



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 äußert schwierig machen.

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

a) Bloßes Sicherungs- oder Treuhandeigentum des Bundes am EIU, wobei die wirtschaftliche Eigentümerstellung und damit auch die unternehmerische Entscheidungsbefugnis voll bei der DB AG verbleibt, reicht für sich genommen für Art. 87e Abs. 3 Satz 3, 2. Hs GG nicht aus. Diese dem Sicherungseigentumsmodell immanenten Defizite lassen sich jedoch kompensieren.

b) Ein in der Summe ausreichender Bundeseinfluss kann sich aus einer Addition seiner Aktionärsrechte am EIU, ergänzenden gesetzlichen Zustimmungsvorbehalten und vertraglichen Steuerungsmöglichkeiten (etwa mittels einer Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung - LuFV) sowie mittelbarem Einfluss über die Mehrheitsbeteiligung an der DB AG (wirtschaftliche Schachtelbeteiligung) ergeben. Gerade bei einer LuFV kommt es entscheidend auf die hinreichende Genauigkeit, eine wirksame Kontrolle sowie – vor allem bei einer langen Laufzeit – auf effektiv durchsetzbare Anpassungs- und gegebenenfalls Kündigungsrechte bei wesentlichen Veränderungen der Umstände an.

c) Sollen Defizite beim unternehmensinternen Einfluss des Bundes durch externe Regulierung kompensiert werden, so reicht eine bloße Netzzugangs- und Entgeltregulierung nicht aus. Denn diese Regulierung betrifft nur die Wettbewerbsgerechtigkeit auf der Schiene, nicht aber die Sicherung einer hinreichenden Bahninfrastruktur. Vielmehr müssten Eisenbahnbundesamt oder Bundesnetzagentur Aufsichtsbefugnisse auch bei der Netzinstandhaltung sowie verstärkt (über § 11 AEG hinaus) bei Streckenstilllegungen erhalten. Inwieweit dies praktikabel wäre, erscheint freilich zweifelhaft.

d) Je mittelbarer sich der Einfluss des Bundes auf seine EIU gestaltet, um so mehr erweist sich sein strukturelles Wissens- und Informationsdefizit als kaum zu überwindende Hürde. Vertreter des Bundes im EIU sind noch am ehesten in der Lage, den tatsächlichen Zustand der Bahninfrastruktur realistisch einzuschätzen und die politisch Verantwortlichen entsprechend in Kenntnis zu setzen. Bloße Berichtspflichten des EIU, und seien sie noch so elaboriert, bergen stets ein hohes Risiko der „Schönfärberei“. Selbst drastische finanzielle und sonstige Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen des EIU gegen gesetzliche oder vertragliche Verpflichtungen drohen weitgehend leer zu laufen, wenn Verstöße kaum zu ermitteln sind. Eine Beweislastumkehr zugunsten des Bundes kann dem nur teilweise wirksam begegnen, weil auch die Beweislastumkehr erst wirksam wird, wenn etwaige Probleme erkannt werden. Um nicht ausschließlich von der Information durch die DB abhängig zu bleiben, müsste für Kunden und Wettbewerber ein effektives Beschwerdesystem beim Bund zur Meldung von Defiziten der Eisenbahninfrastruktur eingerichtet werden. Selbst im günstigsten Fall ist mit hohen bürokratischen Kontrollkosten zu rechnen, gerade auch im Personalbereich, wo der Bund selbst (im Ministerium oder beim Eisenbahnbundesamt) auch technischen Eisenbahnsachverstand aller Art vorhalten muss.

3. In der Form des vorliegenden Referentenentwurfs vom 8. März 2007 vermögen die vorgesehenen Regelungen dem Bund keinen hinreichenden, dem „normalen“ privaten Mehrheitseigentümer vergleichbaren Einfluss auf seine EIU zu sichern.

a) Der Bund begibt sich durch die Stimmrechtsvollmacht an die DB AG seiner Aktionärsrechte in der Hauptversammlung (§ 2 Abs. 1 BESG-E). Die Zustimmungsvorbehalte in

§ 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 Eigenseite (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

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 Schiedspruchs 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 informativen 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)