

## Arthur-Iren Martini

---

**Von:** Neuhoff@fdp-bundestag.de  
**Gesendet:** Freitag, 1. Dezember 2006 12:53  
**An:** undisclosed-recipients:  
**Betreff:** Neues und Hintergründe zur Bahnpolitik  
**Anlagen:** VMK2006,BerichtAK-BahnpolitikzurKapitalprivatisierungderDBAG.pdf

Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
 sehr geehrte Damen und Herren,

am Mittwoch hat sich der **Verkehrsausschuss** auf Antrag der FDP mit dem Beschluss der Großen Koalition zur Bahnprivatisierung beschäftigt. Anlass dafür war, dass dieser Antrag als Entschließungsantrag im Zuge der Haushaltsberatung quasi nebenbei am 24.11.2006 im Bundestag beschlossen wurde. Für eine politisch höchst umstrittene Grundsatzentscheidung war dies ein parlamentarisch unpassendes Vorgehen. Angemessen gewesen wäre ein ordentlicher Antrag, wie er auch stets als Abschluss des politischen Diskussionsprozesses gedacht war. Ein normaler Antrag kommt in der 1. Lesung ins Plenum des Bundestages und wird dann zur Beratung in die Fachausschüsse überwiesen, danach wird - ggf. mit nochmaliger Debatte - vom Plenum des Bundestags über diesen Antrag entschieden. Ein Entschließungsantrag hingegen wird erst in der 2/3.Lesung eines anderen Beratungsgegenstands (hier: Haushaltsgesetz) als Ergänzung eingebracht und nicht gesondert beraten. Aus diesem Grunde haben wir ihn als so genannten Selbstbefassungsgegenstand im Ausschuss aufsetzen lassen. Die Große Koalition war allerdings nicht gewillt, in eine Sachdiskussion einzusteigen. Offensichtlich erschien die Gefahr zu groß, dass die grundsätzlichen **Widersprüche in dem Entschließungsantrag** zur Sprache kommen - die wir nachfolgend näher beleuchten wollen:

Wir hatten in unserem letzten Mail auf die Bedeutung der Bundesländer im Gesetzgebungsverfahren hingewiesen (zustimmungspflichtiges Gesetz). Anbei finden Sie den Bericht zum TOP "Privatisierung der DB AG" auf der **Verkehrsminkonferenz** am 22./23.11.06 in Berlin. Die Verkehrsminister haben sich - wie angesichts des Verfahrensstandes auch nicht anders zu erwarten - in keine Richtung festgelegt. Sie haben im Wesentlichen das Länderinteresse an der Absicherung von Bestand und Leistungsfähigkeit des Netzes betont. Sie haben aber auch, was viel konkreter und deshalb wichtiger ist, die **Sanktionsmöglichkeiten des Bundes im Rahmen einer Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) in Frage gestellt**. Wörtlich heißt es in dem Papier: "*Viel schwerer wiegt jedoch, dass weder die Ausübung einer Call-Option noch die zeitliche Befristung der Bewirtschaftsregelung bei realitätsnaher Betrachtung als Druckmittel geeignet sind, um die Netzqualität zu sichern. Bei einer Bewirtschaftung des gesamten Netzes durch die DB AG kann schon keine glaubhafte Alternative zur DB AG präsentiert werden - ganz zu Schweigen von den Auswirkungen am Kapitalmarkt, die die Ausübung von Sanktionen oder die ernsthafte Erwägung einer Call-Option hätte.... Wenn kein verkehrspolitischer Einfluss gesichert wird, dann unterliegt das Netz dem gleichen betriebswirtschaftlichen Renditedruck wie die Transportsparten...*"

Die Länder wollen also den **Einfluss auf die Netzgesellschaft sichern** und dabei wird ein zentraler Aspekt in erfrischender Deutlichkeit ausgesprochen: der Bund als bloßer Vertragspartner der DB AG ist dieser hoffnungslos unterlegen. Die DB AG nutzt eine Informationsasymmetrie von strategischer Dimension (= die DB weiß fast alles, der Bund weiß fast alles nicht). Deshalb geht es - systematisch betrachtet - um die Frage, welche Instrumente der Bund zur Wahrnehmung und Sicherung seiner Infrastrukturverantwortung nach einer Privatisierung besitzen soll:

- Beim Integrationsmodell sollten durch die LuV und den Bewirtschaftungsvertrag die Beziehungen zwischen Bund und DB AG vertraglich geregelt werden.
- Beim Eigentumsmodell sollten zusätzlich gesellschaftsrechtliche Instrumente des Bundes als Eigentümer der Infrastrukturgesellschaften eingesetzt werden.

