

Wer «A» sagt muss auch «B» sagen

Gedanken zur Privatisierungsdebatte*

Dr. Peter Forstmoser, Professor an der Universität Zürich (Zürich)

Vorbemerkungen

- I. Variantenreichtum der Praxis
 1. Die im öffentlichen Interesse betriebene Aktiengesellschaft: eine Organisationsform mit Tradition
 2. Die Privatisierungen der Neunzigerjahre
- II. Privatisierung als Vorgang:
 - Der Wechsel von der öffentlichrechtlichen zur privatrechtlichen Rechtsform
 1. Die Aufgabe des Rechts im Hinblick auf die Privatisierung
 2. Die geltende gesetzliche Ordnung: Rechtsformwechsel als Einbahnstrasse
 3. Künftiges Recht
 4. Gehorsamsverweigerung von Praktikern, Professoren und Richtern
 5. Folgerungen
- III. Privatisierung als Zustand:
 - Wahrung öffentlicher Interessen durch privatrechtlich organisierte Unternehmen
 1. Grundsatz
 2. Das geltende Recht
 3. Kritik
 4. Ein Postulat: Das Spiel der Aktiengesellschaft spielen
 - 4.1 Die Problematik der Verfolgung von Zielen der öffentlichen Hand durch privatrechtliche Aktiengesellschaften
 - a. «Gemischte» Zweckbestimmungen
 - b. Indirekte politische Beeinflussung
 - c. Kontraproduktive Unvereinbarkeitsbestimmungen
 - d. Denaturierung von Aktionärsrechten
 - 4.2 Wahrung öffentlicher Interessen durch Aufstellung von öffentlichrechtlichen Rahmenbedingungen
- IV. Ergebnisse

Bei Privatisierungen stellt sich die grundlegende Frage, ob und wie die öffentlichen Interessen im Rechtskleid der privatrechtlichen Organisationsform weiter verfolgt werden sollen. Ausgehend vom Grundsatz, dass privatisierte Unternehmen der Wahrung eigener unternehmerischer Interessen verpflichtet sind, warnt der Autor davor, eine «Sphärenvermischung» von privaten und öffentlichen Interessen und rechtlichen Regelungen vorzunehmen. Öffentliche Interessen sind (ausschliesslich) durch öffentlichrechtliche Bestimmungen für die privatrechtlich organisierten Unternehmen zu wahren. Zi.

Traitant du phénomène de la «privatisation» de tâches d'intérêt public, l'auteur présente, au début de son article, un aperçu des événements intervenus en la matière pendant ces dernières années. Il étudie ensuite spécialement la transformation d'un établissement de droit public en personne morale de droit privé ainsi que les possibilités d'une telle personne d'assurer le respect de l'intérêt public; dans ce contexte, le droit public ne serait pas sans importance. Hj. P.

* Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen ist ein Referat, das der Verfasser vor zwei Jahren gehalten hat. Damals waren Privatisierung und – damit eng verbunden – Deregulierung kaum hinterfragte Buzzwords. Inzwischen hat der Wind gedreht – ein Paradebeispiel dafür, wie schnell sich die öffentliche Meinung aufgrund einiger spektakulärer Vorfälle ändern kann. Die hier vorgetragenen Überlegungen sind insofern «zeitlos», als sie nicht pro oder kontra Privatisierung Stellung nehmen wollen, sondern zu den Regeln, die es zu beachten gibt, wenn man sich für die Privatisierung einer Aufgabe entschieden hat. Meine Assistenten, Herr DEA Sc. pol., cand. iur. Salvatore Camodeca und Herr lic. iur. Christian Habegger, haben an der Fertigstellung des Beitrages durch Aufarbeitung des Materials und der Doktrin, aber auch durch die Einbringung eigener Gedanken engagiert und kreativ mitgewirkt. Ich danke ihnen.

Vorbemerkungen

«Privatisierung» bezeichnet Abkehr von staatlicher Aufgabenerfüllung und damit begrifflich verknüpft die Zuwendung zu mehr «Privatheit»¹: Gemeint ist *Entstaatlichung* als Gegenstück zur vom Gesetzgeber in OR 751 und 915 ausdrücklich vorgesehenen *Verstaatlichung* privater und privatrechtlich strukturierter Organisationen². Erfasst werden von diesem Begriff Tatbestände von sehr unterschiedlicher «Staatsferne», von der rein administrativ-organisatorischen Auslagerung aus der Zentralverwaltung bis hin zum vollständigen Verzicht auf die staatliche Wahrnehmung einer Aufgabe.

Privatisierung als Entstaatlichungstatbestand kann *dynamisch* oder *statisch* betrachtet werden. Einerseits meint sie die Abwicklung, das rechtstechnische *Verfahren* der Übertragung von bisher durch die öffentliche Hand wahrgenommenen Aufgaben an den privaten Sektor. Andererseits kann dessen «Endprodukt», d.h. die Modalität der Wahrnehmung bisher als «öffentlich» betrachteter Aufgaben durch private Institutionen interessieren: Dann steht der dem Privatisierungsvorgang folgende *Zustand* im Blickpunkt.

Der Jurist hat sich demzufolge mit zwei Fragenkomplexen zu befassen. Einerseits muss danach gefragt werden, wie sich das Recht zum *Wechsel von der öffentlichrechtlichen zur privatrechtlichen Organisationsform* stellt: Soll es diesen Wechsel fördern, einschränken oder indifferent begleiten (vgl. Ziff. II.)? Andererseits muss er sich der Problematik der *Verfolgung öffentlicher oder zumindest vormals öffentlicher Aufgaben mit Hilfe privatrechtlicher Organisationsformen* annehmen: Soll das Recht politische Einflüsse auf die fraglichen privaten Institutionen unterbinden, auch dann, wenn an ihrer Tätigkeit noch immer ein öffentliches Interesse besteht? Oder soll es der öffentlichen Hand Möglichkeiten einräumen, auf private und privatrechtliche Aktivitäten Einfluss zu nehmen (vgl. Ziff. III.)? Die Besprechung dieser Fragen soll von einem kurzen Überblick über die jüngste schweizerische Privatisierungspraxis ausgehen (vgl. Ziff. I.).

I. Variantenreichtum der Praxis

1. Die im öffentlichen Interesse betriebene privatrechtliche Aktiengesellschaft: eine Organisationsform mit Tradition

a) Dass staatliche Aufgaben auch mit Hilfe privatrechtlicher Körperschaften

– allen voran Aktiengesellschaften³ – verfolgt wurden, ist keineswegs neu⁴.

Zum Teil ist die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft verwendet worden, ohne bei ihrer Ausgestaltung auf die Besonderheiten der Erfüllung öffentlicher Aufgaben Rücksicht zu nehmen⁵. Oft erfuhr sie aber insofern eine Modifizierung, als der öffentlichen Hand statutarisch ein Recht eingeräumt wurde, Vertreter in den Verwaltungsrat und allenfalls die Revisionsstelle zu entsenden⁶. Dieser Variante entspricht der Typus der *gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft* im Sinne von OR 762, welche – vom erwähnten Entsendungs- und Abberufungsrecht⁷ und der damit zusammenhängenden Haftungsregelung⁸ abgesehen – grundsätzlich dem

Im 8. Kapitel des Entwurfs des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (nachfolgend zit. Entwurf zum Fusionsgesetz bzw. EFusG), in welchem die Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts behandelt wird (Art. 99–101, vgl. BBl 2000 4563 f. sowie hinten, Ziff. II.3), will der Gesetzgeber nun erstmals Privatisierungstatbestände auf allgemeiner privatrechtlicher Basis erfassen. Vgl. dazu die bundesrätliche Botschaft zum BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 ff., Ziff. 2.1.8 4480 ff. (nachfolgend zit. Botschaft Fusionsgesetz). Zum Stand der parlamentarischen Beratung vgl. hinten, Ziff. II.3 lit. a.

Die Praxis ist freilich der Gesetzgebung bereits vorangegangen, vgl. dazu hinten, Ziff. II. 4.

¹ Grundlegend dazu Jörn Axel Kämmerer: Privatisierung (Tübingen 2001) 16 ff.; vgl. etwa auch Christoph Andreas Zenger: Privatisierung im Gesundheitswesen?, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.): Rechtliche Probleme der Privatisierung (Bern 1998 = BTJP 1997) 257 ff., 259 f.

² Vgl. dazu etwa Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 58 N 32 ff.

Entstehungsgeschichtlich bezeichnend ist die Tatsache, dass die auf die Dreissigerjahre des 20. Jahrhunderts zurückgehende Dritte Abteilung des Schweizerischen Obligationenrechts («Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft», Art. 552 bis 964) nur die Verstaatlichung, nicht aber die Entstaatlichung kennt. Auch im Rahmen der Aktienrechtsnovellierung wurde diese Thematik gänzlich ignoriert (vgl. hinten, Ziff. II.2): Die Reformarbeiten wurden 1991 abgeschlossen – kurz bevor der Privatisierungsboom der Neunzigerjahre begann.

³ Allenfalls auch durch Genossenschaften oder Vereine wie der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG SSR; vgl. Art. 1 der Statuten vom 22. November 1991) auf welche hier nicht weiter eingegangen werden soll. Zur Eignung der GmbH als Zielgesellschaftsform für eine Organisationsprivatisierung vgl. Daniele Favalli: Einsatzmöglichkeiten der GmbH bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, AJP 9 (2000) 413 ff.

⁴ Ein älteres Beispiel dafür ist etwa die aus einem interkantonalen Vertrag vom 6. Juli 1914 hervorgegangene Gesellschaft der Nordostschweizerischen Kraftwerke AG (NOK) (vgl. lit. A des Beschlusses des Kantonsrates betreffend Beteiligung des Kantons Zürich bei Erwerb der Kraftwerke Beznau-Löntschi durch Übernahme von 38% oder 13 680 Stück der Aktien dieser Gesellschaft, LS 732.2), ein neueres die Flughafen Zürich AG, vgl. § 2 I des Gesetzes über den Flughafen Zürich (Flughafengesetz) vom 12. Juli 1999 (LS 748.1), nachfolgend zit. Flughafengesetz.

⁵ Vgl. etwa die NOK, hinten bei Anm. 12.

⁶ Als Beispiele können die MCH Messe Schweiz AG, die BLT Baselland Transport AG und die Flughafen Zürich AG aufgeführt werden, vgl. dazu hinten, Anm. 84. Zur Problematik von OR 762 eingehender hinten, Ziff. III. 2.

⁷ Vgl. OR 762 I und II.

⁸ Vgl. OR 762 IV.

⁹ Vgl. *Leo Schürmann*: Wirtschaftsverwaltungsrecht (3. A., Bern 1994) 270 f.

¹⁰ Immerhin bleibt zu beachten, dass nach BV 35 II derjenige, der «staatliche Aufgaben wahrnimmt, [...] an die Grundrechte gebunden und verpflichtet [ist], zu ihrer Verwirklichung beizutragen.» Dies gilt insbesondere auch für gemischtwirtschaftliche Unternehmen. Differenzierungen sollen «je nach der zu übertragenden Aufgabe oder deren Träger» denkbar sein (vgl. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 193). Das Gemeinwesen seinerseits ist grundsätzlich ungeachtet der gewählten Organisationsform an die Grundrechte gebunden, wenn es in Erfüllung einer staatlichen Aufgabe handelt (vgl. *Ulrich Häfelin/Georg Müller*: Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts [3. A., Zürich 1998] N 236 ff.).

¹¹ Vgl. etwa *Tobias Jaag*: Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: ders. (Hrsg.): Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben (Zürich 2000) 23 ff., 30; *Peter Uebersax*: Privatisierung der Verwaltung, ZBl 102 (2001) 393 ff., 399.

¹² Als Beispiele lassen sich die Rüstungsunternehmen des Bundes (vgl. die Art. 1 und 3 des Bundesgesetzes über die Rüstungsunternehmen des Bundes [BGRB] vom 10. Oktober 1997, SR 934.21) oder die Nordostschweizerischen Kraftwerke AG (NOK) aufführen (vgl. § 3 des Vertrages zwischen den Kantonen Aargau, Glarus, Zürich, St. Gallen, Thurgau, Schaffhausen, Schwyz, Appenzel A.-Rh. und Zug betreffend Gründung der Gesellschaft der Nordostschweizerischen Kraftwerke AG vom 22. April 1914, publiziert in der Zürcher Gesetzesammlung [LS 732.2] und die Art. 1 und 4 der Statuten der NOK AG in der Fassung vom 16. März 2001).

