

Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
(redigiertes) Wortprotokoll
40. Sitzung

Berlin, den 23. Mai 2007, 17.00 Uhr
Sitzungsort: Paul-Löbe-Haus
Berlin,
Sitzungssaal: Raum E 600

Vorsitz: Peter Hettlich, MdB
Renate Blank, MdB

TAGESORDNUNG:

Einzigiger Tagesordnungspunkt

S. 7

Öffentliche Anhörung

zu dem

Antrag der Abgeordneten Horst Friedrich (Bayreuth), Jan Mücke,
Patrick Döring, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP

Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung sicherstellen

BT-Drucksache 16/4413

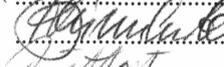
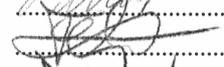
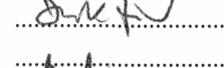
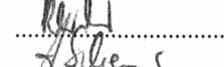
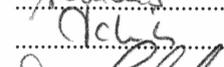
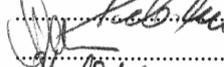
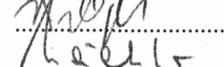
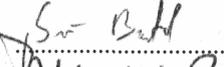
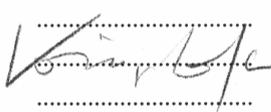
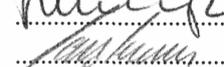
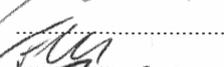
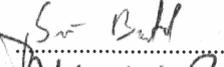
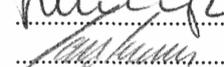
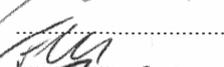
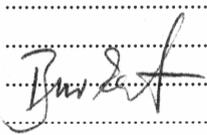
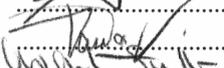
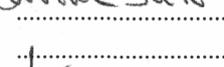
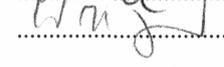
Mittwoch , 23. Mai 2007 17:00 Uhr

DEUTSCHER BUNDESTAG

Anwesenheitsliste

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Sitzung des Ausschusses Nr. 15 (Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung)

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
CDU/CSU		CDU/CSU	
Blank, Renate		Bellmann, Veronika	
Brunnhuber, Georg		Börsen (Bönstrup), Wolfgang
Deittert, Hubert		Dörflinger, Thomas
Ferlemann, Enak		Eichhorn, Maria
Fischer (Hamburg), Dirk		Friedrich (Hof) Dr., Hans-Peter	
Götz, Peter		Granold, Ute
Hofbauer, Klaus		Heynemann, Bernd
Scheuer Dr., Andreas		Hübinger, Anette
Schmitt (Berlin), Ingo		Kammer, Hans-Werner
Sebastian, Wilhelm Josef		Königshofen, Norbert	
Storjohann, Gero		Koeppen, Jens
Vogel, Volkmar Uwe		Lippold Dr., Klaus W.
Wächter, Gerhard		Mayer (Altötting), Stephan
SPD		SPD	
Bartol, Sören		Blumentritt, Volker
Beckmeyer, Uwe		Brase, Willi
Carstensen, Christian		Burkert, Martin	
Faße, Annette		Danckert Dr., Peter
Fornahl, Rainer		Graf (Rosenheim), Angelika
Hacker, Hans-Joachim		Grasedieck, Dieter
Kranz, Ernst		Herzog, Gustav
Paula, Heinz		Hübner, Klaas
Schwarzelühr-Sutter, Rita		Müller (Chemnitz), Detlef
Vogelsänger, Jörg		Multhaupt, Gesine
Weis, Petra		Ortel, Holger
Wetzel Dr., Margrit		Rossmann Dr., Ernst Dieter
Wright, Heidi		Stiegler, Ludwig

Mittwoch , 23. Mai 2007 17:00 Uhr

DEUTSCHER BUNDESTAG

Anwesenheitsliste

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Sitzung des Ausschusses Nr. 15 (Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung)

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
<u>FDP</u>		<u>FDP</u>	
Döring, Patrick	Geisen Dr., Edmund Peter
Friedrich (Bayreuth), Horst	Goldmann, Hans-Michael
Günther (Plauen), Joachim	Haustein, Heinz-Peter
Mücke, Jan	Rohde, Jörg
<u>DIE LINKE.</u>		<u>DIE LINKE.</u>	
Bluhm, Heidrun	Claus, Roland
Heilmann, Lutz	Leutert, Michael
Menzner, Dorothee	Seifert Dr., Ilja
<u>BÜ90/GR</u>		<u>BÜ90/GR</u>	
Hermann, Winfried	Andreae, Kerstin
Hettlich, Peter	Kotting-Uhl, Sylvia
Hofreiter Dr., Anton	Steenblock, Rainer
<u>fraktionslos</u>			
Nitzsche, Henry *		

* Beratendes Mitglied

Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (15) - öffentlich-

Mittwoch, 23. Mai 2007, 17:00 Uhr

Fraktionsvorsitzende:

Vertreter:

SPD
CDU/ CSU
BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN
FDP
DIE LINKE.

Fraktionsmitarbeiter:

Fraktion:

Unterschrift:

(Name bitte in Druckschrift)

GERHARD	SPD	
Schroll	DIE LINKE.	
NEUHOFF	FDP	
SCHWENK	SPD	
Beute	Grün	
BRUCH	CDU/CSU	
Meincke	SPD	
Nagel	SPD	
Sebad	CDU/CSU	
IZ. Neuberger	SPD	

Mittwoch, 23. Mai 2007, 17:00 Uhr

Ministerium bzw. Dienststelle (bitte Druckschrift)	Name (bitte Druckschrift)	Dienststellung (bitte Druckschrift, nicht abgekürzt)	Unterschrift
BRH	RINGEL	PRÜFER	
BRH	GRUB	Prüfer	
BMVBS	v. GÄTZLEN	MR	
BMVBS	Leubrod	RL	Leubrod
BMELV	Neubaus	RL	Neubaus
BMVBS	Kohl	MD	Kohl
BMVBS	Zob	RD/ini	Zob
BMVBS	Küster	MR	
BMVBS	SCHULTZ	RL	
EB A	Krampitz	SbL	Krampitz
BMVBS	J. Jostl	MR	J. Jostl
BMVBS	Vornbäumen	Prof. PPI	Vornbäumen
BME	Orlik	RD	Orlik
INF	Verheuen	RL	Verheuen
BMVBS	Junk	RL	Junk
BMVBS	Geat	Rollm	Geat
BMVBS	Gebauer	Prof. Dr.	Gebauer
BRH	Zentgraf	MR	Zentgraf

Bundesrat: (bitte Druckschrift)	Unterschrift	Dienststellung (bitte Druckschrift, nicht abgekürzt)	Land
Schuster-Schewer		BD	BERLIN
SCHAER		VA	BW
Dr. RASCHLE			Brandenburg
Ch. Laner		LV	Hessen
K. A. SCHIFF		LV ANE.	LV SN
Schiff		MR	LV NS
B. H.		VA	HH
H. AMTMEIER		VA	

**Öffentliche Anhörung
des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
am Mittwoch, dem 23. Mai 2007 ab 17.00 Uhr**

**zu dem Antrag der Fraktion der FDP
- Drucksache 16/4413 -
Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung sicherstellen**

Liste der Sachverständigen:

- Prof. Dr. Michael Fehling
Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg



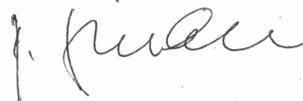
- Prof. Dr. Hubertus Gersdorf
Universität Rostock



- Prof. Dr. Georg Hermes
Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main



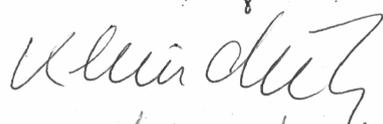
- Prof. Dr. Rainer Hüttemann
Universität Bonn



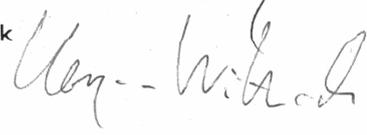
- Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof
Universität Tübingen



- Prof. Dr. Detlef Kleindiek
Universität Bielefeld



- Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack
Universität Regensburg



Einzigster Tagesordnungspunkt:

Öffentliche Anhörung

zu dem

Antrag der Abgeordneten Horst Friedrich (Bayreuth), Jan Mücke, Patrick Döring, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP

Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung sicherstellen

BT-Drucksache 16/4413

Stellvertretender Vorsitzender: Liebe Kolleginnen und Kollegen, meine Damen und Herren! Ich begrüße sie ganz herzlich zur 40. Sitzung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, zur öffentlichen Anhörung zum Antrag der FDP-Fraktion „Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung sicherstellen“. Ich möchte an dieser Stelle den Vorsitzenden, Herrn Dr. Lippold, entschuldigen. Er bedauert, dass er heute an der Anhörung nicht teilnehmen kann, denn er wurde von Bundespräsident Köhler gebeten, ihn auf dessen Reise nach Vietnam und China zu begleiten. Deswegen übernehme ich heute als sein Stellvertreter hier den Vorsitz bei der Anhörung. Ich darf zunächst die Sachverständigen ganz herzlich begrüßen. Herrn Prof. Dr. Michael Fehling von der Hochschule für Rechtswissenschaft in Hamburg; Herrn Prof. Dr. Hubertus Gersdorf von der Universität Rostock; Herrn Prof. Dr. Georg Hermes von der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main; Herrn Prof. Dr. Rainer Hüttemann von der Universität Bonn; Herrn Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof von der Universität Tübingen; Herrn Prof. Dr. Detlef Kleindiek von der Universität Bielefeld und Herrn Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack von Universität Regensburg. Ich danke Ihnen auch für die Übermittlung der schriftlichen Stellungnahmen. Dadurch konnten wir uns ja auch inhaltlich schon vorweg einarbeiten. Ich begrüße auch ganz herzlich die anwesenden Zuhörer. Leider haben wir heute nur einen kleinen Anhörungssaal, weil wir das terminlich nicht anders lösen konnten. Wir konnten leider kurzfristig keinen größeren Anhörungssaal bekommen. Deswegen mussten wir auch einige Teilnahmewünsche ablehnen. Ich bitte das zu entschuldigen. Ursprünglich war die Anhörung im April geplant, dann hätten wir das anders machen können. Ich will vielleicht ganz kurz noch zum Ablauf der Anhörung anmerken, dass wir auf der Basis des Fragenkatalogs, den wir Ihnen übermittelt haben, auch die Diskussion führen wollen. Wie gesagt, dieser Fra-

genkatalog liegt auch den Ausschussmitgliedern spätestens seit Montag per E-Mail bzw. schriftlich vor. Wir schlagen vor, dass die Experten zunächst jeweils ein fünfminütiges Eingangsstatement abgeben, dann die Berichterstatter der Fraktionen Fragen stellen und dann die Frage- und Antwortrunden folgen. Sonst befragen wir die Gäste immer alphabetisch von A bis Z. Wir machen es diesmal umgekehrt. Wir fangen einfach mit Prof. Dr. Uerpmann-Witzack an und enden dann bei Prof. Dr. Fehling. Ich bitte jetzt Herrn Prof. Dr. Uerpmann-Witzack um sein Statement. Bitte!

Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack: Haben Sie vielen Dank! Ich hatte eigentlich auf Grund des Alphabetes damit gerechnet, auf die Statements der anderen reagieren zu können und zu müssen. Nun stehe ich vor einer anderen Herausforderung: Den Beginn zu machen. Ich bin Verfassungsrechtler und verfassungsrechtlich ist Dreh- und Angelpunkt der Bahnprivatisierung, so wie sie heute diskutiert wird, Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz, wonach der Bund das Eigentum an den Infrastrukturunternehmen zu behalten hat. Auf der anderen Seite soll das Eigentumssicherungsmodell das wirtschaftliche Eigentum an den Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG zuweisen. Dieser Konflikt, einerseits Eigentum beim Bund, andererseits bei der Deutschen Bahn AG, scheint mir einer Quadratur des Kreises nahezukommen. Und ich sehe für die Auflösung dieses Konflikts kaum eine Lösung. Zunächst: Man kann den Schienenwegevorbereit des Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz nicht einfach hinweginterpretieren. Er steht im Grundgesetz, er steht neben, ja sogar vor Art. 87e Abs. 4 Grundgesetz mit dem Infrastrukturauftrag. Man wird, denke ich, auch nicht eine Spaltung des Eigentums vornehmen können, in ein vielleicht eher ideelles Eigentum, das beim Bund verbleibt, und ein wirtschaftliches Eigentum, das bei der DB AG verbleibt. Es trifft zwar ganz sicher zu, dass der Schienenwegevorbereit nicht irgendwelchen wirtschaftlichen Interessen des Bundes dient, sondern er dient als zusätzliche Sicherung der Absicherung der Gewährleistung des Infrastrukturauftrages nach Art. 87e Abs. 4 Grundgesetz, und damit vor allem den öffentlichen Verkehrsinteressen. Trotzdem, zur Erfüllung dieses Gewährleistungsauftrags ist der tatsächliche Zugriff auf die Infrastrukturunternehmen notwendig. Der Bund muss nicht unbedingt von innen regulieren, aber Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz soll dem Bund jederzeit die Möglichkeit offenhalten, auch diese Option der Herrschaft, der Kontrolle von innen wieder zu übernehmen. Dieses Recht kann sich, darf sich der Bund nicht dauerhaft begeben. Danach ist das Eigentumssicherungsmodell, so wie es vorliegt, mit

der wirtschaftlichen Zuordnung des Eigentums zur DB AG, für meine Begriffe nicht mit der Verfassung vereinbar. Zwei Lösungen bieten sich an. Der eine Lösungsweg, der ist im Gesetz bereits angelegt, das ist die Wahrung des Schienenwegvorbehalts über das Bundeseigentum an der DB AG. Der Bund muss die Infrastrukturunternehmen nicht direkt halten. Es genügt, wenn er sie über die DB AG hält. Dafür ist allerdings eine effektive Herrschaft des Bundes über die DB AG und, vermittelt über die DB AG, über die Infrastrukturunternehmen notwendig, die sich beim jetzigen Entwurf nicht gewährleistet. Wobei gerade hier sicherlich auch eine Diskussion mit Gesellschaftsrechtlern notwendig ist, welche Herrschaftsmöglichkeiten bestehen und welche nach Verfassungsrecht bestehen müssen. Die andere Lösung wäre natürlich die eines Verzichts auf eine integrierte Lösung. Das wäre allerdings eine Lösung, die bisher politisch nicht gewollt ist. Soviel zunächst von meiner Seite. Vielen Dank!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Prof. Uerpmann-Witzack.

(Zwischenruf)

Stellvertretender Vorsitzender: Also, ich denke mal, dass die Frage, was er jetzt in seinem Statement sagt, wir gleich in der zweiten Runde diskutieren. Ich möchte jetzt weiter fortfahren. Wir machen jetzt die Fünf-Minuten-Runde und nachher haben die Berichterstatter jeweils die Möglichkeit, sich zu melden. Ich bitte, jetzt auch auf Querinterventionen zu verzichten. Prof. Dr. Kleindiek, bitte Ihr Statement!

Prof. Dr. Detlef Kleindiek: Vielen Dank, meine Damen und Herren! Die Sachverständigen haben ja vom Ausschuss Vorgaben bekommen, auch was die Eingangsstatements betrifft. Wir sind gebeten worden, fünf Minuten allgemein zur Vereinbarkeit des so genannten Eigentumssicherungsmodells mit dem Grundgesetz bzw. mit handels-, gesellschafts- und bilanzrechtlichen Vorschriften zu sprechen. Nun wäre es höchst fahrlässig, wenn ich mich als Gesellschafts- und Bilanzrechtler angesichts von fünf Kollegen des Verfassungsrechts hier zu Fragen der Verfassung äußern würde. Sondern ich darf auf das eingehen, was den Handels-, Gesellschafts- und Bilanzrechtler interessiert. Und das ist vor allen Dingen der § 1 Abs. 2 des Bundeseisenbahnstrukturgesetzes, wo es nach der Ihnen allen bekannten Übertragung der Anteile zum Sicherungszweck heißt: Die Deutsche Bahn AG betreibt und bilanziert Schienenverkehr und Eisenbahninfrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit. Eine Formulierung, mit der eine der Ziel-

bestimmungen aus dem Entschließungsantrag der Koalitionsfraktionen vom November 2006 fast wortgleich in den Gesetzestext übernommen wird. Was unter dem Betrieb in einer wirtschaftlichen Einheit genau verstanden wird und mit welchen rechtlichen Instrumenten ein solcher Betrieb in Einheit sichergestellt werden soll, sagt diese zitierte Vorschrift allerdings nicht. Immerhin ordnet der Gesetzentwurf an anderer Stelle, in anderen Bestimmungen an, dass der Bund die DB AG zur Stimmrechtsabgabe bevollmächtigt und, dass er Auszahlungsansprüche aus Gewinnverwendungsbeschlüssen in den Infrastrukturunternehmen an die Bahn abtritt. Allerdings bedarf es bei bestimmten Beschlussgegenständen der vorherigen Zustimmung des Bundes. Und darüber hinaus werden auch gewisse Geschäftsführungsmaßnahmen einem solchen Zustimmungserfordernis unterworfen. Und schließlich sieht der Gesetzentwurf ein quantitativ abgestuftes Entsenderecht in die Aufsichtsräte vor. Das sind alles tendenziell Einschränkungen hinsichtlich dieser Zielbestimmung „Betrieb in wirtschaftlicher Einheit“. Aber über all dem schweben ohnehin die Ergebnisabführungsverträge, wohl Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge, zwischen der DB AG und den Infrastrukturunternehmen. Im Gesetz selbst werden diese Verträge mit keinem Wort angesprochen. In der Gesetzesbegründung wird ihre Existenz immerhin beiläufig erwähnt, verbunden mit der offensichtlichen Erwartung, dass jene Verträge auch weiterhin Bestand haben sollen. Eine Antwort auf die uns gestellte Frage, doch bitte zu den handels- und gesellschaftsrechtlichen Vereinbarkeiten dieses Konzepts Stellung zu nehmen, müsste jetzt eben im einzelnen darüber Ausführungen machen, ob und wie sich dieses skizzierte Konzept des Gesetzentwurfes, also Erteilung der Stimmrechtsvollmacht, Verankerung der Zustimmungsvorbehalte auf diesen beiden Ebenen, Entsenderechte, Fortbestand der Ergebnisabführungsverträge, rechtskonform umsetzen lässt. Das werde ich nicht tun, denn das ist nach dem Fragenkatalog auch nicht in der Detaildiskussion vorgesehen. Ich darf nur sagen, dass es einer solchen Umsetzung bedarf. Und zwar auf organisationsrechtlicher Ebene der einzelnen Infrastrukturunternehmen, nach den Maßgaben der jeweils rechtsformspezifisch unterschiedlichen Kompetenzabgrenzung dort, und, ganz wichtig, unter Verzahnung mit den Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen. Ich glaube, eine solche Umsetzung, auch wenn sie gewisse Fragen aufwerfen mag, ist möglich, ist rechtskonform, ist in Übereinstimmung mit den handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorgaben letztlich machbar. Ich komme zu einer anderen Einschätzung hinsichtlich des zweiten Teils des eingangs zitierten § 1 Abs. 2, nämlich mit Blick auf die bilanz-

rechtlichen Vorgaben. Also, hinsichtlich der so genannten Bilanzierung von Schienenverkehr und Eisenbahninfrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit. Was das überhaupt bedeuten soll, erschließt sich erst aus der Begründung des Gesetzestextes. Gemeint ist offenbar die Bilanzierung der Anteile an den Infrastrukturunternehmen im Einzelabschluss der Deutschen Bahn, die Einbeziehung der Vermögensgegenstände und der Schulden dieser Unternehmen in den Konzernabschluss der Deutschen Bahn AG, wobei diese Bilanzierungsfähigkeit, verstanden in diesem Sinne, unter der Prämisse der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Deutscher Bahn und Bund, so wie es vom Gesetzentwurf vorgesehen ist, steht, dass sich also diese Bilanzierungsfähigkeit schon aus den allgemeinen Vorschriften des Bilanzrechts ergeben soll. Das ist die Position der Entwurfsverfasser. Der Gesetzesentwurf will ganz offenkundig kein bilanzrechtliches Sonderrecht, keine Lex „Deutsche Bahn“ schaffen. Ich vermag dieser positiven Einschätzung, was die Übereinstimmung mit den geltenden Grundsätzen des Bilanzrechts betrifft, im Ergebnis nicht zu folgen. In diesem Eingangsstatement zur Positionsbestimmung nur resümierend und unter Beschränkung auf Einzelheiten sozusagen das Ergebnis: Die vom Gesetzentwurf vorgesehene Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Deutscher Bahn AG einerseits und Bund begründet definitiv keinen Anwendungsfall von § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB. Die Vorschrift sagt: Vermögensgegenstände, die unter Eigentumsvorbehalt erworben oder an Dritte für eigene oder fremde Verbindlichkeiten verpfändet oder in andere Weise als Sicherheit übertragen worden sind, sind in die Bilanz des Sicherungsgebers aufzunehmen. Sicherungsgeber ist in der Terminologie des Gesetzesentwurfs die Deutsche Bahn AG. Die Sicherungsübertragung, um die es dem Entwurf geht, ist keine Begründung eines Sicherungsrechts im Sinne der zitierten Vorschrift des Handelsgesetzbuches, denn der Bund wird nicht in die Rolle eines bloßen Pfandgläubigers gedrängt, der Wechsel der Anteilsinhaberschaft auf den Bund vollzieht sich vielmehr vorbehaltlos. Der Gesetzesentwurf räumt der Deutschen Bahn AG keinen Rechtsanspruch auf Rückübertragung der Anteile ein. Die sogenannte Zweckbindung der Anteilsübertragung an den Bund hat auch nicht lediglich vorübergehenden, sondern sie hat lediglich dauerhaften Charakter. Der Bund sucht damit unter den Vorzeichen der Kapitalprivatisierung der Deutsche Bahn AG seiner verfassungsrechtlich vorgegebenen Infrastrukturverantwortung nachzukommen. Und schließlich: Sollte es bei der Erfüllung der Vorgaben des Bundesschienenweggesetzes durch die Infrastrukturunternehmen – das ist der im Gesetz

so umschriebene Sicherungszweck – zu Defiziten kommen, stünde nicht, wie sonst beim Sicherungseigentum, die Verwertung der auf den Bund übergegangenen Gesellschaftsanteile zu Diskussion, sondern die Wahrnehmung seiner Einwirkungsrechte bzw. als ultima ratio die vorzeitige Beendigung der sogenannten Sicherungsübereignung. Auch im Übrigen sind die Voraussetzungen wirtschaftlichen Eigentums an den Anteilen der Gesellschaften nicht erfüllt. Das nämlich würde voraussetzen, dass sich der Bund auf eine formalrechtliche Stellung als Anteilsinhaber beschränkt und, dass er von dem mit der Rechtsinhaberschaft an den Anteilen typischerweise verbundenen Einwirkungsmöglichkeiten wirtschaftlich vollständig und dauerhaft zu Gunsten der kapitalprivatisierten Deutschen Bahn ausgeschlossen wird. Daran fehlt es! Begründung darf ich mir für später aufsparen. Dankeschön!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Kleindiek! Prof. Kirchhof, Sie haben das Wort!

Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof: Herr Vorsitzender, herzlichen Dank für die Einladung! Ich möchte es natürlich unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten beurteilen. Wenn wir diesen Referentenentwurf unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten beurteilen, dann sind wir im Art. 87e GG. Und der sagt, wenn man es kurz zusammenfasst, dass die Bahn als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt wird, dass die Infrastrukturunternehmen im Eigentum des Bundes bleiben und, dass eine Veräußerung von Anteilen des Bundes durch Gesetz erfolgen kann, wobei die Mehrheit der Anteile beim Bund verbleiben muss. Das sind die wesentlichen Positionen im Text des Grundgesetzes. Was geht daraus hervor? Gestatten Sie mir, dass ich zuerst mal etwas abstrakt über die Verfassungsrechtslage nachdenke. Denn da scheint mir das entscheidende Problem zu liegen, weil der Art. 87e GG ja nicht ein Ausbund von Klarheit ist und auch die Parlamentsmaterialien nicht unbedingt einen klaren Weg vorweisen, den man im Grunde genommen nicht verlassen kann. Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz gestattet es, Eisenbahnen entweder durch den Bund oder durch Dritte zu betreiben. Wenn es Eisenbahnen des Bundes sind, dann bleibt die Infrastruktur stets eine staatliche Aufgabe und, das wäre das Entscheidende, die unmittelbar nach dem demokratischen legitimierten Willen des Bundes durchgeführt wird. Wenn man sich den Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz vom Wortlaut her ansieht, dann scheint er in erster Linie sehr viel mit Zivilrecht zutun zu haben, weil da von Eigentum die Rede ist, von Anteilen, von Mehrheit an Anteilen, von Wirtschaftsunternehmen und so weiter. Wenn man das etwas näher be-

trachtet, muss man aber sehr vorsichtig sein, weil ja jede Norm ihr Eigenleben führt und auf sich bezogen, der EuGH würde sagen autonom, auszulegen ist. Der Art. 87e GG ist eine Verfassungsvorschrift, der das Verhältnis des Staates zur Infrastruktur des Gemeinwesens, das Verhältnis des Staates zu seiner Leistungsverwaltung betrifft und dort Neues regeln soll, aber auch Altes erhalten soll, gerade was die Infrastrukturunternehmen angeht. Und dann kommt man zum Beispiel auch, wie bei Art. 14 Grundgesetz, zu einer anderen Bedeutung. Zum Beispiel beim Eigentum. Der Art. 14 Grundgesetz, wir sind uns einig darüber, mittlerweile in Rechtsprechung und Literatur unbestritten, dass damit nicht nur das zivilrechtliche, sachenrechtliche Eigentum gemeint ist. Das zweite, wenn man von Eigentum redet: Ein Blick ins öffentliche Recht zeigt uns, dass es neben zivilrechtlichem Eigentum auch öffentlich-rechtliches Eigentum gibt, welches das Zivilrecht ausschließt. Zum Beispiel im Wasserrecht oder im Recht der Wasserstraßen, wo es in manchen Ländern, auch im Bund, öffentlich-rechtliches Eigentum gibt. Zum Beispiel im Atomrecht. Das Eigentum Privater an Kernbrennstoffen ist zum Beispiel verboten. Das heißt, es muss irgendwie eine Form des öffentlich-rechtlichen Eigentums sein. Man muss sich also fragen, was versteht der Art. 87e GG unter Eigentum? Grundrechtlich, zivilrechtlich wahrscheinlich die individuelle Verfügungsbefugnis, das subjektive Recht, die Privatnützigkeit. Die Privatnützigkeit kann es bei einer staatsorganisationsrechtlichen Vorschrift, wie die im Art 87 e Grundgesetz, sicher nicht sein. Es bleibt also nur die Ausschließlichkeit der Verfügungsbefugnis. Und deshalb meine ich, und das lässt sich auch sicher an historischen Dingen belegen, dass der Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz bei den Eisenbahninfrastrukturunternehmen die letztentscheidende Verfügungsbefugnis des Bundes über diese Unternehmen bezeichnen will, dass er mit dem Bild des Mehrheitsanteils auch nicht etwas zivilrechtliches meint, sondern nur umschreibt, dass der Bund stets, wenn es zur gemischten Beteiligung Privater und Bund kommt, seinen Willen durchsetzen können muss - das würde dem Bild der Verfügungsbefugnis entsprechen - und, dass wir damit das vordergründig zivilrechtliche Instrumentarium verfassungsrechtlich adäquat nach der ratio constitutionis auslegen und sagen, das Wichtige ist, der Bund muss wenigstens über die Infrastrukturunternehmen die Verfügungsbefugnis erhalten und er muss sich letztentscheidend durchsetzen. Wenn man davon ausgeht, dann ist es eigentlich weniger wichtig, ob ein Infrastrukturunternehmen zivilrechtlich, gesellschaftsrechtlich im Mehrheitsbesitz des Bundes ist. Mir würde nach Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz sogar ein Fremdbesitz genügen. Entscheidend ist nur,

dass die Verfügungsbefugnis über die Infrastruktur irgendwie durch Gesetz - der Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz sagt, es muss durch Gesetz geschehen -, dass er irgendwie diese Verfügungsbefugnis gewährleistet bekommt und gesichert bekommt. Und das muss bereits im Gesetz stehen. Das wäre für mich das Entscheidende. Also, es könnte eine Gesellschaft in Fremdbesitz sein, wenn man den Weg - dabei fühle ich mich mit Herrn Gersdorf einig - der öffentlich-rechtlichen Sicherung wählt. Man kann natürlich auch das typische Bild des Zivilrechts nehmen, welches das Parlament da wohl vor Augen hatte, einer Gesellschaft, die im Mehrheitsbesitz des Bundes steht und das dann auf gesellschaftsrechtlichem Wege erledigt. Eines von beiden muss aber erfüllt sein. Wenn man nun den Referentenentwurf betrachtet, dann ist zivilrechtlich zwar die Anteilsmehrheit gesichert, nicht unbedingt die Stimmenmehrheit des Bundes in den Gesellschaften in der DB AG. Und bei den Eisenbahninfrastrukturgesellschaften meine ich letzten Endes, dass der Referentenentwurf nicht weit genug geht. Wenn man ihn nachbessern würde, würde er in den Hafen der Verfassungsmäßigkeit kommen. Aber nach dem jetzigen Stand dürfte das wohl kaum der Fall sein. Das Bundeseisenbahnstrukturgesetz überträgt zwar dem Bund das zivilrechtliche Eigentum, erfüllt also dem Wortlaut nach den Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz, aber es kommt zur Rückübertragung der Stimmrechtsausübung auf voraussichtlich 25 Jahre. Das muss zwingend nicht so sein. Aber das ist ja ersichtlich der Plan dieses Referentenentwurfs. Der Bund behält nur auf Ausnahmefälle beschränkte Zustimmungsrechte, eine begrenzte Sicherung seines personellen Einflusses. Das dürfte die Verfügungsbefugnis im Einzelnen über die Infrastruktur als wesentliche Infrastruktur des Gemeinwesens nicht sichern. Das Bundes schienewegegesetz dürfte auch, im Wege der öffentlich-rechtlichen Bindungen jetzt, diese Verfügungsbefugnis nicht herstellen, denn dort sind Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen vorgesehen. Die regeln aber nur allgemeine finanzielle und technische Standards, nicht die konkrete Infrastruktur und was mit ihr geschieht. Außerdem: Über die Berichtspflichten hinaus gibt es bei Verstößen nur sehr begrenzte rechtliche Sanktionen. Die laufen fast immer auf finanzielle Sanktionen hinaus, aber keine vollständigen unmittelbaren Weisungsdurchgriffe. Also, die Verfügungsbefugnis wird nicht gewahrt, sondern es wird fast nur - wenn ich das mal salopp formulieren darf - ein Schadensersatz gewährleistet, wenn diese Verfügungsbefugnis nicht gewährleistet ist. Aber Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz will die Verfügungsbefugnis. Im Übrigen wäre mir auch nicht ganz klar, ob diese Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung dem institutionellen Ge-

setzesvorbehalt entspräche, der in Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz noch gesondert niedergelegt ist. Der gesetzliche Bedarfsplan für die Bundesschienenwege, der sich nur mit dem Ausbau befasst, nicht mit der Erhaltung und der Bereitschaft des Schienenwegenetzes, würde an sich diesen Vorgaben genügen, weil es ein Gesetz ist, setzt aber zu seiner Durchführung nach § 20 Bundesschienenwegegesetz eine Vereinbarung zwischen Bund und Eisenbahninfrastrukturunternehmen voraus. Diese Vereinbarung darf natürlich nur im Konsens oder kann nur im Konsens beider entstehen. Und wenn sich das Infrastrukturunternehmen weigert, dann ist nicht gewährleistet, dass der Ausbau nach dem Willen des Bundes erfolgt. Deshalb meine ich, momentan, obwohl der Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz mehr Beweglichkeit gibt als nur nach dem zivilrechtlichen Leitbild, was der Gesetzgeber vor Augen hat, dass der Referentenentwurf bisher noch nicht weit genug geht. Man müsste letzten Endes die Letztentscheidung des Bundes auf die Infrastruktur sichern. Zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich, das ist zweitrangig. Aber es müsste gesichert werden. Die Sicherung entlang der gängigen Leitlinie „strategisches oder operatives Geschäft“ würde dabei allerdings wohl nicht genügen.

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Kirchhof! Prof. Hüttemann!

Prof. Dr. Rainer Hüttemann: Vielen Dank, Herr Vorsitzender! Da ich ebenso wie Herr Kollege Kleindiek als Gesellschafts- und Bilanzrechtler gebeten worden bin, mich vorrangig zu der Frage des bilanziellen Ausweises der Anteile im Jahresabschluss der Deutschen Bahn AG zu äußern, möchte ich mich jetzt in meiner weiteren Stellungnahme, nachdem Herr Kleindiek schon gesprochen hat, darauf beschränken, Ihnen deutlich zu machen, weshalb ich zu einem etwas anderen Ergebnis gekommen bin und wo die unterschiedliche Bewertung ansetzt. Meine Damen und Herren, es geht hier um die Frage, ob die Anteile an den Gesellschaften, die die Infrastruktur betreiben, auch nach der sogenannten Sicherungsübertragung, wie sie in dem geplanten Gesetz vorgesehen ist, im Jahresabschluss der Deutschen Bahn AG aktiviert werden können. Das Gesetz sieht eine solche Aktivierung oder Bilanzierung in § 1 Abs. 2 vor. Wir sind uns darüber einig, dass es sich hier nicht um eine Spezialregelung handeln kann, sondern nur auf geltendes Bilanzrecht Bezug genommen wird, so dass sich die Frage stellt, ob dieser Ansatz mit dem geltenden Rechnungslegungsrecht übereinstimmt. Das bestimmt sich für den Einzelabschluss nach dem Handelsgesetzbuch und für den Konzernabschluss nach dem Handelsgesetzbuch in Verbindung

mit den internationalen Rechnungslegungsvorschriften. Was nun zunächst die Frage des Ausweises angeht, ist im Bilanzrecht seit langem anerkannt, dass für den bilanzmäßigen Ausweis nicht nur das rechtliche Eigentum, sondern in bestimmten Konstellationen auch eine wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit ausreichen kann. Der Entwurf geht davon aus, man habe hier einen Fall einer Sicherungsübertragung, wie er im Gesetz im § 246 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich erwähnt ist, vor sich. Herr Kleindiek und ich sind uns darüber einig, dass ein solcher Fall nicht vorliegt. Das, was dort als Sicherungsübertragung bezeichnet wird, erfüllt die Merkmale einer Sicherungsübertragung nicht. Das bedeutet aber nun nicht zugleich, dass deswegen eine Aktivierung ausgeschlossen ist, sondern wir müssen weiter prüfen, ob nicht aufgrund der Umstände des Einzelfalls, gleichwohl von einer wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit der Anteile zur Deutschen Bahn AG auszugehen ist. Das hängt davon ab, zu Einzelheiten vielleicht später, im Kern, ob die Deutsche Bahn AG trotz fehlenden Eigentums auch zukünftig eine hinreichend gesicherte Nutzungsmöglichkeit an den Anteilen hat und insoweit einem rechtlichen Eigentümer gleichzustellen ist. Bevor ich auf diese Frage eingehe, lassen Sie mich einen Punkt ganz allgemein an dieser Stelle einfließen. Wir sind uns, glaube ich, alle darüber einig, dass der vorliegende Entwurf versucht - Herr Kollege Uerpmann hatte das als die Quadratur des Kreises bezeichnet - aus einer Sache zwei zu machen. Es wird hier versucht, die Anteile an den Infrastrukturunternehmen in rechtlicher Hinsicht dem Bund und in wirtschaftlicher Hinsicht der Deutschen Bahn AG zuzuordnen. Meine Damen und Herren, eine Gestaltung, die von vornherein darauf angelegt ist, zwei Personen zugleich eigentümerähnliche Rechte zuzubilligen, ist erheblichen Unsicherheiten ausgesetzt. Und ich möchte deswegen auch mein Ergebnis meiner Stellungnahme nicht so verstanden wissen, dass, und das sehen Sie ja schon an den unterschiedlichen Aussagen, dass das eine sehr geeignete Grundlage für eine Kapitalmarkteinführung eines Unternehmens ist, wenn man sich über die Frage, was im Jahresabschluss auszuweisen ist, unter den Experten nicht vollständig einig ist. Jetzt lassen Sie mich aber kurz sagen, warum ich im Ergebnis doch meine, dass die im Entwurf vorgesehene Bilanzierungspraxis mit geltendem Recht übereinstimmt. Es geht im Wesentlichen um zwei Fragen: Sind die Einflussmöglichkeiten der Deutschen Bahn aufgrund der Stimmrechtsvollmacht so stark eingeschränkt worden, durch die Vorbehalte im § 2 bis 4, dass man der Meinung sein muss, hier wird nicht mehr die volle Nutzungsmöglichkeit verschafft. Meines Erachtens ist das deshalb nicht der Fall, weil diese Vorbehalte im Kern darauf

abzielen, eine ohnehin auf dem Infrastrukturunternehmen lastende Allgemeinverantwortung durch Gestaltung abzusichern. Das ist auch bei normalen Sicherungsübergängen so, dass man sich als Sicherungsnehmer davor absichert, dass der Sicherungsgegenstand wesentlich umgestaltet wird. Dann bleibt die Frage des Wertausgleiches. Es ist ja hier kein Rückfall an die Deutsche Bahn vorgesehen, sondern der Bund kann die Anteile auch dauerhaft behalten und muss dann einen Wertausgleich liefern. Hier ist die Frage entscheidend, auch das wird vielleicht im Weiteren noch zu vertiefen sein, ob die vorgesehene Wertausgleichsregelung im § 7 dem entspricht, was man für ein wirtschaftliches Eigentum verlangen muss, nämlich einen Ausgleich des wirklichen Werts der Anteile, so dass der, der zwar nicht rechtlicher Eigentümer ist, jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht alles das, was er in der Zeit der so genannten Sicherungsübertragung hat nutzen können, bei einem Entzug der Anteile wirtschaftlich behalten kann. Meines Erachtens sind die Modifikationen im Gesetz dadurch gerechtfertigt, dass es sich beim Netzbetrieb um einen dauerdefizitären Betrieb handelt, der ohnehin nur von Subventionen lebt. Und der Verkehrswert subventionsabhängiger Unternehmen, meine Damen und Herren, der ist nicht höher als der Wert der Subvention selbst. Das ist meines Erachtens der Grund, der die Einschränkung trägt. Meines Erachtens bedeutet das, dass die Aktivierung zwar zu bejahen ist, aber auf der Bewertungsseite gegebenenfalls zu erheblichen Abschlägen führen kann, nämlich immer dann, wenn die Weitersubventionierung fraglich wird. Dann sind diese Anteile im Jahresabschluss der Deutschen Bahn entsprechend zu bewerten. Auch das ist zu berücksichtigen, wenn es um die Kapitalmarktorientierung dieses Vorschlages geht. Letztlich hängt der Wert der Anteile von der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung ab. Wenn Sie das für den Einzelabschluss so sehen, dann müssen Sie es konsequenterweise auch für den Konzernabschluss sehen. Ich glaube, darüber sind wir uns auch einig. Die Bewertung auf der einen Ebene entspricht, ohne Ihnen jetzt die Einzelvorschrift vorführen zu wollen, auch der Bewertung für die Frage des Ausweises im Konzernabschluss. Dankeschön!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Hüttemann! Prof. Dr. Hermes, Sie haben das Wort!

