrat. Entsprechend sind auch die Informationsrechte des Landrates und der Finanzkommission in Bezug auf die Beteiligungen des Kantons grundsätzlich indirekt über den Regierungsrat geltend zu machen. Die Informationsrechte dürfen an sich ohnehin nicht weiter ausgeschöpft werden, als dies *für die Wahrnehmung der Oberaufsichtsfunktion erforderlich* ist.

365 Gemäss § 62 Abs. 1 lit. f des Landratsgesetzes behandelt die *Finanzkommission* des Landrates den *Beteiligungsbericht* und kann in diesem Zusammenhang die erforderlichen *Informationen* über die betreffende Beteiligung einverlangen. § 8 Abs. 2 KBG BL hält denn auch in Bezug auf die BLKB explizit fest, dass die Finanzkommission des Landrates über den Geschäftsgang und andere wichtige Angelegenheiten *vertraulich orientiert* wird. Der konkrete Umfang dieses Informationsrechts ergibt sich dabei letztlich aus der Negativumschreibung der *rechtlichen Schranken* gemäss den auf die BLKB anwendbaren Regulierungen:

(iii) **Bankenaufsichtsrechtliche Schranken des Informationsrechts:** Gemäss § 11 Abs. 1 KBG BL obliegt die Oberleitung und die Kontrolle der Bank dem Bankrat. Was unter Oberleitung und Kontrolle einer Bank zu verstehen ist, wird konkretisiert durch das FINMA-Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance-Banken», welches sich wiederum auf Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG stützt. Das Informationsrecht der Finanzkommission kann in ein Spannungsfeld zur Oberleitungskompetenz und Organisationsautonomie des Bankrates treten, wenn sie auf einen kontrollierenden Zugriff in die *dem Bankrat unentziehbar anvertraute Sphäre* hinausläuft. Denn alle internen Kontrollen konvergieren letztlich zum Spitzenorgan, dem Bankrat. Die Finanzkontrolle und die interne Revision zum Geschäftsgang im Inneren der Bank ist diesem unentziehbar und unübertragbar zugewiesen. Anlaufstelle für die Ergebnisse der internen Revision und des internen Kontrollsystems überhaupt ist stets der Bankrat.

(iv) **Kapitalmarktrechtliche Schranken des Informationsrechts:** Durch die Kotierung der BLKB-Zertifikate, also der «*Zulassung einer Effekte zum Handel an einer Börse*» (vgl. Art. 2 lit. f FinfraG), ist die BLKB in sodann ein zusätzliches, sehr weitreichendes Geflecht rechtlicher Beziehungen eingebunden. Es kommen *Sonderregeln* für Publikumsgesellschaften zur Anwendung, die sich aus dem *Kapitalmarktrecht* ergeben. Die Wirkung des Kapitalmarktrechts kann weitgehend mit einem einzigen Stichwort zusammengefasst werden: «*level playing*

²⁷⁵ § 10 Abs. 2 lit. b und PCGG sowie § 62 Abs. 1 lit. f Landratsgesetz.

field». Im Ergebnis bestehen zusätzliche *Informationsverbote* einerseits und *Informationsgebote* andererseits für die vom Kanton beherrschte Bank – Regeln, die in der Praxis mit starken Sanktionen durchgesetzt werden:

