

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 Schienenwegvorbehalt 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 Schienenwegvorbehalt 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 Schienenwegvorbehalt 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 Schienenwegvorbehalt 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 Schienenwegvorbehalt 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)