Prof. Dr. Georg Hermes: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordneten! Was den verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt der Prüfung angeht, kann ich auf die Ausführungen der Kollegen Uerpmann-Witzack und Kirchhof verweisen. Es geht also im Kern um

die Frage, ob der Einfluss des Bundes nach dem jetzt vorgeschlagenen Modell ausreichend intensiv und ausreichend stark ist. Und ich komme nach meiner Prüfung zu dem klaren Ergebnis, dass diese Frage zu verneinen ist. Und deswegen verstößt der vorliegende Entwurf gegen Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG. Die Einzelheiten der auch gesellschaftsrechtlich fundierten Begründung, warum der Einfluss des Bundes zu vermittelt und zu stark eingeschränkt ist, erspare ich mir und verweise insofern vielleicht auf spätere Nachfragen. Ich möchte mich stattdessen mit zwei Argumenten auseinandersetzen, die vorgetragen werden, um die Verfassungsmäßigkeit des vorliegenden Entwurfs zu halten. Es sind im Wesentlichen zwei Argumente. Das erste Argument lautet: Der Bund darf gar keinen Einfluss auf die Infrastrukturunternehmen nehmen, deshalb, weil in Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG steht, dass die Eisenbahnen - einschließlich der Infrastrukturunternehmen - als Wirtschaftsunternehmen zu führen sind. Und deswegen geht dieses Argument davon aus, wenn der Bund Einfluss nimmt, dann ist es ein nichtwirtschaftlicher, aus öffentlichen Interessen begründeter Einfluss und der würde automatisch in Widerspruch zu diesem Wirtschaftlichkeitsgebot stehen. Dieses Argument, meine Damen und Herren, ist erstens in seiner Grundstruktur schlicht und ergreifend zu einfach. Es geht nämlich schlicht und ergreifend davon aus, es gibt nur zwei Möglichkeiten, entweder öffentliches Interesse oder wirtschaftliches Interesse. Es sagt nämlich, wenn die DB Netz AG - oder ein beliebiges sonstiges Eisenbahninfrastrukturunternehmen - sich wirtschaftlich verhält, dann ist dieses wirtschaftliche Verhalten per se inkompatibel mit öffentlichen Interessen. Das widerspricht alles dem, was wir in den letzten 20 Jahren gelernt haben, über die Formen von wirtschaftlicher Wahrnehmung öffentlicher Interessen, und kann vor diesem Hintergrund nicht akzeptiert werden. Zweitens läuft dieses Argument darauf hinaus, den Schienenwegvorbehalt des Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG zu ignorieren. Das Argument wirft nämlich die Frage auf: Ja aber warum sagt denn dann die Verfassung, dass der Bund die Mehrheit halten soll, wenn er mit dieser Mehrheit überhaupt nichts machen kann, denn er darf keinen Einfluss nehmen, denn das würde dem Wirtschaftlichkeitsgebot widersprechen. Die Antwort, die darauf geliefert wurde: Ja, die Funktion dieses Schienenwegvorbehalts ist allein die, sicherzustellen, dass die DB Netz und andere Eisenbahninfrastrukturunternehmen solche des Bundes bleiben, also Eisenbahnen des Bundes im Sinne des Art. 73 GG und des Art. 87e Abs. 4 GG. Denn, wenn mehr als die Hälfte der Anteile an Private veräußert würde, dann wäre die DB Netz AG keine Eisenbahn des Bundes mehr. Und wenn sie keine Eisenbahn des

Bundes mehr ist, dann hat der Bund auch nach Art. 87e Abs. 4 GG keine Gewährleistungsverantwortung mehr. Das lässt sich auf den ersten Blick hören, ist aber im Ergebnis falsch. Warum? Es ist deshalb falsch, weil, wenn das der einzige Sinn des Schienenwegevorbhalts wäre, dann hätte sich der verfassungsändernde Gesetzgeber im Jahr 1993 darauf beschränken können, zu sagen, der Bund kann sämtliche Anteile, auch an den Schienenwegeunternehmen, verkaufen und seine Infrastrukturgewährleistungsverantwortung nach Absatz 4, die ist eben dann nicht nur bezogen auf die Eisenbahnen des Bundes, sondern auf alle Infrastruktur- und Verkehrsunternehmen, so wie er auch im Telekommunikationsbereich durch Regulierung sicherstellt, dass alle flächendeckend mit angemessenen Dienstleistungen im Telekommunikationssektor versorgt sind. Genau dieses Modell ist der verfassungsändernde Gesetzgeber 1993 aber gerade nicht gegangen und diese Entscheidung muss man ernst nehmen und deswegen ist das Argument, der Bund dürfe gar keinen Einfluss auf seine Eisenbahninfrastrukturunternehmen nehmen, nicht tragfähig. Das zweite Argument zur Begründung der Verfassungsmäßigkeit lautet: Der Bund hat doch genug Einfluss. Und zwar wird dieses Argument noch mit zwei Aspekten begründet. Zum einen wird behauptet: Ja, nach der derzeitigen Situation, in der der Bund noch 100-prozentiger Anteilseigner der DB AG ist, sei der Einfluss auf seine Infrastrukturunternehmen ja auch nur ein vermittelter, nämlich durch das Holdingmodell im Konzern. Dazu genügt der knappe Hinweis: Der derzeitige Einfluss des Bundes auf die DB insgesamt, und auf die DB Netz als Eisenbahninfrastrukturunternehmen insbesondere, ist durch keine – und da lasse ich mich gerne durch die Gesellschaftsrechtler, der ich nicht bin, korrigieren – wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Hindernisse gehemmt. Jedenfalls nicht, was die Personalentscheidungen auf allen Ebenen der DB angeht. Der zweite Aspekt dieses Argumentes, das lautet „der Bund hat doch genug Einfluss“, beinhaltet: Wenn auch die Position als Eigentümer und als Mehrheitsaktionär stark eingeschränkt und vermittelt sein mag, dann wird jedenfalls diese Einschränkung durch Regulierung von außen kompensiert, durch Kontrollen, Verträge, Verwaltungsakte, Überwachungsbefugnisse etc. Meine Damen und Herren, dieses Argument verkennt meines Erachtens die Systematik des Art. 87e GG grundlegend. Der Art. 87e GG sagt eben zwei Sachen: In Absatz 4 sagt er: Der Bund soll durch moderne Regulierung, durch eine funktionsfähige Bundesnetzagentur, durch ein Eisenbahnbundesamt etc. seine Gewährleistungsverantwortung wahrnehmen. Und im Absatz 3 sagt er, und dass war genau der Kompromiss aus dem Jahr 1993: Wir wis-

sen noch nicht, ob das wirklich funktioniert. Und deswegen haben wir eine Sicherung eingebaut, sozusagen eine Art Auffangverantwortung oder Sicherungsverantwortung, und das ist die Verantwortung, die der Bund als Eigentümer wahrnimmt. Und deswegen kann man die Regulierung – insofern unterscheide ich mich von Herrn Kirchhof –, den Einfluss des Bundes nicht nur durch Regulierung von außen sicherstellen, sondern muss sie, jedenfalls auch als Auffangssicherung, von innen, aus der Eigentümerposition heraus, sicherstellen. Danke!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Hermes! Prof. Dr. Gersdorf!

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Abgeordnete! Es fügt sich sehr gut, dass ich direkt im Anschluss an Herrn Kollegen Hermes sprechen darf. Ich komme zu dem diametral entgegengesetzten Ergebnis, dass der Referentenentwurf verfassungskonform ist, weil erstens der Gesetzgeber nicht verfassungsrechtlich verpflichtet ist, die notwendige Infrastruktursicherungsaufgabe durch internen, durch gesellschaftsrechtlichen Einfluss zu erfüllen und weil zweitens der Referentenentwurf nicht zu einer Schmälerung der Einflussnahmemöglichkeiten des Bundes im Vergleich zum Status quo, nicht zu irgendeinem anderen Modell, sondern im Vergleich zum Status quo, führt. Zum ersten Punkt: Um diese These, dass der Gesetzgeber von Verfassungswegen nicht verpflichtet ist, gerade den Weg des internen gesellschaftsrechtlichen Einflusses zur Erfüllung seiner Infrastruktursicherungsaufgabe zu erfüllen, muss man ein wenig ausholen, aber auch nur ein wenig. Zunächst einmal: Sowohl der Schienenwegevorbalt als auch die Infrastruktursicherungsaufgabe sind auf Forderung des Bundesrates in das Grundgesetz aufgenommen worden. Beide stehen in einem engen funktionalen Zusammenhang: Dies ist im Einzelnen unstrittig. Unstrittig ist auch, wenigstens so, wie ich es bislang gesehen habe, im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, dass der Bund bei Verwirklichung seines Infrastruktursicherungsauftrags nach Art. 87e Abs. 4 GG, einen sehr breiten Gestaltungsspielraum hat. Dies deswegen, weil die Begriffe, die der Gesetzgeber, der Verfassungsgeber verwendet - Wohl der Allgemeinheit, Berücksichtigung von Verkehrsbedürfnissen -, alles unbestimmte Rechtsbegriffe sind, die der näheren Konkretisierung bedürfen, die selbst nicht durch die Verfassung konkretisiert sind. Dies ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Niveau der Infrastruktursicherung näher zu konkretisieren. Aber daran erschöpft sich der Gestaltungsspielraum nicht, sondern der Gestaltungsspielraum – das ist auch nichts Besonderes im Verfassungsl-

ben – bezieht sich nicht nur auf das „Ob“, sondern dann ja gleichsam erst recht auf das „Wie“, also auf die Instrumente, die der Gesetzgeber bei der Verwirklichung des Infrastruktursicherungsauftrages einsetzt. In welchem Verhältnis steht dies nun zum Schienenweegevorbehalt oder Mehrheitseigentumsgebot des Art. 87e Abs. 3 GG? Zunächst einmal, das ist unstrittig: Der Schienenweegevorbehalt dient der Verwirklichung des Absatzes 4, des Infrastruktursicherungsauftrages. Er ist funktional auf dieses Ziel bezogen. Was bedeutet das nun? Und hier kann ich an das ich anknüpfen, was Herr Kollege Hermes eben gesagt hat: Das Mehrheitsgebot ist deswegen erforderlich, weil der Infrastruktursicherungsauftrag nach Absatz 4 sich beschränkt, sich bezieht auf Eisenbahnen des Bundes. Das ist der Unterschied zu anderen Netzwirtschaften. Ich möchte das jetzt hier nicht näher ausführen. Er ist also reduziert auf Eisenbahnen des Bundes. Eisenbahnen des Bundes wiederum sind nur solche Eisenbahnen, die im Mehrheitseigentum des Bundes stehen. Es sollte also durch den Schienenweegevorbehalt verhindert werden, dass der Bund im Zuge der Privatisierung gleichsam sich seiner Infrastruktursicherungsaufgabe nach Absatz 4 entledigen könnte. Er wird also, wenn man dazu kommt, dass hieraus keine Einwirkungspflicht erfolgt, aus dem Schienenweegevorbehalt, deswegen nicht gegenstandslos. Das ist die entscheidende Funktion des Schienenweegevorbehalts. Ich möchte jetzt nicht im Einzelnen auf den Einwand des Kollegen Hermes eingehen. Aber es ist müßig, zu fragen, wie hätte der Gesetzgeber es denn auch anders regeln können. Er hat sich nun mal im Absatz 4 für eine Reduzierung des Infrastruktursicherungsauftrages auf Eisenbahnen des Bundes beschränkt. Und deswegen musste er, um diese Aufgabe dauerhaft sicherstellen zu können, eben diesen Schienenweegevorbehalt des Mehrheitseigentumsgebots in die Verfassung, in den Absatz 3 aufnehmen. Es folgt aber, meine Damen und Herren, aus diesem Schienenweegevorbehalt keine Verpflichtung zur Einwirkung, zur gesellschaftsinternen Einwirkung auf die Infrastrukturunternehmen. Ich betone, keine Verpflichtung. Selbstverständlich kann der Gesetzgeber diesen Weg beschreiten. Es wäre nicht per se verfassungswidrig, wengleich hier andere kollidierende Verfassungsgüter - Unternehmensautonomie, Wirtschaftlichkeitsgebot - sehr wohl immer mit zu berücksichtigen sind. Aber das entscheidende ist, er ist hierzu nicht verpflichtet. Warum nicht? Das folgt aus der funktionalen Verklammerung des Schienenweegevorbehalts mit dem Leitziel des Absatzes 4. Da Abs. 4 keinen ganz bestimmten Weg festschreibt, kann der Schienenweegevorbehalt, der funktional seinem Sinngehalt nach, eben auf die Verwirklichung

dieses Infrastruktursicherungsauftrages bezogen ist, eben eine solche Verpflichtung auch nicht begründen. Es stellt nur eine Möglichkeit dar, eine Option dar, die gewählt werden kann, aber nicht zwingend gewählt werden muss. Er kann sich auch für ein anderes Steuerungsmodell entscheiden, dass er den Schwerpunkt auf die äußere, auf die externe Steuerung des Infrastrukturunternehmens legt. Hierin, meine Damen und Herren, das ist, glaube ich, auch in diesem Zusammenhang außerordentlich wichtig zu erwähnen, steht der maßgebliche Unterschied zur Flugverkehrsverwaltung. Die Flugverkehrsverwaltung ist Bestandteil der Bundesverwaltung. Hier dürfen interne Steuerungsdefizite nicht kompensiert werden durch externe Steuerung. Zu Recht ist deswegen der Gesetzesvorschlag beim Bundespräsidenten gescheitert. Soviel möchte ich nur dazu sagen. Aber, das ist unstrittig, Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnverkehrsunternehmen gehören nicht mehr zur Bundesverwaltung. Das war das Kernanliegen der Verfassungsreform, meine Damen und Herren, die Infrastruktur und auch die Verkehrsunternehmen aus der Bundesverwaltung herauszulösen und sie zu übertragen auf Unternehmen in einer Organisationsform des Privatrechts, mit der Rationalität eines Wirtschaftsunternehmens. Zweiter Punkt: Der Referentenentwurf ist auch deswegen nicht verfassungswidrig, und jetzt wird es relativ klar und für jeden, denke ich, verständlich, schlicht und ergreifend deswegen, weil die gesellschaftsinternen Einflussnahmemöglichkeiten, gemessen an dem Status quo, an dem Zustand, den wir derzeit haben, nicht geschmälert werden. Jetzt lernt man im ersten Semester schon – wenigstens bei mir – das einfache Recht kann die Verfassung nicht auf den Kopf stellen. Das einfache Recht gilt nach Maßgabe des Verfassungsrechts und nicht umgekehrt das Verfassungsrecht nach Maßgabe des einfachen Rechts. Wie kann man denn deswegen gleichwohl argumentieren, die Einflussnahmemöglichkeiten müssen schon deswegen nicht so weit gehen, weil sie nach dem derzeitigen Modell schon gar nicht so weit reichen. Ganz einfach: weil das einfache Recht parallel zur Verfassungsänderung im Jahr 1993 beraten und verabschiedet worden ist. Das Verfassungsrecht ist in Kraft getreten, der Art. 87e GG, am 23. Dezember 1993. Eine Woche später, am Neujahrstag 1994, ist das einfache Recht in Kraft getreten. Man kann wohl kaum behaupten, dass der derzeitige Zustand verfassungswidrig ist. Es waren dieselben Parlamentarier, die sowohl die Verfassung geändert haben, als auch das einfache Recht geschaffen haben. Also muss man sich bei der Bestimmung dessen, was aus dem Schienenweegevorbehalt an Forderungen zu entwickeln ist, immer fragen, wären diese Forderungen in der jetzigen Konstruktion über-

haupt realisierbar. Das ist der entscheidende Punkt, das entscheidende verfassungsrechtliche Problem.

Stellvertretender Vorsitzender: Herr Prof. Gersdorf, achten Sie ein bisschen auf die Zeit. Ich habe zwar allen immer eine Zulage gegeben, aber jetzt sind wir doch

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf: Ich schließe ab mit dem Satz: Da das derzeitige, geltende Modell mit dem Verfassungsrecht im Einklang steht, das angedachte künftige Modell nicht weniger Einwirkungsmöglichkeiten eröffnet, sondern im Gegenteil sogar eher mehr Einwirkungsmöglichkeiten eröffnet, kann der Referentenentwurf nicht verfassungswidrig sein. Herzlichen Dank!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Gersdorf! Und jetzt haben wir last but not least Prof. Fehling.

Prof. Dr. Michael Fehling: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, sehr geehrte Abgeordnete! Auch ich komme hier von der verfassungsrechtlichen Fraktion, beschränke mich also natürlich auf diesen Teilbereich, und komme letztlich ebenfalls zu dem Ergebnis, wie die Kollegen, mit Ausnahme von Herrn Gersdorf, dass zwar ein Eigentumssicherungs- oder Treuhandmodell grundsätzlich möglich wäre, verfassungsrechtlich, aber in der konkreten Ausgestaltung den Anforderungen des Art. 87e GG, vor allem des Abs. 3 in Verbindung mit dem Abs. 4, nicht gerecht wird. Ich habe einige Sympathien für den verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt des Kollegen Gersdorf, nämlich dahingehend, dass man der Verfassung als bloßer Rahmenordnung, zumal wenn es so ein schwieriger politischer Kompromiss war, wie damals der Art. 87e GG, keine zu konkreten Vorgaben entnimmt, wie ganz genau die Einflusskanäle des Bundes auf das Infrastrukturunternehmen ausgestaltet sein müssen. Klar scheint mir aber, dass vom Einflussniveau her – denn sonst würde die Klausel des Absatzes 3 keinen Sinn mehr machen – ein Einfluss gesichert werden muss, der in der Summe etwa dem entspricht, was ein Mehrheitseigentümer bei einer privaten Gesellschaft sonst hätte, sei das nun über interne Kanäle, sei es ein Stück weit kompensatorisch über externe Kanäle, da scheint mir Spielraum zu sein, aber im Niveau nicht. Niveau bedeutet in dem Zusammenhang einerseits Einfluss auf personelle Entscheidungen, das ist natürlich insbesondere dann die Besetzung des Aufsichtsrats, und andererseits aber auch Einfluss auf sachliche Unternehmensentscheidungen, wie sie ja auch sonst mit einem Aktienmehrheitseigentümer verbunden sind. Wenn wir uns jetzt die Einflusskanäle anschauen, dann sind das eigent-

lich drei Stück. Das ist einerseits der klassische gesellschaftsinterne Einfluss. Da haben wir hier die sehr schwache Stellung des Bundes im Aufsichtsrat der Eisenbahninfrastrukturunternehmen, wo bei der DB Netz drei von zehn, also das Ganze von mehrheitseigentümerähnlicher Stellung weit entfernt ist. Dann haben wir als zweites personell den mittelbaren Einfluss, den Herr Gersdorf noch sehr hoch gehalten hat, über die DB AG. Da kann man nur sagen: Das kann funktionieren. Nur, Sicherungen für diesen Einfluss kann ich in diesem Entwurf an keiner Stelle erblicken. Denn über die DB AG als solche steht da nur, der Bund bleibt Mehrheitseigentümer. Anderen Einfluss, wie der dann aussieht, sieht man nicht. Wenn wir jetzt sehen, dass schon beim Infrastrukturunternehmen ja gesagt wird, politisch, wir können aus bilanzrechtlichen und aus betriebswirtschaftlichen Gründen den Einfluss des Bundes nicht besonders hoch ausgestalten, das gleiche Argument scheint mir dann hinterher beim Mehrheitseigentümer der DB AG auch zu kommen, so dass man sich also von der Einflusssschiene auch realiter nicht unbedingt sehr viel versprechen kann. Was die Sachentscheidungen angeht, unternehmensextern, gibt es diese Zustimmungsvorbehalte im Entwurf, die sind aber ja auch auf ganz wesentliche Dinge beschränkt. Also einen wirklich steuernden Einfluss kann man damit nicht ausüben. Zweiter Kanal wäre die ganze externe Regulierung, also Bundesnetzagentur, Eisenbahnbundesamt. Das hat aber mit unserem Thema wenig zu tun. Das ist im wesentlichen Sicherheit, Eisenbahnbundesamt, und Wettbewerb, Bundesnetzagentur. Aber für die Instandhaltung und den Ausbau der Infrastruktur als solches bringt das nichts. Dann hängt also letztendlich alles an substantiellem Einfluss des Bundes an dieser Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung. Da muss man eben sehen, dass sind die Argumente, die ja in der Diskussion, auch in der schriftlichen, schon häufig gekommen sind. Wir haben erstens längst nicht alles darin festgelegt. Es bleibt vor allem auch das Risiko, dass sozusagen selektiv instandgesetzt wird, dass eben zu Lasten von Wettbewerbern Strecken vernachlässigt werden, die für Wettbewerber interessanter sind als für die DB. Es bleibt das Risiko der extrem langen Laufzeit, selbst wenn es nur 15 Jahre und nicht 25 wären. In 15 Jahren kann viel passieren, kann auch verkehrspolitisch sehr viel passieren. Da müssten zumindest Nachsteuerungsmöglichkeiten sein, im Sinne von Anpassungsrechten oder ähnlichem. Und dann bleibt noch das ganz zentrale Risiko: Wie kann man überhaupt entdecken, wenn irgendetwas schief läuft? Ich sehe das große Risiko, dass eben, wie es ja auch schon geschrieben wurde, die Bahn intern über ihr Netz sehr viel weiß, aber der Bund, der dann hier auch quasi

extern dem Infrastrukturunternehmen weitgehend gegenüber steht, sehr wenig weiß. Es ist sicherlich keine Option, dass das Eisenbahnbundesamt dauernd mit Messwagen über die Strecken rollt, um da den Streckenzustand flächendeckend zu erkunden. Im Gegensatz, einem gewissen Gegensatz, zum Kollegen Kirchhof, würde ich sagen, die Sanktionsmechanismen, auch wenn es nur Haftungsmechanismen sind, die sind schon gar nicht so schlecht. Nur, die Sanktionen greifen erst dann, wenn wirklich entsprechend Verstöße auch festgestellt wurden. Die Berichtspflichten der Bahn lesen sich auf dem Papier auch sehr schön, aber Papier ist eben geduldig. Ich wäre mir nicht so sicher, ob man darauf voll vertrauen kann. Also, in der Summe bleiben aus meiner Sicht alle drei Einflußstränge relativ schwach ausgeprägt. Und das entspricht auch in der Summe nicht dem, was man als Leitbild des Mehrheitseigentümers fordern müsste. Wenn man das Modell beibehält, müsste da in der Tat erheblich nachgebessert werden. Und dann bleibt das, was schon Herr Kollege Uerpmann und Herr Kollege Kirchhof ja zu Recht auch als Quadratur des Kreises bezeichnet haben, Herr Hüttemann auch: Einerseits soll es sozusagen bilanziell Eigentum bei der DB AG sein, andererseits aber doch vom Einfluss her beim Bund. Und wie das genau funktionieren soll, da scheinen mir massive Risiken zu bleiben. Vielen Dank!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank Prof. Fehling. Wir kommen dann jetzt zur Berichterstatterrunde. Da wir als Berichterstatter den Kollegen Enak Ferlemann benannt hatten, würde ich ihn bitten, auch zu beginnen. Dann würde ich vorschlagen, dass die FDP – ich weiß jetzt nicht wer von den Kollegen das übernimmt – Patrick Döring. Dann habe ich die Meldung von Uwe Beckmeyer. Gehe ich recht in der Annahme, dass der Kollege dann spricht. Dann habe ich die Kollegin Menzner und dann den Kollegen Hermann in der Reihenfolge. Bitte! Kollege Ferlemann hat das Wort! Noch eine Bitte, wir wollen ja auch relativ stringent durchdiskutieren, deswegen bitte möglichst auf Ko-Referate verzichten, kurze knappe Fragen! Die Fünf-Minuten-Regel gilt auch für die Kolleginnen und Kollegen. Ansonsten sitzen wir vielleicht noch um Mitternacht hier. Ich weiß aber, dass Prof. Hermes heute noch nach Frankfurt muss, also sollten wir darauf Rücksicht nehmen.

(Zwischenrufe)

Stellvertretender Vorsitzender: Ich will nur auf die Konsequenzen hinweisen. Lieber Kollege Uwe Beckmeyer, wir brauchen hier gar nicht irgendetwas vom Zaun zu brechen, Sie haben Möglichkeiten zu fragen, bis wir hier

aufstehen, Last Men Standing! Kollege Ferlemann!

Abg. Enak Ferlemann: Herzlichen Dank, Herr Vorsitzender! Ihnen herzlichen Dank für die aufschlussreichen Ausführungen und auch die schriftlichen Erläuterungen, die Sie uns dankenswerter Weise schon zur Verfügung gestellt haben. Es stellen sich für mich im Wesentlichen zwei Fragen. Die eine Frage zu dem heutigen Zustand, weil der ja wichtig ist, auch um die Zukunft beurteilen zu können. Wie schätzen Sie das heutige Verhältnis zwischen dem Infrastrukturauftrag auf der einen Seite und dem Handeln der DB AG als Wirtschaftsunternehmen auf der anderen Seite ein. Wem ist der Vorschlag eigentlich grundsätzlich verpflichtet? Dem Infrastrukturauftrag oder dem Auftrag, ein erfolgreiches Wirtschaftsunternehmen zu führen? Und würde daran gegebenenfalls eine Teilprivatisierung etwas ändern? Zweite Frage. Bis auf eine Ausnahme haben Sie alle sehr kritisch den Referentenentwurf, so wie er vorliegt, gesehen. Halten Sie es für möglich, diesen Referentenentwurf so zu überarbeiten, dass er, das war ein schönes Zitat, den Hafen der Verfassungsmäßigkeit erreicht, einerseits, aber andererseits dann auch die Bilanzierungsfähigkeit nicht gefährdet? Oder würden sie für einen völligen Neuanfang plädieren?

Stellvertretender Vorsitzender: Ja, vielen Dank, Kollege Ferlemann! Kollege Döring!

Abg. Patrick Döring: Herr Vorsitzender, liebe Kolleginnen und Kollegen! Erst einmal herzlichen Dank für die ja zum Teil auch sehr unterschiedlichen, darum umso interessanteren Darstellungen. Ich will zunächst auf das zurückkommen, was Herr Prof. Dr. Fehling zuletzt angesprochen hat, und das einige der Verfassungsrechtler von der einen oder anderen Seite beleuchtet haben. Deshalb wäre ich auch dankbar, wenn alle diejenigen, die sich mit der Frage, wie viel Einfluss hat denn jetzt der Bund, wenn es denn so käme... Schon im Primon-Gutachten, auch in anderen Unterlagen, wird immer wieder darauf hingewiesen, dass eine Mehrheit von durch den Bund benannten Mitgliedern im Aufsichtsrat aus Kapitalmarktgesichtspunkten wohl nicht akzeptiert würde. Also, obwohl man mit 51 Prozent Eigentum natürlich alle Aufsichtsratsvertreter der Arbeitgeberseite dominieren könnte, könnte es sein, dass diejenigen, die die 49 Prozent haben, das nicht so witzig finden. Also, noch einmal die Frage, vor dem Hintergrund, dass diese Aussagen sich überall finden, auch in Papieren des Lenkungsausschusses der Koalition, aus denen ich hier vorgelesen habe: Spricht diese Einschätzung dafür, dass tatsächlich über die 51-Prozentregelung der Bund

genügend Einfluss ausüben kann. Und ist das tatsächlich mit der jetzigen Situation vergleichbar, wo der Bund alle Aufsichtsratsmitglieder bestellen kann und das auch tut, weil er der einzige Eigentümer ist? Und ist das Argument tatsächlich stichhaltig, dass sich nichts verändert, im Vergleich zur jetzigen Situation. An Herrn Prof. Dr. Hüttemann habe ich eine konkrete Frage. Sie haben, anders als Ihr Kollege, ja gesagt, man kann es bilanzieren, aber gleichwohl haben Sie einschränkend gesagt, die Konstruktion, dass eine Sache zweien gehört, ist sicher nicht der optimalste Weg, aus Ihrer Sicht. Vielleicht können Sie da noch mal erläutern, warum Sie diesen Weg in Ihrer ausführlichen Stellungnahme als eher ungeeignet charakterisiert haben.

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Kollege Döring! Jetzt haben wir den Kollegen Uwe Beckmeyer!

Abg. Uwe Karl Beckmeyer: Meine sehr geehrten Damen und Herren, liebe Sachverständige! Wir sind ja momentan in einem Prozess, der vielleicht für die Frage Deutsche Bahn AG und die Zukunft dieses Unternehmens, auch im Rahmen des entsprechenden Grundgesetzartikels 87e, vielleicht Geschichte schreibt. Insofern sind Sie jetzt Teil dieser Geschichte und Sie können sie dann anschließend kommentieren. Wir sind ja ein Teil des Verfassungsorgans. Und insofern werden wir natürlich auch genau diesen Prozess hier jetzt vorantreiben. Wichtig ist erstmal, festzuhalten, dass das Oppositionsrecht hier heute entsprechend auch zum Tragen kommt, indem eine Anhörung auf Antrag der Liberalen stattfindet. Das ist ihr gutes Recht, sie hatten das beantragt und wir haben dem zugestimmt. Festzuhalten bleibt aber, dass es auf Basis eines Referentenentwurfes, eines noch nicht zwischen den entsprechenden Häusern der Bundesregierung abgestimmten Entwurfes geschieht. Das möchte ich einfach an dieser Stelle auch hervorheben, weil draußen in der Öffentlichkeit, durch wen auch immer veranlasst, der Eindruck entsteht, als würden wir hier heute schon über fertige Papiere sprechen. Das ist objektiv nicht der Fall, sondern wir sind in einem Diskussionsprozess. Und ich verstehe auch die heutige Anhörung derart, dass dieser Diskussionsprozess mit Ihnen fortgesetzt wird. Insofern bitte ich einfach auch um Anregungen und auch um Fingerzeige, wie wir in einzelnen Bereichen diesen zugegeben anspruchsvollen Weg gehen, den der Deutsche Bundestag mit seiner Entschließung vom November 2006 vorgezeichnet hat. Denn das ist mit breiter Mehrheit im Parlament geschehen und das war sehr absichtsvoll. Und insofern meine ich, dass das Verfassungsorgan Deutscher Bundestag hier einen Fingerzeig

gegeben hat, in welche Richtung es gehen soll. Sicherlich nicht gegen die Verfassung, aber mit der Verfassung einen Weg zu finden, der sowohl dem Verfassungsauftrag gerecht wird als auch die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit des Unternehmens, das ja ein als Wirtschaftsunternehmen zu führendes Unternehmen sein muss, auch nach Grundgesetz, in vollem Maße gewährleistet. Nun habe ich, einfach um den einen oder anderen Punkt besser zu verstehen und vielleicht auch Fingerzeige zu erfahren, einzelne Fragen. Das gilt auch sicherlich für nachfolgende Kollegen, auch aus meiner Fraktion. Ich fand die Einlassung von Ihnen, Herr Prof. Hüttemann, sehr konstruktiv, weil Sie, ich sage mal, Hinweise gaben, in welcher Form denn solche spezialgesetzlichen Bilanzierungsvorschriften möglicherweise in Rede stehen. Die Frage ist eigentlich: Wieweit sind solche spezialgesetzlichen Bilanzierungsvorschriften zulässig und würden sie die Möglichkeit der Bilanzierbarkeit des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, bei der DB AG zum Beispiel, verbessern? Dann haben Sie weiter in Ihrem Schriftsatz auf der Seite 2 oben ausgeführt, unter dem Punkt 4, die Feststellung, dass es sich bei der Sicherungsübertragung nach § 1 und, und, und so weiter ..hier handelt es sich schließlich um eine Aktivierung der Anteile von Infrastrukturunternehmen im Jahresabschluss der DB AG..... als nicht grundsätzlich aus..... Die Frage ist: Woraus kann man schließen, dass unter diesen § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB auch Sicherungsübertragungen eigener Art fallen? Das ist eine Frage, die wir in diesem Zusammenhang haben. Ich habe eigentlich Fragen an die Professoren Hermes, Uerpmann-Witzack und Kirchhof: Wie beurteilen Sie eigentlich die allgemeine Situation, die jetzige Situation? Ist das nach Ihrer Einschätzung, so wie Sie sich eingelassen haben, hier am heutigen Nachmittag, konform oder wie läuft das? Oder haben Sie da eine Spezialmeinung zu?

Stellvertretender Vorsitzender: Ja, vielen Dank, Kollege Beckmeyer! Kollegin Menzner!

Abg. Dorothee Menzner: Danke Herr, Vorsitzender, liebe Kolleginnen und Kollegen, sehr geehrte Herren Sachverständige! Wir haben uns natürlich im Vorfeld sehr intensiv mit dem vorliegenden Referentenentwurf und auch mit Ihren schriftlichen Ausarbeitungen beschäftigt. Mir fallen da zu allen Komplexen, auch die jetzt von uns als Fragenkatalog an Sie übermittelt wurden, eine Menge Fragen ein. Ich fange jetzt einfach mal mit dem an, was mir auch nach Ihren mündlichen Vorträgen am dringlichsten erscheint. Aber das heißt nicht, dass die Fragen meiner Fraktion dann damit am Ende wären. Speziell möchte ich jetzt Herrn Prof. Hermes und Herrn Prof. Uerpmann-Witzack fra-

gen. Uns ist allen bekannt, die DB AG hält zu 100 Prozent Anteile am Infrastrukturunternehmen und die bisherige Eigentümerstellung des Bundes ist doch durch Schachtelbeteiligungen realisiert. Da ist jetzt meine Frage an Sie beide: Sind Sie der Ansicht, dass der derzeitige Einfluss des Bundes auf die Infrastrukturpolitik, und auch auf die Verkehrsangebote auf den Schienenwegen, durch diese Schachtelbeteiligung ausreichend gesichert ist oder eher nicht oder wie würden Sie das bewerten? Und zweitens: Welche strukturellen Defizite, meinen Sie, weist eine generelle Schachtelbeteiligung für den Teil auf, dass private Investoren an der DB AG beteiligt würden? Welche Auswirkungen hätte das? Und ich würde gerne auch noch einen zweiten Fragenkomplex nachschieben, und zwar zur Infrastruktur und Geschäftsbesorgung. Der diskutierte Entwurf sieht ja vor, dass im Falle des dauerhaften Verbleibs der Anteile an den Infrastrukturunternehmen beim Bund ein Wertausgleich zu zahlen wäre. Dieser Wertausgleich müsste dann von der Allgemeinheit aus Steuergeldern eines Tages wieder finanziert werden. Das Bundesjustizministerium deutet in seiner Stellungnahme auf Seite 6f an, dass die gesetzliche Übertragung der Anteile der DB AG an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen, wie sie im Entwurf vorgesehen sind, in jedem Falle ausgleichspflichtig sei. Teilen Sie diese Auffassung? Und falls ja, könnte man derartige Ausgleichsansprüche in irgendeiner Form ausschließen? Falls man sie nicht ausschließen könnte, bedeutet es dann nicht letztlich, dass bereits bei der Gründung der DB AG ein konstruktiver Fehler gemacht wurde. Denn dort wurde ja – wenn ich das als Nichtjuristin richtig verstehe – die Ursache für dieses doch etwas absurde Konsequenz gelegt, dass der Bund jetzt für sein damaliges Eigentum, dass er die ganze Zeit mit Steuergeldern ja auch unterhält, dann noch mal zahlen soll. Also, da hätte ich gerne noch mal von Ihnen beiden was, aber wer sich sonst dazu noch äußern will, das wäre auch willkommen.

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Kollegin Menzer! Kollege Hermann!

Abg. Winfried Hermann: Vielen Dank, Herr Vorsitzender! Vielleicht noch zunächst eine Vorbemerkung. Es waren ja alle Oppositionsfaktionen, die diese Anhörung beantragt haben. Und wir haben sie bewusst jetzt beantragt, weil seit längerer Zeit erstens ein Bundestagsbeschluss vorliegt, der an die Regierung einen Auftrag erteilt, einen bestimmten Gesetzentwurf vorzulegen, und zweitens, weil seit längerer Zeit ein bestimmtes Modell der Privatisierung auf dem Tisch liegt, seitens des Ministeriums, das so genannte Eigentumssicherungsmodell, oder, wie man auch sagen

könnte, wie kann man sich selbst enteignen und das anders nennen. Es gibt sozusagen eine bestimmte Konstruktion, die vorliegt, und das war für uns die wichtige, verfassungsrechtliche und handels- und bilanzrechtliche Frage: Ist der Auftrag der Mehrheit des Deutschen Bundestages, der da auf der einen Seite lautet: „Liebe Regierung, mache einen Gesetzentwurf, der klar sicherstellt, dass im Sinne des Grundgesetzes das Eigentum an Infrastruktur und die Verfügung beim Bund bleibt“ und gleichzeitig zu sagen „und sichere die Privatisierung zur Hälfte und sichere den integrierten Konzern, der beides in sich trägt“. Also die Frage, die ich an die Experten stelle: Ist es nicht schon vom Bundestag selbst her ein paradoxer Handlungsauftrag, den man letztlich nicht erfüllen kann? Denn, wenn man das Eigentum im Sinne der Verfassung absichern will, schränkt man weitgehend die Eigentumsrechte der zukünftigen hälftigen Eigentümer ein. Wenn man deren Rechte stärkt, schränkt man zwingenderweise die Rechte des Bundes ein. Wenn Sie dazu eine Lösung haben, Juristen sind ja findig, wäre ich Ihnen dankbar, wenn Sie das aufzeigen können, wie man diesen paradoxen Widerspruch auflösen könnte. Zu Herrn Gersdorf würde ich gerne noch sagen und fragen: Sie haben ja gesagt, es kann schon deswegen nicht verfassungswidrig sein, weil es auf jeden Fall nicht schlechter für den Bund wird als heute. Da könnte man auch sagen, schlechter kann es auch nicht werden. Insofern ist es kein starkes Argument. Oder Sie sagen vielleicht indirekt, die jetzigen Eigentumsrechte werden vom Bund faktisch nicht wirklich wahrgenommen, obwohl man sie hat, und deswegen ist es auch nicht schlimm, wenn man sie formal einschränkt. Aber auf der anderen Seite ist für mich nicht nachvollziehbar, wie man sagen kann, dass ein Volleigentümer, wie heute, gleichviel Rechte hat als ein Teileigentümer beim zukünftigen Modell, wo offenkundig ist, dass er auf jeden Fall nicht mehr die Hälfte der Aufsichtsräte stellt, dass er in wesentlichen Punkten nicht wirklich Entscheidungsbefugnis hat, dass er nicht mehr abberufen kann, etwa den Vorstand, also in allen wesentlichen Punkten erheblich geringere Rechte hat. Wie man das als gleichwertig bezeichnen kann, dass kann ich formal nicht nachvollziehen, ich kann es dann höchstens mit der Konstruktion „sie haben gemerkt, dass der Bund keine Rechte wahrnimmt, also kann man ihm diese ja auch gleich wegnehmen“.

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Kollege Hermann! Wir kommen jetzt zur Antwortrunde und im Anschluss daran geht dann die nächste Fragerunde los. Ich habe Wortmeldungen von den Kollegen Burkert, Bartol und Schwarzelühr-Sutter. Ich nehme Wortmeldungen entgegen und dann stellen wir wieder

fünf Fragen und machen dann wieder eine Antwortrunde, damit es auch für die Gäste nicht zu sehr ausufert. Ich würde bitten, dass wir wieder in der gleichen Reihenfolge beginnen. Prof. Uerpmann-Witzack, bitte!

Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Ich bin mehrfach direkt angesprochen worden. Und ich denke, die meisten Fragen gruppieren sich auch durchaus zu einem einheitlichen Komplex. Zunächst: Wie ist die heutige Situation? Wie ist die Deutsche Bahn AG heute positioniert, verfassungsrechtlich, zwischen Infrastrukturauftrag und Wirtschaftlichkeitsgebot? Nun, nach Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG ist die Deutsche Bahn AG als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form zu führen. Das heißt, dort gilt das Wirtschaftlichkeitsgebot. Der Infrastrukturauftrag, das scheint mir relativ eindeutig, richtet sich an den Staat, also an den Bund, nicht unmittelbar an die Deutsche Bahn AG. Der Bund hat ein relativ breites Instrumentarium, um diesem Infrastrukturauftrag nachzukommen. Ist ja heute auch schon gesagt worden. Es gibt die klassische öffentlich-rechtliche Regulierung, es gibt die Möglichkeit von vertraglichen Vereinbarungen und es gibt die Möglichkeit, von innen als Eigentümer, auf die Deutsche Bahn AG einzuwirken. Ich bin mit Herrn Gersdorf vollkommen einer Meinung, dass es keine verfassungsrechtliche Pflicht gibt, dass der Bund jederzeit von innen auch wirklich von seiner Eigentümerstellung Gebrauch macht. Aber der entscheidende Punkt des Art. 87e Abs. 3 GG ist, dass der Bund diese Möglichkeit behalten muss. Es muss die Option bestehen. Der Bund muss nicht davon Gebrauch machen, solange anderen Methoden greifen, aber er darf sich dieser Option nicht dauerhaft begeben. Ist die jetzige Situation verfassungskonform? Nun, zunächst ist nach der Verfassung eindeutig, dass Verkehr und Netz nicht getrennt werden müssen. Es darf ein integriertes Unternehmen geben. Das ergibt sich ganz eindeutig aus dem Wortlaut des Art. 87e Abs. 3 GG. Es ist auch immer gesagt worden, dass Schachtelbeteiligungen zulässig sind. Das geht auf Schmidt-Assmann und Röhl zurück, die ganz kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes einen - aus heutiger Sicht muss man sagen - sehr grundlegenden Artikel dazu geschrieben haben und die das näher ausgeführt haben. Davon haben wir, habe auch ich in meinem Kommentar beschrieben. Ich halte daran im Grunde auch noch fest. Wobei das eben in der damaligen Situation geschrieben worden ist - und immer noch heutigen Situation - des Alleineigentums des Bundes. Und dort, ich bin kein Gesellschaftsrechtler, aber ich gehe nach wie vor davon aus, dass als Alleineigentümer der Bund genug Einfluss auf die DB AG hat, um auch, wenn er

denn will, hinreichend auf die Infrastruktur durchzugreifen. Ob er hinreichend von diesen Möglichkeiten, die er hat, Gebrauch macht, ist eine andere Frage. Aber jedenfalls hat er rechtlich diese Möglichkeiten und damit sehe ich in der jetzigen Situation keine grundlegenden verfassungsrechtlichen Probleme. Die Probleme dieser Schachtelbeteiligung beginnen allerdings in dem Moment, in dem private Investoren beteiligt werden. Hier kommt insbesondere auch die Frage der Aufsichtsratsmitglieder für meine Begriffe mit ins Spiel. Wobei man diese sicherlich auch - im Aktienrecht, Gesellschaftsrecht fühle ich mich als Verfassungsrechtler relativ unwohl und eine richtig vertiefte Fachdiskussion zwischen Gesellschaftsrechtlern und Verfassungsrechtlern über diese Fragen beginnt erst. Es scheint mir ganz entscheidend zu sein, ob der Bund nach wie vor im Aufsichtsrat der Deutschen Bahn AG eine Mehrheit hat, das heißt, die Aufsichtsratsmitglieder auf der Seite der Eigentümer, der Anteilseigner vollständig bestimmen kann, mit der Folge, dass da gegebenenfalls der Aufsichtsratsvorsitzende von der Arbeitgeberseite den Stichtenscheid hätte. In diesem Fall sehe ich genug Durchgriff. Für den Fall aber, dass die Schachtelbeteiligung beibehalten wird, wie es ja das jetzige Eigentumssicherungsmodell letztlich vorsieht, und der Bund seine Aufsichtsratsmehrheit letztlich zu Gunsten der Beteiligung von privaten Investoren aufgibt, sehe ich nicht mehr, wie dann noch ein hinreichender Einfluss auf die Infrastrukturunternehmen, der bei einer Schachtelbeteiligung ja ohnehin ein mittelbarer nur ist, gewährleistet ist. Es bleiben zwei Fragen. Zum einen: Nachbesserung oder Neuanfang? Ein Neuanfang wäre sicherlich möglich und hätte den Vorteil, dass man dann wahrscheinlich einfach, wenn es denn politisch gewollt ist, zur auch verfassungsrechtlich und gesellschaftsrechtlichen guten Lösung kommen könnte. Nachbesserung sehe ich am ehesten beim Einfluss des Bundes über die Deutsche Bahn AG, also, den Schienenwegvorbehalt nicht so sehr über ein Sicherungseigentum zu verwirklichen, sondern über das fortbestehende Mehrheitseigentum an der DB AG. Dazu ist allerdings für meine Begriffe der jetzige § 1 des Deutsche-Bahn-Privatisierungsgesetzes, der nur den Verfassungswortlaut aufnimmt, zu wenig. Man müsste sich insbesondere Gedanken machen, dass schon im Gesetz hinreichend über den Aufsichtsrat der Einfluss auf den Vorstand des Konzerns, der Konzernmutter und damit auch mittelbar der Tochtergesellschaften, der Netzgesellschaft gewahrt wird. Letzter Punkt: Problem des Wertausgleichs. Könnte man einen Wertausgleich ausschließen? Nun, aus verfassungsrechtlicher Sicht habe ich dort bisher keine großen Bedenken. Die DB AG gehört bisher zu 100 Prozent dem Bund. Und unter

diesen Umständen sehe ich verfassungsrechtlich nicht, wieso man nicht den Konzern umstrukturieren, gegebenenfalls zerlegen können sollte, ohne das es Wertausgleiche gibt. Sicherlich wird die Situation in dem Moment anders, wo man einmal Private beteiligt. Dann ist der Staat an seine Spielregeln gebunden. Dann schafft er in dem Moment, wo tatsächlich privatisiert wird, gegebenenfalls Eigentumspositionen im Sinne von Art. 14, die gegenüber den privaten Investoren gewahrt werden müssen. Aber noch, wo keine Privatisierung erfolgt ist, hat - zumindest verfassungsrechtlich - der Bund freie Hand in der Gestaltung. Man wird sehen müssen, wieweit das Aktienrecht doch gewisse Bindungen vorgibt. Aber ich möchte mich nicht als Verfassungsrechtler dort zu sehr einmischen. Jedenfalls verfassungsrechtlich kann es letztlich keine unüberwindbaren Schwierigkeiten in diesem Bereich geben. Vielen Dank!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Uerpmann-Witzack! Prof. Kleindiek!

Prof. Dr. Detlef Kleindiek: Drei kurze Antworten auf drei Fragen ihrerseits. Herr Döring, Sie sprachen von dem typischen Einfluss den der Mehrheitseigentümer habe, in personeller und sachlicher Hinsicht. Ich frage, was ist das? Was ist der typische Einfluss, den der Mehrheitseigentümer im Gesellschaftsrecht hat? Das ist ganz abhängig von der Rechtsform, das ist ganz abhängig von der Höhe der Beteiligung. Und an diese Vorgaben der Rechtsform, vor allen Dingen im Aktienrecht, das zwingend ausgestaltet ist, sind Sie gebunden. Und diese Entscheidung ist schon längst gefallen. Die Weichenstellung ist erfolgt als wir seinerzeit die - ich nenne es mal so - Rechtsformprivatisierung hatten. Und wenn wir jetzt darüber nachdenken - das ist ja nicht unvernünftig, das macht ja Sinn, das hat ja gute Argumente für sich - die Deutsche Bahn teilzuprivatisieren, kapitalzuprivatisieren, dann müssen Sie natürlich den potentiellen Investoren einen ganz rechtssicheren Rahmen im Rahmen des Aktienrechts bieten können. Das ist selbstverständlich. Sie können nicht sagen: Also hört doch mal zu, der Bund hat da doch eine Mehrheit von etwas mehr als 50 Prozent und die spielt er jetzt aus. Das werden Sie als FDP-Fraktion, glaube ich, verstehen, dass das völlig unmöglich wäre. Und, dass dann natürlich auch Einflussnahmen über den Aufsichtsrat möglich sein müssen, ist klar. Ich glaube, Herr Hüttemann wird dazu gleich noch etwas sagen. Frau Menzner, Sie haben die Frage angesprochen: Wie sieht es aus mit der Ausgleichspflicht infolge der Anteilsveräußerung? Ganz offen, dieser Passus in der Stellungnahme des Justizministeriums hat mich ein wenig irritiert. Ich sage das mal etwas zurückhaltend.

Es ist so natürlich richtig, dass in dem Moment, wo sie im Aktienrecht sind, sie auch diese Mechanismen der Ausgleichspflicht im faktischen Konzern oder im schlichten Abhängigkeitsverhältnis beachten müssen. Aber wir sind ja hier auf der Ebene der Anteilsveräußerung, die das Grundgesetz hier ausdrücklich zulässt. Und diese Hürden, die wir über diese Schiene haben, die haben wir im Moment ja nur aufgrund der Schachtelbeteiligung. Die hätten wir ja nicht, wenn auch die Infrastrukturunternehmen unmittelbar im Eigentum, im gesellschaftsrechtlichen Anteilsbesitz des Bundes wären. Letzter Punkt. Herr Ferlemann, Sie haben die wichtigste Frage überhaupt an uns gerichtet, bezogen auf die Überlegung, wie wir denn helfen könnten, diesen Zielkonflikt aufzulösen, der im Gesetzesentwurf steckt. Vor dem Hintergrund ist der Gesetzesentwurf ja eine sehr getreue Umsetzung dessen, was im Entschließungsantrag vom November 2006 stand, also einerseits wirtschaftliches Eigentum sicherstellen, mit den Vorgaben, die das Bilanzrecht dafür aufstellt. Da sehe ich das strenger als Herr Hüttemann, obwohl wir vom Ausgangspunkt her uns überhaupt nicht unterscheiden. Aber andererseits stand da sinngemäß drin „alle Risiken für die Eigentumsposition des Bundes ausschließen“. Das sind zwei Dinge, die sind nicht in Einklang zu bringen. Das ist eine Position, ich habe das so empfunden, als ich das damals las, das war ein Formelkompromiss des „sowohl als auch“. Und wenn Sie unserer Äußerungen hier jetzt Revue passieren lassen, dann deutet vieles darauf hin, als würde dieser Formelkompromiss jetzt von den Realitäten des Rechts eingeholt. Ich fürchte, das ist so nicht machbar. Sie müssen sich für das eine oder andere entscheiden und dann natürlich die Frage stellen: Was ist wichtiger? In dem Moment, wo Sie natürlich verfassungsrechtliche Vorgaben haben, haben Sie schon kaum noch Spielraum. Jedenfalls nicht unter den bestehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben. Aber das war jetzt schon viel zu lange, ich bitte um Entschuldigung!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Kleindiek! Prof. Kirchhof!

Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof: Besten Dank! Vielleicht darf ich noch kurz vorher etwas sagen, bevor ich das in drei Antwortpunkten zusammenfasse. Herr Beckmeyer, ich glaube, da darf ich wahrscheinlich auch für die anderen Sachverständigen sprechen, wir haben es als sehr angenehm empfunden, dass wir bereits zu einem Referentenentwurf Stellung nehmen durften und nicht zu einem fertigen Produkt, was danach dann nur noch ins Plenum muss. Das gibt irgendwie eine Argumentationsfreiheit, die man sonst nicht hat. Und das führt auch zur Frage der Verbesserungsfähigkeit.

Die erste Frage: Ist der heutige Zustand verfassungsmäßig? Jeder Öffentlichrechtler scheut sich natürlich vor der Antwort. Und zwar deswegen: Sie wollen ein Zertifikat „die Vielfalt der Normen, die wir jetzt haben, zum Eisenbahnrecht der Bundeseisenbahnen, ist verfassungsgemäß“. Dieses Zertifikat, muss ich ganz offen sagen, kriegen Sie von mir nicht. Einmal, weil man das Ganze nicht überblickt und zum zweiten, weil man sich in einer Vielzahl bereits festlegt. Das Zweite: Diese Frage wird ja nur gestellt, um zu sagen – das ist auch etwas die Argumentation von Herrn Gersdorf – Paketgesetz, kommt zusammen, ist in einem Geleitzug sozusagen verabschiedet worden. Und deshalb ist das, was jetzt im Gesetz steht, mit Sicherheit eine verfassungsmäßige Lösung und so können wir es weiterentwickeln. Auf diese Weise deuten sie natürlich die Verfassung authentisch durch das einfache Gesetz, also wir kommen zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung statt zur Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und wir versteinern auch etwas die Diskussion. Das hat man anderswo – um zu sagen, woher das kommt – das hat man anderswo mal versucht, beim Art. 33 Abs. 5 GG, das öffentliche Dienstrecht. Das ist ja bekanntermaßen unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Da hat man auch früher versucht, zu sagen, was der Bestand ist, das muss alles verfassungsmäßig sein, da kommt man nicht ran. Das ist eine Versteinerungsargumentation, die ich nicht mittragen würde. Ich glaube, da ist das Rechtsleben etwas offener. Also deshalb, ich würde die Argumentation, was damals einfachgesetzlich war, interpretiert authentisch das, was in die Verfassung damals reingeschrieben worden ist, nicht teilen, auch wenn es zeitlich im Geleitzug verabschiedet worden ist, weil das sicher nicht so ein Gesamtwille war. Die zweite Frage. Ich darf die Fragen wieder zusammenfassend beantworten. Ist der jetzige Entwurf schlechter? Was wir bisher haben, ist ja nur eine formelle, also eine Rechtsformprivatisierung, die einem zivilrechtlichen Bild, einer zivilrechtlichen Leitlinie, wenn es der 87e Abs. 3 Grundgesetz aufstellt, entspricht. Deshalb, wenn wir es jetzt mit dem Referentenentwurf vergleichen, ich glaube, da wird sehr deutlich, dass da die Stellung des Bundes, die Einwirkungsbefugnisse deutlich schlechter sind. Einmal: Wenn man Private hinein nehmen will, Herr Kleindiek hat das ja schon sehr deutlich gesagt, die haben ökonomische Interessen, die haben ganz andere Interessen. Also muss der Bund etwa abgeben. Zum zweiten, wenn man sogar öffentlich-rechtliche Barrieren aufstellt. Ich sprach am Anfang davon, dass die Sanktionen des Bundes sich, zumindest beim Schienenwegegesetz, fast nur auf finanzielle Ersatzpflichten und ähnliches beschränken. Das schließt ja im

Gegenschluss andere Eingriffsmöglichkeiten auf diesem Wege aus. Ich meine, dass der jetzige Entwurf die Barrieren deutlich höher hängt, nicht nur gesellschaftsrechtlich, weil andere Anteile zugelassen werden, wegen dieser komplizierten Eigentumsmodelle und ähnlichem, sondern auch öffentlich-rechtlich im Schienenwegegesetz. Drittens, und das scheint mir die entscheidende Frage zu sein, Herr Ferlemann: Ist der Entwurf verbesserungsfähig, kann man den verfassungskonform gestalten? Ich darf noch mal auf das zurückkommen, was ich in meinem Eingangsstatement sagte. Wenn – ich drücke das mal ganz vorsichtig aus – Sie mit mir diesen Weg gehen, dass der Art. 87e Abs. 3 GG ein zivilrechtliches Vokabular verwendet, was in sich übrigens nicht ganz stimmig ist, aber damit letzten Endes verfassungsrechtlich meint, der Bund muss die Verfügung über die Infrastruktur behalten, solange er sagen kann, es sind Eisenbahnen des Bundes. Er kann sie ganz verkaufen, dann ist das Thema weg, dann ist es keine Staatsaufgabe mehr. Aber solange er eine Staatsaufgabe Infrastruktur daraus macht, sagt, es sind Eisenbahnen des Bundes, dann muss er auch die Hand drauf halten. Wenn Sie diesen Weg mitgehen, dann gäbe es ja keine Probleme, das Eigentum einer Fremdgesellschaft zu geben, nur mit öffentlichen Auflagen, diese Verfügungsbefugnis in der Infrastruktur, wenn es wirklich um die Infrastrukturfragen geht, dem Bund öffentlich-rechtlich zu sichern. Und ich glaube, das würde einiges erleichtern. Ich möchte jetzt nicht im Bilanzrecht wildern. Der Finanz- und Steuerrechtler sieht das Bilanzrecht nur aus der Frage des Steuerinteresses, also Partizipation des Staates an privaten Gewinnen, und nicht aus der Sicht der Gesellschaften und des Gesellschaftsrechts. Also deshalb würde sich die Frage stellen: Ist das hier bilanzrechtlich so dann erträglich, weil das Eigentum ja bei der fremden Gesellschaft ist. Zweite Frage wäre, wie das europarechtlich ist, wenn ein Wirtschaftsunternehmen mit diesen öffentlich-rechtlichen Belastungen arbeiten muss, ob das europarechtlich zulässig ist. Das wäre für mich die Richtung, in der man vielleicht verbessern könnte. Und das wäre auch im Grunde genommen meine Argumentationslinie, dass das durchaus geht. Um es ganz deutlich zu sagen: Die Methode oder der Weg, den der Referentenentwurf einschlägt, halte ich für tauglich. Nur, er ist zu sehr aus dem Gesichtspunkt der Kapitalprivatisierung von der verfassungsnotwendigen Verfügungsbefugnis des Staates weggegangen. Da muss man nachbessern, da könnte man es auch.

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Kirchhof! Prof. Hüttemann!

Prof. Dr. Rainer Hüttemann: Ich werden versuchen, es in der Reihenfolge der Fragen abzuarbeiten. Herr Döring, Sie haben noch mal nachgefragt, was ich mit meiner Bemerkung meine, hier wird eine Sache zwei Herren zugeordnet. Nun, ich meine in der Tat, dass es sich ausschließt, in Hinsicht auf die Anteile an den Infrastrukturunternehmen gleichzeitig von wirtschaftlichem Eigentum der Deutschen Bahn zu sprechen und dem Bund aufgrund dieser so genannten Sicherungsübertragung eine eigentümerähnliche Position, die den Anforderungen des Art. 87e Abs. 3 GG entspricht, ebenfalls zuzusprechen. Das Bilanzrecht macht das wirtschaftliche Eigentum gerade davon abhängig, dass jemand, der nicht rechtlicher Eigentümer ist, wie ein rechtlicher Eigentümer über die Sache verfügen kann, Ausschluss- und Nutzungsbefugnis hat. Und deswegen heißt meine Beurteilung: Wirtschaftliches Eigentum ist hier gegeben, zugleich, dass die Begründung des Organisationsvorbehaltes, der Bund muss an den Infrastrukturunternehmen eine Eigentümerstellung haben, Mehrheit der Anteile als Minimum, nicht mehr über das Sicherungseigentum, wie es hier genannt wird, begründet werden kann, sondern allenfalls über die mittelbare Einflussmöglichkeit über die Deutsche Bahn. Ich kann nicht eine Sache zwei Personen gleichzeitig zuordnen. Und jetzt begeben Sie mich mal auf das Glatteis des Verfassungsrechts. Ich bin ja zum Glück nur Zivilrechtler. Mir scheint es so zu sein, wenn das Grundgesetz hier von Mehrheit der Anteile handelt, dann meint es damit nicht eine formalrechtliche Position, sondern knüpft an Befugnisse, die ein Eigentümer in diesem Umfang hat, an. Insofern wage ich mich jetzt mal zu einer Aussage zum Verfassungsrecht. Herr Beckmeyer, Sie hatten gefragt: Hat es Sinn, eine spezialgesetzliche bilanzrechtliche Regelung zu treffen, um auf diese Weise Unsicherheiten zu beseitigen? Dazu ist folgendes festzustellen. Zum nationalen Recht können Sie natürlich das HGB zunächst mal ändern. Das HGB, wenn es geändert ist, ist dann auch anwendbar im Verhältnis der Beteiligten. Sie müssen sich allerdings dann fragen, ob Sie ein Vertragsverletzungsverfahren riskieren, wenn Sie mit der Änderung des § 246 gegen die Vorgaben der Vierten Richtlinie über den Jahresabschluss verstoßen. Das deutsche Bilanzrecht ist europäisches Bilanzrecht. Sie können hier gar nicht mehr selbständig Regelungen treffen. Allerdings: Das gilt zunächst mal. Und dann kommt der EUGH irgendwann mit der Kommission und würde Ihnen dann sagen, ändern Sie das bitte. Das ist aber auch deshalb nicht so erfolversprechend, weil Sie ja sehen müssen, dass in der heutigen Wirklichkeit die Konzernabschlussituation noch wichtiger ist als der Einzelabschluss. Der Konzernabschluss der DB, wenn sie börsennotiert ist,

muss nach internationalem Rechnungslegungsrecht erfolgen. Und die IAS - also das, was einzubeziehen ist, bestimmt sich nach deutschem Recht beziehungsweise europäischem Recht, § 92, aber wie einzubeziehen ist, welche Unternehmen einzubeziehen sind, bestimmt sich nach IAS 27. Und da ist es entscheidend, dass Sie eine Einflussmöglichkeit auf die laufende Geschäftsführung haben. Und das können Sie nicht einfach im Gesetz festschreiben, sondern das muss tatsächlich vorhanden sein. Also, insofern würde ich von einer bilanzrechtlichen Spezialregelung abraten. Zum wirtschaftlichen Eigentum. Sie fragten: Kann man das nicht mal präziser fassen? Na ja, der § 246, das ist wohl allgemeine Ansicht, lässt über die dort genannten Fälle eine Aktivierung bei wirtschaftlicher Vermögenszugehörigkeit zu. Über die Frage, was wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit ist, besteht im Kern Einigkeit. In den Randbereichen gibt es hier Abgrenzungsfragen. Und ich muss natürlich darauf hinweisen, ich habe mich jetzt, wie auch Herr Kleindiek, zunächst mal auf die Analyse des HGB beschränkt. Was IAS oder IASB in London zu dieser Sache sagen, also was der internationale Kapitalmarkt zu der Frage wirtschaftlichen Eigentums sagt, das können wir versuchen abzuschätzen, aber dazu können Sie von mir keine verbindliche Aussage verlangen, die Sie dann vielleicht später im Börsenemissionsprospekt der Deutschen Bahn auch abdrucken können. Dafür ist diese Rechtslage zu unübersichtlich, denn das IAS ist ja kein Rechtssystem, sondern das ist eine Ansammlung von Einzelvorschriften, die von irgendwelchen Standardsettern gemacht wurden. Und was die nun für diesen speziellen Fall bei einem defizitären Unternehmen für ein wirtschaftliches Eigentum voraussetzen, wie gesagt, das kann man abschätzen. Ich meine, es spricht vieles dafür, sicher sagen kann man es nicht. Frau Menzner, Sie haben zu der Wertausgleichspflicht nachgefragt. Das ist in der Tat ein spannender Punkt, unter mehreren Gesichtspunkten. Zunächst mal ist es natürlich so, für die Frage des Bilanzrechts, und dazu bin ich ja vor allem hier geladen: Ohne eine Ausgleichsverpflichtung des Bundes im Fall der Übernahme der Anteile, die dem wirklichen Wert der Anteile an den Infrastrukturunternehmen entspricht, gibt es kein wirtschaftliches Eigentum. Also, wenn ich jemandem das rechtliche Eigentum schon wegnehme, dann kann ich ihm die Sache nur dann noch zuordnen, indem ich ihm den inneren Wert, den wirtschaftlichen Wert zuordne. An der Stelle kommen jetzt die Unsicherheiten, weil wir ja natürlich auch als Juristen uns schwertun, was ist der wirkliche Wert. Also, wir haben uns mal darauf verständigt, Ertragswertverfahren. Das ist hier allerdings problematisch, wenn Sie die Stellungnahme des IDB lesen. Wir haben hier

ein dauerdefizitäres Unternehmen, das nennt das IDB ein ertragsschwaches Unternehmen. Da ist das Ertragswertverfahren in einfacher Form gar nicht anwendbar. Möglicherweise muss man hier – das ist meine Analyse, aber das sehen die Kollegen ja zum Teil anders – muss man eigentlich sagen, wenn derjenige, der in ein solches Unternehmen investiert, den Buchwert seiner Eigenmittelinvestition herausbekommt, dann hat er eigentlich alles, was dieser Laden wirklich wert ist. Alles weitere hängt von den Zuschüssen des Bundes ab. Und die Zuschüsse des Bundes sind nicht in gleicher Weise hier zu berücksichtigen. Damit komme ich zu der Frage: Enteignung, Verpflichtung für Wertersatz? In der Tat wäre es natürlich so, wenn die Wertausgleichspflicht bedeuten würde, dass die Deutsche Bahn diese Anteile nur mit einem erheblich geringeren Wert bilanzieren könnte, dann würde sich in der Tat die Frage stellen, ob man der Deutschen Bahn etwas von ihrem hehren Eigentum wegnimmt. Dann müssten die Kollegen vom Verfassungsrecht uns mal etwas darüber sagen, ob eigentlich subventionsbegründete Positionen im Schutz des Enteignungsrechts geschützt werden. Das kann eigentlich nicht so sein. Aber dazu erwarten Sie bitte von mir als Zivilrechtler keine Aussage. Die letzte Frage, da gebe ich Ihnen vollkommen Recht, wie diese Wertausgleichregelung dann tatsächlich am Ende des Tages, wie man heute so schön sagt, funktioniert, das ist problematisch, weil man ja heute noch nicht absehen kann, wie die Finanzierungs- und Leistungsverpflichtung dann aussieht. Der innere Wert der Anteile hängt von den im Zeitpunkt der Beendigung zu erwartenden Subventionen ab. Und wenn man mal davon ausgeht, dass das beendet wird, weil auch keine Subventionen mehr gewährt werden sollen, jedenfalls an den, weil man es dann selber macht, dann ist der Wert gleich Null. Wenn Sie höhere Aufwendungen als Erträge haben, werden Sie schwer jemanden finden, der Ihnen dafür mehr als Null gibt. Jetzt lassen Sie mich noch einen Punkt am Schluss sagen, der so ein bisschen die Frage, die hier immer so hin und her gespielt wird, betrifft. Herr Ferlemann, Herr Hermann, Sie haben das ja beide aufgeführt, ist das eigentlich vereinbar von den Positionen? Meines Erachtens scheint mir das Grundproblem, und den Ball möchte ich jetzt gerne doch mal an die Verfassungsrechtler zurückspielen, darin zu bestehen, dass man von der verfassungsrechtlichen Seite wohl etwas unscharfe Vorstellungen darüber hat, was der Wortlaut „Mehrheit der Anteile an diesem Unternehmen“ denn nun wirklich meint. Meine Damen und Herren, hier wird von den Kollegen gesagt: Mehrheit der Anteile bedeutet, man muss praktisch die Geschäftspolitik bestimmen können. Meine Damen und Herren, dann hätten Sie keine Aktiengesellschaft grün-

den dürfen. In der Aktiengesellschaft bestimmt der Vorstand in alleiniger Verantwortung die Geschicke der Gesellschaft. Deswegen sagen ja die Kollegen: Es kommt nicht auf den Vorstand an, es kommt auf den Aufsichtsrat an. Meine Damen und Herren, auch da bitte ich doch die gesellschaftsrechtlichen Realitäten einer mitbestimmten Aktiengesellschaft im Blick zu behalten. Wäre die Argumentation richtig, dass Mehrheit der Anteile bedeutet, dass man im Aufsichtsrat die gesamte Anteilseignerbank stellt, damit man über den Stichentscheid des Vorsitzenden immer den Vorstand rauswerfen kann, wenn einem der Vorstand nicht mehr passt, meine Damen und Herren, dann wäre der Verfassungswortlaut, jetzt wage ich das mal so zu sagen, in sich perplex, denn die Mehrheit der Anteile bei einer Aktiengesellschaft verschafft Ihnen nie auf der Grundlage einer mitbestimmten Aktiengesellschaft die ausschließliche Besetzung der Kapitalanteileseigner, denn Sie werden niemanden finden, der Anteile an einer Gesellschaft in nennenswertem Umfang zeichnet, aber im Aufsichtsrat nicht präsent ist. Das kann man natürlich auch, und das möchte ich jetzt sagen, dahin deuten, dass man sagt, Mehrheit der Anteile meint gar nicht, dass der Aufsichtsrat nur vom Bund auf Anteilsseite bestimmt werden muss. Wenn Sie mal an das Bilanzrecht denken. Im Bilanzrecht ist noch niemand auf die Idee gekommen, zu sagen, weil wir ein Mitbestimmungsrecht haben, dass, wer 51 Prozent an einer Aktiengesellschaft hat, dort keine Leitungskompetenz hat, weil da ja noch andere im Aufsichtsrat säßen. Das Bilanzrecht stellt darauf ab, wer hat die Mehrheit der Stimmrechte in der Hauptversammlung. Und wer 51 Prozent in der Hauptversammlung hat, der ist derjenige der kontrolliert, der einen beherrschenden Einfluss hat. Der hat im Aufsichtsrat nicht die Möglichkeit, seinen Willen durchzusetzen, denn es gibt noch 49 Prozent andere. Und die möchten da auch vertreten sein. Und, dass Gewerkschaften auf der anderen Seite sitzen, das haben wir ja aus irgendwelchen Gründen irgendwann eingeführt, aber da müssen wir uns auch dran halten. Danke schön!

(Zwischenruf)

Stellvertretender Vorsitzender: Machen wir keine Zwiegespräche, das machen wir in der nächsten Runde dann. Prof. Hüttenmann, vielen Dank! Ich habe jetzt Prof. Hermes!

Prof. Dr. Georg Hermes: Ja, Herr Vorsitzender, ich will gerne versuchen den Ball, der jetzt wieder bei den Verfassungsrechtlern liegt, aufzunehmen und knüpfe an das an, was Herr Kollege Kirchhof gesagt hat. Die Formulierung des Art. 87e GG, was die Anteile und die

Mehrheit der Anteile angeht, ist ein verfassungsrechtlicher Begriff, den wir nicht mit einfachgesetzlichen, aktienrechtlichen Detailvorschriften füllen dürfen, sondern das ist ein verfassungsrechtlicher Begriff. Und ich will niemandem zu nahe treten, der damals an einer Verfassungsänderung beteiligt war, im Jahr 1993. Aber man kann sicher davon sprechen, dass eine gewisse Einfachheit in der Vorstellung darüber herrschte, was die Mehrheit der Anteile wohl bedeutet. Diese Einfachheit ist auch überhaupt nicht zu kritisieren. Das Verfassungsrecht darf so vereinfachen, das tut es auch an anderen Stellen. Es benutzt knappe Begriffe und will damit etwas prägnant zum Ausdruck bringen. Der Ausdruck „Mehrheit der Anteile“ im Art. 87e GG heißt „bestimmender Einfluss“. Wie man das jetzt in einem Aktienrecht umsetzt, im allgemeinen Aktienrecht oder in einem Sonderrecht für die Infrastrukturgesellschaft des Bundes, die Schienenwege betreibt, das soll der einfache Gesetzgeber ausgestalten. Nirgendwo steht auch, dass die Eisenbahninfrastrukturgesellschaft des Bundes eine Aktiengesellschaft im Sinne des Aktiengesetzes sein muss. Man kann auch eine eigene Gesellschaftsform gründen, die nur zum Zwecke des Betriebes von Schienenwegen gegründet wird. Das lässt die Verfassung ohne weiteres zu. Herr Gersdorf hat den Gestaltungsspielraum besonders betont. Mit anderen Worten, ich muss den Ball wieder zurückgeben, Herr Hüttemann. Die einzelne Ausgestaltung, was bestimmender Einfluss konkret bedeutet, kann ich als Verfassungsrechtler gesellschaftsrechtlich nicht präzise umsetzen. Aber ich kann sie bezogen auf die aktuelle Situation beantworten. Und die aktuelle Situation ist eindeutig. Der Bund alleine bestimmt die Musik bei der Deutschen Bahn. Das mag, und zwar nicht aktuell, nicht aktuell – ja, meine Damen und Herren, das war jetzt eine politische Einschätzung. Ich weiß nicht genau, wie die Hintergründe sind. Aber passen Sie auf, ich komme zurück auf das, was ich vorhin bei meinem Einleitungsstatement gesagt habe. Der Bund als Gesetzgeber, als Bundesnetzagentur und als Eisenbahnbundesamt bemüht sich mit Instrumenten der modernen Regulierung, dafür zu sorgen, dass wir ein funktionsfähiges flächendeckendes Netz haben. Das funktioniert – das ist jetzt meine persönliche Einschätzung – zum Teil gut, zum Teil auch nicht so gut. Denken Sie an die Probleme, die wir mit Streckenstilllegungen nach § 11 AEG haben, da kann man drüber streiten. Aber jedenfalls, das scheint einigermaßen zu funktionieren. Wenn es nicht funktionieren sollte, ist nach aktuellem Recht die Situation wie folgt: Die... ob es jetzt die Bundeskanzlerin selber macht oder der Verkehrsminister, darüber will ich mich jetzt nicht auslassen, jedenfalls im Konfliktfall kann der Vorstandsvorsitzende, der

Vorsitzende des Aufsichtsrates der DB AG von den zuständigen politischen Organen angerufen werden und ihm gesagt werden, du musst deine Infrastrukturpolitik, deine strategische Ausrichtung des Unternehmens in Bezug auf Streckenstilllegung ändern, wenn du das nicht tust, bist du bei der nächsten Gelegenheit nicht mehr im Amt. (Zwischenrufe) Das ist aber die rechtliche Situation. Ob die von Ihnen gewählte Bundesregierung von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, ist eine politische Handlungsoptionsfrage. Aber die rechtlichen Instrumentarien dafür bestehen nach aktuellem Recht eindeutig. Und deswegen ist nach meiner Einschätzung, bezogen auf den Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG die aktuelle Rechtslage auch verfassungskonform. In Zukunft wäre das anders, weil dann der angerufene Vorstandsvorsitzende oder Aufsichtsratsvorsitzende der DB AG sagen würde: Ja, mach mal, aber wir haben noch andere 49 Prozent in der Hauptversammlung sitzen und dann werden wir mal sehen, wer sich durchsetzt. Und deswegen scheint mir ganz eindeutig, vor allen Dingen im Hinblick auf die Personalsteuerung, man kann eben nicht nur mit Sachentscheidungen steuern, man kann eben die richtigen Leute an die richtige Position bringen. Und das gilt nicht nur für große Elektronikunternehmen im süddeutschen Raum, sondern auch für die Deutsche Bahn AG. Man wählt den Vorstandsvorsitzenden, der eben die richtigen Perspektiven für dieses Unternehmen wählt. Und diese Möglichkeit hat der Bund zurzeit zu 100 Prozent in seiner Hand. Das hätte er in Zukunft, wenn dieser Entwurf Gesetz würde, nicht mehr. Damit komme ich zu der Frage: Wie geht es weiter? Änderung, Nachbesserung, Reparatur oder Neuansatz? Mir scheint, die Änderungsmöglichkeiten sind sehr begrenzt. Letztlich – die Quadratur des Kreises ist jetzt schon mehrfach in diesem Saal aufgetaucht –, der Weg, die wirtschaftliche Verfügungsbefugnis bei der DB AG anzusiedeln und gleichzeitig dem Bund den Einfluss zuzugestehen und beizubehalten, der ihm nach Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG zustehen muss, geht nicht. Meine Damen und Herren, es wird nicht gehen. Und deswegen wäre meine Empfehlung ein Neuansatz, der übrigens auch aus europarechtlichen Gründen dringend nötig ist. Möglicherweise machen wir nicht große Geschichte, sondern wir machen uns ein bisschen lächerlich, weil das, was wir hier im Moment diskutieren, in fünf Jahren spätestens europarechtlich sich durchgesetzt hat, dass wir eine strikte Trennung von Netz und Betrieb brauchen. Und dann sitzen wir da und müssen alles von vorne machen. Deswegen ist meine Empfehlung in diesem Raum, einen Neuansatz mit einem Trennungsmodell zu wagen. Und letzter Hinweis dazu: Das Trennungsmodell hätte jedenfalls keine verfassungs- und auch keine europarechtlichen Hin-

dernisse, insofern, als man die Eisenbahninfrastruktur im Moment bei der DB AG hat und ihr diese Infrastruktur wieder wegnehmen müsste. Die Frage von Frau Menzner bezieht sich auf die Stellungnahmen des Justizministeriums. Das mag zwar aktienrechtlich nach § 311 Aktiengesetz seltsam sein, dass man einer Aktiengesellschaft etwas wieder wegnimmt. Verfassungsrechtlich ist das überhaupt kein Problem. Diese Aktiengesellschaft gehört zu 100 Prozent dem Bund. Und dann nimmt man dieser Aktiengesellschaft das, was man ihr irrtümlich mal gegeben hat, einfach wieder weg, und zwar entschädigungslos. Das ist verfassungsrechtlich überhaupt kein Problem! Vielen Dank!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Hermes! Prof. Gersdorf!

