



An den Grossen Rat

19.5030.02

FD/P195030

Basel, 17. April 2019

Regierungsratsbeschluss vom 16. April 2019

Schriftliche Anfrage Sebastian Kölliker betreffend Basler Kantonalbank (BKB)

Das Büro des Grossen Rates hat die nachstehende Schriftliche Anfrage Sebastian Kölliker dem Regierungsrat zur Beantwortung überwiesen:

Die Firma "Basler Kantonalbank" (BKB) ist eine selbständige, öffentlich-rechtliche Anstalt mit Sitz in Basel-Stadt. Die BKB ist im Besitz des Kantons Basel-Stadt. In diesem Zusammenhang bitte ich den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt um die Beantwortung folgender Fragen:

Öffentlicher Zweck

Gemäss dem Gesetz über die Basler Kantonalbank vom 9. Dezember 2015 (Stand 6. Juni 2016) erfüllt sie unter anderem folgenden Zweck:

§ 2 Zweck

² Sie ermöglicht nach Massgabe ihrer Mittel und den Verhältnissen am Geld- und Kapitalmarkt zunächst der Bevölkerung und der Wirtschaft des Kantons Basel-Stadt von Kleinst- bis Grossunternehmen die Befriedigung ihrer Kredit- und Geldbedürfnisse.

³ Sie trägt unter besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse der gegenwärtigen Bevölkerung, der Wirtschaft und der öffentlichen Hand zu einer ausgewogenen sowie ökologisch, wirtschaftlich und sozial nachhaltigen Entwicklung des Kantons Basel-Stadt bei, die zugleich die Fähigkeit künftiger Generationen nicht gefährdet, ihre eigene Bedürfnisse zu befriedigen.

1. Teilt der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt die Meinung, dass es sich beim Zweck der BKB unter anderem um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben handelt?
2. Wie sieht dies der Regierungsrat im Hinblick auf die Bank Cler, welche fast vollständig im Besitz der BKB ist?
3. Als Gegenleistung für die Wahrnehmung des kantonalen Leistungsauftrages verfügt die BKB über eine Staatsgarantie, mit welcher der Kanton Basel-Stadt für sämtliche Verbindlichkeiten der Bank haftet. Gilt diese auch für die Bank Cler, die ohne kantonalen Leistungsauftrag agiert?

Öffentliche Beschaffungen

Im Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz) steht unter anderem:

§ 3. Dieses Gesetz gilt für sämtliche Vergaben, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, namentlich für:

- a) Bauaufträge,
- b) Lieferaufträge,
- c) Dienstleistungsaufträge.

§ 4. Dieses Gesetz gilt für Kanton, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunalen Aufgaben.

³ Soweit der Zweck der Beschaffung oder die Spezialgesetzgebung dafür Raum lassen, sorgen Kanton und Gemeinden dafür, dass das Gesetz über öffentliche Beschaffungen auch angewendet wird:

- a) durch Organisationen und Unternehmen, an denen Gemeinwesen mehrheitlich beteiligt sind;
- b) auf Objekte und Leistungen, welche die Gemeinwesen mit mehr als 50% der Gesamtkosten subventionieren

Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

4. Untersteht die BKB aus Sicht des Regierungsrates dem Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz)?
5. Wie sieht dies der Regierungsrat im Hinblick auf die Bank Cler?
6. Ist der Regierungsrat bereit, hinsichtlich dieser umstrittenen Frage bezüglich BKB und Bank Cler ein Rechtsgutachten erstellen zu lassen?
7. Fanden in den vergangenen Jahren Verfahren und Ausschreibungen gemäss Beschaffungsgesetz von Seite BKB statt? Wie ist dies bei der Bank Cler?

Neue Anlagestrategie

Gemäss einem Interview mit dem Leiter Wertschriften Märkte der BKB im Payoff Magazin vom April 2018 kehrt die BKB wieder zurück auf den Markt der strukturierten Produkte. Dieser Bereich soll sogar ausgebaut werden und wichtigstes Kriterium seien die Kundenbedürfnisse.

2013 hat die BKB im Rahmen des Risikomanagements ihr Handelsgeschäft überprüft und danach entschieden, das Geschäft rund um die Emission strukturierter Produkte aufgrund unzureichender Rentabilitäts- und Wachstumsaussichten einzustellen. Der Handel mit strukturierten Produkten war auch umstritten wegen der Filiale in Zürich und der BKB-Finance in Guernsey, welche sich nicht mit dem Zweck der BKB vereinbaren liessen. Aus dem Umfeld der Politik gab es Kritik an dieser Art von Geschäftsführung, da das Risiko als hoch gilt und im Falle der BKB auch den Kanton und die Bevölkerung treffen würde (Interpellation Wüest-Rudin, 12.5351.01).

