



POSTANSCHRIFT Bundesministerium des Innern, 11014 Berlin

Nur per E-Mail

Bundesministerium für Verkehr,  
Bau und Stadtentwicklung  
Robert-Schuman-Platz 1  
53175 Bonn

HAUSANSCHRIFT Alt-Moabit 101 D, 10559 Berlin

POSTANSCHRIFT 11014 Berlin

TEL +49 (0)30 18 681-2671

FAX +49 (0)30 18 681-52671

BEARBEITET VON Judith Neiss

E-MAIL GI2@bmi.bund.de

INTERNET www.bmi.bund.de

DATUM Berlin, 30. März 2007

AZ G I 2 - 134 332/15

BETREFF **Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Eisenbahnen des Bundes (EBNeuOG)**  
HIER Stellungnahme des BMI

BEZUG Ihr Schreiben vom 09.03.2007 - Az. E 11/5120.3/7-01

Zu dem mit Bezugsschreiben übersandten Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Eisenbahnen des Bundes nehme ich wie folgt Stellung:

### **I. Aus verfassungsrechtlicher Sicht**

#### **1. Übertragung von Anteilen an Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) auf den Bund bei gleichzeitiger Vollmachtserteilung an die DB AG**

Der Gesetzentwurf geht auf die vom Deutschen Bundestag am 24.11.2006 beschlossenen Eckpunkte einer Teilprivatisierung der Deutschen Bahn AG (DB AG) zurück. In diesen Eckpunkten ist - vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Infrastrukturgewährleistungsauftrags nach Art. 87e Abs. 3, 4 GG - u.a. bestimmt, dass private Investoren nicht an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) beteiligt werden. Die EIU sollen vor der Kapitalprivatisierung in das Eigentum des Bundes überführt werden, wobei juristische Risiken für die eigentümerrechtliche Position des Bundes auszuschließen sind (BT-Drs. 16/3493).



Derzeit hält der Bund 100% der Kapitalanteile an der DB AG, die ihrerseits zu 100 % Eigentümerin der EIU ist. Nach der vorgesehenen Kapitalprivatisierung sollen private Investoren noch in der laufenden Legislaturperiode an der DB AG beteiligt werden. Die in Artikel 1 § 1 geregelte Privatisierungserlaubnis ermöglicht eine Drittbeteiligung an der DB AG, wobei die Mehrheit der Anteile beim Bund verbleiben soll.

Zur Sicherung des o.g. Infrastrukturgewährleistungsauftrags sieht der Gesetzentwurf die Übertragung sämtlicher Anteile der DB AG an den verschiedenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen (Artikel 2 § 1) auf den Bund vor (im Gesetz als Sicherungsübertragung bezeichnet, sog. Eigentumssicherungsmodell). In Artikel 2 § 2 ist vorgesehen, der DB AG Vollmacht über die Ausübung der Stimmrechte in den Haupt- und Gesellschafterversammlungen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu erteilen. Mit der Vollmacht soll bewirkt werden, dass die DB AG „wirtschaftlicher Eigentümer“ der Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) bleibt und die Gesellschaftsrechte „in allen laufenden Angelegenheiten“ dieser Unternehmen ausübt (vgl. Gesetzesbegründung zu Artikel 2 § 2 Abs. 1).

Mit dieser Konstruktion erhalte der Bund also zwar das juristische Eigentum an den EIU, wäre in seinen Einflussmöglichkeiten auf diese Unternehmen aber auf die Geltendmachung gegenüber der DB AG beschränkt.

Nach hiesiger Einschätzung ist die Vereinbarkeit dieses Regelungsmodells mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen Art. 87e Abs. 3, 4 GG sowie der in der Entschließung des Deutschen Bundestages geforderten Vermeidung juristischer Risiken für die eigentümerrechtliche Position des Bundes nicht zweifelsfrei:

Eisenbahnen des Bundes werden nach Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt. Die Unternehmen müssen im Eigentum des Bundes stehen, soweit sie Infrastrukturtätigkeiten wahrnehmen (Art. 87e Abs. 3 Satz 2 GG). Nach Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG können solche Unternehmen auf Grund eines Gesetzes veräußert werden, wobei die Anteile mehrheitlich beim Bund verbleiben müssen. Der Bund hat seinerseits nach Art. 87e Abs. 4 GG die Verpflichtung zur Gewährleistung flächendeckend angemessener und ausreichender Dienstleistungen.

