



UNIVERSITÄT ROSTOCK

JURISTISCHE FAKULTÄT
Gerd Bucerus-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 Pflichtenauftrags 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 Schienenwegevorbereitung 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 Schienenwegevorbereitung 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 Schienenwegevorbereitung 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 Verfassungs 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)