- Das *Insiderstrafrecht* ist im vorliegenden Fall mit dem Mitteilungsverbot viel wichtiger als mit dem Transaktionsverbot; diese strafrechtlichen Vorschriften gelten für die Kantonalbankenzertifikate während der kritischen Zeitspanne nach dem Eintritt eines kursrelevanten Ereignisses in der Unternehmenssphäre: Tritt das noch nicht öffentlich bekannte kursrelevante Ereignis auf, müssen alle im Insiderstrafrecht definierten Personen die Information strikte für sich behalten, bis das Ereignis öffentlich bekannt wird. Dieses *Informationsverbot* belastet auch den in § 8 Abs. 2 KBG BL vorgesehenen Informationsaustausch zwischen der Finanzkommission und der BLKB. Eine strikte interne Ordnung der Informationsverbote und eine Überwachung ihrer effektiven Einhaltung («*compliance*») ist unerlässlich.
- Die *Ad hoc-Publizität* enthält umgekehrt ein *Informationsgebot* für kursrelevante, noch vertrauliche Ereignisse in der Unternehmenssphäre. Die konkrete Erfassung, Analyse und Umsetzung in eine knappe und objektiv richtige Information erfordert eine zweckmässige interne Organisation und bedarf einer ständigen Überwachung. Die Grosszahl der Ad hoc-Mitteilungen enthält – abgesehen von den obligatorischen, sofort öffentlich zu machen den Jahres- und Zwischenabschlüssen – typischerweise *negative Tatsachen*, d.h. einen wirtschaftlichen Misserfolg oder einen Schadens- oder Haftungsfall im Unternehmen. Daher besteht eine Versuchung zu einer *Zurückhaltung* gegenüber der Aussenwelt und einer *selektiven Vorabinformation* an den beherrschenden Eigner. Die Bewältigung dieses in den beiden Systemen, demjenigen des Kapitalmarktrechts und jenem des öffentlichen Rechts, angelegten Widerspruchs ist ein Hauptproblem eines börsenkotierten ausgegliederten Aufgabenträgers des Kantons.

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

366 Die Information der Finanzkommission über den Geschäftsgang und andere wichtige Angelegenheiten kann sich mithin *nicht auf eigentliche Interna im Geschäfts- und Führungsbereich der Bank* beziehen, und grundsätzlich auch nicht proaktiv oder im Sinne eines laufenden «*Controllings*» des

operativen Geschäftsgangs erfolgen, sondern erstreckt sich vor allem auf einen Austausch von Informationen, welche der Finanzkommission zur Verfügung zu stellen sind, damit diese ihre Aufgaben im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht im Sinne einer *nachträglichen äusseren Kontrolle (Soll-Ist-Vergleich) zu Handen des Landrates* wahrnehmen kann.

TEIL 3: SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. ***Konzernierung der radicant AG und Konzernhaftung der BLKB: Kann die BLKB für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften, namentlich der von ihr beteiligungsmässig und stimmenmässig kontrollierten Bank radicant AG, haftbar gemacht werden? Wenn ja, gestützt auf welche Rechtsgrundlagen und unter welchen Voraussetzungen besteht eine solche Haftung?***

1.1 *Ist die radicant AG Teil des BLKB-Konzerns? Falls ja: Inwieweit ist die radicant AG rechtlich in den BLKB-Konzern eingebunden?*

367 Die BLKB kann gemäss § 1 Abs. 2 KBG BL Tochtergesellschaften gründen und somit auch einen Konzern bilden. Die radicant AG ist *in den BLKB-Konzern integriert*, indem sie kapital- und stimmenmässig von der BLKB kontrolliert wird und hinsichtlich gewisser Kernfunktionen der Unternehmensführung der einheitlichen Konzernleitung der BLKB untersteht, doch hat sie ihre Entscheidungsautonomie nicht aufgegeben und tritt auf Stufe Einzelinstitut *eigenständig am Markt* auf.

1.2 *Gestützt auf welche Rechtsgrundlagen und inwieweit haftet die BLKB für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften, namentlich der radicant AG?*

368 Aufgrund des eigenständigen Marktauftritts der radicant AG ist das Risiko eine «*Durchgriffshaftung*» der BLKB für die Schulden der radicant AG unter Vorbehalt von krassen Missbrauchstatbeständen als relativ gering einzustufen.

