

## **Bewertung des Entwurfs für ein Gesetz zur Neuorganisation der Eisenbahnen des Bundes**

Berlin, 30.07.2007

Die nachfolgende Bewertung beinhaltet eine grundsätzliche Kritik des Eigentumssicherungsmodells (ESM) Privatisierungsmodells, das dem Gesetzentwurf zu Grunde liegt. Vorab zwei Ausgangsfeststellungen:

- Das vom BMVBS favorisierte Eigentumssicherungsmodell ist faktisch ein Integrationsmodell, das der Bahnvorstand aus Motiven fordert, die er nicht offen legt, die aber für den politischen Entscheidungsprozeß klar benannt sein müssen.
  - die Integration des Netzes soll den dauerhaften Zugriff auf staatliche Zuschüsse sicherstellen.
  - sie soll die Bonität als Bundesunternehmen und damit Finanzierungsvorteile des Gesamtkonzerns gegenüber Wettbewerbern sichern
  - die Integration des Netzes soll faktisch unumkehrbar gemacht werden, um sie gegen wechselnden politischen Mehrheiten abzusichern
  - die Integration des Netzes soll die strategische Wettbewerbskontrolle der DB AG sicherstellen
  - die Integration des Netzes schafft eine dauerhaft „hybride Struktur“ des DB-Konzerns als halbstaatliches Unternehmen, dessen Eigentümer sich mit gegenläufigen Interessen (Bund will Staatszuschüsse senken, Privater will sie sichern) wechselseitig blockieren. Davon profitieren Vorstand und Hausgewerkschaft Transnet, die sich die Macht im Unternehmen aufteilen.
- Der Entschließungsantrag (EA) der Koalitionsfraktionen fordert nicht zwingend das Eigentumssicherungsmodell. Die Kriterien des EA könnten auch anders erfüllt werden.

### **1. Entschließungsantrag fordert nicht zwingend das Eigentumssicherungsmodell (ESM)**

Der Gesetzentwurf soll den Entschließungsantrag der Koalitionsfraktionen vom 21.11.2006 (16/3493) umsetzen. Ob das gelungen ist, kann man bezweifeln – insbesondere wird die Infrastruktur entgegen der erklärten Absicht des ESM faktisch, vermögensrechtlich sehr wohl teilprivatisiert (dazu unten mehr). Dies hat die Bundesregierung in ihrer Antwort auf die Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion (Drs. 16/6061) auch bestätigt (Frage 1+2)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Die BR bestätigt, dass es sich beim vorgelegten Entwurf um ein Privatisierungsgesetz im Sinne des Art.87e Abs.3 S.3 GG handelt, somit um ein Gesetz, mit dem Infrastrukturunternehmen des Bundes teilprivatisiert werden. Die BR bestätigt in Frage2 ferner, dass mittelbar auch die Tochtergesellschaften teilprivatisiert werden. Für die DB Netz AG kann nichts anderes gelten, als für die in der Frage genannten Transport- und Logistiktochter, denn die DB Netz AG wird wie diese über einen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag geführt, im Einzelabschluss der DB AG als Beteiligung ausgewiesen und in der Konzernbilanz konsolidiert. Obendrein muss der Bund, will er wirtschaftlicher Eigentümer der DB Netz AG werden, einen vollen Wertausgleich zahlen.

Eines jedoch ist vorab festzuhalten: das Privatisierungsmodell dieses Gesetzentwurfs ist keineswegs die einzige Möglichkeit, den Entschließungsantrag umzusetzen. Richtig ist, dass das BMVBS von Anfang an mit dem Entschließungsantrag nichts anderes im Sinn hatte, als der Union doch noch das „Eigentumssicherungsmodell“ aufzudrücken. Bekanntlich hatte die Union diese Variante noch im Oktober 2006 ausdrücklich abgelehnt. Der Verhandlungsführer der Union, Fraktionsvize Hans-Peter Friedrich, erklärte in einem Gespräch mit der Welt am 26.10.2006: „es ist ein Unterschied, ob ich als Bundesregierung Ansprüche aus einem Vertrag gegenüber einem Konzern einklagen muss oder ob ich in der Position des Eigentümers bin. Das Tiefensee-Modell stellt die Eigentümerposition nicht sicher.“

Im Entschließungsantrag wurde dann der Begriff „Eigentumssicherungsmodell“ vermieden und stattdessen einige Gestaltungsmerkmale des zukünftigen Privatisierungsgesetzes aufgezählt, die nach den Vorstellungen des BMVBS nur vom Eigentumssicherungsmodell erfüllt werden konnten. Zwingend ist das freilich nicht und deshalb sollte sich jedenfalls der Bundesrat nicht auf diese – auch gegen die Interessen der Länder gerichtete (dazu unten) – Verengung einlassen. Die Alternative auf der Basis des Entschließungsantrags besteht darin, der **DB AG ein starkes Nutzungsrecht, jedoch kein wirtschaftliches Eigentum am Netz** zu verschaffen. Das Nutzungsrecht muss so ausgestaltet werden, dass es als Vermögenswert bilanziert werden kann. Dies ist nach IAS 17/27, den einschlägigen internationalen Bilanzierungsstandards, möglich. Damit wäre den Anforderungen des Entschließungsantrags der Koalition Rechnung getragen, denn die DB AG würde das Netz in einer wirtschaftlichen Einheit betreiben und bilanzieren. Der Entschließungsantrag sagt an keiner Stelle, dass die DB AG „wirtschaftliches Eigentum“ haben muss. Sie kann das Nutzungsrecht bilanzieren.

## 2. Grundfehler des Eigentumssicherungsmodells (ESM)

Erwartungsgemäß entspricht der Gesetzentwurf in seinen wesentlichen Gestaltungsmerkmalen dem Eigentumssicherungsmodell (ESM). Nach dessen Grundidee soll der Bund seine Infrastrukturgewährleistungsverantwortung erfüllen, indem er Erhalt und Ausbau des Netzes im Bundesschienenwegegesetz regelt und eine Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung mit der DB AG abschließt. Die sich aus Gesetz und Vertrag ergebenden Ansprüche des Bundes werden durch Sicherungseigentum an den EIU abgesichert. Der Bund ist insofern zivilrechtlicher Eigentümer, die DB AG hingegen wirtschaftliche Eigentümerin.

Der **Unterschied zwischen Sicherungseigentum und „normalem“ Eigentum** besteht darin, dass der Sicherungseigentümer keine direkten Bestimmungs- und Verfügungsrechte an seinem Eigentum hat, solange sich der Vertragspartner (DB AG) vertragskonform verhält. Ein „normaler“ Eigentümer dagegen hat wesentlich weitergehende Rechte: er kann prinzipiell mit seinem Eigentum tun und lassen, was er will. Vertragliche Rechte sind also ein Minus gegenüber Eigentümerrechten - es sei denn, im Schienenwegegesetz und in der LuFV wären alle Interessen, die der Bund jemals haben kann, vollständig abgebildet. Genau das ist aber nicht der Fall und kann auch niemals der Fall sein, denn jedes Gesetz und jeder Vertrag enthält Regelungslücken und Auslegungsspielräume. Der Eigentümer einer Aktiengesellschaft kann über seine Stimmrechte dafür sorgen, dass der Vorstand den Eigentümerwillen umsetzt – notfalls durch das scharfe Schwert der Personalkompetenz des Aufsichtsrats. Der Vertragspartner einer Aktiengesellschaft hingegen sitzt am deutlich kürzeren Hebel.

Aus der Systematik des Schienenwegesvorbehalts gem. Art. 87e GG folgt, dass sich die Einwirkungsrechte auf alle für die Infrastrukturverantwortung des Bundes relevanten Handlungsfelder der EIU beziehen. Die infrastrukturpolitischen, verkehrswegeplanerischen, ordnungspolitischen und finanzpolitischen

Entscheidungen des Bundes müssen – im Rahmen der aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot folgenden unternehmerischen Ausrichtung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen EIU – ihre Entsprechung in der Geschäftspolitik der EIU finden. Da betrifft insbesondere:

- die grundlegende Unternehmensstrategie etwa der DB Netz AG
- die Ausbaustrategie „Netz 21“
- das Instandhaltungsmanagement, von dem die zukünftige Höhe von notwendigen Ersatzinvestitionen entscheidend abhängt
- Netzöffnung für Wettbewerber
- Weiterentwicklung des Systems Rad/Schiene
- Personal und Organisationsfragen

In alle diese Dinge darf der Bund als Eigentümer der EIU nicht auf der operativen Ebene einwirken und Weisungen erteilen. Er muss aber als Eigentümer dafür Sorge tragen, dass eine von ihm abhängige Geschäftsführung - im Rahmen des im Aktiengesetz vorgesehenen Kompetenzgefüges zwischen den Organen einer AG – seine Ziele beachtet und verfolgt.

