

PROF. DR. JOHANNES MASING
ORDINARIUS FÜR STAATS- UND VERWALTUNGSRECHT

RECHTSGUTACHTEN

ZUR
VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT
DES
ENTWURFS DES
BUNDESMINISTERIUMS FÜR VERKEHR, BAU UND STADTENTWICKLUNG
FÜR
EIN GESETZ
ZUR NEUORDNUNG DER EISENBAHNEN DES BUNDES

ERSTATTET
IM AUFTRAG VON
PRO MOBILITÄT – INITIATIVE FÜR VERKEHRSINFRASTRUKTUR (E.V.).

Gliederung

| | |
|--|-----------|
| A. Gegenstand des Gutachtens | 4 |
| I. Sachverhalt | 4 |
| II. Gutachtenfrage | 8 |
| B. Rechtliche Würdigung | 9 |
| I. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Einflussmöglichkeiten des Bundes | 10 |
| 1. Korrelation von Eigentümerstellung und Einflussrechten | 10 |
| a) Notwendigkeit gesellschaftsrechtlicher Einwirkungsmöglichkeiten zur Realisierung gemeinwirtschaftlicher Ziele | 11 |
| b) Notwendigkeit gesellschaftsrechtlicher Einwirkungsmöglichkeiten überhaupt | 13 |
| c) Zwischenergebnis | 15 |
| 2. Kriterien für die Zulässigkeit von gestuften Einwirkungsrechten | 15 |
| a) Maßstab für die Ausgestaltung gesellschaftsrechtlicher Einwirkungsmöglichkeiten | 16 |
| b) Zulässigkeit und Grenzen von gestuften Einwirkungsrechten | 18 |
| c) Zwischenergebnis | 20 |
| 3. Die Stellung des Mehrheitsaktionärs als Leitbild hinreichend effektiver Einwirkungsbefugnisse des Bundes | 20 |
| a) Einfluss im Rahmen von Sachentscheidungen der Hauptversammlungen | 21 |
| b) Einflussrechte in bezug auf die Geschäftsleitung | 22 |
| c) Zwischenergebnis | 25 |
| 4. Verfassungsrechtliche Beurteilung der Einwirkungsrechte nach dem geplanten Eisenbahnneuordnungsgesetz | 26 |
| a) Unmittelbare Entscheidungsrechte des Bundes | 26 |
| b) Gestufte Einwirkungsrechte vermittelt einer Einflussnahme auf die Deutschen Bahn AG | 27 |
| c) Gesamtbilanz | 32 |
| 5. Zusammenfassung | 33 |

| | |
|---|-----------|
| II. Wirtschaftliche Substanz des Bundeseigentums an den Infrastrukturunternehmen | 34 |
| 1. Das zivilrechtliche Leitbild der Sicherungsübereignung | 34 |
| 2. Die „Sicherungsübertragung“ nach dem BESG-E | 35 |
| 3. Zusammenfassung | 37 |
| III. Verdeckte (Teil)Privatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen | 38 |
| 1. Bedeutung des Gesetzesvorbehalts | 38 |
| 2. Faktische Teilprivatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen | 39 |
| 3. Fehlen eines Gesetzes | 40 |
| 4. Zwischenergebnis | 42 |
| IV. Einzelfragen der Ausgestaltung | 42 |
| 1. Die demokratische Legitimation der Einigungsstelle nach § 7 V BESG-E | 42 |
| 2. Ausschluss des Rechtswegs gegenüber Entscheidungen nach § 7 V 13 BESG-E | 44 |
| 3. Langfristige Vertragsbindungen nach § 5 I BSEAG-E | 46 |
| C. Zusammenfassung der Ergebnisse | 47 |

A. Gegenstand des Gutachtens

Vorliegendes Gutachten hat die Aufgabe, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzesvorhabens zu prüfen, mit dem eine teilweise Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn Aktiengesellschaft (Deutsche Bahn AG) ermöglicht werden soll. Gegenstand der Prüfung ist ein Entwurf des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zu einem diesbezüglichen Gesetzesvorschlag der Bundesregierung. Danach ist ein Artikelgesetz vorgesehen, mit dem zahlreiche eisenbahnrechtliche Vorschriften verändert werden sollen. Insbesondere soll durch dessen Artikel 2 ein Gesetz über die Struktur der Eisenbahnen des Bundes (BESG) in Kraft gesetzt werden. Fraglich ist, ob dessen Regelungen verfassungsmäßig und insbesondere mit Art. 87e III GG vereinbar sind. Sachlich geht es dabei im wesentlichen um die Frage, ob nach diesem Gesetz die Eigentümerstellung des Bundes in bezug auf die Eisenbahninfrastrukturunternehmen hinreichend gesichert ist.

I. Sachverhalt

Das Gesetzesvorhaben knüpft an die sog. „Bahnreform“ an. Diese wurde durch eine Grundgesetzänderung 1993, die insbesondere zu der heute geltenden Fassung des Art. 87e GG führte, vorbereitet und trat mit dem Eisenbahnneuordnungsgesetz (ENeuOG, BGBl. I 1993, 2378) in Kraft. Durch das Gesetz wurden die damaligen Sondervermögen der Deutschen Bundesbahn und der Deutschen Reichsbahn aufgelöst und in eine vollständig im Eigentum des Bundes stehende Aktiengesellschaft – die Deutsche Bahn AG – umgewandelt. Die Gesellschaft wurde hierbei in vier Geschäftsbereiche (Personennahverkehr, Personenfernverkehr, Güterverkehr, Fahrweg) unterteilt.

Mit der zweiten Stufe der Bahnreform wurde 1999 die Deutsche Bahn AG in einen mehrstufigen Konzern umgewandelt. Die bisherigen Geschäftsbereiche sind seitdem in differenzierter Form als eigene Aktiengesellschaften ausgegliedert worden und werden von der Deutschen Bahn AG als Holding übergriffen. Unter der Holdinggesellschaft Deutsche Bahn AG sind heute mehr als 80 Tochtergesellschaften zusammengefasst. Zu diesen gehören im Ressort „Infrastruktur“ die DB Netz AG, die DB Station & Service AG und die DB Energie GmbH (im folgenden als Eisenbahninfrastrukturunternehmen bezeichnet). An diesen Eisenbahninfrastrukturunternehmen hält die Deutsche Bahn AG alle Anteile.

Als nächsten Reformschritt soll das hier zu prüfende Gesetzesvorhaben eine teilweise Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn AG auf den Weg bringen. Im November 2006 haben sich hierfür die Vertreter der Großen Koalition im Deutschen Bundestag und die Bundesregierung auf Grundlinien verständigt. Der Bundestag hat daraufhin „Eckpunkte für die Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn AG“

Bundestagsdrucksache 16/3493, Beschluß vom 21. 11. 2006 beschlossen und die Bundesregierung aufgefordert, einen diesen entsprechenden Entwurf für ein Privatisierungsgesetz vorzulegen.

Das federführende Bundesministerium für Verkehr, Bau und Städteplanung hatte zunächst am 11.01.2007 einen Vorentwurf für ein solches Privatisierungsgesetz erstellt; eine neuere Fassung, die diesen Entwurf überarbeitet und geändert hat, datiert vom 08.03.2007. Das Gutachten bezieht sich grundsätzlich auf diese jüngere Fassung; auf den Vorentwurf geht es nur punktuell und soweit ausdrücklich kenntlich gemacht ein.

Der Entwurf sieht ein Artikelgesetz vor, das unter dem Titel „Gesetz zur Neuordnung der Eisenbahnen des Bundes“ (im folgenden: EBNeuOG-E 2007) zahlreiche eisenbahnrechtliche Vorschriften ändern und neu fassen soll. Von Bedeutung ist zum einen Art. 1 EBNeuOG-E 2007, der ein „Ge-

setz über die teilweise Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn AG“ (im folgenden: DBPrivG-E) vorsieht. Dieses erlaubt dem Bund, Anteile an der Deutschen Bahn AG zu veräußern; als Grenze der Privatisierung legt es aber fest, dass die Mehrheitsanteile beim Bund verbleiben müssen. In bezug auf Art. 87e III GG zentral ist dann vor allem Art. 2 EBNeuOG-E 2007, der ein „Gesetz über die Struktur der Eisenbahnen des Bundes“ (im folgenden: BESG-E) einführt. Dieses regelt die Eigentumsverhältnisse und die Wahrnehmung der Eigentümerrechte an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Anliegen dieses Gesetzes ist es, die Eisenbahninfrastrukturunternehmen einerseits in das „juristische Eigentum“ des Bundes zu stellen, andererseits aber der Deutschen Bahn AG die Möglichkeit einzuräumen, „Schienen und Infrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit zu betreiben und zu bilanzieren“,

Begründung dieses Entwurfes, S. 5,

und damit das Eigentum wirtschaftlich der Deutschen Bahn AG zuzuschreiben.

Zur Durchführung dieses Konzepts werden zunächst die zur Zeit von der Deutschen Bahn AG gehaltenen Anteile an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen unmittelbar auf den Bund übertragen (§ 1 I 1 BESG-E). Diese Übertragung wird aber nicht als endgültige Vollrechtsübertragung, sondern nur als „Sicherheitsübertragung“ verstanden: Der Bund erhält das Eigentum nur einem Pfandrecht ähnlich zur Sicherung seiner „Ansprüche“ gegenüber der Deutschen Bahn AG auf Erfüllung der Vorgaben des Schienenwegegesetzes (§ 1 I 2 BESG-E). Materiell wird das Eigentum an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen weithin der – ihrerseits zwar noch mehrheitlich, nicht aber mehr ausschließlich vom Bund gehaltenen – Deutschen Bahn AG zugeordnet. Zu diesem Zweck wird die Wahrnehmung wesentlicher Eigentümerrechte der Deutschen Bahn AG übertragen. Diese soll Schienenverkehr und Eisenbahninfrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit betreiben und bilanzieren (§ 1 II BESG-E), enthält die Auszahlungsansprüche in be-

zug auf Gewinn (§ 2 III BESG-E) sowie eine Vollmacht zur Ausübung der Stimmrechte in den Hauptversammlungen und Gesellschafterversammlungen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen (§ 2 I BESG-E); der Bund ist lediglich berechtigt, zwischen ein und drei Mitglieder in die Aufsichtsräte der Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu entsenden (§ 4 BESG-E). Einzelne grundlegende Entscheidungen, die die Substanz der Infrastrukturgesellschaften verändern, bedürfen, wenn das Sicherungsinteresse des Bundes nachhaltig gefährdet ist, der Zustimmung des Bundes (§§ 2, 3 BESG-E).

Verschiedene Lösungen wurden für die Beendigung der Sicherungsübertragung eruiert. Während der Vorentwurf vom 11.01.2007 einen automatischen Rückfall der Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach 15 Jahren an die Deutsche Bahn AG vorsah (damals geregelt in § 8 III BESG-E), sieht die derzeitige Fassung des Entwurfes hingegen – unter Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Entscheidung – nach 25 Jahren einen endgültigen Übergang des Eigentums an den Bund vor (§ 5 III, IV BESG-E); die Abspaltung der wirtschaftlichen Eigentümerrechte endet dann, der Bund wird dafür aber verpflichtet, einen Wertausgleich zahlen (§ 7 BESG-E). Ein Wertausgleich ist nach beiden Fassungen auch für den Fall vorgesehen, dass der Bund wegen Schlechterfüllung der Vorgaben des Bundesschienenwegegesetzes von seinem Sicherungseigentum Gebrauch macht und die vollen Eigentümerrechte an sich zieht (§§ 6, 7 BESG-E). Streitigkeiten über die Höhe des Wertausgleichs entscheidet eine paritätisch mit Vertretern des Bundes und der Deutsche Bahn AG besetzte Einigungsstelle, gegen deren Entscheidungen der Rechtsweg ausgeschlossen ist (§ 7 V BESG-E).

Die Anforderungen an den Erhalt und den Ausbau des Schienennetzes regelt das in Art. 3 EBNeuOG-E 2007 vorgesehene „Gesetz über die Erhaltung und den Ausbau der Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes“ (im folgenden: BSEAG-E). Das zentrale Regelungsinstrument ist hier die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung zwischen dem Bund und den Eisen-

bahninfrastrukturunternehmen (§ 4 BSEAG-E). Diese Vereinbarung soll langfristig, in einer ersten Phase auf 15 Jahre, geschlossen werden (§ 5 I BSEAG-E).