8. Ist die Regierung informiert bezüglich der neuen Anlagestrategie der BKB und unterstützt sie diese? Welche Art von Produkten bietet die BKB an?
9. Was hat sich aus Sicht des Regierungsrates geändert, damit das Geschäft mit den strukturierten Produkten wieder aufgenommen wurde?
10. Wie sorgt die Regierung dafür, dass das Risiko aus dem Handel mit den strukturierten Produkten für den Kanton und auch für die privaten Anleger tragbar ist?

Wir beantworten diese Schriftliche Anfrage wie folgt:

1. *Teilt der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt die Meinung, dass es sich beim Zweck der BKB unter anderem um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben handelt?*

Die BKB ist eine Beteiligung im Verwaltungsvermögen, deren Zweck und öffentliche Aufgabe in § 2 Gesetz über die Basler Kantonalbank definiert ist. Gemäss § 2 Abs. 2 ermöglicht die BKB nach Massgabe ihrer Mittel und den Verhältnissen am Geld- und Kapitalmarkt zunächst der Bevölkerung und der Wirtschaft des Kantons Basel-Stadt von Kleinst- bis Grossunternehmen die Befriedigung ihrer Kredit- und Geldbedürfnisse. Weiter trägt die BKB gemäss Abs. 3 unter besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse der gegenwärtigen Bevölkerung, der Wirtschaft und der öffentlichen Hand zu einer ausgewogenen sowie ökologisch, wirtschaftlich und sozial nachhaltigen Entwicklung des Kantons Basel-Stadt bei, die zugleich die Fähigkeit künftiger Generationen nicht gefährdet, ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen. Der Regierungsrat hat in seiner Eignerstrategie die öffentliche Aufgabe der BKB konkretisiert. Die BKB nimmt insofern eine öffentliche Aufgabe wahr.

2. *Wie sieht dies der Regierungsrat im Hinblick auf die Bank Cler, welche fast vollständig im Besitz der BKB ist?*

Bei der Bank Cler handelt es sich auch nach der vollständigen Übernahme durch die BKB um eine von der BKB getrennte juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit, eigenem Haftungssubstrat und eigener FINMA-Bewilligung. An den Tätigkeiten der Bank Cler ändert sich nichts. Es sind die Statuten der Bank Cler und die dortige Zweckbestimmung relevant. Die Bank Cler erfüllt keine öffentliche Aufgabe.

3. *Als Gegenleistung für die Wahrnehmung des kantonalen Leistungsauftrages verfügt die BKB über eine Staatsgarantie, mit welcher der Kanton Basel-Stadt für sämtliche Verbind-*

lichkeiten der Bank haftet. Gilt dies auch für die Bank Cler, die ohne kantonalen Leistungsauftrag agiert?

Die Staatsgarantie ist in § 9 Gesetz über die Basler Kantonalbank geregelt. Gemäss § 9 haften für die Verbindlichkeiten der BKB in erster Linie ihre eigenen Mittel, in zweiter Linie der Kanton Basel-Stadt. Es handelt sich damit um eine subsidiäre Staatsgarantie: Die Haftung des Kantons kommt erst zum Tragen, wenn die unternehmenseigenen Mittel zur Erfüllung der Verbindlichkeiten nicht mehr ausreichen. Weiter ist es eine eingeschränkte Staatsgarantie: Keine Staatsgarantie besteht für das Partizipationskapital, für nachrangige Verbindlichkeiten der Basler Kantonalbank, für Verbindlichkeiten der BKB gegenüber Tochtergesellschaften und kontrollierten Unternehmen und deren Gläubiger oder Gesellschafter und für Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften und kontrollierten Unternehmen selbst. Die BKB entschädigt den Kanton für die Staatsgarantie. In den Jahren 2017 bis 2020 beträgt die Entschädigung jährlich 8.8 Mio. Franken.

Die Staatsgarantie gilt demnach nicht für die Bank Cler. Bei der Bank Cler handelt es sich auch nach der Übernahme durch die BKB um eine von der BKB getrennte juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit, eigenem Haftungssubstrat und eigener FINMA-Bewilligung.

