

Die Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 763 OR

Lic.iur.HSG **Christof Bläsi**, Rechtsanwalt,
Vorsteher des Handelsregisteramtes des Kantons Appenzell A.Rh.

I. Einleitung*

Als Gestaltungsform für "öffentlich beeinflusste", aber mit (teilweise) privatem Kapital betriebene Gesellschaften sieht das Obligationenrecht abschliessend die beiden Varianten in Art. 762 und Art. 763 vor. Bei letzteren allerdings mit erheblichen Gestaltungsspielräumen zugunsten des kantonalen Gesetzgebers. Art. 762 OR ist eine ansonsten reguläre privatrechtliche Aktiengesellschaft¹ mit atypischen Leitungs- bzw. Kontrollbefugnissen der öffentlichen Hand. Der Kanton kann zwar - vorübergehend oder dauerhaft - beteiligt sein und die Aktiengesellschaft als Aktionär beeinflussen. Art. 762 OR schafft jedoch lediglich die Möglichkeit, zur Wahrung eines öffentlichen Interesses kantonale Vertreter in den Verwaltungsrat oder die Revisionsstelle abzuordnen.² Diese werden dann nicht durch die Generalversammlung der Aktionäre, sondern durch den Kanton ernannt, der für sie gegenüber der Gesellschaft haftet. Bei Art. 763 OR handelt es sich hingegen um einen öffentlich-rechtlichen Verbandstypus, was nicht nur

* Ich danke Herrn Prof. Dr. Christian J. Meier-Schatz (Hochschule St. Gallen) für die wertvollen Hinweise zum Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht und Herrn Prof. Dr. Johannes Köndgen (Hochschule St. Gallen) für die kritische Durchsicht des Gutachtens über die rechtliche Ausgestaltung der Umwandlung der Appenzell-Ausserrhodischen Kantonalbank in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft.

Dieser Aufsatz berücksichtigt die Literatur bis Januar 1995.

1 Es gelten uneingeschränkt die aktienrechtlichen Normen.

2 Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 9. August 1994 zur Sanierung und Restrukturierung der Solothurner Kantonalbank, S. 19.

durch die Benutzung des eindeutig öffentlich-rechtlichen Begriffs "Anstalt", sondern auch durch das Erfordernis der "Gründung" durch kantonales Gesetz erhärtet wird. Für die Gründung bzw. Beteiligung an einer privaten Aktiengesellschaft bedarf die öffentliche Hand nämlich prinzipiell keiner gesetzlichen Ermächtigung.³ Das private Aktienrecht des Obligationenrechtes gilt nämlich für Verbände im Sinne des Art. 763 OR nur kraft ausdrücklicher Verweisung durch das kantonale öffentliche Recht bzw. subsidiär lückenfüllend. In der Literatur⁴ wird Art. 763 Abs. 1 OR deshalb richtigerweise ein Regelungsvorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts entnommen, und nur für Art. 762 Abs. 2 OR wird der Regelungsvorbehalt zivilrechtlich qualifiziert⁵. Art. 763 OR schreibt vor, dass auf Gesellschaften und Anstalten, wie z.B. Kantonalkassen, die durch besondere kantonale Gesetze⁶ gegründet wurden, unter Mitwirkung politischer Instanzen verwaltet werden⁷ und für deren Verbindlichkeiten der Kanton die subsidiäre Haftung übernimmt, die Bestimmungen über die Aktiengesellschaft nach Art. 626 ff. OR auch dann nicht zur Anwendung kommen, wenn das Kapital ganz oder teilweise in Aktien zerlegt ist und unter Beteiligung von Privatperson aufgebracht wird.⁸ Es handelt sich ausschliesslich um kantonalrechtliche Aktiengesellschaften, genauer um Aktiengesellschaften des kantonalen Wirtschaftsrechtes⁹, auf die das Bundeszivilrecht nur Kraft kantonalen Verweisung als subsidiäres öffentliches Recht zur Anwendung kommt.¹⁰ Wird das Aktienrecht als subsidiäres

3 Prof. Dr. J. Köndgen in seiner Stellungnahme zum Gutachten über die rechtliche Ausgestaltung der Umwandlung der Appenzell-Ausserrhodischen Kantonalkasse, S. 2 (zit: Köndgen J., Stellungnahme).

4 Wernli M., Kommentar zu Art. 762 ff. OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel 1994, N. 1 zu OR 763.

5 Köndgen J., Stellungnahme, S. 3.

6 Das Spezialgesetz muss die Grundzüge der Organisation, der Kapitalaufbringung und der Haftungsverhältnisse regeln. Vgl. Wernli M., a.a.O., N. 3 zu OR 763.

7 Die Mitwirkung der Behörde muss weitergehen als ein blosses Abordnungsrecht und gesetzlich verankert sein; ein blosses Aufsichtsrecht genügt nicht. Vgl. Wernli M., a.a.O., N. 3 zu OR 763.