II. Gutachtenfrage

Auftraggeber des Gutachtens ist der Verband *Pro Mobilität – Initiative für Verkehrsinfrastruktur (e.V.)*. Er stellt die Frage zur Begutachtung, ob das geplante Modell des juristischen Eigentums des Bundes an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen bei gleichzeitiger Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an die Deutsche Bahn AG und das insoweit ins Werk gesetzte Modell der Sicherungsübereignung den verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere den Anforderungen des Art. 87e III GG genügt.

B. Rechtliche Würdigung

Das Gesetzesvorhaben ist ersichtlich bemüht, zwei gegenläufige Anliegen zu verbinden: Einerseits will es der Deutschen Bahn AG eine wirtschaftlich möglichst vollwertige Eigentümerstellung einräumen, die rechtlich notwendig ist, damit diese die Infrastrukturunternehmen mit in ihre Bilanz aufnehmen können – und damit auch in den Wert der DB AG einfließen, wenn diese im Rahmen eines Börsengangs teilweise kapitalprivatisiert wird. Andererseits soll dem Bund unabhängig von seiner Beteiligung an der Deutschen Bahn AG in Form „juristischen Eigentums“ eine unmittelbare Eigentümerstellung an den Eisenbahninfrastrukturräumen eingeräumt werden. Fraglich ist, ob diese Doppelkonstruktion den Anforderungen des Art. 87e III GG entspricht.

Zu prüfen ist dies zunächst im Hinblick auf die Frage, ob dem Bund hinreichende Einflussmöglichkeiten auf seine Eisenbahninfrastrukturunternehmen eingeräumt sind (I.). Weiterhin ist zu untersuchen, ob die Konstruktion der Sicherungsübertragung dem Bund in wirtschaftlicher Hinsicht eine dem Art. 87e III GG entsprechende Eigentümerstellung gewährleistet (II.). Zu untersuchen ist gleichfalls, ob die vorgesehene Privatisierung der Deutsche Bahn AG der Sache nach zugleich eine Privatisierung des wirtschaftlichen Eigentums an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen beinhaltet und ob diese dem Gesetzesvorbehalt des Art. 87e III 3 GG genügt (III.). Verfassungsrechtlicher Prüfungsbedarf besteht schließlich hinsichtlich einzelner Fragen der Ausgestaltung des Gesetzesentwurfs; sie betreffen die Einigungsstelle nach § 7 V BESG-E und die Langfristigkeit der Verträge nach §§ 4, 5 BSEAG-E (IV.).

I. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Einflussmöglichkeiten des Bundes

Das geplante „Gesetz über die Struktur der Eisenbahnen des Bundes“ (BESG-E) weist die gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten der Einwirkung auf die Eisenbahninfrastrukturunternehmen grundsätzlich der Deutschen Bahn AG zu. Insbesondere erhält diese nach § 2 I BESG-E eine Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts in den Haupt- bzw. Gesellschafterversammlungen. Der Bund hat demgegenüber in bezug auf die Infrastrukturunternehmen nur Vetorechte für einzeln aufgelistete Entscheidungen zum Grundstatus dieser Unternehmen sowie das Recht, einzelne Mitglieder in die jeweiligen Aufsichtsräte zu entsenden. Im übrigen verbleiben ihm Einflussrechte nur indirekt über seine Anteile an der Deutschen Bahn AG. Diese sind nicht nur durch deren Mittelbarkeit abgeschwächt, sondern nach einer teilweisen Kapitalprivatisierung auch durch die Rechte der anderen Kapitalgeber. Fraglich ist, ob diese Einflussmöglichkeiten den Anforderungen des Art. 87e III GG genügen.

Zu klären ist hierfür zunächst, wieweit Art. 87e III GG überhaupt gesellschaftsrechtliche Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes voraussetzt (1.), ob und nach welchen Maßstäben diese auch in gesellschaftsrechtlich gestuften Formen zur Geltung gebracht werden können (2.) und welche Intensität sie aufweisen müssen (3.). Anschließend kann dann geprüft werden, ob der Gesetzesentwurf diese Anforderungen erfüllt (4.).

1. Korrelation von Eigentümerstellung und Einflussrechten

Art. 87e III 3 GG verbürgt, dass der Bund dauerhaft Mehrheitseigner der Eisenbahninfrastrukturunternehmen bleibt. Wieweit hieraus die Erforder-

lichkeit realer Einwirkungsrechte für die Leistungserbringung durch diese Unternehmen zugewiesen wird, ist unklar. Zweifel hieran scheinen sich aus Stimmen der Literatur zu ergeben, die in Art. 87e III GG eine Regelung sehen, die „über die reine Privatrechtsform hinaus auch eine inhaltliche Entkoppelung von staatlichem Einfluss umfasst“, und gemeinwirtschaftliche Einwirkungen des Staates auch auf die Infrastrukturunternehmen ausschließt.

E. Schmidt-Aßmann/H. Ch. Röhl, Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG), DÖV 1994, S. 577 (581).

Fraglich ist zunächst schon, ob diese Auffassung tragfähig ist (a). Unabhängig davon wird aber zu zeigen sein, dass auch diese Ansicht wirksame Einflussmöglichkeiten des Bundes auf die Infrastrukturunternehmen verlangt und sich nur gegen Einflussnahmen bestimmten Inhalts richtet (b).

a) Notwendigkeit gesellschaftsrechtlicher Einwirkungsmöglichkeiten zur Realisierung gemeinwirtschaftlicher Ziele

Tatsächlich bestehen in der Literatur grundlegende Meinungsdivergenzen über Sinn und Reichweite der gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten des Bundes, die diesem als (Mehrheits)Eigentümer für seine Eisenbahninfrastrukturunternehmen zukommen. Nach einer Ansicht zielt Art. 87e III 3 GG darauf, den Bund sozialpolitisch in die Pflicht zu nehmen und ihm die Mittel zu verschaffen, die für eine gemeinwohlorientierte Infrastruktursicherung erforderlich sind.

G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 179 f., 193; *J. Wieland*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 2000, Art. 87e, Rn. 14; *K. Windthorst*, in: Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 87e, Rn. 47, 54; vgl. aber *R. Uerpman*, in: von Münch u.a. (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 87e, Rn. 16; differenzierend *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig/Herzog (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. V, 8. Aufl. (48. Lieferung) 2006, Art. 87e, Rn. 89 ff.

Die verfassungsrechtlich garantierte Eigentümerstellung des Bundes hat danach ihre Stoßrichtung darin, wirksame Einflussnahmen des Bundes zu

sichern, die einen Gemeinwohlaspekt in der Geschäftspolitik der Unternehmen zum Tragen bringen können. Art. 87e III 2, 3 GG modifiziere für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen die allein privatwirtschaftliche Strukturlogik, denen die Eisenbahnen des Bundes durch Art. 87e III 1 GG im allgemeinen unterworfen werden, und verschaffe dem Bund in Form von Gesellschafterrechten ein Instrumentarium, mit dem er – neben anderen – seinen Infrastruktursicherungsauftrag nach Art. 87e IV GG sichern kann. In Konsequenz dieser Auffassung folgt aus der Garantie des Mehrheitseigentums sogleich die Garantie entsprechender Einflußmöglichkeiten, d.h. das verfassungsrechtliche Gebot, der eigentumsrechtlichen Stellung korrespondierende gesellschaftsrechtliche Einwirkungsrechte bereitzustellen, die die Realisierung solcher gemeinwirtschaftlicher Zielsetzungen ermöglichen.

Die Gegenauffassung sieht demgegenüber die Verpflichtung aller Eisenbahnen auf das Prinzip privatwirtschaftlicher Leistungserbringung als dominanten und vorrangigen Gehalt des Art. 87e III GG an.

E. Schmidt-Aßmann/H. Ch. Röhl, aaO., DÖV 1994, S. 577 (579 ff.);
P. Hommelhoff/E. Schmidt-Aßmann, Die Deutsche Bahn AG als Wirtschaftsunternehmen, in: ZHR 160 (1996), S. 521 (524 ff.);
H. Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), GG. Kommentar, 5. Aufl. 2005, Art. 87e, Rn. 45 ff.

Art. 87e III S 1 GG verpflichte nicht nur zu einer privatrechtsförmigen, sondern auch zu einer materiell privatrechtlichen Leistungserbringung und erfasse hierbei alle Eisenbahnunternehmen, auch die Infrastrukturunternehmen. Gemeinwohlorientierte Einwirkungen des Bundes, die diese wirtschaftliche Ausrichtung unterliefen, seien unzulässig.

Der Sache nach setzt sich in dieser Diskussion eine Auseinandersetzung fort, die bereits die Entstehungsgeschichte des Art. 87e GG selbst prägte. So wollte der Regierungsentwurf

Bundestagsdrucksache 12/5015, S. 7 (vorhergehend Bundesratsdrucksache 130/93; textidentisch mit dem Entwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP, Bundestagsdrucksache 12/4610)

zunächst einer vollständigen Privatisierung aller Eisenbahnunternehmen einschließlich der Infrastrukturunternehmen den Weg bahnen und die Infrastrukturverantwortung des Bundes auf eine Finanzverantwortung nach Maßgabe der Gesetze reduzieren.

Demgegenüber verlangte der Bundesrat,

Bundestagsdrucksache 12/5015, S. 11,

die Infrastrukturunternehmen vollständig im Eigentum des Bundes zu belassen und sie verfassungsrechtlich auf eine gemeinwohlorientierte Strukturverantwortung zu verpflichten.

Die Gesetz gewordene Fassung des Art. 87e GG bildet damit einen Kompromiss: Dem Bund wird nicht eine Alleineigentümerstellung, immerhin aber doch die Stellung als Mehrheitseigentümer zugewiesen; die vom Bundesrat geforderte Infrastrukturgewährleistungsklausel wurde der Sache nach praktisch unverändert übernommen.

Ausgehend von dieser Entstehungsgeschichte scheint eine Auslegung, die dem Bund trotz seiner Eigentümerstellung das Recht abspricht, gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten auch zur Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen einzusetzen, zumindest zweifelhaft. Sie versucht, im Wege der Interpretation das durchzusetzen, was politisch gerade nicht durchsetzbar war. Die Korrektur einer rein wirtschaftlichen Perspektive war vielmehr ausdrücklich intendiert.

b) Notwendigkeit gesellschaftsrechtlicher Einwirkungsmöglichkeiten überhaupt

Letztlich bedarf die Frage hier aber keiner Vertiefung. Denn für die hier zu entscheidende Frage nach der Notwendigkeit von Einflussrechten des Bundes kommt es auf die vorgenannte Kontroverse letztlich nicht an. Alle in der Literatur vorgebrachten Einwände auch der engeren Auffassung wenden sich nämlich allein nur gegen solche Einwirkungen, die eine privatwirt-

schaftliche Ausrichtung der Infrastrukturunternehmen relativieren. Die restriktive Position gegenüber gesellschaftsrechtlichen Einflussnahmen richtet sich ausschließlich gegen Maßgaben, die die Unternehmensführung auf – rein ökonomisch betrachtet – unwirtschaftliche Entscheidungen verpflichtet. Demgegenüber setzen alle Autoren als selbstverständlich voraus, dass mit der Eigentümerstellung überhaupt wirksame gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten bestehen und bestehen müssen. Effektive Einfluss- und Kontrollrechte werden insoweit einhellig als gesellschaftsrechtlich logisches Korollar der Eigentümerstellung verstanden. Auch die Autoren, die gemeinwirtschaftliche Einmischungen ablehnen, wollen also die Eigentümerstellung des Bundes nicht etwa auf das bloße Innehaben eines wertmäßigen Anteils beschränken, sondern folgern – im Rahmen einer gewinnorientierten Ausrichtung der Unternehmen – aus Art. 87e III GG „Einflussmöglichkeiten des Bundes in Permanenz“.

P. Hommelhoff/E. Schmidt-Aßmann, aaO., ZHR 160 (1996), S. 521 (545).

Unabhängig von seiner rechtlichen Selbständigkeit nach § 76 I AktG werde der Vorstand eines im Bundeseigentum stehenden Unternehmens einer Veranlassung des Bundes in aller Regel folgen, weil die Mitglieder des Vorstands über die „personalpolitische Einflußschiene“ persönlich abhängig seien.