¹³ Bundesgesetz über die Nationalbank (NBG) vom 6. Oktober 1905 (SR 951.11).

¹⁴ Heute verankert in BV 178 I und RVOG 8 I (SR 172.010). Vgl. dazu etwa *Luzius Mader*: Bundesrat und Bundesverwaltung, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.): Verfassungsrecht der Schweiz (Zürich 2001) § 67 N 42.

¹⁵ Art. 13 NBG e contrario; vgl. dazu etwa *Jaag* (zit. Anm. 11) 31; *Forstmoser et al.* (zit. Anm. 2) § 63 N 23; *Peter Nobel*: Schweizer-

Privatrecht untersteht^{9,10}. Zu erwähnen sind sodann diejenigen Gebilde, die zwar eine *privatrechtliche* Struktur aufweisen, sich aber vollumfänglich im Eigentum der öffentlichen Hand befinden. Das Schrifttum spricht im Zusammenhang mit diesen so genannten *öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform* von *rein formeller Privatisierung* oder von *Organisationsprivatisierung*^{11,12}. Sie wird im Folgenden nur am Rande erwähnt.

b) Gelegentlich verschleiert die Bezeichnung als Aktiengesellschaft freilich die rechtliche Qualifikation: So ist etwa die Schweizerische Nationalbank – obwohl als Aktiengesellschaft strukturiert und bezeichnet – eine *öffentlichrechtliche* Körperschaft, der hoheitliche Funktionen obliegen und die nicht nach den einschlägigen Regeln des Obligationenrechts ins Leben gerufen worden und geregelt ist, sondern mittels Spezialgesetz¹³, gestützt auf die Organisationsautonomie des

risches Finanzmarktrecht (Bern 1997) § 3 N 59 und N 78; *Schürmann* (zit. Anm. 9) 274 f.

¹⁶ Als Beispiel einer spezialgesetzlichen «Aktiengesellschaft» des *kantonalen öffentlichen Rechts* gemäss OR 763 kann die Zuger Kantonalbank genannt werden. Vgl. § 1 des Gesetzes über die Zuger Kantonalbank vom 20. Dezember 1973 (BGS 651.1). Dazu etwa *Leo Schürmann*: Rechtsfragen zur Haftung von Mitgliedern des Regierungsrates als Verwaltungsräte in öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, insbesondere nach zugerischem Recht, ZBl 91 (1990) 337 ff., 339.

¹⁷ Vgl. Art. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (TUG) vom 30. April 1997 (SR 784.11).

¹⁸ Vgl. «Unheiliger Link zwischen Swisscom und Post», NZZ vom 17. Juni 2000, 21.

¹⁹ Vgl. 6 I TUG.

²⁰ Vgl. für einen Überblick *Gaudenz Schwitler*: Die Privatisierung von Kantonalbanken (Diss. Freiburg 2000 = AISUF 195).

Bundes^{14, 15}. Ähnliche Gebilde finden sich auch im kantonalen Recht¹⁶.

2. Die Privatisierungen der Neunzigerjahre

a) In den Neunzigerjahren des letzten Jahrhunderts war ein Trend hin zur Privatisierung festzustellen, im Zuge dessen eine ganze Reihe von bis dahin öffentlichrechtlichen Unternehmen in eine privatrechtliche Form – regelmässig die der Aktiengesellschaft – umgewandelt worden ist, wobei die öffentliche Hand ihre Eigentümerstellung zumeist nur teilweise an Private übertragen hat.

b) Das gewichtigste Beispiel auf *Bundesebene* ist sicherlich die *Swisscom*, die als Teil der vormaligen PTT als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft¹⁷ strukturiert und im Oktober 1998 an die Börse gebracht wurde. Parallel dazu öffnete der Gesetzgeber den Markt für Telefonie und andere Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation für neue Konkurrenten. Der ehemalige Monopolist *Swisscom* muss sich seither im weitgehend freien Wettbewerb bewähren. Die Privatisierung erfolgte allerdings nur halbherzig, was mit der Gewährleistung des Service Public im Telekommunikationsbereich gerechtfertigt wurde¹⁸ und sich in der bis heute gesetzlich vorgeschriebenen kapital- und stimmenmässigen Mehrheit des Bundes¹⁹ im Aktionariat niederschlägt.

c) Auf *kantonomer Ebene* ist vor allem die Privatisierung von *Kantonalbanken* zu erwähnen²⁰:

– Mitte der Neunzigerjahre wurde die *Solothurner Kantonalbank* privatisiert, indem man sie mit einer eigens für diesen Zweck gegründeten privaten AG fusionierte, deren Aktien zu 100% vom Schweizerischen Bankverein gehalten wurden.

- Die *Berner Kantonalbank* – bis Anfang der Neunzigerjahre «Kantonalbank von Bern» – wurde im Sinne einer *rechtsformändernden Umwandlung*²¹ direkt von einer öffentlichrechtlichen Anstalt in eine privatrechtliche AG nach OR 620 ff. umgewandelt, d.h. es wurde sowohl auf eine Liquidation und anschließende Neugründung als auch auf den Umweg über die Fusion verzichtet²².
- Dass das Vorgehen der rechtsformändernden Umwandlung der Berner Kantonalbank schnell Schule gemacht hat, zeigt auch der Rechtskleidwechsel der *Luzerner Kantonalbank* (LUKB)²³. Das vormalig als selbstständige öffentlichrechtliche Anstalt konstituierte Kreditinstitut wurde vom Luzerner Gesetzgeber in das «Rechtsgewand» der Aktiengesellschaft nach OR 620 ff. gekleidet²⁴. Mit der Umsetzung des *Teilprivatisierungskonzepts*²⁵ wurde sodann am 12. März 2001 mit der Platzierung einer ersten Tranche von 10% des Aktienkapitals begonnen.

Dem stets lauter werdenden Ruf nach einer (Teil-)Privatisierung ist in letzter Zeit eine Reihe weiterer Kantonalbanken gefolgt, wobei als Zielrechtsform entweder die reine²⁶ oder die gemischtwirtschaftliche²⁷ Aktiengesellschaft gewählt wurde. Die Option der «reinen» Aktiengesellschaft nach OR 620 ff. schneidet dabei hinsichtlich Flexibilität des unternehmerischen Handelns sowie der Entflechtung von politischer und geschäftlicher Ebene im Vergleich wohl am besten ab²⁸.

Diese Entwicklung ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass man allgemein die Hauptmotive für die seinerzeitigen Kantonalbankgründungen, nämlich den noch nicht genügend leistungsfähigen privaten Bankensektor zu erweitern²⁹ und das

aufstrebende Kreditwesen staatlich zu kontrollieren³⁰, in der heutigen Zeit, da die Schweiz das Land mit der weltweit grössten Bankendichte ist, als nicht mehr gegeben ansieht.

In die privatrechtliche Rechtsform überführt worden sind auch *öffentliche Krankenkassen*: 1997 wurde die ÖKK Öffentliche Krankenkasse Luzern als Aktiengesellschaft gegründet, in welche sämtliche Aktiven und Passiven der bisherigen ÖKK, einer unselbstständigen Versicherungsanstalt der Einwohnergemeinde Luzern, also einer öffentlichrechtlichen Anstalt ohne eigene Rechtspersönlichkeit, als Sacheinlage eingebracht wurden. Die neue ÖKK-AG hat jedoch keine wirtschaftliche Zielsetzung³¹, und einzige Aktionärin blieb bisher die Stadt Luzern, sodass hier nicht von einer eigentlichen «Privatisierung» gesprochen werden kann.

Zu erwähnen ist schliesslich der Zusammenschluss³² der Flughafen-Immobilien-Gesellschaft FIG (einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft) mit der Flughafendirektion Zürich FDZ, (einer unselbstständigen öffentlichrechtlichen Anstalt des kantonalen Verwaltungsrechts) zur *Flughafen Zürich AG* (mit dem Markennamen *Unique*), einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft gemäss OR 762.

Ein Blick auf die laufenden Privatisierungsbestrebungen zeigt, dass gegenwärtig v.a. um die *Liberalisierung des Strommarktes* debattiert wird. Der einstige Elan, mit dem die künftigen Betreiber der Axpo Holding³³, welche

dazu *Roland von Büren*: Die Rechtsformumwandlung einer öffentlichrechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620 ff., SZW 67 (1995) 85 ff.

²³ Vgl. *Louis Fischer/Daniel von Arx*: Gefragt: Sachverstand und Fingerspitzengefühl, NZZ vom 21. November 2000, 84.

²⁴ Vgl. § 1 I des Gesetzes über die Umwandlung der Luzerner Kantonalbank in eine Aktiengesellschaft vom 8. Mai 2000 (SRL 690), in der Folge zit. Umwandlungsgesetz LUKB. Das Gesetz wurde in der Volksabstimmung vom 24. September 2000 durch den Souverän bestätigt und die neue Aktiengesellschaft am 9. März 2001 in das Tagebuch des Handelsregisters des Kantons Luzern (100/1211) eingetragen (SHAB Nr. 52 vom 15. März 2001). Der Rechtsformwechsel wurde bei der Eintragung rückwirkend auf den 1. Januar 2001 (Datum des Inkrafttretens des Umwandlungsgesetzes) datiert.

²⁵ Vgl. § 3 I Umwandlungsgesetz LUKB.

²⁶ Diese Variante wurde beispielsweise vom Gesetzgeber in den Kantonen Bern und Luzern gewählt, vgl. vorne, Anm. 23 und 25.

²⁷ Diese Rechtsform wurde z. B. im Kanton St. Gallen gewählt, vgl. Art. 1 I des Kantonalbankgesetzes vom 22. September 1996 (sGS 861.2).

²⁸ Vgl. «Thurgauer Kantonalbank soll AG werden», NZZ vom 28./29. April 2001, 16; «Der Druck steigt», Schweizer Bank 2002/1 S. 28 f.

²⁹ Vgl. «Die Kantonalbanken auf wackliger Rechtfertigungsbasis», NZZ vom 30. April 1994, 87; *Schwitzer* (zit. Anm. 21) 84 f.

³⁰ Vgl. *Marc Russenberger*: Die Sonderstellung der Schweiz. Kantonalbanken in der Bundesverfassung und im Bankengesetz (Diss. Zürich 1988) 4; vgl. auch NZZ vom 30. April 1994 (zit. Anm. 29) 87; *Schwitzer* (zit. Anm. 20) 84 f.

³¹ Eine solche ist zwar für die privatrechtliche AG typisch, jedoch nicht vorausgesetzt, vgl. etwa *Forstmoser et al.* (zit. Anm. 2) § 2 N 50; *André Lasserre*: La société anonyme à but non économique en droit suisse (Diss. Lausanne 1976).

³² Der Zusammenschlussvertrag wurde von den Parteien am 14. Dezember 1999 unterzeichnet.

³³ Die Axpo Holding wurde am 16. März 2001 als gemeinsames strategisches Holdingdach der NOK (vgl. dazu vorne, Anm. 4 und 12) und der 1999 ins Leben gerufenen Axpo (die gemeinsame Handels- und Verkaufs-AG der NOK und der kantonalen Elektrizitätswerke der Nordostschweiz) gegründet.

²¹ Vgl. Botschaft Fusionsgesetz, Ziff. 1.3.2.3, BBI 2000 4357.

²² Art. 1 I des Gesetzes über die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank (AGBEKBB) vom 23. November 1997 (BSG 951.10); vgl.

dereinst rund 60% der Schweizer Bevölkerung mit Strom versorgen soll, die Privatisierung verschiedener Elektrizitätswerke vorangetrieben hat, erlitt allerdings durch die Absage des Zürcher Stimmvolkes an die Überführung der Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ) in eine privatwirtschaftliche Aktiengesellschaft³⁴ einen Dämpfer.

d) In jüngster Zeit führten wachsende Vorbehalte gegen den privaten Sektor dazu, dass die Privatisierungswelle etwas abgeebbt ist. Es habe sich – so Bundespräsident Leuenberger im Hinblick auf das Swissair-Debakel – «gezeigt, dass privater Besitz das Wohlergehen eines Unternehmens nicht garantiert»³⁵, und zumindest in Frageform wird selbst vom Liberalen Rolf Dahrendorf auf eine «Wiederentdeckung des Staates» hingewiesen³⁶.