Welche "gesellschaftsrechtlichen Instrumente" hat der Bund als Eigentümer einer Aktiengesellschaft? Zunächst einmal müssen zwei häufig anzutreffende Missverständnisse ausgeräumt werden. Erstens: Adressat der Pflichten aus Art 87e GG (=Infrastrukturverantwortung) ist nur der Bund, nicht die DB AG und nicht die DB Netz AG. Das Grundgesetz implantiert der DB keinen Gemeinwirtschaftlichkeitsauftrag (das scheinen die Verkehrsminister zu verkennen, wenn sie mit dem zu vermeidenden "Renditedruck" bei der DB Netz AG argumentieren). Zweitens: der Bund als Eigentümer kann keine Weisungen erteilen oder in die

Vorstandstätigkeit hineinregieren. Die Eigentümerrechte des Bundes ergeben sich aus dem Aktiengesetz und bestehen in den Entscheidungsrechten, die der Hauptversammlung einer AG vorbehalten sind. Dazu gehören grundlegende Strukturentscheidungen (u.a. Gesellschaftszweck und andere Satzungsinhalte, Kapitalveränderungen, Veräußerungen) und Personalentscheidungen, vor allem die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder auf der Anteilseignerseite. Welche sonstigen Einwirkungsrechte des Eigentümers bestehen, ist in der verfassungsrechtlichen Literatur im einzelnen umstritten, aber grundsätzlich anerkannt.

**Wie ist es nun beim Eigentumsicherungsmodell ?** Um der DB AG die Bilanzierung der Infrastrukturgesellschaften zu ermöglichen, muss ihr das "wirtschaftliche Eigentum" übertragen werden. Dieser Rechtsbegriff ist von Rechtsprechung und Literatur definiert. Der Bundesgerichtshof formuliert wie folgt: *"Die Bilanzierung von Vermögensgegenständen (= Gesellschaftsanteile an der DB Netz AG), die zivilrechtlich einem anderen Rechtssubjekt (= Bund) gehören, unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Eigentum muss deshalb als Ausnahmetatbestand aufgefasst werden, der allenfalls in Betracht kommen kann, wenn das bilanzierende Unternehmen (= DB AG) gegenüber dem bürgerlich-rechtlichen Eigentümer eine auch rechtlich abgesicherte Position hat, die es ihm ermöglicht, diesen dergestalt **dauerhaft von der Einwirkung auf die betreffenden Vermögensgegenstände auszuschließen**, dass einem Herausgabeanspruch bei typischen Verlauf zumindest tatsächlich keine nennenswerte praktische Bedeutung zukommt. **Substanz und Ertrag des Vermögensgegenstandes müssen mithin**, und sei es nur aufgrund schuldrechtlicher Berechtigungen, **vollständig und dauerhaft dem bilanzierenden Unternehmen und nicht dem bürgerlich-rechtlichen Eigentümer zuzuordnen sein.**"* Wirtschaftlicher Eigentümer ist also derjenige, der *"die tatsächliche Sachherrschaft...in einer Weise ausübt, dass dadurch der nach bürgerlichem Recht Berechtigte wirtschaftlich auf Dauer von der Einwirkung ausgeschlossen ist"* (Beck'scher Bilanzkommentar, 246, Rdnr.5).

Die Anwaltskanzlei **Hölters** hat in einem Gutachten für das BMVBS herausgearbeitet, wie die Sicherungsabrede unter diesen Umständen ausgestaltet werden muss, um das "wirtschaftliche Eigentum" und damit die Bilanzierungsfähigkeit zu ermöglichen, nämlich u.a.

- Der Bund darf nur die Stellung eines Pfandgläubigers haben
- Der Bund darf die Stimmrechte in der Hauptversammlung nur treuhänderisch und nach Abstimmung mit der DB AG wahrnehmen bzw. muss der der DB eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht erteilen.
- die zivilrechtliche Eigentümerstellung des Bund darf nur befristet sein, danach muss wieder die DB AG zivilrechtliche Eigentümerin werden
- Mit Entfall des Sicherungszwecks hat die DB (nicht der Bund !) einen Herausgabeanspruch.

