

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

Band 216

**Umstrukturierung
und Privatisierung
von Instituten
des öffentlichen Rechts**

Von

Prof. Dr. Rolf H. Weber
Rechtsanwalt

Dr. Judith Bischof

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Abkürzungsverzeichnis | 13 |
| Literaturverzeichnis | 15 |
| I. Einleitung | 21 |
| A. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnung | 21 |
| B. Formen entstaatlichter Strukturen | 23 |
| 1. Überblick | 23 |
| 2. Liberalisierung | 24 |
| 3. Deregulierung | 25 |
| 4. Privatisierung | 26 |
| 5. Dezentralisierung | 27 |
| 6. Beziehungen zwischen den einzelnen Vorgängen | 28 |
| 6.1. Liberalisierung als Oberbegriff | 28 |
| 6.2. Deregulierung und Privatisierung | 29 |
| 6.3. Dezentralisierung und Privatisierung | 30 |
| C. Gang der Untersuchung | 31 |
| II. Umstrukturierungen nach bisheriger Rechtslage und Praxis | 33 |
| A. Minimaler gesetzlicher Regelungsrahmen | 33 |
| 1. Überblick | 33 |
| 1.1. Arten der Umstrukturierung | 33 |
| 1.2. Vorhandene Rechtsformen | 34 |
| 2. Möglichkeiten der Privatisierung im bisherigen Recht | 35 |
| 2.1. Gründung eines neuen Unternehmens in privatrechtlicher Rechtsform | 36 |
| 2.2. Fusion mit einem Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform | 37 |
| 2.3. Umwandlung in ein Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform | 37 |
| 2.4. Privatisierung und Verstaatlichung von öffentlich-rechtlichen Instituten | 37 |
| 3. Sonderbestimmungen von Art. 762 und Art. 763 OR | 38 |
| 3.1. Umwandlung in eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft nach Art. 762 OR | 38 |
| 3.2. Umwandlung in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft | 39 |
| 3.2.1. Öffentlich-rechtliche spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach Art. 763 OR | 39 |

| | | |
|-------------|---|-----------|
| 3.2.2. | Abgrenzung zur privatrechtlichen spezial- gesetzlichen Aktiengesellschaft | 40 |
| B. | Vorgehensweisen in der Praxis | 41 |
| 1. | Fusion | 41 |
| 1.1. | Zulässigkeit der Fusion | 41 |
| 1.2. | Fusion am Beispiel der Solothurner Kantonalbank | 42 |
| 1.2.1. | Vermögensrechtliche Kontinuität | 43 |
| 1.2.2. | Mitgliedschaftliche Kontinuität | 43 |
| 1.2.3. | Juristische Person als Fusionspartner | 44 |
| 1.2.4. | Untergang ohne Liquidation | 45 |
| 2. | Umwandlung | 45 |
| 2.1. | Zulässigkeit der Umwandlung | 45 |
| 2.2. | Umwandlung am Beispiel der Berner Kantonalbank | 47 |
| 2.2.1. | Voraussetzungen der Umwandlung | 47 |
| 2.2.2. | Durchführung der Umwandlung | 47 |
| III. | Umstrukturierungen nach dem neuen Fusionsgesetz | 49 |
| A. | Überblick | 49 |
| 1. | Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes | 50 |
| 1.1. | Sachlicher Anwendungsbereich | 50 |
| 1.2. | Institute des öffentlichen Rechts | 51 |
| 2. | Vorbehalt von Art. 59 Abs. 1 ZGB | 52 |
| 3. | Allgemeine Grundsätze für Institute des öffentlichen Rechts | 53 |
| 3.1. | Art. 99 E-FusG: Fusionen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen als zulässige Umstrukturie- rungsformen | 53 |
| 3.1.1. | Gesetzgeberisches Prinzip | 53 |
| 3.1.2. | Ausschluss der Spaltung | 55 |
| 3.2. | Art. 100 E-FusG: Anwendbares Recht | 55 |
| 3.2.1. | Ausmass der Anwendung des Fusionsgesetzes | 55 |
| 3.2.2. | Inventarspflicht | 57 |
| 3.2.3. | Beschlussfassung zur Umstrukturierung | 58 |
| 3.3. | Art. 101 E-FusG: Verantwortlichkeit von Bund, Kantonen und Gemeinden | 58 |
| 3.3.1. | Ziel des Gläubigerschutzes | 58 |
| 3.3.2. | Anwendung des Staatshaftungsrechts | 60 |
| B. | Fusion | 60 |
| 1. | Allgemeines | 61 |
| 1.1. | Zulässige privatrechtliche Rechtsträger | 61 |
| 1.2. | Absorptions- und Kombinationsfusion | 61 |