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf: Lieber Herr Kirchhof, ich möchte auch nicht jeder einzelnen Verästelung des einfachen Rechts die Weihe der Verfassungskonformität erteilen. Zweifelsfrei nicht! Aber vor dem Hintergrund, dass die Verfassungsänderung zeitgleich mit dem Gesetzespaket beraten und verabschiedet worden ist, kann man schon davon ausgehen, dass die Eckpfeiler des geltenden Rechts verfassungskonform sind. Wenn es nun mal darum geht, und das ist ja der entscheidende Punkt, wie weit sollen die Einwirkungsrechte intern/externer Natur nun gehen und wir uns alle so schwer tun, das zu quantifizieren, dann denke ich erstens, weil die Verfassung so etwas präzise nicht vorschreibt, dass schon unter diesem Gesichtspunkt der Gesetzgeber einen breiten Gestaltungsspielraum hat. Und vor allem, wenn er eben im einfachen Recht relativ geringe Einwirkungsmöglichkeiten gesellschaftsinterner Natur belässt, dass das ein sehr wohl verfassungsrechtlicher Orientierungspunkt ist. Der Gesetzgeber kann immer mehr. Ich möchte hier nicht sagen, dass das, was im Gesetz steht, von verfassungswegen gefordert ist. Ich möchte nur sagen, dass das, was im Entwurf steht, verfassungsrechtlich zulässig ist. Das ist ein entscheidender Unterschied. Wie ist die derzeitige Konstruktion? Die derzeitige Konstruktion, darauf ist mehrmals hingewiesen worden, liegt nicht darin, dass der Bund die Anteile an den Infrastrukturunternehmen hält, sondern die Deutsche Bahn AG. Im Grundbuch steht nicht der Bund, sondern steht die Deutsche Bahn AGoder teilweise Reichsbahn, zuweilen eben auch. Das verdeutlicht schon, der Bund hat jetzt nicht die Kapitalanteile, er hat nur die Kapitalanteile an der Deutschen Bahn AG und steuert nur über die Deutsche Bahn AG nun die Infrastrukturunternehmen. Das, was derzeit an Einwirkung eröffnet ist, da kann man sich sicherlich verfassungspolitisch vielleicht mehr wünschen, es

ist nur die Frage, ob man verfassungsrechtlich mehr fordern muss. Ich will hier nicht politisch argumentieren, sondern juristisch, verfassungsrechtlich. Ich glaube in der Tat, durch diese Holdingkonstruktion, die man sich nun mal gewählt hat, in Verbindung mit der Wahl einer Organisationsform in der Gestalt der Aktiengesellschaft, nicht der GmbH, was wenigstens die Holding anbelangt, hat sich der Bund ganz erheblich der gesellschaftsinternen Einwirkungsmöglichkeiten benommen. Und dies ist verfassungsrechtlich erst einmal zulässig. Ich will jetzt mal kurz skizzieren, wie läuft denn jetzt die Einwirkungsmöglichkeit. Ich bin kein Gesellschaftsrechtler, aber ich denke, soviel verstehe ich noch. Der Bund hat jetzt 100 Prozent der Kapitalanteile an der Deutschen Bahn AG. Er stellt also vollständig die Hauptversammlung und kann damit derzeit auch alle Aufsichtsratsmitglieder bestellen. Das macht er jetzt übrigens schon nicht, es sitzen nicht nur Bundespolitiker, Staatssekretäre im Aufsichtsrat, sondern eben andere. (Zwischenruf)Ja, in Ordnung, er hat bestimmt. Nur, meine Damen und Herren, ändert sich jetzt durch eine Kapitalprivatisierung an diesem Bestimmungsrecht etwas? Eben nicht! Der Bund ist nicht verpflichtet, den beispielsweise im Maximalfall zu 49 Prozent privaten Kapitaleigner eben auch 49 Prozent der Anteile auf der Eignerseite im Aufsichtsrat zu gewähren. Hierzu ist er nicht verpflichtet. Es gibt im Aktienrecht keinen institutionalisierten Minderheitenschutz. Das ist so vielleicht die Vorstellung, wenn man 49 Prozent hat, dann muss man auch 49 Prozent im Aufsichtsrat haben. Das ist so nicht! Jetzt könnte man sagen, aber es wird ja nun am Kapitalmarkt erwartet, niemand würde investieren. Ja, jetzt drehen wir den Schuh bitte um. Jetzt stellen wir uns eine ganz andere Konstruktion vor: Das Infrastrukturunternehmen ginge nicht in der Holdingkonstruktion sondern isoliert an die Börse. Dann würde die Verfassung ja auch verlangen, dass der Bund die Mehrheit am Unternehmen behielte. Auch dort hätten wir genau die gleiche Problematik, die wir jetzt in der Holdingproblematik haben. Doch, selbstverständlich, gesellschaftsrechtlich haben wir da jetzt nicht mehr oder weniger Einflussnahmerechte. An der Bestimmung der Aufsichtsratsmitglieder ändert sich im Vergleich zu heutigen Konstruktion nichts. Weiter, wichtiger Punkt, weil Herr Ferlemann darauf hingewiesen hat: Was macht und was darf ein Aufsichtsrat der Deutschen Bahn AG machen? Darf er beispielsweise Infrastrukturpolitik betreiben? Ganz eindeutig nein! Er ist dem Unternehmenswohl verpflichtet. Das ist der maßgebliche Unterschied zum Recht der sonstigen öffentlichen Unternehmen; die Organe können dort die Satzung frei bestimmen und können in die Satzung verkehrspolitische, sozialpolitische und sonstige

politische Dinge reinschreiben, neben dem wirtschaftspolitischen Überlegungen. Das ist hier nicht möglich, weil die Unternehmensrationalität durch die Verfassung, verfassungsunmittelbar, auf die Wirtschaftlichkeit festgelegt ist. Jedes Organ einer Aktiengesellschaft ist dem Unternehmenswohl, dem Unternehmenszweck verpflichtet. Wenn der Bund meinte, in seiner Funktion als Aufsichtsrat externe Steuerungszwecke zu erfüllen, machte er sich schadenersatzpflichtig gegenüber der Gesellschaft. Das ist nur möglich im Wege eines Nachteilsausgleichs. Wenn das nicht wäre, könnte sich die Gesellschaft das wegen Pflichtverletzung zurückholen. Das ist sehr wichtig festzuhalten. Meine Damen und Herren, und der Vorstand, das haben wir jetzt gesehen, Sie sehen wie vermindert nur die Einwirkungsrechte sind, es wurde mehrmals drauf hingewiesen, der Blick in das Aktienrecht reicht aus, 76 Aktiengesetz, Autonomie des Vorstandes. Die Vorstellung, der Bund könne schon in der jetzigen Konstruktion unmittelbar auf das operative Geschäft der Deutschen Bahn AG einwirken, ist schlicht und ergreifend nicht richtig. Und vor allem, meine Damen und Herren, es wäre auch verfassungsrechtlich, selbst wenn man es so ausgestalten wollte, vielleicht gar nicht die Aktiengesellschaft als Organisationsmodell wählte, sondern die GmbH, wo es in der Tat so möglich wäre, gesellschaftsrechtlich, das wäre verfassungsrechtlich unzulässig. Denn sollen wir doch ganz ehrlich sein, dann übertragen Sie das Unternehmen doch bitte gleich wieder ins Ministerium. Und das wollten wir in '93 eben nicht. Es sollte entlassen werden aus der Bundesverwaltung, im Interesse des Steuerzahlers, im Interesse der Fiskalpolitik des Bundes, aber auch im verkehrlichen Interesse, das ist außerordentlich wichtig festzuhalten. Im Kern, meine Damen und Herren, der Referentenentwurf schmälert die Einwirkungsrechte wenigstens nicht im Kern. Er erweitert sie sogar, weil in bestimmten Punkten sogar ein Zustimmungsvorbehalt begründet ist. Und weil der jetzige Zustand verfassungsrechtlich zulässig ist, wenigstens was die Kernstrukturen anbelangt, das Holdingmodell zulässig ist, kann der geplante Entwurf nicht verfassungswidrig sein. Der Rest, meine Damen und Herren, ist Politik. Darüber habe ich nicht zu befinden. Aber da kann ich Ihnen den Ball zuspielen. Das ist nicht die Frage der Verfassungsrechtler. Herzlichen Dank!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Gersdorf! Und jetzt haben wir noch mal Prof. Fehling.

Prof. Dr. Michael Fehling: Vielen Dank! Bevor ich auf die Fragen eingehe, kann ich mir eine ganz kurze Bemerkung zu den vorstehenden Ausführungen von Kollegen Gersdorf doch

nicht ganz verkneifen. Diese Gegenüberstellung, Verpflichtung dem Unternehmensinteresse gegenüber einerseits und sonstige Interessen, scheint mir ein wenig darüber hinwegzugehen, dass ja nun das Unternehmensinteresse nicht so ganz statisch ist, sondern durchaus ja Interpretationsspielräume zulässt. Was sicherlich unzulässig wäre, ist sozusagen, das Unternehmen mit evident unwirtschaftlichen Lasten externer Art zu belasten. Aber, wie wägt man ein Unternehmensinteresse aus? Ist es eher kurzfristig, an kurzfristiger Performance orientiert oder an langfristiger Infrastruktursicherung? Das ist zum Beispiel schon etwas, was mir durch diese Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse nicht vorentschieden zu sein scheint, so dass also der Einfluss des Bundes insoweit durchaus auch substantiell etwas ausmacht und man nicht sagen kann, der bleibt sozusagen nur theoretischer Natur, weil ohnehin da ein vorgegebenes Unternehmensinteresse existiert. Klar ist natürlich, Herr Hüttemann, dass der Einfluss durch die Form des Gesellschaftsrechts mediatisiert ist, wenn man nicht, wie Herr Hermes es ja als Möglichkeit auch genannt hat, etwas komplett eigenes als Rechtsform hier entwerfen wollte. Jetzt zu den Fragen. Erst kurz zum Wertausgleich, aber ich glaube, das haben wir in der Runde schon klar gestellt. Der bezieht sich ja ohnehin, wenn ich den 7 Abs. 4 sehe, letztendlich nur auf die Eigeninvestitionen, die die Bahn AG tätigen würde. Es würde also nicht doppelt bezahlt, das was der Bund sozusagen selber an Finanzmitteln in den Schienenwegeausbau hineingeschossen hätte. Auch wenn man da verfassungsrechtlich vorher einiges ausschließen könnte, ist natürlich klar, dass ein privater Investor wohl kaum zu gewinnen ist, oder sagen wir mal so, dass der Steuerungseffekt ein falscher wäre, denn dann wäre der Steuerungseffekt der „liebe Leute von der Bahn AG, investiert bloß keine Eigenmittel in die Sache hinein, denn wenn es irgendwann schief geht, kriegt ihr das Geld nicht zurück“. Das kann sicherlich nicht sinnvoll sein. Das heißt, in so einem Modell scheint mir das Modell zwingend modellkonform nur so machbar zu sein. Ein Problem sind in der Tat Bewertungsunsicherheiten. Die können natürlich letztendlich auch einen Abschreckungseffekt entfalten, dahingehend, wenn dann die 15 oder 25 Jahre zu Ende sind und man sich sagt: „Na, ganz zufrieden sind wir mit der Sache nicht, aber wir wollen doch nicht jetzt noch wieder Haushaltsrisiken riskieren“. Ja, Frage: Kann man diesen Entwurf sinnvoll nachbessern oder sollte man komplett neu ansetzen? Verfassungsrechtlich sehe ich in der Tat viele Möglichkeiten, da nachzubessern, in dem man einfach den Einfluss des Bundes erhöht, an den verschiedenen Stellschrauben. Die Frage ist eben dann, ob man dann nicht das wirtschaftliche Ergebnis zunich-

te macht, wie man es haben wollte. Da sehe ich ehrlich gesagt keine echte Lösung. Auch das, was Herr Kollege Lerpmann vorgeschlagen hat, dass wir dann sozusagen den Einfluss auf die DB AG, also auf die Mutter sozusagen, festschreiben, das schiene mir, als allerdings natürlich jetzt Privatrechtslaie, letztendlich genauso problematisch zu werden. Wie soll das dann für private Investoren interessant sein, ob die ihres Einflusses direkt in der Infrastrukturgesellschaft verlustig gehen oder ihres Einflusses auf die Mutter verlustig gehen, weil da der Einfluss des Staates besonders stark festgeschrieben ist. Das dürfte sich doch letztendlich ähnlich auswirken. Von daher kann ich also auch nur das Plädoyer von Herrn Hermes mehr oder minder unterstützen. Ich glaube, am ehesten kommt man wirklich mit einem Trennungsmodell aus dem Schlamassel heraus. Ein Trennungsmodell würde ja vielleicht auch nicht völlig ausschließen, dass es noch ein besonderes Vertragswerk dann zwischen den verschiedenen Gesellschaften gibt, die sozusagen eine gewisse Abstimmung da auch noch zusätzlich sichern. Und was das Gemeinschaftsrecht angeht, da möchte ich trotz allem auch noch mal drauf hinweisen, schon in der jetzigen Situation ist es ja so, dass nach gemeinschaftsrechtlichem Richtlinienrecht von den Synergieeffekten zwischen Netzsparte und Verkehrssparten so viel gar nicht übrig bleibt, weil eben da letztendlich vorgeschrieben ist, dass das auch in tatsächlicher Form getrennt betrieben werden muss. Wir haben ja auch im Gesetzentwurf noch die Nachbesserung hinsichtlich dieser „chinese walls“. Wenn man das ernst nehmen würde - was ich bezweifle -, dann schienen mir auch im jetzigen Modell die Synergieeffekte gar nicht mehr so hoch, so dass ich Zweifel habe, ob es lohnt, aus diesem Grund so streng an diesem Modell festzuhalten. Vielen Dank!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Fehling! Wir kommen jetzt in die zweite Fragerunde. Ich habe jetzt die Wortmeldungen von Kollegen Burkert, dann hat Kollege Bartol mit Kollegen Beckmeyer getauscht. Dann der Kollege Hofreiter, Kollegin Menzner, Kollege Döring und dann noch Kollege Fischer. In der nächsten Runde habe ich jetzt erstmal die Wortmeldungen von Kollegin Schwarzelühr-Sutter, Kollegen Hacker und Kollegen Bartol. Ich würde jetzt bitten, dass der Kollege Burkert anfängt!

Abg. Martin Burkert: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, werte Sachverständige! Zur Verfassungskonformität heute haben wir jetzt eine Menge gehört. Prof. Gersdorf, an Sie eine Frage zur Verfassungskonformität im Integrationsmodell, auch noch mal für das Protokoll. Nach allgemeiner Auf-

fassung wäre die Veräußerung von bis zu 49,9 Prozent der Anteile an der DB AG als integrierem Unternehmen auf der Grundlage der derzeit bestehenden, durch das Deutsche Bahn Gründungsgesetz vorgegebenen Struktur mit Art. 87e Grundgesetz vereinbar. Noch einmal: Entspricht das Ihrer Ansicht? Da reicht sicherlich ein Ja oder Nein auch, Sie haben ja dazu schon was gesagt. Ein Ja und Nein langt nicht, Herr Prof. Dr. Hermes und Herr Prof. Dr. Fehling, zu folgender Frage: Und zwar, der Status quo heute, verglichen mit dem Gesetzesentwurf, den Sie ja benennen, das habe ich aus Ihren Ausführungen vernommen. Bereits heute ist der Bund allein mittelbar Eigentümer an den Infrastrukturgesellschaften. Mit der Neuordnung nach dem aktuellen Gesetzesentwurf wird die Eigentümerstellung des Bundes an den Infrastrukturgesellschaften durch Übertragung der Anteile auf den Bund gestärkt. Sollte sich jetzt aus der Neuordnung ein Verfassungskonflikt ergeben, und das sagen Sie ja in Ihren Ausführungen, stellt sich die Frage: Trifft dieser Verfassungskonflikt nicht heute erst recht schon zu?

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Kollege Burkert! Jetzt habe ich den Kollegen Beckmeyer!

Abg. Uwe Karl Beckmeyer: Mich irritieren ein wenig die Hinweise von Herrn Hermes und Herrn Fehling hinsichtlich des Trennungsmodells. Das mag Ihre persönliche Meinung sein, aber es steht im Grunde hier politisch überhaupt nicht zur Diskussion. Das ist eine – ich sage mal – Diskussion, die eigentlich in der politischen Landschaft des vergangenen Jahres zumindest nicht weiter diskutiert wurde und inzwischen eine politische Orientierung genommen hat, dass dieses ausdrücklich nicht gewünscht wird, auch durch den Deutschen Bundestag. Das mal vorweg. Das Zweite ist, dass wir festgestellt haben oder feststellen können, dass das integrierte Modell ausdrücklich grundgesetzkonform ist, und das in dem Zusammenhang, ich kann das auch aus den Kommentaren aktueller Art zum Grundgesetz hier - Maunz-Dürig Nachfolger - raus lesen, dass zu diesem Thema durchaus wichtige Hinweise auch aktuell gegeben werden. Nun haben wir das Thema eigentumsrechtliche Durchgriffsinstrumente hier in der letzten halben Stunde des häufigeren hin- und herdiskutiert und eigentlich dabei festgestellt, dass zumindest – ich sage das mal als Politiker – durchaus unterschiedliche Positionen hier hochgekommen sind. Das von den Verfassungsrechtlern, zumindest von einigen, eine Position aufgemacht wurde, dass das eindeutig durch Grundgesetz so geregelt ist, dass eigentlich die Bundeskanzlerin Herrn Mehdorn sagen muss „Schiene linksrum, Schiene

rechtsrum“. Das halte ich ja für ein wenig naiv, weil wir in einer Rechtslandschaft leben, in der das deutsche Aktienrecht ja wohl auch seine Entfaltung entwickelt und insofern in irgendeiner Form ja wohl eine Beachtung erfahren wird. Ich habe eigentlich keine Lust, der Bundesregierung zu empfehlen, hier aus dem Deutschen Bundestag heraus „geht da jetzt mal hin und streitet das mal in dieser Art und Weise aus“. Ich glaube, das wäre unklug. Was mich in dem Zusammenhang interessiert, ist, wie bekommt man denn eigentlich diese Lücke geschlossen? Prof. Hüttemann weist mit Recht darauf hin, und auch der Prof. Dr. Gersdorf, wir haben Regularien, die für Vorstände eindeutig klar sind. Es gibt Stufen, Vorstand, Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung. In der Gesellschafterversammlung sind wir momentan diejenigen, die „linksrum“ und „rechtsrum“ sagen können, wenn der Bund es möchte. Das ist die momentane Lage. Die wird aber auch doch durch eine Teilprivatisierung nicht beschädigt, sondern sie bleibt in dieser Situation erhalten. Zumindest die mehrheitliche Position auch in einer solchen Gesellschafterversammlung. Die Frage ist, sehen Sie, wenn das so ist, in diesem Fall verfassungsrechtliche Bedenken, wenn eine Teilprivatisierung hier in diese Richtung marschiert? Bei der bilanzrechtlichen Fragestellung, die ist etwas, denke ich, noch mal zu hinterfragen. Da hatte ich vorhin bei Herrn Prof. Hüttemann ja schon mal nachgefragt und auch dankenswerterweise Antworten bekommen. Die Frage ist: Sie sagen – auf der Seite 4 ist das, glaube ich, in Ihrem Papier oder Seite 3 „eine Gesamtbetrachtung führt deshalb meines Erachtens zu dem Ergebnis, dass die Anteile an Eisenbahninfrastrukturunternehmen, ungeachtet der Regelung in Paragraph sowieso im Jahresabschluss der DB AG auszuweisen sind“. So, die Frage ist eigentlich: Reichen diese verbleibenden Eigentümerrechte des Bundes aus, um den Anforderungen der Grundgesetzartikels zu genügen? Und weiter unten steht dann noch unter Punkt 7: „Die Feststellung, dass die Anteile an Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach einer Sicherungsübertragung im Jahresabschluss der DB AG zu aktivieren sind, bedeutet allerdings nicht, dass den Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten der DB AG und der Wertausgleichsregelung überhaupt keine Bedeutung für die bilanzielle Behandlung der Anteile zukommt“ und so weiter. Die Frage ist, bei den Abschlüssen, weil, dass ist ja ein Punkt, der auch wirtschaftlich, denke ich, uns interessieren muss, für die Zukunft: In welcher Größenordnung, schätzen Sie, sind Abschlüsse zu erwarten oder vorzunehmen?

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Kollege Beckmeyer! Kollege Hofreiter!

Abg. Dr. Anton Hofreiter: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, liebe Kollegen, sehr geehrte Sachverständige! Ich hätte, da ich juristischer Laie bin, erstmal eine Frage, die ich gerne relativ einfach beantwortet hätte. Und zwar hat der Bundestag beschlossen, zwar auch gegen unsere Stimmen, aber er hat es mehrheitlich beschlossen, im Punkt 3 des damals berühmt gewordenen Antrages: „Private Investoren werden nicht an den Infrastrukturunternehmen, die Eisenbahninfrastruktur halten, beteiligt. Die Infrastrukturgesellschaften werden vor der Kapitalprivatisierung in das Eigentum des Bundes überführt. Juristische Risiken für die eigentümerrechtliche Position des Bundes müssen ausgeschlossen werden“. Da würde ich Sie nur bitten, relativ einfach zu beantworten, ich glaube, Sie haben es juristisch schon beantwortet, aber zu sagen „Ja“ oder „Nein“, ist mit dem vorgelegten Referentenentwurf dieser Punkt 3 erfüllt? Ich glaube, das war auch der Punkt, der der Union relativ wichtig war. Deswegen hätte ich gerne eine ganz klare Antwort: Ist dieser Punkt, der der größeren und die Kanzlerin stellenden Regierungsfraktion wichtige Punkt, ist der im Referentenentwurf der Regierung erfüllt? Ja oder nein? Das wäre meine eine Frage. Die nächste Frage ist: Die Stimmrechte der Eisenbahninfrastrukturunternehmen werden ja an die DB AG übertragen, also an die Holding. Stimmt dies eigentlich mit Art. 87e GG überein oder ist dies nicht auch verfassungsrechtlich schwierig? Die nächste Frage, die ich hätte, betrifft den Wertausgleich. Ich meine, Sie haben ja ausgeführt, dass es relativ unklar ist und schwer zu beurteilen, wie viel eigentlich die DB AG insgesamt in die Infrastruktur wirklich investiert? Hat es nicht Auswirkungen auf den Wertausgleich, wenn man das schon gar nicht beurteilen kann, was da eigentlich an Geld hinein läuft? Das würde mich einfach interessieren. Dann hätte ich noch eine weitere Frage. Man nehme jetzt an, dieses Gesetz würde so Wirklichkeit, was wir ja hoffentlich verhindern können, aber, man nehme es an, es wird Realität. Welche Chancen sehen Sie für eine Normenkontrollklage. Also, wie hoch schätzen Sie - da sind wiederum die Verfassungsrechtler gefragt -, dass wir da einfach Erfolg haben?

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Kollege Hofreiter! Kollegin Menzner und dann Kollege Döring, Kollege Fischer!

Abg. Dorothee Menzner: Danke, Herr Vorsitzender! Ich möchte da, wo ich vorhin mit meinen Fragen aufgehört habe, erst noch mal weitermachen. Ist es verfassungsrechtlich überhaupt vorgesehen, dass der Bund seine Pflichten, die sich aus Art. 87e Abs. 4 GG ableiten, einfach per Gesetz oder vertraglich auf die Infrastrukturunternehmen übertragen

kann? Also, da hätte ich gerne noch mal eine Antwort. Wir leiden ja im Verkehrsausschuss schon alle ein bisschen dran, dass der Bund als Alleineigentümer selbst zum jetzigen Zeitpunkt nicht soviel Einfluss auf die DB AG hat, oder ausübt, oder wie auch immer, dass wir wirklich die Karten, den Netzzustand und die Geschäftstätigkeit, betreffend auf dem Tisch haben. Also, wir fühlen uns da nicht besonders gut informiert. Wie beurteilen Sie dann die Berichtspflicht, die sich aus dem Referententwurf ergibt, vor diesem Hintergrund, dass das sich jetzt schon alles sehr problematisch gestaltet? Welche verfassungsrechtlichen Probleme sehen Sie in der Ausgangslage der Rechte aus der Eigentümerstellung an den Infrastrukturunternehmen nach diesem Entwurf? Zweite Frage: Selbst wenn alle Aufsichtsratsmitglieder einer mehrheitlich im Bundeseigentum stehenden DB AG gestellt würden, sind diese natürlich der privatrechtlichen Gesellschaft und dem damit verbundenen Ziel der Gewinnerzielung verpflichtet. Das ergibt sich eigentlich sehr logisch. Aber wir wissen auch, das Unternehmensinteresse auch von einer geringeren Anzahl von Aktionären oder Aufsichtsratsmitgliedern durchsetzbar ist, und zwar auch gegen eine Mehrheit. Der Anhalt ergibt sich für mich aus der Auseinandersetzung damals um einen Aufsichtsratsposten eines atomkritischen Aufsichtsratsmitglieds bei einem Kernkraftwerksbetreiber. Da gibt es Urteile damals, Schleswig-Holstein. Ist also die Schachtelbestätigung selbst bei Mehrheit im Aufsichtsrat ausreichend verfassungsrechtlich gegeben oder ist das ausreichend verankert? Und dann ein letzter Komplex. Nach der Kapitalprivatisierung der DB AG sind stärkere Renditeorientierung und Renditeausrichtung, auch des Fernverkehrs, zu erwarten. Und dabei könnte sich aus meiner Sicht als Verkehrspolitikerin sehr wohl die Gefahr ergeben, dass noch mehr Regionen als heute abgehängt würden oder schlechtere Anbindungen hätten und dadurch Standortvorteile verlieren würden. Dazu meine Fragen: Wird der Bund überhaupt gewährleisten können, dass eine kapitalprivatisierte DB AG, die sich nach den Vorgaben des Aktienrechts auf Eigenwirtschaftlichkeit orientieren muss, überhaupt Fernverkehrsangebote im heutigen Umfang aufrechterhält? Das ergibt sich für mich daraus, dass ich Art. 87e Abs.4 GG so verstehe, dass der Grundgesetzauftrag nicht nur das Netz betrifft, sondern auch die Gewährleistung von Verkehrsangeboten. Wie beurteilen Sie diesen sich unter Umständen dann daraus ergebenden Widerspruch im Fernverkehr? Einerseits haben wir dann das Eigenwirtschaftlichkeitsgebot, andererseits das Allgemeinwohlgebot laut Grundgesetz. Und wie wäre dann die Aufgabe des Art. 87e Abs. 4 GG zu gewährleisten? Wie wäre der nachzukommen, wenn zum Beispiel die Länder nicht

bereit wären, die dann möglicherweise entfallenden Fernverkehre über Nahverkehrsverbindungen, Nahverkehrsgelder auszugleichen? Da hätte ich gerne von Ihnen eine Antwort. Speziell denke ich, dass ich da von Prof. Hermes, Prof. Uerpmann-Witzack und Prof. Fehling etwas hören könnte, aber natürlich auch gern von allen anderen. Danke!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Frau Kollegin Menzner! Kollege Döring und dann Kollege Fischer!

Abg. Patrick Döring: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, liebe Kollegen, verehrte Sachverständige! Zuerst vielleicht eine Bemerkung zu Herrn Prof. Gersdorf. Als jemand, der immer noch selbst Vorstand von zwei Aktiengesellschaften ist: Mehrheiten erhöhen die Überzeugungskraft gegenüber Vorständen. Und zwar völlig aktienrechtsunabhängig. Da sage ich mal, in der Lebenswirklichkeit, und das erleben wir selbst in der Situation, wo uns der Konzern ganz gehört, gibt es natürlich das Aktienrecht, hinter dem man sich auch als Vorstand ein Stück weit zurückziehen kann, aber wenn es am Ende um eine Vertragsverlängerung geht, gelten andere Argumente als die reinen gesellschaftsrechtlichen. Das sage ich mal so aus meiner Wahrnehmung in der aktuellen Diskussion. Deshalb vermag ich das rechtlich alles nachzuvollziehen, aber ich will dann gerne noch mal aus dem Papier des Lenkungsausschusses der Koalition zitieren, in dem steht: Für die Besetzung der Organe sind die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln maßgebend. Bei der DB AG kann der Bund rechtlich über seine Hauptversammlungsmehrheit sämtliche Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat wählen. Faktisch werden Investoren einen vom Bund dominierten Aufsichtsrat aber nicht akzeptieren. Wenn das so ist, gibt es entweder Wertabschläge beim Verkauf der Anteile oder tatsächlich nicht mehr die Mehrheit in den jeweiligen Organen. Und dann wäre es ja, und das ist eine Frage an Prof. Dr. Hüttemann und Herrn Prof. Kleindiek, wichtig was in den Satzungen des Unternehmens vor der Privatisierung geregelt wird, nämlich welche Fragen in welchen Gremien entschieden werden. Da ist ja der Eigentümer relativ frei. Und der Hauptversammlung könnte man auch Aufgaben zuweisen, in der dann der Bund die Mehrheit hat, die vielleicht üblicherweise in vielen anderen Unternehmen im Aufsichtsrat geregelt werden. Vielleicht wäre das ja auch ein Weg, einen Teil aufzulösen. Vielleicht können Sie dazu etwas sagen. Ich will dann an das anknüpfen, was der Kollege Hofreiter gefragt hat. Denn in Wirklichkeit ist es ja so, dass ausge-rechnet dort, wo der Verfassungszweck am intensivsten sozusagen wirken soll, nämlich bei der Eisenbahninfrastruktur, ja die Einfluss-

möglichkeiten über Hauptversammlung gerade abgetreten werden, an den Vorstand einer teilprivatisierten AG. Ist das nicht eigentlich eine Konstruktion, die zu einem Stück weit zu den Konflikten führt, die hier ja auch untereinander zu Konflikten geführt haben, dass man sozusagen dann wieder in der Frage ist, inwieweit nicht doch die Verantwortung für die Infrastruktur und den Unternehmenszweck Infrastrukturauftrag, der sich aus der Verfassung zumindest für die DB Netz AG ja wohl ergibt, dass man einen Teil dieser Verantwortung in eine Ebene verlagert, die anderen Unternehmenszielen, nämlich denen des Konzerns, der Holding, Gewinnerzielung und, und, und auch unterliegt. Denn die DB Netz AG hat ja andere Unternehmensziele als der Gesamtkonzern. Jedenfalls würde ich die von Frau Menzner eben angesprochenen verfassungsrechtlichen Vorgaben überwiegend auf die Infrastrukturunternehmung beziehen. Und da kommt es dann ja sozusagen zu Interessenkonflikten. Und jetzt denken wir das mal durch. Und das ist eine Frage an die Gesellschaftsrechtler. Angenommen, der Mehrheitseigentümer Bund hat, durch wen auch immer initiiert, meinerwegen durch den Deutschen Bundestag oder durch die Bundesregierung, ein bestimmtes Anliegen, zum Beispiel was den Zustand der Infrastruktur angeht. Und das setzt er im Vorstand auch durch. Und der setzt das auf der Ebene der Hauptversammlung und des Aufsichtsrats in der DB Netz AG durch. Dann kann es immer noch sein, dass – ab bestimmten Investitionen wird der Aufsichtsrat ja zur Zustimmung herangezogen – die Arbeitnehmervertreter gemeinsam mit einem oder mehreren Vertretern der Kapitaleseite diesem Anliegen nicht zustimmen würden, im Aufsichtsrat der Holding. In diesem Moment wäre doch die Frage: Ist dann tatsächlich das von der Verfassung gegebene Kontrollrecht jederzeit – darauf ist ja Wert gelegt worden, von den Verfassungsrichtern – tatsächlich ausführbar in dieser Konstruktion, das zu sichern, was die Verfassung dem Gesetzgeber vorgibt? Vielen Dank!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Kollege Döring! Kollege Fischer! Und dann kommt die Antwortrunde.

Abg. Dirk Fischer (Hamburg): Ich würde gerne darauf hinweisen, weil Herr Prof. Gersdorf gesagt hat, damals waren ja die gleichen Abgeordneten wie heute tätig. In meiner Person ist das zutreffend. Aber man muss, ich glaube zu unserer Ehrenrettung, sagen, dass wir 1993 im Gesetzgebungsverfahren eben ein anderes Modell verfolgt haben, als es in der Zwischenzeit hergestellt worden ist. Denn dieses Modell war ein Modell der klaren Dezentralisierung, wo dann nach der zweiten Sanie-

rungsphase, also gedachten etwa 10 Jahren, die Holding verschwinden sollte und dann die Trennung und Aufspaltung die Folge gewesen wäre. Und dies Projektion ist ja auch im § 2 Abs. 2 des DB-Gründungsgesetzes beschrieben worden. Und viele der Probleme, mit denen wir uns herumschlagen müssen, wären bei der Verfolgung dieses Modells nicht entstanden. Dann ist hinterher mit – im Übrigen will ich bei der Gelegenheit sagen, das hätte natürlich für die Führungsgesellschaften, bis auf die Infrastrukturgesellschaft, auch eine materielle Privatisierung in einer beliebigen Höhe eröffnet, die der Gesellschafter anstrebt. Und nur im Falle der Infrastruktur ist ein zustimmungspflichtiges Bundesgesetz vorgesehen, in dem dann der Anteil der Privatisierung darzulegen ist. Dann ist mit Zustimmung des Gesellschafters ein extremes Rezentralisierungsmodell gemacht worden. Das wird vielleicht dem Kollegen Hermann heute noch wehtun. Aber es ist ein Faktum. Das haben ja nicht der Vorstand und der Aufsichtsrat ohne Billigung des Alleingesellschafters gemacht. So, dass wir jetzt, in welcher Weise auch immer, dabei sind, uns in irgendeiner Form mit einem integrierten Modell zu befassen, das aber 1993 ausdrücklich nicht die Projektion der Bahnreform war. Es ergeben sich für mich einige Fragen. Herr Prof. Uerpmann-Witzack hat gesagt, der Schienenwegvorbehalt sollte weniger durch das Siche-reitigentum, sondern eher durch die Mehrheitsbeteiligung abgesichert werden. Da muss ich sagen, das kann nicht gemeint sein, wenn Sie den Bundestagsbeschluss in der Umsetzung meinen, denn dort heißt es ja ausdrücklich bei der Infrastruktur: Private Investoren – das hat der Kollege Dr. Hofreiter schon zitiert – werden an den Infrastrukturunternehmen nicht beteiligt, sondern sie werden vorher, und zwar zu 100 Prozent, in das Eigentum des Bundes rücküberführt. Das heißt also, dieser Weg ist nicht gangbar. Ich stimme dem Kollegen Döring im Übrigen zu, sich vorzustellen das wir 49,9 Prozent, und ich sage mal dieser Begriff Börsengang der in der Öffentlichkeit rumschwirrt, ist ja eher irritierend. Denn auch Herr Mehdorn hat gesagt, Volksaktie ist aus, sondern es geht um strategische Investoren. Das heißt also, dass sie in welcher Konfiguration auch immer, Pakete bis maximal 49,9 Prozent verkaufen. Ich muss sagen, bei den Verkaufsverhandlungen, wo es auch um Preise geht, wird schon festgelegt, wer für was welche Aufsichtsratsposition bekommt. Das lässt ja kein Erwerber offen. Dann ist aber natürlich der Bund in einer solchen Konstellation plötzlich im Aufsichtsrat in der Minderheit. Und das der, ich sage mal, 50,1 Prozent hat und in der Hauptversammlung tabula rasa macht, ist aus den geschilderten Gründen nicht denkbar. Dann kann aber auch die Arbeitnehmerbank mit Teilen des Kapitals dealen. Das hat Herr Piëch

bei VW mit IG Metall kontra Gesellschafter Niedersachsen, gerade wunderbar vorexerziert. Das heißt also, der Bund verliert dort seinen bestimmenden Einfluss, den er heute hat. Davon muss man in der Realität des Lebens ausgehen. Und es hat keinen Sinn, darüber Theoriedebatten zu führen. Vielleicht können Sie sich noch einmal zu diesem Punkt äußern. Dann, auch die Aussage von Herrn Prof. Hüttemann würde insoweit nicht mit unserer Beschlussfassung und Vorgabe übereinstimmen, wenn Sie sagen: Der Bund muss den Einfluss auf die Infrastruktur aufrechterhalten, mindestens durch die Mehrheit an den EIU's, sondern hier geht es nicht um die Mehrheit, sondern hier geht es um 100 Prozent. Das ist die Vorgabe, die wir umsetzen müssen. Dann bin ich etwas betrübt, der Kollege Beckmeyer ist ja auch darauf eingegangen, und auch in der öffentlichen Debatte wird da manches durcheinander geworfen: Wenn man von einem Trennungsmodell spricht, war ursprünglich in der Bahnreform zugegebenermaßen das Modell der Realtrennung die Projektion. Heute debattieren wir ja mehr, nachdem das Unternehmen verändert worden ist, über die Eigentumstrennung mit einer integrierten Bewirtschaftung auf befristeter vertraglicher Basis. Das ist aber etwas anderes als die Realtrennung. Und sicherlich auch für die Arbeitnehmerbank etwas vollständig anderes. Und deswegen ist es vielleicht immer ganz günstig, wenn man den Begriff Trennungsmodell verwendet, dann hinzuzufügen, ob man das Realtrennungs- oder das Eigentumstrennungsmodell meint. Auch wir verfolgen ja mit dem Eigentumssicherungsmodell ein Eigentumstrennungsmodell in einer gewissen Form. Ob diese Form tragfähig ist, das Eigentum des Bundes dauerhaft zu schützen, zu garantieren, ist für mich die eigentlich spannende Frage. Und da hat hier Herr Prof. Kirchhof darauf hingewiesen, dass hier die Quadratur des Kreises probiert wird. Ein gewisses Spannungsfeld zwischen den Ziffern 1.3 und 1.5 ist ja auch von denjenigen, die das mit fabriziert haben, nicht ganz zu bestreiten. Jetzt muss man versuchen, dort einen Weg zu finden. Wenn wir die juristischen Risiken, sei es via Normkontrollverfahren, sei es durch Vorlagebeschluss, sei es europarechtlich, so einschätzen, dann müssen wir sie im Grunde genommen in unserer Debatte so weit ausschließen können, wie das hier verlangt wird, dass juristische Risiken ausgeschlossen werden müssen. Das heißt also, wir können wohl keine Beschlussfassung machen, bei der wir erhebliche Risiken billigend in Kauf nehmen, weil wir auch dieser Vorgabe nicht gerecht werden würden. Deswegen habe ich die Frage.... Da gab es einige Ansatzpunkte, der Bund muss die Letztentscheidung behalten, bei Herrn Prof. Kirchhof. Sicherungsübergang, sagt Herr Prof.

Hüttemann, in der gewählten Form nicht machbar. So, zivilrechtliches Risiko. Zwei Personen zugleich in Eigentümerstellung. Wobei Eigentum ja – ich sage mal – mittelbar über Gesellschaftsanteile, aber im Kern doch eher im sachenrechtlichen Sinne gemeint ist. Wenn sich diese Risiken realisieren, und da ist meiner Einschätzung das Normkontrollverfahren noch das unproblematischste, das europarechtliche oder der Vorlagebeschluss sind nach meiner Auffassung viel riskanter als ein Normkontrollverfahren. Denn der Supergau wäre ja, dass man mit der Infrastruktur im Kapitalmarkt wäre und dann plötzlich, beispielsweise gestützt auf Art. 14, nach einem Vorlagebeschluss eine Entscheidung gegen den Bund gefällt wird und damit dieses Infrastruktureigentum unwiederbringbar im Kapitalmarkt wäre und nicht mehr zurückholbar wäre. Und dieses ist ein Punkt, ich sage mal, der für mich eine Kernfrage ist, die, wenn wir sie nicht überzeugend beantwortet bekommen oder beantworten können, uns automatisch, das wurde vorhin schon angedeutet, zu einer Oberziel/Unterziel-Debatte führt. Was ist Oberziel, was ist Unterziel? Eigentum oder Bilanzierung? Daran werden wir uns dann am Ende auch letztlich nicht vorbeimogeln können. Ich will dann noch zu Herrn Prof. Fehling eine Frage stellen. Er sprach, was mich auch etwas irritiert hat, von einer eigentumsähnlichen Stellung des Bundes. Das ist in der Vorgabe des Bundestagsbeschlusses aber nicht das Angestrebte. Keine eigentumsähnliche Stellung, sondern eine Eigentumsstellung. Vielleicht können Sie das noch mal etwas ausführen, was damit gemeint war. Dann haben Sie gesagt, es hängt alles an der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung. Darauf hat der Gesetzgeber ja in der Zukunft unmittelbar überhaupt keinen Einfluss mehr. Wenn der Prozess durch ist, dann wird dieses zwischen Eigentümer oder zwischen Bund und dem Unternehmen vereinbart, die Kontrollrechte, Berichtspflichten und so weiter. Der Bundestag, Gesetzgeber hat nur einen Einfluss, nämlich über die Frage der Gewährung von Subventionen nach dem ersten vertraglichen Gewährungszeitraum. Dann kann er sagen, ich bin mit dem, was dort vereinbart worden ist, so unzufrieden, ich habe keine Lust, jetzt noch weitere Subventionen herauszureichen. An der Stelle sind wir dann im Grunde genommen bei dem, was Herr Prof. Hüttemann gesagt hat, dass bei Lichte besehen bilanziell der Wert der Infrastruktur der Subventionshöhe entspricht. Und Sie haben dann später hinzugefügt, plus, ich sage mal, Ablösung der Eigeninvestition. Das ist ja auch im Gesetzentwurf, wie ich finde, einigermaßen überzeugend dargestellt worden. Das heißt also, dass wir im Grunde genommen die bilanzielle Position Infrastruktur mit der Zuführung aus dem Bundeshaushalt

identifizieren können. Damit habe ich persönlich, bei jetzt wirtschaftlicher Betrachtung, was ja nicht Ihr Job ist, Sie machen das bilanzrechtlich, verfassungsrechtlich, wir als Gesetzgeber haben aber natürlich auch die Frage zu klären, ob der Bund sich eigentlich wirtschaftlich vernünftig verhält, oder ob es hier um einen kollektiven Veruntreuungstatbestand von einem erheblichen Volksvermögen geht. Das heißt also, was macht der Bundeshaushalt, was macht der Bund für ein Geschäft? Ich nehme den Bundesverkehrswegeplan der vormaligen Bundesregierung und rechne hinzu, was seither der Infrastruktur zugeführt worden ist, und komme zu einem Nettoanlagevermögen von 131,5 Mrd. Euro. Es wird ferner jedes Jahr – dieses würde dann ja nach Ihrer Darstellung, Herr Prof. Hüttemann, dieses Nettoanlagevermögen bilanziell im Zweifel auch auf einen Wert Null zurückschrumpfen können. Das ist ja ein ziemlich betrüblicher Tatbestand. Dann wird ja jährlich aus dem Bundeshaushalt der Infrastruktur für Bestandsnetzpflege, also ersparte Aufwendung, jeder private Unternehmer müsste seine Hallen und seine Wege aus eigener Aufwendung pflegen, und für Neu- und Ausbau auch noch zusätzliche Infrastruktur hinzugefügt werden. Jedes Jahr 3,5 bis 4 Mrd. Euro. Das heißt, wenn ich hier ein hälftiges privates Kapital habe, ist das im Grunde genommen für privates Kapital aus dem Bundeshaushalt eine jährliche Zuwendung zwischen 1,75 und 2 Mrd. Euro, je nach dem wie gut der Haushalt gestattet ist. Und die Frage, die mir keiner beantworten kann, wie das eigentlich in der Zukunft ausgeglichen werden soll. Wie soll die Eigentumsposition des Bundes durch diese erhebliche Kapitalzuführung dann im Interesse des Bundes gesichert werden können. Mit dem, was Herr Prof. Hüttemann gesagt hat, müsste ich sagen, in dem Moment, wo der Bund dem privaten Kapital jedes Jahr, oder dem Gesamtunternehmen, 3,5 bis 4 Mrd. Euro gegeben hat, schrumpft das bilanziell sofort wieder auf eine Null zurück. Das heißt also, es ist im Grunde genommen aus dem Bundeshaushalt keine werthaltige Steigerung einer bilanziellen Eigentumsposition. Ich weiß nicht, ob Sie auf die letzte Frage eine Antwort wissen, aber das würde mich in dem Zusammenhang auch noch mal interessieren.