Art. 87e Abs. 3 Satz 2 und 3 GG verlangt, dass der Bund die Herrschaft über die Infrastrukturunternehmen nach einer Veräußerung behält (vgl. Uerpmann, in: von Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., Art. 87e Rn. 14; Schmidt-Aßmann/Röhl, DÖV 1994, S. 577 (585) sprechen von einer „Einwirkungspflicht“ des Bundes). Dies hat gesellschaftsrechtliche Konsequenzen: Dem Bund muss eine Kapitalmehrheit verbleiben, die ihm die Stimmenmehrheit in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung sichert. Die Mehrheit muss



allerdings nicht direkt gehalten werden; zulässig sind auch Schachtelbeteiligungen, z.B. über eine Holding (Uerpmann, aaO, Art. 87e Rn.14 m.w.Nw.). Eine solche rechtliche Konstruktion darf h.E. aber nicht dazu führen, dass der Bund hierbei die zur Gewährleistung des verfassungsrechtlichen Infrastrukturgewährleistungsauftrags notwendigen Einflussmöglichkeiten auf die EIU verliert.

Verfassungsrechtlich entscheidende Frage ist daher, ob die mit der Zwischenschaltung der DB AG verbundene Begrenzung der Eigentümerbefugnisse durch die bloße Mehrheitseignerschaft an der DB AG so weit aufgewogen werden kann, dass noch ein hinreichendes Maß an Einflussmöglichkeiten des Bundes auf die EIU verbleibt.

Nach h.E. ist zweifelhaft, ob die Ausübung der Stimmrechte durch Vollmacht an die DB AG, an der der Bund nach der Teilprivatisierung nur noch bis zu 50,1% der Anteile halten wird, diesen Anforderungen genügt. Die Übertragung bewirkt nämlich, dass der Bund seine Stimmrechte in der Haupt- und Gesellschafterversammlung der EIU nicht mehr ausüben kann. Eine Ausnahme gilt nur für die Fälle, in denen die Vollmacht dem Zustimmungserfordernis des Bundes unterliegt (vgl. Artikel 2 § 2 Abs. 2: Zustimmungserfordernis für bestimmte, wesentliche Bereiche, wie z.B. die Änderung der Satzung oder des Gesellschaftsvertrages). Der Bund ist damit zwar juristischer Eigentümer der EIU, begibt sich aber des unmittelbaren Einflusses auf deren operatives Geschäft.

Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG regelt eine staatliche Grundverantwortung für das Eisenbahnwesen (vgl. Uerpmann, aaO, Rn. 16). Um dieser Verantwortung gerecht werden zu können, bestimmt Art. 87e Abs. 3 GG für die EIU das (jedenfalls mehrheitliche) Bundeseigentum. Die im vorliegenden Gesetzentwurf im Zusammenhang mit einzelnen Maßnahmen normierten Zustimmungsvorbehalte (Artikel 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5) bestehen lediglich bei einer „nachhaltigen Gefährdung“ des Sicherheitsinteresses des Bundes. Vorbehaltlich fachlicher Einschätzung sind damit operative Entscheidungen im Sinne des Art. 87e Abs. 3 Satz 2 GG nicht umfasst. Nach Art. 87e Abs. 4 GG müssen jedoch auch diese Maßnahmen zum „Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen“ getroffen werden. Aus hiesiger Sicht ist zweifelhaft, ob die beim Bund verbliebenen Eigentümerbefugnisse es ermöglichen, diesen Gewährleistungsauftrag zu erfüllen.

## 2. Mittelbare Steuerung des operativen Geschäfts der EIU

Nach hiesiger Ansicht begegnet auch eine lediglich mittelbare Steuerung des operativen Geschäfts der EIU über die Mehrheitsbeteiligung des Bundes an der DB AG als „wirtschaftliche Eigentümerin“ Bedenken.