### 3. Faktisch unwiderrufliche Strukturentscheidung:

Die Netzintegration ist faktisch nicht rückholbar. Die Laufzeiten der Verträge sind dafür viel zu lang, die vorzeitigen Kündigungsmöglichkeiten reine Theorie und die Wertausgleichspflicht wirkt prohibitiv.

Die Frage eines Rückkaufpreises oder **Wertausgleichs**, wie es jetzt heißt, war von Anfang an ein politisches Thema, seit Tiefensee das Eigentumssicherungsmodell ins Spiel gebracht hatte. **Tiefensee** wiegelte alle Nachfragen ab, die bezweifelten, ob der Bund realistisch später einmal willens und in der Lage sei, eine Ablöse zu zahlen. Im FR-Interview vom 20.10.2006 antwortete er auf die entsprechende Frage: „Das ist absolut vorstellbar. Wir werden alle Konditionen, einschließlich des Preises, den der Bund zu zahlen hätte, heute festschreiben. Das ist die Grundphilosophie: wir brauchen jetzt eine Grundsatzentscheidung. Damit endet aber nicht der Gestaltungsspielraum der Politik.“ Gegenüber dem Verkehrsausschuss des Deutschen Bundestages hatte Tiefensee am 18.10.2006 wörtlich erklärt: „Der Vorteil des Modells Eigentumssicherung ist, dass wir bereits jetzt die Konditionen für diese Rückführung, sowohl bei Schlechtleistung als auch bei Auslaufen der LuFV, definieren können...Alles das ist festlegbar und es ist in den Stufen 10 Jahre, 15 Jahre, 20 Jahre ablesbar, zu welchen Konditionen der Bund das Netz dann wieder zurückholen würde...Das Eigentumssicherungsmodell... hat den riesigen Vorteil, dass es eben auch den Betrieb reversibel auf den Bund übertragen lässt...erlaubt es uns auch, die Entscheidung darüber zu fällen, ob wir realistisch zu diesem Zeitpunkt haushaltsmäßig in der Lage sein werden, auch tatsächlich eine solche Rückführung zu ermöglichen“ (Wortprotokoll vom 18.10.2006, S.33).

Bislang war in allen Papieren des **BMVBS** davon die Rede, dass nicht mit einem positiven Ertragswert der EIU nach Ablauf der Sicherungsübergabe zu rechnen sei, da die Bundeszuschüsse zu diesem Zeitpunkt endeten. In der Ressortabstimmung beispielsweise hatte das BMVBS auf das BMWi wie folgt erwidert: "Die vom BMWi genannte Zahl von 8 Milliarden Euro für den gegenwärtigen Verkehrswert der EIU-Anteile kann sich nur einschließlich der Bundeszuschüsse ergeben. Nach der in § 7 vorgesehenen Berechnungsmethode kann aber ein positiver Ertragswert der EIU nach Ablauf der Sicherungsübertragung nur dann erreicht werden, wenn die EIU zu diesem Zeitpunkt auch ohne Bundeszuschüsse einen Gewinn erwirtschaften. Bundeszuschüsse sind .....nur zu berücksichtigen, wenn die EIU auf diese bei Ende der Sicherungsübertragung noch einen Anspruch haben. Das ist aber nicht der Fall....."

In der Ressortabstimmung hieß es dann weiter: "... ein Wertausgleich höher als 0 Euro kann sich nur ergeben, wenn die EIU ohne Bundeszuschüsse Erträge wirtschaften. Das ist unwahrscheinlich."

Genauso hatte das BMVBS auch die Begründung im Entwurfsstand vom 8. März 2007 formuliert: "die EIU haben dann auf solche Leistungen des Bundes nach dem Bewertungsstichtag keinen Anspruch mehr, was bei der Ermittlung des Ertragswert zu berücksichtigen ist. Sind zum Zeitpunkt der Beendigung der Sicherungsübertragung die prognostizierten Erträge der EIU (ohne Bundeszuschüsse) niedriger als die prognostizierten Aufwendungen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen, wäre der Ertragswert Null. Doppelzahlungen des Bundes sind damit ausgeschlossen."

Dem gegenüber hatte das **BMF** in seiner Stellungnahme vom 6.5.2007 darauf hingewiesen, dass auch zukünftige Zuschüsse, die "im Rahmen der Infrastrukturverantwortung" gezahlt werden müssen, bei der Ermittlung des Verkehrswertes zu berücksichtigen sind. Anders sei die Bilanzierung des wirtschaftlichen Eigentums nicht darstellbar. Den Knackpunkt versteht man, wenn man die Stellungnahme des **IDW** (Institut der Wirtschaftsprüfer) vom 26. Juni 2007 liest. Dort wird erläutert, dass grundsätzlich der Ertragswert der EIU (=Verkehrswert) für die Ermittlung des Wertausgleiches maßgeblich sein muss. Ausnahmsweise kommt der Buchwert des Eigenkapitals in Betracht, wenn "das bilanzielle Reinvermögen den Ertragswert in etwa widerspiegelt".

In der jetzigen Gesetzesbegründung zum Wertausgleich (S.25 ff.) wird dementsprechend argumentiert, dass an sich der Ertragswert für den Wertausgleich maßgeblich sei, der jedoch "Annahmen über Höhe und Dauer der öffentlichen Zuschüsse" voraussetze. Warum solche Annahmen nicht getroffen werden, wird nicht gesagt (der Grund ist: weil es die Absurdität offenkundig machen würde, dass der **Bund einen Wert bezahlen soll, der überhaupt erst durch seine Zuschüsse ermöglicht wird**), es wird aber dargelegt, dass eine Wertausgleichbemessung nach dem bilanziellen Reinvermögen eine "geeignete Approximation" (= Annäherung) des Ertragswertes darstelle. Der TRICK besteht also darin, dass die Werthaltigkeit der Buchwerte die Erwartung zukünftiger Zuschüsse beinhaltet, ohne dass im Zuge des Wertausgleich-Bemessungsverfahrens Struktur und Höhe dieser Zuschüsse offen gelegt werden müssen (das ist dann schon bei der Überprüfung der Werthaltigkeit der Buchwerte im Rahmen der Bilanzierung geschehen).

Im Zusammenhang mit den Zuschüssen des Bundes ist somit entscheidend, dass die Höhe des jetzigen Buchwertes der DB Netz AG die zukünftigen Zuschüsse bereits beinhaltet, obwohl (mangels LuFV ) noch gar kein Rechtsanspruch darauf besteht. Die zukünftigen Zuschüsse des Bundes müssen gleichwohl berücksichtigt werden und sie werden es faktisch bereits in der jetzigen Bilanzpraxis der DB. Denn heute besteht unstreitig kein bezifferbarer Rechtsanspruch der DB auf Bundeszuschüsse für das Netz. Sie werden vielmehr Jahr für Jahr nach Haushaltslage bewilligt. Trotzdem werden sie in der Bilanz der DB Netz AG berücksichtigt, sonst wäre angesichts der stetigen Verluste der DB Netz AG und des auch zukünftig strukturellen Defizits nicht zu rechtfertigen, ein bilanzielles Reinvermögen von 5,7 Mrd. Euro zum 31.12.2006 auszuweisen. Ohne die zukünftigen Bundeszuschüsse wäre der Ertragswert der DB Netz AG negativ.

Trotzdem hat keine Wertberichtigung durch eine außerplanmäßige Abschreibung stattgefunden, weil davon ausgegangen wird, dass die Zuschüsse auch in Zukunft fließen. Die Bundesregierung hat in ihrer Antwort auf die Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion vom 27.7.2007 (Drs. 16/6061) bestätigt, dass zum jetzigen Zeitpunkt in der Bilanz der DB Netz AG die Vermögensgegenstände und Schulden sowie generell die Buchwerte nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten bewertet sind und angemessen das Ertragspotential der Gesellschaft widerspiegeln. Die bilanzielle Bewertung der Beteiligung der DB AG an der DB Netz AG folge einem Ertragswertkalkül, denn der Buchwert der Beteiligung entspreche dem bilanziellen Eigenkapital der DB Netz AG (und dieses – wie gesagt – entspreche dem Ertragswert).