4. Untersteht die BKB aus Sicht des Regierungsrates dem Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz)?

Ob die BKB dem Vergaberecht untersteht, hängt von unterschiedlichen Faktoren ab. Zunächst ist zu prüfen, ob sich eine Unterstellung bereits aus dem Staatsvertragsrecht (Government Procurement Agreement der WTO {GPA; SR 0.632.231.422}) ergibt. Wäre dies zu bejahen, würden weitere Abklärungen überflüssig. Nach den Annexen zum GPA sind dem Vergaberecht «les organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel» unterstellt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss zur Klärung der Frage, ob ein «organisme de droit public» vorliegt, ein vierteiliges Prüfprogramm durchlaufen werden (vgl. BGE 142 II 369 ff., E. 3.2, siehe auch Urteil des BGer vom 21.02.2019 {2C_196/2017}, E. 4). Im vorliegenden Fall scheitert die Qualifikation als «organisme de droit public» schon daran, dass eine gewerbliche Tätigkeit vorliegt. Gewerbliche Betätigung bedeutet Betätigung wie ein privates Wirtschaftssubjekt, d.h. unter Konkurrenz in funktionierenden Märkten (vgl. BGE 142 II 369 ff., E. 3.2, siehe auch Urteil des BGer vom 21.02.2019 {2C_196/2017}, E. 4.4.3.1). Von einer Tätigkeit unter Konkurrenz ist im Fall der BKB auszugehen, steht sie doch in einem funktionierenden Markt mit anderen Banken (vgl. zum kommerziellen Charakter der Bank auch den Ratschlag und Entwurf zu einem Gesetz über öffentliche Beschaffungen vom 21. April 1998, Seite 12). Gegen eine Unterstellung der BKB aufgrund des Staatsvertragsrechts spricht somit der gewerbliche Charakter der Tätigkeit der BKB.

Da die staatsvertraglichen Bestimmungen zum subjektiven Geltungsbereich innerstaatlich durch Art. 8 IVöB umgesetzt werden (vgl. dazu BGE 142 II 369 ff. E. 3.2), ergibt sich auch aus dem interkantonalen Recht keine Unterstellung unter den Staatsvertragsbereich (Art. 8 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB]). Auch im Binnenbereich (Art. 8 Abs. 2 IVöB) sind kommerzielle (gewerbliche) Tätigkeiten von einer Unterstellung ausgenommen, wobei der Vorbehalt gewerblicher Tätigkeiten in gleicher Weise auszulegen ist wie im Staatsvertragsbereich (Stöckli, Hubert, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts - System und Versuch einer Synthese, Aktuelles Vergaberecht 2008, Seite 58). Daraus ergibt sich, dass die gewerblich tätige Kantonalbank auch gemäss interkantonalem Recht nicht dem Vergaberecht untersteht. Für eine solche Auslegung spricht auch ein vergleichender Blick auf andere Kantone, welche die Kantonalbanken teilweise explizit, teilweise implizit nicht dem Vergaberecht unterstellen (vgl. für einen expliziten Ausschluss beispielsweise Art. 2 Abs. 2 des Reglements über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Fribourg).

Im kantonalen Recht kann der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts allerdings weiter gefasst werden als im Staatsvertragsrecht oder im interkantonalen Recht. Zu prüfen bleibt somit, ob die BKB aufgrund von kantonalrechtlichen Bestimmungen im baselstädtischen Beschaffungsgesetz dem Vergaberecht unterstellt ist.

Im kantonalen Recht wird die subjektive Unterstellung in § 4 des Beschaffungsgesetzes (SG 914.100) unter dem Titel «Auftraggebende» konkretisiert. Im ersten Absatz dieser Bestimmung wird festgelegt, dass das Beschaffungsgesetz für «Kanton, Gemeinden und andere Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben» gilt. Im zweiten Absatz werden Versicherungsanstalten des Kantons und der Gemeinden vom Geltungsbereich ausgenommen, soweit eine Unterstellung mit ihrem Zweck und mit den Vorschriften über die Bewirtschaftung ihres Vermögens nicht vereinbar ist. In Absatz 3 schliesslich wird die Verpflichtung formuliert, dass Kanton und Gemeinden dafür zu sorgen haben, dass das Beschaffungsgesetz auch durch Organisationen und Unternehmen, an denen Gemeinwesen mehrheitlich beteiligt sind, angewendet wird. Ebenso soll es auf Objekte und Leistungen zur Anwendung kommen, welche die Gemeinwesen mit mehr als 50% der Gesamtkosten subventionieren. Diese Bestimmung ist auslegungsbedürftig.