Wie bereits dargelegt, lässt Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG „Schachtelbeteiligungen“ zu, verlangt also nicht, dass die Anteile an den EIU direkt gehalten werden müssen (vgl. auch Sachs, GG, 3. Aufl., Art. 87e Rn. 42). Dementsprechend übt der Bund nach geltender Rechtslage mittelbar Einfluss auf die EIU aus, indem er als hundertprozentiger Aktionär der DB AG alle Vertreter der Kapitaleignerseite im Aufsichtsrat der DB AG stellt. Damit bestimmt der Bund die Schienenwegpolitik letztlich selbst.

Bei der Teilprivatisierung werden Anteile des Bundes an der DB AG reduziert; bereits insoweit wird die (mittelbare) Einflussnahme auf die EIU vermindert. Mit der Übertragung der EIU- Eigentumsanteile von der DB AG an den Bund wandelt sich zwar zunächst die mittelbare Einflussnahme in eine unmittelbare, aus dem Eigentum resultierende Befugnis. Mit der Stimmrechtsvollmacht begibt sich der Bund aber sodann dieser Einflussmöglichkeiten auf die EIU gänzlich.

Bei der vorgesehenen Teilprivatisierung könnte der Bund allerdings über seine Hauptversammlungsmehrheit auch die Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat wählen. Die FDP-Fraktion weist jedoch in ihrem Antrag zur Sicherstellung der Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung (BT-Drs. 16/4413) darauf hin, dass Investoren einen vom Bund dominierten Aufsichtsrat nicht akzeptieren würden (aaO, S. 8 f.). Fehlt es an der Praktikabilität aus der Sicht des Kapitalmarkts, könnte dann ggf. bei der Besetzung des Aufsichtsrats von der an sich möglichen Dominanz des Bundes abgesehen werden. Die Arbeitnehmerseite könnte dann u.U. zusammen mit von Investoren entsandten Mitgliedern den Bund im Aufsichtsrat überstimmen. Es bliebe dann bei einer zwar formal zulässigen „Schachtelbeteiligung“, dem Bund fehlten jedoch die h.E. notwendigen Einflussmöglichkeiten.

### 3. Gutachten Prof. Dr. Gersdorf

Von dem durch BMVBS zur Frage der Vereinbarkeit der vorgesehenen Neuregelung mit Art. 87e GG in Auftrag gegebenem Gutachten von Prof. Dr. Gersdorf, Rostock, liegen bislang lediglich Leitsätze vor. Nach diesen Leitsätzen kommt es weniger auf die Einwirkung als „mittelbarer Eigentümer“ über die DB AG auf die Tätigkeiten der EIU an. Nach seiner Ansicht kann statt der Einwirkung „von innen“ eine Einwirkung „von außen“ erfolgen. Der Gesetzgeber wähle hier diese Einwirkungsmöglichkeit, indem die EIU gesetzlich verpflichtet werden, die Schienenwege in betriebsbreitem Zustand zu erhalten (Artikel 3). Darüber hinaus verpflichte sich der Bund zur finanziellen Unterstützung der EIU. Weitere Verpflichtungen sollen in einer Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) festgelegt werden; sofern die LuFV nicht zustande komme, käme der Erlass eines Verwaltungsakts in Betracht. Der Bund kontrolliere damit die Einhaltung der Verpflichtungen und könne bei Nichterfüllung den Zuschussbetrag zurückfordern sowie weitere Maßnahmen ergreifen. Bei wiederholter Pflichtverletzung ende die Sicherungsübertragung (vgl. im Einzelnen Leitsätze, Seite 2 f., unter 4.b)).



Nach hiesiger Einschätzung sind mit dem dargelegten Instrumentarium zwar gewisse Einwirkungsmöglichkeiten auf die EIU gesichert; diese kommen jedoch nicht mehr aus der Eigentümerposition an den EIU. Insoweit stellt sich die Frage der Zulässigkeit der Ersetzung einer Steuerung „von innen“ (durch die Eigentümerposition) durch die Steuerung „von außen“ (über Einwirkungsrechte und gesetzliche Vorgaben).