Genauso wird es sich in Zukunft verhalten und dies hat die dramatische Folge, dass der Wertausgleich, den der Bund in Zukunft zu zahlen hätte, in einer Größenordnung von mindestens 8 Milliarden Euro anzusiedeln sein wird. Es geschieht genau das, was das BMVBS immer bestritten hat: der Bund bezahlt letztlich das Netz doppelt. Richtig ist also, was das BMF im Rahmen der Ressortstellungnahme vom 8. Mai klipp und klar so beschrieben hat: "Zuschüsse, auf die im Rahmen der Infrastrukturverantwortung des Bundes auch zukünftig ein Anspruch der EIU besteht, sind bei der Ermittlung des Verkehrswertes zu berücksichtigen" (S.7 der BMF-Stellungnahme). Dahinter steht letztlich (unter dem Vorwand bilanzrechtlicher Anforderungen) die Absicht, den Wertausgleich so in die Höhe zu treiben, dass sich eine Übernahme des Volleigentums durch den Bund schon deshalb verbietet.

Auf diese Zusammenhänge hat auch der Berliner Finanzsenator Thilo **Sarrazin** in einem Schreiben an den Chef des Bundeskanzleramtes vom 18. Juli 2007 hingewiesen (Anlage). Sarrazin rechnet darin vor, dass der Bund mit dem Eigentumssicherungsmodell sein Eigentum quasi verschenkt. Die Financial Times beschäftigt sich in ihrem Artikel vom 26. Juli 2007 auch mit dem Brief Sarrazins. Darin wird der Sprecher von Bundesfinanzminister Steinbrück mit den Worten zitiert "Wir gehen von einem Erfolg der Privatisierung aus". Deshalb müsse man sich nicht mit dem Fall befassen, dass der Bund das Netz zurücknehmen und der Bahn einen Wertausgleich zahlen müsse. "Herr Sarrazin geht von einem Worst -Case-Szenario aus. Das ist eine gerade zu pathologische Sichtweise."

Dies Äußerungen des Sprechers von **Steinbrück** sind unfassbar. Der Wertausgleich auf den es nach der Systematik des Gesetzes automatisch zuläuft, soll eine unrealistische Option, ein Worst -Case sein. Es ist kaum zu glauben: Der vorgebliche Zweck der ganzen Konstruktion des Sicherungseigentums, nämlich die Möglichkeit des Bundes, nach 15 Jahren Volleigentümer zu werden, wird als völlig unwahrscheinlicher Fall des Scheiterns der Privatisierung abgetan. Dabei hat die Möglichkeit des Volleigentums des Bundes mit Erfolg oder Misserfolg überhaupt nichts zu tun. Nur die vorzeitige Beendigung der Sicherungsübereignung ist für den Fall des Misserfolges vorgesehen. Daneben gibt es die planmäßige Beendigung, bei der ebenfalls Wertausgleich fällig wird. Was der Sprecher Steinbrücks da von sich gibt, ist einfach skandalös.

#### 4. Verfassungswidrigkeit

Das Mehrheitseigentumsgebot des Art.87e Abs.3 GG sichert die Verantwortung des Bundes für die Gewährleistung der Schieneninfrastruktur eigentumsrechtlich ab. Das Grundgesetz verlangt dafür Mehrheitseigentum des Bundes an den Infrastrukturgesellschaften mit echten Eigentümerrechten, d.h. eine eigene Wahrnehmung der Stimmrechte in der Hauptversammlung. Im Gesetzentwurf werden jedoch die Stimmrechte des Bundes im Wege der Vollmacht auf die DB AG zur Ausübung übertragen. Die Eigentümerrolle des Bundes wird auf ein bloßes Sicherungsinteresse reduziert. Die Infrastrukturverantwortung würde der Bund damit nur als Vertragspartner der DB AG und als deren Mehrheitseigentümer wahrnehmen, die vertraglichen Rechte würden durch Sicherungseigentum abgesichert.

Das Grundgesetz hat aber ausdrücklich eine andere Entscheidung getroffen: es genügen nicht vertragliche Rechte, sondern der Bund muss echte Eigentümerrechte an den Infrastrukturgesellschaften besitzen. Die Argumentation des BMVBS lautet: „wenn der heutige Zustand verfassungsmäßig ist, ist es der künftige erst recht“. Das BMVBS meint, der Bund sei schon heute nur mittelbarer Eigentümer der DB Netz AG, denn sie stehe im Eigentum der DB AG und diese entsende die Mitglieder in die Hauptversammlung (HV) und den Aufsichtsrat (AR) der DB Netz AG. Zukünftig sei das genauso, nur dass der Bund zusätzlich Sicherungseigentum an der DB Netz AG erhalte und obendrein die Rechte aus dem Schienenwegegesetz und der Leistungs-

und Finanzierungsvereinbarung (LuFV). Diese Argumentation klingt plausibel, ist aber falsch. Warum, worin liegt der verfassungsrelevante **Unterschied** zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbarem Mehrheitseigentum an der DB Netz AG? Der Unterschied liegt darin, dass der **Bund beim mittelbarem Mehrheitseigentum überhaupt nicht mehr in der Hauptversammlung der DB Netz AG vertreten ist**. Für ihn sitzen der Vorstand der DB Obergesellschaft bzw. von diesem bestellte Vertreter in der HV der DB Netz G und das bedeutet im Konfliktfall (wenn nämlich das Interesse des DB Holdingvorstands und das des Bundes auseinanderfallen), dass die Stimme des Bundes in der HV der DB Netz AG überhaupt nicht mehr vertreten ist. Im Falle es unmittelbaren Mehrheitseigentums hingegen würde er immerhin noch die Mehrheit in der HV der DB Netz AG stellen. Richtig betrachtet ergibt sich daher folgendes: **Eigentümerrechte in der Aktiengesellschaft** werden gem. § 118 AktG in der Hauptversammlung (HV) ausgeübt und deswegen verlangt der Schienenwegvorbehalt eine Stimmrechtsmehrheit des Bundes in der HV der EIU. Schachtelmodelle sind daher nur zulässig, soweit sie diese Rechtsposition des Bundes zumindest im Ergebnis gewährleisten. Bei Eigentumssicherungsmodell (ESM) ist das nicht der Fall: der Bund ist zwar formal Alleineigentümer der EIU, muss aber die Stimmrechte in den HV an die DB AG abtreten, damit diese „wirtschaftliche Eigentümerin“ sein kann. Eine mittelbare Stimmrechtsmehrheit über den DB-Vorstand – wie sie schon heute Praxis ist – genügt dem Schienenwegvorbehalt, solange der Bund durch die alleinige Personalkompetenz bezüglich des Vorstandes der DB Obergesellschaft sicherstellen kann, dass dieser Vorstand als Stellvertreter des Bundes in der HV der DB Netz AG strikt die Interessen des Bundes vertritt – also der **Bund so gestellt ist, als säße er selber in der HV**. Um das zu gewährleisten **benötigt der Bund in der Obergesellschaft eine eigene Mehrheit im Aufsichtsrat**, denn der Aufsichtsrat besitzt nach zwingendem Aktienrecht das alleinige Recht zur Bestellung und Abberufung des Vorstandes. Derzeit besitzt der Bund als Alleineigentümer der DB AG eine eigene Mehrheit im Aufsichtsrat der DB AG, die er jedoch nach einer Teilprivatisierung verliert, weil die Investoren Aufsichtsratssitze beanspruchen. Die AR-Vertreter des Privatinvestors können zusammen mit den Arbeitnehmervertretern die Bundesvertreter überstimmen. Die Folge ist, dass die HV der EIU im Falle einer Privatisierung nach dem ESM von einem DB-Vorstand beschickt wird, der nicht mehr vom Bund abhängig ist. Da der DB-Vorstand per Stimmrechtsvollmacht die Stimmrechte des Bundes in der HV ausübt und obendrein die Rechte aus dem Beherrschungsvertrag mit dem EIU wahrnimmt, besitzt der Bund im Konfliktfall keine Einwirkungsbefugnisse, die einer Mehrheitsposition in der HV der EIU entsprechen.

