

PROF. DR. CHRISTOPH MÖLLERS, LL.M.

LEHRSTUHL FÜR ÖFFENTLICHES RECHT,
INSBESONDERE STAATSRECHT
UNIVERSITÄT GÖTTINGEN

PROF. DR. CARSTEN SCHÄFER

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT,
HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT
UNIVERSITÄT MANNHEIM

**Verfassungs- und bilanzrechtliche Prüfung des Gesetzentwurfs
"Kapitalprivatisierung Deutsche Bahn AG"
des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung**

Ergebnisse des Rechtsgutachtens,
erstattet im Auftrag des
Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V. -
BDI

I. Verfassungsrechtlicher Teil

1. Art. 87 e Abs. 3 und 4 GG errichtet ein ausdifferenziertes und stimmiges Regelungsregime für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes (EIU). Als verfassungsrechtlicher Garant für Ausbau und Erhalt des Schienennetzes und als neutraler Hüter des Wettbewerbs auf der Schiene ist der Mehrheitseigentümer Bundesrepublik Deutschland maßgeblich für die EIU verantwortlich. Dabei hat er die privatwirtschaftliche Form und die unternehmerische Ausrichtung der EIU zu respektieren. Durch die in Art. 87 e Abs. 5 S. 1 GG gesicherte Beteiligung des Bundesrates an jeder gesetzlichen Neugestaltung des Eisenbahnwesens kommt auch das besondere Interesse der Länder an einer gemeinwohlverträglichen Kontrolle der Eisenbahninfrastruktur zum Ausdruck.
2. Art. 87 3 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 GG gebietet, dass der Bund die „Mehrheit der Anteile“ an den EIU halten muss. Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik der Norm ergeben unzweifelhaft, dass dem Bund damit eine echte Eigentümerrolle eingeräumt werden muss, wie sie im privaten Gesellschaftsrecht dem Inhaber einer Anteilsmehrheit entspricht. Auf die Inhaberschaft an der Mehrheit der Stimmrechte ist besonderer Wert zu legen.
 - a. Die Formulierung „Mehrheit der Anteile“ geht jedoch über die Vorstellung eines privatisierten Anteilspools für die EIU, an welchem der Bund weiterhin 50% + 1 Anteil halten muss, hinaus. Eine rein quantifizierende Sicht wird dem Wortlaut des Art. 87 e Abs. 3 S. 3 Hs. 2 GG nicht gerecht und beschränkt die Verfassungsvorgabe auf die Formel „**Mehrheit** der Anteile“. Das Normprogramm der Vorschrift erfasst jedoch noch einen weiteren Regelungsgehalt – „Mehrheit der **Anteile**“ –, der sich aus dem Ausdruck „Anteil“ ergibt. Mit diesem Begriff verbindet sich eine quantitativ aufgeteilte, aber qualitativ eigentumsäquivalente Verfügungsbefugnis. Das bedeutet, dass der Ausdruck „Anteile“ eine uneingeschränkte Befugnis des Bundes bezeichnet, die EIU als Mehrheitseigentümer oder wie ein Mehrheitseigentümer zu beherrschen. Konstruktionen, die diese Verfügungsbefugnis in der Sache schmälern, sind verfassungsrechtlich ausgeschlossen.