8 Art. 763 OR ist auch auf Neugründungen anwendbar. Vgl. Wernli M., a.a.O., N. 1 zu OR 763.

9 Schürmann L., Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmung mit privatrechtlicher Organisation, in: ZSR 1953, Bd. 72, S. 142a.

Recht eingeführt, beispielsweise durch Verweise des kantonalen Gesetzes als obligationenrechtliche Normen, so gilt es nicht als *privates*, sondern als ergänzendes kantonales öffentliches Recht (sog. spezialgesetzliche oder öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft).¹¹ Im Rahmen des kantonalen Gesetzgebungsverfahrens sind damit alle nur denkbaren Abweichungen vom Typus der privatrechtlichen Aktiengesellschaft möglich¹², da der Staat im Rahmen von Art. 763 OR bezüglich der organisatorischen Gestaltungsmöglichkeiten weitgehend frei ist.¹³ Dies ist insbesondere in Bezug auf die Festlegung des Einflusses privater Aktionäre und der öffentlichen Hand bedeutsam.¹⁴

Die öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft als Rechtsformtypus mit festumrissenen Konturen existiert nicht. Sie kann nicht als eigenständiger Verbandstypus gelten; vielmehr ist sie als eine Art Auffangkategorie für alle möglichen öffentlich-rechtlichen Verbandsformen zu betrachten.¹⁵ Die einschlägigen kantonalen Gesetze sehen zumeist vor, die Gesellschaft sei als öffentlichrechtliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 763 OR zu errichten. Diese Verweisung geht jedoch fehl, da Art. 763 OR keine Legaldefinition der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft enthält, sondern lediglich eine Negativklausel, die die Anwendung des privaten, bundesrechtlichen Aktienrechts auf kantonale Regie-

10 Russenberger M., Die Sonderstellung der Schweizerischen Kantonalbanken in der Bundesverfassung und im Bankengesetz, Zürich 1988, S. 66; Schürmann L., a.a.O., S. 142a.

11 Wernli M., a.a.O., N. 6 zu OR 762. Vgl. Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 9. August 1994 zur Sanierung und Restrukturierung der Solothurner Kantonalbank, S. 17 f. Das im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung von Kantonalbanken oft gehörte Bonmot "Je mehr privates Aktienrecht, desto besser" schlägt sich selbst: die beste öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft ist dann offenbar die rein privatrechtliche. Vgl. Köndgen J., Wege und Irrwege zur Privatisierung der Kantonalbanken, in: NZZ Nr. 265 vom 12./13. November 1994, S. 29 (zit: Köndgen J., NZZ).

12 Gerber S., Die Aktiengesellschaft als zukünftige Rechtsform der Kantonalbanken?, Bern 1993 (Publikation Nr. 71 der Swiss Banking School, Zürich), S. 18.

13 Vgl. Bericht des Regierungsrates vom 15. März 1994 an den Grossen Rat des Kantons St. Gallen betreffend die Möglichkeit einer strukturellen Stärkung der St. Gallischen Kantonalbank, S. 9.

14 Dies zeigt die besondere Problematik der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 763 OR: Konfliktpotential mit privaten Aktionären aufgrund divergierender Zielvorstellungen; beschränkte Kurs- und Dividendenphantasie der Aktien aufgrund der staatlichen Dominanz.

15 Köndgen J., NZZ, S. 29.

triebe ausschliesst und statt dessen eine Gesetzgebungs- und Organisationsvorbehalt zugunsten der Kantone schafft.¹⁶ Die Kantone sind völlig frei in ihrer (politischen) Entscheidung, was sie aus dieser Kompetenz machen.¹⁷

Für die Umwandlung einer Kantonalbank von einer selbständigen Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts in eine öffentlichrechtliche Aktiengesellschaft steht einzig die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft gemäss Art. 763 OR zur Verfügung. Dies ergibt sich aus der Definition des Begriffs "Kantonalbank" im Bundesrecht und den daraus folgenden Anforderungen.¹⁸ Wird jedoch die öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft als Musterlösung für die Teilprivatisierung von Kantonalbanken angesehen¹⁹, so muss gleichzeitig erklärt werden, wie der kantonale Gesetzgeber die teilprivatisierte Kantonalbank im einzelnen zu organisieren beabsichtigt.²⁰

16 Köndgen J., NZZ, S. 29.

17 Zwar arbeiten die meisten kantonalen Gesetze mit Verweisen auf das Aktienrecht. Doch niemand schreibt den Kantonen vor, wieviele Artikel des OR sie für entsprechend anwendbar zu erklären haben. Vgl. Köndgen J., NZZ, S. 29.