369 Verhältnismässig gering ist insgesamt auch das Risiko eines Einstehenmüssens der BLKB für die radicant AG gestützt auf die weiteren grundsätzlich möglichen Konzernhaftungstatbestände:

- (i) Ein gewisses Haftungsrisiko besteht für die BLKB hinsichtlich deren *aktienrechtlicher Verantwortlichkeit als «faktisches Organ»* der radicant AG. Aus prozessrechtlichen Gründen sind einer Verantwortlichkeitsklage gegen die BLKB als «faktisches Organ» jedoch relativ enge Grenzen gesetzt.
- (ii) Aufgrund der Doppelfunktion eines Bankratsmitglieds der BLKB als Präsident des Verwaltungsrates der radicant AG besteht ein gewisses Risiko einer Haftung der BLKB für *unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganshaft* gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 722 OR.
- (iii) Wegen der restriktiven Praxis des Bundesgerichts zu den Voraussetzungen einer *Haftung aus Konzernvertrauen* (insbesondere Erfordernis der sog. Sonderverbindung) ist schliesslich auch das Risiko einer Vertrauenshaftung der BLKB in Bezug auf die Verbindlichkeiten der radicant AG als gering einzustufen, solange diese eigenständig am

Markt auftritt und die BLKB gegenüber Dritten keine spezifischen Erwartungen in ihre Konzernverantwortung begründet.

2. *Begrenzung der Haftung der BLKB in Bezug auf ihre Tochtergesellschaften: Falls Frage 1.2 bejaht wird: Wie lassen sich die betreffenden Haftungsrisiken der BLKB beschränken?*

2.1 *Lassen sich die Haftungsrisiken der BLKB durch bestimmte organisatorische bzw. Governance-Massnahmen innerhalb der Konzernstruktur der BLKB beschränken?*

370 Solange die radicant AG im BLKB-Konzern integriert bleiben soll und konzernintern auch gewisse Synergien genutzt werden sollen, besteht für eine Beschränkung des Haftungsrisikos aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sowie aus Doppelorganschaft an sich wenig Handlungsspielraum. Das an sich bereits relativ geringe Risiko einer Konzernhaftung der BLKB liesse sich immerhin durch die folgenden Massnahmen und Unterlassungen noch weiter reduzieren:

- (i) *Zurückhaltende Einflussnahme der BLKB auf die Geschäftsführung der radicant AG, indem die BLKB ihrer Tochtergesellschaft lediglich gewisse eigenerstrategische Vorgaben macht und Konzernziele sowie generelle Verhaltensleitlinien vorgibt, jedoch nicht unmittelbar in die Entscheidungsfindung auf der Führungsebene der Tochtergesellschaft eingreift;*
- (ii) *Sicherstellung der Solvabilität und minimalen Eigenwirtschaftlichkeit der Tochtergesellschaften der BLKB, denn ein Haftungsrisiko aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit entsteht praktisch nur im Konkurs der Tochtergesellschaft;*
- (iii) *Eigenständiger Marktauftritt der Tochtergesellschaften der BLKB.*

371 Sowohl haftungsmindernd als auch haftungsverschärfend würde sich indessen vermutlich eine *noch konsequentere personelle Entflechtung der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane der BLKB und der radicant AG* auswirken: Würde die BLKB auf die Doppelorganschaft eines ihrer Bankratsmitglieder als Präsident des Verwaltungsrates der radicant AG verzichten, so würde dadurch zwar nach Aussen ein noch stärkeres Signal der Unabhängigkeit der radicant AG von der BLKB gesetzt und insoweit auch das Risiko einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und Doppelorganschaft reduziert, doch würde die BLKB dadurch auch einen weiteren Kontrollverlust in Bezug auf die radicant AG hinnehmen müssen, welcher das Haftungsrisiko der BLKB in Bezug auf die radicant AG letztlich wiederum erhöhen könnte.

2.2 *Lassen sich die Haftungsrisiken der BLKB durch bestimmte Vorgaben oder Auflagen für Tochtergesellschaften im Kantonalbankgesetz (wie Beschränkung des Geschäftszwecks und –kreises, des Eigenhandels oder zusätzliche Reservenbildungsvorschriften) beschränken?*

372 Der Kanton kann durch einschränkende Vorschriften im Kantonalbankgesetz *nicht direkt* in die aktienrechtliche Ordnung der Organisation, des Kapitals und der Haftungsverhältnisse der als rein privatrechtliche Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR konstituierten radicant AG

eingreifen; er kann der BLKB jedoch *im Kantonalbankgesetz bestimmte Auflagen für den Umgang mit ihren Beteiligungen* machen und diese dazu verpflichten, die Einhaltung bestimmter risikobegrenzender Rahmenbedingungen (bzgl. Geschäftszweck und –kreis sowie Geschäfte mit besonderen Risiken, Eigenhandel, Governance etc.), die gemäss Kantonalbankgesetz und Beteiligungsgesetz für die BLKB gelten, auch bei den von ihr kontrollierten Unternehmen, wie der radicant AG, durchzusetzen.