Im Trend liegt nun «eine Rückkehr zu einem gesunden Wechselspiel zwischen Wirtschaft und Staat»³⁷.

Trotzdem bezweifelt kaum jemand, dass die Privatisierung bisher staatlicher Unternehmen in den nächsten Jahren ihren Fortgang nehmen wird – langsamer vielleicht und von mehr Kritik begleitet. Und jedenfalls ist die Rückführung privater Unternehmen unter die Fittiche des Staates derzeit kein Thema.

II. Privatisierung als Vorgang: Der Wechsel von der öffentlich-rechtlichen zur privatrechtlichen Rechtsform

1. Die Aufgabe des Rechts im Hinblick auf die Privatisierung

Aus privatrechtlicher Sicht betrachtet bedeutet der Vorgang der Privatisierung letztlich nichts anderes als einen *Wechsel der Rechtsform*: An die Stelle einer unselbstständigen oder selbstständigen öffentlichrechtlichen Anstalt oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft tritt eine Aktiengesellschaft (oder allenfalls eine andere Körperschaft, z.B. eine Genossenschaft) des Privatrechts, die den Regeln von OR 620 ff. oder OR 762 (bzw. gegebenenfalls den Bestimmungen einer anderen Körperschaft des OR) untersteht. Der Staat kann, sofern er dies will, auf die Geschicke der Gesellschaft weiterhin Einfluss nehmen, sei es als Aktionär wie andere Aktionäre auch, sei es dadurch, dass er sich das Recht vorbehält, unabhängig von seiner finanziellen Beteiligung Vertreter in den Verwaltungsrat und/oder die Revisionsstelle zu entsenden³⁸.

Das Privatrecht sollte sich daher in der Privatisierungsdebatte «indifferent» verhalten und darauf beschrän-

ken, passende Instrumente für die wirtschaftspolitisch gewünschte Ordnung zur Verfügung zu halten. Konkret: Durch das Privatrecht sollen weder Anreize für die Privatisierung geschaffen noch dieser Hindernisse in den Weg gelegt werden. Wohl aber soll das Privatrecht den *Wechsel der Rechtsform* leicht möglich machen: So wie sich privatrechtliche Organisationen frei von einer Rechtsform zur andern bewegen können sollten – von der Genossenschaft zur AG, von der AG zur GmbH und umgekehrt, und selbst von der Stiftung zur Körperschaft und von der Körperschaft zur Stiftung³⁹ –, so sollte auch die «Entstaatlichung» oder die «Verstaatlichung» von Organisationen problemlos und mit möglichst tiefen Transaktionskosten möglich sein. Sache der Politik ist es dann, die zu einer bestimmten Zeit für eine bestimmte Aufgabe «richtige» rechtliche Struktur zu wählen.

Eine *Einschränkung* ist freilich zu machen: Aufgabe des Rechts muss es sein, Missbräuche zu verhindern und wohlverworbene Rechte zu schützen. Im Hinblick auf den Wechsel der Rechtsform ergeben sich daraus zwei Postulate:

- Rechtsformintern sind betroffene Minderheiten zu schützen und
- im *Aussenverhältnis* ist sicherzustellen, dass die von den Gläubigern erlangte Rechtsstellung nicht verschlechtert wird.

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, wie sich das Privatrecht zum Wechsel der Rechtsform an der Wasserscheide zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht stellt, indem zunächst die geltenden gesetzlichen Bestimmungen (Ziff. 2), sodann das voraussichtliche künftige Recht (Ziff. 3) und schliesslich die heutige Realität (Ziff. 4) betrachtet werden:

³⁴ Die Privatisierung der EKZ wurde am 10. Juni 2001 mit 51,5% Nein- zu 48,5% Ja-Stimmen abgelehnt.

³⁵ Interview mit der Zeitschrift Schweizer Bank, 11/2001, 23. Ziel sei ein optimaler Service Public, wobei es zweitrangig sei, ob dieser von einem Monopol oder im Wettbewerb von privaten oder öffentlichen Unternehmen erbracht werde, so Leuenbergers Antwort auf die Frage, wo er aus seiner Sicht die Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung sehe.

³⁶ So die Überschrift eines Leitartikels in Finanz & Wirtschaft vom 22. Dezember 2001, 1; vgl. auch Roger de Weck: Neoliberalismus – das Ende einer Marke, Persönlich, 10/2001, 106; «Rückschlag für die Aktionärskultur», Finanz & Wirtschaft vom 3. November 2001, 29; «Privatisierung der Swisscom zurzeit kein Thema», NZZ vom 18. Oktober 2001, 13.

³⁷ So Matthias Haller in einem Interview mit der Schweiz. Handelszeitung, SHZ vom 20. Februar 2002, 51.

³⁸ OR 762.

³⁹ In diesem Sinne ist der Ansatz des EFusG überzeugend.

2. Die geltende gesetzliche Ordnung: Rechtsformwechsel als Einbahnstrasse

a) Wie gesagt: Im schweizerischen Gesellschaftsrecht finden sich – entsprechend den Bedürfnissen der Dreissigerjahre – einzig Bestimmungen über die *Verstaatlichung* von Unternehmen⁴⁰: OR 751 regelt explizit den Fall der Übernahme des Vermögens einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, in deren Rahmen eine Liquidation unterbleiben kann:

«Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft vom Bunde, von einem Kanton oder unter Garantie des Kantons von einem Bezirk oder von einer Gemeinde übernommen, so kann mit Zustimmung der Generalversammlung vereinbart werden, dass die Liquidation unterbleiben soll»⁴¹.

Für den *umgekehrten Vorgang*, also den Wechsel von einer öffentlichrechtlichen zu einer privatrechtlichen Struktur (*Entstaatlichung*), sucht man dagegen *vergeblich* nach einer gesetzlichen Regelung, und es muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber der Dreissigerjahre des letzten Jahrhunderts *ganz bewusst geschwiegen hat*, weil er eben diesen Wechsel einer Unternehmung vom Staat in die Privatwirtschaft nicht wollte, da er dafür damals kein Bedürfnis sah.

Während der letzten *Aktienrechtsreform* war «Privatisierung» trotz der ansonsten sehr umfangreichen Reformbestrebungen kein Thema; in den 23 Jahre (1968–1991) dauernden Reformarbeiten wurde die Überführung öffentlichrechtlicher Organisationen in solche des Privatrechts, wie überhaupt die Frage des Rechtsformwechsels, nie auch nur andiskutiert⁴².

b) Liest man das Gesetz unvoreingenommen, dann gibt es unter gelten-

dem Recht offenbar nur *eine* Möglichkeit des Rechtsformwechsels von der öffentlichrechtlichen in eine privatrechtliche Organisationsform, nämlich die *Liquidation* des bisherigen öffentlichrechtlichen Gebildes und die anschliessende *Neugründung* nach den Regeln des Privatrechts. Dieser Weg ist umständlich und in der Praxis oft kaum gangbar:

- Bei einer Liquidation werden alle bestehenden Rechtsverhältnisse aufgelöst, und sie müssen anschliessend wieder neu begründet werden. Dieser Vorgang kann zwar durch die Einbringung des bisherigen Vermögens in eine *neu gegründete Aktiengesellschaft* als Sacheinlage erleichtert werden, oft bleibt er aber wegen OR 181 dennoch beschwerlich.
- Es sind aber vor allem auch steuerliche Aspekte, die einer Liquidation eines öffentlichrechtlichen Rechtsträgers und der anschliessenden Neugründung nach Privatrecht entgegenstehen, da insbesondere die Emissionsabgabe, bei der 1% des Verkehrswerts der übertragenen Wirtschaftsgüter als Steuer abzuführen ist, zu namhaften Steuerfolgen führen kann⁴³. Weitere Probleme können sich bei den Grundsteuern ergeben. Trotz vielfacher Ausnahmen⁴⁴ hiervon bleibt diesbezüglich eine gewisse Unsicherheit bestehen.

3. Künftiges Recht

a) Zurzeit laufen Reformbestrebungen, die von der Bemühung geprägt sind, diese Unsicherheiten und unnötigen Hürden zu beseitigen: Seit einigen Jahren ist ein Gesetz in Vorbereitung, das den Wechsel der Organisationsform mittels Fusion, Spaltung

oder Wechsels des Rechtskleides erleichtern soll. Nach Klärung auch der steuerlichen Fragen konnte im Dezember 1997 der *Vorentwurf (mit Begleitbericht) zu einem neuen Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz)*⁴⁵ in die Vernehmlassung gegeben werden. Der bundesrätliche *Entwurf zum Fusionsgesetz* wurde mit der einschlägigen Botschaft im August 2000 veröffentlicht⁴⁶. Der Ständerat hat die bundesrätliche Vorlage als Erstrat in der Frühjahrsession 2001 debattiert und nach geringfügig-

⁴⁰ Vgl. vorne, Anm. 2.

⁴¹ Eine entsprechende Ordnung findet sich in OR 915 für die Genossenschaft.

⁴² Dies erstaunt insofern wenig, wenn man bedenkt, dass die Botschaft über die Revision des Aktienrechts bereits am 23. Februar 1983 veröffentlicht wurde, also Jahre vor dem Einsetzen der ersten grösseren Privatisierungsbestrebungen. Auch während der parlamentarischen Debatten, die im Herbst 1991 abgeschlossen wurden, stand die Privatisierung noch nicht auf der politischen Menükarte. Vgl. dazu etwa Forstmoser et al. (zit. Anm. 2) S 4 N 56 ff.

⁴³ Vgl. Markus Reich: Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen (Basel 2000) 149.

⁴⁴ Vgl. Art. 19 und 61 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 (SR 621.11); Art. 8 III und Art. 24 III des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.12); Art. 5 und Art. 6 I lit. a^{bis} des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG) vom 27. Juni 1973 (SR 642.10).

⁴⁵ In der Folge zit. Vorentwurf.

⁴⁶ Vgl. BBl 2000 4337 ff. und 4521 ff. Vgl. dazu etwa Hanspeter Kläy/Nicolas Turin: Der Entwurf zum Fusionsgesetz, Reprax 3 (2001) Heft 1, 1 ff.; Christian J. Meier-Schatz: Das neue Fusionsgesetz (Zürich 2000) sowie den von Meier-Schatz herausgegebenen Sonderband 135^{bis} der ZBJV (Bern 1999).

gen Änderungen angenommen⁴⁷. Die Verhandlung der Vorlage im Plenum des Nationalrates soll in naher Zukunft an die Hand genommen wer-

den, wobei nicht mit grossem Widerstand gerechnet wird.

Im Gegensatz zum geltenden Recht sollen künftig *Umstrukturierungen problemlos möglich* sein⁴⁸. Der Entwurf zum Fusionsgesetz regelt die *Fusion* unter Einschluss der rechtsformübergreifenden Fusion⁴⁹, die *Spaltung* in den drei Formen der Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung⁵⁰, die *Umwandlung* eines Rechtsträgers in eine andere Rechtsform⁵¹ und die *Vermögensübertragung*⁵². Damit einher gehen Änderungen im Unternehmenssteuerrecht, um die beschriebenen Vorgänge möglichst steuerneutral durchführen zu können⁵³.