Prof. Masing (Gutachten für Pro Mobilität) kommt darüber hinaus zu dem Ergebnis, dass es sich beim vorliegenden Gesetz um eine "verdeckte Teilprivatisierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen" handelt. Da der Bund nur eine äußerlich-formale Eigentümerstellung behalte, die gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsrechte und der wirtschaftliche Wert aber der DB AG übertragen werde, handele es sich materiell auch um eine Teilprivatisierung der Infrastruktur. Dies verstoße gegen den ausdrücklich in Art 87e angeordneten **Gesetzesvorbehalt**, wonach eine Teilprivatisierung der Infrastrukturunternehmen nur aufgrund eines Gesetzes möglich ist, das "Ob, Wann und Umfang" ausdrücklich regelt. Vorliegend hingegen werde nicht nur der unzutreffende Eindruck im Gesetz erweckt, die EIU würden gar nicht privatisiert (materiell betrachtet aber eben doch), sondern die Ausgestaltungsdetails würden in die Hände der Regierung gelegt, was unzureichend sei. Von dem Verstoß gegen des Gesetzesvorbehalt sind insbesondere auch die Bundesländer betroffen.

## 5. Verstoß gegen Bilanzrecht:

Die Behauptung, das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) habe bestätigt, dass der Referentenentwurf bilanzrechtlich einwandfrei sei (vgl. Brief Hübner/Beckmeyer vom 04.07.2007 an die SPD-Fraktion), ist falsch. Die Stellungnahme des IDW befasst sich ausschließlich mit dem Teilaspekt "Wertausgleich". Ausdrücklich heißt es im Schreiben des IDW vom 26.06.2007: "Unsere Stellungnahme geht nicht auf weitere Aspekte ein,

die für die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums von Bedeutung sein können, wie z.B. Einflussmöglichkeiten, die dem Bund als rechtlichen Eigentümer während der Dauer der Sicherungsübertragung über das Vermögen eingeräumt werden."

Genau diese Punkte sind jedoch nach dem Urteil unabhängiger Bilanzrechtler wie Prof. Kleindiek von der Universität Bielefeld kritisch. Mit der Annahme von wirtschaftlichen Eigentum ist es vereinbar, dass die Zuordnung der Gesellschaftsanteile der DB AG lediglich befristet erfolgt, vom Bund durch ein weiteres Gesetz beendet werden kann und letztlich – wenn kein Gesetz zustande kommt – automatisch der Bund Volleigentümer wird. Auch wenn die Residualrechte des Bundes in Bezug auf seine Eigentümerstellung zu schwach sind, um den Anforderungen des Art. 87 e Abs. 3 GG zu genügen, so sind sie doch andererseits zu stark, um mit der Annahme wirtschaftlichen Eigentums der DB AG vereinbar zu sein. Dies folgt daraus, dass in § 2 Abs. 2 BESG die Stimmrechtsvollmacht der DB AG in grundlegenden Entscheidungskompetenzen der Hauptversammlung beschränkt wird und dass in § 3 Geschäftführungsmaßnahmen der Infrastrukturunternehmen unter die vorherige Zustimmung des Bundes gestellt werden. Dies beeinträchtigt die Handlungs- und Entscheidungsbefugnis der DB AG immerhin in so wesentlicher Weise, dass die DB AG nicht mehr wirtschaftlich wie ein Eigentümer angesehen werden kann. Dies ist aber die Voraussetzung für die Bilanzierung von wirtschaftlichem Eigentum. Dies zeigt ein Vergleich zwischen dem Gesetz und den Konzeptpapier des BMVBS vom 18.10.2006 sowie dem Rechtsgutachten der Kanzlei Hölters & Elsing vom 06.10.2006. Danach gehören zu den wesentlichen, unverzichtbaren Merkmalen des wirtschaftlichen Eigentums, dass das zivilrechtliche Eigentum des Bundes zeitlich befristet wird und die DB AG einen Herausgabeanspruch gegen den Bund erhält für den Fall, dass der Sicherungszweck entfällt. Deshalb sollte ursprünglich in § 8 Abs. 3 BESG wird ausdrücklich klargestellt werden, dass die Anteile mit Beendigung der Sicherungstreuhand auf die DB AG übergehen.

## **6. Behinderung von Wettbewerb auf der Schiene:**

Da das Netz nur formal beim Bund angehängt ist und faktisch dem vollen Zugriff der DB AG unterliegt, handelt es sich um ein verkapptes Integrationsmodell mit allen seinen negativen Wirkungen auf Wettbewerb. Das Diskriminierungspotential ist unbeherrschbar, die Regulierungsbehörde kämpft gegen strukturelle Diskriminierungsanreize an. Besonders bedenklich: Die Verpflichtung zu Wettbewerbsneutralität ergibt sich nicht aus dem Bundesschienenwegegesetz und auch nicht aus der LuFV, sondern alleine aus dem AEG. Die Sicherungsabrede erstreckt sich aber nicht auf das AEG. Hier zeigt sich, dass das Eigentumssicherungsmodell viel zu kurz greift und den Bund eben doch wesentlich schlechter stellt als Volleigentum. Als Eigentümer könnte der Bund nämlich seinen Netzvorstand „auf Kurs bringen“ in Bezug auf Wettbewerbsneutralität. So aber wird die DB AG den Hammer herausholen, sobald sie sich durch das Privatisierungsgesetz das faktische Netzeigentum dauerhaft gesichert hat. So besteht für die DB AG kein Anlass mehr zur Sorge, dass ihr das Netz doch noch wegen Diskriminierungen weggenommen werden könnte. Sie wird die Bundesnetzagentur mit Verfahren überschwemmen und ihr Informationsmonopol voll strategisch ausspielen. Der Bund kann nur noch hilflos zusehen.

## **7. Interessen der Bundesländer gefährdet:**

Die DB AG wird eine Netzoptimierung zugunsten der Hauptstrecken betreiben. Das gilt gleichermaßen bei der Instandhaltung wie bei den Ersatz- und Neuinvestitionen. Dahinter steht eine einfache ökonomische Logik. Die Höhe der Infrastrukturzuschüsse wie auch die Höhe der Regionalisierungsmittel (für die Bestellung von SPNV-Leistungen) ist zukünftig gesetzlich festgelegt, jedoch nicht an eine bestimmte Netzgröße geknüpft. Also besteht Anreiz, den gleich großen Kuchen auf ein kleineres und damit billigeres Tablett zu stellen. Mit der Instandhaltungsstrategie PRO NETZ hat

die DB AG auch schon das Instrument für „kalte“ Stilllegungen geschaffen. Durch Umschichtung der Instandhaltungsmittel auf Hauptstrecken werden Nebenstrecken im Wege einer Abwärtsspirale in einen stilllegungsreifen Zustand gebracht. Gleichzeitig kann die DB AG als „wirtschaftliche Eigentümerin“ verhindern, dass es zur Abspaltung von Regionalnetzen kommt. Auch wenn eine solche Regionalisierung des Nebennetzes noch nicht von allen Bundesländern gewünscht wird, sollte doch zumindest die Option erhalten bleiben. Dazu ist erforderlich, dass der Bund echter Eigentümer der Netzgesellschaft bleibt.

## 8. Unkalkulierbare Risiken für den Bundeshaushalt/die Steuerzahler:

Mit diesem Modell bleibt der Bund dauerhaft Mehrheitseigentümer eines internationalen Transport- und Logistikkonzerns und trägt damit mittelbar die daraus resultierenden unternehmerischen Risiken. Niemand kann garantieren, dass etwa der internationale Logistikbereich krisenfest ist. Gerät er in eine Schieflage, muss der Bund als Eigentümer handeln. Aber auch unabhängig von einem Krisenfall muss der Bund beispielsweise bei Kapitalerhöhungen mitgehen. Übrigens zeigt die Entwicklung eines früher von Herrn Mehdorn geführten Unternehmens (Heidelberger Druck AG), wie riskant eine Globalisierungs- und Diversifizierungsstrategie sein kann. Heidelberger Druck AG musste sich nach Mehdorns Weggang zur Vermeidung eines Zusammenbruchs einem schmerzhaften Restrukturierungsprozess unterziehen (vgl. FAZ vom 28.11.2003 S.18 „Abschied von Mehdorns Visionen“).

Die weitere Expansion des Logistikbereichs wäre auch anders möglich, könnte z.B. durch einen SUB-IPO, also einen getrennten Börsengang der Logistiksparte, finanziert werden. Die DB AG könnte dabei weiter Mehrheitseigentümerin von Schenker bleiben.