18 Art. 3 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0): Kantonalbanken sind durch kantonalen gesetzlichen Erlass errichtete Banken, für deren Verbindlichkeiten der Kanton haftet. Diese Definition des Begriffes "Kantonalbank" hat für die Staatsbanken zur Folge, dass sie ein Institut des kantonalen Rechts bleiben müssen, wollen sie das Statut einer Kantonalbank beibehalten. Wird also die Rechtsform der Aktiengesellschaft gewählt, so ist die Form der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft gemäss Art. 763 OR zwingend. Die im BankG formulierten Bedingungen schliessen die Rechtsform der Aktiengesellschaft gemäss Art. 762 OR aus. Vgl. Botschaft des Staatsrates an den Grossen Rat des Kantons Wallis zum Gesetzesentwurf über die Walliser Kantonalbank vom 16. Januar 1991, S. 8. Vgl. die überaus zutreffende Kritik an der Teil- oder Halbprivatisierungsidee von Kantonalbanken von Prof. Dr. J. Köndgen, Wege und Irrwege zur Privatisierung der Kantonalbanken, in: NZZ Nr. 265 vom 12./13. November 1994, S. 29.

19 Heute wird die öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft als "Königsweg" zur Privatisierung der Kantonalbanken angepriesen: Köndgen J., NZZ, S. 29.

20 Die Strukturunterschiede zwischen den in mittlerweile sechs Kantonen (AR, GE, JU, VD, VS, ZG) bestehenden öffentlich-rechtlichen Kantonalbank-Aktiengesellschaften sind derart gross, dass nicht von einem gesetzlichen Typus der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft gesprochen werden kann. Vgl. Köndgen J., NZZ, S. 29.

2. Die Rechtsform und die Rechtsfolgen der Umwandlung

Unter der Umwandlung wird die Veränderung des Vermögens eines Unternehmens ohne Auflösung und ohne Einzelübertragung verstanden.²¹ Die gesellschaftsrechtliche Gesetzgebung ist bezüglich der Regelung von Umwandlungen juristischer Personen von einer Rechtsform in eine andere nicht ergiebig.²² Art. 824 ff. OR regelt die Transformation der Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Das Obligationenrecht kennt weiter die Umwandlung bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (Art. 576 i.V.m. 598 Abs. 2 OR)

a) Die Ausgangslage

Die Umwandlung einer Gesellschaft ist mit einem Wechsel des Rechtssubjektes verbunden. Für den Ablauf einer Transformation stehen sich drei verschiedene Abwicklungsformen der Umwandlung gegenüber:²³

1. Errichtende Umwandlung

Auflösung und Liquidation der Gesellschaft mit nachgehender Neugründung des neues Rechtssubjektes: Die Vermögensübertragung erfolgt nach den Regeln der Singularsukzession. Die errichtende Umwandlung ist das Komplizierteste und aufwandreichste Verfahren der Umwandlung.

2. Übertragende Umwandlung

Umwandlung, bei der auf eine eigentliche Liquidation verzichtet und das Vermögenssubstrat via Universalsukzession auf ein neues Rechtssubjekt übertragen wird. Obwohl die Auflösung unterbleibt, wird ein anderer und neuer Rechtsträger gebildet.²⁴

3. Rechtsformwechselnde Umwandlung

Verzicht auf eine Auflösung und die Übertragung der Vermögenswerte, sondern lediglich die Änderung des Rechtskleides, nicht jedoch des Rechtssubjektes (Konstanz in der Rechtsträger-

²¹ Schwedhelm R., Die Unternehmens-Umwandlung, Köln 1993, S. 33.

²² Meier-Schatz Ch. J., Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, in: ZSR NF 113 I, S. 354.

²³ Vgl. Meier-Schatz Ch. J., a.a.O., S. 374 f.; Riemer, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1, 3. Abteilung, zweiter Teilband: Die Vereine, Bern 1990, N. 93 zu ZGB 76-79; Schwedhelm R., a.a.O., S. 33.

²⁴ Als gesetzlicher Tatbestand: Art. 824 ff. OR (Umwandlung AG in GmbH).

schaft). Es ändert sich nur die Rechtsform, nicht der Rechtsträger. Der Rechtsformwandel wird durch bloße Statutenänderung vollzogen. Einfachste Transaktionsform.