Dabei dürfen allerdings die Rechte der Gläubiger nicht gefährdet und ihnen kein Haftungssubstrat entzogen werden⁵⁴, und ebenso wenig darf die Stellung der bisherigen Anteilshaber oder Mitglieder beeinträchtigt werden⁵⁵. In Zukunft sollen auf dieser Basis in der Schweiz Flexibilität bei der rechtlichen Gestaltung von Umstrukturierungen geschaffen und der Wandel in der Wirtschaft durch die neue Freiheit, für wirtschaftliche Aufgaben die jeweils passendste rechtliche Struktur zu wählen und diese nach Belieben geänderten Bedürfnissen anzupassen, unterstützt und erleichtert werden. Zugleich wird der Aufgabe des Rechts, Missbräuchen vorzubeugen und wohlverworbene Rechte zu schützen, Rechnung getragen.

b) Mit dem Fusionsgesetz soll auch der *Grenzübertritt zwischen dem öffentlichen und dem privaten Wirtschaftsbereich* erleichtert werden: Wie bereits angedeutet⁵⁶ sind im Entwurf zum Fusionsgesetz die Fusions-, Umwandlungs- und Vermögensübertragungstatbestände unter *Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts* Gegenstand eines gesonderten Kapitels⁵⁷. Danach soll ein Institut des

öffentlichen Rechts sein Vermögen durch Fusion auf eine Kapitalgesellschaft, eine Genossenschaft, einen Verein oder eine Stiftung übertragen oder sich in einen dieser privatrechtlichen Rechtsträger umwandeln können⁵⁸. Dabei kommen im Wesentlichen dieselben, vergleichsweise einfachen Regeln zum Zug, welche auch für Fusionen und Umwandlungen innerhalb des Privatrechts – etwa einer Genossenschaft oder eines Vereins in eine AG oder umgekehrt – Anwendung finden sollen. Fusion und Spaltung werden mittels Universal-sukzession vollzogen, während die Umwandlung keine Vermögensübertragung bewirkt; nur das Rechtskleid des Vermögensträgers wird geändert⁵⁹.

Bis zum Inkrafttreten des Fusionsgesetzes wird es noch einige Zeit dauern⁶⁰. Aufgrund der bisherigen Reaktionen⁶¹ kann aber festgestellt werden, dass der im Entwurf zum Fusionsgesetz dokumentierte Wille zur Liberalisierung ungebrochen ist, ja durch zusätzliche Erleichterungen im Steuerbereich gar in Richtung einer noch weiter gehenden Flexibilisierung tendiert.

4. Gehorsamsverweigerung von Praktikern, Professoren und Richtern

a) In der bisherigen Ordnung sind die *gesetzlichen Vorgaben* klar:

- Ein Rechtskleidwechsel ohne Liquidation und Neugründung ist nur in ganz bestimmten, durch den Gesetzgeber *abschliessend geregelten Fällen* zulässig⁶².
- Der Wechsel vom öffentlichen zum privaten Sektor ist nur *in einer Richtung* ohne Liquidation vollziehbar: Private Unternehmen können

⁴⁷ Vgl. AmtlBull 2001 S 142 ff.

⁴⁸ Vgl. etwa *Frank Vischer*: Strukturanpassung durch Fusion und Spaltung, NZZ vom 6. Dezember 1999, 63.

⁴⁹ EFusG 3 ff.

⁵⁰ EFusG 29 ff.

⁵¹ EFusG 53 ff.

⁵² EFusG 70 ff.

⁵³ Vgl. den Anhang zum EFusG betreffend «Änderung bisherigen Rechts», Ziff. 6 ff., BBl 2000 4574 ff.; dazu kritisch *Markus Reich*: Steuerliche Aspekte des Fusionsgesetzes, IFF Forum für Steuerrecht (St. Gallen) 2001 Heft 1 S. 1 ff.

⁵⁴ Vgl. EFusG 25 ff. betr. Fusionen, EFusG 45 ff. im Falle von Spaltungen, EFusG 68 bei Umwandlungen sowie EFusG 75 ff. im Zusammenhang mit Vermögensübertragungen. Sondervorschriften gelten für den Wegfall bisher persönlich haftender Gesellschafter. Vgl. *Frank Vischer*: Einführung in das Fusionsgesetz, ZBJV Sonderband 135^{bis} (Bern 1999) 9 ff., 23.

⁵⁵ Vgl. für die Fusion EFusG 7 f., EFusG 31 betr. Spaltungen und EFusG 56 für die Umwandlung. EFusG 74 regelt die Informationsrechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter bei Tatbeständen der Vermögensübertragung.

⁵⁶ Vgl. vorne, Anm. 2.

⁵⁷ EFusG 99 ff.

⁵⁸ EFusG 99 I. Vgl. etwa auch den Begleitbericht zum Vorentwurf, 62.

⁵⁹ Vgl. etwa *Vischer* (zit. Anm. 54) 18.

⁶⁰ Vgl. dazu vorne, Ziff. II. 3 lit. a.

⁶¹ Vgl. dazu die Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Fusionsgesetz (Bern 1999) sowie die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens betreffend den Bericht der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen (Bern 1999).

⁶² Vorgesehen sind einzig die Umwandlung einer AG in eine GmbH (aber nicht umgekehrt) und einer Genossenschaft in eine AG (aber wiederum nicht umgekehrt), und ein Rückblick auf die Entstehungszeit zeigt, dass diese Auswahl *ganz bewusst getroffen* worden ist:

verstaatlicht, staatliche aber nicht in private umgewandelt oder mit solchen fusioniert werden.

b) Es hat sich aber einmal mehr gezeigt, dass eine gesetzliche Ordnung auf die Dauer nicht durchsetzbar ist, wenn sie legitimen gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Interessen entgegensteht. So ist in der *Rechtswirklichkeit* der im Fusionsgesetz zum Ausdruck kommende Sinneswandel *schon weit gehend vorweggenommen* worden, und es fragt sich, ob sich schliesslich der Gesetzgeber nicht einmal mehr als «Inspecteur des travaux finis» erweisen wird, denn Praktiker, Professoren und Richter haben die vom Gesetzgeber aufgestellten Schranken längst überschritten und Strukturänderungen akzeptiert, die sich der historische Gesetzgeber nie hätte träumen lassen.

c) Aus der *Praxis* sind etwa folgende Beispiele zu erwähnen:

Mit der Rentenanstalt/Swiss Life wurde eine Versicherungsgenossenschaft (ohne Grundkapital) ohne Liquidation in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, obwohl das Gesetz heute nur noch den Wechsel einer Bankgenossenschaft in eine Bank-AG vorsieht⁶³. Motivation dafür waren ein besserer Zugang zum Kapitalmarkt und die Einführung einer moderner Corporate Governance besser entsprechenden internen Struktur⁶⁴.

Aber auch die Umwandlung von öffentlichrechtlichen in privatrechtliche Organisationen ist bereits mehrfach erfolgreich vollzogen worden:

Der Umstand, dass das Obligationenrecht heute lediglich die Umwandlung von Aktiengesellschaften in Gesellschaften m.b.H. vorsieht, (vgl. OR 824 ff.), erklärt sich im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte der Revision von 1936. Mit der Ein-

Öffentlichrechtliche Krankenkassen in der Form selbstständiger öffentlichrechtlicher Institutionen sind zu Aktiengesellschaften geworden⁶⁵, Kantonalbanken als öffentlichrechtliche

führung der Gesellschaftsform der GmbH wollte der schweizerische Gesetzgeber der Dreissigerjahre nach dem Vorbild der umliegenden Staaten auch der hiesigen Wirtschaft eine Organisationsform anbieten, welche mit ihrer «[...] Verbindung von beschränkter Haftung mit persönlicher Beteiligung und Betätigung der Mitglieder [...]» für kleine und mittlere Unternehmen besonders attraktiv hätte werden sollen (vgl. die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl 1928 I 271 ff., 273). Es wurde sodann davon ausgegangen, dass eine nicht unbedeutende Anzahl vorbestehender Aktiengesellschaften die neu geschaffene «[...] in mancher Hinsicht bequemere Form der G.m.b.H. anzunehmen wünschen» (vgl. *Hans Jörg*: Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung [Diss. Zürich 1930] 4; vgl. etwa auch *A. Janggen/H. Becker*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII/3: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung [Bern 1939], N 2 zu Art. 824). Andererseits wurde mit der Einführung der GmbH erstmals das Mindestkapital für Aktiengesellschaften dem rechtspolitischen Gesamtvorhaben entsprechend auf 50 000 Franken festgesetzt. Die Fixierung dieser unteren Kapitalisierungsgrenze geschah vor dem Hintergrund einer Rechtswirklichkeit, in welcher auch für Kleinstbetriebe Aktiengesellschaften gegründet worden waren, um der Vorteile der beschränkten Haftung teilhaftig zu werden. Da aufgrund von Art. 2 Abs. 1 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zu den Titeln XXIV–XXXIII (nachfolgend zit. Schl.Üb.Bst.) alle im Hinblick auf das neue Recht nur ungenügend mit Kapital ausgestatteten Aktiengesellschaften bis zum 1. Juli 1942 in andere Gesellschaftsformen überführt werden mussten, wurde ungeachtet der vermeintlichen Attraktivität der GmbH eine gesetzgeberi-

sche Erleichterung von Umwandlungen vormaliger Aktiengesellschaften in Gesellschaften m.b.H. unumgänglich (vgl. *Fritz Hefti*: Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung [Zürich 1938] 32).

Mit der Revision des Obligationenrechts wollte der Gesetzgeber von 1936 darüber hinaus «[...] eine gründliche Sanierung des Genossenschaftswesens herbei[führen] und namentlich durch eine einengende spezifizierte Begriffsbeschreibung den so genannten Pseudogenossenschaften entgegen[treten] [...]» (vgl. BGE 74 I 517 ff., E. 1, 519). Die Sonderregel von Art. 4 Schl.Üb.Bst., wonach der «Bundesrat [...] allgemein oder im einzelnen Fall Vorschriften über die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Handelsgesellschaft ohne Liquidation erlassen [kann] [...]», diente in Analogie zum Tatbestand von OR 824 ff. dazu, dieses rechtspolitische Ziel zu verwirklichen (vgl. BGE 92 I 400 ff., E. 4, 405). Die auf Art. 4 Schl.Üb.Bst. gestützte Verordnung über die Umwandlung von Genossenschaften in Handelsgesellschaften erging am 29. Dezember 1939 (vgl. BS 2, 681 ff.) und wurde am 1. April 1966 ausser Kraft gesetzt (vgl. AS 1966 674), nachdem deren Geltung über längere Zeit umstritten gewesen war.

Endlich wird der Bundesrat in Art. 14 Abs. 1 des BG über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0) ermächtigt, «[...] zur Vermeidung einer Liquidation allgemein oder für einzelne Fälle erleichternde Vorschriften über die Umwandlung einer Genossenschaftsbank in eine Aktiengesellschaft oder Kommanditaktiengesellschaft aufzustellen [...]». Letzterer hat freilich von der Möglichkeit, allgemeine Vorschriften zu erlassen, keinen Gebrauch gemacht und sich darauf beschränkt, fallweise vorzugehen. (Vgl. *Benno Lutz*: Kommentar zu Art. 14 BankG, in: *Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz*: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen [12. Nachl. Zürich 2001], N 1). Die von der diesbezüglichen Praxis der Eidgenössischen Bankkommission erarbeiteten Regeln sind aber weit gehend standardisiert.

⁶³ Vgl. vorne, Anm. 62.

⁶⁴ Vgl. «Gültige Sonderbehandlung eines strategischen Partners», NZZ vom 26. April 1997, 29.

⁶⁵ Vgl. vorne, Ziff. I.2 lit. c.

Anstalten wurden ohne Liquidation und Neugründung zu privatrechtlichen Aktiengesellschaften⁶⁶, und die Flughafendirektion Zürich (FDZ) – eine unselbstständige öffentlichrechtliche Anstalt – hat sich mit der schon vorher privatrechtlich (in Form einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft) organisierten Flughafen-Immobilien-Gesellschaft (FIG) zu einer Einheit zusammengeschlossen⁶⁷.

d) Die *Lehre*⁶⁸ hat diese Entwicklung unterstützt und sanktioniert, allerdings mit angesichts des klaren gesetzgeberischen Willens nicht unproblematischen Argumenten: Oft wusste man sich nur mittels Rückgriff auf die Privatautonomie zu behelfen⁶⁹, obwohl diese durch den Gesetzgeber der Dreissigerjahre und mithin auch durch das heute noch geltende Recht gerade im Bereich der Umstrukturierungen stark und bewusst eingeschränkt worden ist.

e) Und die *Gerichte* haben dem wachsenden Druck von Lehre und Praxis stattgegeben: So hat etwa das Bundesgericht in einem Entscheid von 1998⁷⁰ die Umwandlung einer GmbH in eine AG für zulässig erklärt, obwohl im Gesetz – wie ausgeführt – aus historisch zu erklärenden Gründen⁷¹ ganz bewusst nur der Wechsel von der Aktiengesellschaft in die GmbH vorgesehen und geregelt ist.