## 9. Bund verliert Infrastrukturgestaltungsrechte:

Beim Integrationsmodell sollten durch die LuFV 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.

Wie sehen die Gestaltungsmöglichkeiten des Bundes nun beim Eigentumssicherungsmodell (ESM) aus? 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. 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 Eigentumssicherungsmodell? 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 (Urteil vom 06.11.1995, Betriebs-Berater 196, S. 155 ff.) 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*

*Betrachtet werden 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 hatte 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.

- a. der Bund darf nur die Stellung eines Pfandgläubigers haben
- b. 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.
- c. die zivilrechtliche Eigentümerstellung des Bund darf nur befristet sein, danach muss wieder die DB AG zivilrechtliche Eigentümerin werden
- d. Mit Entfall des Sicherungszwecks hat die DB (nicht der Bund !) einen Herausgabeanspruch.

Diese Anforderungen werden im vorliegenden Gesetzentwurf zwar nicht vollständig (was die Bilanzierungsfrage umso problematischer macht!), aber doch weitgehend erfüllt und zeigen eindeutig: die Eigentümerinteressen des Bundes werden auf ein bloßes Sicherungsinteresse reduziert. Das Eigentum soll also nur als Pfand für die Rechte des Bundes aus dem Bundesschienenwegegesetz und aus der LuFV werden abgesichert. Die dort formulierten Rechte sind aber nur ein kleiner Ausschnitt aus dem strategischen Gesamtinteresse des Bundes an der Schieneninfrastruktur. Als echter Eigentümer der Infrastrukturgesellschaften könnte der Bund in grundlegender Weise auf die Unternehmensstrategie der Netzgesellschaft Einfluss nehmen und diese Eigentümerstrategie mit seiner Verkehrs- und Infrastrukturpolitik verzahnen. Das bedeutet nicht, dass die Netzgesellschaft nicht mehr unternehmerisch geführt würde – im Gegenteil. Es würde nur verhindert, dass sich Infrastrukturpolitik und Unternehmensstrategie widersprechen und blockieren. Um das zu verhindern, sollte der Bund – wie vom Grundgesetz gefordert – echte Eigentümerrechte an der Netzgesellschaft besitzen und ausüben.

Was folgt aus alledem? Beim Eigentumssicherungsmodell 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 dem Kernproblem insoweit: **vertragliche Rechte des Bundes gegenüber der übermächtigen DB AG reichen nicht**, der Bund braucht zusätzlich gesellschaftsrechtliche Instrumente als Eigentümer der EIU. Das scheinen auch die Verkehrsminister der Länder so zu sehen, wie man aus den bisherigen Beschlüssen der VMK ersehen kann.

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 Holdingsgesellschaft, 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.

## 10. Ordnungspolitische Fehlentwicklung: Bund als Logistikunternehmer

Es handelt sich um keine echte Privatisierung. Mehrheitseigentümer bliebe dauerhaft der Bund. Die große Koalition hat keine Strategie, was der Bund mit seiner zukünftigen Eigentümerstellung erreichen soll. Ein Verkauf von 24,9 % der Anteile bringt nach dem PRIMON-Gutachten zwischen 2,5 und 4,3 Mrd. Euro Privatisierungserlöse. Die hat Bahnchef Mehdorn bereits als Kapitalerhöhung eingefordert, d.h. der Finanzminister geht ganz oder weitgehend leer aus. Bei 49,9 % endet das Privatisierungsvolumen wegen der Sperre des Art.87e Grundgesetz, von einer echten Privatisierung wie bei Post, Telekom und Lufthansa kann keine Rede sein. Diese Pseudoprivatisierung bedeutet in Wahrheit festgeschriebene Staatswirtschaft: der Bund bleibt dauerhaft Mehrheitseigentümer (das wird im PRIMON-Gutachten ausdrücklich klargelegt, S. 303 oben) eines Mischkonzerns, der europa- und weltweit Transport und Logistik auf Marktsegmenten betreibt, die nichts miteinander zu tun haben (z.B. Stadtverkehr in Prag, Luftfracht in den USA, Personenfernverkehr in Frankreich etc.) und zwischen denen es keinerlei Synergien gibt. Das Ganze geschieht auf Risiko des Steuerzahlers und stört obendrein empfindlich den fairen Wettbewerb auf Märkten, in denen echte Privatunternehmen tätig sind - Märkten, die mit staatlichen Aufgaben nichts zu tun haben. Staatliche Aufgabe in diesem Bereich ist einzig und allein die Infrastruktur.

Die Bahnführung spielt nur Privatwirtschaft und will sich durch die Teilprivatisierung mit Netz den Bund als Mehrheitseigentümer sichern (nach Art.87e Abs.3 Grundgesetz ist das zwingend, solange das Netz im Konzern integriert ist). Als Staatskonzern kann man natürlich komfortabel echten Privatunternehmen Konkurrenz machen, auf Gebieten, die so wenig zur staatlichen Daseinsvorsorge gehören wie Luftfracht in den USA, Hafenterminals in Asien, Stadtverkehr in Osteuropa etc. Und Logistikvorstand Bensch hat gerade erst angekündigt, man plane weitere Zukäufe im Bereich der Kontraktlogistik. Über diese Konkurrenz durch ein konkursfestes Staatsunternehmen werden sich die privaten Kontraktlogistiker sicher freuen.

Letztlich zeigt sich daran: was hier passiert, ist für den deutschen **Steuerzahler hochgradig riskant**. Denn anders als beim echten Privatunternehmen, ist der DB-Vorstand keiner echten Aktionärskontrolle ausgesetzt. Wer Aufsichtsratssitzungen der DB einmal erlebt hat weiß, dass dort ein oberflächliches Kontrollritual abgespult wird, bei dem der DB Vorstand die Regie führt. Die meisten Vertreter der Kapitaleseite verstehen von der Bahn nichts und nicken die Beschlussvorlagen ab. Die Hauptversammlungen verlaufen genauso. Kein Wunder, denn anders als bei privaten Aktiengesellschaften sitzt hier niemand in der Hauptversammlung, dessen privates Kapital in dem Unternehmen steckt. Wenn der riskante Expansionskurs der DB schief geht, haftet am Ende der Steuerzahler. Damit zeigt sich: die DB AG verbleibt dauerhaft in einer komfortablen Zwischenstufe als halbstaatliches Unternehmen. Sie unterliegt (richtigerweise) nicht mehr der staatlichen Verwaltungskompetenz, aber sie unterliegt (falscherweise) nicht bereits des Marktgesetzen. Als dauerhaft halbstaatliches Unternehmen ist sie konkurssicher und kann im Krisenfall auf staatliche Hilfe vertrauen. Das verfälscht den Wettbewerb mit Privatunternehmen, die solche Staatsgarantien nicht haben und es verhindert eine konsequente Effizienzorientierung der DB AG auch in den Bereichen, die mit Daseinsvorsorge

nichts zu tun haben (Transport und Logistik).

## 11. Schwächung des Schienenverkehrs im Modal Split:

Die DB AG kann mit garantierten Zuschüssen für das Netz rechnen, bestimmt gleichzeitig die Instandhaltungs- und Investitionsstrategie selbst und ist in der Bestimmung der Preise für die Trassenbenutzung weitgehend frei. In den anderen Netzsektoren sind entweder die Kosten effizienter Leistungserbringung maßgeblich oder es ist eine Price-Cap-Regulierung vorgesehen (§§ 32ff.TKG, §§21,24 EnWG). Damit wird bei der Telekommunikation und in der Energiewirtschaft verhindert, dass an die Netzkunden weitergereichte **Ineffizienzkosten** das System insgesamt schwächen. Genau dies wird jedoch im Eisenbahnsektor passieren, weil die DB mittelfristig ihre vollen Kosten auf die Trassenpreise umlegen und diese damit kräftig erhöhen wird. Schon die aktuelle Planung der DB sieht für die nächsten 5 Jahre Trassenpreissteigerungen von rund 11 % vor. Das schwächt nicht nur die Schiene gegenüber der Straße, sondern diskriminiert die DB-Konkurrenten, deren Gewinnspannen durch die erhöhten Trassenentgelte existenzgefährdend unter Druck geraten, während die Trassenpreise im DB Konzern nur ein neutraler Durchlaufposten von den Transportsparten hin zur Infrastruktursparte bedeutet. Das bundesfinanzierte Netz muss daher einer strengen Trassenpreisregulierung unterworfen werden.