- b. In der Stimmrechtsmehrheit des Bundes in den Haupt-, bzw. Gesellschaftsversammlungen der EIU findet diese eigentumsäquivalente Verfügungsbefugnis ihren natürlichen Ausdruck. Es ist in der Literatur unbestritten, dass die Stimmrechte das zentrale Element der Gestaltungsmacht der Anteilmehrheit darstellen, so dass ihre Übertragung auf eine andere Rechtsperson dem Bund *ceteris paribus* keine verfassungsrechtlich ausreichende Rechtsposition mehr verleiht.
3. Die Regelungen des BESG-E, denen zufolge der Bund bloßer Sicherungseigentümer an den EIU sein soll, genügen diesem Maßstab nicht und verstoßen daher gegen Art. 87 e Abs. 3 S. 3 Hs. 2 GG. Die Regelungen des BESG-E verkürzen seine Rechtsposition wesentlich. Dies gilt sowohl für den Verlust der unmittelbaren Präsenz in der Hauptversammlung der EIU, als auch seinen geschmäleren Einfluss auf die Zusammensetzung der Aufsichtsräte der EIU, als schließlich auch für seine beschränkten Sachkompetenzen:
- a. Nach § 2 BESG-E erteilt der Bund der DB AG eine Vollmacht zur Ausübung seiner Stimmrechte in den Haupt-, bzw. Gesellschaftsversammlungen der EIU. Damit verliert der Bund die normalen Befugnisse eines Mehrheitsanteilsinhabers, die sich aus seiner Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung, bzw. der Gesellschafterversammlung ergeben und die der Gesetzgeber in den §§ 118 ff. AktG, 45 ff. GmbHG geregelt hat. Er verfügt nicht mehr über die Position eines normalen Anteilmehrheitsinhabers.
- b. Dieser Verlust wird durch die in §§ 2 Abs. 2, 3 BESG-E vorgesehenen Stimmrechtsvorbehalte nicht ausgeglichen. Diese stehen allesamt unter dem Vorbehalt einer „nachhaltigen Gefährdung des Sicherheitsinteresses“ des Bundes. Sie werden damit zu einem schwer konkretisierbaren Ausnahmetatbestand, dessen Formulierung sich ausdrücklich auf langfristige Entwicklungen bezieht und dadurch die Beteiligung an in einem definierten Zeitrahmen zu treffenden Entscheidungen, wie sie Gegenstand der Hauptversammlung eines EIU sind, ausschließt. Die „nachhaltige Gefährdung des Sicherheitsinteresses“ ist zudem sowohl ein stark faktenabhängiger als auch ein höchst wertungsoffener Rechtsbegriff, über dessen Reichweite sich Bund und DB AG im Zweifel nicht einigen werden. Eine solche Norm programmiert Rechtsstreitigkeiten und tangiert

durch diese Rechtsunsicherheit die Kontrollmöglichkeiten des Bundes zusätzlich.

- c. Der Verlust wird auch nicht durch die in § 4 BESG-E vorgesehenen Entsendungsrechte für die Aufsichtsräte der EIU ausgeglichen. Denn die Zahl der vom Bund zu entsendenden Aufsichtsräte ist jeweils deutlich kleiner als die Zahl der vom Inhaber der Anteilsmehrheit in den Aufsichtsrat zu entsendenden Personen. Damit kann sich der Bund bei einem Konflikt mit der DB AG in den Aufsichtsräten der EIU im Zweifel nicht gegen diese durchsetzen.
 - d. Die nach Beendigung des Sicherungsverhältnisses geltenden Wertausgleichsregelungen zwischen Bund und DB AG in § 6 BESG-E begründen zudem ein schwer kalkulierbares Risiko für den Bund, welches ihn davon abhalten könnte, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Indem die Regelung die Existenz eines Anspruchs des Bundes von seiner Bezifferbarkeit abhängig macht, sorgt er für eine wechselseitige Potenzierung von Einflussverlust, Kostenrisiko und einem negativen Anreiz, die Sicherungsabrede mit der DB AG zu beenden.
4. Diese verfassungswidrige Verkürzung der Position des Bundes wird auch nicht durch andere, außerhalb der Rechtsbeziehungen zwischen Bund und EIU stehende Umstände ausgeglichen oder geheilt. Der Versuch des BESG-E, die Verkürzung der eigentumsrechtlichen Position durch vertragliche und gesetzliche Einflussmöglichkeiten (insbesondere durch die sogenannte Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung) zu kompensieren, ist mit dem organisationsrechtlichen Regelungssystem des Art. 87 e Abs. 3 S. 3 Hs. 2 GG unvereinbar:
- a. Das Mehrheitseigentum des Bundes an der Konzernobergesellschaft DB AG kann den Einflussverlust auf die EIU nicht ausgleichen. Durch den Verlust seines alleinigen Eigentums an der DB AG – also durch die geplante Teilprivatisierung – kann der Bund seinen verfassungsrechtlich gebotenen Einfluss auf die EIU nicht mehr vermittelt der DB AG geltend machen. Denn der Bund verliert durch den Einstieg weiterer Anteilseigner zumindest ein Aufsichtsratsmandat – ein Verlust, der aufgrund der auf die DB AG anwendbaren Mitbestimmungsregeln entscheidend ist, weil der Bund nunmehr über keine eigene Mehrheit im Aufsichtsrat verfügt. Da Bund und private Anteilseigner ihre Beteiligung mit unterschiedlichen Interessen ausüben, kann von einem einvernehmlichen

