

Universität Bielefeld ■ Postfach 10 01 31 ■ 33501 Bielefeld

Postanschrift:  
Postfach 10 01 31  
33501 Bielefeld

E-Mail: [detlef.kleindiek@uni-bielefeld.de](mailto:detlef.kleindiek@uni-bielefeld.de)

Sekretariat:  
Elisabeth Berchem  
Raum U 8 – 115  
E-Mail: [elisabeth.berchem@uni-bielefeld.de](mailto:elisabeth.berchem@uni-bielefeld.de)

Telefon: 0521/106 - 6912  
Telefax: 0521/106 - 8065

Internet:  
[www.lehrstuhl-kleindiek.de](http://www.lehrstuhl-kleindiek.de)

## Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung  
des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung  
zum Antrag der Fraktion der FDP  
"Verfassungskonformität der Bahnprivatisierung sicherstellen"  
BT-Drs. 16/4413

*Vorbemerkung:* Der Antrag BT-Drs. 16/4413 (vom 28. Februar 2007) würdigt die geplante Kapitalprivatisierung der Deutsche Bahn AG (DB AG) unter verfassungs- und bilanzrechtlichen Aspekten. Im Folgenden wird allein zu *bilanzrechtlichen* Fragen des Privatisierungsvorhabens Stellung genommen, wobei die Stellungnahme auf den Referentene Entwurf (RefE) eines Gesetzes zur Neuordnung der Eisenbahnen des Bundes (EBNeuOG, Stand 8. März 2007) Bezug nimmt.

### A. Zur Interpretation von § 1 Abs. 2 BESG-E

(1) § 1 Abs. 1 Entwurf Bundeseisenbahnenstrukturgesetz (BESG-E) sieht den Übergang sämtlicher Anteile der DB AG an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) DB Netz AG, DB Station&Service GmbH und DB Energie GmbH auf den Bund vor. Nach § 1 Abs. 2 BESG-E "betreibt und bilanziert die DB AG Schienenverkehr und Eisenbahninfrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit". Diese Formulierung überträgt die Zielbestimmung aus dem Entschließungsantrag BT-Drs. 16/3493 (dort Ziff. I. 5: "Die DB AG erhält die Möglichkeit, Schienenverkehr und Infrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit zu betreiben und zu bilanzieren.") in den Gesetzestext. § 1 Abs. 2 BESG-E ist in mehrfacher Hinsicht *interpretationsbedürftig*:

(1.1) Erst aus der Begründung des RefE (S. 6, 16) ergibt sich, was mit "Bilanzierung von Schienenverkehr und Eisenbahninfrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit" gemeint ist: zum einen die *Bilanzierung der Anteile an den EIU im Einzelabschluss der DB AG*, zum anderen die *Einbeziehung von Vermögensgegenständen und Schulden der EIU in den Konzernabschluss der DB AG*.

(1.2) Die Begründung zu § 1 Abs. 2 BESG-E (S. 14-16) verhält sich ausschließlich zur bilanziellen Zuordnung von Vermögensgegenständen im Einzelabschluss und im Konzernabschluss der DB AG. Deshalb ist anzunehmen, dass die Vorschrift allein eine Aussage zur "Bilanzierungsfähigkeit der Eisenbahninfrastruktur" in diesem Sinne formulieren und

keine darüber hinaus reichende *Regelung zur Betriebsführung* der Schienenverkehr- und Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch die DB AG treffen will.

(1.3) Dabei will die Begründung zu § 1 Abs. 2 BESG-E (S. 15/16) die Frage der Bilanzierungsfähigkeit anhand der allgemeinen Kriterien des Bilanzrechts beantwortet wissen. § 1 Abs. 2 BESG-E soll also offenbar *nur deklaratorische Bedeutung* haben. Zur Begründung einer konstitutiven Wirkung (im Sinne einer "lex Deutsche Bahn AG" mit Anordnung der Bilanzierungsfähigkeit unabhängig von den allgemeinen Grundsätzen des Bilanzrechts; s. dazu noch unten Tz. 10) wäre die vorgeschlagene Vorschrift schon angesichts ihrer Formulierungsdefizite auch nicht tauglich.