| | |
|---|-----------|
| 1.3. Quasifusion und unechte Fusion | 62 |
| 2. Ablauf einer Fusion | 63 |
| 2.1. Vorgehen auf Seiten des öffentlich-rechtlichen Institutes | 63 |
| 2.2. Vorgehen auf Seiten des privatrechtlichen Unternehmens | 64 |
| 3. Anteils- und Mitgliedschaftsrechte | 68 |
| 4. Gläubigerschutz und Verantwortlichkeit | 69 |
| 4.1. Gläubigerschutz | 69 |
| 4.1.1. Allgemein mögliche Vorkehren | 69 |
| 4.1.2. Ablösung allfälliger Staatsgarantien | 70 |
| 4.2. Verantwortlichkeit | 71 |
| C. Umwandlung | 72 |
| 1. Allgemeines | 72 |
| 2. Ablauf einer Umwandlung | 73 |
| 2.1. Beschlussfassung des öffentlich-rechtlichen Institutes | 73 |
| 2.2. Abwicklung der Umwandlung | 73 |
| 3. Anteils- und Mitgliedschaftsrechte | 75 |
| 4. Gläubigerschutz und Verantwortlichkeit | 75 |
| D. Spaltung | 76 |
| E. Vermögensübertragung | 77 |
| 1. Allgemeines | 77 |
| 2. Ablauf einer Vermögensübertragung | 78 |
| 2.1. Beschlussfassung des öffentlich-rechtlichen Institutes | 78 |
| 2.2. Abwicklung der Vermögensübertragung | 78 |
| 2.3. Übergang des Vermögens | 80 |
| 3. Gläubigerschutz und Verantwortlichkeit | 81 |
| IV. Untersuchung besonderer Regelungsaspekte | 83 |
| A. Überleitung persönlicher Rechtsverhältnisse | 83 |
| 1. Rechtsgrundlagen | 83 |
| 1.1. Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse | 83 |
| 1.2. Privatrechtliche Rechtsverhältnisse | 84 |
| 2. Prinzip der Universalsukzession | 85 |
| 2.1. Vertragsübergang ohne Zustimmung nicht beteiligter Drittparteien | 85 |
| 2.2. Kündigungsmöglichkeit von Drittparteien | 86 |
| 2.2.1. Kündigungsmöglichkeit bei übertragbaren Rechtsverhältnissen | 86 |
| 2.2.2. Kündigungsmöglichkeit bei nicht übertragbaren Rechtsverhältnissen | 87 |

| | | |
|----------|---|-----|
| B. | Eigentumsübergang | 87 |
| 1. | Allgemeines | 87 |
| 2. | Öffentliche Sachen | 88 |
| 2.1. | Begriff der öffentlichen Sache | 88 |
| 2.2. | Zuordnung der öffentlichen Sachen zum öffentlichen bzw. privaten Recht | 89 |
| 2.3. | Anwendung des Akzessionsprinzips auf öffentliche Sachen | 89 |
| 2.3.1. | Problemstellung | 89 |
| 2.3.2. | Akzessionsprinzip und Umstrukturierungen öffentlich-rechtlicher Institute | 90 |
| C. | Rechnungslegung und Vermögensbewertung | 92 |
| 1. | Allgemeines | 92 |
| 1.1. | Geltendes Rechnungslegungsrecht | 92 |
| 1.1.1. | Privatrechtliche Rechnungslegung | 92 |
| 1.1.2. | Öffentlich-rechtliche Rechnungslegung | 92 |
| 1.2. | Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) | 93 |
| 2. | Bereichsspezifische Rechnungslegung | 94 |
| 2.1. | Kostenstellenrechnung | 95 |
| 2.2. | Bildung von Leistungsbereichen | 96 |
| 2.3. | Probleme der Bewertung | 97 |
| 2.3.1. | Vorgaben des Fusionsgesetzes | 98 |
| 2.3.2. | Vermögensbewertung im Falle einer unvollständigen (formellen) Privatisierung | 98 |
| 2.3.3. | Vermögensbewertung im Falle einer vollständigen (materiellen) Privatisierung | 99 |
| 2.3.4. | Sonderbewertungsfragen | 99 |
| 2.3.4.1. | Bewertung von sachenrechtlichen Rechtspositionen | 99 |
| 2.3.4.2. | Bewertung von immateriellen Werten | 100 |
| D. | Übergang der Arbeitsverhältnisse | 101 |
| 1. | Allgemeines | 101 |
| 2. | Übergang der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse im Rahmen des Fusionsgesetzes | 101 |
| 2.1. | Sinngemässe Anwendbarkeit der Bestimmungen des Fusionsgesetzes | 101 |
| 2.2. | Übertragung der Arbeitsverhältnisse gemäss Art. 333 OR | 102 |
| 2.3. | Regelungen in Spezialgesetzen | 103 |
| 2.4. | Auflösung der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse und privatrechtliche Neubegründung | 104 |
| 2.5. | Sonderfall: Umwandlung öffentlich-rechtlicher Institute | 105 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| E. | Sicherung der öffentlichen Interessen nach einer privatisierenden Umstrukturierung | 106 |
| 1. | Gewährleistung der Aufgabenerfüllung im öffentlichen Interesse | 106 |
| 1.1. | Begriff der öffentlichen Aufgaben | 107 |
| 1.2. | Konkretisierung der zu überführenden öffentlichen Aufgaben | 108 |
| 1.2.1. | Trennung zwischen Regulierungsfunktionen und unternehmerischen Aufgaben | 108 |
| 1.2.2. | Sachliche Abgrenzung der zu übertragenden öffentlichen Aufgaben | 109 |
| 1.3. | Möglichkeiten der Überführung von öffentlichen Aufgaben | 110 |
| 1.3.1. | Arten der Verleihung von Rechten | 110 |
| 1.3.2. | Verfahren der Ressourcenverteilung | 111 |
| 2. | Ausgleich zwischen privatwirtschaftlichen und öffentlichen Zielsetzungen | 112 |
| 2.1. | Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen | 112 |
| 2.2. | Gemischte Zweckbestimmungen | 113 |
| 2.3. | Aktienrechtliche Kontrollmittel gemäss Art. 620 ff OR | 115 |
| 2.3.1. | Stimmenmehrheit | 115 |
| 2.3.2. | Stimmrechtsaktien | 115 |
| 2.3.3. | Vertretung im Verwaltungsrat | 116 |
| 2.3.3.1. | Vorrang der gesellschaftlichen Interessen | 115 |
| 2.3.3.2. | Weisungen des Gemeinwesens | 116 |
| 2.3.3.3. | Haftungsfragen | 117 |
| V. | Schlussbemerkungen | 120 |