P. Hommelhoff/E. Schmidt-Aßmann, aaO., ZHR 160 (1996), S. 521 (555).

Dass sich damit die Verantwortung des Bundes für seine Infrastrukturunternehmen nicht allein auf von außen – durch das Bundesschienenwegegesetz und die dort vorgesehenen Vereinbarungen – herangetragene Inpflichtnahmen beschränkt, sondern auch gesellschaftsrechtliche Ingerenz- und Gestaltungsmöglichkeiten umfasst, wird auch von denen anerkannt, die die vom Bundesrat durchgesetzten Maßgaben des Art. 87e III GG minimalistisch interpretieren. Ausdrücklich wird auch hier der „unternehmensinterne Einfluss“ als das „verfassungsrechtlich abgesicherte Einflusspotential“

H. Gersdorf, aaO., Art. 87e, Rn. 75 (Hervorhebung nicht im Original)

des Bundes bezeichnet.

Der praktische Anwendungsbereich solcher Einflussrechte bleibt auch bei diesem restriktiven Verständnis von erheblicher Bedeutung. Die Gesellschafterrechte des Bundes haben danach die Aufgabe, die Kontrolle einer effektiven Unternehmensführung sicherzustellen. Auch können sie Belange des gemeinen Wohls dort zur Geltung zu bringen, wo diese mit betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht konfliktieren. Darüber hinaus können sie auch nach dieser Ansicht dazu eingesetzt werden, wirtschaftlich nachteilige Maßgaben unternehmensintern durchzusetzen, wenn insoweit nur nach § 311 I AktG ein Nachteilsausgleich gewährt wird. Selbst bei einem engeren Verständnis ist damit die Sicherstellung wirksamer gesellschaftsrechtlicher Einflussrechte ein unverzichtbarer Inhalt des durch Art. 87e III GG gewährleisteten Mehrheitseigentums des Bundes.

c) **Zwischenergebnis**

Indem Art. 87e III GG dem Bund dauerhaftes Mehrheitseigentum an seinen Eisenbahninfrastrukturunternehmen vorbehält, überträgt er diesem eine Verantwortung für deren Unternehmensführung. Unabhängig von der Streitfrage, ob der Bund hierbei durch die Strukturlogik privaten Wirtschaftens begrenzt ist, muss diese Verantwortung durch wirksame gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten aktualisierbar sein.

2. **Kriterien für die Zulässigkeit von gestuften Einwirkungsrechten**

Das zu prüfende Gesetzesvorhaben will die Eigentümerrechte des Bundes zu einem großen Teil auf die Deutsche Bahn AG übertragen, die dafür ihrerseits, auch nach einer teilweisen Privatisierung, mehrheitlich im Eigentum

des Bundes bleiben soll. Fraglich ist insoweit, ob bzw. nach welchen Kriterien die nach Art. 87e III GG geforderten Einwirkungsrechte des Bundes auch in solche gestuften Gestaltungsformen eingekleidet werden dürfen. Zu prüfen ist hierfür zunächst, inwieweit Art. 87e III 3 GG grundsätzlich auf die gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers einwirkt und nach welchen Kriterien er diese bindet (a). Anschließend sind die hieraus folgenden Konsequenzen für die Zulässigkeit von gestuften Gestaltungsformen zu entwickeln (b).

a) Maßstab für die Ausgestaltung gesellschaftsrechtlicher Einwirkungsmöglichkeiten

Art. 87e III GG sichert dem Bund eine Stellung als Mehrheitseigentümer, damit dieser wirksam gesellschaftsrechtlich Einfluss nehmen kann. In welcher Weise der Bund diese Einflussnahme ausgestaltet, regelt die Verfassung demgegenüber nicht. Sie verweist insoweit vielmehr auf eine nähere Ausgestaltung durch Gesetz und – insbesondere über Satz 1 – auf die Gestaltungsformen des privaten Gesellschaftsrechts. Die Frage etwa, ob die unmittelbaren Einflussmöglichkeiten des GmbH-Rechts oder die zurückgenommenen Möglichkeiten des Aktienrechts gewählt werden, lässt die Verfassung ebenso offen wie z.B. die Frage, ob Beherrschungsverträge gem. §§ 291 ff. AktG (und der Folge des § 308 AktG) geschlossen werden. Maßgeblich ist nicht eine bestimmte Form der Einflussnahme, sondern das Ergebnis: Geboten ist eine Ausgestaltung, die eine angemessene eigentumsrechtliche Einflussnahme hinreichend effektiv sicherstellt.

Das insoweit gebotene Mindestmaß an Einflussmöglichkeiten ergibt sich näher aus Art. 87e III 2, 3 GG. Dieser hat als Leitbild die Einflussmöglichkeiten eines unmittelbaren Mehrheitseigentümers nach Gesellschaftsrecht: Art. 87e III 2 GG geht von dem unmittelbaren Eigentum des Bundes aus, und Satz 3 erlaubt dessen teilweise Veräußerung nur soweit, als der Bund dabei seine Einflussrechte als Inhaber der Mehrheit der Anteile nicht ver-

liert. Der damit verbundene Grad möglicher Einflussnahme bildet damit Maßstab auch für andere gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungen.

Für eine genauere Bestimmung der insoweit gebotenen Intensität der Einwirkungsrechte kann man sich an den (als gesetzlichen Regelfall ausgestalteten) Einflussmöglichkeiten nach dem Aktienrecht orientieren. Zwar kann das Zivilrecht als solches nicht Maßstab verfassungsrechtlicher Ableitungen sein und enthält Art. 87e III GG nicht etwa einen Blankettverweis auf das Gesellschaftsrecht. Für die Auslegung der mit Art. 87e III GG gebotenen Einwirkungsintensität findet sich im Aktienrecht zumindest aber eine geeignete Richtmarke. Freilich reichen gerade hier die gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten eines Mehrheitseigentümers am wenigsten weit. Jedoch trägt man durch eine solche Auslegung dem Kompromißcharakter des Art. 87e GG am besten Rechnung: Einerseits stand dem verfassungsändernden Gesetzgeber die Schaffung von Aktiengesellschaften und damit der Rückgriff auf das Aktienrecht als Reformziel stets vor Augen.

Vgl. nur Bundestagsdrucksache 12/5015, S. 7; für den Entwurf des „Deutsche Bahn Gründungsgesetzes“ (DBGrG) Bundestagsdrucksache 12/5014 mit Bundestagsdrucksache 12/4609, S. 12 ff.

Die hiermit verbundene gesellschaftsrechtliche Einbindung und auch Hemmung eigentumsrechtlicher Einflussnahmen war intendiert und sollte durch Art. 87e III 1 GG für alle Eisenbahnunternehmen abgedeckt sein. Hierüber hinausgehende Einflussmöglichkeiten sollten verfassungsrechtlich nicht geboten sein. Andererseits sollte die vom Bundesrat durchgesetzte Garantie des Mehrheitseigentums des Bundes aber als Untermaß zumindest die gesetzlich als Regelfall vertypen Möglichkeiten eines Eigentümers nach Aktienrecht sicherstellen. Dem Kompromiss entsprechend kommt es insoweit auf die Möglichkeiten nicht eines Alleineigentümers, sondern auf die eines Mehrheitsaktionärs an – getragen von der verfassungsrechtlichen Erwartung, dass damit letztlich der Bund die Politik dieser Unternehmen bestimmen kann.

Zusammenfassend gebietet Art. 87e III GG als Untermaß jeder gesetzlichen wie gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung die Sicherstellung von Einflussrechten, die denen eines unmittelbaren Mehrheitseigentümers entsprechen. Der Bund kann sich dabei zwar ganz verschiedener gesellschaftsrechtlicher Formen bedienen. Im Ergebnis müssen seine Einwirkungsrechte bei Gesamtbetrachtung aber den als gesetzlichen Regelfall vertypeten Einflussmöglichkeiten des Aktienrechts zumindest leichkommen.

b) Zulässigkeit und Grenzen von gestuften Einwirkungsrechten

Von diesem Ausgangspunkt bemisst sich die Zulässigkeit von gestuften Einwirkungsrechten. Sie ist durch zwei Grundsätze geprägt:

Einerseits gilt der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit. Der Gesetzgeber kann sich für die Realisierung seines Mehrheitseigentums der verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Formen bedienen und kann dabei insbesondere auch auf die Formen des Konzernrechts zurückgreifen. Konstruktionen, die dem Bund seine Einflussrechte in gestufter Weise sichern, sind damit nicht prinzipiell unzulässig. Die Eingriffsrechte des Bundes müssen nicht von vornherein nur auf der Basis unmittelbaren Eigentums an den Infrastrukturunternehmen realisiert werden. In diesem Sinne – und nur in diesem Sinne – wird auch von der Literatur sog. „Schachteileigentum“ des Bundes grundsätzlich für zulässig gehalten,

E. Schmidt-Aßmann/H. Ch. Röhl, aaO., DÖV 1994, S. 577 (582); *H. Gersdorf*, aaO., Art. 87e, Rn. 16; *M. Suckale*, in: Hermes (Hg.), AEG. Kommentar, 2006, Einführung C., Rn. 45; *R. Uerpmann*, aaO., Art. 87e, Rn. 14; *K. Windhorst*, aaO., Art. 87e, Rn. 42; *Th. Vesting*, in: AK-GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2001, Art. 87e, Rn. 46,

und sind prinzipielle Bedenken gegenüber der derzeitigen Rechtslage, bei der die Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch die im hundertprozentigen Eigentum des Bundes stehende Deutsche Bahn kontrolliert werden, bisher nicht aufgekommen.

Andererseits ist die Frage nach der Zulässigkeit gestufter Einflussnahmen keine Frage, die sich abstrakt-schematisch beantwortet. Sie entscheidet sich danach, ob nach Maßgabe der konkreten Ausgestaltung eine angemessene Einflussnahme des Bundes hinreichend effektiv sichergestellt ist, d.h. ob sie denen eines unmittelbaren Mehrheitsaktionärs bei Gesamtbetrachtung zumindest gleichkommen.

Auch hier ist die Gewährleistung des Mehrheitseigentums folglich als materielle Gewährleistung von Einflussmöglichkeiten ernst zu nehmen und nicht auf eine bloße Formalgarantie zu reduzieren. Die Einflussmöglichkeiten dürfen nicht in Kaskaden von Beteiligungsverhältnissen verdünnt werden und Art. 87e III 3 GG unterlaufen. Insbesondere reicht es nicht, dass eine abstrakt-mathematische Rückrechnung auf jeder Stufe eine Anteilsmehrheit des Bundes ergibt. Maßgeblich sind vielmehr die – gesellschaftsrechtlich sehr verschieden gestaltbaren – konkreten Einflussmöglichkeiten. Hierfür sind nicht nur Beteiligungsquoten maßgeblich, sondern auch etwa die Frage, ob ein Unternehmen dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt, ob Sonderrechte bestehen und ob und auf welcher Stufe eventuell Beherrschungsverträge nach §§ 291 ff. AktG mit Weisungsrechten nach § 308 AktG bestehen.

Dies widerspricht auch nicht etwa dem Stand der Literatur. Soweit diese darauf abstellt, sog. „Schachtelbeteiligungen“ seien zulässig, wenn sie sich „auf eine Mehrheitsbeteiligung des Bundes zurückrechnen lassen“,

E. Schmidt-Aßmann/H. Ch. Röhl, aaO., DÖV 1994, S. 577 (582), ist über Art und Kriterium dieser „Rückrechnung“ weder etwas ausgeführt noch erkennbar, dass hierüber nachgedacht wurde.

Vgl. *R. Uerpmann*, aaO., Art. 87e, Rn. 14; *Th. Vesting*, aaO., Art. 87e, Rn. 46; *K. Windhorst*, aaO., Art. 87e, Rn. 42.

Es bestand nach bisheriger Rechtslage hierzu auch kein Anlass. Mit dem allgemeinen Verweis auf rückrechenbare Mehrheiten des Bundes schien ein entsprechendes Einflusspotential bisher wie selbstverständlich mit umfasst,

und dieses war durch die bisherige Konstruktion wohl auch gewährleistet (siehe unten 4. b. aa.). Die Frage der gesellschaftsrechtlichen Mediatisierung von Einflussrechten stellt sich demgegenüber angesichts der avisierten Reform neu. Sie muss nach Art. 87e III 2, 3 GG materiell – unter Rückgriff auf das Leitbild eines unmittelbaren Mehrheitsaktionärs – beantwortet werden.

c) Zwischenergebnis

Gestufte Einwirkungsrechte sind als Form gesellschaftsrechtlicher Gestaltung auch in bezug auf Eisenbahninfrastrukturunternehmen grundsätzlich zulässig. Sie dürfen dabei aber die durch Art. 87e III GG gewährleisteten Einflussmöglichkeiten des Bundes nicht aushöhlen. Verfassungsmäßig sind sie deshalb nur, wenn in ihrem Rahmen die Einflussrechte des Bundes bei einer Gesamtbetrachtung nicht geringer sind als die Einflussmöglichkeiten eines Mehrheitseigentümers nach den allgemeinen Regeln des Aktienrechts.