## **B. Bilanzierungsfähigkeit der EIU-Anteile im Einzelabschluss der DB AG?**

### **I. Regel: Bilanzielle Zuordnung zum Rechtsinhaber**

(2) Für die bilanzielle Zuordnung eines Vermögensgegenstandes ist von den rechtlichen Eigentumsverhältnissen bzw. der Inhaberschaft an dem Recht auszugehen. In der Regel ist eine Sache deshalb auch bilanziell dem Eigentümer, eine Forderung oder ein sonstiges Recht dem Rechtsinhaber zuzuordnen. Dem entsprechend sind auch *Anteile* an Kapitalgesellschaften *regelmäßig im Einzelabschluss des Gesellschafters* zu bilanzieren. Die bilanzielle Zuordnung eines Vermögensgegenstandes, die nicht der zivilrechtlichen Rechtsinhaberschaft folgt, kommt nur ausnahmsweise in Betracht.

### **II. Ausnahme: Bilanzierung beim "wirtschaftlichen Eigentümer"**

#### **1. Kein Anwendungsfall von § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB**

(3) Die maßgeblichen Zuordnungskriterien, nach denen ein solcher *Ausnahmetatbestand* zu bejahen ist, werden gemeinhin unter dem Schlagwort des "wirtschaftlichen Eigentums" zusammengefasst. Einige jener Ausnahmefälle nennt § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB ausdrücklich: "Vermögensgegenstände, die unter Eigentumsvorbehalt erworben oder an Dritte für eigene oder fremde Verbindlichkeiten verpfändet oder in anderer Weise als Sicherheit übertragen worden sind, sind in die Bilanz des Sicherungsgebers aufzunehmen." Hieran anknüpfend leitet die Begründung zu § 1 Abs. 2 BESG-E (S. 15) die Bilanzierungsfähigkeit der EIU-Anteile im Einzelabschluss der DB AG aus dem Umstand ab, dass die Anteilsübertragung auf den Bund zweckgebunden erfolge, um die Erfüllung der Vorgaben des Bundesschienenwegegesetzes (BSEAG) durch die EIU zu sichern ("Sicherungsübertragung").

(4) Zwischen der Begründung von Sicherungsrechten im Sinne des § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB und dem als "Übertragung (zur) Sicherung" bzw. "Sicherungsübertragung" bezeichneten Anteilsübergang nach § 1 Abs. 1 BESG-E bestehen indes nur verbale Parallelen.

(4.1) § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB betrifft Fälle, in denen die Rechtsinhaberschaft am Vermögensgegenstand zwar übertragen wird, der neue Rechtsinhaber aber im (Innen-)Verhältnis zum Übertragenden nur die Stellung eines Pfandgläubigers hat. Wird die (durch die Rechtsübertragung gesicherte) Verpflichtung gegenüber dem Sicherungsnehmer erfüllt, so hat der Sicherungsgeber (sofern die Übertragung nicht ohnehin nur auflösend bedingt erfolgte) aus der Sicherungsabrede einen durchsetzbaren Anspruch auf Rückübertragung des Sicherungsgutes. Kommt der Sicherungsgeber seinen Verpflichtungen hingegen nicht nach, so darf der Sicherungsnehmer das Sicherungsgut (auf Rechnung des Sicherungsgebers) verwerten und sich aus dem Erlös befriedigen.

(4.2) Von den so umrissenen Sicherungsrechten im Sinne des § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB

unterscheidet sich der (gesetzliche) Anteilsübergang nach § 1 Abs. 1 BESG-E deutlich: Die Rolle des Bundes soll keineswegs auf die eines " Pfandgläubigers" beschränkt sein. Der Wechsel der Anteilsinhaberschaft auf den Bund vollzieht sich vorbehaltlos. Er steht weder unter einer Befristung oder einer auflösenden Bedingung noch räumt der Gesetzentwurf der DB AG einen Rechtsanspruch auf Rückübertragung der Anteile ein. Nach § 5 BESG-E liegt es ganz in der Entscheidungsgewalt des Bundesgesetzgebers, ob die Anteile an den EIU später einmal wieder auf die DB AG übertragen werden (s. unten Tz. 8.3). Die von der Begründung zum RefE (S. 13) geltend gemachte "Zweckbindung" der Anteilsübertragung an den Bund ("Sicherung des Interesses des Bundes an einer Bewirtschaftung der Eisenbahninfrastruktur") hat auch nicht lediglich vorübergehenden Charakter. Mit der Anteilsübertragung sucht der Bund vielmehr - unter den Vorzeichen einer Kapitalprivatisierung der DB AG - seiner verfassungsrechtlich vorgegebenen "Infrastrukturverantwortung" (Begründung S. 13) nachzukommen. Diese "Zweckbindung" ist auf Dauer angelegt. Sollte es bei der "Erfüllung der Vorgaben des Bundesschienenwegegesetzes durch die EIU" (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 BESG-E) zu Defiziten kommen, stünde auch nicht etwa eine Verwertung der auf den Bund übergegangenen Gesellschaftsanteile zur Diskussion, sondern die Wahrnehmung seiner Einwirkungsrechte. Ob die dem Bund nach Maßgabe des BESG-E verbleibenden Einwirkungsmöglichkeiten auf die EIU aus *verfassungsrechtlicher* Sicht ausreichen, um jener Infrastrukturverantwortung gerecht werden zu können, kann für die Perspektive des *Bilanzrechts* offen bleiben. Mit der Begründung eines Sicherungsrechts im Sinne von § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB hat die sog. "Sicherungsübertragung" der EIU-Anteile der Sache nach jedenfalls nichts gemein.

## **2. Kein echtes Treuhandverhältnis zwischen DB AG und Bund**

(5) Angesichts der fehlenden Rückübertragungspflicht begründet die vom RefE vorgesehene Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Bund und der DB AG *kein echtes Treuhandverhältnis* mit der DB AG als "Treugeber" und dem Bund als "Treuhandler". Die Bilanzierungsfähigkeit der Anteile an den EIU im Einzelabschluss der DB AG lässt sich deshalb noch nicht auf den Umstand stützen, dass Treugut auch außerhalb der in § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB normierten Fälle regelmäßig beim Treugeber zu bilanzieren ist.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass § 246 Abs. 1 Sätze 2 und 3 HGB auf die Vorgaben aus Art. 8 Abs. 1 und 2 der Bankbilanzrichtlinie (86/635/EWG) zurückgeht. An anderer Stelle dieser Richtlinie (Art. 12; umgesetzt durch § 340b HGB) wird eine Bestimmung zur Bilanzierung sog. Pensionsgeschäfte getroffen (Übertragung von Vermögensgegenständen eines Kreditinstituts - Pensionsgeber - oder dessen Kunden auf ein anderes Institut - Pensionsnehmer - oder eines seiner Kunden unter Vereinbarung späterer Rückübertragung). Danach sind die übertragenen Vermögensgegenstände nur dann in der Bilanz des Pensionsgebers auszuweisen, wenn der Pensionsnehmer eine Rechtspflicht zur Rückübertragung übernommen hat (echtes Pensionsgeschäft). Ist der Pensionsnehmer zur Rückübertragung nur berechtigt, aber nicht verpflichtet (unechtes Pensionsgeschäft), sind die Vermögensgegenstände hingegen in seiner Bilanz auszuweisen. Auch jene Wertungen des (europäischen) Bilanzrechts streiten gegen die Überlegung, bei der sog. "Sicherungsübertragung" der EIU-Anteile ohne Rückübertragungspflicht werde "Sicherungsstreugut" übertragen, das in der Bilanz des "Sicherungsgebers" auszuweisen sei.

## **3. Kein "wirtschaftliches Eigentum" der DB AG an den EIU-Anteilen**

(6) Allerdings ist die Bilanzierung der Anteile im Einzelabschluss der DB AG damit noch nicht zwingend ausgeschlossen. § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB stellt nur beispielhaft fest, wann die von der Rechtsinhaberschaft abweichende Zuordnung eines Vermögensgegenstandes geboten ist. Über jene Beispiele hinaus ist das überall dort der Fall, wo die *Zuordnungsvoraussetzungen "wirtschaftlichen Eigentums"* erfüllt sind. Sie sind für die Handels- und