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Kollege Fischer! Bevor wir zur Antwortrunde kommen, zwei Punkte. Ich bitte die Kolleginnen und Kollegen im Anschluss an die Anhörung noch mal kurz hierzubleiben für eine kurze Sondersitzung, weil wir zwei Punkte noch zu beschließen haben, die wir heute morgen gedacht haben, vertagen zu können. Also, das ist die Sache mit dem TOP 23, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Verbesserung rehabilitie-

rungsrechtlicher Vorschriften für Opfer der politischen Verfolgung in der DDR. Wir müssen das heute entscheiden, denn die Lesung findet am Mittwoch, dem 13. Juni 2007 statt, weil wir in der entsprechenden Woche eine verkürzte Sitzungswoche haben. Wir können es also nicht nächstes Mal beschließen. Und wir haben danach noch eine kurze Beschlussfassung, das dauert vielleicht ein bis zwei Minuten. Also, ich bitte die Kollegen, noch mal hier zu bleiben. Jetzt habe ich noch mal einen Vorschlag zum weiteren Verfahren. Ich habe jetzt noch zwei Wortmeldungen bei mir stehen. Und zwar von der Kollegin Menzner und vom Kollegen Hacker. Jetzt frage ich noch mal in die Runde, gibt es noch weitere Wortmeldungen? Denn daraus würde ich jetzt dann entscheiden, ob wir noch eine dritte Runde machen, mit einer Antwortrunde, oder ob wir das jetzt in dieser Runde quasi als Schlussrunde machen können. Jetzt frage ich hier noch mal: Gibt es noch weitere Wortmeldungen? Kollege Fischer? Dann würde ich jetzt vorschlagen, dass wir dann mit Zustimmung der Sachverständigen die beiden Kollegen noch hören und, dass wir dann zu einer Schlussrunde kommen. Dann kommen wir zeitlich bei 20.30 Uhr bis 20.45 Uhr heraus. Ist das ein Vorschlag zur Güte? O. K., dann würde ich vorschlagen, zuerst Kollege Hacker und dann die Kollegin Menzner. Bitte!

Abg. Hans-Joachim Hacker: Vielen Dank, Herr Vorsitzender! Ich habe eine Frage an Prof. Fehling und an Prof. Gersdorf. Herr Prof. Fehling, Sie gehen in Ihrer Stellungnahme unter der Ziffer 4 auf europarechtliche, gemeinschaftsrechtliche Bedenken ein, gegen den vorliegenden Entwurf. Daraus leitet sich jetzt meine Frage ab. Die Richtlinie, auf die Sie Bezug nehmen, 2001/14 EG, ist doch durch das Dritte Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften in deutsches Recht umgesetzt worden und von der Kommission nicht beanstandet worden. Wie kommen Sie dann zu einer solchen Schlussfolgerung? Zweite Frage: Herr Prof. Gersdorf hat sich ausführlich mit dem derzeitigen Stand der Einflussnahme des Bundes auf Entscheidungen im Bereich der Eisenbahninfrastrukturunternehmen auseinandergesetzt. Herr Prof. Fehling, könnten Sie diese Argumentation vielleicht auch noch mal zum Gegenstand einer Bewertung machen? Welche Möglichkeiten hat der Bund im Status quo hinsichtlich der Auswahl des Führungspersonals und hinsichtlich eines substantiellen Einflusses auf unternehmerische Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung, in Bezug auf die Eisenbahninfrastrukturunternehmen? Dankeschön!

Abg. Renate Blank übernimmt den Vorsitz.

Amtierende Vorsitzende: Kollegin Menzner, bitte!

Abg. Dorothee Menzner: Danke, Frau Vorsitzende! Ich habe noch mal Fragen, was die Infrastruktur und die Bilanzierbarkeit betrifft. Würde die Infrastruktur bei der DB AG bilanziert, würden dann auch Gleisanlagen, Bahnhöfe, Zugsicherungs- und Energieversorgungsanlagen, also all das, was wir zur Infrastruktur zählen, bei späteren Privatisierungsschritten verdeckt zusammen mit der DB AG teilprivatisiert werden. Oder wie sehen Sie da eine Möglichkeit, das doch klar zu trennen? Des Weiteren: Der Bund hat die Verkehrsbedürfnisse, also das Wohl der Allgemeinheit, sowohl hinsichtlich der Infrastruktur als auch hinsichtlich der Verkehrsangebote sicherzustellen. Das hatte ich ja in meiner vorherigen Frage, auf die ich ja gleich noch hoffentlich die Antwort bekomme, ausgeführt. Zugleich ist verfassungsrechtlich die Führung als Wirtschaftsunternehmen vorgesehen. Aber es ist doch so, dass wegen des Kompromisses bei der Änderung des Grundgesetzes immer dieser Zielkonflikt besteht, dass einerseits Einfluss ausgeübt werden muss, welcher andererseits durch die Führung als Wirtschaftsunternehmen eher ausgeschlossen werden soll. Also, diesen Zielkonflikt finden wir ja in der Formulierung von Art. 87e GG vor. Das heißt im speziellen Fall, wegen des Aktienrechts, dass der Gesetzgeber eine Rechtsform gewählt hat, deren allgemeine Grundsätze er nun permanent aus der anderen Aufgabe oder Sichtweise auszuhebeln gedenkt. Und wenn ich dann im Haushaltsrecht nachlese, dann gibt es natürlich in der Bundeshaushaltsordnung den Grundsatz, dass der Bund nur dann sich der privatrechtlichen Rechtsform bedienen soll, wenn diese dem Zweck am Besten entspricht und, wenn der Zweck sich nicht anders besser erreichen lässt. Ich hätte jetzt noch mal an Sie alle die Frage, ob Ihrer Ansicht nach dieser Zielkonflikt, der ja offensichtlich hier besteht, im Aktienrecht, überhaupt auflösbar ist oder ob es aus Ihrer Sicht eine besser geeignete Rechtsform gibt, wie die einer AG, was auch den Einfluss des Bundes betrifft, und vor allem auch dann, wenn, was ja unsere Forderung, und das ist ja kein Geheimnis, also die Forderung der LINKEN ist, also auch, wenn keine Kapitalprivatisierung erfolgt. Da hätte ich gerne noch mal eine Aussage von Ihnen. Danke!

Amtierende Vorsitzende: Meine Herren Sachverständige, wir gehen in die Beantwortung. Wir fangen mit Herrn Prof. Fehling an und gehen der Reihe nach durch, in umgekehrter Reihe als vorher.

Prof. Dr. Michael Fehling: Vielen Dank! Sie haben sicher Verständnis dafür, dass ich aus der Fülle jetzt nur einige Dinge herausgreifen kann. Und ich fange vielleicht mit dem an, wo ich direkt angesprochen worden war. Herr Fischer fragte nach der Formulierung Eigentümerbefugnisse beziehungsweise eigentumsähnliche Befugnisse. Ich gebe zu, das ist etwas nonchalant formuliert gewesen. Was ich damit meine, ist folgendes: Unter Eigentümerbefugnissen habe ich jetzt sehr eng das verstanden, was sozusagen rein zivilrechtlich, gesellschaftsintern ist. Also: Besetzung des Aufsichtsrats, Stimmrechte in der Hauptversammlung und diese Dinge. Nach meiner Auffassung, die ja bei uns auch ein wenig in der Schattierung kontrovers ist, wie Sie gehört haben, ist es so, dass eben von der Verfassung doch ein gewisser Spielraum ist, inwieweit sozusagen die Einflussmöglichkeiten des Bundes auf dieser internen Schiene angesiedelt sind und inwieweit da gewisse Defizite kompensiert werden können, durch mehr oder minder externe Einflusslinien, sei es eben die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung oder sei es sogar ganz externe Regulierung durch Bundesnetzagentur oder was man sich dann vorstellen könnte. Und „eigentumsähnlich“ sollte in diesem Sinne bedeuten, es kommt ein Einflussniveau heraus, was dem Leitbild des Beherrschungsstandes entspricht, den ein typischer privater Eigentümer hätte. Aber es sind nicht allein die typischen gesellschaftsrechtlichen Eigentümerbefugnisse, die den herstellen, sondern kombiniert eben mit anderen Einflusslinien. Das war der Hintergrund dieser Äußerung. Ansonsten, bei meinem vielleicht jetzt zu sehr ins rechtspolitische übergehenden Plädoyer für das Trennungsmodell, habe ich in der Tat stärker an eine reale Trennung gedacht und nicht an eine bloße Trennung, wie wir sie in diesem Eigentumsmodell hatten. Herr Hacker, zum Gemeinschaftsrecht. In der Tat haben wir da ja den § 9a, der da die EG-Vorgaben so im Wesentlichen umsetzt. Da gibt es allerdings unter den Eisenbahnrechtlern auch gewisse Kontroversen, ob da nicht doch noch Lücken in dem alten § 9a bestehen, was vor allem verschiedene personelle Verzahnungen der Gesellschaften angeht, das da jetzt nicht alles durch den § 9a ausgeschlossen wird, wie es vielleicht ausgeschlossen sein müsste. Aber, sagen wir mal so, so ganz wohl scheint man sich da ja auch nicht zu fühlen, denn in dem Gesetzentwurf hier wird der § 9a ja auch noch mal ein Stück weit nachgebessert. Was mein Petitum hierbei ist, ist eigentlich eher die Frage, kann das, was auf dem Papier steht, faktisch funktionieren. Schafft man es wirklich, sozusagen diese Gesellschaften mit „chinese walls“ so abzuschotten, dass da nicht doch eine Kommunikation da ist und eine interne

strategische Abstimmung da ist, wie sie eigentlich de jure nicht sein sollte. Also, es bewegt sich weniger auf der Ebene des Wortlautes des § 9a, mit diesen kleinen Randkorrekturen, von denen mal abgesehen, sondern mehr auf der Ebene der Frage: Kann so etwas realiter funktionieren oder ist das von vornherein etwas, was sozusagen einfach auf dem Papier stehen bleibt? Und da eben das Gemeinschaftsrecht eine tatsächliche Sicherung verlangt, würde eben eine Sicherung auf dem Papier insoweit gemeinschaftsrechtlich nicht ausreichen. Ich verweise da auch noch mal auf diese Stellungnahme, des Gutachtens, bei der Monopolkommission, das scheint mir da relativ überzeugend begründet zu sein. Ansonsten zu den Grundfragen: Wäre eine Privatisierung von 49,9 Prozent als solches möglich? Da muss man wohl sagen: Ja. Die Gretchenfrage bleibt die, was behält hinterher der Bund dann mit seinen 51,1 Prozent an Einflussmöglichkeiten übrig. Wenn das die normalen Einflussmöglichkeiten sind, das heißt entsprechendes Stimmrecht in der Hauptversammlung, entsprechende Möglichkeiten realiter zumindest auf einen größeren Teil der Aufsichtsratsposten Einfluss zu nehmen, wenn auch klar ist, dass das eben wegen der Interessen des privaten Minderheitseigentümers nicht 100 Prozent der Aufsichtsratsposten sein könnte. Dann würde das verfassungsrechtlich wohl ausreichen. Nur, Herr Beckmeyer, es ist ja hier so, dass wir ja eben diese Stimmrechtsvollmacht haben. Also, die Möglichkeiten, in der Hauptversammlung aktiv zu werden, sind ja für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen gerade eben weg. Das ist ja gerade das Problem der ganzen Konstruktion. Das integrierte Modell als solches, in der Tat, das hatte ja Herr Hermes auch am Anfang – finde ich – sehr deutlich ausgeführt, ist als solches vielleicht politisch zu hinterfragen, aber ist verfassungskonform, solange wir die Stellung wie jetzt haben, wo der Bund eben letztendlich, wenn auch mediatisiert durch das Aktienrecht, mit entsprechender Verzögerung, wenn es zum Schwur kommt, dann erst bei der nächsten Hauptversammlung, wirklich seine Interessen im Gesamtkonzern durchsetzen kann. Es hängt nicht allein am integrierten Modell, sondern es hängt daran, dass jetzt noch Private mit ins Boot kommen und letztendlich damit der Einfluss des Staates eben doch zurückgedrängt wird. Man kann eben nicht rein formal sagen, na ja der Bund hat jetzt doch da wieder das Alleineigentum an der Infrastrukturgesellschaft, denn das ist letztendlich rein formales Eigentum, was weder wirtschaftlich noch in den Einflussmöglichkeiten real großartig etwas wert ist. Man könnte die Sache sicherlich verfassungskonform bekommen, verfassungsrechtlich, wenn man das mit der Stimmrechtsvollmacht sein ließe. Nur, ich glaube, eben

dann erreicht man die anderen Ziele nicht, die man erreichen will. Es ist nicht das Problem, die Verfassungskonformität als solches herzustellen, sondern es ist das Problem, zwei Herren zu dienen. Letzter Punkt, den ich vielleicht noch ansprechen würde, was sozusagen die Gewährleistungsverantwortung des Bundes eben für den Fernverkehrsbereich angeht. Das ist jetzt juristisch - faktische Verschränkungen sind da - zunächst einmal nicht das Thema dieses Gesetzentwurfes. Auch dort ist es ja so, dass es eine Gewährleistungsverantwortung, die dem Bund zukommt, nicht dem Unternehmen direkt. Und da hängt es denn davon ab, welche Einflusskanäle hat der Bund dort, sei es durch Regulierung, sei es durch Subventionierung, da sind ja die verschiedensten Möglichkeiten denkbar, sei es durch internen gesellschaftsrechtlichen Einfluss auf DB Fernverkehr, welche Möglichkeiten hat der Bund dort für eine ausreichende Versorgung, ausreichendes Angebot zu sorgen? Es bleibt verfassungsrechtlich dann natürlich immer noch der Vorbehalt, da bin ich jetzt wieder mit Herrn Gersdorf ganz konform – es gibt keinen genau festgeschriebenen Standard, der da gewährleistet werden muss, sondern, was da angemessene Versorgung ist, da bleib realiter und auch verfassungsrechtlich ein erheblicher Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum übrig. So, dass man sich fragen kann, wie viel das hinterher wirklich wert ist. Böse ausgedrückt würde ich sagen, es hängt davon ab, im Zweifelsfall, wenn es sich nicht betriebswirtschaftlich für das Unternehmen rentiert, hängt es davon ab, wie viel Geld der Bund bereit ist reinzupumpen, welcher Standard da gehalten werden kann. Das gilt für die Infrastruktur in gewissen Grenzen genauso, auch da ist ja nicht verfassungsrechtlich durch Art. 87e Abs. 4 GG vorgegeben, wie groß genau das Netz sein müsste, was zu erhalten ist. Auch da geht es letztendlich darum, was finanziert werden kann. Ich glaube, um jetzt nicht zu lange zu reden, gebe ich jetzt gerne erst einmal das Wort weiter. Danke!

Amtierende Vorsitzende: Vielen Dank! Herr Prof. Gersdorf bitte!

Prof. Dr. Gersdorf: Herzlichen Dank! Ich freue mich, zur Kenntnis nehmen zu können, dass Herr Fehling sich jetzt auf meine Seite geschlagen hat.

Prof. Dr. Michael Fehling: Na ja, da muss ich doch für das Protokoll noch einen gewissen Einspruch einlegen!

Prof. Dr. Gersdorf: Herr Fehling hielte eine Privatisierung im Umfange von 49 Prozent des derzeitigen Modells, der derzeitigen Holding der Deutschen Bahn AG, auf der Basis des

geltenden Rechts für zulässig. Er sagt jetzt, aber es wird ja etwas ganz anderes gemacht, da gibt es so eine Stimmrechtsvollmacht. Die Stimmrechtsvollmacht, meine Damen und Herren, warum wird die eingeräumt? Weil die Kapitalanteile zunächst auf den Bund übertragen werden, die Bahn also gar nichts in den Händen hat, keine Kapitalanteile hat. Wer keine Kapitalanteile hat, der hat auch keine Stimmrechtsvollmacht. Wenn man aber konkret die Veräußerung bis zu 49 Prozent für zulässig hält, dann muss man auch das jetzige Modell für zulässig halten, das ist logisch, zwingend. Also Herr Fehling, Sie sind im Boot! Zweiter Punkt, europäisches Recht. Auch hier klar, ohne dass ich groß ausholen kann, das europäische Recht verlangt zweifelsfrei keine Entflechtung. Das ist unstrittig! Und nur das wird jetzt hier ja als Gegenmodell politisch diskutiert. Das ist durch Europarecht, durch wenigstens geltendes Europarecht, nicht vorgeschrieben. Da kann ich alle beruhigen. Ganz eindeutig nicht vorgeschrieben! Ob das künftig mal kommen wird, das ist spekulativ, dazu äußere ich mich nicht als Europarechtler, und auch nicht als Verfassungsrechtler, sondern wenn die Kommission, wenn Europa irgendwann sich mal für so ein Modell entscheiden sollte, aber ich kann mir vorstellen, dass es da in dem einen oder anderen Mitgliedstaat doch gewisse Widerstände geben könnte, dann muss das Deutschland auch vollziehen. Derzeit ist es durch Europarecht keinesfalls vorgeschrieben. Nächster Punkt. Frau Menzner und auch andere hatten auf diesen Punkt hingewiesen. Ich glaube, auch Sie, Herr Abg. Fischer. Wie soll man sich jetzt überhaupt die Konstruktion vorstellen? Wie ist die Aufgabenverteilung zwischen Bund einerseits und den Verkehrs- und Infrastrukturunternehmen andererseits? Die Verfassung schreibt fest, dass sowohl Verkehrsdienstleistungen als auch der Betrieb des Schienennetzes niemals vom Bund wahrgenommen werden darf, von dem Rechtsträger Bund. Es bedarf zwingend einer Übertragung dieser Aufgabe auf eine Gesellschaft privaten Rechts. Derzeit eine Aktiengesellschaft, könnte theoretisch aber auch eine andere sein. Das ist sehr wichtig. Der Bund darf gar nicht das einfachgesetzliche Eigentum an der Infrastruktur haben, er kann nur die Kapitalanteile an den Unternehmen halten, die die Infrastruktur betreiben. Der Betrieb des Schienennetzes ist in die Hände einer privatrechtlichen Gesellschaft zu legen, die dem Ordnungsprinzip der Wirtschaftlichkeit unterworfen ist. Letzter Punkt, wiederum Herr Fischer und auch Herr Döring. Ich räume Ihnen ein, selbstverständlich, wenn es zur Kapitalprivatisierung kommt, dann haben die privaten Investoren selbstverständlich gewisse Erwartungen. Das ist so, das will ich überhaupt nicht bestreiten. Im Aktienrecht steht nun mal drin,

wie ich es vorhin schon gesagt habe, es gibt keinen institutionalen Minderheitenschutz, dass sich derjenige, der 51 Prozent der Kapitalanteile hält, durchsetzen kann, aber faktisch setzt er sich nicht durch. Ja, das müssen wir so konzedieren. Aber ist es kein verfassungsrechtliches Problem? So ist es. Weil nämlich nicht im Grundgesetz steht, dass das Alleineigentum an Infrastrukturunternehmen in Bundeshand liegen muss, sondern nur das Mehrheitseigentum. Also akzeptiert der Verfassungsgesetzgeber schon, dass es solche Einflussnahmemöglichkeiten Privater gibt. Auch hier ist es wiederum eine rein politische Entscheidung. Wenn Sie mehr Einfluss haben wollen, wenn Sie überhaupt nicht wollen, dass die Infrastrukturunternehmen an die Börse kommen, dann ist das sicherlich verfassungsrechtlich zulässig. Aber genauso ist es zulässig, dass eben zu 49 Prozent auch die Kapitalanteile der Infrastrukturunternehmen mit veräußert werden. Da ändert sich überhaupt nichts an dem Zustand, wenn das Unternehmen aus dem Konzernverband herausgelöst würde und isoliert an die Börse gebracht würde. Im Grundgesetz ist nur von Mehrheitseigentum, nicht von Alleineigentum die Rede. ...

(Zwischenfrage)

Prof. Dr. Gersdorf: Ich habe jetzt nicht über die politischen Entscheidungen des Bundestages zu urteilen, was man politisch für richtig hält. Vielleicht mache ich das gleich mal ganz kurz. Aber ich habe nur verfassungsrechtlich....vielleicht schließe ich mal in der Tat, weil Sie mich als homo politicus vielleicht auch eingeladen haben. Mich wundert es schon, dass der Antrag von den Liberalen kommt. Ausgerechnet von den Kräften, die mit der Union in '93, aber auch in '92, so vehement für die Verfassungsreform gekämpft haben. Die sich so vehement dafür eingesetzt haben, dass diese Unternehmen nicht von der Politik gesteuert werden. Und plötzlich wollen die Liberalen mehr Staatseinfluss. Herr Westerwelle hat in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung am Sonntag Wunderbares – und damit schließe ich auch – gesagt: Die Globalisierung gibt die Chance, die verstaatlichte Verantwortung wieder zurück in die Hände der Bürgerinnen und Bürger zu geben. Ich verstehe nicht, wie Ihr politisches Petition mit dieser Kernaussage in Einklang zu bringen ist. Ich bleibe insoweit ein Anhänger von Herrn Westerwelle. Herzlichen Dank!

Amtierende Vorsitzende: Vielen Dank! Herr Prof. Fehling, wollen Sie noch mal antworten, weil Sie direkt angesprochen worden sind? Oder verzichten Sie darauf? Dann bitte Herr Prof. Hermes!

Prof. Dr. Georg Hermes: Frau Vorsitzende, meine Damen und Herren! Mir scheint, der wesentliche Teil der Fragen kreist um das Problem: Was ist das Ausmaß und was sind die Instrumenten, mit deren Hilfe der Bund seinen Einfluss auf die Eisenbahninfrastrukturunternehmen ausüben können muss? Wenn der Abgeordnete Beckmeyer dieses Problem mit der Frage „Schiene rechts, Schiene links“ umschrieben hat, dann ist das eine Frage, die auf das alte Modell zielt, als die Eisenbahn noch eine Behörde war und jeder Abgeordnete dafür sorgte, dass in seinem Wahlkreis die Schiene rechts oder die Schiene links läuft. Das will Art. 87e Grundgesetz nicht mehr. Das ist die eindeutige Aussage. In privatrechtlicher Form, nicht mehr in Bundesverwaltung, und nach wirtschaftlichen Kriterien. Wenn man die Frage der Abgeordneten Menzner berücksichtigt, dass der Bund heute offenbar Schwierigkeiten hat zu erfahren, in welchem Zustand sich das Netz überhaupt befindet, und der Bund heißt in diesem Fall, der Verkehrsausschuss des Deutschen Bundestages, dann bewegen wir uns jetzt in ein grundsätzlicheres Problem, das nicht mehr mit „Schiene rechts“ und „Schiene links“ zu tun hat, sondern offenbar ein grundlegendes Steuerungsproblem darstellt. Der Bund weiß nicht, was die Bahn tut, obwohl die Bahn zu 100 Prozent im Eigentum des Bundes steht. Hier haben wir ein Problem. Und dieses Problem ist genau das Problem, was der Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Grundgesetz lösen will, in dem er sagt: Jedenfalls im Notfall, wenn alle Stricke reißen, und mir die Regulierungsbehörde, die Bundesnetzagentur, die Bundesregierung mit öffentlich-rechtlichen Mitteln nicht in der Lage ist, die Information profund zu bekommen, dann hilft mir das Mehrheitsanteilseigentum, dann muss ich die andere Schiene wählen. Und die würde in diesem konkreten Fall so aussehen. Wenn die Politik, das heißt, Sie und Ihre Bundesregierung, also die von Ihnen gewählte Bundesregierung, das wollte, dann wäre nach geltendem Recht die Möglichkeit das – und ich komme auf das Telefonat zurück – Frau Merkel den Herrn Mehdorn anruft und sagt, wir haben ein Problem mit dem Netzzustandsberichten, das scheint mir ein grundsätzliches Problem, dass die Politik hier nicht ausreichend kontrollieren kann, Sorge dafür, dass das in Zukunft besser wird. Wenn du das nicht tust, bist du bei der nächsten Gelegenheit weg. Das ist nach wie vor die Rechtslage. Und vorhin hat das offenbar Heiterkeit ausgelöst. Andererseits frage ich dann aus der wissenschaftlichen Perspektive Sie, die Politik: Kann es sein, dass die Deutsche Bahn AG von einem Vorstand geführt wird, der nicht das Vertrauen der deutschen Bundesregierung genießt? Diese Frage müssen Sie beantworten. Jedenfalls verfassungsrechtlich und nach der geltenden

Eigentumsordnung dürfte das eigentlich nicht so sein. Also, ich komme damit zu der Zusammenfassung der Antwort auf die Frage: Was ist maßgeblicher Einfluss? Maßgeblicher Einfluss ist nicht der Detaileingriff in das operative Geschäft, sondern der maßgebliche Einfluss ist die strategische Grundausrichtung des Infrastrukturunternehmens. Und die strategische Grundausrichtung, das wissen Sie besser als ich, könnte zum Beispiel lauten: Veräußerung, Stilllegung des gesamten Regionalschiennetzes und Konzentration auf die Personenfernverkehrsstrecken, oder auch auf die Güterfernverkehrsstrecken. Das wäre eine strategische Ausrichtung. Ob diese Ausrichtung gewählt wird oder eine strategische Ausrichtung, die stärker auf die Betonung des regionalen Nahverkehrs setzt, das ist eine Grundentscheidung, die der Bund nach Art. 87 Abs. 3 Satz 3 GG nach wie vor auch aus seiner Eigentümerposition heraus steuern kann. Die These von Herrn Gersdorf, die genau dem entspricht, was ich in meinem Einleitungsstatement bereits betont habe, nämlich, es gibt nur entweder Ökonomie oder öffentliches Interesse, ist falsch! Man kann auch unter wirtschaftlichen Kriterien eine Netzpolitik verfolgen, die auf eine flächendeckende Auslegung im Regionalverkehr ausgelegt ist. Und genau diese Option will der Art. 87 Abs. 3 GG sichern. Und was ist das dann, wenn ich sage, der Bund muss Einfluss auf die strategische Ausrichtung haben, was ist dann das zentrale Argument, ohne jetzt auf die Einzelheiten des Aktienrechts einzugehen? Das zentrale Argument, und so schlau war der verfassungsändernde Gesetzgeber 1993, wenn ich das sachlich nicht genau programmieren kann, wenn ich nicht genau in die Verfassung reinschreiben kann, wie ist das mit der Infrastrukturgewährleistung, wie viel Kilometer Schiene brauche ich denn noch etc., dann brauche ich eben den Einfluss des Bundes auf die maßgeblichen Personen. Und damit wäre ich, ohne mich auf die Details der aktien- und gesellschaftsrechtlichen Einzelheiten einzulassen, dabei, den bestimmenden Einfluss, von dem auch Herr Kollege Kirchhof gesprochen hat, so zu beschreiben, dass im Konfliktfall, im Streitfall, wenn man sich nicht einigt, der Bund sich bei der Frage durchsetzen muss: Wer sind die im Vorstand und im Aufsichtsrat maßgeblichen Personen? Mit anderen Worten, wenn der Bund nicht mehr sagen kann, wer Vorstandsvorsitzender des Eisenbahninfrastrukturunternehmens ist, dann hat er seinen verfassungsrechtlich gebotenen Einfluss verloren. Und genau das ist der Fall, nach dem Entwurf, der Ihnen vorliegt. Und deswegen komme ich zum Schluss, mit der Frage: Wie geht es weiter? Und diese Frage hängt auch zusammen mit dem Europarecht. In der Tat wird über die konkrete Auslegung der aktuellen Richtlinie

2001/14 gestritten, wie viel Trennung und wie viel Entflechtung diese Richtlinien fordern. Es ist aber völlig unbestritten unter allen Ökonomen und allen Juristen, die sich genauer mit Infrastrukturregulierung und natürlichen Monopolen beschäftigen, dass die langfristige Tendenz, und zwar auch und insbesondere auf europäischer Ebene, in Richtung Trennung der natürlichen Monopole, sprich Trennung der Netze von den übrigen Diensten geht. Das ist ganz unbestritten. Und wer zukunftsweisende Infrastrukturpolitik betreiben will, Herr Beckmeyer, auch wenn Sie mich danach nicht gefragt haben, aber Sie haben gefragt, wie geht es weiter und was sind die Möglichkeiten, dann ist die ganz klare Antwort: Wer zukunftsweisende Infrastrukturpolitik betreiben will, leitet rechtzeitig die Trennung von Netz und an den Diensten ein. Vielen Dank!

Amtierende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Prof. Hermes! Bitte, Herr Prof. Hüttemann!

Prof. Dr. Rainer Hüttemann: Frau Vorsitzende! Es sind in ja der Diskussion eine ganze Reihe von Punkten aufgeworfen worden. Ich versuche das in drei Komplexen abzarbeiten. Ich möchte mich zunächst zu der Frage noch mal äußern: Wie sieht es im Aktienrecht jetzt aus? Es kam ja auch die Frage: Kann man nicht vielleicht das Aktienrecht hier dahingehend beeinflussen, durch Satzungsgestaltung, um den Einfluss des Bundes zu erhöhen? Ist das überhaupt ein sinnvoller Ansatz? Der zweite Punkt ist das, was Herr Fischer aufgegriffen hat. Werden eigentlich die Vorgaben des Bundestagesbeschlusses hier eingehalten? Also, wie sieht es eigentlich aus mit der Eigentümerposition des Bundes an den Netzbetrieben? Und die dritte Frage betrifft die Bilanzierung der Anteile. Zum ersten Punkt, meine Damen und Herren! Wenn Sie darüber nachdenken, die aktienrechtlichen Einflussmöglichkeiten des Bundes auf die Deutsche Bahn AG zu verändern oder zu verbessern oder zu verstärken, dann müssen Sie zunächst mal zur Kenntnis nehmen, dass das Aktienrecht ein Rechtsgebiet ist, das nach dem Grundsatz lebt, es ist alles verboten was nicht ausdrücklich erlaubt ist. Das heißt, Satzungsgestaltungen müssen immer an dem engen Rahmen gemessen werden, den das Aktienrecht, § 23 Abs. 5, überhaupt zulässt. Also die Vorstellung, zu sagen wir schreiben jetzt mal einfach in die Satzung rein, dass alle Fragen des Netzbetriebes von irgendeinem Aufsichtsrat mit bestimmt werden müssen. Oder wir schreiben hier einfach rein, dass der Vorstand bestimmte Entscheidungen gar nicht treffen kann, meine Damen und Herren, das scheint mit vom Ansatz her schon verfehlt zu sein. Sie müssen zur Kenntnis nehmen, wenn Sie eine Aktiengesellschaft als Rechtsform wählen, dann müssen, auch wenn

es der Bund ist, hier die aktienrechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Natürlich könnten Sie, so wie beim VW-Gesetz, darüber nachdenken, ein Aktiengesetz für die Deutsche Bahn zu schaffen. Ob das europarechtlich so sinnvoll ist, ist eine andere Frage. Der zweite Punkt im Aktienrecht, da möchte ich jetzt doch noch mal den öffentlich-rechtlichen Kollegen ein Stück weit widersprechen, ist, dass man hier so den Eindruck erweckt, die Verfassung gebe hier einen Mehrheitsanteil vor, meine damit aber etwas, was man im Aktienrecht als Mehrheitsaktionär gar nicht erreichen kann. Also wie gesagt, ich möchte mich zum Verfassungsrecht nicht äußern, ich bin Zivilrechtler, aber mir erscheint diese Auslegung ein Stück weit problematisch zu sein. Insofern liege ich wohl auch etwas auf der Linie von Herrn Gersdorf, anzunehmen, dass, wenn da drin steht, wir haben hier eine Aktiengesellschaft, eine private Rechtsform, wir schreiben weiterhin die Möglichkeit fest, Private zu beteiligen, Anteile zu veräußern, und das bedeutet in der faktischen Situation, dass man sich damit abfinden muss, dass im Aufsichtsrat auch andere sitzen, dass damit kein Mehrheitsanteil mehr erreicht sei, den das Gesetz hier vorschreibt. Also ich verstehe, als Zivilrechtler hält man sich zunächst ja erstmal an den Wortlaut, Mehrheit der Anteile zunächst mal als Mehrheitsanteil. Das Bilanzrecht geht jedenfalls davon aus, dass der, wer die Mehrheit in der Hauptversammlung hat, den beherrschenden Einfluss hat. Und es kommt nicht darauf an, wie der Aufsichtsrat besetzt ist. Also dann würde man hier den Art. 87e GG, was möglich ist, ich kenne die Entstehungsgeschichte nicht, das ist nicht mein Thema, würde man jedenfalls einen Wortlaut, einen Bedeutungsgehalt beifügen, der praktisch bedeuten würde, das in der jetzigen Form jede Form von Privatisierung auch von 10, 20 Prozent ausgeschlossen wäre. Darüber müsste man vielleicht noch mal nachdenken. Ein Hinweis noch zum Unternehmensinteresse. Auch da wurde gesagt, das Unternehmensinteresse, da könnte sich jeder so einbringen. Meine Damen und Herren! Nach der Verfassung wird die Deutsche Bahn als Wirtschaftsunternehmen geführt. Auch da – ich bin kein Verfassungsrechtler – ich gehe mal davon aus, man hat damit das erwerbswirtschaftliche Prinzip und damit die Gewinnmaximierung als Endziel gemeint. Das ist erwerbswirtschaftliches Prinzip. Das bedeutet aber, dass jedenfalls nach meiner Vorstellung kein Anteilseigner und auch kein Aufsichtsratsmitglied mit einer völlig abweichenden Zielkonzeption in diese Aktiengesellschaft hinein und mitwirken kann, etwa im Aufsichtsrat sagen kann, wir machen jetzt etwas, das ist zwar gewinnminimierend, aber das finde ich gut, aus anderen Gründen, und dafür setze ich mich ein. Dann hätte ich in der Tat ein gesell-

schaftsrechtliches Problem. Sie können sich nicht in einem erwerbswirtschaftlichen Unternehmen wie ein gemeinnütziger Anteilseigner verhalten. Genauso wie Sie es ja auch nicht zulassen würden, dass jemand beim Roten Kreuz plötzlich im Aufsichtsrat sagt: Wir müssen Gewinne erwirtschaften. Das sind widersprüchliche Zielsetzungen. So, lassen Sie mich jetzt zur Eigentümerposition kommen. Herr Fischer, Sie haben darauf hingewiesen, Sie wollen gerne wissen, ob der Beschluss des Bundestages eigentlich verwirklicht ist. Der Beschluss des Bundestages bezieht sich ja nicht auf die Frage der mittelbaren Einflussnahme über die Beteiligung an der Deutschen Bahn AG, sondern er bezieht sich darauf, dass die Eigentümerposition des Bundes hergestellt und juristisch gesichert sein muss. Meine Damen und Herren, auf diese Frage eine Antwort zu geben fällt schwer, weil man sich dann fragen müsste, was haben Sie, als Sie den Beschluss gefasst haben, mit Eigentum gemeint. Natürlich sind Sie jetzt rechtlicher Eigentümer, wenn das Gesetz umgesetzt wird, also Sie im Sinne des Bundes. Aber für mich besteht das Eigentum an Anteilen darin, dass ich das Stimmrecht ausüben kann, denn ich kann mit Anteilen nicht wie mit einem Auto fahren, ich kann auch mit Anteilen kein Haus drauf errichten, ich kann Anteile nur dadurch nutzen, dass ich die Rechtsposition des Anteilshabers wahrnehme. Und die wird entscheidend geprägt, durch das Recht, in der Hauptversammlung das Stimmrecht auszuüben. Dieses Rechts begibt sich aber der Bund dadurch, dass er eine Stimmrechtsvollmacht vornimmt, an die Deutsche Bahn AG. Meines Erachtens, aber das müssen Sie prüfen, wird dadurch auch nicht soviel geändert, dass diese Stimmrechtsvollmacht bei bestimmten Akten ausgeschlossen ist. Das sind Vorgänge, die können sie mit 50 Prozent sowieso nicht machen, Kapitalerhöhung, brauchen sie 75 Prozent, und sie wird auch durch die Zustimmungsvorbehalte nicht verändert. Wobei die Zustimmungsvorbehalte, Herr Kleindiek hat es ja schon gesagt, das ist ja völlig unklar in dem Entwurf, wie diese Zustimmungsvorbehalte eigentlich rechtlich umgesetzt werden. Als Jurist würde ich sagen, die Deutsche Bahn AG hat einen Beherrschungsvertrag mit der Netz AG, sie ruft also da an und gibt eine konkrete Weisung in Geschäftsführungsangelegenheiten. Und jetzt sagen Sie, der Bund hat aber einen Zustimmungsvorbehalt, wenn es um wesentliche Fragen geht. Zustimmungsvorbehalte sind normalerweise rein intern, schuldrechtliche Wirkung. Das heißt, Sie können dann sagen: Du, Deutsche Bahn AG, hast die gesetzlichen Vorgaben nicht eingehalten. Aber Sie können nicht mit dem Zustimmungsvorbehalt das Recht aus dem Beherrschungsvertrag, den die Deutsche Bahn AG gegenüber dem Infrastruk-

turunternehmen hat, einschränken. Das ist jeden falls meines Erachtens aus dem Gesetz in der jetzigen Form nicht zu entnehmen. Ob das überhaupt möglich ist. Sie kennen ja, da gibt es auch ein Gutachten von Herrn Schäfer, der sich dazu auch etwas kritisch äußert. Also insofern sehe ich ein Problem. Das Gleiche ist mit der Wertausgleichspflicht. Auch da würde ich sagen, wenn Sie sagen, der Bund soll hundertprozentiger Eigentümer des Netzes werden, da ist es eigentlich unüblich, dass man jemanden, der nicht Eigentümer ist, für das, was er in diesem Zusammenhang macht, eine Entschädigung zahlt. Eigentum besteht normalerweise darin, dass man wirtschaftlich den Gehalt der Sache vollkommen vereinnahmt. Und damit komme ich zu dem Punkt, den ich ja ganz zu Beginn schon gesagt habe. Wenn Sie die konkrete Frage, Herr Fischer, stellen: Was ist mit der Eigentümerposition des Bundes? Dann kann ich Ihnen nur sagen, mir scheint es ausgeschlossen zu sein, dass zwei Leute an derselben Sache Eigentümer sind, der eine wirtschaftlicher Eigentümer und der andere rechtlicher Eigentümer. Wenn Sie allerdings sagen, der Bundestag hat gemeint, eine solche Rückfallposition in Form einer reinen Sicherungsberechtigung, also die Anteile bleiben beim Bund, der Bund kann sie jederzeit gegen Entschädigung zurückholen, das reicht uns als Eigentümersicherung aus, dann haben Sie mit dem vorliegenden Entwurf eine Sicherheit in diesem Umfang erhalten. Dann sind Sie aber nicht Eigentümer, denn dann dürfte ja die Deutsche Bahn diese Dinge nicht bilanzieren. Im wirtschaftlichen, im inhaltlichen Sinne sind Sie meines Erachtens nicht Anteilshaber, wenn das Stimmrecht bei einem Dritten liegt. Insofern sehe ich nach wie vor die Quadratur des Kreises bei dem Entwurf, dass man nicht gleichzeitig rechtlich Eigentümer sein kann und ein anderer ist dann auch noch Eigentümer im wirtschaftlichen Sinne. Und damit komme ich zum Bilanzrecht, dem letzten Punkt. Hier möchte ich noch mal deutlich machen: Jede Form der Verstärkung der Position des Bundes in seiner rechtlichen Eigentümerstellung an den Netzgesellschaften ist meines Erachtens spätestens dann ein Gesichtspunkt, um der Auffassung von Herrn Kleindiek zu folgen. Ich habe Ihnen ja schon deutlich gemacht, das ist kein völlig eindeutiger Fall, aber ich meine es sprechen gute Gründe dafür, die jetzige Gestaltung noch als wirtschaftliches Eigentum zu akzeptieren. Aber wenn Sie das Stimmrecht, was Sie jetzt der Deutschen Bahn übertragen wollen, in größerem Umfang beim Bund zurücklassen wollen, dann ist wirtschaftliches Eigentum nicht mehr begründbar. Denn wirtschaftliches Eigentum hängt davon ab, dass ich die Geschäftsführung bestimmen kann. An der Stelle möchte ich noch mal eine Ergänzung machen, wenn Sie mir das nachsehen:

Hier wurde immer gesagt, es kommt nicht auf laufende Geschäftsführung an, es kommt auf die wesentliche Geschäftsführung an. Auch das ist eigentlich dem Aktienrecht fremd. Wir kennen nur die Geschäftsführung und wir kennen - Aufsichtsrat - bestimmte Zustimmungsvorbehalte für bestimmte exakt formulierte Geschäfte. Und meines Erachtens kommt es doch bei der ganzen Sache darauf an – das ist jetzt eine wirtschaftliche Betrachtung, die aber hier ja notwendig ist, weil wir von wirtschaftlichem Eigentum reden –, wer das Initiativrecht in den Geschäftsführungsangelegenheiten hat. Wer entscheidet darüber, was überhaupt gemacht wird? Ein Zustimmungsvorbehalt kann ja nur sagen, das wird nicht gemacht. Er kann aber nicht das, was hier die Vorstellung ist, er kann nicht erreichen, dass man auf diese Weise die Geschäftspolitik initiativ gestaltet. Wer nur nein sagen kann, der kann nicht sagen wohin es gehen soll. Der kann nur verhindern, aber der kann nicht gestalten. Und meines Erachtens, die Gestaltung liegt bei dieser Gestaltung bei der Deutschen Bahn. Das ist ja auch so gewollt, wenn ich das richtig verstehe, weil die Synergieeffekte aus dem einheitlichen Betrieb ja nur erreichbar sind, wenn die Ziele auch übereinander gelegt werden können. Letzter Punkt, dann bin ich aber auch fertig. Herr Beckmeyer, Sie hatten zur Bewertung – das war, glaube ich, auch bei Frau Menzner noch eine Frage – mit der Wertausgleichspflicht und Bewertung der Anteile. Zur Bewertung der Anteile ganz kurz. Anteile werden in der Einzelbilanz mit den Anschaffungskosten der Anteile oder mit dem niedrigeren aktuellen Wert bewertet. Also die Problematik, Herr Fischer, dass durch die Wertausgleichspflicht, wenn also die Finanzierungsvereinbarung ausläuft – wir sind so zwei Jahre vor dem Ende –, dann muss ich die Anteile meines Erachtens auch entsprechend abschreiben, denn wenn ich keine rechtlich gesicherte Erwartung weiterer Subventionen habe, der Bund signalisiert, wir behalten uns vor, die ganze Sache zurückzuholen, ja dann kann ich die zukünftigen Subventionen bei der Ertragsbewertung nicht berücksichtigen und dann ist mein Wert bei Null. Denn die Aufwendungen sind ja hier immer höher als die Erträge aus dem Netzgeschäft, ohne die Subvention geht es nicht. Dann müsste ich die Anteile auf die Eigenmittelinvestition abschreiben, die ich noch als Buchwerte bekommen habe. Im Konzernabschluss ist es ein bisschen komplizierter, weil da nicht die Anteile, sondern die Vermögensgegenstände und Schulden selbst abgebildet werden, aber in der Sache kann sich nichts ändern. Wenn man sagt, wirtschaftliches Eigentum, dann wird letztlich nur die Entschädigungsposition für die Bewertung zugrunde gelegt, weil man ja nur das bekommt, man ist ja kein Eigentümer. Man kann ja nicht über die Sache frei verfügen,

sondern man erhält nur eine Entschädigung. Und insofern würde ich meinen, dass am Anfang, also wenn man mit diesem Weg in die Öffentlichkeit geht und den Weg beschreiten würde, diese Bewertungsabschläge noch keine große Rolle spielen, weil ja am Anfang eine Finanzierungs- zur Leistungsvereinbarung vorliegt, die über mehrerer Jahre trägt. Und beim Ertragswert gibt es ja Barwerte. Das heißt, die Zukunft ist weniger wichtig wie die Gegenwart. Aber je weiter die Gestaltung in die Zukunft geht, muss natürlich die Deutsche Bahn sich vergegenwärtigen, sie hat kein Eigentum daran, sie hat nur eine Entschädigungsposition. Das muss man bei allem im Blick behalten. Dankeschön!

Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof: Ich darf mich auch ganz kurz fassen, weil die Hauptfragen ja mehr in das Bilanzrecht gingen. Aber weil Herr Hüttemann gerade auch noch von der Auslegung des Art. 87e Abs. 3 GG sprach und sagte, bestimmte Dinge könnte man mit dem Aktienrecht nicht erreichen, da würde man sich drin fangen. Seien Sie vorsichtig mit konkreten Vorstellungen, wie der Art. 87e GG auszulegen ist, wenn man die konkreten Vorstellungen aus der Praxis entnimmt. Wenn wir den Art. 87e Abs. 3 GG lesen, da steht kein Wort von einer Aktiengesellschaft, da steht nicht mal von einer Kapitalgesellschaft etwas drin. Da ist die Rede von Wirtschaftsunternehmen und von Anteilen, nicht mal von Kapitalanteilen. Also, die Verfassung drückt sich sehr, sehr vorsichtig aus. Sie sagt nur, dass es privatrechtliche Formen sein müssen. Damit haben Sie die gesamte Formenwahl. Und wenn es mit dem Aktienrecht nicht geht, dann nehmen Sie eine GmbH und von mir aus, das ist sicher haushaltsrechtlich und wirtschaftswissenschaftlich nicht richtig, nehmen Sie von mir aus auch eine Personengesellschaft. Das geht ja alles. Sie können sogar eine Stiftung nehmen. Also, das heißt, die Auslegung sozusagen auf der Folie dessen, was wir jetzt haben, und das muss von Art. 87e Grundgesetz gefordert sein, oder das ist die einzige Möglichkeit, das halte ich für falsch. Das zweite, das Wirtschaftsunternehmen, das ist ja mehrmals angeklungen, auch in den Stellungnahmen, wenn man das Wirtschaftsunternehmen gleich wirtschaftliches Unternehmen, gleich Gewinnprinzip setzt, macht man einen großen Fehler. Wenn wir Wirtschaftsunternehmen meinen, dann meinen wir ein Marktsubjekt. Also etwa jemand der sich am Markt oder in der Wirtschaft betätigt. Also, wenn man das aufs Englisch übersetzt, dann wäre das Pendant „economy“ aber nicht „profit“. Das heißt nicht, dass ich Gewinn erzielen muss. Ein Beleg direkt aus dem Grundgesetz: Die ganze öffentliche Verwaltung, der ganze Staat steht unter dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, Art. 114 Abs 2 Grundgesetz, die

Rechnungshofvorschrift. Es ist niemand auf die Idee gekommen, da ein Gewinnprinzip herauszulesen. Diese sprachlichen Volten sollte man nicht nehmen, sondern man sollte hier drauf zurückgehen. Das ganz kurz zu dem, was der Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz nicht sagt. Nun zu dem, was er sagt. Und das dürfen wir vielleicht einmal in einen etwas größeren Zusammenhang stellen. Ich darf noch mal festhalten, es ist möglich, dass der Bund sagt, ich möchte weder Verkehr noch Infrastruktur als Bundesaufgabe durchführen. Dann gibt er alles ab. Nach der Definition des Art. 73 Nr. 6a GG ist dann keine Eisenbahn des Bundes mehr. Und das Merkwürdige ist, das sonst grundgesetzsystematisch Merkwürdige ist, dann sind Sie aus dem Art. 87e Grundgesetz völlig draußen. Also, Sie können die Aufgabe abgeben. Der Art. 87e sagt nun, wenn Sie die Aufgabe nicht abgeben wollen, also als Eisenbahn des Bundes im Mehrheitsbesitz des Bundes durchführen wollen, nur unter dieser Kondition, dann müssen Sie auch die Infrastruktur in den Händen behalten. Das ist die Entscheidung, die man schon 1993/1994 traf, da hat man noch gesagt, Betrieb und Fahrweg und jetzt sagt man Verkehr und Infrastruktur. Das ist vom Volumen etwas anders, aber im Prinzip dieselbe Entscheidung. Nun muss ich sagen, entwickelt sich für mich eine ganz merkwürdige Diskussion hier. Ein Ausschuss überlegt sich, wieweit er die Einflussnahme des Parlaments und der Verwaltung zurückfahren kann, obwohl etwas Bundesaufgabe und, wenngleich in privatrechtlicher Form, Bundesorganisation bleiben soll. Das heißt, die Infrastrukturunternehmen sollen nach außen noch als Bund auftreten, aber intern, in der Steuerung, möchte man sagen, haben wir eigentlich nichts mehr damit zu tun, wird alles wirtschaftlich, vielleicht sogar mit Gewinnstreben, die Infrastruktur, ich rede nur von der Infrastruktur. Und wir dürfen vielleicht gar nicht mehr führen. Wenn es Bundesaufgabe ist, wenn es Bundesorganisation ist, und da darf man den Art. 87e GG durchaus auch vielleicht mal in Zusammenhang mit Art. 20 Grundgesetz und mit Staatsfundamentalprinzipien sehen, wenn es das ist, dann muss das Parlament auch seiner Steuerungsfunktion nachkommen, die Gubernative muss die Hand drauf haben und vielleicht auch die Verwaltung Einfluss nehmen. Das heißt, eine Bundesorganisation auftreten lassen, eine Bundesaufgabe nach außen betätigen, ohne das der Bund wirklich steuert, das würde auch dem Geist des gesamten Grundgesetzes widersprechen. Und, das ist jetzt freilich ein politisches Beispiel: Überlegen Sie sich mal den GAU, eine derartig losgelassene Infrastrukturunternehmung zieht sich aus der Fläche zurück – wenn man an die Post denkt, ist das ja zumindest partiell gar nicht so entfernt – und das Parlament muss sagen: Wir können da nichts mehr

tun, wir haben das gesetzlich abgegeben, wegen Kapitalprivatisierung. Das zeigt vielleicht die Schwierigkeit der Situation. Und als Zweites noch....

(Zwischenruf)

Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof: Ja, ich wollte nur sagen: Sehen Sie wo das hingehen kann? Das ist das Beispiel ich weiß es nicht. Meine Argumentation war verfassungsrechtlich. Das letzte Beispiel war nur, ich sage ja, der GAU, was sein könnte. Und man darf ja manchmal überlegen, was könnte sein wenn? Denn wir wollen es ja sichern. Art. 87e Abs. 4 GG ist ja auch ein Sicherstellungsauftrag. Und als letztes noch ganz kurz zu dem, was Herr Beckmeyer so schön sagte: Muss die Bundeskanzlerin nun anrufen und sagen „Schiene links, Schiene rechts“. Wenn sie ein Unternehmen haben, ein Wirtschaftsunternehmen in Privatrechtsform, dann ist es natürlich nicht die Aufgabe – wie das nie die Aufgabe einer Gubernative oder auch eines Parlaments ist, wenn man das weiterdenkt in der demokratischen Legitimationskette –, dass sie jeden Einzelfall entscheidet, sondern das soll die Fachkunde entscheiden. Wie die Infrastruktur aussieht, welches Verkehrsaufkommen da ist und so weiter, das wissen die Fachleute vor Ort besser. Es heißt natürlich, die Erstentscheidung kann da immer liegen, aber die Letztentscheidung, das Zugriffsrecht, und wenn es notwendig ist auch das Rückholrecht, das muss immer unmittelbar beim Bund verbleiben. Ich meine, das ist die Generallinie des Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz. Dankeschön!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Kirchhof! Prof. Kleindiek!

Prof. Dr. Detlef Kleindiek: (ohne Mikro) Eigentum beziehungsweise die Folgenden auf der Bewertungsseite der Bilanzierungsfähigkeit gerichtet. Wahrscheinlich hängt das damit zusammen, dass er ja die Position vertritt, dass die Voraussetzungen der Zurechnung nach dem wirtschaftlichen Eigentum letztlich doch gegeben sind. Seien Sie sich nicht zu sicher, was das betrifft. Ich bin völlig anderer Auffassung, im Ergebnis, und ich stehe – wie Sie wissen – mit diesem anderen Ergebnis nicht alleine. Wir haben eine klare Ausnahme- und Regel-Regelung, die besagt, im Ausgangsfall, in der Regel, ist ein Vermögensgegenstand beim zivilrechtlichen Rechtsinhaber zu aktivieren, dem zivilrechtlichen Rechtsinhaber zuzurechnen, und nur unter bestimmten engen Voraussetzungen können wir von diesem Ausnahmetatbestand abweichen und die Zurechnung zugunsten des sogenannten wirtschaftlichen Eigentümers befürworten. Das ist nichts anderes als eine Me-

tapher, als ein Begriff, der bestimmte Zurechnungskriterien umschreiben soll. Und diese Zurechnungskriterien sind ziemlich deutlich herausgearbeitet worden, in einer jahrzehntelangen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, des Bundesgerichtshofes und in entsprechenden Äußerungen der Wissenschaft. Diese Zurechnungskriterien sind auch nicht umstritten. Wir können über das Ergebnis streiten, zu dem wir bei Anwendung dieser Zurechnungskriterien kommen. Die Zurechnungskriterien bedeuten, der zivilrechtliche Rechtsinhaber, etwa der zivilrechtliche Eigentümer, muss sich seiner Einflussmöglichkeiten auf den Vermögensgegenstand wirtschaftlich vollständig begeben, zugunsten desjenigen, der da die Funktion des so genannten wirtschaftlichen Eigentümers innehaben soll. Erstens! Und Zweitens: Die Chancen und Risiken, Nutzen und Lasten, Chancen und Risiken der Wertgewinnung, der Werterhöhung und des Wertverzehr aus diesem Vermögensgegenstand müssen ebenso vollständig auf den sogenannten wirtschaftlichen Eigentümer übertragen werden. Und diese Voraussetzungen - das sagen im Ergebnis alle, die in dieser Frage bislang Stellung genommen haben, inklusive Bundesjustizministerium, und insofern zu einem anderen Ergebnis als Herr Hüttemann gekommen sind - liegen in diesem Fall, und das ist auch meine Einschätzung, nicht vor! Warum? Weil die Resteinwirkungsmöglichkeiten, die dem Bund noch gegeben sind, vor dem Hintergrund der Zustimmungsvorbehalte nach §2 Eisenbahnstrukturgesetzentwurf, nach § 3 - was übrigens Zustimmungsvorbehalten auf der Geschäftsführungsebene sind, also Dinge, die nach normalem Aktienrecht überhaupt nicht möglich sind oder nur sehr, sehr schwer zu inkorporieren sind, in das System des Aktiengesetzes, ich habe das versucht am Anfang anzudeuten - und letztlich die Entsendungsrechte, bei denen Sie schon auf Grund der quantitativen Ausgestaltung, drei Mitglieder im Aufsichtsrat der Netz AG, sehen, dass es sich nicht nur um Beobachtungsposten handeln kann, sondern das mit dieser Ausgestaltung eine Mitwirkungsmöglichkeit mittelbar in Geschäftsführungsfragen verbunden sein soll. Und wenn Sie jetzt trotzdem sagen, dass ist dann immer noch hinreichend wenig für das wirtschaftliche Eigentum der Deutschen Bahn AG, dann würden Sie im Ergebnis sagen, selbst diese Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes sind so gering, dass wir sie als vernachlässigbar, als irrelevant bezeichnen dürfen. Ich kann mir schwer vorstellen, dass das die Position des Bundesgesetzgebers sein kann und sein soll. Das ist der erste Punkt. Und der zweite Punkt: Wir haben das ganz ähnliche Ergebnis, wenn wir uns die Verteilung der Chancen und Risiken in wirtschaftlicher Hinsicht ansehen. Wir haben - so habe ich das formuliert, in meiner

schriftlichen Stellungnahme - eine Art arbeitsteiliges Konzept, was dahinter steckt. Wir haben natürlich die Gewinnabführungspflicht, wir haben die Verlustausgleichspflicht, aber der Bund verpflichtet sich, jährlich 2,5 Mrd. Euro hineinzuschießen, und sagt ausdrücklich im Gesetzentwurf, Sonderzuwendungen sind nicht ausgeschlossen. Und wir haben eine selbe arbeitsteilige Regelung auch, wenn wir uns diese - zugegeben alles andere als transparente - Wertausgleichsregelung, die im Gesetzentwurf steht, ansehen, wo ja dann noch mal Sachverständige in Aktion treten werden, wenn es dann wirklich zur Entscheidung kommt. Also wirklich, in diesem Sinne, nach meiner festen Überzeugung: Nicht einmal das Ziel, das wirtschaftliche Eigentum auch nur einigermaßen rechtssicher bei der Deutschen Bahn AG zu verorten, ist mit diesem Konzept erfüllt worden. Und dann, Herr Hofreiter, Sie haben an uns die Frage gerichtet, doch bitte mal eine Stellungnahme zu geben, zu der Entscheidung: Ist dieses Ziel, was da im Entwurf oder im Entschließungsantrag, Ziffer 1.3 war es, glaube ich, stand, juristische Risiken hinsichtlich des Eigentums des Bundes sollen ausgeschlossen werden, ist das erreicht oder nicht? Offen gesagt, sehr leicht fällt mir die Antwort nicht, denn das ist besonders interpretations- und auslegungsfähig, was damit gemeint war. Aber das ist natürlich auch die List der Idee dieses Entschließungsantrages vom November 2006 gewesen. Und das rächt sich eben. So was kommt eben mit zeitlicher Verzögerung wieder auf den Tisch.Ja, so ist das. Man kann natürlich hingehen und sagen: Wir einigen uns jetzt auf so einen Formelkompromiss. Aber man spielt damit auf Zeit. Es kommt, und wir könnten noch drei, vier Stunden länger diskutieren, das Problem ist in diesem Konflikt verortet. Herr Beckmeyer, jetzt komme ich wieder zu Ihnen und zu Ihnen Herr Fischer. Herr Beckmeyer, Sie haben gesagt - aber ich komme natürlich auf den Versuch der Antwort sofort zurück - Sie haben gesagt, nun kommen Sie doch bitte nicht schon wieder an, mit den Vorschlägen „zurück zum Trennungsmodell“, die Diskussion haben wir in der Sachverständigenrunde im Mai 2006 geführt und die ist politisch erledigt, wir haben uns für das Trennungsmodell entschieden. Und Herr Fischer, Sie haben ja ein bisschen erläutert, dass das unterschiedliche Begriffe waren und sind. Das Modell damals, 1993, will ich mal so als funktionale Trennung versuchen zu umschreiben. Und Sie sagen, das, was wir heute haben, ist eine Trennung auf der Eigentumsebene. Also wir haben die Kapitalprivatisierung in der Holding Deutsche Bahn AG, aber wir haben eine klare eigentumsrechtliche Zuordnung, was die Gesellschaftsanteile der Infrastrukturunternehmen betrifft, zugunsten des Bundes. So klar ist das nicht. In Wirklichkeit ist

Ihr Trennungsmodell – Herr Hüttemann hat das ja auch schon zweimal ein bisschen erläutert –, was Sie hier auf den Tisch legen und was sich hinter diesem Eigentumssicherungsmodell verbirgt, der Versuch der Trennung zwischen dem zivilrechtlichen Eigentum einerseits und dem wirtschaftlichen Eigentum andererseits. Das kann nicht funktionieren! Und ich glaube, wenn Sie etwas als einigermaßen sicher aus dieser Sachverständigenanhörung mitnehmen können, dann sollte es die Erkenntnis sein, dass Sie diesen Zielkonflikt nicht auflösen können. Und vor diesem Hintergrund, hochverehrter Herr Beckmeyer, sollten Sie vielleicht dann doch bereit sein, über konzeptionelle Alternativen nachzudenken, wenn Sie zu dem Ergebnis kommen müssen, dass Sie dieses Modell, wie es im Moment auf dem Tisch liegt, unter juristischen, bilanzrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten wohl nicht werden erreichen können. Und das ist dann eben die Frage der funktionalen Trennung zwischen Verkehr einerseits und Netz andererseits. Da haben Sie dann sehr viel weniger Probleme, auch in juristischer Hinsicht, was die Zugriffsmöglichkeiten auf die dann eben entsprechend strukturierten Infrastrukturgesellschaften betrifft. Wie gesagt, die Antwort, Herr Hofreiter, will ich Ihnen nicht vorenthalten. Ich sehe massive Risiken. Denn was ist passiert? Der zivilrechtliche Rechtsinhaber Bund hat sich weitgehend aller Einflussmöglichkeiten, jedenfalls auf die laufende Geschäftsführung, begeben, die mit der Inhaberschaft an Gesellschaftsanteilen typischerweise verbunden ist. Die liegen jetzt bei der Deutschen Bahn AG. Und das ist politisch gewollt. Da soll niemand nachher sagen – jedenfalls von den Verfassern des Gesetzesentwurfes so gewollt – da ist man, wenn Sie so wollen, sehenden Auges dann hineingeraten, denn das war klar. Letzte Bemerkung, auf Herrn Döring. Verehrter Herr Döring, Ihre Frage an die Gesellschaftsrechtler war natürlich rein rhetorischer Art. Denn wenn Sie sagen, Sie sitzen selbst in Aufsichtsräten, wissen Sie ganz genau, dass die Hauptversammlung, dass die Aktionäre von Aktiengesellschaften ipso jure von der Mitwirkung bei Geschäftsführungsangelegenheiten ausgeschlossen sind, es sei denn, so steht es im Aktiengesetz, es ist der Vorstand, der ausdrücklich eine Entscheidung der Hauptversammlung in Geschäftsführungsangelegenheiten verlangt. Da kommen Sie nicht drum weg. Und wenn Sie fragen: Können wir nicht so etwas in die Satzung schreiben? Können wir nicht in die Satzungen der als Aktiengesellschaften ausgestalteten Tochtergesellschaften später oder in die der Holding solche Einwirkungsmöglichkeiten im Sinne von Zustimmungsvorbehalten zu Geschäftsführungsangelegenheiten und so weiter schreiben? Natürlich können Sie das rein-

schreiben, aber Sie schaffen nichtiges Recht. Es ist unwirksam, es ist nicht mal das Papier wert, auf dem es steht. Aber das ist natürlich nur eine rhetorische Frage gewesen. Sie wollten sozusagen dieses Ergebnis zu Protokoll haben. Und ich stelle gern auch fest, Herr Kollege Hüttemann, ich glaube, in dieser gesellschaftsrechtlichen Einschätzung haben wir überhaupt keinen Dissens. Und diese Weichenstellung, in Richtung auf das Aktienrecht, in Richtung auf die Bindungen der privaten Gesellschaftsrechtsform, Herr Beckmeyer, diese Weichenstellung steht in der Tat heute nicht mehr zur Diskussion. Das ist längst entschieden worden, 1993. Darüber müssen wir heute nicht mehr diskutieren. Und da auch bitteschön nicht falsche Signale an mögliche Investoren geben, mit der Überlegung, dass diese rechtssicheren Kompetenzabgrenzungen im Aktienrecht dann doch in Frage gestellt werden sollten. Das wäre extrem kontraproduktiv. Danke!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Kleindiek! Auf Wiedersehen, Prof. Hermes! Guten Heimflug! So, wir kommen dann zu Prof. Dr. Uerpmann-Witzack als letztem Sachverständigen. Bitte!

Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack: Vielen Dank! Ich möchte bei den Eckpunkten anknüpfen, die der Bundestag im letzten November beschlossen hat, und auf die uns ja Herr Dr. Hofreiter und Herr Fischer noch mal hingewiesen haben. Wenn man mit der Aussage, dass private Investoren nicht an den Infrastrukturunternehmen beteiligt werden sollen, wenn man damit Ernst macht, dann wäre der Schienenwegevorbehalt der Verfassung ohne weiteres darüber gewahrt. Aber, die Eckpunkte selbst machen damit ja offensichtlich nicht Ernst, wenn es gleichzeitig heißt, dass die DB AG eben diese Infrastrukturunternehmen bilanzieren können soll. Und damit sind wir wiederum bei der Quadratur des Kreises, die – ich wiederhole das, was Kollegen gesagt haben – beim besten Willen nicht auflösbar ist. Und damit erscheint es mir unmöglich, den Schienenwegevorbehalt auf diesem Weg zu wahren. In den Blick kommt damit doch wieder die Mehrheitsbeteiligung des Bundes an der DB AG. Hier scheinen mir die Probleme darin zu liegen, dass die Teilprivatisierung einerseits mit dem Problem der Schachtelbeteiligung andererseits verknüpft wird. Zunächst zur Teilprivatisierung. Die Teilprivatisierung ist eindeutig nach Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Grundgesetz zulässig. Sie ist allerdings nur zulässig, sie ist nicht geboten. Hier wurde teilweise gesagt, bestimmte Konstellationen, etwa mit Mehrheit des Bundes im Aufsichtsrat, würde der Kapitalmarkt nicht mitmachen. Nun, die Verfassung wie gesagt, gebietet keine Privatisierung, sie

lässt sie nur zu. Ich würde davor warnen, allzu sehr die Verfassung hier nur von den Bedürfnissen des Kapitalmarktes her zu interpretieren, zumal die Ziele des Art. 87e GG ja zunächst anderer Art sind. Sie ergeben sich vor allem aus dem Gewährleistungsauftrag des Absatz 4, mit den öffentlichen Interessen und vor allem den Verkehrsinteressen. Trotzdem, Teilprivatisierung ist sicherlich zulässig, wobei hier ja eben nicht mal direkt das Infrastrukturunternehmen teilprivatisiert wird, sondern die Konzernmutter. Damit wird der Einfluss des Bundes auf die dann mittelbar teilprivatisierte Infrastruktur zusätzlich geschwächt. Nirgends ergibt sich aus dem Grundgesetz, dass auch eine Schachtelbeteiligung zulässig sein soll. Es wird angenommen, für die bisherige Konstruktion, bei der der Bund Alleineigentümer ist. Wenn aber nun teilprivatisiert werden soll, muss man erneut überlegen, unter welchen Umständen dann noch Schachtelbeteiligungen zulässig sind. Mir scheint der Einfluss, der nach dem jetzigen Modell dem Bund verbleiben würde, über die Konzernmutter, über die DB AG, nicht ausreichend zu sein. Es ist von Frau Menzner gefragt worden, ob der Bund seine Verpflichtung aus Art. 87e Abs. 4 Grundgesetz, seinen Gewährleistungsauftrag, an die DB AG übertragen kann, Nein, das kann er nicht, die Verpflichtung trifft dauerhaft den Bund. Im Übrigen scheint mir auch, aber das ist, glaube ich, heute ein nebensächlicher Punkt, es keine Lösung zu sein, verfassungsrechtlich, vollkommen die gesamte Bahn zu privatisieren und zu sagen, dann ist es keine Eisenbahn des Bundes mehr. Da liegen auch erhebliche Untiefen im Verfassungswortlaut. Ich denke allerdings, der Bund ist auch von Verfassungswegen dauerhaft verpflichtet, zumindest im Bereich der Infrastruktur, präsent zu sein. Jedenfalls, er hat diesen Infrastrukturauftrag, er kann ihn nicht der DB AG übertragen, er kann sie aber in die Pflicht nehmen. Und er muss sie in die Pflicht nehmen, weil er nicht selbst Schienewege betreiben darf. Er darf auch nicht selbst Verkehrsdienstleistungen anbieten. Er muss also zur Umsetzung seines Infrastrukturauftrages, oder überhaupt seines Gewährleistungsauftrages, auf Private zugreifen. Wie er das macht, da hat er einen ganz weiten Spielraum. Es wurde speziell der Fernverkehr angesprochen. Dazu nur kurz. Das könnte hinauslaufen, wenn es nicht auf anderem Wege geht, bis hin zu einem Einkauf von Leistungen, wie es ihn bereits im Regionalverkehr, im Nahverkehr gibt, dass der Bund eben entsprechende Leistung einkaufen, ausschreiben müsste, sinnvollerweise dann nicht nur die DB AG als Anbieter nehmen würde,

sondern auch andere private Anbieter fragen würde. Zurück zu den grundsätzlichen Fragen. Herr Dr. Hofreiter, Sie haben nach dem Erfolg einer Normenkontrollklage gefragt. Keiner meiner Kollegen hat sich da vorgewagt. Auch ich werde sicherlich keine Kaffeesatzleserei betreiben. Es scheint mir allerdings ziemlich eindeutig, dass so, wie das Modell vorliegt, mit dem Eigentumssicherungsmodell, wo gleichzeitig eine Bilanzierung bei der Deutschen Bahn AG erreicht werden soll, dass auf dieser Schiene jedenfalls der Schienenwegevorbehalt nicht gewahrt werden kann. Wenn dieses Modell, so oder leicht verbessert, leicht verändert, Bestand haben kann, vor Art. 87e Abs. 3 Grundgesetz, dann nur über das Mehrheitseigentum an der DB AG, das aber dann mit bestimmenden Einfluss auf die Infrastruktur. Vielen Dank!

Stellvertretender Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Uerpmann-Witzack! Ich gucke jetzt noch in die Runde. Gibt es noch Wortmeldungen? Das ist nicht der Fall! Damit sind wir zum Ende unserer Anhörung gekommen. Ich bedanke mich ganz herzlich bei den anwesenden Sachverständigen, auch für die Vorbereitung, die Übersendung der Unterlagen und für die sehr spannenden und auch für mich sehr lehrreichen Diskussionsbeiträge. Wir werden das, was wir heute gehört haben, in den einzelnen Arbeitsgruppen der Fraktionen sacken lassen, diskutieren und dann sicher auch versuchen, das auf die eine oder andere Art und Weise in das Gesetzgebungsverfahren mit einzuspeisen. Ich freue mich auf die weitere Diskussion, auch möglicherweise mit Ihnen. Ich bedanke mich bei den Kolleginnen und Kollegen des Ausschusses und wünsche Ihnen noch einen schönen Abend in Berlin oder einen guten Heimflug oder eine gute Heimfahrt. Und ich bitte jetzt noch mal die Kolleginnen und Kollegen des Ausschusses hier zu bleiben und ich bitte die Besucher, die Besuchertribüne zu verlassen, weil sich eine nichtöffentliche Sitzung anschließt. Bitte dann auch, dass wir hier unten ganz schnell zur 41. Sitzung kommen, die wir ganz schnell und kurz und schmerzlos, glaube ich, behandeln können. Danke schön!

Ende der Sitzung: 20.35 Uhr

Peter Hettlich, MdB
Stellvertretender Vorsitzender

BERATUNGSUNTERLAGE!
Bitte aufbewahren!

Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
AUSSCHUSSDRUCKSACHE 16. WP
 **Nr. 16(15)883/891**

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Berlin, 22. Mai 2007

**Stellungnahme der Sachverständigen
zum Antrag**

**der Abgeordneten Horst Friedrich (Bayreuth),
Jan Mücke, Patrick Döring, weiterer Abgeordneter
und der Fraktion der FDP**

**Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung
sicherstellen Drucksache 16/4413**

Prof. Dr. Michael Fehling	Hochschule für Rechtswissenschaften	S. 45
Prof. Dr. Hubertus Gersdorf	Universität Rostock	S. 49
Prof. Dr. Georg Hermes	Universität Frankfurt/Main	S. 54
Prof. Dr. Rainer Hüttemann	Universität Bonn	S. 57
Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof	Universität Tübingen	S. 60
Prof. Dr. Detlef Kleindiek	Universität Bielefeld	S. 64
Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack	Universität Regensburg	S. 71



BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

Lehrstuhl für Öffentliches Recht III - Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M.

Telefon: (040) 30 70 6-231
Tel. Sekr.: (040) 30 70 6-230
Fax: (040) 30 70 6-235
E-Mail: michael.fehling@law-school.de

Stellungnahme

zum Antrag BT-Drs. 16/4413

„Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung sicherstellen“
für die Anhörung durch den Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
am 23. Mai 2007

1. Nach Art. 87e Abs. 3 Satz 3, 2. Hs. GG reicht die in (Aktien-)Anteilen bemessene formale (Allein- oder Mehrheits-)Eigentümerstellung des Bundes an seinen Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) nicht aus. Er muss auf die Geschäftspolitik substanzielle Einflussmöglichkeiten behalten, wie sie ein privater Mehrheitsaktionär bei einer „normalen“ Aktiengesellschaft regelmäßig besitzt.

a) Substanzieller Einfluss des Bundes muss sowohl auf die Auswahl des Führungspersonals des EIU als auch auf dessen unternehmerische Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung gesichert sein. Zu einer Anteilsmehrheit gehört typischerweise auch eine Stimmrechtsmehrheit in der Hauptversammlung. Dagegen kann – entgegen Möllers, BDI-Gutachten – eine absolute Mehrheit der Sitze für den Bund im Aufsichtsrat von vornherein nicht gefordert werden, weil dem die paritätische Arbeitnehmermitbestimmung bei jeder privaten Minderheitsbeteiligung, bei der die Anteilseignerseite gespalten ist, zwingend entgegensteht.

b) Konkretere Anforderungen an die genaue Ausgestaltung der Einflusskanäle des Bundes im EIU enthält die Verfassung nicht. In der Summe müssen die Steuerungsmöglichkeiten des Bundes jedoch ausreichen, um seinen Infrastrukturgewährleistungsauftrag nach Art. 87e Abs. 4 GG erfüllen zu können.

c) Defizite beim internen Einfluss des Bundes auf die Geschäftsführung seiner EIU können in engen Grenzen durch erweiterte Befugnisse der Bundesbehörden im Rahmen externer Regulierung ausgeglichen werden. Denn unternehmensinterne wie externe Einflussmöglichkeiten dienen gemeinsam dem gleichen Ziel des Art. 87e Abs. 4 GG, nämlich der Gewährleistung, dass „dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes [...] Rechnung getragen wird.“

2. Ein Eigentumssicherungsmodell ist nicht von vornherein ungeeignet, diese verfassungsrechtlichen Anforderungen zu erfüllen. Allerdings sind diesem Modell erhebliche Risiken immanent, die eine verfassungskonforme Ausgestaltung äußerst schwierig machen.



Lehrstuhl für Öffentliches Recht III - Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M.

§ 2 Abs. 2 BESG-E sind viel zu eng zugeschnitten, um dies zu kompensieren; insbesondere sind Personalentscheidungen davon gar nicht erfasst. Bei den nach § 3 BESG-E zustimmungspflichtigen Maßnahmen bleibt das Kriterium der „Wesentlichkeit“ trotz des Definitionsversuchs in Absatz 2 viel zu unbestimmt. In den Aufsichtsräten der EIU würde der Bund nach § 4 BESG-E selbst auf der Eignerseite (bei der DB Netz von insoweit zehn Mitgliedern, davon drei vom Bund zu entsenden), also ganz unabhängig von den Arbeitnehmervertretern, nur eine Minderheitenposition besitzen; der Bundeseinfluss auf die Besetzung der Vorstandsposten bleibt rein spekulativ.

b) Entscheidenden Einfluss soll sich der Bund vor allem über die LuFV (§ 4 BSEAG-E) sichern. In der konkreten Ausgestaltung bleibt dieses grundsätzlich geeignete Steuerungsinstrument jedoch deutlich defizitär.

Erstens müssten in der Vereinbarung hinreichend konkrete Qualitätsstandards festgelegt werden, was durch die gesetzlichen Festlegungen zum Vereinbarungsinhalt (Abs. 1) nicht ohne weiteres gesichert erscheint; wichtig wären dabei nicht zuletzt effektive Vorkehrungen gegen das Risiko, dass Investitionen weitestmöglich in die von den DB-Gesellschaften selbst genutzten Netzteile gelenkt und die von Konkurrenten befahrenen Strecken tendenziell vernachlässigt werden.

Zweitens mag die extrem lange Laufzeit von 15 Jahren (§ 5 Abs. 1 BSEAG-E) zwar für die DB AG und private Investoren betriebswirtschaftlich notwendig sein, doch müsste gesetzlich zumindest ein Anpassungsrecht bei erheblich veränderten Umständen vorgesehen werden. Die sehr eng ausgelegten allgemeinen Vorschriften über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 60 VwVfG) reichen kaum aus; dies gilt erst recht für das die gesamte Sicherheitsübertragung betreffende Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 BESG-E.

c) Die relativ schwachen gesellschaftsinternen Einflussmöglichkeiten des Bundes werden nicht durch erweiterte Regulierungsbefugnisse bezüglich des Netzzustandes kompensiert. Die Novellierung des AEG betrifft im wesentlichen nur den Netzzugang; die Regelung zur Steckenstilllegung (§ 11 AEG) bleibt unverändert. Die Einflussmöglichkeiten des Bundes auf den Ausbau von Schienenwegen (§§ 12 ff., insbesondere § 20 Abs. 1 BSEAG-E) beschränken sich anscheinend auf Aus- und Neubauvorhaben und erfassen nicht Instandhaltungsmaßnahmen.

d) Die umfangreichen Regelungen zu den Rechten des Bundes bei Pflichtverletzungen des EIU (§§ 8 – 11 BSEAG-E) erscheinen zwar für sich genommen ausreichend. Die dem Bund dabei an verschiedenen Stellen gesetzlich ausdrücklich eingeräumte Möglichkeit, mittels Verwaltungsakts einseitig-hoheitlich vorzugehen, ist trotz des vertraglichen Charakters der Beziehung – entgegen Möllers, BDI-Gutachten – rechtsstaatlich unbedenklich, denn ein entsprechendes Konsequenzgebot lässt sich der Verfassung nicht entnehmen. Doch helfen diese Sanktionsmechanismen wenig, wenn Pflichtverletzungen schwer entdeckt werden können.

Dem Controlling dient vor allem der jährliche umfangreiche Netzzustands- und -entwicklungsbericht gemäß § 6 BSEAG-E. Papier ist jedoch geduldig, sodass es entscheidend auf



Lehrstuhl für Öffentliches Recht III - Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M.

die Ermittlungs- und Nachprüfungsmöglichkeiten des Bundes ankommt. Trotz der umfangreichen Rechte nach § 7 BSEAG-E und der Nachweispflicht des EIU (§ 6 Abs. 1 Satz 2 BSEAG-E) bleibt das dramatische Wissensgefälle zwischen Bund und DB AG ein massives Kontrollproblem, zumal der Bund nur geringe Möglichkeiten besitzt, intern mittels seiner Aktionärsrechte an die Informationen zu gelangen (s.o. a). Im Übrigen ist nicht einmal gänzlich ausgeschlossen, dass die DB AG unter Berufung auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse gewisse vom Bund für notwendig erachtete Angaben verweigert oder jedenfalls deren Verbreitung drastisch zu beschränken versucht, obschon hier eine § 5b AEG-E vergleichbare Regelung fehlt.

e) Die Beendigung der Sicherungsübertragung durch den Bund nach Ablauf der Frist wird mittelbar zu sehr erschwert. Namentlich drohende Wertausgleichspflichten gemäß § 7 BESG-E schaffen ein schwer kalkulierbares finanzielles Risiko, das den Bund von einer Kündigung abhalten könnte. Der vollständige Ausschluss des Rechtsweges gegen einen Schiedsspruch der Einigungsstelle nach § 7 Abs. 5 BESG-E verstößt gegen Art. 92 GG und den rechstaatlichen Justizgewährleistungsanspruch (selbst dann, wenn man Art. 19 Abs. 4 GG mit der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei privatrechtlichem Handeln des Staates für nicht anwendbar hält und die Sicherungsübertragung dem Privatrecht zuordnet). Ob es ausreichen würde, eine Kontrolle des Schiedsspruchs analog § 1059 ZPO vorzusehen, wäre zu prüfen.