#### 4. Ergebnis

Eine abschließende Beurteilung erfordert weitere fachliche Aufbereitung im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen und konzernrechtlichen Hintergründe und Konsequenzen. Weiter sind die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes zu erläutern, die der Bund nach dem geplanten Modell hätte. Auch die hiesige Beurteilung der Handlungsoptionen des Bundes aufgrund verbliebener Zustimmungserfordernisse bedarf der fachlichen Überprüfung. Schließlich können sich bei Vorlage des gesamten Gutachtens von Prof. Dr. Gersdorf weitere Aspekte ergeben.

## **II. Aus verwaltungsverfahrenrechtlicher Sicht**

### 1. Zu Artikel 3 (Bundesschienenwegegesetz - BSEAG)

Gegenüber den Regelungen in §§ 8 bis 11 BSEAG bestehen grundsätzliche Bedenken, soweit in diesen geregelt werden soll, dass bei Verletzungen von Haupt- und Nebenpflichten aus der nach § 4 Abs. 1 BSEAG zu schließenden Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung durch Verwaltungsakt Zuschussbeträge und Bundesmittel zurückgefordert, vertragliche Pflichtverletzungen festgestellt oder Schadensersatzforderungen geltend gemacht werden sollen. Nach § 4 Abs. 1 BSEAG soll die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages abgeschlossen werden (und nur hilfsweise durch einen Verwaltungsakt ersetzt werden, vgl. § 4 Abs. 2 BSEAG). Wenn sich der Bund jedoch insoweit für eine Regelung auf vertraglicher Ebene entscheidet, ist er auch an die insoweit geltenden rechtlichen Instrumente gebunden. Der Bund kann sich nicht einerseits für die Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages entscheiden, sich dann aber hinsichtlich der Feststellung von Pflichtverletzungen, der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen oder der Rückforderung geleisteter Zahlungen aus Praktikabilitätsgründen (vgl. Begründung zu § 8 Abs. 5 BSEAG) wieder auf die Handlungsform des "klassischen" Verwaltungsverfahrens begeben und die Durchsetzung vertraglicher Rechte und Pflichten durch Verwaltungsakt bestimmen. Auch ist eine Beendigung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung nicht durch Verwaltungsakt möglich



(so aber wohl die Begründung zu § 10 BSEAG). Hier ist eine Kündigung des Vertrages erforderlich.

2. Zu Artikel 4 Nr. 3 (§ 5b AEG) und 6 c) (§ 14 Abs. 3a AEG)

Diese Ergänzungen sollen nach der Begründung der Vorschrift des § 71 EnWG entsprechen. In § 71 EnWG fehlt jedoch die jetzt vorgenommene Einschränkung, dass in die zusätzlich vorzulegende Fassung nur von Berechtigten, Gerichten oder anderen Behörden im Wege der Amtshilfe eingesehen werden kann. Diese Einschränkung ist überflüssig und zu streichen. Zum einen besteht ohnehin nur nach Maßgabe entsprechender (landes- oder bundesrechtlicher) Regelungen ein Einsichtsrecht in diese Unterlagen (i.d.R. für Berechtigte, Gerichte oder andere Behörden im Wege der Amtshilfe). Zum anderen ist hier das Recht auf Informationszugang nach Maßgabe der Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder zu berücksichtigen.

3. Zu Artikel 5 Nr. 3 (§ 5 Eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz)

Gegenüber der Entscheidung durch Beschlusskammern bestehen zwar keine grundsätzlichen Bedenken. Jedoch erscheint die Regelung, nach der die Beschlusskammern in den Fällen entscheiden, von denen erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb ausgehen können, zu unbestimmt, insbesondere im Hinblick auf die verfahrensrechtlichen Auswirkungen. Gleiches gilt für die zu erwartende wesentliche Beeinträchtigung für den Wettbewerb nach § 5 Abs. 1 Satz 4. Hier sollte eine Benennung der Fälle, in denen die Beschlusskammer entscheidet, erfolgen (entsprechend § 132 TKG). Zudem ist unklar - auch nach der Begründung - warum nach § 5 Abs. 2 der Beschwerdeführer und nicht der Antragsteller Verfahrensbeteiligter ist (vgl. z.B. § 134 Abs. 2 TKG), insbesondere wenn bzgl. dieses Verfahrens auch ein Antragsserfordernis besteht. Des Weiteren erfolgt hier, da eine § 137 Abs. 3 TKG entsprechende Regelung fehlt, keine Verkürzung des Instanzenzuges in den Beschlusskammerverfahren.