## 12. Krasses Missverhältnis zwischen Privatisierungserlös und Finanzierungspflicht des Bundes:

Die Finanzverpflichtungen des Bundes bei einer LuFV mit 15 Jahren Laufzeit betragen 37,5 Mrd. Euro, dazu kommen weitere 15 Mrd. Euro für Neu- und Ausbaumaßnahmen, zusammen also 52,5 Mrd. Euro. Außerdem wird das Netz mit einem Anlagenwert von rund 130 Mrd. Euro der DB AG kostenlos zur wirtschaftlichen Nutzung überlassen. Dem gegenüber stehen einmalige Privatisierungserlöse von 2,5 – 4,3 Mrd. Euro bei einem Verkauf von 25 % der DB-Anteile. Für diesen geringen Erlös würde der Bund faktisch unwiderruflich seine Eigentumsrechte aus der Hand geben und sich obendrein einem Monopolanbieter von Infrastrukturleistungen ausliefern. Attraktiv ist dieses Geschäft nur für Investoren und Investmentbanken – deren Applaus ist keine Bestätigung für die Richtigkeit des Privatisierungsmodells. Ein Börsengang mit Vollkaskoversicherung, bei dem die Wertschöpfung des Netzes voll ausgenutzt, die damit verbundenen Kosten aber beim Steuerzahler abgeladen werden, das muss für Investoren reizvoll sein.

Die DB AG (und der private Miteigentümer) bekommt kostenlos das wirtschaftliche Eigentum am Netz, integriert den **Wertschöpfungsbeitrag des Netzes** - das in den nächsten 15 Jahren 54 Milliarden Euro Zuschüsse erhält (37,5 Mrd. für das Bestandsnetz, den Rest für Neu- und Ausbau)- in ihr Konzernergebnis, behält die volle strategische (= wettbewerbliche) Kontrolle über das Netz und bekommt vom Bund einen vollen Wertausgleich, wenn dieser später das Volleigentum an den EIU übernimmt. Das ist die organisierte Verschleuderung von Volksvermögen. Der Ertragswert des Netzes, der mit der Berechnungsformel des "bilanziellen Eigenkapital" abgebildet werden soll (siehe Gesetzesbegründung S. 25 ff.), entsteht überhaupt erst durch die Zuschüsse des Bundes und nicht etwa durch die vergleichsweise geringen Eigeninvestitionen der DB AG in das Netz. Diese Eigeninvestitionen müssten richtigerweise bei Übertragung des Volleigentums auf den Bund mit einem gestundeten Nutzungsentgelt verrechnet werden. So aber saht die DB AG und mit ihr der Investor gleich mehrfach ab: er integriert den Wertschöpfungsbeitrag des Netzes in die Ergebnisrechnung der Transportsparten (die lediglich die subventionierten Trassenpreise bezahlen), nicht aber die Kosten (die mit Zuschüssen finanzierten Investitionen werden nicht aktiviert und müssen nicht abgeschrieben werden, was die GuV in Milliardenhöhe entlastet). Gleichzeitig baut er das Netz mit Hilfe der Zuschüsse zu einem Ergebnisbringer auf, der nach 15 Jahren ein

beträchtliches "bilanzielles Reinvermögen" in der Bilanz führen wird, das einen prohibitiv hohen Wertausgleich begründet oder, falls der Bund trotzdem zahlt, eben in Form des Wertausgleichs vergoldet wird. Um es ganz deutlich zu machen: die **DB AG zahlt NICHTS für die Nutzung des Netzes** und das bisschen, was sie selber investiert wird zusammen mit den vom Bund bezahlten Investitionen in einen Ertragswert verwandelt, den der Bund der DB AG später erstatten muss.

Es bleibt die Frage nach der **Position des BMF**. Das BMF unterstützt, wie sich auch aus der schriftlichen Stellungnahme in der Ressortabstimmung ergibt, nachdrücklich die Teilprivatisierung mit Netz. Diese Marschrichtung geht auf den langjährigen Staatssekretär im BMF Manfred Overhaus zurück, der schon 2001 die Ansicht vertrat, der Bund müsse den „Mist loswerden“. Private beteiligen, die Zuschüsse degressiv gestalten und mit der Bahn möglichst wenig zu tun haben – das sind die Ziele des BMF heute. Bedauerlicherweise sitzt es damit einem fundamentalem Irrtum auf. Die zukünftig hybride Struktur der DB AG als halbstaatliches Unternehmen wird vom Bund nicht den politischen Druck nehmen, der zu den Zuschussverpflichtungen geführt hat. Im Gegenteil. Zusammen mit dem Privatinvestor werden die Forderungen und der politische Druck auf den Bund noch erhöht und wer sich den „Investitionsrahmenplan“ ansieht, erkennt sofort, dass bei den Neu- und Ausbauinvestitionen (der Basis für die zukünftige Geschäftsentwicklung) eine riesige Finanzierungslücke von 1-2 Milliarden Euro pro Jahr klafft, die die DB AG „on top“ brauchen wird. Zur Klarstellung: die 2,5 Mrd. aus der LuFV sind nur für das Bestandsnetz. Neu- und Ausbau gehen extra. Der zweite große Irrtum des BMF besteht in der Vorstellung, man könne als Bund bei der DB AG günstig Infrastrukturleistungen einkaufen. Ein Monopolanbieter, der eigentumsähnliche Rechte an der Infrastruktur besitzt und im teilprivatisierten Konzern bilanziell integriert ist, soll Effizienzgewinne an den Nachfrager weitergeben? Eine naive Vorstellung, die von der DB in den Mittelfristplanungen selbstverständlich nicht geteilt wird, wo nämlich steigende Ergebnisbeiträge der Netzsparte vorgesehen sind. Es würde hier zu weit führen, alle Haushaltsrisiken zu beschreiben, die in diesem Teilprivatisierungsmodell angelegt sind. Über eines jedenfalls muss man sich im Klaren sein: das Netz arbeitet zwar für sich genommen defizitär, aber es liefert natürlich trotzdem einen hohen Wertschöpfungsbeitrag für die Transportsparten. Die Idee ist letztlich, der DB AG zwar das Wertschöpfungspotential voll zur Nutzung zu überlassen, ohne ihr die vollen Kosten anzulasten. Auf diese Weise werden die Trassenpreise und damit die Ergebnisse der Transportsparten bezuschusst. Bisher war die Grundidee der Finanzierungssystematik der Bahnreform, dass die Bahn mit steigendem wirtschaftlichen Nutzen, den sie aus dem Netz zieht, auch an den Kosten des Netzes stärker beteiligt wird (§§ 9,10 Bundesschienenwegeausbaugesetz). Diese Grundidee ist faktisch schon seit Jahren außer Kraft gesetzt, in Zukunft wird sie gesetzlich abgeschafft. Der Anreiz der Bahn, auf die Zuschüsse des Bundes zu schießen, wird institutionalisiert. Auf Kostensenkung und Innovation durch perspektivischen Wettbewerb in der Netzbewirtschaftung wird zum Schaden des Steuerzahlers verzichtet.

### 13. Verstoß gegen Europarecht

Die **Trassenvergabe und Entgeltfestsetzung** durch eine in dieser Form in den DB Konzern integrierte DB Netz AG verstößt gegen europäisches Recht (Richtlinie 2001/12 und 2001/14). Nach diesen europarechtlichen Vorgaben, sind die wesentlichen Funktionen wie Trassenvergabe, Entgeltfestsetzung von Unternehmen oder Stellen auszuführen, die von Schienenverkehrsunternehmen unabhängig sind. Für die „Chinese-Wall“-Lösung hat die Bundesregierung keine Zustimmung der EU-Kommission. Letztlich entscheidet ohnehin der EuGH. Entsprechende Klagen von Wettbewerbern der DB sind in Vorbereitung.