Steuerbilanz zwar jeweils eigenständig zu konkretisieren, stimmen in der Sache aber weitgehend überein:

Ein Vermögensgegenstand (Wirtschaftsgut) ist immer dann in die Bilanz des Nicht-Eigentümers aufzunehmen, wenn dieser - für die Handelsbilanz: auf rechtlich gesicherter Grundlage - dergestalt die *Herrschaft über den Vermögensgegenstand* ausübt, dass er den *zivilrechtlichen Eigentümer von der Einwirkung auf den Vermögensgegenstand ausschließen* und sich den Wert des Vermögensgegenstandes dienstbar machen kann. Dazu gehört, dass ihm *Substanz und Ertrag* einschließlich der *Chancen* von Wertsteigerungen und der *Risiken* von Wertverlusten zugewiesen sind; die Befugnis zur Veräußerung des Gegenstandes ist hingegen keine notwendige Voraussetzung für die Zuordnung. Dem zivilrechtlichen Rechtsinhaber dürfen allenfalls wirtschaftlich unbedeutende Einwirkungsmöglichkeiten verbleiben, wobei die Herrschaft des Nicht-Eigentümers über den Vermögensgegenstand im Übrigen *dauerhaft* bestehen muss: Bei abnutzbaren Vermögensgegenständen muss der Rechtsinhaber für die *gewöhnliche Nutzungsdauer* von Einwirkungsmöglichkeiten ausgeschlossen sein (so für das Steuerrecht ausdrücklich § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO), bei nicht abnutzbaren Vermögensgegenständen muss die ausschließliche Herrschaftsposition *zeitlich unbegrenzt* auf den "wirtschaftlichen Eigentümer" übergegangen sein. Insoweit ist auf den normalen (typischen) Verlauf der Dinge abzustellen; ein möglicher Zurechnungswechsel bei vertragswidrigem Verhalten des "wirtschaftlichen Eigentümers" ist noch nicht schädlich.

Ob diese Kriterien erfüllt sind, ist in *wertender Betrachtung des "Gesamtbildes der Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall"* zu beurteilen. Verbleiben Zweifel, so ist - weil die Zurechnung zum lediglich "wirtschaftlichen Eigentümer" als *Ausnahmetatbestand* konzipiert ist - die Bilanzierung des Vermögensgegenstandes beim zivilrechtlichen Rechtsinhaber geboten.

**(7)** Im Kontext des EBNeuOG sind Zuordnungsgegenstand die Gesellschaftsanteile an den EIU. Die Herrschaft eines Gesellschafters über den Gesellschaftsanteil wird durch seine Verwaltungs- und Vermögensrechte (resp. -pflichten) geprägt. Insoweit sieht § 2 Abs. 1 BESG-E vor, dass der Bund der DB AG eine *Vollmacht zur Stimmrechtsausübung* in den Haupt- und Gesellschafterversammlungen der EIU erteilt, wohl gedacht als unwiderrufliche Vollmacht für die Dauer der sog. "Sicherungsübertragung". Nach § 2 Abs. 3 BESG-E tritt der Bund die ihm als Gesellschafter zustehenden *Auszahlungsansprüche aus Gewinnverwendungsbeschlüssen* der EIU an die DB AG ab. Da ausweislich der Begründung zu § 2 Abs. 3 BESG-E (S. 17) zwischen der DB AG und den EIU *Ergebnisabführungsverträge* (EAV) geschlossen worden sind, die offenbar Bestand haben sollen, können solche Ansprüche freilich erst nach Beendigung der EAV entstehen. Bis dahin haben die EIU schon aufgrund der EAV ihren gesamten Gewinn an die DB AG abzuführen, die (im Gegenzug) zum Ausgleich etwaig entstehender Jahresfehlbeträge verpflichtet ist.