3. Die Stellung des Mehrheitsaktionärs als Leitbild hinreichend effektiver Einwirkungsbefugnisse des Bundes

Das verfassungsrechtlich geforderte Mindestmaß an Einflussmöglichkeiten des Bundes orientiert sich – so hat die bisherige Untersuchung ergeben – an der Rechtsstellung eines Mehrheitseigentümers nach Aktienrecht. Maßgeblich ist folglich die hypothetische Stellung des Bundes gegenüber seinen Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die diesem als unmittelbarer Mehrheitsaktionär zukäme. Um das vorliegend zu begutachtende Gesetzesvorhaben beurteilen zu können, bedarf es folglich einer Analyse, wieweit diese Rechte reichen würden.

Einflussnahmen von Aktionären vollziehen sich grundsätzlich über die Hauptversammlung (§ 118 AktG). Diese spiegelt im gesetzlichen Regelfall die Mehrheitsverhältnisse der Anteilseigner nach Maßgabe der Kapitalbeteiligung (§§ 12, 134 AktG), so dass ein Mehrheitsaktionär grundsätzlich auch

die Mehrheit der Stimmen in der Hauptversammlung innehat. Die damit verbundene Entscheidungsmacht betrifft einerseits die sachlichen Beschlüsse, die in der Hauptversammlung getroffen werden (a), sowie andererseits die durch die Hauptversammlung erfolgende Bestellung des Aufsichtsrats (b).

a) Einfluss im Rahmen von Sachentscheidungen der Hauptversammlungen

Einflussmöglichkeiten mittels der Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung ergeben sich zunächst in bezug auf die Entscheidungen, die der Hauptversammlung selbst als eigene Sachentscheidungen zugewiesen sind.

aa) Hierunter fallen zunächst die grundlegenden Entscheidungen über Fortbestand und Struktur der Gesellschaft (sog. „Grundlagenzuständigkeit“).

B. Grunewald, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006, S. 271 f.; *F. Kübler/H.-D. Assmann*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006, S. 219 f.; vgl. auch *D. Kubis*, in: Kropff/Selmer (Hg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 4, 2. Aufl. 2004, § 119, Rn. 61 ff.; *J. Reichert*, in: Müller/Rödter (Hg.), Handbuch der AG, 2004, § 5, Rn. 4 ff., 27 ff.

Die Einwirkungsmacht, die den Mehrheitseigentümern diesbezüglich zukommt, ist elementar. Sie ist freilich gerade auf dieser Ebene auch begrenzt. Entscheidungen der Grundlagenzuständigkeit bedürfen grundsätzlich einer Dreiviertelmehrheit.

Vgl. etwa Satzungsänderungen, § 179 II AktG; Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung, §§ 132 I, 222 I AktG; Umwandlungsentscheidungen, § 233 II UmwG; Auflösung, § 262 I 2 AktG; vgl. auch BGHZ 159, 30 = NJW 2004, S. 1860; BGH ZIP 2004, S. 1001; für die Dreiviertelmehrheit bei gesetzlich nicht geregelten Grundlageneinscheidungen allgemein *D. Kubis*, in: Kropff/Selmer (Hg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 4, 2. Aufl. 2004, § 119, Rn. 55 m.w.N.

Der Aktionär, der – wie nach Art. 87e III GG möglich – nur eine knappe Mehrheit der Aktien innehat, verfügt insoweit also nicht über die alleinige Bestimmungsmacht. Immerhin allerdings verbleibt dem Mehrheitseigentü-

mer aber schon auf dieser Ebene doch gewichtiger Einfluss: Er verfügt nicht nur über eine Sperrminorität und damit ein Vetorecht, sondern er hat mit seiner Mehrheit auch ein wirksames Initiativrecht. Als einflussreichste Macht in der Hauptversammlung hat er maßgebliche Möglichkeiten, auf die Bildung der erforderlichen Dreiviertelmehrheit hinzuwirken – zumal in Verbindung mit der Verhandlungsmacht, die ihm aus anderen Kompetenzen, für deren Wahrnehmung die einfache Mehrheit reicht (§ 133 AktG), zukommt.

bb) Weitergehende und direktere Entscheidungsmacht kommt dem Mehrheitsaktionär mittels der allgemeinen Kontroll- und Sachentscheidungskompetenzen der Hauptversammlung zu. Sie umfassen Entscheidungen, die auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft maßgeblich zurückwirken. Zu nennen sind hier zum einen die Entscheidung über die Verwendung des Jahresgewinns (§ 174 I AktG) und zum anderen Kontrollrechte, wie der Entzug des Vertrauens gegenüber dem Vorstand (§ 84 III 2 AktG), die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats (§ 120 AktG), die Geltendmachung von Auskunftsrechten gegenüber dem Vorstand (§ 131 AktG), die Bestellung von Sonderprüfern (§ 142 AktG) und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand und dem Aufsichtsrat bzw. gegenüber Dritten nach § 117 AktG (§ 147 I, II AktG). In all diesen Fällen entscheidet die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit (§ 133 I AktG). Mittels seiner Stimmenmehrheit ist der Mehrheitsaktionär hier unmittelbar und jederzeit (§ 122 AktG) in der Lage, auch alleine grundlegende Entscheidungen zu treffen und entsprechend Verantwortung für das Unternehmen zu übernehmen.

b) Einflussrechte in bezug auf die Geschäftsleitung

Die eigentliche Geschäftspolitik und damit die für die Geschäftstätigkeit maßgeblichen Strategiefragen siedelt das Aktienrecht demgegenüber nicht in der Hauptversammlung, sondern im Zusammenspiel von Vorstand und

Aufsichtsrat an. Der maßgebliche Gehalt der eigentumsrechtlichen Einflussrechte in bezug auf die Geschäftspolitik bemisst sich folglich aus den Möglichkeiten, in diesem Kräftefeld Einfluss auszuüben. Auch hier richtet sich das Maß der mit Art. 87e III GG geforderten Einflussrechte des Bundes nach den regulären Einflussmöglichkeiten eines Mehrheitsaktionärs. Nicht gefordert ist folglich ein jederzeit aktualisierbares Direktionsrecht, das es erlaubt, in die laufenden Geschäfte mitentscheidend einzugreifen. Die prinzipielle Distanz, die das Aktienrecht zwischen Eigentum und Geschäftsleitung errichtet (§ 76 I AktG), erkennt auch Art. 87e III GG an (siehe oben 2. a.). Maßgeblich für die hypothetische Stellung des Bundes als Mehrheitsaktionär an seinen Eisenbahninfrastrukturunternehmen ist aber, welche Einflussmöglichkeiten ein Mehrheitsaktionär auf die Besetzung des Aufsichtsrats und darüber auf die Bestellung und Überwachung des Vorstands hat.

aa) Die Einflussnahme auf die Geschäftsleitung vermittelt sich durch die Aufsichtsratssitze, die ein Mehrheitsaktionär rechtlich durchsetzen kann. Maßgeblich ist hierfür zunächst der gesetzliche Rahmen zu Größe und Zusammensetzung der Aufsichtsräte. Die relativ geringste Repräsentanz eines Mehrheitsaktionärs ergibt sich insoweit für Unternehmen mit mehr als 20.000 Mitarbeitern, wie der DB Netz AG. Gemäß § 95 1, 4 AktG i.V.m. § 7 MitbestG umfasst hier der Aufsichtsrat 20 Mitglieder, von denen je 10 Mitglieder von den Arbeitnehmern bzw. Anteilseignern gestellt werden. Nach §§ 101 I, 133 I AktG werden die Vertreter der Anteilseigner von der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit gewählt. Daraus ergibt sich, dass der Mehrheitseigentümer mittels seiner Mehrheit in der Hauptversammlung die Anteilseignerbank vollständig besetzen kann. Eine Repräsentanz der Minderheit ist demgegenüber aktienrechtlich nicht vorgeschrieben; „einen institutionalisierten Minderheitenschutz gibt es nicht“,

U. Hüffer, Aktiengesetz, 7. Aufl. 2006, § 101, Rn. 4; vgl. auch *B. Grunewald*, aaO., S. 257.

Die nach Aktienrecht begründeten Einflussrechte des Eigentümers werden dabei weiter durch die Regeln zu Wahl und Stimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden präzisiert, die im Ergebnis sicherstellen, dass sich im Streitfall die Anteilseignerbank durchsetzen kann (§§ 27 I, 29 II, 31 MitbestG). In der Sache bedeutet dies selbst in bezug auf die großen mitbestimmten Unternehmen, dass der Mehrheitseigentümer über die von ihm bestellten Mitglieder des Aufsichtsrats bei allen nach Mehrheit zu treffenden Entscheidungen (§ 108 AktG) das letzte Wort hat.

Vgl. *U. Hüffer*, aaO., § 108, Rn. 6.

Erst recht gilt dieses für kleinere Unternehmen, die nicht in gleichem Umfang der Mitbestimmung unterliegen wie die DB Station & Service AG und die DB Energie GmbH. Hier ergibt sich die Durchsetzungsfähigkeit des Mehrheitsaktionärs bereits aus der von ihm bestellbaren Mehrheit der Anteilseignerbank.

Diese Durchsetzungsmacht des Mehrheitseigentümers wird damit auch von Art. 87e III GG vorausgesetzt. Da dieser einen realen gesellschaftsrechtlichen Einfluss des Bundes sicherstellen will, weist er dem Bund – als Mindestmaß – die Rechte und damit auch die Verantwortung eines Mehrheitsaktionärs für die gesamte Anteilseignerbank im Aufsichtsrat zu. Der Bund darf sich für seine Eisenbahninfrastrukturunternehmen dieser Verantwortung nicht durch Beschränkungen seiner Einflußmöglichkeiten in der Hauptversammlung begeben.

bb) Die damit verbundenen Einflussmöglichkeiten sind überaus gewichtig: Zunächst liegt damit die Personalkompetenz mittelbar in der Hand des Mehrheitseigentümers. So geht die eminent wichtige Entscheidung, wer als Vorstandsmitglied und wer als Vorstandsvorsitzender zu bestimmen ist, letztlich auf den Mehrheitseigentümer zurück und kann von den in seiner Verantwortung entsandten Mitgliedern allein durchgesetzt werden (§ 84 I, II AktG, § 31 I-IV MitbestG). Nichts anderes gilt für die Entscheidung über

eine mögliche Abberufung des Vorstands, die, unbeschadet der gesetzlichen Maßgaben des § 84 III AktG, nicht minder wichtig ist.

Vgl. dazu *F. Kübler/H.-D. Assmann*, aaO., S. 203, die – insbesondere angesichts der vorläufigen Wirksamkeit von Berufungsentscheidungen – die Einschränkungen der Abberufbarkeit von Vorständen für nicht bedeutsam halten.

Darüber hinaus sind für die Stellung des Eigentümers die weitreichenden Überwachungsrechte bedeutsam, die dem von ihm beherrschten Aufsichtsrat nach § 111 AktG gegenüber dem Vorstand zukommen – bis hin zu dem Recht, bestimmte Geschäfte seiner Zustimmung zu unterwerfen (§ 111 IV AktG). Insgesamt reicht der Einfluss des Mehrheitsaktionärs via Hauptversammlungen/Aufsichtsrat somit tief in die Gesellschaftsstrukturen hinein. Trotz des Mitbestimmungsrechts und unbeschadet einer gewissen aktienrechtlichen Distanzsicherung zwischen Geschäftsleitung und Eigentümern kommen einem Mehrheitsaktionär reale und aktualisierbare Einwirkungsmacht und damit eine tiefgreifende Verantwortung in bezug auf die Gesellschaft zu. Eine solche Verantwortung wollte Art. 87e III GG für den Bund in bezug auf seine Eisenbahninfrastrukturunternehmen begründen.

c) **Zwischenergebnis**

Art. 87e III GG verlangt mit dem Mehrheitseigentum reale und aktualisierbare Einflussrechte des Bundes. Nach dem Leitbild der Rechte eines Mehrheitsaktionärs als Untermaß gehören hierzu in der Hauptversammlung Sperrminoritäten und Initiativrechte hinsichtlich der Grundlagen der Gesellschaft sowie unmittelbar durchsetzbare Kontroll- und Entscheidungsrechte. Weiter gehört hierzu eine wirksame Kontrolle der Geschäftsführung über einen letztlich von ihr beherrschten Aufsichtsrat. Unbeschadet der Regeln über die Mitbestimmung und einer gewissen konzeptionellen Verselbständigung der Geschäftsführung gegenüber tagespolitischen Einmischungen der Eigentümer knüpft damit Art. 87e III GG an einem Leitbild an, das in der

Literatur als „faktische beherrschte („personalistische“) Gesellschaft“ bezeichnet wird.