3. Auswirkung der Konzernhaftung der BLKB auf die Staatsgarantie des Kantons und deren Beschränkbarkeit: Besteht die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft auch für allfällige Verbindlichkeiten der BLKB aus der Beteiligung an der radicant AG? Falls ja: Kann die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft für die BLKB in Bezug auf solche Verbindlichkeiten beschränkt werden, indem ins Kantonalbankgesetz diesbezüglich bestimmte Vorgaben aufgenommen werden?

3.1 *Welches sind die rechtlichen Rahmenbedingungen und der Umfang der Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft in Bezug auf die Verbindlichkeiten der BLKB?*

373 Die Staatsgarantie des Kantons Basel-Landschaft ist gemäss § 4 Abs. 1 KBG BL als eine *unbeschränkte*, jedoch *subsidiäre* Haftung für die Verbindlichkeiten der BLKB ausgestaltet. Das *Zertifikatskapital* ist von der Staatsgarantie gemäss § 4 Abs. 1 Satz 2 KBG BL explizit ausgenommen. Auch die Haftung des Kantons für die *Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften* und kontrollierten Unternehmen der BLKB ist gemäss § 4 Abs. 1 KBG BL implizit ausgeschlossen, weil der Kanton gemäss dieser Bestimmung nur für die Verbindlichkeiten der «Bank» selber haftet.

374 Die Staatsgarantie umfasst jedoch *de lege lata* auch die Verbindlichkeiten der BLKB *gegenüber* den Tochtergesellschaften, für welche die BLKB allenfalls gestützt auf die dargelegten Konzernhaftungstatbestände eintreten müsste, denn dabei handelt es sich um Verbindlichkeiten, welche direkt bei der BLKB als «Bank» selber begründet werden.

3.2 *Inwieweit lässt sich die Staatsgarantie in Bezug auf allfällige Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften oder aus Konzernhaftung beschränken?*

375 Die Staatsgarantie lässt sich grundsätzlich durch eine ausdrückliche Ausklammerung des Einstehenmüssens des Kantons für die Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber den Tochtergesellschaften aus Konzernhaftung beschränken. Eine solche Beschränkung wäre trotz der bereits erfolgten Gründung der radicant AG möglich, ohne *wohlerworbene Rechte der Kundinnen und Kunden* verletzen, zumal die radicant AG sich noch in der Aufbauphase befindet und somit aus Sicht der Stakeholder der BLKB noch nicht als bedeutend eingestuft werden dürfte.

3.3 Kann die Staatsgarantie des Kantons für allfällige Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften ausgeschlossen werden, indem im Kantonalbankgesetz festgehalten wird, dass für Tochtergesellschaften der BLKB keine Staatsgarantie besteht?

376 Die Haftung des Kantons für die Verbindlichkeiten der BLKB gegenüber ihren Tochtergesellschaften könnte *im Kantonalbankgesetz explizit ausgeschlossen* werden, wodurch die Staatsgarantie insoweit *formell beschränkt* würde. Solange der Kanton Allein- oder Mehrheitseigentümer einer Beteiligung wie der BLKB bleibt, wird er sich jedoch zur Werterhaltung dieser Beteiligung veranlasst sehen und faktisch auch ohne Rechtspflicht für deren Bestand einstehen (*faktische Staatsgarantie*).

4. Oberaufsicht des Landrates gegenüber der BLKB: Welche rechtliche Tragweite hat die Oberaufsicht des Landrates über die BLKB gemäss § 10 des Gesetzes über die Beteiligungen (PCGG) und § 8 Kantonalbankgesetz?