Die gesellschaftsrechtliche Gesetzgebung der Schweiz ist hinsichtlich expliziter Regelungen in Sachen Rechtsformmutationen zurückhaltend.²⁵ Dies betrifft sowohl die Umwandlung juristischer Personen von einer Rechtsform in eine andere als auch die (der Umwandlung wesensverwandte) Fusion. Immerhin sind vereinzelte Sondernormen hinsichtlich der Umwandlung zu verzeichnen. Die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft oder umgekehrt ist gesetzlich nur rudimentär geregelt.²⁶ Sie kann formlos erfolgen, ohne dass die bisherige Gesellschaft in aller Form aufgelöst und eine neue Gesellschaft gegründet werden muss.²⁷ Tritt in eine Kollektivgesellschaft ein nur beschränkt haftender Gesellschafter ein, so wird sie damit zur Kommanditgesellschaft. Tritt ein Kollektivgesellschafter aus, so bleibt die Kollektivgesellschaft bestehen, wenn noch mindestens zwei unbeschränkt haftende Gesellschafter vorhanden sind. Tritt bei einer mindestens aus zwei Komplementären und einem Kommanditär bestehenden Kommanditgesellschaft der Kommanditär aus, so besteht die Gesellschaft als Kollektivgesellschaft weiter. Solche Umwandlungen können im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, sind aber auch ohne ausdrückliche vertragliche Bestimmung hierüber zulässig.²⁸ Art. 826 OR legt fest, dass das Vermögen der aufgelösten Aktiengesellschaft mit der Eintragung der neuen Gesellschaft ohne weiteres auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung übergeht. Damit handelt es sich um die Umwandlungsform der Auflösung ohne Liquidation, aber mit Vermögensübergang via Universalsukzession.²⁹ Eine einfachere Umwandlungsform durch blossen Rechtskleidwechsel unter Fortsetzung der rechtlichen Identität sieht Art. 14 BankG vor. Hier kann nach herrschender Praxis die Umwandlung (bei entsprechender Genehmigung durch den Bundesrat) durch eine bloße Statutenänderung vorgenommen werden.³⁰ Die Zulässigkeit der bloss formwechselnden Umwand-

25 Meier-Schatz Ch. J., a.a.O., S. 354.

26 Art. 576 i.v.m. Art. 598 Abs. 2 OR

27 BGE 95 II 550.

28 BGE 95 II 550. Vgl. Staehelin D., Kommentar zu Art. 674 ff. OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel 1994, N. 11 zu OR 576.

29 Meier-Schatz Ch. J., a.a.O., S. 356.

30 Meier-Schatz Ch. J., a.a.O., S. 356 m.w.H.

lung zeigt sich im neueren Entwicklungstrend in Gesetzgebung³¹, Rechtsprechung³² und Handelsregisterpraxis.³³

b) Die Form der Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt

Die Frage der Rechtsform von öffentlich-rechtlichen Anstalten ist alleine eine solche des kantonalen Rechts und der kantonalen Hoheit, somit auch der Wandel der Rechtsform.³⁴ Da Art. 763 OR die durch kantonale Organisationsgesetze gegründete Aktiengesellschaften unter bestimmten Umständen nicht den aktienrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechtes unterstellt, ist der kantonale Gesetzgeber auch frei in der Wahl der rechtlichen Ausgestaltung der Umwandlung der öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft.³⁵ Es ist ihm unbenommen, unter den verschiedenen Abwicklungsformen der

31 Siehe Meier-Schatz Ch. J., a.a.O., S. 369 ff.: Art. 161 IPRG (Immigration ausländischer Gesellschaften ohne Liquidation und Neugründung); Art. 163 IPRG (Emigration schweizerischer Gesellschaften ohne Durchführung eines Liquidations- und Neugründungsverfahrens); Art. 6 Stempelabgabengesetz (stempelabgabenbefreite Durchführung von Fusionen, Umwandlungen und Aufspaltungen); EG-Richtlinie 85/303/EG vom 10.06.1985 (ABl. Nr. 156 vom 15.06.1985, S. 23); Art. 24 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden und Art. 62 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (Keine Besteuerung der stillen Reserven einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft bei Umwandlung in eine andere Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft).

32 Siehe Meier-Schatz Ch. J., a.a.O., S. 371 f.: Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft (Zufolge der nahen Verwandtschaft zwischen den beiden Rechtsformen wird die Umwandlung auch ohne gesetzliche Grundlage durch Statutenänderung als zulässig angesehen); Umwandlung einer Genossenschaft in einen Verein (BGE 87 I 301); Fusion von Stiftungen (BGE 115 II 410 ff.); Fusion von Vereinen (BGE 57 II 1 f.).

33 Siehe Meier-Schatz Ch. J., a.a.O., S. 372 f.: Fusion zwischen einer Stiftung und einer Genossenschaft; Fusion zwischen einer Aktiengesellschaft und einer GmbH; Fusion zwischen einer Genossenschaft und einer Aktiengesellschaft; Grenzüberschreitende Fusion ins Ausland.

34 Schreiben der Eidgenössischen Bankenkommission vom 26. Mai 1994 zur Umwandlung der Appenzell-Ausserrhodischen Kantonalbank.

35 Anders bei der Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine bundesrechtliche Körperschaft. Hier ergeben sich Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der kapitalmässigen Seite der Umwandlung. Vgl. Kleiner B., Wie lassen sich Kantonalbanken privatisieren? Rechtliche Aspekte eines hindernisreichen Wegs, in: NZZ Nr. 87 vom 15. April 1994; Köndgen J., a.a.O., S. 29.

Umwandlung jene zu wählen, die, immer im Rahmen des Gesetzes, als zweckmässigste erscheint.