F. Kübler/H.-D. Assmann, aaO., S. 183.

4. Verfassungsrechtliche Beurteilung der Einwirkungsrechte nach dem geplanten Eisenbahnneuordnungsgesetz

Das geplante Eisenbahnneuordnungsgesetz erkennt die Notwendigkeit von Einflussmöglichkeiten des Bundes gegenüber den Infrastrukturunternehmen an und versucht, diese durch eine komplexe Verflechtung von unmittelbaren Entscheidungsbefugnissen sowie mittelbaren Einflussmöglichkeiten sicherzustellen. Zu prüfen ist, ob damit eine den entwickelten Anforderungen genügende Einflussnahme gewährleistet ist. Hierfür sind zunächst mittelbare Eigentumsrechte (a) und anschließend die Einflussmöglichkeiten des Bundes über die Deutsche Bahn AG (b) in den Blick zu nehmen.

a) Unmittelbare Entscheidungsrechte des Bundes

Nach der Konzeption des Eisenbahnneuordnungsgesetzes (Entwurf 2007) bleibt der Bund zwar formell alleiniger Inhaber der Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Seine hieraus folgenden gesellschaftsrechtlichen Befugnisse soll er aber nicht selbst ausüben können. Diese sollen vielmehr von der Deutschen Bahn AG wahrgenommen werden. Das Gesetz sieht unmittelbare Eigentümerrechte aber doch in zwei Formen vor: Zum einen werden punktuell herausgegriffene Maßnahmen von strukturentscheidender Bedeutung von der Zustimmung des Bundes abhängig gemacht – und auch dies nur unter dem Vorbehalt, daß das Sicherheitsinteresse des Bundes nachhaltig gefährdet ist - (§ 2 II und § 3 I, II BESG-E), zum anderen werden dem Bund als Kompensation für die fehlende Einflussnahme auf den Aufsichtsrat Entsenderechte von – je nach betroffenem Unternehmen – ein bis drei Aufsichtsratsmitgliedern zugesprochen.

Vergleicht man diese Rechte mit dem Einfluss eines Mehrheitsaktionärs, ist offensichtlich, dass jedenfalls diese Vorschriften allein eine hinreichende Einflussnahme nicht sichern. Der Zustimmungsvorbehalt kompensiert zwar das Vetorecht des Mehrheitsaktionärs in Fragen der Grundlagenzuständigkeit; er kompensiert aber nicht die diesbezüglichen Initiativrechte und erfasst von vornherein nicht alle einem Eigentümer zustehenden Kontrollrechte in der Hauptversammlung sowie dessen Entscheidungsrecht über die Verwendung des Bilanzgewinns. Keinen auch nur ansatzweise entsprechenden Einfluss sichert auch das Entsenderecht: Während ein Mehrheitseigentümer nach Aktienrecht die gesamte Anteilseignerbank und damit letztlich die Mehrheit im Aufsichtsrat stellt, sichert das Entsenderecht des § 4 BESG-E nur eine untergeordnete Minimalrepräsentation. Für die DB Netz AG kann der Bund lediglich 30 % der von den Anteilseignern zu besetzenden Sitze und damit von 15 % der Mitglieder des Aufsichtsrats insgesamt bestellen. Für die DB Station & Service AG und die DB Energie GmbH ergeben sich noch ungünstigere Verhältnisse. Das BESG-E allein sichert damit für sich betrachtet eindeutig keine Einflussnahme des Bundes, die den Anforderungen des Art. 87e III GG entspricht.

b) Gestufte Einwirkungsrechte vermittelt einer Einflussnahme auf die Deutschen Bahn AG

Zu prüfen ist allerdings, ob die geringe Wirkung dieser Einflussrechte dadurch kompensiert wird, dass der Bund mittelbare Einflussrechte über die Deutsche Bahn AG geltend machen kann. Indem die Wahrung der Rechte an den Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG übertragen ist und diese wiederum ihrerseits zumindest mehrheitlich im Eigentum des Bundes bleiben soll (§ 1 DBPrivG), lässt sich erwägen, ob hierüber hinreichende Einflussmöglichkeiten gewährleistet sind.

Nach den bisherigen Ergebnissen der Untersuchung genügt es hierfür jedenfalls nicht, einfachhin auf das Mehrheitseigentum des Bundes an der Deut-

schen Bahn AG zu verweisen. Die Mehrheit an einem Unternehmen, das seinerseits das Geschick eines Infrastrukturunternehmens beherrscht, ist nicht automatisch dasselbe wie die Mehrheit an dem Infrastrukturunternehmen selbst und genügt jedenfalls nicht schon *per se* den Anforderungen des Art. 87e III GG. Für eine Beurteilung nach dem Maßstab des Art. 87e III GG kommt es vielmehr auf eine konkrete Analyse der realen Einwirkungsmöglichkeiten an. Die verfassungsrechtlich gebotenen Einflussrechte sind vorliegend nur dann hinreichend gesichert, wenn der Bund mittels seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung in bezug auf die Deutsche Bahn AG bei Gesamtbetrachtung vergleichbaren Einfluss auf die Infrastrukturunternehmen nehmen kann wie als unmittelbarer Mehrheitsaktionär.

aa) Für die geltende Rechtslage, nach der der Bund *Alleineigentümer* der Deutschen Bahn AG und diese wiederum *Alleineigentümerin* der Infrastrukturunternehmen ist, wird dies bisher allgemein angenommen. In dieser Gestaltung spricht hierfür vieles: Der Bund hat über die Holding Einflussmöglichkeiten auch auf die Infrastrukturunternehmen, die denen eines Mehrheitsaktionärs nicht nachstehen, sondern vielmehr über diese hinausreichen dürften. Als *Alleineigentümer* hat der Bund gegenüber der Deutschen Bahn AG alle Möglichkeiten, die nach Aktienrecht überhaupt gegeben sein können: Er stellt hier nicht nur die Mehrheit im Aufsichtsrat, sondern kann die von ihm benannten Aufsichtsratsmitglieder jederzeit auch wieder abberufen (§ 103 AktG); er kann jederzeit die Satzung ändern und auch Unternehmensverträge oder Umwandlungen beschließen, ohne durch Quoren behindert zu sein. Er braucht hierfür als *Alleinaktionär* vor dem Hintergrund des § 121 VI AktG noch nicht einmal förmlich eine Hauptversammlung einzuberufen; er beschließt in der Vollversammlung.

D. Kubis, aaO., § 121, Rn. 62; *F. Kübler/H.-D. Assmann*, aaO., S. 364.

Insgesamt ist somit auch der Vorstand formell wie tatsächlich praktisch völlig von dem aktuellen Vertrauen des Bundes abhängig. Angesichts dieses

Abhängigkeitsverhältnisses wird der für sich betrachtet einflussmindernde Umweg über die Holding kompensiert. Bei Gesamtbetrachtung scheinen hier durchgreifende Einflussnahmen auch auf die Geschäftstätigkeit der Infrastrukturunternehmen sachhaltig möglich.

bb) Fraglich ist indes, ob auch nach der geplanten Neuordnung noch hinreichende Einflussrechte gesichert sind. Entscheidend ist insoweit, dass künftig die Deutsche Bahn AG teilprivatisiert werden und nur noch mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen soll. Wenn der Bund Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Infrastrukturunternehmen nehmen will, wird damit der Umweg über die Deutsche Bahn AG schwerfälliger.

Dieses ist selbst dann der Fall, wenn der Bund von seinen Rechten als Mehrheitsaktionär vollständig Gebrauch macht und die gesamte Bank der Anteilseigner im Aufsichtsrat der Deutschen Bahn AG selbst besetzt. Da der Bund nunmehr die Aufsichtsratsmitglieder wegen der erforderlichen Dreiviertelmehrheit (§ 103 AktG) nicht mehr allein abberufen kann und auch nicht mehr allein die Grundlagenverantwortung für die Gesellschaftsstruktur hat, relativieren sich seine Druckmittel erheblich. In einem potentiellen Interessenkonflikt, dessen Risiko durch die Beteiligung privater Anteilseigner steigt, werden Einflussmöglichkeiten des Bundes über eine Konzernspitze, die ihrerseits in ihren Einflussmöglichkeiten auf gesellschaftsrechtliche Verfahren und faktische Reibungsverluste verwiesen ist, erheblich behindert. Eine Kompensation für diesen Umweg gibt es in dieser Konstellation nicht mehr.

Dies gilt umso mehr, wenn der Bund nach einer Teilprivatisierung nicht alle Sitze im Aufsichtsrat der Deutschen Bahn AG selbst besetzt, sondern einige der auf die Anteilseigner entfallenden Sitze privaten Kapitalanlegern überlässt. Eine solche Einbeziehung von Minderheitsaktionären in den Aufsichtsrat ist üblich und auch naheliegend. Sie liegt in der Konsequenz einer

nachhaltigen Privatisierung der Eisenbahnverkehrsunternehmen und macht eine Beteiligung für private Kapitalgeber wesentlich attraktiver. Außerhalb der Eisenbahninfrastrukturunternehmen steht dem auch die Verfassung nicht grundsätzlich entgegen: Für die Eisenbahnen des Bundes, die nicht Infrastrukturunternehmen sind, hat Art. 87e III GG den Weg einer vollen Privatisierung eröffnet. Insofern kann das Aktienrecht im Rahmen von Teilprivatisierungen auch genutzt werden, um private Entscheidungsteilhabe zu ermöglichen. Mit einer entsprechenden Öffnung ist als Konsequenz der Teilprivatisierung folglich zu rechnen, und sie ist in den ministeriellen Überlegungen vorgesehen.

Matrix „Modellabhängige Unterschiede“, Entwurf des Lenkungsausschusses vom 18.10.2006, S. 3; Konzept zum Eigentumssicherungsmodell, Entwurf des Lenkungsausschusses vom 18.10.2006, S. 3.

§§ 1, 2 DBPrivG-E eröffnen hierfür bewusst den Weg und lassen keinerlei Vorkehrungen hiergegen erkennen.

Die Einflussmöglichkeiten des Bundes verdünnen sich damit allerdings erheblich: Eine Einflussnahme schon auf die Geschäftstätigkeit der Deutschen Bahn AG ist so nur noch sehr reduziert möglich. Dass hierüber eine wirksame Einwirkung auf die Infrastrukturunternehmen durchgesetzt werden könnte, ist in keiner Weise erkennbar. Folgendes Szenario kann das verdeutlichen: Unterstellt sei der Fall, dass die Deutsche Bahn AG in der Hauptversammlung der DB Netz AG ein Konzept vertritt, das den Vorstellungen der Bundesregierung grundlegend entgegenläuft, und dass sie zur Realisierung dieses Konzepts auch den Aufsichtsrat mit Vertretern einer entsprechenden Geschäftspolitik besetzt. Die Möglichkeiten des Bundes blieben hier in jeder Hinsicht zahnlos: Auf der Ebene der DB Netz AG selbst hat der Bund nur die wirkungsschwache Möglichkeit, drei Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, und im übrigen ein Vetorecht gegenüber Entscheidungen, die das Unternehmen strukturell ändern. Dabei kann es auch dieses nicht allgemein zur Durchsetzung unternehmerischer Strategien ausüben, sondern al-

lein zur Wahrung des eigenen Sicherungsinteresses (§§ 2 II, 3 II BESG-E). Über den Umweg einer Einflussnahme auf die Deutsche Bahn AG ihrerseits lässt sich diese Einflusslosigkeit ebenfalls in keiner Weise auffangen. Der Bund könnte in deren Aufsichtsrat noch nicht einmal allein eine Beanstandung dieser Geschäftspolitik durchsetzen – geschweige denn den Vorstand in Frage stellen. Der Aufsichtsrat als das regulär für die Überwachung der Geschäftsleitung berufene Organ bietet ihm folglich nicht annähernd hinreichende Druckmittel, um wirksam einzugreifen. Es bliebe dann allenfalls die Möglichkeit, eine Hauptversammlung der Deutschen Bahn AG einzuberufen – ein schon für sich gesehen schwerfälliges Mittel, wenn man berücksichtigt, dass es insoweit nur darum gehen kann, hierüber den Vorstand unter Druck zu setzen, damit dieser seinerseits von Einflussmöglichkeiten auf die Infrastrukturunternehmen Gebrauch macht. Aber auch auf dieser Hauptversammlung könnte man dann das Anliegen des Bundes wiederum auflaufen lassen: Eine Abberufung des Aufsichtsrats könnte der Bund mangels Dreiviertelmehrheit nicht durchsetzen, und einen theoretisch denkbaren Vertrauensentzug gem. § 84 III AktG könnte der Aufsichtsrat rechtlich ignorieren.