**(8)** Entgegen der Begründung zum RefE (vgl. S. 15-17) lässt sich hieraus indes *nicht ableiten*, die DB AG übe weiterhin die Gesellschafterrechte in allen laufenden Angelegenheiten der EIU aus, übernehme deren wirtschaftliche Chancen und Risiken und *bleibe deshalb zur Bilanzierung der Anteile an den EIU berechtigt und verpflichtet*. Dagegen spricht:

**(8.1)** Schon die Stimmrechtsvollmacht soll nicht vorbehaltlos erteilt werden. Vielmehr bedarf die Ausübung des Stimmrechts in den Fällen des § 2 Abs. 2 BESG-E der vorherigen Zustimmung des Bundes. § 3 BESG-E unterwirft zudem bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen in den EIU (im Innenverhältnis) dem Erfordernis seiner vorherigen Zustimmung. Und § 4 BESG-E gibt dem Bund schließlich ein Recht, Mitglieder in die Aufsichtsräte der EIU zu entsenden.

Freilich betrifft das *Zustimmungserfordernis nach § 2 Abs. 2 BESG-E* abgegrenzte Grundlagenentscheide der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlungen der EIU und setzt zudem die Möglichkeit der nachhaltigen Gefährdung des Sicherungsinteresses des Bundes voraus. Es zielt letztlich darauf ab, die "Geschäftsgrundlagen" der sog. "Sicherungsübertragung" zu wahren und ist unter diesem Gesichtspunkt eher unschädlich. Demgegenüber dehnt das *Zustimmungserfordernis aus § 3 BESG-E* - das erst noch einer rechtsformspezifischen Umsetzung auf der Ebene des Organisationsrechts des jeweiligen EIU bedürfte - die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes (für die gesetzliche Organisationsverfassung einer AG ganz und gar untypisch) schon unmittelbar auf die Geschäftsführungsebene aus. Es steht zwar ebenfalls unter dem "Gefährdungsvorbehalt". Damit werden die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes aber nicht hinreichend sicher auf ein lediglich wirtschaftlich unbedeutendes Maß reduziert. Wo die Möglichkeit nachhaltiger Gefährdung des Sicherungsinteresses des Bundes beginnt, ist kaum zuverlässig abzugrenzen und hängt nicht zuletzt vom Inhalt der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (rsp. eines vom Bund ersatzweise erlassenen Verwaltungsaktes) nach Maßgabe des § 4 BSEAG-E ab.

Das *Entsenderecht nach § 4 BESG-E* begründet schließlich weitere (jedenfalls mittelbare) Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschäftsführung in den EIU und soll dem Bund angesichts seiner - abgestuften - quantitativen Gestaltung (DB Netz AG: drei Mitglieder im Aufsichtsrat) auch ganz offenbar mehr als einen bloßen "Beobachterstatus" vermitteln. - In der Gesamtschau kann also jedenfalls keine Rede davon sein, dass sich der Bund aller mit den Verwaltungsrechten eines Gesellschafters typischerweise verbundenen *Einwirkungsmöglichkeiten* begeben oder doch nur einen wirtschaftlich unbedeutenden Rest behalten würde.

**(8.2)** Entsprechendes gilt für die *Zuordnung der wirtschaftlichen Chancen und Risiken* der EIU. Ungeachtet von Gewinnabführungsanspruch und Verlustausgleichspflicht der DB AG beteiligt sich der Bund gem. § 3 Abs. 2 BSEAG-E an den Kosten, die den EIU für die Erhaltung der Schienenwege entstehen, mit einem Zuschussbetrag in Höhe von bis zu 2, 5 Mrd. € jährlich. Darüber hinaus gehende Sonderzuwendungen sind ausdrücklich nicht ausgeschlossen. Die Kosten der Substanzerhaltung und die Ertragsrisiken der Eisenbahninfrastruktur werden also keineswegs ausschließlich der DB AG zugewiesen; der Bund bleibt mit Leistungspflichten und darüber hinaus mit Sonderzuwendungen in sehr erheblicher Größenordnung beteiligt.