Für die Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft wird die formwechselnde Umwandlung vorgeschlagen. Der Rechtsformwandel vollzieht sich durch die blosse Aenderung des kantonalen Organisationsgesetzes. Demnach vollzieht sich die Umwandlung in Form eines blossen Rechtskleidwechsels unter Fortbestand der bisherigen rechtlichen Identität³⁶ und ohne eigentlichen Übertragungsvorgang durch blosse Statuten- resp. Gesetzesänderung.³⁷ Es findet keine Auflösung der öffentlich-rechtlichen; d.h. sie bleibt bestehen und wechselt nur ihr juristisches Kleid. Sie ist mit der neuen identisch. Die Rechtszuständigkeit wird nicht tangiert. Es handelt sich also nach wie vor um ein und dasselbe Rechtssubjekt, und es kann daher auch nicht zu einem Übergang von Vermögen kommen - weder im Sinne einer Singular- noch im Sinne einer Universalsukzession - und schon gar nicht zu einer Vermögensliquidation.³⁸ Das Aktiv- und Passivvermögen bleibt unberührt. Die öffentlich-rechtliche Anstalt haftet deshalb auch für ihre vorher entstandenen Schulden weiter. Die stillen Reserven werden durch diesen Vorgang nicht aufgelöst.³⁹ Auch im Grundbuch braucht nur die Bezeichnung der Gesellschaft geändert zu werden.

Insbesondere sind Art. 824 ff. OR (Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung) nicht analog anwendbar. Bei dieser Umwandlung handelt es sich um eine besondere Art der Gründung einer GmbH, verbunden mit dem Untergang einer vorbestehenden Aktiengesellschaft. Eine blosse Statutenänderung genügt nicht. Die Umwandlung zeichnet sich dadurch aus, dass die Aktiengesellschaft wohl aufgelöst, nicht aber liquidiert wird.⁴⁰ Vielmehr wird das Vermögen der untergehenden Aktiengesellschaft analog der Fusion⁴¹ mittels Universalsukzession auf die neu gegründete GmbH übertra-

36 Vgl. Art. 14 BankG.

37 Meier-Schatz Ch. J., a. a.O., S. 352. Bei einer Umwandlung einer Kantonalbank in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft ist eventuell sogar eine Teilrevision der Kantonsverfassung nötig (Streichung der Verpflichtung des Kantons eine Kantonalbank zu führen; Streichung des öffentlichen Leistungsauftrages für die Kantonalbank).

38 Riemer M., a.a.o., N. 93 zu ZGB 76-79.

39 Kübler F., Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1990, S. 353.

40 Art. 738 OR.

41 Art. 748 ff. OR.

gen.⁴² Der Transaktion in Form eines blossen Rechtskleidwechsels sind nach der hier vertretenen Auffassung⁴³ keine unnötigen Hindernisse⁴⁴ in den Weg zu legen, da auf die Drittinteressen, namentlich die Gläubigerbelange, genügend Rücksicht genommen wird.⁴⁵ Die mit der Umwandlung verbundene Gesamtnachfolge bewirkt, dass nicht nur die Vermögenswerte, sondern auch die Schulden auf den neuen Träger übergehen. Die Stellung der Gläubiger wird überhaupt nicht betroffen. Durch den blossen Rechtskleidwechsel steht die (ehemalige) öffentlich-rechtliche Anstalt nach der Umwandlung ihren Kreditoren als Aktiengesellschaft mit ungebrochener rechtlicher Identität, gleichem wirtschaftlichem Haftungssubstrat und unveränderter Staatshaftung gegenüber.⁴⁶ Der Rechtskleidwechsel von öffentlich-rechtlicher Anstalt zur öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft geht sogar weniger weit als die vom Bundesgericht unter bestimmten Voraussetzungen zugelassene Fusion von Stiftungen.⁴⁷ Man kann sagen, dass die formwechselnde Umwandlung das lupenreine Umwandlungsmodell ist.⁴⁸ Es kommt vor allem dort in Betracht, wo die alte und die neue Rechtsform strukturähnlich sind. Das ist bestimmt der Fall bei der Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt, welche ihrerseits Merkmale der Kapitalgesellschaft aufweist, in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft.

c) Die Voraussetzungen der formellen Konstituierung

Die "neue" öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft verdankt nach der hier vertretenen Auffassung ihre Existenz nicht unmittelbar allein dem Willen des Gesetzgebers. Das kantonale Gründungsge-

42 Hünérwadel P., Kommentar zu Art. 824 ff. OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel 1994, N. 1 zu OR 824.