Explizit *M. Oltmanns/U. Unger*, in: Heidel (Hg.), Aktienrecht, 2003, § 84 AktG, Rn. 21; in bezug auf die Wahl der Mittel *M. Schiedermair/F.-J. Kolb*, in: Müller/Rödter (Hg.), Handbuch der AG, 2004, § 7, Rn. 64; betont wird im übrigen nur die originäre Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Entscheidung, vgl. *U. Hüffer*, aaO., § 84, Rn. 25.

Dieses Ergebnis der Ohnmacht verstärkt sich bei Einbeziehung der faktischen Aspekte: Eine Einflussnahme auf ein bestimmtes Geschäftsfeld eines teilprivatisierten Großkonzerns ist über die Konzernspitze schon faktisch nur begrenzt möglich. Entsprechende Anliegen bekommen hier schnell den Stellenwert des Partikularen und geraten in ein Spannungsfeld, in dem divergierende Interessen verschiedener Anteilseigner und Tätigkeitsgebiete

zum Ausgleich gebracht werden müssen. Eine Einflussnahme des Bundes auf die Infrastrukturpolitik der Bahn ist somit auf diese Weise weder rechtlich noch praktisch wirksam möglich.

Der Gesetzentwurf selbst beruht diesbezüglich im übrigen ersichtlich auf derselben Auffassung: Denn wenn man die Einflussnahme des Bundes über die Deutsche Bahn AG für wirksam gehalten hätte, hätte es keinen Grund gegeben, zusätzlich Entsenderechte und Zustimmungsvorbehalte des Bundes in bezug auf die Infrastrukturunternehmen selbst einzuräumen. Solch punktuelle Korrekturen können aber an dem grundsätzlichen Defizit nichts ändern: Durch sie ändert sich an der Wirkungslosigkeit der Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftspolitik im allgemeinen, die weiterhin nur über die Deutsche Bahn AG möglich bleibt, nichts.

c) **Gesamtbilanz**

Vergleicht man zusammenfassend die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes nach dem Entwurf des Eisenbahnneuordnungsgesetzes 2007 mit den Einwirkungsmöglichkeiten, die einem Mehrheitseigentümer nach Aktienrecht zustehen, wird deutlich, dass der Einfluss des Bundes auf seine Infrastrukturunternehmen nicht annähernd vergleichbar gesichert ist. Nach der geplanten Neuordnung kann der Bund weder eine eigene Mehrheit im Aufsichtsrat durchsetzen, noch mittels des Aufsichtsrats den Vorstand der Infrastrukturunternehmen bestellen, wirksam überwachen oder abberufen, noch Initiativen für Grundlagenänderungen in der Hauptversammlung ergreifen, noch über die Verwendung des Bilanzgewinns entscheiden. Ebenso wenig kann er Schadensersatzansprüche gegenüber Vorstand oder Aufsichtsrat geltend machen oder auch nur Auskunftsrechte, Sonderprüfungen oder Entlastungsverweigerungen in der Hauptversammlung durchsetzen. All diese Kompetenzen stehen demgegenüber einem Mehrheitsaktionär nach allgemeinem Aktienrecht zu, und zumindest entsprechende Einflussrechte werden mit der Garantie des Mehrheitseigentums des Bundes nach Art. 87e III

GG als Mindestmaß von Eigentümerrechten vorausgesetzt. Demgegenüber soll sich der Bund nach dem Gesetzentwurf künftig nur noch an die Deutsche Bahn AG halten können. Nach deren Teilprivatisierung, die auch einer möglichen Öffnung des Aufsichtsrats für private Anteilseigner die Tür öffnet, reichen die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten hier aber nicht annähernd, um auf die Geschäftspolitik im Bereich der Infrastruktur wirksam durchzugreifen.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass das geplante Eisenbahnneuordnungsgesetz dem Bund nicht annähernd Einwirkungsrechte sichert, wie sie nach Art. 87e III GG geboten sind. Der Entwurf ist verfassungswidrig.

5. Zusammenfassung

Indem Art. 87e III 2, 3 GG dem Bund das Mehrheitseigentum an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen vorbehält, gebietet er die Einräumung wirksamer Einwirkungsrechte auf diese Unternehmen. Hierbei können verschiedene, auch gestufte gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungen gewählt werden; die Einwirkungsmöglichkeiten müssen jedoch bei Gesamtbetrachtung zumindest denen eines Mehrheitseigentümers nach dem gesetzlichen Regelfall des Aktienrechts gleichkommen. Hierzu zählen Veto-, Initiativ- und Kontrollrechte in der Hauptversammlung sowie die Bestellung der Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrats. Der Entwurf des „Gesetzes über die Struktur der Eisenbahnen des Bundes“ sichert einen vergleichbaren Einfluss nicht annähernd. Die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Infrastrukturunternehmen selbst sind punktuell begrenzt, und die mittelbaren Einflussmöglichkeiten über die Deutsche Bahn AG kompensieren dieses nicht: Eine wirksame Einflußnahme auf die Geschäftsführung der Konzernspitze ist nach einer Teilprivatisierung der Deutsche Bahn AG angesichts der dann reduzierten Präsenz des Bundes in deren Aufsichtsrat nicht mehr gewährleistet.

II. Wirtschaftliche Substanz des Bundeseigentums an den Infrastrukturunternehmen

Die bisherige Untersuchung zielte auf die Frage, ob das geplante Eisenbahnneuordnungsgesetz die nach Art. 87e III GG geforderten gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes sicherstellt. Die Frage musste verneint werden. Im Folgenden ist zu prüfen, ob darüber hinaus möglicherweise auch in bezug auf die wirtschaftliche Substanz, d.h. die vermögensrechtliche Position des Bundes das ihm zugeordnete Eigentum unzureichend ausgestaltet ist.

Ausgangspunkt ist wiederum Art. 87e III GG. Dieser gewährleistet mit dem Mehrheitseigentum des Bundes nicht nur Einwirkungsbefugnisse, sondern eine vollwertige Eigentümerstellung insgesamt. Das heißt, die dem Bund zugeordnete Rechtsposition muss sich auch in ihrem Vermögenswert als vollwertige Eigentümerposition darstellen. Fraglich ist, ob die Konstruktion der „Sicherungsübertragung“ und die sie ausführenden Vorschriften zur Beendigung des Sicherungsverhältnisses und zum Wertausgleich diesem Rechnung trägt. Zu prüfen ist damit, ob dem Bund zumindest im materiellen Sinne eine unbeeinträchtigte Eigentümerstellung eingeräumt ist.

1. Das zivilrechtliche Leitbild der Sicherungsübereignung

Die §§ 1 ff. BESG-E nehmen scheinbar Anleihe an der Figur des Sicherungseigentums im Zivilrecht und versuchen damit, die gewählte Konstruktion als eine tradierte Form der Eigentumsnutzung zu legitimieren. Tatsächlich ist die Figur des Sicherungseigentums im Zivilrecht eine materiell sachhaltige Form der Eigentümerstellung, obwohl auch hier der Sicherungs-

nehmer von seinen Eigentumsrechten in der Regel keinen Gebrauch macht und dieses grundsätzlich beim Sicherungsgeber bilanziert wird.

Vgl. *J. Oechsler*, in: Rebmann u.a. (Hg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2004, Anhang nach §§ 929-936, Rn. 1; die Stellung des Sicherungsnehmers weiter abschwächend *H. J. Wieling*, Sachenrecht, Bd. I, 1990, S. 800 ff.

Der Eigentümer genießt hier statt der unmittelbaren Gebrauchs- und Nutzungsrechte den Vermögenswert des Eigentums. Von eigenständigem Vorteil ist ihm hier der vermögensrechtliche Wert, den er zur Sicherung anderer, ihm selbst zustehender Forderungen einsetzt und somit nutzen kann. Eigentum ist hier Ersatz für einen von diesem abgelösten Anspruch. Entsprechend gibt der Eigentümer sein Eigentum im Gegenzug zur Erfüllung wirtschaftlich gleichwertiger Ansprüche auf – durch das schrittweise Anwachsen eines das Eigentum zunehmend belastenden Anwartschaftsrechts eingebunden in einen gleitenden Übergang. Über den wirtschaftlichen Wert macht hier der Eigentümer also vollwertig von seiner Eigentümerstellung Gebrauch. Er erhält einen gleichwertigen Gegenwert und verliert sein Eigentum, wenn und soweit er diesen Gegenwert realisiert hat.

2. Die „Sicherungsübertragung“ nach dem BESG-E

Demgegenüber verfehlt das Modell des BESG-E entgegen allen Bemühens diese Konstruktion grundlegend – und muss sie verfehlen. Denn schon die Bezeichnung der „Sicherungsübertragung“ ist irreführend und begründet eine vergleichbare vollwertige Eigentümerstellung des Bundes gerade nicht. Der Bund sichert hier nicht Ansprüche, die vom Eigentum abgelöst eigene wirtschaftliche Interessen verkörpern, sondern eine dauerhafte gesetzliche Pflicht, die überdies dem Grund nach verfassungsrechtlich fundiert ist. Er erhält insofern keine Gegenleistung von eigentumsurrogierenden Wert. Dennoch aber soll nach den Regeln des BESG-E der wirtschaftliche Wert des Eigentums durch die Sicherungskonstruktion verbraucht werden, bzw.

anders formuliert: Die Konstruktion Sicherungsübertragung dient von vorneherein dazu, auch den im Eigentum liegenden Vermögenswert der Infrastrukturunternehmen auf die Deutsche Bahn AG zu übertragen und das Eigentum des Bundes wirtschaftlich zu entleeren.

Deutlich wird dies schon in den Regeln zur Beendigung des Sicherungsverhältnisses. In jedem Fall nämlich soll an dessen Ende der Wert der Infrastrukturunternehmen vermögensrechtlich der Deutschen Bahn AG zufallen: Besonders augenfällig war das nach dem inzwischen überarbeiteten ersten Entwurf vom 11.01.2007, nach dem die Eisenbahninfrastrukturunternehmen am Ende ganz der Deutschen Bahn AG zufallen sollten. Nicht anders ist dieses aber auch nach den jetzigen §§ 5, 7 BESG-E. Zwar sollten danach die Eisenbahninfrastrukturunternehmen letztlich dem Bund zufallen; dieser soll dabei aber zu einem Wertausgleich verpflichtet sein. Das Sicherungsverhältnis verbraucht also den vermögensrechtlichen Wert des Unternehmens – und zwar ohne dass darüber das Sicherungsinteresse des Bundes erfüllt ist und erfüllt sein könnte oder sonst ein entsprechender Wert in das Eigentum des Bundes gelangt wäre.

Dieser Verbrauch des Vermögenswertes vollzieht sich überdies nicht schrittweise zumindest über den vereinbarten Sicherungszeitraum, sondern sofort mit Beginn des Sicherungsverhältnisses auf einen Schlag. Manifest wird das im Fall der Beendigung des Sicherungseigentums wegen außerordentlicher Kündigung bzw. Pflichtverletzungen nach § 6 BESG-E, also im Fall der „Schlechterfüllung“. Selbst in diesem Fall soll der Bund gegenüber der Deutschen Bahn AG zu Wertausgleich verpflichtet sein (§ 7 BESG-E). Anders als im Zivilrecht, das in diesem Fall die wirtschaftliche Verwertbarkeit geradezu als Kernelement der Eigentümerstellung des Sicherungnehmers versteht, kann der Bund hier also auch hier den im Eigentum liegenden Vermögenswert des Eigentums nicht nutzen. Ihm wird insoweit gerade nicht eine über den Vermögenswert vermittelte vollwertige Eigentümerstellung

eingräumt. Die Kündigungsmöglichkeit in bezug auf die Treuhänderstellung der Deutschen Bahn AG ist insoweit nicht Ausdruck seiner vermögensrechtlichen Stellung als Eigentümer, sondern allenfalls ein politisches Druckmittel. Durch diesbezüglich hohe Voraussetzungen (vgl. etwa „wiederholte“ Pflichtverletzung, § 6 I 2 BESG-E) und gepaart mit Unsicherheiten über die Höhe der dann drohenden Entschädigung infolge der überaus interpretationsbedürftigen Kriterien des § 7 BESG-E dürfte dabei selbst politisch dieses Druckmittel kaum wirkungsvoll eingesetzt werden können.