Stimmverhalten in der Hauptversammlung und folglich auch im Aufsichtsrat nicht ausgegangen werden. Es fehlt somit an einer gemeinwohlsichernden Kontrolle des Bundes über die EIU. Die im BSEAG vorgesehenen materiellen gesetzlichen und administrativen Bindungen der EIU können den organisationsrechtlichen Einflussverlust des Bundes im Vergleich zu einer unmittelbaren Mehrheitseigentümerstellung, wie sie Art. 87 e Abs. 3 S. 3 Hs. 2 GG verlangt, nicht wettmachen. Materielles Recht und Organisationsrecht stehen in keinem Kompensationsverhältnis zueinander. Art. 87 e Abs. 3 S. 3 GG ist in jedem Fall *lex specialis*.

- b. Die Pflicht des Bundes, die EIU als Wirtschaftsunternehmen zu führen, Art. 87 e Abs. 3 S. 2 GG, beschränkt den verfassungsrechtlich gebotenen gesellschaftsrechtlichen Einfluss des Bundes auf die EIU nicht, denn er hält sich im Rahmen der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben, die im privaten Wirtschaftsverkehr gelten. Art. 87 e Abs. 3 S. 2 GG beschränkt die Wahrnehmung, nicht die Ausgestaltung dieses Einflusses.
5. Die Einrichtung einer Einigungsstelle in § 7 Abs. 5 BESG-E, durch welche Ansprüche zwischen Bund und DB AG nach Beendigung des Sicherungsverhältnisses letztverbindlich unter Ausschluss des Rechtswegs entschieden werden sollen, ist verfassungswidrig. Sie verstößt sowohl gegen das Gebot personaler demokratischer Legitimation staatlichen Handelns, Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, als auch gegen die rechtsstaatlichen Standards des Richtervorbehalts, Art. 92 GG, und der Rechtsschutzgarantie, Art. 19 Abs. 4 GG. Die Einigungsstelle wird ohne ausreichende Sicherungen mit der Ausübung von Staatsgewalt betraut.
6. Die in § 4 BSEAG-E vorgesehene Form der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung ist verfassungsrechtlich mit Blick auf Art. 87 e Abs. 4 S. 1 GG unbedenklich. Jedoch bedarf die im Gesetz vorgesehene Laufzeit dieses Verwaltungsvertrags der verfassungskonformen Beschränkung und eines außerordentlichen Kündigungsrechts. Die Regelungsgegenstände von Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung einerseits und Verwaltungsaktsbefugnis andererseits überschneiden sich im BSEAG-E und werfen damit rechtstaatliche Bedenken auf. Es bedarf einer eindeutigen und widerspruchsfreien Zuordnung von Rechtsformen und Regelungsgegenständen.

7. Der Gesetzentwurf genügt den Anforderungen der speziellen Gesetzesvorbehalte in Art. 87 e Abs. 3 S. 3 Hs. 1 und 4, sowie Abs. 4 S. 2. Diese verlangen keine eingehendere inhaltliche Regelung der Pflichten der EIU.

II. Zivilrechtlicher Teil

1. Aufgrund des potentiell unendlichen Sicherungszwecks (Erhaltung der Infrastruktur) und des bei Beendigung des Treuhandverhältnisses durch § 5 Abs. 2, 3 BESG nahezu ausgeschlossenen Rückfalls des Sicherungsgutes an den „Sicherungsgeber“ (DB AG) handelt es sich bei dem Verhältnis zwischen Bund und Bahn zivilrechtlich **nicht um eine Sicherungstreuhand** in Bezug auf die dem Bund übertragenen Anteile an den EIU. Die Bilanzierung als Sicherungstreuhand (§ 246 Abs. 1 S. 2 HGB) kommt daher nicht in Betracht.
2. Eine völlig eindeutige zivilrechtliche Qualifikation des Rechtsverhältnisses ist zwar nicht möglich, es weist sowohl Elemente des Nießbrauchs als auch der Verwaltungstreuhand auf. Weil indes die Ausgestaltung von Treuhandverhältnissen den Parteien mangels abschließender Typologie grundsätzlich frei steht, lässt sich das Verhältnis in Bezug auf die Anteile an den EIU am Besten als **atypische Verwaltungstreuhand** einordnen, zumal das erklärte Ziel einer Bilanzierung der Anteile bei der DB AG (§ 1 Abs. 2 BSEG) bei der Verwaltungstreuhand tendenziell einfacher zu erreichen ist.
3. Dass das Treuhandverhältnis zwischen der DB AG und dem Bund **durch Gesetz** angeordnet werden soll, ist unbedenklich. Gesetzliche Treuhandverhältnisse begegnen auch sonst in vielfältiger Gestalt.
4. Die Erteilung (widerruflicher) Generalvollmachten zur Wahrnehmung von Stimmrechten in den Haupt- bzw. Gesellschafterversammlungen, zu der **§ 2 Abs. 1 BESG** den Bund verpflichtet, begegnet keinen gesellschaftsrechtlichen Bedenken. Für die als AG verfassten EIU ist allerdings § 134 AktG zu beachten.
5. Die in **§ 3 BESG-E** einer Zustimmung des Bundes unterworfenen Maßnahmen sind solche der Geschäftsführung und fallen damit in die Kompetenz der Leitungsorgane der EIU. Mit Rücksicht auf Art. 9 PublRL kommt eine Beschränkung der Vertretungsmacht dieser Leitungsorgane weder in der GmbH noch in der AG in Betracht (was in § 3 BESG-E klargestellt werden sollte)