43 Gl. M. Meier-Schatz Ch. J., a. a. o., S. 363 f.

44 Vgl. Meier-Schatz Ch. J., a.a.o., S. 363 Fn. 64 zu BGE 115 II 419 f.: "Das Bundesgericht hat die komplizierten Rechtsfolgen beschrieben, welche sich bei einem Verbot der (gesetzlich nicht vorgesehenen) Fusion von Stiftungen ergeben würden. Es gelangte hierbei zum Fazit, dass man diese extra-legale Transaktion deshalb tolerieren müsse, weil sonst die "Vermögensübertragung (...) mit erheblich grösserem Aufwand verbunden wäre."

45 Meier-Schatz Ch. J., a. a. O., S. 363 und 384.

46 Meier-Schatz Ch. J., a.a.O., S. 363.

47 Vgl. BGE 115 II 410 ff.

48 Schmidt K., Gesetzliche Gestaltung und dogmatisches Konzept eines neuen Umwandlungsgesetzes, in: ZGR 1990, S. 594.

setz allein bringt die Aktiengesellschaft noch nicht zur Entstehung; es bedarf weiterer Vollzugsakte. Das kantonale Organisationsgesetz hat lediglich die organisatorischen Grundlagen für eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft festgelegt.⁴⁹ An den weiteren Vollzugsakten können Private mitbeteiligt sein.

Die Umwandlung "in" die neue Rechtsform der öffentlichrechtlichen Aktiengesellschaft setzt eine Gesetzesänderung voraus. Im Gesetz werden die künftige Rechtsform und die sonst erforderlichen Satzungsänderungen festgesetzt. Die Gesellschaft kommt erst durch den Übergang von Aktiven und Passiven⁵⁰ und die Beschlussfassung der konstituierenden Generalversammlung⁵¹ zustande. Die Tatsache der Umwandlung und die Bestellung der Organe sind beim Handelsregister anzumelden.

aa. Die Statuten

Den Statuten ist besonders Gewicht zuzumessen, da sie gleichsam als Seele der Gesellschaft auch die Charakterzüge des ganzen Unternehmens widerspiegeln.⁵² Sie sind durch ihre organisatorischen Vorschriften zugleich das Grundgesetz der Aktiengesellschaft. Auf sie berufen sich die Aktionäre und auf den Statuteneintrag im Handelsregister und die Publikation im Handelsamtsblatt werden sich auch Dritte berufen, welche mit der Unternehmung in Geschäftsbeziehung treten wollen.⁵³ Auf die öffentlichrechtliche Aktiengesellschaft finden ergänzend die Vorschriften des Obligationenrechtes, insbesondere des Aktienrechtes, vor allem dann Anwendung, soweit das kantonale Organisationsgesetz keine abweichenden resp. überhaupt keine Bestimmungen enthält. Zu beachten ist, dass blosse statutarische Abweichungen von den Bestimmungen des Obligationenrechtes nicht genügen.⁵⁴ Alle denkbaren Abweichungen von Typus der privatrechtlichen Aktiengesellschaft sind nur im Rahmen des kantonalen Gesetz-

49 Vgl. Erb, Rechtsstellung und Organisation der gemischt-wirtschaftlichen Bankunternehmen in der Schweiz, Zürich 1937, S. 87.

50 Da die Identität des Rechtsträgers erhalten bleibt, bedarf es auch keiner Übertragungsakte. Lediglich buchmässig ist der "Übergang" des Vermögens durch eine Schluss- und eine Eröffnungsbilanz festzuhalten.

51 Bildung und etwaige Zusammensetzung der künftigen Organe (Verwaltungsrat, Revisionsstelle) der Gesellschaft.

52 Frick, W.N., Die Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter und ihre Gründungsvoraussetzungen, Zürich 1955, S. 80.

53 Frick N. W., a.a.O., S. 81.

54 Gerber S., a.a.O., S. 18.

gebungsverfahrens möglich. Die Statuten haben somit in diesem Bereich den vom Aktienrecht an sie gestellten Anforderungen zu genügen. Sie dürfen jedoch nicht dem zugrundeliegenden kantonalen Organisationsgesetz widersprechen. Aufgrund der (zwingenden) Kapital- und Stimmenmehrheit des Staates kann dieser die Ausgestaltung der Statuten anlässlich der Generalversammlungen einseitig bestimmen.

bb. Das Aktienkapital

Das Haftungskapital der umgewandelten öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft nennt sich Aktienkapital und nicht mehr Grund- oder Dotationskapital. Daran sind (sollten) sowohl die öffentliche Hand wie auch Private beteiligt (sein). Das Aktienkapital der öffentlichrechtlichen Aktiengesellschaft stellt auch rechtlich ein solches dar, da diese je nach Geschäftsgang Dividenden (Anspruch der Aktionäre auf Gewinnbeteiligung) ausschüttet und ihr Aktienkapital, anders als die öffentlich-rechtliche Anstalt ihr Dotationskapital, nicht zu verzinsen hat. Die Gläubiger besitzen ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Kanton, falls diese Bank in Konkurs fallen sollte, und die Mittel der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft nicht ausreichen, um die Forderungen zu decken.⁵⁵ Nicht gedeckt durch die Staatsgarantie ist das Aktienkapital.⁵⁶ Die Aktionäre haben wohl einen Anspruch auf den Liquidationserlös der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft, jedoch keine Forderung weder der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft noch dem Staat gegenüber.⁵⁷ Die öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft hat sinnvollerweise die Höhe ihres Aktienkapitals nicht im Gesetz, sondern in ihren Statuten festzulegen. So kann bei einer Kapitalerhöhung - im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen Anstalten - eine formelle Gesetzesänderung vermieden werden.