Demgegenüber ist es kein Einwand, dass der Wertausgleich wirtschaftlich teilweise an den Bund zurückfließt, weil dieser Mehrheitseigentümer der Deutschen Bahn AG bleibt. Denn wenn diese künftig bis zu annähernd 50 % im Eigentum Privater stehen kann, fällt damit der Wert auch der Schienenunternehmen (bzw. der entsprechenden Zahlungen) diesen mit zu. Dem lässt sich nicht etwa entgegenhalten, dass eine Teilprivatisierung auch hinsichtlich der Eisenbahninfrastrukturunternehmen verfassungsrechtlich zulässig wäre. Denn eine solche wurde gerade nicht beschlossen und hätte nur Grund eines diesbezüglich ausdrücklichen Gesetzes beschlossen werden können (vgl. auch unten III.). Ein Gesetz zur Teilprivatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen existiert insoweit gerade nicht – der Gesetzgeber hat vielmehr deutlich zu erkennen gegeben, dass deren Privatisierung nicht beabsichtigt sei.

3. Zusammenfassung

Die Konstruktion der Sicherungsübertragung gewährleistet dem Bund auch vermögensrechtlich keine vollwertige, dem Art. 87e III GG entsprechende Eigentumsposition. Anders als im Fall des zivilrechtlichen Sicherungseigentums ist der Bund von vorneherein nie in der Lage, aus seiner formal juristischen Rechtsstellung vermögensrechtliche Vorteile zu ziehen: Ohne eigen-

tumssurrogierende Gegenleistung und ohne dass sein Sicherungsinteresse erfüllt ist, muss er bei Rückfall des Eigentums am Ende der Sicherungsperiode einen Wertausgleich leisten, d.h. vermögensrechtlich sein Eigentum neu bezahlen. Selbst während des Sicherungsverhältnisses ist ein Rückgriff auf das Eigentum nur unter Wertausgleich möglich, d.h. unter der Bedingung, dass der Bund für sein Eigentum vermögensrechtlich neu aufkommt.

III. Verdeckte (Teil)Privatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass das geplante Eisenbahnneueordnungsgesetz dem Bund nur eine äußerlich-formale Eigentümerstellung an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen belässt, in der Sache aber sowohl die gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsrechte als auch den wirtschaftlichen Wert auf die Deutsche Bahn AG überträgt. Da die Deutsche Bahn AG unter Einschluss der damit erzielten Wertsteigerung teilweise privatisiert werden soll, ist zu prüfen, ob darin eine verdeckte Teilprivatisierung auch der Eisenbahninfrastrukturunternehmen liegt, die gegen den Gesetzesvorbehalt des Art. 87e III 3 GG verstößt.

1. Bedeutung des Gesetzesvorbehalts

Nach Art. 87e III 3 GG ist eine Teilprivatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen nur aufgrund eines Gesetzes möglich. Anders als die Verkehrsunternehmen können damit die Infrastrukturunternehmen der Bahn nicht durch schlichten Beschluss der Exekutive, d.h. der Bundesregierung bzw. eines Ministers (teil)privatisiert werden, sondern nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes. Der Gesetzesvorbehalt hat dabei eine rechtsstaatliche, eine demokratische sowie eine föderale Bedeutung.

Vgl. *E. Benda*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1984, S. 490 ff.; *H. Dreier*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Demokratie), Rn. 120; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 633 ff.; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 105 ff.

Zum einen soll die weitreichende Entscheidung über den teilweisen Verzicht auf die Rechte an der Infrastruktur nur explizit, für alle klar erkennbar und in eindeutig begrenzter Weise möglich sein. Der Gesetzesvorbehalt erfüllt insoweit eine Warnfunktion. Des weiteren stellt der Gesetzesvorbehalt sicher, dass über „Ob“, „Wann“ und Umfang einer eventuellen Privatisierung in einem transparenten Verfahren auf der Grundlage parlamentarischer Öffentlichkeit unter verfahrensrechtlicher Einbeziehung auch oppositioneller Gruppen beraten und entschieden wird. Schließlich sichert der Gesetzesvorbehalt nach Art. 87e V 1 GG eine Zustimmungspflicht der Länder. Eine Teilprivatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen sollte nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Länder möglich sein. Es ist insoweit bedeutsam, dass gerade der Bundesrat sich bei Schaffung des Art. 87e GG einer Privatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen zunächst energisch entgegenstellte, da er Interessen der Länder – insbesondere hinsichtlich des Regionalverkehrs – gefährdet sah. Der Gesetzesvorbehalt erkennt an, dass jede Minderung der vollen Eigentümerstellung des Bundes die Interessen der Länder nachhaltig berühren kann. Art. 87e III 2 GG schreibt in diesem Sinne zunächst die volle Eigentümerstellung des Bundes als Ausgangspunkt verfassungsrechtlich fest und macht jede Minderung dieser Rechte von der Zustimmung des Bundesrats abhängig.

2. Faktische Teilprivatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen

Wie dargelegt werden durch die Vorschriften des Gesetzesentwurfs sowohl die gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsrechte aus Eigentum als auch der

wirtschaftliche Wert des Eigentums an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen auf die Deutsche Bahn AG übertragen. Dieser werden nicht nur die Gewinnansprüche übertragen (§ 2 III BESG-E), sondern diese soll die Infrastrukturunternehmen auch mitbilanzieren (§ 1 II BESG-E). Die Deutsche Bahn AG soll nach dieser Konzeption in vollem Umfang wirtschaftlicher Eigentümer der Infrastrukturunternehmen sein. Im Rahmen einer künftigen Privatisierung der Deutschen Bahn AG geht damit der Wert der Infrastrukturunternehmen in die Bewertung des Aktienwerts ein. Es kann davon ausgegangen werden, dass nicht zuletzt dieser Effekt ein besonderes *movens* der durch den Gesetzentwurf gewählten Konstruktion ist. Im Ergebnis zahlen damit künftige private Kapitalanleger für die Infrastrukturunternehmen mit und erlangen so an deren „wirtschaftlichen Eigentum“ einen entsprechenden Anteil. Während die formale Hülle des Eigentums beim Bund bleibt, wird das Eigentum in einem wirtschaftlichen Sinne und damit seiner Substanz nach (teil)privatisiert.

3. Fehlen eines Gesetzes

Eine hinreichende gesetzliche Regelung für diese verdeckte Teilprivatisierung ist nicht ersichtlich. Insbesondere reicht das Deutsche-Bahn-Privatisierungsgesetz hierfür nicht: Dies ergibt sich schon daraus, dass es die tatsächliche Bedeutung einer künftigen Privatisierung der Deutschen Bahn AG für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen in keiner Weise offenlegt. Die politische Entscheidung, den wirtschaftlichen Wert auch der Infrastrukturunternehmen mitzuprivatisieren, ist nicht in bestimmter und rechtsklarer Form zum Ausdruck gebracht. Insoweit wird schon der Warnfunktion des Gesetzesvorbehalts nach Art. 87e III 3 GG nicht entsprochen.

Vor allem aber regelt das Deutsche-Bahn-Privatisierungsgesetz auch in der Sache nicht, ob, wann und in welchem Umfang die Privatisierung ins Werk

gesetzt werden soll. Es eröffnet lediglich die *Erlaubnis* zu einer Privatisierung, entscheidet aber noch nicht einmal verbindlich, dass überhaupt eine Privatisierung erfolgen muss. Schon gar nicht enthält das Gesetz Angaben über Zeitpunkt, Abfolge und Umfang der Privatisierung. Abgesehen von dem Mehrheitsvorbehalt, der nicht mehr als eine äußere Grenze ist, wird die gesamte Entscheidung über die Privatisierung in die Hände der Exekutive gelegt. Die Gesetzesbegründung macht deutlich, dass hierfür in flexibler Weise „das Bundesministerium der Finanzen im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung“

Begründung zu Art. 1 § 2 DB PrivG, S. 12 der Begründung des Gesetzes zum EBNeuOG-E 2007

zuständig sein soll. Bezüglich der Eisenbahnverkehrsunternehmen, für deren Privatisierung kein spezifischer Gesetzesvorbehalt besteht, ist diese Regelung unbedenklich. Insoweit aber, als mit der Deutschen Bahn AG wirtschaftlich auch die Infrastrukturunternehmen mitprivatisiert werden, ist dieses unzulässig: In bezug auf sie soll die Privatisierungsentscheidung gerade nicht flexibel in Ministerhand gelegt werden, sondern müssen die Grundentscheidungen auf das Gesetz selbst zurückgehen. Eine diskretionäre Entscheidung der Exekutive schließt Art. 87e III 3 GG aus.

Indem die Entscheidung über das „Ob“ und die Umstände der Privatisierung in die Hände der Exekutive gelegt werden, werden nicht nur die parlamentarische Minderheit, sondern insbesondere auch die Länder von diesen Entscheidungen ausgeschlossen. Während Art. 87e V GG ihnen mit der Zustimmungspflicht ein substantielles Mitsprache- und Vetorecht einräumt, wird ihnen in Folge des Zusammenwirkens von §§ 1, 2 DBPrivG-E und §§ 1 II, 2 ff. BESG-E jede Mitwirkung an der faktischen Privatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen abgeschnitten. Mit der ministeriellen Entscheidung über die Privatisierung der Deutschen Bahn AG wird ihnen der Sache nach auch die Privatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen untergeschoben.

4. Zwischenergebnis

Der Gesetzesvorbehalt des Art. 87e III 3, V GG verlangt, dass über eine etwaige Teilprivatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen nur aufgrund expliziten Gesetzes mit Zustimmung des Bundesrats entschieden werden kann. Dieses muss „Ob“, „Wann“ und Umfang etwaiger Privatisierung im Kern selbst entscheiden. Die vorgesehene Privatisierung der Deutschen Bahn AG, in deren Bilanzen die Eisenbahninfrastrukturunternehmen einbezogen sind, bedeuten wirtschaftlich deren Privatisierung. Eine hinreichend explizite gesetzliche Grundlage hierfür enthält das Deutsche-Bahn-Privatisierungsgesetz, das praktisch alle Entscheidungen in die Hände der Exekutive legt, nicht. Damit wird sowohl den parlamentarischen Minderheiten als auch den Ländern im Bundesrat die verfassungsrechtlich verbrieftete Mitwirkung genommen.

IV. Einzelfragen der Ausgestaltung

Neben den bisher erörterten Grundstrukturen des Gesetzesentwurfs werfen auch Einzelheiten der Ausgestaltung verfassungsrechtliche Fragen auf. Sie sollen im folgenden nur kurz angerissen werden. In den Blick zu nehmen ist hier die demokratische Legitimation der Einigungsstelle nach § 7 V BESG-E (1.), der Ausschluss des Rechtswegs in bezug auf dessen Entscheidungen (2.) sowie die langjährigen vertraglichen Bindungen des Bundes durch § 5 I BSEAG (3.).

1. Die demokratische Legitimation der Einigungsstelle nach § 7 V BESG-E

§ 7 V BESG-E sieht für Streitigkeiten über die Höhe eines etwaigen Wertausgleichs die Errichtung einer Einigungsstelle vor, deren Mitglieder zur

Hälfte vom Bund und zur Hälfte von der Deutschen Bahn AG und deren Vorsitzender im Streitfall vom Bundesverwaltungsgericht bestellt werden sollen. Die Einigungsstelle ist gesetzlich eingerichtet und entscheidet hoheitlich unmittelbar mit Auswirkung gegenüber den Parteien.

In diesem Sinne mit gesetzlich übertragener Entscheidungsgewalt betraut übt die Einigungsstelle Staatsgewalt im Sinne „amtlichen Handelns mit Entscheidungscharakter“ aus, das nach Art. 20 II 1 GG demokratisch legitimiert sein muss.

So BVerfGE 83, 60 (73); vgl. bereits BVerfGE 47, 253 (273); 77, 1 (40); weiterhin BVerfGE 93, 37 (67 f.); 107, 59 (87); vgl. dazu auch *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 10 ff.; *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 265 ff.

Zu diesen Legitimationsanforderungen zählt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur, dass die Mehrheit der Mitglieder über eine persönliche individuelle Legitimation verfügen müssen, indem sich ihre Ernennung als über eine durch Weisungsrechte vermittelte Legitimationskette auf das Volk zurückführen lassen muss. Das Gericht verlangt darüber hinaus auch, dass sich die Mehrheit der so legitimierten Mitglieder auch durchsetzen können muss (Prinzip der doppelten Mehrheit),

BVerfGE 93, 37 (72); BVerfGE 107, 59 (88); *E.-W. Böckenförde*, aaO., § 24, Rn. 19 (Fn. 28).