AP berichtet, dass das **EBA eine strikere Trennung** zwischen Deutscher Bahn (Holding) und der DB Netz AG erzwingen wolle. Deswegen hat das EBA der DB Netz

AG untersagt, die zentrale Rechtsabteilung in Anspruch zu nehmen. Das EBA sticht damit in ein **Wespennest**. Die DB Netz AG benutzt nicht nur die zentrale Rechtsabteilung, sondern ungefähr 40 weitere "Gruppen- und Servicefunktionen" der DB AG Holding, angefangen von der Abteilung Konzernkommunikation über Abteilungen wie Konzernrevision, Führungskräfteentwicklung, Personalstrategie, Technik und Beschaffung. Der gesamte Bereich Finanzen/Controlling wird ebenfalls zentral aus dem Konzern heraus geführt. Die DB Netz AG kann de facto keine unabhängigen Entscheidungen treffen - auch nicht im Bereich Trassenvergabe und Trassenentgelte. Es ist allerdings nicht so, dass die DB Netz AG darum bittet, von der Holding unterstützt zu werden (etwa in Rechtsangelegenheiten), sondern die DB Netz AG wurde gezwungen (per Organisationsanweisung), die Gruppen- und Servicefunktionen der Holding zu nutzen. Beispielsweise wurde die bis dahin existierende, unabhängige Rechtsabteilung der DB Netz AG im Jahr 2000 aufgelöst - auf Betreiben des damals neuen Bahnchefs Hartmut Mehdorn, der damals die "Weiterentwicklung der Führungsstruktur" durchgesetzt hat. Diese bedeutete nichts anderes, als eine komplette Re-Zentralisierung der Deutschen Bahn und eine Aushöhlung der "Führungsgesellschaften", die 1998 im Zuge der 2. Stufe der Bahnreform anstanden waren.

Das EBA versucht allerdings vergeblich, eine europarechtskonforme Struktur bei der DB AG herzustellen. Letztlich führt kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass die ganze "Chinese-Wall-Struktur", wie sie 2004 im Allgemeinen Eisenbahngesetz angelegt wurde, europarechtswidrig ist. Wenn schon keine "große Trennung" von Netz und Transport erfolgt, ist nach europäischem Recht (RL 2001/12 und 2001/14) eine "kleine Trennung" unvermeidlich, d.h. die Auslagerung der "wesentlichen Funktionen" wie Trassenvergabe und Trassenentgelte auf eine unabhängige, konzernexterne Stelle. Diese Rechtsauffassung haben bei der damaligen Anhörung zum AEG im Deutschen Bundestag fast alle Juristen vertreten. Die EU-Kommission hat bis heute Deutschland kein grünes Licht gegeben. Unsere Prognose: eines Tages wird der EuGH die Europarechtswidrigkeit feststellen. Selbst wenn man aber vorerst glaubt, dass der deutsche Weg (= Chinese Wall zwischen DB AG und DB Netz AG bei den wesentlichen Funktionen) prinzipiell gangbar sei, dann kann die **Entkoppelung von der Rechtsabteilung nur der Anfang sein. Es müssen alle weiteren Gruppen- und Servicefunktionen folgen**. Die Entscheidung des EBA hat auch große Auswirkungen auf die Umsetzung des Koalitionsantrages zur Bahnprivatisierung. Denn die Unabhängigkeit von Service- und Gruppenfunktionen bedeutet ein weiteres Hindernis für die Bilanzierungsfähigkeit von wirtschaftlichem Eigentum der DB AG an der DB Netz AG.

#### 14. Verschlechterungen gegenüber Erst-Entwurf

Der Gesetzentwurf enthält gegenüber dem 1. Entwurf vom 15.12.06 deutliche Verschlechterungen für die öffentlichen Interessen. Es wurden **über 30 Änderungen** vorgenommen, die fast alle den Forderungen der DB AG (Brief Mehdorn vom 24.01.07) entsprechen und die Position der DB AG verbessern. Hier einige wichtige Änderungen zum Nachteil des Bundes:

- Die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung soll eine **Laufzeit von 15 Jahren** bekommen statt von 10 Jahren (§ 5 BSEAG)
- Regelungen über die **Unabhängigkeit der Netzgesellschaft (§ 5 BESG) wurden ersatzlos gestrichen**, der Holdingvorstand kann weiter die Investitionsentscheidungen des Netzes kontrollieren.
- Die **Rechte des Bundes bei Pflichtverletzungen der DB Netz sind entschärft**: die DB erhält umfangreiche Abwehrrechte, insbesondere Widerspruchs- und Anfechtungsrechte, mit denen sie faktisch die Sanktionsmöglichkeiten des Bundes blockieren kann (8, 9, 10 BSEAG).

- Das Verfahren zur **Ermittlung des "Wertausgleichs"** wurde umfassend zugunsten der DB AG umgestaltet (auf die Kriterien für die Wertausgleichsermittlung wird gesondert eingegangen). Verfahrensrechtlich gilt jetzt: der Bund kann die Höhe des Wertausgleichs, den er für das Netz ggfs. zu zahlen hat, nicht mehr selbst festsetzen, sondern muss ein Schiedsverfahren durchführen. Es ist völlig unrealistisch, dass der Bund ein solches Schiedsverfahren tatsächlich durchfechten wird.
- Es ist keine Regulierung der Trassenpreise nach dem Effizienzkostenansatz vorgesehen.

## **15. Gravierende Benachteiligungen des Bundes bei Finanzierungssystematik**

In dem „Gesetz über die Erhaltung und Ausbau der Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes“, das Bestandteil des Privatisierungsgesetzes ist, werden systematisch alle Finanzlasten für Erhaltungs- sowie Neu- und Ausbauinvestitionen auf den Bund verschoben. Nach der bisherigen Finanzierungssystematik musste die DB AG jedenfalls dann, wenn es sich um betriebswirtschaftliche rentable Investitionen handelte, einen Anteil der Investitionen mitfinanzieren. Abweichend von der geltenden gesetzlichen Systematik wurde die Finanzierung in den letzten Jahren allerdings faktisch komplett auf eine Finanzierung durch verlorene Zuschüsse umgestellt. Diese Umstellung wird jetzt gesetzlich nachvollzogen und damit für die Zukunft zementiert.

Die Folgen für den Bundeshaushalt treten ein, sobald das Netz beginnt, Gewinne zu erwirtschaften. Dies sieht die Mittelfristplanung der DB für die kommenden Jahre vor, das Netz soll der konzernweit größte Gewinnbringer werden. Nach jetziger Finanzierungssystematik würde dies dazu führen, dass die Bundeszuschüsse sinken könnten bzw. in zinslose Darlehen verwandelt werden. Nach der neuen Finanzierungssystematik sind die Bundeszuschüsse garantiert, egal wie profitabel das Netz durch sie wird. Aus den Bundeszuschüssen werden letztlich Dividenden für die Privatinvestoren.

## **16. Zur Gesetzesbegründung, die DB müsse international wettbewerbsfähig aufgestellt werden.**

Um international wettbewerbsfähig zu sein, braucht die DB kein Netzeigentum in Deutschland. Die DB AG ist heute ein klassischer Mischkonzern mit Unternehmensbereichen, zwischen denen es keinerlei Synergien gibt (Beispiel: Luftverkehr USA und SPNV in Deutschland oder Logistik in Europa und SPfV in Deutschland). Das Netzeigentum hilft ihr nicht einmal im Schienenverkehr im Ausland (da muss sie sowieso auf fremden Gleisen fahren). Die anderen Wettbewerber haben auch kein Schienennetzmonopol und wenn die Konkurrenzfähigkeit der DB AG nur auf diesem Extrabonus beruhen sollte, dann wäre sie sowieso nicht von langer Dauer.

## **17. Zur Gesetzesbegründung, die Kapitalprivatisierung sei wegen der europäischen Marktöffnung notwendig**

Die Marktöffnung bezieht sich ausschließlich auf den Güterverkehr und ist zum 1.1.2007 ist ohne Auswirkung geblieben – wie die Wirklichkeit der letzten Monate erwiesen hat. Es ist nichts Nennenswertes geschehen. Keine andere Staatsbahn in Europa ist kapitalprivatisiert und es steht auch keine Privatisierung an. Die Teilprivatisierung der DB würde ihre Konkurrenzsituation gegenüber anderen Staatsbahnen im Schienengüterverkehr in keiner Weise verändern. Im Logistikbereich gibt es durch die Marktöffnung keine neue Situation, hier wäre ein SUB-IPO von Schenker die adäquate Lösung.