Zu einem Rechtsformwechsel vom öffentlichen zum privaten Recht liegt bisher noch keine Stellungnahme des Bundesgerichts vor⁷²; es ist aber nicht daran zu zweifeln, dass es auch diesen Vorgang wohlwollend beurteilen würde.

5. Folgerungen

a) Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass heute schon weitgehend Realität ist, was durch das Fusionsgesetz in einigen Jahren auch gesetzlich sanktioniert sein wird. Dieses Vorseilen von Praxis, Lehre und Judikatur ist zwar rechtlich problematisch, entbehrt jedoch nicht einer praktischen Berechtigung:

- Rechtlich *problematisch* ist die Entwicklung deshalb, weil der Gesetzgeber einen *numerus clausus* für Umwandlungen und Zusammenschlüsse vorgesehen und für die zugelassenen Fälle strenge gesetzliche Bedingungen aufgestellt hat. Daraus muss geschlossen werden, dass andere als die gesetzlich explizit genannten Wege nicht gangbar sein sollten, es sich mit anderen Worten bei den gesetzlich nicht geregelten Tatbeständen um ein *bewusstes, qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers⁷³ handelt.
- In der Sache *berechtigt* ist sie hingegen, weil kein legitimer Grund er-

sichtlich ist, Strukturänderungen zu erschweren oder gar zu unterbinden, wenn dabei niemand zu Schaden kommt. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Gesetz wirtschaftlich tätige Organisationen in eine Rechtsform zwingen sollte, die aufgrund veränderter Umstände ihre Zweckmässigkeit eingebüsst hat.

b) Angesichts der Tatsache, dass es in neuerer Zeit zumeist gelungen ist, für legitime Strukturanpassungen und insbesondere auch für Privatisierungen einen gangbaren Weg zu finden, ist die Frage berechtigt, *ob der Gesetzgeber überhaupt noch tätig werden sollte*. Dies ist aus verschiedenen Gründen zu bejahen:

- Zunächst: Es fällt schwer, aus den Fällen der letzten Jahre allgemein gültige Regeln abzuleiten, was zu einer erheblichen *Unsicherheit* im Einzelfall führen kann. Diese ist umso grösser, wenn es an höchst richterlichen Präjudizien fehlt und daher schwer abzuschätzen ist, ob die gewählte Vorgehensweise vor den Gerichten standhalten würde.
- Die heute gelebte Ordnung enthält sodann unnötige *Erschwernisse*. So muss bei einer Privatisierung allenfalls der Weg über die Gründung einer privatrechtlichen AG und die Einbringung bisher öffentlichen Vermögens in diese gewählt werden, was sich im Vergleich zum direkten Wechsel des Rechtskleides als umständlich erweist. Weiter hat die schweizerische Übernahmekommission bei einer Privatisierung⁷⁴ schon verlangen wollen, dass zunächst die öffentliche Hand für die bereits in privatem Besitz liegenden Beteiligungen ein Übernahmeangebot machen müsse – eine Auflage, die in dieser Form den geplanten Zusammenschluss erheblich er-

⁶⁶ Vgl. vorne bei Anm. 23.

⁶⁷ Vgl. vorne bei Anm. 33.

⁶⁸ Grundlegend etwa *Christian J. Meier-Schatz*: Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, ZSR NF 113 I (1994) 353 ff. und *von Büren* (zit. Anm. 23) 85 ff.

⁶⁹ Vgl. *Meier-Schatz* (zit. Anm. 68) 356 ff. und 376 ff. m.w.Verw.

⁷⁰ BGE 125 III 18 ff.

⁷¹ Dazu vorne, Anm. 62.

⁷² Im Entscheid 2A.254/2000 vom 2. April 2001 ging es zwar um den Übergang der vormals öffentlichrechtlichen Anstalt der Berner Kantonalbank in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft. Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde waren aber lediglich die steuerrechtlichen Folgen dieser Umwandlung.

⁷³ Der Gesetzgeber regelt den Tatbestand nicht, weil er ihn nicht zulassen will.

⁷⁴ Empfehlung der Übernahmekommission vom 23. Februar 2000 betreffend den Zusammenschluss der Flughafen-Direktion Zürich mit der Flughafen-Immobilien-Gesellschaft.

schwert hätte und die im Hinblick auf das Ziel der Privatisierung unsinnig gewesen wäre. Und schliesslich zwingen auch steuerrechtliche Vorschriften die involvierten Parteien nicht selten zu wenig sinnvollen Umwegen.

Daher sind «berichtigende Worte des Gesetzgebers»⁷⁵ höchst erwünscht, und es ist schade, dass es noch Jahre dauern wird, bis sie autoritativ gesprochen sein werden.

Die Teile III. Privatisierung als Zustand: Wahrung öffentlicher Interessen durch privatrechtlich organisierte Unternehmen und IV. Ergebnisse folgen im nächsten Heft der SJZ.

⁷⁵ Vgl. Julius Hermann von Kirchmann: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (Nachdr. Heidelberg 1988) 29.

III. Privatisierung als Zustand: Wahrung öffentlicher Interessen durch privatrechtlich organisierte Unternehmen

1. Grundsatz

In letzter Konsequenz bedeutet «Privatisierung» Unterstellung unter das Privatrecht und damit unter die privatrechtlichen, marktwirtschaftlichen Regeln⁷⁶. Die Überführung einer öffentlichrechtlichen Institution in eine privatrechtliche AG bedingt daher auch, dass für die Aktivitäten der privatisierten Unternehmung grundsätzlich eine *wirtschaftliche Zielsetzung* – die *Gewinnoptimierung* – Leitlinie sein muss.

«*Gewinnoptimierung*» bedeutet freilich nicht notwendig kurzfristiges Maximieren des Ertrages⁷⁷. Was in einer längerfristigen Optik der Gesellschaft ökonomisch dient – und sei es auch deshalb, weil durch ein bestimmtes

Verhalten günstige volkswirtschaftliche Rahmenbedingungen unterstützt werden – ist auch unter dem Gesichtspunkt der Gewinnstrebigkeit und eines nicht bloss kurzfristig verstandenen Shareholder value vertretbar. Sodann ist es auch einer Aktiengesellschaft nicht verboten, ein «good citizen» zu sein. Ein sozial verantwortungsvolles Verhalten steht nicht notwendigerweise im Widerspruch zu einer privatwirtschaftlichen Zielsetzung, und ein solches dürfte gerade bei Grossunternehmen mit gewichtiger volkswirtschaftlicher Bedeutung auch in deren Unternehmensinteresse liegen⁷⁸.

Von dieser – beschränkten – sozialen Verantwortung abgesehen hat aber eine privatrechtliche Unternehmung in erster Linie ihre *eigenen Interessen* und *diejenigen ihrer Eigentümer* zu verfolgen. Nach Ansicht des Verfassers sind daher Konzepte abzulehnen, nach welchen privatrechtlich organisierte und privatwirtschaftlich konzipierte Unternehmen gehalten sein sollen, *auch* im öffentlichen Interesse tätig zu sein, öffentliche und private Interessen bei der Entscheidungsfindung auszubalancieren⁷⁹. Eine solche *schillernde Zielvorgabe* verunmöglicht eine klare Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit, aber auch eine objektive Beurteilung der Leistung von Verwaltungsrat und Management.

Damit soll keineswegs gesagt werden, dass privatrechtlich organisierte Unternehmen nicht *auch* dem öffent-

lichen Interesse dienen sollen und dienen. Sie tun es, weil die verantwortungsbewusste und erfolgreiche Verfolgung privater Ziele meist auch im öffentlichen Interesse liegt. Und wo die «invisible hand» nicht für diesen Gleichklang sorgt, soll durch gesetzliche Rahmenbedingungen Vorsorge getroffen werden. Stichworte sind hier etwa: Kartellrecht, Gesetzgebung gegen unlauteren Wettbewerb, Persönlichkeits-, Konsumenten- und Arbeitnehmerschutz, Umweltrecht.

Wo also die Mechanismen der Marktwirtschaft die Wahrnehmung der Interessen der Allgemeinheit nicht sicherstellen können, sind öffentlichrechtliche Vorschriften aufzustellen, welche die allgemeinverbindlichen Rahmenbedingungen⁸⁰ für die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten⁸¹ setzen. Abzusehen ist dagegen von der Festlegung «gemischter» Zielsetzungen *in den Statuten* eines nunmehr im Kleid einer privatrechtlichen Körperschaft auftretenden Unternehmens, das bis anhin von der öffentlichen Hand und in öffentlichrechtlichem Gewand betrieben wurde.

2. Das geltende Recht

Nun enthält aber das schweizerische Aktienrecht in OR 762 einen eigenartig anmutenden Vorbehalt, aufgrund dessen bei Bedarf öffentliche Interessen auch *innerhalb* einer privatrechtlichen Organisation sollen verfolgt werden können⁸²:

⁷⁶ Vgl. vorne, Vorbemerkungen.

⁷⁷ Zum Folgenden vgl. etwa auch Peter Forstmoser: Schweizerisches Aktienrecht I. 1 (Zürich 1981) § 1 N 236 ff.

⁷⁸ Vgl. Peter Forstmoser: Shareholder value: die Sicht des Gesetzes, NZZ vom 16. Dezember 1996, 9; Hans-Dieter Vontobel: «Shareholder value» – ein trügerischer Reiz?, NZZ vom 19. Juni 1996, 28.

⁷⁹ Vgl. dazu hinten, Ziff. III. 4. 2.

⁸⁰ Beispielsweise eine Nachruheordnung.

⁸¹ Etwa der Betrieb eines Flughafens.

⁸² Vgl. OR 762 I und IV. Eine entsprechende Bestimmung findet sich für Genossenschaften in OR 926.

«Haben Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde ein öffentliches Interesse an einer Aktiengesellschaft, so kann der Körperschaft in den Statuten der Gesellschaft das Recht eingeräumt werden, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abzuordnen, auch wenn sie nicht Aktionärin ist.

[...]

Für die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder haftet die Körperschaft der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern gegenüber, unter Vorbehalt des Rückgriffs nach dem Recht des Bundes und der Kantone.»

Diese ebenfalls aus den Dreissigerjahren des 20. Jahrhunderts stammende Bestimmung erlaubt es, der öffentlichen Hand bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften von einer Kapitalbeteiligung unabhängige Einflussmöglichkeiten einzuräumen, falls ein «öffentliches Interesse» besteht und die Gesellschaft eine entsprechende Statutenbestimmung erlassen hat.

Die Ausnahme ist allerdings nur von begrenzter Tragweite: Der Staat – Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde – soll ein Abordnungsrecht für den Verwaltungsrat und/oder die Revisionsstelle haben. Macht er von diesem Gebrauch, so kann er durch den oder die Delegierten Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen, doch muss er für die abgeordneten Mitglieder auch vollumfänglich einstehen. Es handelt sich mithin um die Einräumung eines *Entsendungsrechts* und die Regelung der *Folgen von Pflichtverletzungen* der Abgeordneten (Haftung der öffentlichen Hand). Im Übrigen kommt der entsandten Person die gleiche Stellung zu wie jedem anderen Mitglied des Verwaltungsrates (oder der Revisionsstelle)

auch, was in OR 762 III ausdrücklich festgehalten wird:

«Die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung gewählten.»

Diese Rechtslage wirft die Frage nach Sinn und Tragweite einer solchen staatlichen Abordnung auf. Es drängt sich ein Vergleich zur Delegation eines Verwaltungsratsmitglieds durch einen Grossaktionär, insbesondere durch die Muttergesellschaft im Konzern, auf: Die abgeordneten Personen befinden sich in einem doppelten *Pflichtennexus*, indem sie zwar die Interessen ihres «Auftraggebers» wahrnehmen, dabei aber auf Verträglichkeit mit den Interessen der Gesellschaft, in der sie tätig sind, achten sollen. Bei Interessenkonflikten sind sie als Mitglieder des Verwaltungsrates derjenigen Gesellschaft zur loyalen Interessenwahrnehmung verpflichtet, in der sie eine Organfunktion einnehmen. Für einen Vertreter der öffentlichen Hand bedeutet dies konkret, dass er zwar innerhalb eines mehr oder weniger breiten Ermessensspielraums öffentliche Interessen einbringen darf, die delegierende öffentliche Körperschaft jedoch verantwortlich wird, wenn er dieses Ermessen zum Nachteil der Aktiengesellschaft überschreitet, wozu ihn der von ihm vertretene Staat allenfalls aufgrund des Rechtsverhältnisses, das der Entsendung zugrunde liegt, zwingen kann⁸³.