Daneben bleibt das m.E. noch gravierendere Problem, dass der Bund bei Beendigung der Sicherungsübertragung mangels hinreichenden eigenen Personals und Know-hows gar keine realistische Möglichkeit besitzen dürfte, die EIU „aus dem Stand heraus“ selbst zu managen. Zwar wäre der Bund wohl ohne weiteres in der Lage, nach Erlöschen der Stimmrechtsvollmacht (§ 5 Abs. 4 S. 1 BESG-E) seine Stimmrechte in den Hauptversammlungen durch eigene Vertreter wahrzunehmen. Die Herauslösung der EIU aus der wirtschaftlichen Einheit mit der DB (vgl. § 5 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 BESG-E) wäre dagegen allenfalls längerfristig möglich.

4. Ergänzend sei auf die massiven gemeinschaftsrechtlichen Bedenken gegen den vorliegenden Entwurf hingewiesen. Die überzeugende Kritik der Monopolkommission (in ihrem Sondergutachten zur Privatisierung der Bahn) wird durch den Referentenentwurf nicht ausgeräumt.

a) Wenn wie vorgesehen EIU und Betriebsgesellschaften trotz formaler Trennung wirtschaftlich im DB Konzern verflochten blieben, stellen Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 2 der EG-Richtlinie 2001/14/EG (ABl. EG Nr. L 75 v. 26.2.2001, S. 29) besondere Anforderungen an die tatsächliche Unabhängigkeit des EIU. Die Vergabe von Fahrwegkapazität (d.h. die Entscheidung über den Netzzugang) muss durch eine Stelle wahrgenommen werden, die „rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist“. Die Kontrolle durch eine unabhängige Regulierungsinstanz (hier die Bundesnetzagentur) muss hinzukommen, kann aber die Unabhängigkeit des primär zuständigen EIU nicht ersetzen.



Lehrstuhl für Öffentliches Recht III - Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M.

b) Zwar sucht § 9a Abs. 1 Nr. 7 AEG-E mittels einer ausdrücklichen Pflicht zur informatorischen Entflechtung die tatsächliche Unabhängigkeit des EIU innerhalb der DB AG besser als bislang zu sichern. Dies ist zu begrüßen, reicht aber europarechtlich kaum aus. Nach Teilprivatisierung der DB AG dürften im Konzern Gewinnmaximierungsinteressen ein noch höheres Gewicht gewinnen und damit auch die Anreize steigen, selbst auf dem Papier kunstvoll errichtete „Chinese Walls“ informell zu umgehen. Informelle interne Informationsströme entziehen sich weitgehend einer Kontrolle, sei es durch das Eisenbahnbundesamt als externer Aufsichtsbehörde oder durch den Bund als bloß formalen Sicherungs- oder Treuhandeigentümer.

c) Möglicherweise würden Maßnahmen der EG-Kommission oder gar eine Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof einen „wichtigen Grund“ im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 1 BESG-E darstellen, der eine außerordentliche Kündigung der Sicherungsübertragung durch den Bund rechtfertigte (vgl. die Entwurfsbegründung, S. 21 die auf „wesentliche Änderungen der europarechtlichen Rahmenbedingungen“ hinweist). Eine solche bloß nachträgliche Korrekturmöglichkeit würde jedoch nicht ausreichen und stieße zudem auf die oben für den Fall einer Beendigung des Eigentumssicherungsmodells beschriebenen außerordentlichen Schwierigkeiten (s.o. 3. d).

Hamburg, den 9. Mai 2007

Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley)



UNIVERSITÄT ROSTOCK

JURISTISCHE FAKULTÄT
Gerd Bucorius-Stiftungsprofessur
für Kommunikationsrecht

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf
Richard-Wagner-Str. 7, 18055 Rostock

Privat: Alte Leipziger Straße 10, 10117 Berlin

Tel.: 0381 / 2036076

Fax: 0381 / 2036075

Privat: 030 / 20619661

Fax: 030 / 20619662

Mobil: 0172 / 4367399

E-Mail: hubertus.gersdorf@uni-rostock.de

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Platz der Republik

11011 Berlin

Rostock/Berlin, 14. Mai 2007

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung am 23. Mai 2007 in Berlin zu dem

**Antrag der Abgeordneten Horst Friedrich (Bayreuth), Jan Mücke, Patrick Döring,
weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP
Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung sicherstellen
Drucksache 16/4413**

I. Kein verfassungsrechtliches Verbot einer vertikal integrierten DB AG

Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG begründet kein Verbot einer vertikal integrierten DB AG. Eisenbahnverfassungsrecht gestattet den Betrieb von Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) und Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) unter dem Dach des Konzerns DB AG, so wie es der bisherigen Rechtslage entspricht. Deshalb ist § 1 Abs. 2 BESG-E mit Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG vereinbar, demzufolge die DB AG die EVU des Bundes, deren Kapital- und Stimmrechtsanteile bei ihr liegen, und die EIU, deren Stimmrechte sie – in Ermangelung eines Eigentums an den Kapitalanteilen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 BESG-E) – nur aufgrund der Stimmrechtsvollmacht § 2 Abs. 1 BESG-E wahrzunehmen berechtigt ist, in einer wirtschaftlichen Einheit betreibt (§ 1 Abs. 2 BESG-E).

II. Verfassungsrechtliches Verbot des Betriebens der Eisenbahninfrastruktur durch den Bund

Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG verlangt, dass Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt werden. Das Erfordernis einer privatrechtlichen

Organisationsform erstreckt sich sowohl auf EVU als auch auf EIU des Bundes. EIU dürfen daher – ebenso wie EVU – nicht durch den Verwaltungsträger Bund betrieben werden. Einer so verstandenen „Rückverstaatlichung“ ist durch Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG der Weg versperrt. Dieser Direktive wird durch § 1 Abs. 1 BESG-E entsprochen, der lediglich eine Übertragung der *Anteile* der DB AG an den EIU auf den Bund vorsieht, ohne den Bund selbst zum Betreiber der Eisenbahninfrastruktur zu machen.

III. Kein verfassungsrechtliches Gebot einer vollständigen Privatisierung der EVU des Bundes

1. Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Privatisierung der DB AG als Holding, die neben den Anteilen an den EVU auch die Anteile an den EIU hält, verlangt Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG, dass der Bund Inhaber der Mehrheit der Anteile an der DB AG bleibt. § 1 DBPrivG-E entspricht dieser Anforderung.
2. Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen nicht dazu verpflichtet, anstelle einer Privatisierung der DB AG als integriertem Eisenbahnkonzern die EIU und EVU jeweils gesondert zu privatisieren. Eine solche Verpflichtung ließe sich nur begründen, wenn die Verfassung zur *vollständigen* Privatisierung der EVU zwänge. Einen solchen Zwang sieht das Eisenbahnverfassungsrecht jedoch nicht vor.

IV. Vereinbarkeit des EBNeuOG-E mit dem Infrastruktursicherungsauftrag nach Art. 87e Abs. 4 GG

Art. 87e Abs. 4 GG verpflichtet den Bund, beim „Ausbau und Erhalt des Schienennetzes“ dem „Wohl der Allgemeinheit“, „insbesondere den Verkehrsbedürfnissen“, Rechnung zu tragen (Infrastruktursicherungsauftrag). Während das Gewährleistungsziel („Ob“) durch Art. 87e Abs. 4 GG markiert ist, schweigt sich diese Vorschrift über die in Betracht kommenden *Mittel* („Wie“) aus. Art. 87e Abs. 4 GG schreibt dem Gesetzgeber nicht einen bestimmten Weg vor, den er in Wahrnehmung seines verfassungsrechtlichen Pflichtauftrags zu beschreiten hat. Vielmehr legt die Verfassung die Entscheidung über das „Wie“ in die Hände des Gesetzgebers, der im Rahmen seines ihm zukommenden Ausgestaltungsspielraums die zur Verwirklichung der Gewährleistungsgarantie des Art. 87e Abs. 4 GG erforderlichen Mittel frei wählen kann.

1. Der Bund wird mit dem BESG-E und dem BSEAG-E seiner Verantwortung nach Art. 87e Abs. 4 GG vollumfänglich gerecht: Die EIU des Bundes sind verpflichtet, ihre Schienenwege in einem festgelegten betriebsbereiten Zustand zu erhalten (§ 3 Abs. 1 BSEAG-E). Der Bund verpflichtet sich, die EIU für die Durchführung der notwendigen Maßnahmen im Bestandsnetz jährlich mit bis zu 2,5 Mrd. Euro zu unterstützen (§ 3 Abs. 2 BSEAG-E).

Dieser Infrastrukturbeitrag des Bundes sowie ein jährlicher Instandhaltungsbeitrag der EIU und weitere Verpflichtungen werden in der zwischen dem Bund und den EIU abzuschließenden Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) fixiert (§ 4 BSEAG-E). Um den betriebsbereiten Zustand der Schienenwege feststellen zu können, werden in der LuFV Qualitätsparameter festgelegt (§ 4 Abs. 1 Nr. 5 BSEAG-E). Sofern eine LuFV nicht zustande kommt, kann der Bund anstelle der LuFV einen Verwaltungsakt erlassen (§ 4 Abs. 2 BSEAG-E). Die Einhaltung der Instandhaltungs- und Ersatzinvestitionsverpflichtungen kontrolliert der Bund auf der Grundlage eines jährlich vorzulegenden Netzzustandsberichts (§§ 6 f. BSEAG-E). Im Falle von Pflichtverletzungen durch die EIU kann der Bund seinen jährlichen Zuschussbetrag ganz oder teilweise zurückfordern (§ 8 BSEAG-E). Bei wiederholten Verletzungen der Verpflichtung zur Erhaltung der Schienenwege kann der Bund die Pflichtverletzung durch Verwaltungsakt feststellen. In diesem Fall endet nicht nur die bestehende LuFV (§ 10 BSEAG-E), sondern ebenfalls die Sicherungsübertragung (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BESG-E) und damit die der DB AG erteilte Stimmrechtsvollmacht (§ 5 Abs. 4 BESG-E). Damit steht dem Bund ein hinreichend wirksames Instrumentarium zur Verfügung, um seiner Infrastrukturverantwortung gemäß Art. 87e Abs. 4 GG gerecht zu werden. Aus diesem Grund verstößt die Einräumung einer Stimmrechtsvollmacht zu Gunsten der DB AG (vgl. § 2 Abs. 1 BESG-E) nicht gegen Art. 87e Abs. 4 GG. Abgesehen von den Zustimmungsvorbehalten in den Fällen des § 2 Abs. 2 und § 3 BESG-E begibt sich der Bund dadurch zwar der Möglichkeit, in seiner Eigenschaft als Aktionär seinem Infrastruktursicherungsauftrag nachzukommen. Art. 87e Abs. 4 GG verpflichtet den Bund jedoch nicht dazu, gerade diesen Weg einzuschlagen und im Rahmen der Beteiligungsverwaltung („von innen“) die Infrastruktursicherungsgarantie zu verwirklichen. Er kann auch auf anderem Weg, durch Steuerung „von außen“, das Gewährleistungsziel zu erreichen suchen. Sub specie des Art. 87e Abs. 4 GG ist allein maßgebend, dass der Bund seiner Infrastruktursicherungsverpflichtung nachkommt. Nicht das „Wie“, sondern allein das „Ob“ steht im Sinnzentrum des Gewährleistungsgarantie des Art. 87e Abs. 4 GG.

2. Der Gesetzgeber verstößt auch nicht insoweit gegen Art. 87e Abs. 4 GG, als er – im Gegensatz zum Zwecke der Erhaltung der Schienenwege (vgl. § 3 Abs. 2 BSEAG-E) – für den Ausbau der Schienenwege keine konkrete Fördersumme festlegt, sondern das Finanzierungsvolumen an die „zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel“ (§ 19 BSEAG-E) knüpft.

V. Vereinbarkeit des EBNeuOG-E mit dem Schienenwegvorbehalt des Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG

Der BESG-E verletzt nicht den sog. Schienenwegvorbehalt des Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG. Diese Regelung ist ebenso wie Art. 87e Abs. 4 GG auf die Forderungen des

Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren zurückzuführen. Der Schienenwegvorbehalt ist funktional auf den Infrastruktursicherungsauftrag bezogen und dient der Verwirklichung der Gewährleistungsgarantie des Art. 87e Abs. 4 GG: Da die Gewährleistungspflicht nach Art. 87e Abs. 4 GG an das Schienennetz der „Eisenbahnen *des Bundes*“ (vgl. Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG) akzessorisch geknüpft ist, soll die Privatisierungssperre des Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG verhindern, dass sich der Bund durch vollumfängliche oder mehrheitliche Veräußerung der Anteile an den EIU seiner Gewährleistungsverpflichtung nach Art. 87e Abs. 4 GG entledigt.

1. Aus der dienenden Funktion des Schienenwegvorbehalts gegenüber dem Infrastruktursicherungsauftrag folgt, dass der Gesetzgeber nicht dadurch gegen Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG in Verbindung mit Art. 87e Abs. 4 GG verstößt, dass er der DB AG (auch weiterhin) die Befugnis einräumt, – neben dem Schienenverkehr – die Eisenbahninfrastruktur zu betreiben und zu bilanzieren (vgl. § 1 Abs. 2 BESG-E) sowie (etwaige) Gewinne einzubehalten (vgl. § 2 Abs. 3 BESG-E). Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die mit dem Betrieb der Eisenbahninfrastruktur verbundenen wirtschaftlichen Chancen und Risiken der DB AG zuweist. Da der Struktursicherungsauftrag des Art. 87e Abs. 4 GG und der hiermit korrespondierende Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG nicht kommerziellen, sondern (gemeinwohlorientierten) verkehrlichen Zielsetzungen dienen, verlangt Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG nicht, dass die (Mehrheit der) Anteile des Bundes an den EIU nicht nur im rechtlichen, sondern auch im wirtschaftlichen Sinne beim Bund liegen. Mit anderen Worten: Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG steht einer „Privatisierung“ der mit dem Betrieb des Schienennetzes einhergehenden wirtschaftlichen Chancen und Risiken nicht entgegen.
2. Die Übertragung der Stimmrechtsvollmacht auf die DB AG (vgl. § 2 Abs. 1 BESG-E) ist mit dem Schienenwegvorbehalt des Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG vereinbar. Dies folgt schon daraus, dass die gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten der Einflussnahme des Bundes auf die Unternehmensführung der EIU im Vergleich zur bisherigen Rechtslage, die den Vorgaben des Art. 87e GG entspricht, nicht geschmälert werden. Auch derzeit verfügt der Bund über keine direkten Einwirkungsmöglichkeiten auf die EIU. Vielmehr hat er lediglich *mittelbare* Einflussnahmemöglichkeiten auf die DB AG, die das Stimmrecht in den Hauptversammlungen und Gesellschafterversammlungen der EIU ausübt. An diesen mittelbaren Einflussnahmemöglichkeiten ändert sich durch den EBNeuOG-E nichts. Weiter gebietet Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG nicht, dass der Bund in seiner Eigenschaft als (Mehrheits-)Gesellschafter der EIU seinen Infrastruktursicherungsauftrag (Art. 87e Abs. 4 GG) erfüllt. Auch wenn der Bund im Rahmen der Beteiligungsverwaltung seinem Infrastruktursicherungsauftrag – unter bestimmten Voraussetzungen – nachkommen darf, bedeutet dies nicht, dass er hierzu von Verfassungen wegen verpflichtet ist. Art. 87e Abs. 3 Satz 3

Halbsatz 2 GG dient der Verwirklichung des Normziels des Art. 87e Abs. 4 GG. Ebenso wenig wie Art. 87e Abs. 4 GG den Bund auf ein bestimmtes Verwirklichungsinstrument festlegt, verpflichtet Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG den Bund zur Erfüllung des Infrastruktursicherungsauftrags gerade im Rahmen der Beteiligungsverwaltung. Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG eröffnet hierzu nur *eine* Möglichkeit. Dem Gesetzgeber bleibt es unbenommen, anstelle einer Einwirkung „von innen“ den Weg der Steuerung des EIU „von außen“ zu wählen. Für die Verwirklichung des Infrastruktursicherungsauftrags, um dessentwillen der Schienenwegvorbehalt des Art. 87e Abs. 3 Satz 2 und 3 GG besteht, kommt es nicht auf das „Wie“, sondern allein auf das „Ob“ an. Entscheidend ist, *dass* der Bund seinem Infrastruktursicherungsauftrag nachkommt. Dass der Gesetzgeber bei der Auswahl der Mittel zur Verwirklichung des Normziels des Art. 87e Abs. 4 GG über einen erheblichen Gestaltungsspielraum verfügt, ergibt sich noch aus einem anderen Grund. Der Gesetzgeber hat nicht nur dem Infrastruktursicherungsauftrag des Art. 87e Abs. 4 GG Rechnung zu tragen. Er muss zugleich die in Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG verankerten Ordnungsprinzipien der Wirtschaftlichkeit und der Unternehmensautonomie beachten, die auch für EIU des Bundes auf Verwirklichung drängen. Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG einerseits und Art. 87e Abs. 4 GG andererseits markieren einen (verfassungsrechtlichen) Zielkonflikt des Gesetzgebers, dessen Auflösung – in Ermangelung verfassungsrechtlicher Vorrangregeln – Sache der gesetzgebenden Gewalt ist. Der Gesetzgeber verletzt daher Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG nicht, wenn er sich im Interesse einer strikten Trennung von gemeinwohlorientierten staatlichen Zielsetzungen einerseits und unternehmerischen Rationalitäten der EIU andererseits gegen eine Verwirklichung der Zielsetzungen des Art. 87e Abs. 4 GG durch Einwirkung „von innen“ entscheidet und statt dessen den Weg einer Gemeinwohlbindung durch Steuerung „von außen“ wählt. Bei dieser Lesart wird Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG nicht gegenstandslos, weil der hierdurch begründeten Privatisierungssperre wegen des akzessorischen Charakters des Art. 87e Abs. 4 GG, der an das Schienennetz der „Eisenbahnen des Bundes“ (vgl. Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG) anknüpft, maßgebliche Funktion zukommt.

Rostock/Berlin, 14. Mai 2007



(Prof. Dr. Hubertus Gersdorf)

J. W. Goethe-Universität Frankfurt am Main; Prof. Dr. G. Hermes
Fach 7 • Postfach 11 19 32 • D-60054 Frankfurt

Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Georg Hermes

Professur für Öffentliches Recht

Telefon +49 (0)69-798 23863
Telefax +49 (0)69-798 28750
E-Mail G.Hermes@jur.uni-frankfurt.de

www.jura.uni-frankfurt.de

21.5.2007

**Stellungnahme zum Antrag BT-Drs. 16/4413 „Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung sicherstellen“
für die
Anhörung durch den Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung des Deutschen Bundestages
am 23. Mai 2007**

„Die dritte und letzte Aufgabe des Staates besteht darin, solche öffentlichen Anlagen und Einrichtungen aufzubauen und zu unterhalten, die, obwohl sie für ein großes Gemeinwesen höchst nützlich sind, ihrer ganzen Natur nach niemals einen Ertrag abwerfen, der hoch genug für eine oder mehrere Privatpersonen sein könnte, um die anfallenden Kosten zu decken, weshalb man von ihnen nicht erwarten kann, dass sie diese Aufgabe übernehmen.“ (Adam Smith, Der Wohlstand der Nationen, 1789)

Art. 87e Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 GG verpflichtet den Bund, eine „Mehrheit der Anteile“ an den Schienenwegeunternehmen zu halten. Der „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Eisenbahnen des Bundes“ (Stand vom 8. März 2007) ist mit dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe nicht vereinbar.

Mit seiner organisationsrechtlichen Vorgabe verfolgt Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG einen (eisenbahn-)spezifischen öffentlichen Zweck. Dieser Zweck – insoweit herrscht allgemeine Übereinstimmung – folgt aus dem Gewährleistungsauftrag des Art. 87e Abs. 4 GG. Differenzen beziehen sich auf die Frage, welchen Beitrag der Schienenwegvorbehalt zur Erfüllung dieses Gewährleistungsauftrages leisten soll.

1. Die Funktion von Art. 87e Abs. 3 S. 3 GG besteht nicht allein darin sicherzustellen, dass die DB Netz AG eine „Eisenbahn des Bundes“ bleibt.

Die Gewährleistungsverpflichtung des Bundes nach Art. 87e Abs. 4 GG bezieht sich nur auf das Netz der „Eisenbahnen des Bundes“ und die Verkehrsangebote auf *diesem* Schienennetz. „Eisenbahnen des Bundes“ sind gem. Art. 73 Nr. 6a GG aber nur solche, die ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen. Die Funktion des Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG könnte vor diesem Hintergrund (allein) darin gesehen werden, zu verhindern, dass durch eine (Teil-)Privatisierung der Schienenwegeunternehmen des Bundes diese ihre Eigenschaft als „Eisenbahnen des Bundes“ verlieren und dadurch die Gewährleistungspflicht des Bundes obsolet wird. Entsprechend dieser Funktion könnte man den Schienenwegvorbehalt auch dann noch als erfüllt ansehen, wenn mit der „Mehrheit der Anteile“ des Bundes kein substantieller Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der Schienenwegeunternehmen verbunden wäre.

Allerdings ist diese Auffassung mit der Entstehungsgeschichte, dem Wortlaut und dem systematischen Zusammenhang von Art. 87e Abs. 3 und 4 GG nicht in Einklang zu bringen. Träfe die dargelegte Auffassung zu, dann hätte es nämlich genügt, den Gewährleistungsauftrag des Art. 87e Abs. 4 GG allgemein auf ein funktionsfähiges Schienennetz zu beziehen – also die Beschränkung auf dasjenige der

Eisenbahnen des Bundes zu streichen – und im Übrigen den Schienenwegevorbehalt zu streichen. Dies entspricht aber nicht dem geltenden Verfassungsrecht. Eine nur formale Position des Bundes als Inhaber der Mehrheit der Anteile (ohne Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen) könnte außerdem nicht einmal sicherstellen, dass das vorhandene Schienennetz in der Hand einer „Eisenbahn des Bundes“ bleibt. Der Bund könnte dann nämlich nicht verhindern, dass die Schienenwegeunternehmen wesentliche Teile ihrer Infrastrukturanlagen an Dritte veräußern, ihre Qualität und/oder Kapazität reduzieren oder stilllegen. Der Kontrolle des Bundes über die Infrastruktur als Basis und Rückgrat des gesamten Eisenbahnwesens könnte auf diese Weise „schleichend“ der Gegenstand abhanden kommen. Eben diese Gefahr wollte der Bundesrat im Jahr 1993 mit dem Schienenwegevorbehalt abwehren: „Bei einer Übertragung des Eigentums auf ein privatrechtlich organisiertes Wirtschaftsunternehmen würde nicht die erforderliche Sicherheit bestehen, daß dieses Schienennetz zumindest in seinen wesentlichen Bestandteilen erhalten und bedarfsgerecht ausgebaut wird, zumal die heutige Wettbewerbssituation zwischen den Verkehrsträgern keine Kostendeckung bei Vorhaltung und Betrieb eines solchen Netzes ermöglicht.“ (BT-Drs. 12/5015, S. 11) Eine Kompensation durch Regulierung „von außen“ ist nicht möglich, weil mittels hoheitlicher Regulierungsinstrumente kein vergleichbarer Einfluss auf Entscheidungen der Schienenwegeunternehmen besteht. Gerade wegen der Skepsis des Bundesrates gegenüber der Funktionsfähigkeit einer Regulierung „von außen“ wurde der Schienenwegevorbehalt im Jahr 1993 in das Grundgesetz aufgenommen.

2. Art. 87e Abs. 3 S. 3 GG verlangt einen substantiellen Einfluss des Bundes im Interesse des Wettbewerbs auf der Schiene und im Interesse eines flächendeckend ausgelegten funktionsfähigen Schienennetzes.

Die Entstehungsgeschichte von Art. 87e Abs. 3 und 4 GG, der Wortlaut („Eigentum des Bundes“, „Mehrheit der Anteile“) und insbesondere der systematische Zusammenhang zwischen dem Schienenwegevorbehalt und der Gewährleistungspflicht des Bundes lassen nur den Schluss zu, dass dem Bund ein substantieller Einfluss auf die Willensbildung der EIU verbleiben muss. Dieser Einfluss der zuständigen Organe (Bundesregierung und Bundestag) muss auf der Funktion des Bundes als Inhaber der Mehrheit der Anteile beruhen und unabhängig von anderen Kontroll- und Regulierungsinstrumenten „von außen“ gewährleistet sein.

Diese verfassungsrechtlich geforderte Kontrolle der EIU „von innen“ soll verfassungsrechtlich sicherstellen, dass der Bund seiner Gewährleistungspflicht aus Art. 87e Abs. 4 GG auch dann noch nachkommen kann, wenn „von außen“ wirkende Regulierungsinstrumente strukturell oder im Einzelfall versagen. Der Schienenwegevorbehalt ist in diesem Sinne ein verfassungsrechtliches Instrument zur Wahrnehmung einer Auffang- oder „Reserve“verantwortung des Bundes.

Gegenstand der Gewährleistungsverantwortung nach Art. 87e Abs. 4 GG und der ihr folgenden Auffangverantwortung des Bundes als Inhaber der Mehrheit der Anteile an den Schienenwegeunternehmen ist nach dem neuen Ordnungsrahmen eines liberalisierten Eisenbahnwesens ein funktionsfähiger Wettbewerb auf der Schiene und ein den Verkehrsbedürfnissen entsprechender Ausbau und Erhalt des Schienennetzes. Eine genaue Bestimmung des Inhalts der Gewährleistungspflicht enthält Art. 87e Abs. 4 GG nicht und sie kann auch durch Bundesgesetz nur begrenzt geleistet werden. Deshalb weist das Grundgesetz die Konkretisierung dessen, was im Interesse des Allgemeinwohls, insbesondere der Verkehrsbedürfnisse, erforderlich ist, einem Unternehmen zu, auf das der Bund einen bestimmenden Einfluss hat.

3. Die Einwirkungsrechte des Bundes nach dem Entwurf eines Eisenbahnneuordnungsgesetzes genügen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Mit dem Verfassungsbegriff der „Mehrheit der Anteile“ umschreibt Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG ein Bündel von Initiativ-, Kontroll- und Entscheidungsrechten des Bundes bezogen auf Sach- und Personalfragen, die es ihm erlauben, sich im Konfliktfall gegen andere (Minderheits-)Anteilseigner durchzusetzen. Das insoweit gesetzlich zu gewährleistende Minimum kann konkretisiert werden, indem die Rechte eines Mehrheitsaktionärs bzw. Mehrheitsgesellschafters nach dem zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Art. 87e GG geltenden deutschen Gesellschaftsrecht genauer analysiert werden.

Diesem Minimalstandard genügt der Entwurf eines Eisenbahnneuordnungsgesetzes deshalb nicht, weil

- die Deutsche Bahn AG gesetzlich zur Ausübung der Stimmrechte des Bundes in den Hauptversammlungen und Gesellschafterversammlungen der EIU bevollmächtigt wird (§ 2 Abs. 1 BESG-E),
 - die Zustimmungsvorbehalte nach § 2 Abs. 2, § 3 BESG-E und die Entsenderechte des Bundes nach § 4 BESG-E (Aufsichtsräte der EIU) diese Verlagerung von Initiativ-, Kontroll- und Entscheidungsbefugnissen auf die DB AG nicht kompensieren können,
 - der über seine Anteilsmehrheit an der DB AG vermittelte Einfluss des Bundes auf die EIU im Falle einer Beteiligung Dritter an der DB AG (§ 1 DBPrivG) aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen so gering ist, dass er – auch in Kombination mit den Zustimmungsvorbehalten und Entsenderechten – hinter dem dargelegten verfassungsrechtlichen Minimum deutlich zurück bleibt, und weil
 - das „Sicherungseigentum“ des Bundes nach §§ 5 ff. BESG-E ohne Substanz bleibt und insbesondere wegen des Anspruchs der DB AG auf Wertausgleich keine realistische „Rückholoption“ bietet.
- 4. Unabhängig von der Unvereinbarkeit des Entwurfs mit Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG verstößt er auch gegen Art. 87e Abs. 4 GG, weil wesentliche Fragen der Erfüllung der Gewährleistungspflicht nicht durch Gesetz geregelt, sondern exekutiver Entscheidung überlassen werden, und weil es an wirksamen Gewährleistungsinstrumenten fehlt.**

Die Gewährleistungsverantwortung des Bundes nach Art. 87e Abs. 4 GG ist in Art. 87e Abs. 4 Satz 2 mit einem Gesetzesvorbehalt versehen. Der Bundesgesetzgeber hat deshalb – über die Sicherung eines Bundeseinflusses nach Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG hinaus – alle wesentlichen Fragen gesetzlich zu regeln, die die Art und Weise der Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung durch den Bund betreffen. Dieser Anforderung genügt der Entwurf (BSEAG) nicht, weil er wesentliche Fragen der Konkretisierung durch die Exekutive überlässt. Darüber hinaus genügt das Instrument der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung schon wegen der gesetzlich angeordneten Laufzeit (§ 5 BSEAG-E: 15 Jahre) nicht den verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen an effiziente Instrumente zur Wahrnehmung der Gewährleistungsaufgabe.

(Prof. Dr. Georg Hermes)



Rheinische
Friedrich-Wilhelms
Universität Bonn

Institut für Steuerrecht Adenauerallee 24-42 53113 Bonn

Institut für Steuerrecht

Geschäftsführender Direktor
Prof. Dr. Rainer Hüttemann

Adenauerallee 24-42
53113 Bonn
Tel.: 0228/73-9122
Fax: 0228/73-9121
sekretariat.huettemann@jura.
uni-bonn.de

Bonn, 21. Mai 2007

Stellungnahme

Zum Antrag BT-Drucks. 16/4413

„Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung sicherstellen“
für die Anhörung durch den Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
am 23.5.2007

- I. Nach § 1 Abs. 2 BESG-E „bilanziert“ die DB AG „Schienenverkehr und Eisenbahninfrastrukturunternehmen in einer wirtschaften Einheit“. Diese Regelung ist nach der Gesetzesbegründung nicht als spezialgesetzliche Bilanzierungspflicht zu verstehen, sondern nimmt auf die allgemeinen Rechnungslegungsvorschriften Bezug. Die Frage, ob die DB AG die Anteile an den EIU auch nach einer „Sicherungsübertragung“ auf den Bund im Einzelabschluss auszuweisen hat, richtet sich folglich nach § 246 HGB. Für die Einbeziehung der EIU in den Konzernabschluss der DB AG gelten § 290 HGB bzw. IAS 27.
- II. Nach § 246 Abs. 1 HGB sind im Jahresabschluss „sämtliche Vermögensgegenstände“ auszuweisen. Wie sich aus § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB ergibt, kommt es für die persönliche Zurechnung eines Vermögensgegenstandes nicht ausschließlich auf das (formal-)rechtliche Eigentum an. Maßgebend ist vielmehr die „wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit“, die sich allerdings wiederum nach den zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen richtet.
- III. Die in § 1 Abs. 2 BESG-E vorgesehene „Sicherungsübertragung“ ist keine Sicherungsübereignung iSv. § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB. Insoweit fehlt es bereits an einem dinglichen oder schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch der DB AG bei Wegfall des Sicherungszwecks, zumal eine Erreichung des Sicherungszwecks wegen der auf Dauer angelegten Infrastrukturverantwortung des Bundes praktisch nicht denkbar ist. Die Anteile sollen auch nicht – wie bei Sicherungsübereignungen üblich – im Sicherungsfall für Rechnung der DB AG verwertet werden. Vielmehr erhält die DB AG nach § 7 BSEG-E immer einen Wertausgleich, wenn die „Sicherungsübertragung“ endet.

- IV. Die Feststellung, dass es sich bei der „Sicherungsübertragung“ nach § 1 Abs. 2 BSEG-E nicht um eine Sicherungsübereignung iSv. § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB handelt, schließt eine Aktivierung der Anteile an den EIU im Jahresabschluss der DB AG aber nicht grundsätzlich aus, da § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB nur beispielhaft einzelne besonders relevante Fälle der „wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit“ nennt (Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung). Deshalb ist anhand der §§ 2 ff BSEG-E zu prüfen, ob die Anteile an den EIU der DB AG trotz fehlenden rechtlichen Eigentums zuzurechnen sind. Dazu ist einerseits die durch Stimmrechtsvollmacht vermittelte Einflussmöglichkeit der DB AG in den EIU, andererseits der Anspruch auf Wertausgleich bei Beendigung der „Sicherungsübertragung“ zu würdigen.
- V. Die Anteile an den EIU wären ohne Zweifel im Jahresabschluss der DB AG zu aktivieren, wenn der DB AG alle gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten und Gewinnansprüche des Bundes bezüglich der EIU übertragen würden und die DB AG bei Beendigung der „Sicherungsübertragung“ einen Ausgleichsanspruch in Höhe des vollen Wertes der Anteile (Verkehrswert) hätte. In diesem Fall wäre aber das rechtliche Eigentum des Bundes rein formaler Natur, während die DB AG die Anteile an den EIU „wie ein Eigentümer“ nutzen könnte. Eine solche (eindeutige) Lösung sieht der vorliegende Entwurf – mit Rücksicht auf Art. 87 e Abs. 3 GG und bestimmte politische Vorgaben – aber nicht vor. Vielmehr enthalten die §§ 2 ff BSEG-E verschiedene Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeit der DB AG, die einerseits ein wirtschaftliches Eigentum der DB AG an den EIU möglichst nicht gefährden, andererseits aber dem Bund als rechtl. Eigentümer gewisse Einflussmöglichkeiten in den EIU erhalten sollen. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Gestaltung, die im Ansatz darauf abzielt, zwei Personen zugleich „eigentümerähnliche“ Rechtspositionen an demselben Gegenstand zu verschaffen, zu Unsicherheiten – nicht nur bei der bilanziellen Beurteilung – führt. Die bilanz- (und wohl auch die verfassungsrechtliche) Würdigung der in § 1 Abs. 1 BSEG-E vorgesehenen „Sicherungsübertragung“ hängt somit entscheidend davon ab, welche wirtschaftliche Bedeutung man den im BSEG-E enthaltenen Regelungen, durch die der Einfluss der DB AG auf die EIU eingeschränkt (vgl. §§ 2 bis 4 BSEG-E) und der Anspruch auf Wertausgleich bei Beendigung der Sicherungsübertragung begrenzt werden (§ 7 BSEG-E), für die Nutzungsmöglichkeit der DB AG hinsichtlich der Anteile an den EIU beilegt.
- VI. Nach § 1 Abs. 2 BSEG-E soll die DB AG auch künftig „Schienenverkehr und Eisenbahninfrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit“ betreiben. Aus diesem Grund sieht der Gesetzentwurf zwar gewisse Einschränkungen der Einflussmöglichkeiten der DB AG in den EIU vor, diese ändern aber letztlich nichts daran, dass die DB AG weiterhin die laufende Geschäftspolitik der EIU bestimmen kann (und soll), um auch in Zukunft wirtschaftliche Vorteile aus der „wirtschaftlichen Einheit“ ziehen zu können. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Einschränkungen nach §§ 2 bis 4 BSEG-E nur der Durchsetzung der ohnehin auf den EIU lastenden Verpflichtungen dienen. Darüber hinaus hat die DB AG – da die Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge zu den EIU fortbestehen – Verluste aus der laufenden Geschäftstätigkeit zu tragen (§ 302 AktG), ihr stehen aber auch etwaige Gewinne aus den EIU zu. Schließlich hat die DB AG nach § 7 BSEG-E einen Anspruch auf Wertausgleich bei Beendigung der „Sicherungsübertragung“. Dieser Wertausgleich ist zwar dadurch eingeschränkt, dass Leistungen des Bundes nur berücksichtigt werden, soweit bei Beendigung der Sicherungsübertragung ein Anspruch in bestimmter Höhe besteht. Andererseits erhält die DB AG im Fall der ordentlichen Beendigung der „Sicherungsübereignung“ mindestens den Nettobuchwert ihrer Eigenmittelinvestitionen ersetzt. Durch diese Modifikationen wird indes nur der Besonderheit Rechnung getragen, dass der Netzbetrieb defizitärer Natur ist und die EIU erhebliche staatliche Zuschüsse erhalten. Eine Gesamtbetrachtung führt deshalb m.E. zu dem Ergebnis, dass die Anteile an den EIU ungeachtet der Rege-

lungen in den §§ 2 ff BSEG-E im Jahresabschluss der DB AG auszuweisen sind.

- VII. Die Feststellung, dass die Anteile an den EIU auch nach einer „Sicherungsübertragung“ nach § 1 Abs. 1 BSEG-E im Jahresabschluss der DB AG zu aktivieren sind, bedeutet allerdings nicht, dass den Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeit der DB AG und der Wertausgleichsregelung überhaupt keine Bedeutung für die bilanzielle Behandlung der Anteile zukommt. Solche Einschränkungen sind vielmehr – wie andere öffentlich-rechtliche Beschränkungen der Wirtschaftstätigkeit der EIU auch (z.B. auf Grund des AEG) – bei der Bewertung der Anteile zu berücksichtigen. Soweit also die in §§ 2 bis 4 BSEG-E vorgesehenen Regelungen den wirtschaftlichen Wert der Anteile für die DB AG im Vergleich zur bisherigen Regulierung mindern, wäre dem durch Abschreibungen auf den Beteiligungsbuchwert der Anteile an den EIU Rechnung zu tragen. Gleiches gilt für die Wertausgleichsregelung nach § 7 BSEG-E. Sie führt dazu, dass der Wert der Anteile künftig vor allem von Inhalt und Dauer der jeweils geltenden Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung abhängt. Dies ist bei einem dauerdefizitären Unternehmen wie der Eisenbahninfrastruktur aber nichts Besonderes. Denn der wirtschaftliche Wert eines solchen Unternehmens wird zwangsläufig wesentlich von der Höhe der zu erwartenden künftigen öffentlichen Zuschüsse bestimmt.
- VIII. Die vorstehenden Überlegungen gelten für die Einbeziehung der Anteile an den EIU im Konzernabschluss der DB AG entsprechend. Sowohl im Rahmen von § 290 HGB als auch bei IAS 27 bedarf es einer vergleichbaren Gesamtwürdigung der Rechtsposition der DB AG. So stellt z.B. IAS 27 entscheidend darauf ab, ob das Mutterunternehmen in der Lage ist, die Finanz- und Geschäftspolitik des Beteiligungsunternehmens zu bestimmen, „um aus seiner Tätigkeit Nutzen zu ziehen“. Dies wird man aus den oben dargelegten Gründen bejahen können.

gez. Prof. Dr. Rainer Hüttemann

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Finanz- und Steuerrecht

Juristische Fakultät

EBERHARD KARLS
UNIVERSITÄT
TÜBINGEN



Prof. Dr. F. Kirchhof - Universität Tübingen - Wilhelmstr. 7 - 72074 Tübingen

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr, Bau und
Stadtentwicklung
- Sekretariat -
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen
Telefon: 0 70 71 - 29 - 7 25 61
0 70 71 - 29 - 7 81 18
Telefax: 0 70 71 - 29 - 43 58
www.jura.uni-tuebingen.de/kirchhof
kirchhof@uni-tuebingen.de

16. Mai 2007

khf/mu

I. Verfassungslage

1. Eisenbahnen des Bundes, d.h. „Eisenbahnen, die ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 a GG), werden zwar als „Wirtschaftsunternehmen in privat-rechtlicher Form geführt“ (Art. 87 e Abs. 3 S. 1 GG), stehen aber „im Eigentum des Bundes, soweit die Tätigkeit des Wirtschaftsunternehmens den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwesen umfasst“ (Art. 87 e Abs. 3 S. 2 GG). Eine Veräußerung von „Anteilen des Bundes“ an solchen Eisenbahninfrastrukturunternehmen erfolgt „auf Grund eines Gesetzes“, wobei „die Mehrheit der Anteile“ beim Bund verbleibt (Art. 87 e Abs. 3 S. 3 GG). Das Nähere wird durch Bundesgesetz geregelt (Art. 87 e Abs. 3 S. 4 GG). Nach Art. 87 e Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet der Bund, „dass dem Wohl der Allgemeinheit beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes . . . Rechnung getragen wird“. Gesetze über Eisenbahninfrastrukturunternehmen, zur Übertragung von Schienenwegen auf Dritte oder zu deren Stilllegung bedürfen nach Art. 84 e Abs. 5 GG der Zustimmung des Bundesrats.
2. Art. 87 e Abs. 3 GG gestattet es, Eisenbahnen entweder durch den Bund oder durch Dritte zu betreiben; die Infrastruktur von Eisenbahnen des Bundes bleibt

aber stets staatliche Aufgabe, die unmittelbar nach dem demokratisch legitimierten Willen des Bundes durchgeführt wird.