### **III. Aus kostenrechtlicher Sicht**

Zu der Kostenregelung in Artikel 5 Nr. 3 ist Folgendes anzumerken:

§ 7 des Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetzes begegnet unter dem Gesichtspunkt des im Rechtsstaatsprinzip verankerten allgemeinen Bestimmtheitsgebotes erheblichen Bedenken. Der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz fordert, dass eine Norm, die den Grundrechtsbereich



SEITE 7 VON 8

des Bürgers wesentlich betrifft, nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ist, so dass der Eingriff messbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar wird. Die Schaffung eines Auffangtatbestandes, dass für Amtshandlungen des Eisenbahn-Bundesamtes und der Bundesnetzagentur, die nicht in der Rechtsverordnung nach § 26 Abs. 1 Nr. 9 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes geregelt sind, Kosten nach dem Äquivalenzprinzip erhoben werden, ist unzureichend.

Erforderlich wäre vielmehr eine Festlegung der konkreten Gebührentatbestände. Dies bedeutet, dass einer individualisierten Amtshandlung konkrete Gebühren zugeordnet werden müssen.

Alternativ käme in § 7 des Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetzes auch die Ermächtigung zu einer Gebührenverordnung in Betracht. Hierzu weise ich vorsorglich darauf hin, dass bei einer Verordnungsermächtigung die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu beachten sind: Will der Gesetzgeber die Ausgestaltung einer Gebührenordnung delegieren, so muss er danach die Tendenz und das Ausmaß der zu treffenden Regelung so weit selbst bestimmen, dass der mögliche Inhalt der zu erlassenden Verordnung voraussehbar ist. Er muss dem Ordnungsgeber die Grenzen zeigen, die er einzuhalten hat. Eine gesetzliche Ermächtigung zur Rechtsetzung muss selbst ein Minimum von materieller Regelung enthalten, die dem Ordnungsgeber als Programm und Rahmen dienen soll und kann (vgl. BVerfGE 20, 257, 269 ff. m.w.N). Dies erfordert eine fachspezifische Ausgestaltung der für Gebührenverordnungen im 2. Abschnitt des Verwaltungskostengesetzes geltenden allgemeinen Grundsätze. Hierzu bitte ich ggf. um weitere Beteiligung.

## **VI. Ergänzende Hinweise**

Außerhalb meiner Zuständigkeit weise ich auf Folgendes hin: Im Vorblatt des Gesetzentwurfs unter Buchstabe E. Sonstige Kosten sowie im allgemeinen Teil der Begründung unter Nr. 7. Sonstige Kosten wird jeweils im zweiten Anstrich darauf hingewiesen, dass das Gesetz bei den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes Kosten bewirkt wegen "der möglichen Rückforderung von Bundesmitteln oder der Verpflichtung zum Schadensersatz wegen eventueller Pflichtverletzungen durch Nichteinhaltung der Leistungs- und Finanzierungsverpflichtungen oder der Verletzung sonstiger Pflichten". Hierbei handelt es sich h.E. jedoch nicht um durch das Gesetz selbst bewirkte Kosten. Diese Kosten können den Eisenbahninfrastrukturunternehmen nur dann entstehen, wenn eine Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung abgeschlossen wurde, sich die Eisenbahninfrastrukturunternehmen vertragswidrig/rechtswidrig



SEITE 8 VON 8

verhalten haben und gegenüber diesen entsprechende Forderungen durch den Bund erhoben und durchgesetzt werden.

Abschließend noch ein redaktioneller Hinweis: Im Vorblatt unter F. Bürokratiekosten müsste unter Buchstabe a) zweiter Anstrich das Komma statt nach dem Wort "Aufsichtsbehörde" nach dem Wort "Pflicht" gesetzt werden.

Im Auftrag

gez.

Neiss