Nach Ansicht des Verfassers ist die in OR 762 enthaltene Regelung problematisch, weil sie der klaren Ausrichtung privatrechtlich strukturierter Aktiengesellschaften auf ihre Eigeninteressen zuwiderläuft. Es ist auch

erstaunlich, dass OR 762 weder anlässlich der Aktienrechtsreform noch in der Privatisierungsdiskussion der letzten Jahre je ernsthaft zur Diskussion gestellt worden ist. Und bedenklich ist es, dass von der Ausnahmebestimmung in der Praxis im Zuge von Privatisierungen auch in letzter Zeit nicht selten Gebrauch gemacht wor-

⁸³ Vgl. etwa Forstmoser et al. (zit. Anm. 2) § 28 N 43 ff.; Peter Forstmoser/Tobias Jaag: Der Staat als Aktionär (Zürich 2000 = Schriften zum neuen Aktienrecht 15) N 68 ff.; Peter Böckli: Schweizer Aktienrecht (2. A., Zürich 1996) N 1633 ff.; ders.: Konzernrecht: Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.): Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht (Bern 2000) 35 ff.; David Dénéraz: Les entreprises d'économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé, ZSR NF 72 (1953) 2a ff.; Jean Nicolas Druey: Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), a.a.O., 1 ff.; Adrian Plüss: Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes (Diss. Zürich 1990 = SSHW 130) 80 f.; Leo Schürmann: Das Recht der gemischt-wirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmung mit privatrechtlicher Organisation, ZSR NF 72 (1953) 65a ff., insb. 181a ff.; ders.: Rechtsfragen (zit. Anm. 16) 337 ff.; Michael Stämpfli: Die gemischt-wirtschaftliche Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1991) 18 ff. und 104 ff.; Ernst Steiger: Die Vertretung des Gemeinwesens im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, SAG 20 (1948) 143 ff.; Stefan Vogel: Der Staat als Marktteilnehmer (Diss. Zürich 2000) 181 ff., m.w.Verw.; Hans Caspar von der Crone: Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994) 1 ff.; Rolf Watter in Basler Kommentar zu OR 530–1186 (Basel 1994) Art. 717 N 21; Hans Windlin/Dieter Delwing: Haften Regierungsmitglieder als Delegierte in öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen persönlich?, ZBl 92 (1991) 152 ff.

den ist⁸⁴, und zwar selbst dann, wenn die Mehrheit des Kapitals und der Stimmen in öffentlicher Hand blieb.

3. Kritik

Der Abgeordnete des Gemeinwesens befindet sich naturgemäss in einem potenziellen, nicht selten auch akuten

Interessenkonflikt: Zum einen ist er Mitglied der Exekutive einer gewinnorientierten Aktiengesellschaft. Zugleich soll er aber öffentliche Interessen wahren, die je nach Sachverhalt der Gewinnstrebigkeit entgegenstehen können⁸⁵, was in Konfliktsituationen – und nur in solchen kann sich die Vertretung der öffentlichen Hand überhaupt auswirken – der Quadratur des Kreises gleichkommt⁸⁶.

Übersehen wird meist auch, dass die öffentliche Hand durch OR 762 zum

einen zwar das Recht erhält, ihrem abgeordneten Vertreter Weisungen zu erteilen und so Einfluss zu nehmen, andererseits aber auch in die Pflicht genommen wird, wenn dies in Verletzung der Interessen der AG geschieht^{87, 88}.

4. Ein Postulat: Das Spiel der AG spielen

Dem Rückgriff auf OR 762 sei hier das folgende Postulat entgegengestellt: Wenn der Staat Aufgaben, die er bisher selbst im Rahmen einer öffentlichrechtlichen Organisation verfolgt hat, auf einen privaten Rechtsträger (insbesondere auf eine Aktiengesellschaft) überträgt oder wenn er sich dazu entschliesst, eine öffentlichrechtliche Organisation in die Privatwirtschaft zu entlassen, dann sollte er auch bereit sein, die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu tragen und sich den *Spielregeln des Privatrechts zu unterstellen*. Diese verlangen, dass eine AG gewinnstrebig tätig sein soll (es sei denn, sie definiere sich in den Statuten ausdrücklich als nichtwirtschaftlich). Innerhalb der Schranken

⁸⁴ Als Beispiel lässt sich die Schweizer Mustermesse AG aufführen, welche 1999 aus der Umwandlung der öffentlichrechtlichen Genossenschaft «Schweizer Mustermesse in Basel» hervorgegangen ist. Sie steht heute mit der Messe Zürich AG unter der einheitlichen Leitung der MCH Messe Schweiz AG, deren Statuten in § 1 vorsehen, dass «unter der Firma «MCH Messe Schweiz AG» [...] eine Aktiengesellschaft mit Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts gemäss Art. 762 OR» mit Sitz in Basel besteht. Nach § 20 hat der Verwaltungsrat höchstens elf Mitglieder, wobei der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt drei, die Exekutiven der Kantone Basel-Landschaft und Zürich sowie der Stadt Zürich je eines davon bestimmen, womit die von der öffentlichen Hand entsandten die Mehrheit des Rates ausmachen.

Analog wird etwa auch in den Statuten der Flughafen Zürich AG vom 30. März 2000 die Rechtsnatur der Körperschaft als «[...] gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft gemäss den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts [...]» präzisiert (Art. 1), und sodann wird in Art. 17 IV «[...] dem Kanton Zürich in Anwendung von Art. 762 OR das Recht ein[geräumt], drei von sieben oder acht bzw. vier von neun Verwaltungsratssitzen mit seinen Vertretern zu besetzen».

In den Statuten der BTL Baselland Transport AG wird auf eine ausdrückliche Bezeichnung der Rechtsnatur verzichtet. Doch werden in Art. 16 «[...] gemäss Art. 762 OR [...]» die höchstens neun Mitglieder des Verwaltungsrates nach folgendem Schlüssel «verteilt»: Der Kanton Basel-Landschaft darf bis zu vier, die Aktionärsgemeinden bis zu drei Verwaltungsratsmitglieder entsenden, der Bund, der Kanton Basel-Stadt und der Kanton Solothurn je eines.

⁸⁵ Dazu etwa *Dénéraz* (zit. Anm. 83) 24a: «La définition [de l'entreprise d'économie mixte] en varie selon les auteurs, mais ces variantes paraissent souvent reposer sur des subtiles nuances. Au surplus, cette notion n'est pas d'ordre juridique; elle exprime un état de fait: l'action de l'Etat conjointe à celle de particuliers pour obtenir un résultat économique, étant étendu que, par cette action, l'Etat ne cherche pas simplement à placer ses fonds ni à subventionner une œuvre, mais bien plutôt à exercer une influence sur la conduite de l'affaire; dans la règle cette influence est utilisée dans un but d'intérêt général et d'utilité publique, la recherche du profit fiscal n'étant pas prédominante» (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. weiter «Leinen für ausgegliederte Gemeindebetriebe», NZZ vom 6. November 2001, 13.

⁸⁶ Vgl. etwa *Dénéraz* (zit. Anm. 83) 52a f.

⁸⁷ OR 762 IV. Vgl. dazu etwa *Forstmoser/Jaag* (zit. Anm. 83) N 97 ff. insb. N 135; *Plüss* (zit. Anm. 83); *Schürmann*, Recht (zit. Anm. 83) 186a; *ders.*: Rechtsfragen (zit. Anm. 16) 339; *Stämpfli* (zit. Anm. 83) 132 ff. Zu beachten ist, dass die Sonderhaftungsnorm von OR 762 IV nicht greift, wenn ein Vertreter der öffentlichen Hand nicht gemäss einer einschlägigen statutarischen Regelung i.S.v. OR 762 I *abgeordnet*, sondern von der Generalversammlung (allenfalls dank einer entsprechenden Kapitalbeteiligung des Gemeinwesens) «*ordentlich*» gewählt wird. Dazu etwa *Schürmann*: Rechtsfragen (zit. Anm. 16) 340; «Verwaltungsratsmandate der Regierung im Blick», NZZ vom 2. November 2001, 47.

⁸⁸ In neuester Zeit scheint freilich bei der öffentlichen Hand – als Folge der öffentlichen Diskussion über die gesteigerten Anforderungen und Verantwortlichkeiten von Verwaltungsräten – das Bewusstsein zu wachsen, dass mit der Delegation von Vertretern in private Aktiengesellschaften nicht nur Macht, sondern auch Risiko verbunden ist. So empfiehlt die Geschäftsprüfungskommission des Kantonsrates des Kantons Zürich dem Zürcher Regierungsrat, «bei der Einsitznahme in Verwaltungsräte zurückhaltend zu verfahren und die bestehenden Mandate zu überprüfen», NZZ vom 2. November 2001, 47. Auch in anderen Kantonen wird zurzeit über den Sinn staatlicher Vertretungen in privaten Aktiengesellschaften nachgedacht.

von Recht und guter Sitte soll sie ihre Eigeninteressen und damit diejenigen ihrer Aktionäre verfolgen. Darauf haben die privaten Investoren auch dann ein Anrecht, wenn der Staat eine Minderheit oder gar die Mehrheit des Kapitals in seiner Hand hält.

Dieser unpopuläre Aspekt des im Übrigen trotz der in jüngster Zeit vermehrten Kritik nach wie vor trendigen Privatisierungspostulats wird oftmals – bewusst oder unbewusst – ausser Acht gelassen. Es wird im Sinne eines Rosinenpickens versucht, von den attraktiven Seiten der Privatisierung zu profitieren, ohne auf den staatlichen Einfluss verzichten zu müssen: Durch eine private Rechtsträgerschaft soll der Staat finanziell entlastet werden, trotzdem aber sollen die staatliche Einflussnahme und die Ausrichtung auf öffentliche Ziele gewährleistet bleiben. Eine solche «Sphärenvermischung» hat problematische Folgen, was an einigen Beispielen gezeigt werden soll:

4.1 Die Problematik der Verfolgung von Zielen der öffentlichen Hand durch privatrechtliche Aktiengesellschaften

a) «Gemischte» Zweckbestimmungen
Nicht selten finden sich in Statuten privatisierter Unternehmen «gemischte» Zielsetzungen, welche eine Gesellschaft gleichzeitig zu einer gewinnorientierten privatwirtschaftlichen Tätigkeit wie auch zur Förderung des Gemeinwohls verpflichten. Einige Beispiele können diese oft erst auf den zweiten Blick erkennbare Unschärfe andeuten:

– Das erste entstammt zwar dem öffentlichen Bereich, ist dafür aber besonders illustrativ, weil auch die Folgen aufgezeigt werden können: *Kantonalbanken* haben herkömm-

lich einen doppelten Auftrag. Sie sollen wirtschaftlich tätig sein und für den jeweiligen Kanton als ihrem «Eigentümer» Gewinne erwirtschaften. Gleichzeitig aber haben diese Banken gemäss gesetzlichem Auftrag regelmässig den Zweck, «der Bevölkerung und der Wirtschaft des Kantons [...] und den Gemeinden entsprechend ihren Mitteln dienstbar zu sein»⁸⁹ oder «zur Lösung der volkswirtschaftlichen und sozialen Aufgaben im Kanton beizutragen» und dabei «eine umweltverträgliche Entwicklung im Kanton» zu unterstützen⁹⁰. Solche Zielsetzungen bedingen eine zumindest partielle Abkehr von einer gewinnstrebigen Strategie und Geschäftspolitik. Der eigentliche Auftrag der Bankorgane ist damit unklar, Konflikte zwischen der pekuniären Zielsetzung und dem Förderungszweck sind vorprogrammiert. Zumindest in einzelnen Fällen dürfte diese unklare Zielsetzung für Zusammenbrüche von Kantonalbanken mit ursächlich gewesen sein, indem bei der Kreditvergabe im (vermeintlichen) Interesse der einheimischen Wirtschaft zu laxen Massstäben angesetzt wurden.

– Ein weiteres Beispiel stammt aus der Privatwirtschaft: Die Flughafen Zürich AG⁹¹ (Unique) betreibt den interkontinentalen Flughafen Zürich, was nach Massgabe der Statuten

«unter Wahrung der gesetzlichen Nachtflugordnung und unter Berücksichtigung der Anliegen der Bevölkerung um den Flughafen»

zu geschehen hat⁹².