3. Die Begriffe des Art. 87 e Abs. 3 S. 2 und 3 GG sind zwar aus dem Zivilrecht entnommen, erhalten aber – wie z.B. bei Art. 14 GG – eine eigene, verfassungsrechtliche Bedeutung. Unter „Eigentum“ versteht Art. 87 e Abs. 3 GG die Verfügungsbefugnis des Bundes über Eisenbahninfrastrukturunternehmen; mit dem Bild des Mehrheitsanteils umschreibt die Norm, dass der Bund stets seinen Willen gegen den anderer Anteilseigner durchsetzen können muss. Ratio constitutionis des Art. 87 e Abs. 3 GG ist somit, dass der Bund auch dann letztentscheidend die Infrastruktur in der Hand behält und steuert, wenn ein privatrechtliches Unternehmen sie betreut.
4. Mit den Begriffen des Eigentums, des Anteils und der Mehrheit erlaubt Art. 87 e Abs. 3 GG ersichtlich eine Infrastrukturgesellschaft privatrechtlicher Rechtsform im Mehrheitsbesitz des Bundes als typisches Modell eines privaten Wirtschaftsunternehmens. Sie beschränkt sich jedoch nicht darauf, sondern würde nach der ratio constitutionis ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Sicherung des notwendigen Bundeseinflusses durch gesetzliche Auflagen und Durchgriffsrechte auf eine private Infrastrukturgesellschaft im Fremdbesitz gestatten.
5. Für die Veräußerung von Anteilen des Bundes und die Ausgestaltung seiner Einwirkungsbefugnisse auf die Eisenbahninfrastruktur besteht ein institutioneller Gesetzesvorbehalt.

II. Eisenbahn-Neuordnungsgesetz* und Art. 87 e GG

6. Das Eisenbahn-Neuordnungsgesetz erlaubt eine Beteiligung Dritter an der Deutschen Bahn AG, sofern die Anteilsmehrheit beim Bund verbleibt (§ 1 Gesetz über die teilweise Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn AG). Diese Anteilsmehrheit sichert jedoch nicht die Verfügungsbefugnis des Bundes über die Eisenbahninfrastrukturunternehmen, denn beim Eintritt Dritter ist im Aufsichtsrat wegen des Mitbestimmungsgesetzes (§ 7 Abs. 1 Nr. 3, § 29 MitbestG) nicht mehr in jedem Fall eine Stimmenmehrheit des Bundes gesichert.

* i.d.F. des Referentenentwurfs vom 8.03.2007.

7. Das Eisenbahn-Neuordnungsgesetz überträgt zwar in § 1 Abs. 1 Bundeseisenbahnenstrukturgesetz (=BESG) dem Bund das zivilrechtliche Eigentum an den drei Eisenbahninfrastrukturgesellschaften. Die Rückübertragung der Stimmrechtsausübung auf voraussichtlich 25 Jahre (§ 2 Abs. 1 und §§ 5 und 6 BESG), auf Ausnahmefälle beschränkte Erfordernisse einer Zustimmung durch den Bund (§§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 1 BESG) und die begrenzte Sicherung seines personellen Einflusses in den Leitungsgremien der Eisenbahninfrastrukturgesellschaften (§ 4 BESG) höhlen es jedoch derart aus, dass das in Art. 87 e Abs. 3 S. 2 GG mit dem Bild vom „Eigentum des Bundes“ verbundene Modell seiner letztentscheidenden Verfügungsbefugnis verfehlt wird.
8. Die öffentlich-rechtlichen Bindungen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen an den Willen des Bundes im Bundesschienenwegegesetz (=BSEAG) ersetzen seine fehlenden zivilrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten nicht hinreichend, denn die dort vorgesehenen Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen regeln nur allgemeine, finanzielle und technische Standards für die Erhaltung und die Betriebsbereitschaft der Schienenwege (§ 4 BSEAG) sowie die Berichtspflichten über deren Zustand und Entwicklung (§ 6 BSEAG) und sehen bei Verstößen lediglich begrenzte, finanzielle Sanktionen durch den Bund vor (§§ 8 f. und 11 BSEAG), ohne ihm vollständig unmittelbare Weisungsdurchgriffe auf die Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu gestatten. Sie werden im Gegenteil während der voraussichtlich 25-jährigen Geltung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen sogar gesetzlich ausgeschlossen.
9. Der institutionelle Gesetzesvorbehalt verbietet eine Sicherung der notwendigen Verfügungsbefugnis des Bundes über die Infrastruktur der Bundeseisenbahnen allein durch Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen in Form von Verträgen.
10. Der gesetzliche Bedarfsplan für die Bundesschienenwege würde an sich Art. 87 e Abs. 3 GG hinsichtlich des Ausbaus der Schienenwege genügen (§ 12 Abs. 1 BSEAG). Er setzt zu seiner Durchführung aber jeweils noch eine Ver-

einbarung zwischen Bund und Eisenbahninfrastrukturunternehmen voraus (§ 20 Abs. 1 BSEAG). Damit hängt seine Befolgung vom vertraglichen Konsens mit dem jeweiligen Eisenbahninfrastrukturunternehmen ab. Das genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.

III. Ausblick

11. Das Eisenbahn-Neuordnungsgesetz ist auf das Ziel einer Privatisierung der Deutschen Bahn unter bilanzrechtlichem Einbezug der Schienenwege konzipiert. Dabei sind die verfassungsnotwendigen Einwirkungsbefugnisse des Bundes zu kurz gekommen.
12. Als Lösungswege verfassungsrechtlich einwandfreier Art bietet sich die Ausgliederung der Infrastruktur der Bundeseisenbahnen auf eine privatrechtliche Gesellschaft an
 - S im Allein- oder Mehrheitsbesitz des Bundes ohne Minderung seiner gesetzlichen Gesellschafterrechte,
 - im Allein- oder Mehrheitsbesitz des Bundes bei gleichzeitiger Minderung seiner zivilrechtlichen Gesellschafterrechte, soweit der dadurch bewirkte Verlust an Verfügungsbefugnissen durch zusätzliche, öffentlich-rechtliche Bindungen ausgeglichen wird oder
 - im völligen Fremdbesitz oder im Minderheitsbesitz des Bundes, soweit eigentumsähnliche Verfügungsbefugnisse des Bundes durch zusätzliche, öffentlich-rechtliche Bindungen gesichert werden.
13. Unberührt bleibt verfassungsrechtlich die Möglichkeit, auf „Eisenbahnen des Bundes“ i.S.d. Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 a GG ganz zu verzichten und Verkehrs- sowie Infrastrukturunternehmen abzustoßen; damit würde aber die bisherige Staatsaufgabe völlig aufgegeben.

Universität Bielefeld

Fakultät für Rechtswissenschaft
Prof. Dr. Detlef Kleindiek
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht,
deutsches und europäisches Wirtschaftsrecht

Universität Bielefeld ■ Postfach 10 01 31 ■ 33501 Bielefeld

Postanschrift:
Postfach 10 01 31
33501 Bielefeld

E-Mail: detlef.kleindiek@uni-bielefeld.de

Sekretariat:
Elisabeth Berchem
Raum U 8 – 115
E-Mail: elisabeth.berchem@uni-bielefeld.de

Telefon: 0521/106 - 6912
Telefax: 0521/106 - 8065

Internet:
www.lehrstuhl-kleindiek.de

Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
zum Antrag der Fraktion der FDP
"Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung sicherstellen"
BT-Drs. 16/4413

Vorbemerkung: Der Antrag BT-Drs. 16/4413 (vom 28. Februar 2007) würdigt die geplante Kapitalprivatisierung der Deutsche Bahn AG (DB AG) unter verfassungs- und bilanzrechtlichen Aspekten. Im Folgenden wird allein zu *bilanzrechtlichen* Fragen des Privatisierungsvorhabens Stellung genommen, wobei die Stellungnahme auf den Referentene Entwurf (RefE) eines Gesetzes zur Neuordnung der Eisenbahnen des Bundes (EBNeuOG, Stand 8. März 2007) Bezug nimmt.

A. Zur Interpretation von § 1 Abs. 2 BESG-E

(1) § 1 Abs. 1 Entwurf Bundeseisenbahnenstrukturgesetz (BESG-E) sieht den Übergang sämtlicher Anteile der DB AG an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) DB Netz AG, DB Station&Service GmbH und DB Energie GmbH auf den Bund vor. Nach § 1 Abs. 2 BESG-E "betreibt und bilanziert die DB AG Schienenverkehr und Eisenbahninfrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit". Diese Formulierung überträgt die Zielbestimmung aus dem Entschließungsantrag BT-Drs. 16/3493 (dort Ziff. I. 5: "Die DB AG erhält die Möglichkeit, Schienenverkehr und Infrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit zu betreiben und zu bilanzieren.") in den Gesetzestext. § 1 Abs. 2 BESG-E ist in mehrfacher Hinsicht *interpretationsbedürftig*:

(1.1) Erst aus der Begründung des RefE (S. 6, 16) ergibt sich, was mit "Bilanzierung von Schienenverkehr und Eisenbahninfrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit" gemeint ist: zum einen die *Bilanzierung der Anteile an den EIU im Einzelabschluss der DB AG*, zum anderen die *Einbeziehung von Vermögensgegenständen und Schulden der EIU in den Konzernabschluss der DB AG*.

(1.2) Die Begründung zu § 1 Abs. 2 BESG-E (S. 14-16) verhält sich ausschließlich zur bilanziellen Zuordnung von Vermögensgegenständen im Einzelabschluss und im Konzernabschluss der DB AG. Deshalb ist anzunehmen, dass die Vorschrift allein eine Aussage zur "Bilanzierungsfähigkeit der Eisenbahninfrastruktur" in diesem Sinne formulieren und

keine darüber hinaus reichende *Regelung zur Betriebsführung* der Schienenverkehr- und Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch die DB AG treffen will.

(1.3) Dabei will die Begründung zu § 1 Abs. 2 BESG-E (S. 15/16) die Frage der Bilanzierungsfähigkeit anhand der allgemeinen Kriterien des Bilanzrechts beantwortet wissen. § 1 Abs. 2 BESG-E soll also offenbar *nur deklaratorische Bedeutung* haben. Zur Begründung einer konstitutiven Wirkung (im Sinne einer "lex Deutsche Bahn AG" mit Anordnung der Bilanzierungsfähigkeit unabhängig von den allgemeinen Grundsätzen des Bilanzrechts; s. dazu noch unten Tz. 10) wäre die vorgeschlagene Vorschrift schon angesichts ihrer Formulierungsdefizite auch nicht tauglich.

B. Bilanzierungsfähigkeit der EIU-Anteile im Einzelabschluss der DB AG?

I. Regel: Bilanzielle Zuordnung zum Rechtsinhaber

(2) Für die bilanzielle Zuordnung eines Vermögensgegenstandes ist von den rechtlichen Eigentumsverhältnissen bzw. der Inhaberschaft an dem Recht auszugehen. In der Regel ist eine Sache deshalb auch bilanziell dem Eigentümer, eine Forderung oder ein sonstiges Recht dem Rechtsinhaber zuzuordnen. Dem entsprechend sind auch *Anteile* an Kapitalgesellschaften *regelmäßig im Einzelabschluss des Gesellschafters* zu bilanzieren. Die bilanzielle Zuordnung eines Vermögensgegenstandes, die nicht der zivilrechtlichen Rechtsinhaberschaft folgt, kommt nur ausnahmsweise in Betracht.

II. Ausnahme: Bilanzierung beim "wirtschaftlichen Eigentümer"

1. Kein Anwendungsfall von § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB

(3) Die maßgeblichen Zuordnungskriterien, nach denen ein solcher *Ausnahmetatbestand* zu bejahen ist, werden gemeinhin unter dem Schlagwort des "wirtschaftlichen Eigentums" zusammengefasst. Einige jener Ausnahmefälle nennt § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB ausdrücklich: "Vermögensgegenstände, die unter Eigentumsvorbehalt erworben oder an Dritte für eigene oder fremde Verbindlichkeiten verpfändet oder in anderer Weise als Sicherheit übertragen worden sind, sind in die Bilanz des Sicherungsgebers aufzunehmen." Hieran anknüpfend leitet die Begründung zu § 1 Abs. 2 BESG-E (S. 15) die Bilanzierungsfähigkeit der EIU-Anteile im Einzelabschluss der DB AG aus dem Umstand ab, dass die Anteilsübertragung auf den Bund zweckgebunden erfolge, um die Erfüllung der Vorgaben des Bundes-schienenweggesetzes (BSEAG) durch die EIU zu sichern ("Sicherungsübertragung").

(4) Zwischen der Begründung von Sicherungsrechten im Sinne des § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB und dem als "Übertragung (zur) Sicherheit" bzw. "Sicherungsübertragung" bezeichneten Anteilsübergang nach § 1 Abs. 1 BESG-E bestehen indes nur verbale Parallelen.

(4.1) § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB betrifft Fälle, in denen die Rechtsinhaberschaft am Vermögensgegenstand zwar übertragen wird, der neue Rechtsinhaber aber im (Innen-)Verhältnis zum Übertragenden nur die Stellung eines Pfandgläubigers hat. Wird die (durch die Rechtsübertragung gesicherte) Verpflichtung gegenüber dem Sicherungsnehmer erfüllt, so hat der Sicherungsgeber (sofern die Übertragung nicht ohnehin nur auflösend bedingt erfolgte) aus der Sicherungsabrede einen durchsetzbaren Anspruch auf Rückübertragung des Sicherungsgutes. Kommt der Sicherungsgeber seinen Verpflichtungen hingegen nicht nach, so darf der Sicherungsnehmer das Sicherungsgut (auf Rechnung des Sicherungsgebers) verwerten und sich aus dem Erlös befriedigen.

(4.2) Von den so umrissenen Sicherungsrechten im Sinne des § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB

unterscheidet sich der (gesetzliche) Anteilsübergang nach § 1 Abs. 1 BESG-E deutlich: Die Rolle des Bundes soll keineswegs auf die eines "Pfandgläubigers" beschränkt sein. Der Wechsel der Anteilsinhaberschaft auf den Bund vollzieht sich vorbehaltlos. Er steht weder unter einer Befristung oder einer auflösenden Bedingung noch räumt der Gesetzentwurf der DB AG einen Rechtsanspruch auf Rückübertragung der Anteile ein. Nach § 5 BESG-E liegt es ganz in der Entscheidungsgewalt des Bundesgesetzgebers, ob die Anteile an den EIU später einmal wieder auf die DB AG übertragen werden (s. unten Tz. 8.3). Die von der Begründung zum RefE (S. 13) geltend gemachte "Zweckbindung" der Anteilsübertragung an den Bund ("Sicherung des Interesses des Bundes an einer Bewirtschaftung der Eisenbahninfrastruktur") hat auch nicht lediglich vorübergehenden Charakter. Mit der Anteilsübertragung sucht der Bund vielmehr - unter den Vorzeichen einer Kapitalprivatisierung der DB AG - seiner verfassungsrechtlich vorgegebenen "Infrastrukturverantwortung" (Begründung S. 13) nachzukommen. Diese "Zweckbindung" ist auf Dauer angelegt. Sollte es bei der "Erfüllung der Vorgaben des Bundesschienenweggesetzes durch die EIU" (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 BESG-E) zu Defiziten kommen, stünde auch nicht etwa eine Verwertung der auf den Bund übergegangenen Gesellschaftsanteile zur Diskussion, sondern die Wahrnehmung seiner Einwirkungsrechte. Ob die dem Bund nach Maßgabe des BESG-E verbleibenden Einwirkungsmöglichkeiten auf die EIU aus *verfassungsrechtlicher* Sicht ausreichen, um jener Infrastrukturverantwortung gerecht werden zu können, kann für die Perspektive des *Bilanzrechts* offen bleiben. Mit der Begründung eines Sicherungsrechts im Sinne von § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB hat die sog. "Sicherungsübertragung" der EIU-Anteile der Sache nach jedenfalls nichts gemein.

2. Kein echtes Treuhandverhältnis zwischen DB AG und Bund

(5) Angesichts der fehlenden Rückübertragungspflicht begründet die vom RefE vorgesehene Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Bund und der DB AG *kein echtes Treuhandverhältnis* mit der DB AG als "Treugeber" und dem Bund als "Treuhandler". Die Bilanzierungsfähigkeit der Anteile an den EIU im Einzelabschluss der DB AG lässt sich deshalb noch nicht auf den Umstand stützen, dass Treugut auch außerhalb der in § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB normierten Fälle regelmäßig beim Treugeber zu bilanzieren ist.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass § 246 Abs. 1 Sätze 2 und 3 HGB auf die Vorgaben aus Art. 8 Abs. 1 und 2 der Bankbilanzrichtlinie (86/635/EWG) zurückgeht. An anderer Stelle dieser Richtlinie (Art. 12; umgesetzt durch § 340b HGB) wird eine Bestimmung zur Bilanzierung sog. Pensionsgeschäfte getroffen (Übertragung von Vermögensgegenständen eines Kreditinstituts - Pensionsgeber - oder dessen Kunden auf ein anderes Institut - Pensionsnehmer - oder eines seiner Kunden unter Vereinbarung späterer Rückübertragung). Danach sind die übertragenen Vermögensgegenstände nur dann in der Bilanz des Pensionsgebers auszuweisen, wenn der Pensionsnehmer eine Rechtspflicht zur Rückübertragung übernommen hat (echtes Pensionsgeschäft). Ist der Pensionsnehmer zur Rückübertragung nur berechtigt, aber nicht verpflichtet (unechtes Pensionsgeschäft), sind die Vermögensgegenstände hingegen in seiner Bilanz auszuweisen. Auch jene Wertungen des (europäischen) Bilanzrechts streiten gegen die Überlegung, bei der sog. "Sicherungsübertragung" der EIU-Anteile ohne Rückübertragungspflicht werde "Sicherungstreugut" übertragen, das in der Bilanz des "Sicherungsgebers" auszuweisen sei.

3. Kein "wirtschaftliches Eigentum" der DB AG an den EIU-Anteilen

(6) Allerdings ist die Bilanzierung der Anteile im Einzelabschluss der DB AG damit noch nicht zwingend ausgeschlossen. § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB stellt nur beispielhaft fest, wann die von der Rechtsinhaberschaft abweichende Zuordnung eines Vermögensgegenstandes geboten ist. Über jene Beispiele hinaus ist das überall dort der Fall, wo die *Zuordnungsvoraussetzungen "wirtschaftlichen Eigentums"* erfüllt sind. Sie sind für die Handels- und

Steuerbilanz zwar jeweils eigenständig zu konkretisieren, stimmen in der Sache aber weitgehend überein:

Ein Vermögensgegenstand (Wirtschaftsgut) ist immer dann in die Bilanz des Nicht-Eigentümers aufzunehmen, wenn dieser - für die Handelsbilanz: auf rechtlich gesicherter Grundlage - dergestalt die *Herrschaft über den Vermögensgegenstand* ausübt, dass er den *zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf den Vermögensgegenstand ausschließen* und sich den Wert des Vermögensgegenstandes dienstbar machen kann. Dazu gehört, dass ihm *Substanz und Ertrag* einschließlich der *Chancen* von Wertsteigerungen und der *Risiken* von Wertverlusten zugewiesen sind; die Befugnis zur Veräußerung des Gegenstandes ist hingegen keine notwendige Voraussetzung für die Zuordnung. Dem zivilrechtlichen Rechtsinhaber dürfen allenfalls wirtschaftlich unbedeutende Einwirkungsmöglichkeiten verbleiben, wobei die Herrschaft des Nicht-Eigentümers über den Vermögensgegenstand im Übrigen *dauerhaft* bestehen muss: Bei abnutzbaren Vermögensgegenständen muss der Rechtsinhaber für die *gewöhnliche Nutzungsdauer* von Einwirkungsmöglichkeiten ausgeschlossen sein (so für das Steuerrecht ausdrücklich § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO), bei nicht abnutzbaren Vermögensgegenständen muss die ausschließliche Herrschaftsposition *zeitlich unbegrenzt* auf den "wirtschaftlichen Eigentümer" übergegangen sein. Insoweit ist auf den normalen (typischen) Verlauf der Dinge abzustellen; ein möglicher Zurechnungswechsel bei vertragswidrigem Verhalten des "wirtschaftlichen Eigentümers" ist noch nicht schädlich.

Ob diese Kriterien erfüllt sind, ist in *wertender Betrachtung des "Gesamtbildes der Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall"* zu beurteilen. Verbleiben Zweifel, so ist - weil die Zurechnung zum lediglich "wirtschaftlichen Eigentümer" als *Ausnahmetatbestand* konzipiert ist - die Bilanzierung des Vermögensgegenstandes beim zivilrechtlichen Rechtsinhaber geboten.

(7) Im Kontext des EBNeuOG sind Zuordnungsgegenstand die Gesellschaftsanteile an den EIU. Die Herrschaft eines Gesellschafters über den Gesellschaftsanteil wird durch seine Verwaltungs- und Vermögensrechte (resp. -pflichten) geprägt. Insoweit sieht § 2 Abs. 1 BESG-E vor, dass der Bund der DB AG eine *Vollmacht zur Stimmrechtsausübung* in den Haupt- und Gesellschafterversammlungen der EIU erteilt, wohl gedacht als unwiderrufliche Vollmacht für die Dauer der sog. "Sicherungsübertragung". Nach § 2 Abs. 3 BESG-E tritt der Bund die ihm als Gesellschafter zustehenden *Auszahlungsansprüche aus Gewinnverwendungsbeschlüssen* der EIU an die DB AG ab. Da ausweislich der Begründung zu § 2 Abs. 3 BESG-E (S. 17) zwischen der DB AG und den EIU *Ergebnisabführungsverträge* (EAV) geschlossen worden sind, die offenbar Bestand haben sollen, können solche Ansprüche freilich erst nach Beendigung der EAV entstehen. Bis dahin haben die EIU schon aufgrund der EAV ihren gesamten Gewinn an die DB AG abzuführen, die (im Gegenzug) zum Ausgleich etwaig entstehender Jahresfehlbeträge verpflichtet ist.

(8) Entgegen der Begründung zum RefE (vgl. S. 15-17) lässt sich hieraus indes *nicht ableiten*, die DB AG übe weiterhin die Gesellschafterrechte in allen laufenden Angelegenheiten der EIU aus, übernehme deren wirtschaftliche Chancen und Risiken und *bleibe deshalb zur Bilanzierung der Anteile an den EIU berechtigt und verpflichtet*. Dagegen spricht:

(8.1) Schon die Stimmrechtsvollmacht soll nicht vorbehaltlos erteilt werden. Vielmehr bedarf die Ausübung des Stimmrechts in den Fällen des § 2 Abs. 2 BESG-E der vorherigen Zustimmung des Bundes. § 3 BESG-E unterwirft zudem bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen in den EIU (im Innenverhältnis) dem Erfordernis seiner vorherigen Zustimmung. Und § 4 BESG-E gibt dem Bund schließlich ein Recht, Mitglieder in die Aufsichtsräte der EIU zu entsenden.

Freilich betrifft das *Zustimmungserfordernis nach § 2 Abs. 2 BESG-E* abgegrenzte Grundlagenentscheide der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlungen der EIU und setzt zudem die Möglichkeit der nachhaltigen Gefährdung des Sicherheitsinteresses des Bundes voraus. Es zielt letztlich darauf ab, die "Geschäftsgrundlagen" der sog. "Sicherungsübertragung" zu wahren und ist unter diesem Gesichtspunkt eher unschädlich. Demgegenüber dehnt das *Zustimmungserfordernis aus § 3 BESG-E* - das erst noch einer rechtsformspezifischen Umsetzung auf der Ebene des Organisationsrechts des jeweiligen EIU bedürfte - die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes (für die gesetzliche Organisationsverfassung einer AG ganz und gar untypisch) schon unmittelbar auf die Geschäftsführungsebene aus. Es steht zwar ebenfalls unter dem "Gefährdungsvorbehalt". Damit werden die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes aber nicht hinreichend sicher auf ein lediglich wirtschaftlich unbedeutendes Maß reduziert. Wo die Möglichkeit nachhaltiger Gefährdung des Sicherheitsinteresses des Bundes beginnt, ist kaum zuverlässig abzugrenzen und hängt nicht zuletzt vom Inhalt der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (resp. eines vom Bund ersatzweise erlassenen Verwaltungsaktes) nach Maßgabe des § 4 BSEAG-E ab.

Das *Entsenderecht nach § 4 BESG-E* begründet schließlich weitere (jedenfalls mittelbare) Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschäftsführung in den EIU und soll dem Bund angesichts seiner - abgestuften - quantitativen Gestaltung (DB Netz AG: drei Mitglieder im Aufsichtsrat) auch ganz offenbar mehr als einen bloßen "Beobachterstatus" vermitteln. - In der Gesamtschau kann also jedenfalls keine Rede davon sein, dass sich der Bund aller mit den Verwaltungsrechten eines Gesellschafters typischerweise verbundenen *Einwirkungsmöglichkeiten* begeben oder doch nur einen wirtschaftlich unbedeutenden Rest behalten würde.

(8.2) Entsprechendes gilt für die *Zuordnung der wirtschaftlichen Chancen und Risiken* der EIU. Ungeachtet von Gewinnabführungsanspruch und Verlustausgleichspflicht der DB AG beteiligt sich der Bund gem. § 3 Abs. 2 BSEAG-E an den Kosten, die den EIU für die Erhaltung der Schienenwege entstehen, mit einem Zuschussbetrag in Höhe von bis zu 2, 5 Mrd. € jährlich. Darüber hinaus gehende Sonderzuwendungen sind ausdrücklich nicht ausgeschlossen. Die Kosten der Substanzerhaltung und die Ertragsrisiken der Eisenbahninfrastruktur werden also keineswegs ausschließlich der DB AG zugewiesen; der Bund bleibt mit Leistungspflichten und darüber hinaus mit Sonderzuwendungen in sehr erheblicher Größenordnung beteiligt.

(8.3) Schließlich ist die *Herrschaft der DB AG* über die EIU-Anteile in Anbetracht von § 5 BESG-E *nicht von Dauer*. Die sog. "Sicherungsübertragung" an den Anteilen - und die daran gebundene Stimmrechtsvollmacht sowie die Abtretung der Auszahlungsansprüche aus Gewinnverwendungsbeschlüssen - endet vielmehr nach 15 Jahren. Der Bund kann vor Ablauf dieser Frist zwar durch Gesetz eine Verlängerung der "Sicherungsübertragung" oder die Rückübertragung der Anteile an die DB AG festsetzen; er kann aber ebenso den Verbleib der Anteile beim Bund "unter Wegfall des Sicherungszwecks" beschließen. Welche Entscheidung getroffen wird, steht im Ermessen des Bundesgesetzgebers. Die DB AG hat keinen Anspruch auf Rückübertragung der Gesellschaftsanteile. Und ebenso wenig kommt es unter bestimmten Bedingungen zu einem automatischen "Heimfall" der Anteile an die DB AG. Trifft der Bund keine Entscheidung, verlängert sich die "Sicherungsübertragung" zwar um zehn Jahre. Kommt aber auch dann keine gesetzliche Entscheidung zustande, so verbleiben die EIU-Anteile unter Wegfall des sog. Sicherungszwecks endgültig beim Bund.

(8.4) Die bilanzielle Zuordnung der Anteile unter dem Gesichtspunkt "wirtschaftlichen Eigentums" käme deshalb allenfalls in Betracht, wenn der DB AG Substanz und Ertrag der Anteile einschließlich der Chancen von Wertsteigerungen und der Risiken von Wertverlusten jedenfalls *wertmäßig dauerhaft* zugewiesen würden. Auch das ist angesichts der Wertausgleich-Regelung in § 7 BESG-E aber höchst zweifelhaft. Denn bei der Ermittlung des auszugleichenden Ertragswertes bleiben - einerseits - künftige Leistungen des Bundes an

die EIU, auf die nach Beendigung der "Sicherungsübertragung" ein der Höhe nach bestimmter Anspruch nicht mehr besteht, außer Betracht (§ 7 Abs. 1 und 2 BESG-E). Schon die Begründung zu § 7 Abs. 2 BESG-E (S. 23) weist darauf hin, dass der Ertragswert deshalb null wäre, sollten zum Zeitpunkt der Beendigung der "Sicherungsübertragung" die prognostizierten Erträge der EIU (ohne Bundeszuschüsse) niedriger als die prognostizierten Aufwendungen der EIU sein. Die Bundesregierung geht davon aus, dass "der so ermittelte Ertragswert auch zukünftig aller Voraussicht nach nicht positiv sein" wird (BT-Drs. 16/3263, S. 5). Andererseits gibt § 7 Abs. 3 BESG-E der DB AG einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe des (gem. § 7 Abs. 4 BESG-E zu ermittelnden) Netto-Buchwertes der Eigenmittelinvestitionen in die EIU, sofern dieser die Höhe des Verkehrswertes übersteigt. Das Investitionsrisiko wird der DB AG auf diese Weise zu einem beträchtlichen Teil abgenommen.

(8.5) Insgesamt bestätigt auch die Ausgestaltung der Wertausgleich-Regelung die gewissermaßen "arbeitsteilige" Chancen- und Risiko-Übernahme im Verhältnis DB AG / Bund. Nimmt man die dem Bund verbleibenden Einwirkungsmöglichkeiten hinzu, ist eine wirtschaftliche "Verdrängung" des zivilrechtlichen Rechtsinhabers (Bund) zugunsten und zulasten der DB AG - Voraussetzung für die Annahme "wirtschaftlichen Eigentums" der DB AG an den EIU-Anteilen - insgesamt nicht gegeben. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Bilanzrechts sind die EIU-Anteile im Einzelabschluss der DB AG deshalb *nicht bilanzierungsfähig*.

C. Einbeziehung der EIU in den Konzernabschluss der DB AG?

(9) Mit Blick auf die Konzernrechnungslegung ist unter der Herrschaft der IAS/IFRS zu unterscheiden: Während sich die Konsolidierungspflicht selbst nach dem (durch Richtlinienrecht harmonisierten) nationalen Recht (§§ 290 ff HGB; vgl. § 315a Abs. 1 HGB) richtet, gelten für den Konsolidierungskreis (und für die Ansatz- und Bewertungsregeln) die Vorgaben der IAS/IFRS. Zentrales Konsolidierungskriterium ist danach die Möglichkeit, die Finanz- und Geschäftspolitik eines Unternehmens zu bestimmen und aus dessen Tätigkeit Nutzen zu ziehen (Control-Konzept; IAS 27.4). Daneben bestehende Einflussmöglichkeiten eines anderen Unternehmens (hier also ggf. des Bundes) sind noch nicht zwingend konsolidierungsschädlich. Der genaue Verlauf der insoweit maßgeblichen Grenze - die nicht per se mit jener Abgrenzung identisch ist, nach der im Rahmen des "wirtschaftlichen Eigentums" die relevanten von den wirtschaftlich noch unbedeutenden Einflussmöglichkeiten des zivilrechtlichen Rechtsinhabers unterschieden werden (s. oben Tz. 6) - kann im Rahmen dieser Stellungnahme indes ebenso wenig abgesteckt werden wie die Frage der Einbeziehung der EIU hinsichtlich des "ob" der Konzernrechnungslegungspflicht der DB AG.

D. Bilanzrechtliche Sonderregelung als Option?

(10) Gesondert zu erörtern wäre auch die Option einer gesetzlichen Regelung, welche die Bilanzierungsfähigkeit "der Eisenbahninfrastruktur" *konstitutiv* - also gerade unabhängig von den allgemeinen Grundsätzen des Bilanzrechts - begründen würde (s. schon oben Tz. 1.3). Der Gesetzgeber müsste ggf. entscheiden, ob ein solches Sonderrecht zugunsten der kapitalprivatisierten DB AG überhaupt als opportun in Betracht zu ziehen ist. Wenn ja, wären die insoweit bestehenden Schranken kraft europäischen Rechts auszuloten. Dabei ist aus der Perspektive des europäischen *Bilanzrechts* auf das Gebot des *true and fair view* hinzuweisen (Art. 2 Abs. 3 Jahresabschlussrichtlinie 78/660/EWG), für dessen Konkretisierung im hier interessierenden Zusammenhang auch die oben Tz. 5 skizzierten Wertungen zu beachten wären. Auf die Konsolidierungsvoraussetzungen nach IAS/IFRS hätte der deutsche Gesetzgeber ohnehin keinen Einfluss. Ob vor diesem Hintergrund überhaupt eine realistische Option für eine bilanzrechtliche Sonderregelung besteht, muss nachdrücklich bezweifelt werden.

E. Resümee

(11) Nach den allgemeinen Grundsätzen des Bilanzrechts ist eine Bilanzierungsfähigkeit der EIU-Anteile im Einzelabschluss der DB AG nicht gegeben. Die vom Referentenentwurf eines Eisenbahnneuordnungsgesetzes vorgeschlagene Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen DB AG und Bund begründet keinen Anwendungsfall von § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB ("Sicherheitseigentum"). Auch im Übrigen sind die Voraussetzungen für "wirtschaftliches Eigentum" der DB AG an den EIU-Anteilen nicht erfüllt.

(12) Bei bilanzrechtlicher Betrachtung des Gesetzentwurfs zeigt sich ein massiver Zielkonflikt, der schon im Beschluss des Deutschen Bundestages zum Entschließungsantrag BT-Drs. 16/3493 angelegt ist: Die Bilanzierungsfähigkeit der EIU-Anteile im Einzelabschluss der DB AG unter dem Gesichtspunkt "wirtschaftlichen Eigentums" setzt voraus, dass sich der Bund auf eine formal-rechtliche Stellung als Anteilsinhaber beschränkt und von den mit der Rechtsinhaberschaft typischerweise verbundenen Einwirkungsmöglichkeiten dauerhaft zugunsten der (kapitalprivatisierten) DB AG ausgeschlossen wird. Der Entschließungsantrag (Ziff. I. 3) verlangt jedoch zugleich, dass "juristische Risiken für die eigentümerrechtliche Position des Bundes ausgeschlossen werden müssen". Beides ist nicht in Einklang zu bringen. Schon gar nicht, wenn das Verfassungsrecht die Aufgabe eigentumsadäquater Einflussmöglichkeiten des Bundes auf die EIU gerade verbieten sollte.

Die im November 2006 gefundene Kompromissformel des "sowohl als auch" wird offenbar von den Realitäten des Rechts eingeholt.

Bielefeld, den 20. Mai 2007

Prof. Dr. Detlef Kleindiek

Professor Dr. Robert Uerpmann-Witzack

**Vorbereitende Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
des Deutschen Bundestages am 23. Mai 2007**

1. Nach Art. 87e Abs. 3 Satz 2 GG müssen die Deutsche Bahn AG (DB AG) oder ihre Tochterunternehmen im Eigentum des Bundes stehen, soweit sie Infrastrukturunternehmen sind. Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG präzisiert, dass die Mehrheit der Anteile an diesen Unternehmen beim Bund verbleiben muss. Das Eigentum des Bundes im Sinne von Art. 87e Abs. 3 Satz 2 GG muss also nicht zwingend Alleineigentum sein. Mehrheitseigentum genügt.

2. Der vorliegende Gesetzentwurf weist zwei Ansätze auf, um diesen Anforderungen gerecht zu werden: das sog. Sicherungseigentum des Bundes an den Infrastrukturunternehmen einerseits sowie die fortbestehende Mehrheitsbeteiligung an der DB AG andererseits. Verfassungskonform ist diese Lösung dann, wenn einer der beiden Ansätze tatsächlich die Vorgaben des Grundgesetzes erfüllt.

3. Der Eigentümer hat nach § 903 BGB das Recht, nach Belieben mit seiner Sache zu verfahren. Die fachrechtliche Definition bindet den verfassungsändernden Gesetzgeber des Art. 87e GG nicht, doch hat er sie vorgefunden. Das spricht dafür, dass auch Art. 87e Abs. 3 GG vom Bild des Volleigentums ausgeht. Eine systematisch-teleologische Auslegung unterstützt dieses Ergebnis. Art. 87e Abs. 4 GG gibt dem Bund einen dauerhaften Gewährleistungsauftrag, der sich sowohl auf Ausbau und Erhalt des Schienennetzes als auch auf die Verkehrsangebote auf diesem Schienennetz bezieht. Mittel zur Verwirklichung dieses Gewährleistungsauftrages ist insbesondere die öffentlich-rechtliche Regulierung. Als zusätzliche Absicherung hat der verfassungsändernde Gesetzgeber in Art. 87e Abs. 3 GG festgeschrieben, dass das Schienennetz beim Bund verbleibt. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Grundgesetz dabei eine leere Eigentumshülse genügt. Entscheidend ist, dass der Bund durch seine Herrschaft über das Schienennetz die Kontrolle behält. Dem wird es auch nicht gerecht, wenn der Bund seine Herrschaft durch eine Sicherheitsabrede für längere Zeit abgibt. Vielmehr soll Art. 87e Abs. 3 GG den Bund befähigen, möglicherweise falsche politische Weichenstellungen

- 2 -

kraft seiner Eigentümerstellung jederzeit zu korrigieren. Eine langfristige Bindung als Sicherungsnehmer, wie sie dem Gesetzentwurf zugrunde liegt, ist damit nicht vereinbar.

4. Eine Eigentumsbeschränkung lässt sich auch nicht dadurch kompensieren, dass der Bund seinem Gewährleistungsauftrag nach Art. 87e Abs. 4 GG durch öffentlich-rechtliche Regulierungsinstrumente und vertragliche Abreden mit der DB AG erfüllt. Art. 87e Abs. 3 GG steht neben Art. 87e Abs. 4 GG und kann durch diesen nicht ersetzt werden.

5. Bleibt das Instrument des Sicherungseigentums hinter den Anforderungen des Art. 87e GG zurück, kommt es entscheidend auf die fortbestehende Mehrheitsbeteiligung des Bundes an der DB AG an. Es ist anerkannt, dass Art. 87e Abs. 3 GG auch eine Schachtelbeteiligung erlaubt. Maßgeblich ist, ob der Bund in der Lage ist, die Infrastrukturunternehmen effektiv als Eigentümer zu beherrschen. Das ist nur der Fall, wenn der Bund über die DB AG mit den Instrumenten des Aktienrechts auf die Führung der Infrastrukturunternehmen durchgreifen kann. Dies setzt neben der Anteilsmehrheit auch eine daraus folgende Stimmenmehrheit in den relevanten Organen der DB AG voraus. Kann der Bund kraft seiner Anteilsmehrheit alle Aufsichtsratsmitglieder auf der Arbeitgeberseite stellen, ist seine Herrschaft gewahrt. Sobald jedoch auch nur ein Aufsichtsratsmitglied von privaten Investoren bestimmt wird, verliert der Bund den beherrschenden Einfluss auf die Infrastruktur, den Art. 87e Abs. 3 GG sicherstellen will. Anscheinend ist es geplant, privaten Investoren Aufsichtsratsmandate zuzugestehen. Jedenfalls schließt der vorliegende Gesetzesentwurf eine solche Option nicht aus. Damit wird er den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht.

Regensburg, den 14. Mai 2007

(Professor Dr. Robert Uerpmann-Witzack)