6. Im Übrigen können die Geschäftsführer *nur* bei der **DB Energie GmbH** an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung gebunden werden; hier ist es deshalb möglich, entsprechend § 3 BESG-E formulierte Zustimmungsvorbehalte in die GmbH-Satzung aufzunehmen und deren Ausübung dem Bund dann – im Wege der (gesetzlichen) Einschränkung der Stimmrechtsvollmacht – zu überlassen. Soweit sie als bloße Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis gestaltet wird, ist die Regelung also ohne Bruch mit dem geltenden GmbH-Recht umzusetzen. Ob dieser Weg beschritten wird oder, wie bei den übrigen EIU, das Weisungsrecht aus § 308 AktG beschränkt wird, ist letztlich eine Gestaltungsfrage.
7. Im Ansatz abweichend ist die Rechtslage demgegenüber bei den **als AG verfassten EIU**; hier scheitert nicht nur jede Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands an Art. 9 PublRL; vielmehr ist auch die Beteiligung des Bundes über die Hauptversammlung mit dem geltenden Aktienrecht nicht vereinbar. Denkbar ist nur, dass sich die Bahn AG bei der Ausübung der **Weisungsrechte aus § 308 AktG** aufgrund der bestehenden Beherrschungsverträge mit den EIU an die Zustimmung des Bundes bindet (wobei die Bahn AG insoweit durch ihren Vorstand handelt). Weil allerdings das Weisungsrecht aus § 308 AktG grundsätzlich nicht auf Dritte übertragbar ist, kommt die Beteiligung des Bundes auch insofern nur in Betracht, wenn man den Zustimmungsvorbehalt nach Art. des § 3 BESG-E nicht als Weisung iSv. § 308 AktG einordnet (weil die Initiative beim Vorstand der EIU verbleibt).
8. Dass die in **§ 4 BESG** dem Bund zuerkannten **Entsendungsrechte** die Kapitalverkehrsfreiheit nach EG beeinträchtigen könnten, erscheint fern liegend. Sie stehen allerdings deshalb in einem Spannungsverhältnis zu § 101 Abs. 2 S. 1 AktG, weil sie nicht in der Satzung der EIU verankert, sondern unmittelbar durch Gesetz angeordnet werden sollen.
9. Das BESG-E will die **Bilanzierbarkeit** der Anteile an den EIU bei der DB AG nicht kurzerhand anordnen, sondern die Voraussetzungen dafür schaffen, dass die Anteile an den EIU *nach allgemeinen bilanzrechtlichen Grundsätzen* bei der Bahn AG bilanziert werden können. Nur dieser Ansatz ist aus der Perspektive des Kapitalmarkts auch sinnvoll und aus Sicht der *Kapitalverkehrsfreiheit* gem. Art. 56 EG sowie der Jahresabschluss-Richtlinie europarechtlich unbedenklich.