**(8.3)** Schließlich ist die *Herrschaft der DB AG* über die EIU-Anteile in Anbetracht von § 5 BESG-E *nicht von Dauer*. Die sog. "Sicherungsübertragung" an den Anteilen - und die daran gebundene Stimmrechtsvollmacht sowie die Abtretung der Auszahlungsansprüche aus Gewinnverwendungsbeschlüssen - endet vielmehr nach 15 Jahren. Der Bund kann vor Ablauf dieser Frist zwar durch Gesetz eine Verlängerung der "Sicherungsübertragung" oder die Rückübertragung der Anteile an die DB AG festsetzen; er kann aber ebenso den Verbleib der Anteile beim Bund "unter Wegfall des Sicherungszwecks" beschließen. Welche Entscheidung getroffen wird, steht im Ermessen des Bundesgesetzgebers. Die DB AG hat keinen Anspruch auf Rückübertragung der Gesellschaftsanteile. Und ebenso wenig kommt es unter bestimmten Bedingungen zu einem automatischen "Heimfall" der Anteile an die DB AG. Trifft der Bund keine Entscheidung, verlängert sich die "Sicherungsübertragung" zwar um zehn Jahre. Kommt aber auch dann keine gesetzliche Entscheidung zustande, so verbleiben die EIU-Anteile unter Wegfall des sog. Sicherungszwecks endgültig beim Bund.

**(8.4)** Die bilanzielle Zuordnung der Anteile unter dem Gesichtspunkt "wirtschaftlichen Eigentums" käme deshalb allenfalls in Betracht, wenn der DB AG Substanz und Ertrag der Anteile einschließlich der Chancen von Wertsteigerungen und der Risiken von Wertverlusten jedenfalls *wertmäßig dauerhaft* zugewiesen würden. Auch das ist angesichts der Wertausgleich-Regelung in § 7 BESG-E aber höchst zweifelhaft. Denn bei der Ermittlung des auszugleichenden Ertragswertes bleiben - einerseits - künftige Leistungen des Bundes an

die EIU, auf die nach Beendigung der "Sicherungsübertragung" ein der Höhe nach bestimmter Anspruch nicht mehr besteht, außer Betracht (§ 7 Abs. 1 und 2 BESG-E). Schon die Begründung zu § 7 Abs. 2 BESG-E (S. 23) weist darauf hin, dass der Ertragswert deshalb null wäre, sollten zum Zeitpunkt der Beendigung der "Sicherungsübertragung" die prognostizierten Erträge der EIU (ohne Bundeszuschüsse) niedriger als die prognostizierten Aufwendungen der EIU sein. Die Bundesregierung geht davon aus, dass "der so ermittelte Ertragswert auch zukünftig aller Voraussicht nach nicht positiv sein" wird (BT-Drs. 16/3263, S. 5). Andererseits gibt § 7 Abs. 3 BESG-E der DB AG einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe des (gem. § 7 Abs. 4 BESG-E zu ermittelnden) Netto-Buchwertes der Eigenmittelinvestitionen in die EIU, sofern dieser die Höhe des Verkehrswertes übersteigt. Das Investitionsrisiko wird der DB AG auf diese Weise zu einem beträchtlichen Teil abgenommen.

**(8.5)** Insgesamt bestätigt auch die Ausgestaltung der Wertausgleich-Regelung die gewissermaßen "arbeitsteilige" Chancen- und Risiko-Übernahme im Verhältnis DB AG / Bund. Nimmt man die dem Bund verbleibenden Einwirkungsmöglichkeiten hinzu, ist eine wirtschaftliche "Verdrängung" des zivilrechtlichen Rechtsinhabers (Bund) zugunsten und zulasten der DB AG - Voraussetzung für die Annahme "wirtschaftlichen Eigentums" der DB AG an den EIU-Anteilen - insgesamt nicht gegeben. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Bilanzrechts sind die EIU-Anteile im Einzelabschluss der DB AG deshalb *nicht bilanzierungsfähig*.

