

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 spezialgesetzlichen 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 Umstrukturierungsformen	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