Ins Zentrum rückt die Frage, ob der Gesetzgeber mit den im ersten Absatz aufgeführten anderen Trägern kantonalen oder kommunaler Aufgaben die Kantonalbank miteinschliessen wollte. Offenkundig fehlt ein expliziter, mit den Versicherungsanstalten gemäss § 4 Abs. 2 Beschaffungsgesetz vergleichbarer Sonderstatus. Die historische Auslegung ergibt jedoch eindeutig, dass die an der Gesetzgebung beteiligten Organe der Kantonalbank ebenso einen Sonderstatus gewähren wollten: «Die Kantonalbank, als mittlerweile rein kommerzielles Unternehmen ohne effektive öffentliche Aufgaben, steht in direkter Konkurrenz zu den übrigen Marktteilnehmern. [...]. Eine [...] Unterstellung der Kantonalbank wie auch der Versicherungsgesellschaften wäre sicher zum Nachteil dieser Institutionen [...] und wird somit nicht in Erwägung gezogen.» (Ratschlag und Entwurf zu einem Gesetz über öffentliche Beschaffungen vom 21. April 1998, Seite 12). Insofern darf von einer Unvollständigkeit oder Auslegungsbedürftigkeit des Beschaffungsgesetzes ausgegangen werden, die unter Zuhilfenahme der Materialien angegangen werden kann. Unter Zuhilfenahme dieser Materialien zeigt sich, dass die BKB auch nach kantonalem Recht nicht unter den subjektiven Geltungsbereich des Vergaberechts fällt.

5. Wie sieht dies der Regierungsrat im Hinblick auf die Bank Cler?

Bei der Bank Cler handelt es sich – auch nach der Übernahme – um eine von der BKB getrennte juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit, eigenem Haftungssubstrat und eigener FIN-MA-Bewilligung. Die Tätigkeiten der Bank Cler sind gewerblicher Natur, da sie unter Konkurrenz in einem funktionierenden Markt erbracht werden. Aus der Perspektive des Staatsvertragsrechts und des interkantonalen Rechts untersteht die Bank Cler somit nicht dem Beschaffungsrecht. Für eine Unterstellung auf der Grundlage des kantonalen Rechts wiederum fehlt es an der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.

6. Ist der Regierungsrat bereit, hinsichtlich dieser umstrittenen Frage bezüglich BKB und Bank Cler ein Rechtsguthaben erstellen zu lassen?

Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, untersteht weder die BKB noch die Bank Cler dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Aus Sicht des Regierungsrates erübrigen sich weitere Abklärungen.

7. Fanden in den vergangenen Jahren Verfahren und Ausschreibungen gemäss Beschaffungsgesetz von Seite der BKB statt? Wie ist dies bei der Bank Cler?

Nein, weder die BKB noch die Bank Cler unterstehen dem öffentlichen Beschaffungsrecht.

8. *Ist die Regierung informiert bezüglich der neuen Anlagestrategie der BKB und unterstützt sie diese? Welche Art von Produkten bietet die BKB an?*

Das Finanzdepartement als Eignervertretung trifft sich regelmässig zu Eignerggesprächen mit der BKB. Der Bankrat informiert den Regierungsrat dabei über wichtige Fragestellungen. Im Rahmen dieses Austausches wurde das Finanzdepartement über die neue Anlagestrategie informiert.

In Art. 62 des Geschäfts- und Organisationsreglements ist in Übereinstimmung mit § 3 Gesetz über die Basler Kantonalbank definiert, dass die BKB alle banküblichen Handels- und Finanzgeschäfte, u.a. die Emission von strukturierten Produkten, tätigen kann. Das Geschäfts- und Organisationsreglement und jede Änderung ist durch den Regierungsrat zu genehmigen. Die neue Anlagestrategie ist daher vereinbar mit dem Gesetz über die Basler Kantonalbank und der Eignerstrategie.

Gemäss Information der BKB emittiert die BKB jene strukturierten Produkte, welche sie risikomässig selber kontrollieren kann und welche von einem breiteren Kundenkreis nachgefragt werden. Dabei achtet die BKB auf eine überschaubare Produktpalette.