## **18. Zur Gesetzesbegründung, die erfolgreiche Entwicklung müsse der DB AG muss fortgesetzt werden.**

Es gibt keine Erfolgsstory – jedenfalls nicht so, wie sie der Bahnvorstand behauptet. Wir beobachten hier das Phänomen aus des „**Kaisers neue Kleider**“. Bekanntlich dienten dort zwei Gauner dem Kaiser an, aus seinem Gold den herrlichsten Faden zu spinnen und ihm Gewänder daraus zu nähen – das Besondere an den Kleidern aber sei, dass sie nicht sehen könne, wer dumm oder für sein Amte untauglich sei. So kam es, dass erst diejenigen, die der Kaiser vorschickte, dann der Kaiser selber und schließlich das ganze Volk die Schönheit und Herrlichkeit der Kleider pries, die in Wahrheit niemand sah, bis schließlich ein Kind rief: „aber er hat ja gar nichts an“ und nun der Kaiser und das ganze Volk den Schwindel erkannten.

Die sanierte, kapitalmarktfähige Bahn als des Kaisers neue Kleider, wie funktioniert ein solcher „**Sanierungsbluff**“? Man macht am Anfang eine Bestandaufnahme (Anfang 2000), die eine desolante Ausgangslage bescheinigt. Man fährt das Ergebnis unter Ausnutzung bilanzrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach unten (2001-2002) und modelliert einen steilen Hockey-Stick in der Ergebniskurve (2003-2004). Gleichzeitig vereinbart man mit dem BMVBS die komplette Umkehrung der Finanzierungssystematik der Bahnreform, indem Netzinvestitionen nunmehr mit Zuschüssen statt mit zinslosen Darlehen finanziert werden, was die Ergebnisrechnung des Konzerns bei den Abschreibungen progressiv entlastet. Außerdem sichert man die Direktvergabe der lukrativen Nahverkehrsverträge politisch ab und macht so die DB Regio zur Cash-Cow. Man sorgt also bei Infrastruktur und Nahverkehr für einen ergiebigen Zahlungsstrom aus öffentlichen Kassen, der sich von 1994 bis 2005 auf die Fabelsumme von 115 Milliarden Euro auftürmt. Gleichzeitig kauft man als Staatsunternehmen private Logistiker auf, konsolidiert sie in der Konzernbilanz und vergleicht anschließend die dadurch verbesserten Ergebnisse mit denen der alten DB AG. Die Statistiken zur Verkehrsleistung ändert man wiederholt rückwirkend. Und am Ende präsentiert man glanzvoll eine „kapitalmarktfähige DB AG“ (deren Sparten Netz, Güterverkehr und Fernverkehr isoliert betrachtet kaum besser dastehen, als vor 10 Jahren).

Jenseits allen Blendwerks ist Tatsache: die Konzerngewinne sind von Struktur und Höhe der staatlichen Bezuschussung abhängig. Die DB AG hat von 1994 bis 2005 **Bundesmittle in Höhe von 115 Milliarden Euro** erhalten (44,9 Mrd. Investitionshilfen plus 17,3 Mrd. Euro Altlastenhilfe plus 43,5 Mrd. Euro Regionalisierungsmittel plus 8,9 Mrd. Euro sonstige Zuschüsse). Diesen Bundesmitteln von 115 Mrd. Euro stehen im Schienenverkehrsgeschäft (Fahrgast- und Frachtmarkt) erwirtschaftete Erlöse von rund 180 Mrd. Euro gegenüber – das verdeutlicht die hochgradige Finanzierungsabhängigkeit der DB AG vom Bundeshaushalt.

Die staatliche Bezuschussung im Infrastrukturbereich verbessert um über einer Milliarde Euro pro Jahr das Geschäftsergebnis der DB. Bilanztechnisch funktioniert diese Ergebnisbezuschussung wie folgt: die mit Investitionszuschüssen finanzierten Sachanlagen werden nicht aktiviert (d.h. sie tauchen in der Bilanz der DB nicht auf) und müssen deshalb auch nicht abgeschrieben werden (d.h. der Abschreibungsaufwand in der Gewinn- und Verlust-Rechnung wird stark reduziert). Alleine durch diesen Effekt wird das Geschäftsergebnis des Konzerns um über 1 Mrd. Euro pro Jahr verbessert.

Die Kapitalmarktfähigkeit der DB besteht nur unter der Prämisse einer langfristigen Zuschussgarantie für die Infrastruktur. Die Rentabilitätsrechnung der DB weist deshalb gegenüber einem normalen ROCE-Konzept (Return on capital employed) einen gravierenden Unterschied auf: das Geschäftsergebnis (EBIT) wird nicht – wie üblich – ins Verhältnis zum gesamten im Unternehmen arbeitenden Kapital gesetzt, sondern nur auf das bilanzierte Anlagevermögen bezogen. Das tatsächlich im Unternehmen arbeitende Sachanlagevermögen, mit dem das Ergebnis erwirtschaftet wird, ist jedoch signifikant höher (um mindestens 30 Milliarden Euro).

Die optisch steil angestiegenen Gewinnausweise bzw. –prognosen seit 2005 sind im Wesentlichen auf fünf Ursachen zurück zu führen:

Erstens spricht die DB AG seit 2005 von **EBIT** (earnings before interest and taxes) statt von BE II (betriebliches Ergebnis nach Zinsen). Das EBIT wird dabei regelmäßig als Gewinn bezeichnet, obwohl zumindest die Zinsen als normaler Aufwand noch abgezogen werden müssen (im Analystenjargon heißt es: „und ewig lockt das EBIT“). Es ist unseriös, das EBIT der Jahre ab 2005 mit dem BE II der Vorjahre zu vergleichen. Vergleicht man die wirklich vergleichbaren Ergebnisse, nimmt sich der Erfolg optisch weitaus bescheidener aus.

Zweitens auf die konsequente **Umschichtung von Finanzlasten des Netzes auf den Bund**. 1994 wurden der DB noch sämtliche Bundesschienenwegeausbaumittel (2,34 Mrd. Euro) als zinslose Darlehen gewährt. 2005 waren es nur noch 95 Mio. Euro zinslose Darlehen, aber 2,508 Mrd. verlorene Baukostenzuschüsse. Diese Umstellung von der Darlehensfinanzierung des Netzes auf verlorene Zuschüsse entlastet die DB AG von Abschreibungsaufwand in Höhe von über 1 Mrd. Euro pro Jahr. Auf diesen Entlastungseffekt hat auch der Bundesrechnungshof hingewiesen.

Drittens auf **Einsparungen beim laufenden Instandhaltungsaufwand**, der laut BRH um rund 300 Mio. Euro niedriger liegt, als erforderlich wäre für eine Substanzerhaltung des Netzes. Die DB AG hat damit die Ergebnisse der gemeinsamen Arbeitsgruppe (DB Netz AG, BMVBS und EBA) aus dem Jahr 2001 nicht umgesetzt. Diese Arbeitsgruppe hatte den Instandhaltungsbedarf seinerzeit mit 1,63 Mrd. Euro pro Jahr angegeben. Für die Jahre 2001 bis 2005 ergibt das eine Soll-Instandhaltungssumme von 8,18 Mrd. Euro – die von der Bahn selbst aus eigenen Mitteln zu bezahlen worden wäre. Tatsächlich wurden 1,49 Mrd. Euro weniger in die Instandhaltung gesteckt. Insofern ist alleine in diesem Zeitraum einen Instandhaltungsrückstau von 1,5 Mrd. aufgelaufen.

Viertens hat sich die DB aller Grauzonen bedient, um mit **Bilanzkosmetik** das Ergebnis der Jahre 2001 bis 2003 schlecht zu rechnen (u.a. mit der verstärkten Bildung von Rückstellungen) und ab 2004 eine steil ansteigende Ergebniskurve auszuweisen. Diese Ergebnismodellierung nennt man im Analystendeutsch „Hockey-Stick-Effekt“.

Fünftens haben sich die **Konsolidierungskreise seit 2004 grundlegend geändert und Gewinne zugekauft**. Mit Schenker und Bax wurden Unternehmensteile dazu gekauft, die zukünftig schätzungsweise ein Drittel des Konzernergebnisses beisteuern. Es ist unseriös, die alte Schienenverkehrs DB AG mit der neuen Logistik DB AG zu vergleichen. Zugekaufte Gewinne können nicht über das unsanierte Kerngeschäft hinwegtäuschen.

Sechstens: im **Kerngeschäft Schiene** verdient die DB AG nur im Nahverkehr nennenswert Geld. Das liegt daran, dass es ihr gelungen ist, die lukrativsten Strecken im Wege der Direktvergabe ohne Ausschreibung zu erhalten und dort mit überhöhten Preisen satte Gewinne zu realisieren.