Die Einigungsstelle erfüllt diese Voraussetzungen ganz offensichtlich nicht: Da das Bundesverwaltungsgericht bei der Bestellung des Vorsitzenden keiner ministeriellen Weisung unterliegt, fehlt es schon an der ersten Voraussetzung. Erst recht können sich die staatlich bestellten Vertreter nicht mit ihrer Mehrheit durchsetzen.

Die strengen Kriterien dieser Rechtsprechung sind in ihrer allgemeingrundsätzlichen Apodiktik durch eine jüngere Entscheidung etwas relativiert und für eine besondere Fallkonstellation zurückgenommen worden

BVerfGE 107, 59 (86 ff.)

und haben auch in der Literatur zum Teil Kritik gefunden.

Siehe einerseits *A. Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, S. 292 ff., und andererseits (die Rechtsprechung stützend) etwa *M. Jestaedt*, aaO., S. 285 ff., 362 ff.; *ders.*, Demokratische Legitimation – quo vadis?, JuS 2004, S. 649 ff.; differenzierend *H.-H. Trute*, Demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Schmidt-Abmann u.a. (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.1, 2006, § 6, insbesondere Rn. 56 ff.

Es ist in der Rechtsprechung bisher aber nichts dafür ersichtlich, dass das Erfordernis einer auf das Staatsvolk zurückführbaren Legitimation für Kollegialorgane in prinzipieller Hinsicht aufgegeben würde. Jedenfalls eine so weitreichende Rücknahme der klassischen demokratischen Legitimationsstrukturen wie vorliegend findet in der Rechtsprechung keine Stütze. Dies gilt insbesondere angesichts der weitreichenden gesamtstaatlichen Bedeutung der Entscheidungen, die die Einigungsstelle nach dem BESG-E zu treffen hat.

§ 7 V (Sätze 3 bis 13) BESG-E muss demnach als verfassungswidrig beurteilt werden.

2. Ausschluss des Rechtswegs gegenüber Entscheidungen nach § 7 V 13 BESG-E

Nach § 7 V 13 BESG-E ist der Rechtsweg gegen Entscheidungen der Einigungsstelle ausgeschlossen. Bedenken bestehen diesbezüglich in bezug auf Art. 19 IV GG bzw. auf Art. 92 GG.

Art. 19 IV GG gewährleistet Rechtsschutz durch staatliche Gerichte, wenn jemand geltend macht, in eigenen Rechte verletzt zu sein. Auf die Qualität der geltend gemachten Rechte – ob es sich um Grundrechte oder einfache Rechte handelt – kommt es insoweit nicht an.

Vgl. nur *P. M. Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG. Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 IV, Rn. 385 ff.; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 19 IV, Rn. 60 ff.

Danach sind Streitigkeiten um die Höhe des gesetzlichen Wertausgleichs nach § 7 BESG-E grundsätzlich von Art. 19 IV GG umfasst.

Unklar ist allerdings, ob Art. 19 IV GG in personeller Hinsicht Anwendung findet. Streitig ist hier zum einen der persönliche Schutzbereich. Während einige Stimmen Art. 19 IV GG den Justizgrundrechten gleichstellen und ihn deshalb auch auf die öffentliche Hand erstrecken wollen, verstehen andere die Rechtsweggarantie als privatnütziges Grundrecht, das – wie die materiellen Grundrechte – grundsätzlich nur Privatpersonen bzw. juristischen Personen nach den Maßgaben des Art. 19 III GG zusteht.

Vgl. etwa *P. M. Huber*, aaO., Art. 19 IV GG, Rn. 384; *H. Schulze-Fielitz*, aaO., Art. 19 IV GG, Rn. 83; weitergehend noch *K. A. Betermann*, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969, S. 1321 ff.

Wenn man hier der weiteren Auffassung folgt, verstößt der Rechtswegausschluss sowohl in Blick auf den Bund als auch in Blick auf die Deutsche Bahn AG gegen Art. 19 IV GG. Folgt man demgegenüber der engeren Auffassung, kommt ein Verstoß gegen Art. 19 IV GG nur in Bezug auf die Deutsche Bahn AG in Betracht. Maßgeblich ist hierfür dann die umstrittene Frage, ob die Deutsche Bahn AG grundrechtsberechtigt ist und sich insoweit auf Art. 19 IV GG berufen kann.

Vgl. für die Grundrechtsberechtigung *R. Uerpman*, aaO., Art. 87e, Rn. 10; *Th. Vesting*, aaO., Art. 87e, Rn. 40 f.; dagegen *H. Gersdorf*, aaO., Art. 87e, Rn. 52, solange der Bund die Anteilmehrheit hält; *U. Battis/J. Kersten*, Die Deutsche Bahn AG als staatliches Wirtschaftsunternehmen zwischen Grundrechtsverpflichtung, Gemeinwohlaufrag und Wettbewerb, WuW 2005, S. 493 ff.; für den Ausgangspunkt *G. Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 119 ff.

Mehrheitlich wird diese Frage – zumal für den Zeitpunkt nach einer Teilprivatisierung – wohl bejaht.

Für eine Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift kommt es vorliegend auf eine abschließende Beurteilung dieser Streitfrage letztlich nicht an. Denn jedenfalls verstoßen der Rechtswegausschluss und die damit verbundene Letztverbindlichkeit der Entscheidungen der Einigungsstelle gegen Art. 92 GG. Indem die Einigungsstelle definitiv über die gesetzlich geregelte Höhe des Wertausgleichs entscheiden soll, wird sie in einem materiellen Sinne nach allen Definitionen mit der Ausübung „rechtsprechender Gewalt“ i.S.d. Art. 92 GG betraut. Diese aber ist dem Richter vorbehalten.

Der Ausschluss des Rechtswegs nach § 7 V 13 BSEG-E ist folglich mit der Verfassung nicht vereinbar.

3. Langfristige Vertragsbindungen nach § 5 I BSEAG-E

Ein weiteres Element, das eine aktualisierbare Einflussnahme des Bundes auf die Infrastrukturpolitik der Deutschen Bahn AG erschweren und diese – die gesellschaftsrechtliche Distanz ergänzend – nun auch im Außenverhältnis minimieren soll, ist eine lange Laufdauer der nach den Bundesschiene-nwegegesetz vorgesehenen Leistungs- und Finanzvereinbarungen. Nach § 5 I BSEAG-E ist für die erste Vereinbarung eine Laufzeit von 15 Jahren und im übrigen dann mindestens von fünf Jahren vorgesehen. Zwar handelt es sich insoweit nur um eine „Sollvorschrift“. Wird eine entsprechende Vereinbarung jedoch getroffen, sind Kündigungsrechte nicht vorgesehen. Dies scheint mit Blick auf Art. 87e IV GG bedenklich. Der Mehrheitsvorbehalt des Art. 87e III GG und der Infrastrukturgewährleistungsauftrag des Art. 87e IV GG sind auf Druck des Bundesrats gemeinsam in die Verfassung aufgenommen worden, um dem Bund eine aktualisierbare Einflussmöglichkeit auf die Infrastrukturgestaltung der Eisenbahnen zu sichern (siehe oben I. 1. a.). Diese Verantwortung kann der Gesetzgeber nicht für eines seiner zentralen Instrumente unwiderruflich für 15 Jahre von sich schieben. § 5 I BSEAG-E ist folglich mit Art. 87e IV GG nicht vereinbar.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

- I. *Das Eisenbahnneuordnungsgesetz (Entwurf 2007) verstößt gegen Art. 87e III 3 GG, indem es dem Bund keine hinreichenden gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die Eisenbahninfrastrukturunternehmen eröffnet.*

Art. 87e III GG verlangt effektive gesellschaftsrechtliche Einflussrechte des Bundes. Als Mindestmaß geboten sind Einflussmöglichkeiten, die denen eines Mehrheitsaktionärs im gesetzlich vertypten Regelfall bei Gesamtbetrachtung zumindest gleichkommen. Dies ist nach dem Eisenbahnneuordnungsgesetz (Entwurf 2007) nicht annähernd gewährleistet: Der unmittelbare Einfluss auf die Eisenbahninfrastrukturunternehmen beschränkt sich unzureichend auf punktuelle Zustimmungsvorbehalte sowie eine minimale Präsenz im Aufsichtsrat; der mittelbare Einfluss über die Beteiligung der künftig teilprivatisierten Deutschen Bahn AG erlaubt gleichfalls keine verlässlich aktualisierbare Einflussaufnahme auf jene.

- II. *Das Eisenbahnneuordnungsgesetz (Entwurf 2007) verstößt überdies gegen Art. 87e III 3 GG, indem es dem Bund auch vermögensrechtlich keine vollwertige Eigentümerstellung einräumt.*

Nach dem Entwurf für ein „Gesetz über die Struktur der Eisenbahnen des Bundes“ erhält der Bund Sicherungseigentum, das vermögensrechtlich keinen Wert hat. Der Bund muss, ohne dass sein Sicherungsinteresse erfüllt ist oder er sonst einen eigentumsurrogierenden Wert erhalten hat, am Ende des Sicherungsverhältnisses Wertausgleich zahlen. Selbst bei Verletzung der gesicherten Infrastrukturpflichten der Bahn kann er sein Eigentum nicht ohne einen Wertausgleich verwerten. Das Eigentum wird so zu einer formalen Hülle.

Während Art. 87e III GG das Eigentum des Bundes als dauerhaft gewährleistetes *Mittel* zur Gewährleistung einer gemeinverträglichen Infrastruktur konzipiert, ist es in der Konzeption des Gesetzesentwurfs nur ein *Ersatz* hierfür, der überdies bereits mit Beginn des Sicherungsverhältnisses um seinen vermögensrechtlichen wie überhaupt seinen wirtschaftlichen Wert gebracht wird.

- III. *Das Eisenbahnneuordnungsgesetz (Entwurf 2007) verstößt weiterhin gegen den in Art. 87e III 3 GG geregelten Gesetzesvorbehalt; es bringt mit der Privatisierung der Deutsche Bahn AG zugleich eine verdeckte Teilprivatisierung der wirtschaftlichen Substanz auch der Eisenbahninfrastrukturunternehmen auf den Weg, ohne hierfür das „Ob“, „Wann“ und den Umfang hinreichend gesetzlich zu regeln.*

Indem die Deutsche Bahn AG die Eisenbahninfrastrukturunternehmen mitbilanziert und deren „wirtschaftlicher Eigentümer“ ist, wird bei einer künftigen (Teil)Privatisierung der Deutschen Bahn AG auch das wirtschaftliche Eigentum der Infrastrukturunternehmen mitprivatisiert. Hierfür fehlt es aber an einer hinreichenden Gesetzesgrundlage. Das Deutsche-Bahn-Privatisierungsgesetz reicht hierfür nicht, weil es sich explizit nur auf die Deutsche Bahn AG bezieht und überdies das „Ob“, „Wann“ und „Wieviel“ der Privatisierung völlig in die Entscheidung der Exekutive legt. Mit dem Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt werden insbesondere die verfahrensrechtlichen Mitwirkungsrechte parlamentarischer Minderheiten sowie die verbindlichen Mitwirkungsrechte der Länder im Bundesrat beschnitten.

IV. *Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen im übrigen gegen folgende weitere Bestimmungen des Eisenbahnneuordnungsgesetzes:*

1. § 7 V BESG-E verstößt gegen Art. 20 II 2 GG, weil die Mitglieder der Einigungsstelle nicht hinreichend demokratisch legitimiert sind.

2. § 7 V 13 BESG-E verstößt gegen Art. 19 IV GG bzw. jedenfalls gegen Art. 92 GG, indem gegen die letztverbindliche Entscheidung der Einigungsstelle kein staatliches Gericht angerufen werden kann.

3. § 5 I BSEAG-E verstößt gegen Art. 87e IV GG, weil Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen ohne vorgesehene Kündigungsmöglichkeiten für eine Laufzeit von zum Teil 15 Jahren vorgesehen sind und diese damit den Bund langfristig aus seiner Infrastrukturverantwortung weitgehend herausdrängen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gesetzesentwurf in seiner derzeitigen Fassung deutlich verfassungswidrig ist. Es ist dringend davon abzuraten, ihn auf dieser Grundlage weiterzuverfolgen.

Freiburg, den 8. Mai 2007

Professor Dr. Johannes Masing