d) Die Umwandlungsformalitäten

Der Kanton ist für den in Art. 763 OR vorgesehenen Fall der Errichtung einer Gesellschaft auf Grund eines kantonalen Spezialgesetzes an die Vorschriften des Obligationenrechtes nicht gebun-

55 Lang W., Die Rechtsstellung der schweizerischen Kantonalbanken im Verkehr mit Rücksicht auf ihre rechtliche Organisation, Zürich 1935, S. 66; Russenberger M., a.a.O., S. 69.

56 Gerber S., a.a.O., S. 35.

57 Russenberger M., a.a.O., S. 70.

den. So ergeben sich aus dem Umstand, dass das Gemeinwesen als einziger oder auch nur als "Mit-Errichter" auftritt, juristisch keine Besonderheiten.

Die Umwandlung vollzieht sich selbst durch den "Uebergang"⁵⁸ der Aktiven und Passiven der öffentlich-rechtlichen Anstalt. An der konstituierenden Generalversammlung sind die Statuten zu beraten und zu beschliessen, die Mitglieder der Organe der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft zu wählen.

Es sind die folgenden "Umwandlungsmassnahmen" zu treffen:⁵⁹ Einberufung einer "konstituierenden" Generalversammlung mit den folgenden Traktanden:

- Feststellungen (Konstituierung der Versammlung, formelle Feststellungen betreffend Einberufung, Einladung und Durchführung der Versammlung, Materielle Feststellungen⁶⁰)
- Festlegung der Statuten
- Zeichnung des Aktienkapitals; Feststellungen zur Leistung der Einlage (Belege)
- Bestellung der Organe (Verwaltungsrat, Revisionsstelle)
- Protokoll einer Verwaltungsratssitzung über die Konstituierung und Festlegung der Zeichnungsberechtigungen
- Schlussbilanz
- Eröffnungsbilanz
- Vermögensübersicht

Die Organe der "alten" öffentlich-rechtlichen Anstalt (z.B. Kantonsrat, Bankverwaltung, Bankkommission, Direktion, Revisionskommission) bestehen nach der Umwandlung nicht mehr. Da hernach keine Versammlung der "alten" öffentlich-rechtlichen Anstalt mehr existiert, können keine entsprechenden Beschlüsse, insbesondere keine Gewinnverteilungsbeschlüsse, mehr gefasst werden. Ebenso können vor der Umwandlung gefasste Beschlüsse nicht mehr geändert werden.⁶¹

58 Bei der identitätswahrenden Umwandlung ist eine Übertragung der Aktiven und Passiven nicht erforderlich. Der Übergang ist automatische Begleiterscheinung beim Vollzug der Rechtsformwechsels.

59 Schwedhelm R., a.a.O., S. 321.

60 Z.B. Umwandlung des Dotationskapitals und des Partizipationskapitals in Aktienkapital.

61 Vgl. zum Ganzen: Schwedhelm, a.a.O., S. 200.

e) Die Eintragung in das Handelsregister und ihre Wirkungen

Die juristische Selbständigkeit lässt sich für die öffentlich-rechtliche Anstalten nicht aus dem Eintrag in das Handelsregister ableiten. Diesem kommt keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Wirkung zu.⁶² Zwar sind wohl die meisten öffentlichrechtlichen Anstalten im Handelsregister eingetragen. Die Pflicht zur Eintragung beruht nach einem bundesgerichtlichen Entscheid⁶³ auf der Vorschrift von Art. 934 Abs. 1 OR, die jedermann, der ein Handels-, Fabrikations- oder ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, zur Eintragung seiner Firma ins Handelsregister verpflichtet. Selbständige Gewerbe des öffentlichen Rechtes können sich im Handelsregister eintragen lassen.⁶⁴ Ihre Eintragung ist notwendig, wenn sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.⁶⁵

Die öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie betreibt ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe. Für die im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften, welche auf einer öffentlichrechtlichen Grundlagen basieren, fehlen nun Vorschriften über Art, Inhalt und Umfang der Handelsregistereintragung. Es gibt keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage dafür, was alles eingetragen werden muss. Tatsachen, deren Eintragung nicht vorgesehen ist, können nur dann eingetragen werden, wenn das öffentliche Interesse es rechtfertigt.⁶⁶ Diese Bestimmung bildet eine hinreichende Rechtsgrundlage, um einen rechtsgenügenden Eintrag der öffentlichrechtlichen Aktiengesellschaft zu fordern. Dies rechtfertigt sich einerseits durch die Systematik des Gesetzes, andererseits haben Dritte ein generelles Interesse daran, durch das Handelsregister zu erfahren, welches die rechtserheblichen Tatsachen der Bank sind (Publizitätsfunktion des Handelsregisters).