10. Die Bilanzierung im **Einzelabschluss** ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des § 246 Abs. 1 S. 2 HGB, wonach grundsätzlich der Sicherungsgeber einen zur Sicherheit übertragenen Gegenstand bilanziert. Zum einen liegt der Fall einer Sicherungsübertragung hier nicht vor (s. Nr. 2). Zum anderen spricht auch bei einer zivilrechtlichen Einordnung als Sicherungstreuhand lediglich eine gewisse *Vermutung* für die Bilanzierungsfähigkeit. Andererseits kann aber nicht nur die Sicherungstreuhand zur Bilanzierbarkeit des betreffenden Wirtschaftsguts beim Treugeber führen. Vielmehr ist aus **§ 246 Abs. 1 S. 2 HGB** für *sämtliche Arten der Treuhand* abzuleiten, dass wegen der Bilanzierung des Treuguts allein auf die wirtschaftliche, nicht auf die zivilrechtliche Zuordnung des Vermögensgegenstands abzustellen ist.
11. **Keine** der *vier Voraussetzungen* für die Bilanzierung **wirtschaftlichen Eigentums** - tatsächliche Sachherrschaft des wirtschaftlichen Eigentümers, Gefahrtragung und Übergang laufender Nutzungen und Lasten auf den wirtschaftlichen Eigentümer sowie der Ausschluss des juristischen Eigentümers während der Nutzungsdauer - ist hier zweifelsfrei erfüllt:
 - a. In Hinblick auf die Einschränkung der Stimmrechtsvollmacht der DB AG durch § 2 Abs. 2 BBSG, auf die dem Bund eingeräumten Beteiligungsrechte an wesentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen in § 3 BBSG sowie auf die Entsendungsrechte des Bundes in die Aufsichtsräte nach § 4 BBSG, bestehen bereits unter dem Aspekt der „**tatsächlichen Sachherrschaft**“ ganz erhebliche Bedenken gegen die Bilanzierungsfähigkeit, zumal der Bund bei seiner Entscheidung über die Zustimmung nach §§ 2, 3 BBSG rechtlich nicht gebunden ist. Durch die Zustimmungsvorbehalte nach § 3 BBSG, mit denen der Bund an der aus den Beherrschungsverträgen zwischen DB AG und EIU folgenden Leistungsmacht, soweit zulässig, beteiligt wird, erhält er sogar deutlich mehr Einfluss als einem rechtlichen Inhaber der Mitgliedschaft normalerweise zusteht. Der Bund ist also keineswegs zugunsten der Bahn AG von jeder Einwirkung auf die Anteile ausgeschlossen; vielmehr bleibt ihm weitgehender Einfluss sowohl auf alle wichtigen Grundlagenentscheidungen als auch auf wesentliche Geschäftsführungsmaßnahmen der EIU.
 - b. Unter dem Aspekt der „**Gefahrtragung**“ kommt es darauf an, ob der DB AG durch die Ausgestaltung der Treuhand der jeweils aktuelle Anteilswert zugeordnet wird; sie muss also das Risiko von Wertverlusten ebenso tragen wie ihr

umgekehrt auch Wertsteigerungen zugute kommen müssen. Sowohl die im BSEAG geregelte Finanzierungsverantwortung des Bundes für die EIU als auch die für die Beendigung des Treuhandverhältnisses in § 7 BESG getroffene Abfindungsregelung sorgen aber dafür, dass das wirtschaftliche Risiko in Bezug auf die EIU in weitem Umfang beim Bund verbleibt und stehen daher der wirtschaftlichen Zuordnung der Anteile zum Vermögen der DB AG entgegen. Insbesondere kann die DB AG bei Beendigung der Treuhand die Rückerstattung der Eigenmittelinvestitionen in die Infrastruktur zum Nettobuchwert verlangen, wenn der nach Abs. 2 ermittelte Verkehrswert der Anteile darunter liegt. Diese – für sich gesehen verständliche – Regelung entlastet die Bahn AG sehr weitgehend vom Beteiligungsrisiko; denn sie verschafft ihr einen Anspruch, der weit über dasjenige hinausgeht, was ein Gesellschafter normalerweise als Abfindung beim Ausscheiden aus der Gesellschaft verlangen kann.