Diese Präzisierungen zum Tätigkeitsfeld sind teils unnötig, teils problematisch:

– Der Hinweis darauf, dass die gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere die Nachtflugordnung

einzuhalten sind, ist redundant, da selbstverständlich weil rechtlich zwingend vorgeschrieben⁹³.

– Problematisch ist die Verpflichtung der Gesellschaft, bei der Ausübung ihrer statutarischen Tätigkeit auf die Anliegen der Bevölkerung Rücksicht nehmen zu müssen. Eine Rücksichtnahme mag im Eigeninteresse der Gesellschaft liegen, die auf den Goodwill der Bevölkerung rund um den Flughafen angewiesen ist. Insoweit ist die Verpflichtung wiederum selbstverständlich. Was aber soll sie darüber hinaus bedeuten? Soll die AG auf die Optimierung ihrer Gewinne im Interesse der Bevölkerung verzichten und können in der Folge Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schlechte Resultate mit der Begründung rechtfertigen, man habe im Interesse der

⁸⁹ Vgl. § 1 des Gesetzes über die Solothurner Kantonalbank vom 11. Juni 1922 (BGS 617.1), aufgehoben durch § 4 II des Gesetzes über die Privatisierung der Solothurner Kantonalbank vom 4. Dezember 1994 (BGS 617.11). In § 2 I Satz 2 Umwandlungsgesetz LUKB lautet die entsprechende Formel: «Die Bank berücksichtigt besonders die Bedürfnisse der Bevölkerung und der Wirtschaft des Kantons Luzern».

⁹⁰ Vgl. § 2 I des Gesetzes über die Zürcher Kantonalbank vom 28. September 1997 (LS 951.1).

⁹¹ Zur Entstehung dieser Gesellschaft aus dem Zusammenschluss einer gemischtwirtschaftlichen AG mit einer unselbstständigen öffentlichrechtlichen Anstalt vgl. vorne bei Anm. 32.

⁹² Art. 2 II der Statuten der Flughafen Zürich AG (Unique) vom 30. März 2000.

⁹³ Vgl. z.B. das Gesetz über Massnahmen gegen die Auswirkungen von Fluglärm und Abgasen in den Randgebieten des Flughafens Zürich (Fluglärmsgesetz) vom 27. September 1970 (LS 748.3), nachfolgend zit. Fluglärmsgesetz.

Bevölkerung auf geschäftliche Chancen verzichtet⁹⁴?

- Als drittes Beispiel sei die BEDAG Informatik erwähnt, eine verselbstständigte öffentlichrechtliche Anstalt des Kantons Bern, die für die Verwaltung, die Universität und das Inselspital Informatikdienstleistungen zu erbringen hatte⁹⁵. Unter starkem politischem Druck sah sie sich gezwungen, «an den Markt zu gehen», Aufträge von Dritten einzuholen und sich so mehr und mehr von der Kostenstelle zum Gewinnträger zu entwickeln, gleichzeitig aber ihre Aufgabe als Dienstleister für Organisationen des Kantons weiter zu erfüllen. Aus ihrer doppelten Zielsetzung ergaben sich Konflikte, die schliesslich zu den grossen finanziellen Problemen der BEDAG Informatik führten. Für die Zukunft ist die Umwandlung des Unterneh-

mens in eine konsequent nach aktienrechtlichen Grundsätzen geführte Aktiengesellschaft beabsichtigt⁹⁶.

In einzelnen Fällen lassen sich die negativen Folgen einer ambivalenten Zielvorgabe nachweisen:

- Der Zusammenbruch der Solothurner Kantonalbank in den frühen Neunzigerjahren war insbesondere auch auf eine aus betriebswirtschaftlicher Sicht fragwürdige Darlehens- und Akquisitionspolitik zurückzuführen. Diese wurde unter anderem mit dem volkswirtschaftlichen Auftrag der Bank begründet.
- Der Ausflug in den Markt für IT-Dienstleistungen – bei gleichzeitiger Beibehaltung ihres öffentlichen Auftrags – wurde für die BEDAG Informatik, die zuvor in ihrem Kerngebiet hervorragend gearbeitet hatte und auch weiterhin sehr gute Resultate erzielte, zum finanziellen Debakel.
- Ohne negative Folgen – aber auch wirkungslos – blieb bis heute die Zweckumschreibung der Flughafen Zürich AG (Unique), weil die Anliegen der Bevölkerung und die Bedürfnisse der Einwohner der umliegenden Gemeinden auch Gegenstand diverser gesetzlicher Regelungen wie z.B. dem Fluglärmsgesetz⁹⁷ oder dem Flughafengesetz⁹⁸ sind und sich deshalb eine Rücksichtnahme aufgrund freiwilliger Selbstbeschränkung erübrigt hat.

Freilich kann eine Aktiengesellschaft – wie in OR 620 III ausdrücklich festgehalten wird – «auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden». Dies ist jedoch in der statutarischen Zweckumschreibung eindeutig festzuhalten. *Nicht zu beanstanden* ist es daher, wenn sich eine AG unmissverständlich anderen Zie-

len als der Gewinnoptimierung verschreibt, was etwa für die ÖKK Luzern zutrifft, die ihren Zweckartikel mit der Klarstellung einleitet: «Die Gesellschaft verfolgt keinen Erwerbszweck (Art. 620 Abs. 3 OR)»⁹⁹. Entsprechend ihrer nicht wirtschaftlichen Zielsetzung wird sich eine solche Aktiengesellschaft freilich auch nicht mit den Mitteln von Privaten finanzieren können.

b) Indirekte politische Beeinflussung
Auf den *Januskopf* der Vertreter der *öffentlichen Hand* in gemischtwirtschaftlichen und damit dem Privatrecht unterstehenden Aktiengesellschaften und auf deren Dilemma wurde bereits aufmerksam gemacht¹⁰⁰. Ergänzend sei auf die Gefahr hingewiesen, dass die Vertreter der öffentlichen Hand – seien sie nach allgemeinen aktienrechtlichen Regeln aufgrund einer staatlichen Kapitalbeteiligung gewählt, seien sie aufgrund der Sonderbestimmung von OR 762 entsandt – oft nicht in erster Linie nach fachlichen, sondern *nach politischen Kriterien ausgewählt* werden oder dass ihre Wahl die *Folge eines politischen Amtes* ist.

c) Kontraproduktive Unvereinbarkeitsbestimmungen

Problematisch können auch *Unvereinbarkeitsbestimmungen* sein, die für die nötige Unabhängigkeit der Staatsvertreter sorgen sollen, praktisch dazu führen können, dass gerade die am besten geeigneten Fachleute nicht wählbar sind. So gab es Kantonalbankgesetze, deren Regeln über die Unvereinbarkeit die Wahl von Bankfachleuten in die Aufsichtsorgane der Bank weitgehend verunmöglicht haben und die – überspitzt ausgedrückt – zur Wählbarkeitsvoraussetzung machten, dass ein An-

⁹⁴ Der erwähnte Zusatz im Zweckartikel entsprach im Hinblick auf die Hürde der Volksabstimmung wohl einem politischen Kompromiss. Als Leitlinie für die Tätigkeit der Gesellschaft aber ist eine dergestalt ambivalente Zielsetzung wenig hilfreich. Vgl. auch hinten, Ziff. III. 4. 2.

⁹⁵ Vgl. Art. 1 f. des Gesetzes über die BEDAG Informatik vom 29. August 1989 (BSG 152.031.2). Die BEDAG Informatik ist aus der Zusammenlegung der früheren Bernischen Datenverarbeitungs AG (Bedag) mit dem vormaligen Amt für Informatik des Kantons Bern hervorgegangen.

⁹⁶ Urs Bolz/Thomas Reitze/Christian Erzinger: Der «dritte Kreis» im Bundesorganisationsrecht, Bericht der PricewaterhouseCoopers AG im Auftrag der Projektleitung FLAG (Bern 2001).

⁹⁷ Vgl. vorne, Anm. 93.

⁹⁸ Vgl. vorne, Anm. 4.

⁹⁹ Art. 2 I der Statuten der ÖKK Öffentliche Krankenkasse Luzern (Stand: 5. Dezember 2001).

¹⁰⁰ Vgl. vorne, Ziff. III. 2.

wärter über keinerlei Erfahrung im Bankgeschäft verfügte¹⁰¹. Auch hier ist gelegentlich «gut gemeint» das Gegenteil von «gut».

d) Denaturierung von Aktionärsrechten

Ist der Staat *Aktionär*, dann sollte er auch in dieser Funktion «das Spiel der AG spielen». Zwar ist ein Aktionär bei der Ausübung seiner Rechte – in den Schranken des Rechtsmissbrauchs – völlig frei¹⁰². Ein typischer Aktionär¹⁰³ wird aber in erster Linie den wirtschaftlichen Erfolg seiner Gesellschaft anstreben¹⁰⁴, und dies sollte auch für den Staat als Aktionär gelten.

Als Minimum ist aber zu verlangen, dass auch der Staat sich an die zwingende Ordnung des Aktienrechts hält. Ein anschauliches Beispiel für einen Fall, in welchem dieses Postulat verletzt wurde, ereignete sich vor kurzem im Kanton Bern:

Der Kanton Bern ist Mehrheitsaktionär der BKW FMB Energie AG, die unter anderem das Kernkraftwerk Mühleberg betreibt. An der Aktiengesellschaft sind neben dem Kanton als Mehrheitsaktionär zahlreiche private Aktionäre beteiligt. Durch eine kantonale Verfassungsinitiative¹⁰⁵ sollte nun der Kanton gezwungen werden, sich als Hauptaktionär der BKW dafür einzusetzen, dass die Gesellschaft das Kernkraftwerk Mühleberg trotz einer bis 2012 laufenden Bewilligung vorzeitig, bis spätestens Ende 2002, ausser Betrieb setze. In diesem Sinne sollte er eine Statutenänderung beantragen und dieser mit seinen Stimmen in der Generalversammlung zum Durchbruch verhelfen.

Die Initiative wurde mit 64,3% Nein zu 35,7% Ja-Stimmen klar verworfen. Wäre sie aber angenommen worden und hätte der Kanton gestützt darauf einen entsprechenden Generalver-

sammlungsbeschluss durchgesetzt (was aufgrund der Mehrheitsverhältnisse ohne weiteres möglich gewesen wäre), dann hätte dieser wohl von jedem Aktionär erfolgreich angefochten werden können, da jeder Aktionär ein Recht darauf hat, dass seine Gesellschaft gewinnorientiert arbeitet¹⁰⁶. Vom Endzweck der Gewinnstrebigkeit hätte nur mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre abgewichen werden dürfen¹⁰⁷. Auf diese Gefahr machte denn auch der Grosse Rat des Kantons Bern in seiner Botschaft¹⁰⁸ aufmerksam, und sie mag schliesslich auch dazu beigetragen haben, dass die Volksinitiative abgelehnt wurde.

Im Sinne eines Exkurses sei daran erinnert, dass eine privatrechtliche Aktiengesellschaft die zwingende gesetzliche Ordnung auch dann einzuhalten hat, wenn der Staat an ihr interessiert und beteiligt ist. Auch diese Selbstverständlichkeit wird nicht immer beachtet. So sieht Art. 5 Ziff. 5 der Statuten der SAirGroup vor¹⁰⁹:

«Die Gesellschaft hat zur Sicherung einer inländischen Mehrheit an ihrem Aktienkapital ein gesetzliches Kauf-

recht an Kapitalanteilen, die von Ausländern erworben worden sind. [...]».

¹⁰² Insbesondere hat der Aktionär keine Treuepflichten der Gesellschaft oder seinen Mitaktionären gegenüber, vgl. dazu etwa Forstmoser et al. (zit. Anm. 2) § 42 N 24 ff.