Im **Papier des BMVBS** vom 18.10.2006 ist auf S. 4 definiert, wann die Sicherungsabrede entfällt: *"In folgenden Fällen kann der Bund von der DB AG durch Wegfall der Sicherungsabrede die volle wirtschaftliche Verfügungsbefugnis erwerben (!): schwerwiegende Vertragsverletzungen, Nichteinigung über Anpassung der LuFV nach 10 Jahren, EU-rechtliche Änderungen, die zur Unzulässigkeit des Modells führen, nach Ablauf eines vertraglich festgelegten Zeitraums (Heimfall)."*

Der **Wissenschaftliche Dienst** des Deutschen Bundestags hat die Rechtslage zutreffend wie folgt zusammen gefasst: *"Das Eigentumsicherungsmodell gewährt dem Bund bei Ausübung sog. Call-Optionen oder beim von vorneherein vertraglich vereinbarten Heimfall lediglich eine Art Anwartschaft, die EIU und damit die Bahninfrastruktur käuflich zu Eigentum zu erwerben".*

**Was folgt aus alledem ?** Beim Eigentumsicherungsmodell hat der Bund letztlich nur die Rechte, die er auch beim "Rückholmodell" hätte. Er ist nicht echter Eigentümer mit entsprechenden Rechten in der Hauptversammlung und sonstigen Einwirkungsrechten, sondern er ist auf seine vertraglichen Rechte angewiesen. Damit sind wir bei der Ausgangsfrage: reichen vertragliche Rechte gegenüber der übermächtigen DB AG oder braucht der Bund zusätzlich gesellschaftsrechtliche Instrumente ? Aus unserer Sicht ist der Fall klar. Aus Sicht der Bundesländer offenbar auch, denn sie bezweifeln (siehe VMK-Papier) die Durchsetzbarkeit vertraglicher Rechte. Und aus Sicht der Großkoalitionäre ? Die Neuregelung der Eigentumsverhältnisse im Entschließungsantrag, wonach der Bund - anders als bisher - direkter Eigentümer der Infrastrukturgesellschaften werden soll (bisher nur mittelbares Eigentum über die DB AG Holdinggesellschaft, deren Eigentümer der Bund ist), macht nur Sinn, wenn mit dieser neuen Eigentümerstellung des Bundes auch gesellschaftsrechtliche Einwirkungsmöglichkeiten verbunden sind. Sind sie das nicht, hätte der Bund es genauso gut beim mittelbaren Eigentum belassen können - nach Art.87e muss er auf jeden Fall Mehrheitseigentümer bleiben. Offenbar waren also auch die Großkoalitionäre der Ansicht, dass die Position des Bundes gegenüber der DB AG eigentumsrechtlich abgesichert werden muss. Wenn das ernst gemeint ist, reicht bloßes Sicherungseigentums nicht aus.

Der Union ist der Etikettenschwindel, den das Eigentumssicherungsmodell bedeutet, vor der "Einigung" am 8.11. klar gewesen, sonst hätte sie das Modell nicht abgelehnt. Die Frage ist, wie die Union, das von ihr geführte BMWi und die Mehrheitlich von ihr geführten Bundesländern reagieren werden, wenn Tiefensee (angeblich schon Mitte Dezember) ungerührt wieder sein Eigentumssicherungsmodell herausholt. Das dies geschehen wird, ist sicher (es sei denn, dass man zwischenzeitlich auch im BMVBS einsieht, dass das wirtschaftliche Eigentum rechtlich nicht umsetzbar ist), ändern wird sich nur die Überschrift. Darauf kann die Union nicht eingehen, will sie sich nicht blamieren. Aufgabe der Opposition und aller einschlägig Interessierten wird sein, der Union deutlich zu machen, dass sie dabei genau beobachtet wird.

So viel für heute. Ich hoffe, ich habe Ihre Geduld nicht überstrapaziert.

Freundliche Grüße

Lothar Neuhoff  
FDP-Bundestagsfraktion

030 - 227 53478