4.1 Was ist der Gegenstand und Umfang der Oberaufsichtskompetenz des Landrates über die BLKB gemäss § 10 Abs. 1 PCGG und § 8 Abs. 1 Kantonalbankgesetz?

377 Die Oberaufsicht des Landrates dient grundsätzlich dazu, die politische Verantwortung des Regierungsrates als Eigentümervertreter geltend zu machen und zu überwachen. Es geht darum, auf die grossen Zusammenhänge, die langfristige Ausrichtung und die politischen Perspektiven zu achten und die Art und Weise der Wahrnehmung der Eigentümerinteressen zu überwachen. Die Oberaufsicht soll dem Landrat mithin dazu dienen, eine Gesamtsicht aus einer gewissen Distanz zu erlangen. Sie wird in Zusammenhang mit den ausgegliederten Aufgabenträgern in der Regel *nachträglich* und *indirekt über den Regierungsrat* ausgeübt und verhält sich gegenüber der Aufsicht des Regierungsrates *akzessorisch*.

378 In Bezug auf die BLKB nimmt der Landrat konkret diejenigen Funktionen wahr, welche ihm in Bezug auf sämtliche ausgegliederten Aufgabenträger des Kantons im Anwendungsbereich des Beteiligungsgesetzes zugeteilt sind, nämlich die *Kenntnisnahme der Eigentümerstrategie*, des *Beteiligungsberichts* sowie des *Geschäftsberichts* und der *Jahresrechnung* der BLKB. Des Weiteren kann der Landrat bzw. die Finanzkommission von seiner Kompetenz gemäss § 10 Abs. 2 lit. b PCGG Gebrauch machen und die Eigentümerstrategie – sofern er bzw. sie die erforderliche 2/3-Mehrheit erreicht – mit einem *konkreten Antrag an den Regierungsrat zurückweisen*.

379 Schliesslich kann der Landrat die Instrumente der *parlamentarischen Vorstösse* gemäss § 34 ff. Landratsgesetz ergreifen und auf diese Weise indirekt bestimmte Massnahmen des Regierungsrates in Bezug auf die Beteiligungen des Kantons verlangen.

4.2 Wie weit reicht das Informationsrecht der Finanzkommission des Landrates gegenüber der BLKB gemäss § 10 Abs. 2 PCGG und § 8 Abs. 2 Kantonalbankgesetz?

- 380 Der Landrat und die Finanzkommission haben in Bezug auf die Beteiligungen des Kantons ein Recht auf Information, soweit diese für die Wahrnehmung der Oberaufsichtsfunktion erforderlich ist. Die Informationsrechte sind grundsätzlich *indirekt* über den Regierungsrat geltend zu machen. Gemäss § 62 Abs. 1 lit. f Landratsgesetz behandelt die Finanzkommission des Landrates den *Beteiligungsbericht* und kann in diesem Zusammenhang die erforderlichen Informationen über die betreffende Beteiligung einverlangen.
- 381 Der Umfang dieses Informationsrechts ergibt sich dabei letztlich aus der Negativumschreibung der rechtlichen Schranken gemäss den auf die BLKB anwendbaren Regulierungen:
- (i) *Bankenaufsichtsrechtliche Schranken des Informationsrechts*: Das Informationsrecht der Finanzkommission kann in ein Spannungsfeld zur bundesrechtlich geregelten Oberleitungskompetenz und Organisationsautonomie des Bankrates treten, wenn sie auf einen kontrollierenden Zugriff in die dem Bankrat unentziehbar anvertraute Sphäre hinausläuft.
 - (ii) *Kapitalmarktrechtliche Schranken des Informationsrechts*: Durch die Kotierung der BLKB-Zertifikate sind zusätzliche kapitalmarktrechtliche Informationsverbote (Insiderstrafrecht) und Informationsgebote (Gleichbehandlung in der Information bzw. «level playing field» und ad hoc-Publizität) zu beachten.

Basel, 9. Mai 2022



Prof. Dr. Christoph B. Bühler, LL.M.