- c. Auch der für das wirtschaftliche Eigentum gleichfalls erforderliche Übergang von **Nutzen und Lasten** auf die DB AG erscheint fraglich. Namentlich kann für die Beurteilung der *Lastentragung* nicht unberücksichtigt bleiben, dass die EIU die für die ihnen gem. § 3 Abs. 1 BSEAG obliegende laufende Instandhaltung der Schienenwege nach § 3 Abs. 2 BSEAG-E einen jährlichen Zuschussbetrag in Höhe von bis zu 2,5 Mrd. € vom Bund erhalten. Darüber hinaus sind gem. § 3 Abs. 2 S. 3 BSEAG-E Sonderzahlungen des Bundes nicht ausgeschlossen. Durch die variablen Bundeszuschüsse ist das Risiko laufender Verluste, für welche die DB AG nach § 302 AktG aufkommen müsste, ganz erheblich reduziert, während umgekehrt die Gewinne allein der DB AG zustehen. Letztlich trägt der Bund in erheblichem Umfang das Risiko laufender Verluste.
- d. Endlich sind die mit den Anteilen an den EIU verbundenen wirtschaftlichen **Chancen (und Risiken)** der DB AG auch **nicht** für die gesamte Lebensdauer der Infrastruktureinrichtungen zugewiesen. Zunächst ist für die Treuhand lediglich eine Laufzeit von 15 Jahren vorgesehen; in dieser Zeit sind gewiss weder die Anteile selbst noch das Vermögen der EIU verbraucht. Die DB AG erhält auch keine Verlängerungsoption oder das Recht zur Übernahme der Anteile an den EIU. Vielmehr entscheidet der Bund nach § 5 Abs. 2 BESG-E allein über Fortsetzung oder Verbleib der Anteile, und zwar durch Gesetz. Zieht er die Option des § 5 Abs. 2 Nr. 1 BESG-E oder tritt der Fall des § 5 Abs. 3 BESG-E ein, so erhält

der Bund die volle Verfügungsgewalt über die EIU. Zwar ist der Bund nach § 7 Abs. 1 BESG-E zur Zahlung eines *Wertersatzes* verpflichtet; der erforderliche volle Wertersatz wird hierdurch aber nicht gewährleistet. Denn die DB AG, die vom Verlustrisiko weitgehend verschont bleibt (lit. b), partizipiert umgekehrt auch nicht hinreichend am aktuellen Verkehrswert der Anteile. Ohne die nach § 7 Abs. 2 BESG außer Betracht bleibenden Bundeszuschüsse erwarten auch die Beteiligten selbst keinen erheblichen Ertragswert der EIU. Diese Regelung verhindert zwar nachvollziehbarerweise, dass die DB AG doppelt von den Bundeszuschüssen profitiert – eben hierdurch aber auch die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Zuordnung der Anteile bei der DB AG.

12. Für den **Konzernabschluss** der DB AG ist auf die **IFRS** abzustellen; sie enthalten jedoch keine unmittelbar einschlägigen Bestimmungen zur Bilanzierung von Treuhandverhältnissen. Doch kann es hier im Ansatz nur darum gehen, die allgemeinen Voraussetzungen zu definieren, welchem Vermögen Gegenstände beim Auseinanderfallen von rechtlicher Inhaberschaft und wirtschaftlicher Verfügungsmacht letztlich zuzuordnen sind. Für die Zuordnung von Gesellschaftsanteilen kommen dabei folgende Vorschriften in Betracht, die nach IAS 8.10 vorrangig zur Lückenfüllung heranzuziehen sind: *IAS 17* betreffend Nutzungsverhältnisse; *IAS 27, 28* betreffend Anteile an *Tochterunternehmen* bzw. *assoziierte Unternehmen* und *IAS 39* betreffend *Finanzinstrumente*.
13. Nach dem für Nutzungsverhältnisse geltende Standard **IAS 17** hängt die bilanzielle Vermögenszugehörigkeit eines Gegenstandes davon ab, welche Partei die wesentlichen mit dem Vermögenswert verbundenen Risiken und Chancen trägt („*Risk-and-Reward*“-Ansatz); dies entspricht dem auch für *IAS 39* gültigen Prinzip, der für Gesellschaftsanteile spezielleren Regelung. Weil es auch nach dem Konzept des wirtschaftlichen Eigentums darauf ankommt, dass Chancen und Risiken eindeutig dem wirtschaftlich Berechtigten zugewiesen sind, kann die gleiche Frage unter *IAS 17* nicht anders beurteilt werden als nach § 246 Abs. 1 HGB.
14. Nach dem **IAS 27** zugrunde liegenden „*Control*“-Konzept kommt es – wie bei § 290 HGB – darauf an, dass die DB AG die *alleinige* Verfügungsmacht über die Anteile an den EIU innehat. Dies setzt voraus, dass ihr die Mitgliedschaftsrechte *ungeteilt* zur Ausübung überlassen sind. Wegen der Regelungen in § 2 Abs. 2, § 3 und § 4 BESG ist dies jedoch nicht der Fall. Vielmehr behält sich der Bund wesentliche Entscheidungs-