### **C. Einbeziehung der EIU in den Konzernabschluss der DB AG?**

**(9)** Mit Blick auf die Konzernrechnungslegung ist unter der Herrschaft der IAS/IFRS zu unterscheiden: Während sich die Konsolidierungspflicht selbst nach dem (durch Richtlinienrecht harmonisierten) nationalen Recht (§§ 290 ff HGB; vgl. § 315a Abs. 1 HGB) richtet, gelten für den Konsolidierungskreis (und für die Ansatz- und Bewertungsregeln) die Vorgaben der IAS/IFRS. Zentrales Konsolidierungskriterium ist danach die Möglichkeit, die Finanz- und Geschäftspolitik eines Unternehmens zu bestimmen und aus dessen Tätigkeit Nutzen zu ziehen (Control-Konzept; IAS 27.4). Daneben bestehende Einflussmöglichkeiten eines anderen Unternehmens (hier also ggf. des Bundes) sind noch nicht zwingend konsolidierungsschädlich. Der genaue Verlauf der insoweit maßgeblichen Grenze - die nicht per se mit jener Abgrenzung identisch ist, nach der im Rahmen des "wirtschaftlichen Eigentums" die relevanten von den wirtschaftlich noch unbedeutenden Einflussmöglichkeiten des zivilrechtlichen Rechtsinhabers unterschieden werden (s. oben Tz. 6) - kann im Rahmen dieser Stellungnahme indes ebenso wenig abgesteckt werden wie die Frage der Einbeziehung der EIU hinsichtlich des "ob" der Konzernrechnungslegungspflicht der DB AG.

### **D. Bilanzrechtliche Sonderregelung als Option?**

**(10)** Gesondert zu erörtern wäre auch die Option einer gesetzlichen Regelung, welche die Bilanzierungsfähigkeit "der Eisenbahninfrastruktur" *konstitutiv* - also gerade unabhängig von den allgemeinen Grundsätzen des Bilanzrechts - begründen würde (s. schon oben Tz. 1.3). Der Gesetzgeber müsste ggf. entscheiden, ob ein solches Sonderrecht zugunsten der kapitalprivatisierten DB AG überhaupt als opportun in Betracht zu ziehen ist. Wenn ja, wären die insoweit bestehenden Schranken kraft europäischen Rechts auszuloten. Dabei ist aus der Perspektive des europäischen *Bilanzrechts* auf das Gebot des *true and fair view* hinzuweisen (Art. 2 Abs. 3 Jahresabschlussrichtlinie 78/660/EWG), für dessen Konkretisierung im hier interessierenden Zusammenhang auch die oben Tz. 5 skizzierten Wertungen zu beachten wären. Auf die Konsolidierungsvoraussetzungen nach IAS/IFRS hätte der deutsche Gesetzgeber ohnehin keinen Einfluss. Ob vor diesem Hintergrund überhaupt eine realistische Option für eine bilanzrechtliche Sonderregelung besteht, muss nachdrücklich bezweifelt werden.

## E. Resümee

(11) Nach den allgemeinen Grundsätzen des Bilanzrechts ist eine Bilanzierungsfähigkeit der EIU-Anteile im Einzelabschluss der DB AG nicht gegeben. Die vom Referentenentwurf eines Eisenbahnneuordnungsgesetzes vorgeschlagene Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen DB AG und Bund begründet keinen Anwendungsfall von § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB ("Sicherheitseigentum"). Auch im Übrigen sind die Voraussetzungen für "wirtschaftliches Eigentum" der DB AG an den EIU-Anteilen nicht erfüllt.

(12) Bei bilanzrechtlicher Betrachtung des Gesetzentwurfs zeigt sich ein massiver Zielkonflikt, der schon im Beschluss des Deutschen Bundestages zum Entschließungsantrag BT-Drs. 16/3493 angelegt ist: Die Bilanzierungsfähigkeit der EIU-Anteile im Einzelabschluss der DB AG unter dem Gesichtspunkt "wirtschaftlichen Eigentums" setzt voraus, dass sich der Bund auf eine formal-rechtliche Stellung als Anteilshaber beschränkt und von den mit der Rechtsinhaberschaft typischerweise verbundenen Einwirkungsmöglichkeiten dauerhaft zugunsten der (kapitalprivatisierten) DB AG ausgeschlossen wird. Der Entschließungsantrag (Ziff. I. 3) verlangt jedoch zugleich, dass "juristische Risiken für die eigentümerrechtliche Position des Bundes ausgeschlossen werden müssen". Beides ist nicht in Einklang zu bringen. Schon gar nicht, wenn das Verfassungsrecht die Aufgabe eigentumsadäquater Einflussmöglichkeiten des Bundes auf die EIU gerade verbieten sollte.

Die im November 2006 gefundene Kompromissformel des "sowohl als auch" wird offenbar von den Realitäten des Rechts eingeholt.

Bielefeld, den 20. Mai 2007

Prof. Dr. Detlef Kleindiek