Daher ist im Einzelfall zu prüfen, welchem zivilrechtlichen Institut die betreffende Gesellschaft am nächsten kommt. Beim Eintrag der öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft sind daher jene Tatsachen anzuführen, welche bei der (privatrechtlichen)

62 Fuchs F., Die Rechtsnatur der Kantonalbanken, Wirtschaftsbulletin 27 der Zürcher Kantonalbank, Zürich 1990. S. 19, Wernli M., a.a.O., N. 3 zu OR 763.

63 BGE 51 I 232.

64 Art. 10 lit. k HRegV.

65 Vgl. Jacquerod L.-E./von Steiger F., Eintragungsmuster für das Handelsregister, Zürich 1945, S. 335.

66 Art. 20 Abs. 2 HRegV.

Aktiengesellschaft eintragungspflichtig sind, wie Firma, Sitz, Domizil, Zweck, Kapital, Organisation, Haftungs- und Vertretungsverhältnisse.⁶⁷ Art. 641 OR hält die eintragungspflichtigen Tatsachen fest.

3. Schlussbemerkungen

1. Die "alte" öffentlich-rechtliche Anstalt kann durch "identitätswahrende" und lediglich rechtsformändernde Umwandlung in die Rechtsform der spezialgesetzlichen öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 763 OR überführt werden. Die Umwandlung findet in Form des reinen Rechtskleidwechsel unter fortbestehender Identität des (gleichen) Rechtssubjektes vollzogen werden (formwechselnde Umwandlung). Einer gesonderten Übertragung des Vermögens bedarf es weder auf dem Wege der Einzelübertragung noch der Universal sukzession. Dieses Ergebnis kann zwingend abgeleitet werden, wenn die neue Aktiengesellschaft als öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 763 begriffen wird.
2. Da die Identität der Rechtsträgers bei der identitätswahrenden und lediglich rechtsformändernden Umwandlung erhalten bleibt, bedarf es keiner Übertragungsakte. Lediglich buchmässig ist der "Übergang" des Vermögens durch eine Schluss- und eine Eröffnungsbilanz festzuhalten. Es ist eine konstituierende Generalversammlung abzuhalten, an der über die Statuten befunden wird und die Organe gewählt werden.
3. Bei der Suche nach der geeigneten Rechtsform für teil- oder halbprivatisierte Staatsbanken, ist letztlich die Frage unbeantwortet geblieben, ob der Typus der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft überhaupt die richtige Rechtsform für die Teil- oder Halbprivatisierung (angeschlagener) Staatsbanken darstellt. Was auf den ersten Blick⁶⁸ als zwangsläufig richtig erscheint, erweist sich schlussendlich als trügerisch⁶⁹.

67 Vgl. BGE 57 I 322.

68 Die öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft erscheint einerseits als das geeignete Vehikel für eine "gemischtwirtschaftliche" Unternehmung, andererseits glaubt man auf einen bereits vorhandenen und bewährtem Verbandstypus zurückgreifen zu können.

69 Vgl. dazu die sehr aufschlussreichen Ausführungen von Prof. Dr. Beat Kleiner, Kantonalbanken - Aufsicht als Regierungsaufgabe, Ein Modellvorschlag, in: NZZ vom 17. November 1993; Prof. Robert E. Leu, Die Kantonalbanken auf wackliger Rechtfertigungsbasis, Überfällige Privatisierung eines historischen Reliktes, in: NZZ Nr. 100 vom 30. April 1994, S. 87, und von Prof. Dr. Johannes Köndgen; Wege und Irrwege zur Privatisierung der Kantonalbanken, in: NZZ Nr. 265 vom 12./13. November 1994, S. 29. Diesen Darlegungen gibt es nichts mehr beizufügen. Sie seien jedem Interessierten wärmstens empfohlen.

Der Autor ist Rechtsanwalt und Urkundsperson sowie Systemischer Coach und Trainer in St. Gallen.

Erschienen in: Jahrbuch des Handelsregisters 1995

Zitiervorschlag: Bläsi, Christof: Die Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 763 OR, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1995, Zürich 1995, S. 64-78.

Christof Bläsi

Rechtsanwalt und Urkundsperson

Systemischer Coach und Trainer

Am Bohl 2

CH- 9004 St. Gallen

Tel. 0041 (0)71 230 34 65

Fax 0041 (0)71 230 34 66

www.chblaw.ch

E-Mail christof.blaesi@chblaw.ch

02.01.2006/30091