befugnisse in Hinblick auf die EIU vor; sie schränken im Ergebnis sowohl die in den Haupt- bzw. Gesellschafterversammlungen auszuübenden Stimmrechte als auch die durch die Beherrschungsverträge vermittelte Leitungsmacht erheblich zugunsten des rechtlichen Gesellschafters ein. Hinzu kommt nach dem allgemeinen, im „Framework“ ausgedrückten „Control“-Gedanken, dass auch die mit den Anteilen an den EIU verbundenen Risiken und Lasten nicht in ausreichendem Umfang und auf Dauer der DB AG zugewiesen sind.

15. Eine Bilanzierung als Gemeinschaftsunternehmen nach **IAS 31** scheitert, weil die Zustimmungsvorbehalte dem Bund keine (*aktive*) Teilhabe an der Geschäftsführung sichern. Die Bilanzierung als assoziiertes Unternehmen nach **IAS 28** kommt nicht in Betracht, weil die DB AG nicht *Anteilseigner* ist.
16. Nach der Treuhandkonstruktion des BESG verbleiben so viele Chancen und Risiken aus den Anteilen an den EIU beim Bund, dass diese auch nach dem „*Risk-and-Reward*“-Ansatz des **IAS 39** bilanzrechtlich nicht der DB AG zugerechnet werden können: Das Risiko laufender Verluste trägt letztlich der Bund wegen seiner Unterhaltungspflichten aus dem BSEAG (s. Nr. 11 c). Entsprechendes gilt für das Risiko eines (dauernden) Wertverlusts der Anteile (Nr. 11 b), das nicht nur durch die Erhaltungspflichten des Bundes von vornherein stark gemildert ist, sondern zusätzlich durch den Anspruch der DB AG aus § 7 Abs. 3 BESG (Nr. 11 c). Außerdem liegt die vorgesehene Dauer der Treuhand weit unterhalb der Gesamtnutzungsdauer der Infrastruktureinrichtungen. Die DB AG erhält auch keine Verlängerungsoption, und sie partizipiert bei Beendigung des Treuhandverhältnisses nicht im vollen Umfang am Verkehrswert der Anteile. Selbst wenn man die Risikoverteilung für nicht hinreichend eindeutig hält, ändert dies nach IAS 39.20 lit. c nichts am Ergebnis. Wenn nämlich „*ein Unternehmen alle Risiken und Chancen, die mit dem Eigentum des finanziellen Vermögenswerts verbunden sind, weder überträgt noch behält*“, gibt die rechtliche Zuordnung den Ausschlag – ausgedrückt als Fähigkeit, den Vermögenswert zu verkaufen (IAS 39.23). Diese liegt beim Bund, der in seiner Verfügungsmacht durch die Treuhand nicht beschränkt wird.

III. Fazit

Der Gesetzentwurf bemüht sich vergebens um die Auflösung des Widerspruchs zwischen den widerstrebenden Zuordnungsregimen des Verfassungsrechts und des Privatrechts. Das Grundgesetz setzt Mehrheitseigentum und unternehmerische Verantwortung der wirtschaftlich zu führenden EIU beim Bund voraus. Das Bilanzrecht ordnet die EIU demjenigen wirtschaftlich zu, der über die rechtlichen und wirtschaftlichen Mittel verfügt, mit diesen eigenverantwortlich unternehmerisch zu handeln. Der Versuch des Gesetzentwurfs, der DB AG nur so wenige Rechte an den EIU zu geben, dass der verfassungsrechtlich gebotenen Einfluss des Bundes gewahrt bleibt, ihr aber zugleich so viele Rechte an den EIU zu geben, dass das Bilanzrecht – und hinter diesem letztlich der Markt – die EIU dem wirtschaftlichen Vermögen der DB AG zuordnet, scheitert auf beiden Seiten: Weder genügen die dem Bund verbliebenen Rechte dem Standard der Anteilsmehrheit des Bundes in Art. 87 e Abs. 3 S. 3 Hs. 2 GG; noch lassen sich die EIU zugunsten der DB AG bilanzieren.

Göttingen / Mannheim, den 24. April 2007