Bei den von der BKB angebotenen strukturierten Produkten handelt es sich gemäss der BKB um die folgenden Produkte:

- **Aktien Baskets** (Kategorie Partizipationsprodukte): Aktien Baskets stellen ein auf Kundenwunsch zusammengestelltes Portfolio von Aktien dar. Mit einem Aktien Basket bilden die Kunden ein spezifisches Anlagethema ab, zu welchem die Kunden ansonsten nicht in gleicher Form Zugang hätten (z.B. Nachhaltigkeit, Aktienfavoriten).
- **Bonus-Zertifikate** (Kategorie Partizipationsprodukte): Bonus-Zertifikate bieten im Gegensatz zu einer Direktanlage auch bei einer Seitwärtsbewegung des Basiswerts eine mögliche Rendite in Form einer Mindestrückzahlung (Bonus), die über dem Preis des Basiswerts liegen kann.
- **Discount-Zertifikate** (Kategorie Renditeoptimierungs-Produkte): Discount-Zertifikate ermöglichen unter gewissen Bedingungen die Lieferung eines Basiswertes (z.B. Aktie). Beim Kauf des Produktes wird dem Anleger ein Rabatt (Discount) im Vergleich zur Direktinvestition in den Basiswert gewährt.
- **Barrier Reverse Convertibles** (Kategorie Renditeoptimierungs-Produkte): Barrier Reverse Convertibles ermöglichen unter gewissen Bedingungen die Lieferung eines Basiswertes (z.B. Aktie) mit einem Abschlag oder die Rückzahlung des definierten Betrages inkl. eines Coupons.
- **Multi Barriere Reverse Convertibles** (Kategorie Renditeoptimierungs-Produkte): Im Unterschied zum „normalen“ Barrier Reverse Convertible setzt sich der Basiswert bei einem Multi Barriere Reverse Convertibles aus mehreren Komponenten zusammen. Multi Barriere Reverse Convertibles ermöglichen unter gewissen Bedingungen die Lieferung eines Basiswertes (z.B. Aktie) mit einem Abschlag oder die Rückzahlung des definierten Betrages inkl. eines Coupons.

9. *Was hat sich aus Sicht des Regierungsrates geändert, damit das Geschäft mit den strukturierten Produkten wieder aufgenommen wurde?*

Der Entscheid über die Emission von strukturierten Produkten liegt gemäss Art. 62 Geschäfts- und Organisationsreglement der BKB in der Kompetenz der BKB. Die Wiederaufnahme der Emission strukturierter Produkte erfolgte gemäss BKB auf Wunsch der institutionellen Kundschaft insbesondere aus Diversifikationsgründen.

10. Wie sorgt die Regierung dafür, dass das Risiko aus dem Handel mit den strukturierten Produkten für den Kanton und auch für die privaten Anleger tragbar ist?

Der Regierungsrat verlangt in der Eignerstrategie, dass die BKB über ein angemessenes und systematisches Risikomanagement verfügt und dem Regierungsrat jährlich über den Stand der Umsetzung und die Risikosituation berichtet. Der Regierungsrat hat in der Eignerstrategie zudem festgelegt, dass die Zielgrösse der Eigenmittel (Gesamtkapitalquote) der BKB zwischen 3 und 7 Prozentpunkte über den gesetzlichen Erfordernissen liegen muss.

Als oberstes Aufsichtsorgan ist der Bankrat in regulatorischer Hinsicht dafür zuständig, dass die Finanzgruppe die mit ihrer Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht sowie die Liquiditäts-, Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften einhält. Detaillierte Informationen zum Risikomanagement können dem Risikobericht im Finanzbericht der BKB entnommen werden. Der Bankrat hat sicherzustellen, dass die Emission der strukturierten Produkte mit dem Gesetz und der Eignerstrategie vereinbar ist. Die Bewirtschaftung der emittierten Produkte erfolgt unter Einhaltung des Risikomanagements und unter Überwachung durch die Risikokontrolle der BKB.

Nachdem das Finanzdepartement über die neue Handelsstrategie durch die BKB informiert wurde, hat es verlasst, dass durch eine externe Revisionsgesellschaft überprüft wird, ob die neue Handelsstrategie der BKB mit dem Kantonalbankgesetz und der Eignerstrategie vereinbar ist. Die Prüfer sind im Rahmen der durchgeführten Arbeiten auf keine Sachverhalte gestossen, die darauf schliessen lassen, dass der Ausbau im Bereich der Kapitalmarktaktivitäten sowie der Aufbau des Besicherungs- und Wertpapierfinanzierungsgeschäfts gegen die Vorgaben der Eignerstrategie sowie des Kantonalbankgesetzes verstossen. Die Prüfer kamen zusammenfassend zum Schluss, dass mit der Handelstätigkeit der BKB alle relevanten Vorgaben der Eignerstrategie sowie des Kantonalbankgesetzes eingehalten werden.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Elisabeth Ackermann
Präsidentin

Marco Greiner
Vizestaatsschreiber