¹⁰³ Die Frage, welche Charakteristika einen *typischen Aktionär* ausmachen, war Gegenstand einer berühmten Kontroverse zwischen Rolf Bär (vgl. ZBJV 95 [1959] 369 ff., insb. 381 ff. sowie ZSR NF 86 [1966] II 321 ff., insb. 469 ff. und 511 ff.) und Walter R. Schluep (vgl. SAG 33 [1960/61] 137 ff., 170 ff. und 188 ff. sowie *ders.* in: Festgabe Max Obrecht [Solothurn 1961] 9 ff.). Vgl. dazu die Zusammenfassung und Würdigung bei Arthur Meier-Hayoz: Zur Typologie im Aktienrecht, in: Max Boemle/Willi Geiger/Mario M. Pedrazzini/Walter R. Schluep (Hrsg.): Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart F. Bürgi (Zürich 1971) 243 ff.

Obwohl das Bundesgericht das Konzept eines «typischen Aktionärs» abgelehnt hat (vgl. BGE 95 II 157 ff., E. 9b, 164), ist unbestritten, dass mit der aktienrechtlichen Mitgliedschaft in erster Linie ein wirtschaftliches Eigeninteresse verbunden ist.

¹⁰⁴ Vgl. etwa Forstmoser et al. (zit. Anm. 2) § 39 N 3.

¹⁰⁵ Verfassungsinitiative zur Stilllegung des AKW Mühleberg vom 24. September 2000.

¹⁰⁶ Auch an dieser Stelle sei betont, dass mit dieser Feststellung nichts über die Angemessenheit und Wünschbarkeit nichtwirtschaftlicher Interessen durch das Gemeinwesen gesagt sein soll. Falls eine Bevölkerungsmehrheit für die frühzeitige Beendigung der Konzession des Kernkraftwerks eintrat, dann hätte dieses Anliegen allenfalls umgesetzt werden müssen, aber eben nicht *gesellschaftsintern*, durch einen Generalversammlungsbeschluss, sondern durch einen öffentlichrechtlichen Gesetzgebungsakt. Dies wäre freilich mit einer Entschädigungspflicht verbunden gewesen, während die vorzeitige «freiwillige» Einstellung des Betriebs aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses auf dem Rücken der privaten Investoren geschehen wäre.

¹⁰⁷ OR 706 II Ziff. 4.

¹⁰⁸ Botschaft des Grossen Rates des Kantons Bern zur kantonalen Volksabstimmung vom 24. September 2000, 5.

¹⁰⁹ Vgl. die Statuten der SAirGroup vom 15. Juli 1999.

¹⁰¹ Vgl. etwa § 26 des Gesetzes über die Solothurner Kantonalbank vom 11. Juni 1922 (BGS 617.1), Art. 15 des Gesetzes über die Graubündner Kantonalbank vom 29. November 1998 (BR 938.200) oder § 10 I lit. e der Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Schwyzer Kantonalbank vom 23. Oktober 1996 (SRSZ 321.110): «In den Bankrat sind nicht wählbar: [...] die in Verwaltung oder Betrieb von Banken tätigen Personen.» Geradezu pädagogisch wirkt vor diesem Hintergrund Art. 17 III der Statuten der LUKB vom 29. September 2000: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates sollen über Initiative, Unabhängigkeit, Wissen über wirtschaftliche Zusammenhänge sowie allgemeine Kenntnisse des Bankgeschäftes verfügen».

Bei einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft – wie der SAirGroup – ist eine solche Bestimmung *unzulässig*: Anerkanntermassen sieht das Aktienrecht, soweit der Aktionär seiner Liberierungspflicht nachgekommen ist, *kein Ausschlussrecht* vor¹¹⁰, und ein Aktionär hat neben seiner Liberie-

rungspflicht keinerlei weitere Pflichten¹¹¹. Ein Kaufrecht der Gesellschaft aber schafft zwangsläufig eine – gesetzlich verpönte und nichtige – Verkaufsverpflichtung von Aktionären¹¹².

Dass durch diese Verletzung klaren zwingenden Aktienrechts auch die Spielregeln des Kapitalmarktes krass verletzt werden, sei nur am Rande erwähnt.

4.2 Wahrung öffentlicher Interessen durch Aufstellung von öffentlichrechtlichen Rahmenbedingungen

Es sei nochmals wiederholt: Es geht in diesem Beitrag nicht darum, die Verfolgung öffentlicher Interessen durch die Rechtsordnung einzudämmen. Deren Berücksichtigung hat aber durch öffentliches Recht zu geschehen, welches die Leitplanken *aller* privatrechtlichen und privatwirtschaftlichen Tätigkeiten vorgeben soll. Im so abgegrenzten Spielfeld sollen sich privatwirtschaftlich organisierte Unternehmen frei bewegen und konsequent ihren eigenen Erfolg anstreben dürfen, und zwar auch dann, wenn an ihrer Tätigkeit ein Allgemeininteresse besteht. Anders mag es sein, wenn der Staat *Alleinaktionär* ist, bei öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform¹¹³. Dann stellen sich jedoch keine Fragen der Privatisierung, sondern es geht darum, für staatliches Handeln aus bestimmten Gründen eine Rechtsform des Privatrechts zu wählen¹¹⁴.

Die konsequente Beachtung der Spielregeln des Privatrechts hat praktische Konsequenzen, wie an einigen der vorstehend erwähnten Beispiele aufgezeigt werden kann:

– Privatisierte Kantonalkassen sollen sich gleich verhalten können wie andere Banken auch. Zwar mögen

sie sich auf ihr Kantonsgebiet und auf bestimmte Geschäftssparten konzentrieren, aber sie sollen dies in ihrem Eigeninteresse an Fokussierung tun und nicht im Dienste volkswirtschaftlicher Interessen des Kantons.

- Die Flughafen Zürich AG soll sich um die Anliegen der Bevölkerung im Grossraum Zürich-Kloten kümmern, aber nicht, weil ihr statutarischer Zweck dies vorschreibt, sondern weil es in ihrem eigenen Interesse liegt, den Konsens mit den Stimmbürgern zu suchen, und im Übrigen auch schon deshalb, weil die gesetzlichen Vorgaben einzuhalten sind.
- Die BEDAG Informatik soll ein privatwirtschaftlicher Anbieter von IT-Dienstleistungen sein, der auch den Kanton zu seinen potenziellen Kunden zählt. Diesem sind aber keine Sonderbedingungen einzuräumen, während – als Kehrseite der Medaille – der Kanton seinerseits frei sein muss, Dienstleistungen von dritter Seite zu beziehen.
- Wollte das Komitee «BoA-Verein Bern ohne Atom» erneut die vorzeitige Stilllegung des AKW Mühleberg anstreben, dann hätte dies nicht die Generalversammlung der BKW zu beschliessen, sondern das Volk an der Urne, mit der Folge, dass die Energie AG (und damit indirekt die privaten Investoren) nach den Regeln des öffentlichen Enteignungsrechts angemessen zu entschädigen wären.
- Die Nachfolgesellschaft der SAir Group mag durch Vinkulierungsbestimmungen¹¹⁵ dafür sorgen, dass sie nicht ausländisch beherrscht wird und die Bestimmungen des Eidgenössischen Luftfahrtgesetzes bzw. der Luftfahrtverordnung¹¹⁶ einhalten kann. Ein statutarisches

¹¹⁰ Eine einzige – hier nicht interessierende – Ausnahme findet sich im Börsenrecht: Möglichkeit des Ausschlusses von Minderheitsaktionären, wenn im Zuge eines Übernahmeangebots mindestens 98% aller Aktien einer kotierten Gesellschaft erworben worden sind, vgl. Art. 33 des BG über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. März 1995 (SR 954.1).

¹¹¹ Vgl. etwa Forstmoser et al. (zit. Anm. 2) § 42 N 8 ff. und § 44 N 15 ff.; Böckli, Aktienrecht (zit. Anm. 83) N 38h. Ausser Acht gelassen werden hier wiederum Sonderbestimmungen des BEHG für kotierte Gesellschaften, die hier nicht interessieren (Meldepflicht nach BEHG 20, Angebotspflicht nach BEHG 32).

¹¹² Mit der Bestimmung sollte offenbar Rücksicht genommen werden auf Art. 103 I Ziff. 1c der V über die Luftfahrt (Luftfahrtverordnung, LFV) vom 14. November 1973, wonach der Erhalt einer Betriebsbewilligung für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz «im Fall einer Aktiengesellschaft» voraussetzt, dass «mehr als die Hälfte des Aktienkapitals aus Namenaktien besteht und sich dieses mehrheitlich im Eigentum vom Schweizer Bürgern oder schweizerisch beherrschten Handelsgesellschaften oder Genossenschaften befindet». Diese durch öffentliches Recht gesetzte Bedingung entbindet natürlich nicht von der Einhaltung der zwingenden Bestimmungen des Privatrechts.

¹¹³ Dazu vorne bei und in Anm. 12.

¹¹⁴ So wird etwa für die BEDAG Informatik (zu dieser vorne bei Anm. 95) für die Zukunft die Rechtsform der Aktiengesellschaft vorgesehen, um damit die Möglichkeit einer Kapitalbeteiligung weiterer Kantone oder Gemeinden zu schaffen. Vgl. sodann auch die vorne in Anm. 12 erwähnten Beispiele.

¹¹⁵ Vgl. OR 685d ff.

¹¹⁶ Vgl. vorne in Anm. 112.

Kaufrecht zu Lasten von Ausländern darf dafür nicht eingesetzt werden¹¹⁷.

IV. Ergebnisse

Obwohl das geltende Recht einem Wechsel des Rechtskleides skeptisch gegenübersteht und es die Transformation von der öffentlichrechtlichen zur privatrechtlichen Institution überhaupt nicht vorsieht, wurden *in der Rechtswirklichkeit die Umstrukturierungsvorgänge bereits weitgehend liberalisiert*. Dies ist trotz dogmatischer Bedenken gegen eine Praxis *contra legem* zu begrüßen, genügt für sich allein aber nicht, zumal noch immer zahlreiche Unsicherheiten bestehen und bei einer Privatisierung unnötige Hindernisse überwunden werden müssen. Daher bedarf es des in Aussicht genommenen Spezialgesetzes (des *Fusionsgesetzes*¹¹⁸), welches den Rechtskleidwechsel – *auch im Zuge der Privatisierung* – regeln und erleichtern soll.

Privatisierungen dürfen *nicht Lippenbekenntnisse* sein. Wenn bis anhin staatliche Aufgaben privatisiert werden sollen, dann ist der *Weg zum privaten Rechtsträger*, der von privaten Investoren getragen oder zumindest mitfinanziert wird, *konsequent und bis zu Ende zu gehen*.

Daraus ergeben sich drei *Postulate an die Adresse der Politiker*:

- Auf Gesetzesstufe ist so rasch wie möglich das *Fusionsgesetz* zu realisieren, unter konsequenter Weiterverfolgung seiner liberalen Zielsetzung.
- Bei der Umsetzung der Privatisierung im Einzelfall ist das *Spiel der privatrechtlichen Aktiengesellschaft konsequent zu spielen*, d.h. es ist die privatisierte Unternehmung auf die Verfolgung ihrer (wirtschaftlichen) Eigeninteressen auszurichten, es sei denn, in den Statuten werde explizit eine nichtwirtschaftliche Zielsetzung verankert. Von der Möglichkeit eines Entsendungsrechts nach OR 762 sollte zurück-

haltend oder gar nicht Gebrauch gemacht werden, und in seiner Eigenschaft als Aktionär sollte sich der Staat an das Leitbild des «typischen» Aktionärs halten. All dies gilt ganz besonders, wenn die privatisierte Gesellschaft bei privaten Investoren Eigenkapital beschafft.

- Öffentliche Interessen sollen dadurch wahrgenommen werden, dass *durch öffentliches Recht die Leitplanken für die privatwirtschaftliche Tätigkeit* (auch) der privatisierten Unternehmen *aufgestellt* werden. Abzulehnen ist eine sachfremde Einflussnahme auf die Zielsetzungen und Entscheidungen der privatisierten Unternehmung durch in den Verwaltungsrat entsandte Staatsvertreter oder durch einen sachfremden Einsatz der Aktionärsrechte seitens der öffentlichen Hand.

¹¹⁷ Vgl. vorne, Ziff. III. 4. 1 lit. d.

¹¹⁸ Vgl. dazu vorne, Anm. 2 sowie Ziff. II. 3 lit. a.

Schweizerische Juristenzeitung 98 (2002) S. 193 ff. und 217 ff.

Peter Forstmoser

**Wer «A» sagt
muss auch «B» sagen**

Gedanken zur Privatisierungsdebatte