

Positionspapier der BAG-SPNV

Bewertung des zweiten Entwurfs des Bahnprivatisierungsgesetzes (BESG) vom 08.03.2007:

Der Gesetzesvorschlag setzt das Eigentumssicherungsmodell in seinen wesentlichen Merkmalen um und gefährdet damit den Schienenverkehr in Deutschland

Berlin, 11.04.2007

I) Zusammenfassende Bewertung

Gegenüber dem im Gesetzesentwurf vorgeschlagenen rechtlichen Konstrukt hat die BAG-SPNV erhebliche Bedenken. Trotz gegenteiliger Vereinbarung der Koalition im Entschließungsantrag setzt der zweite Referentenentwurf offenbar das Eigentumssicherungsmodell um. Hiergegen spricht sich die BAG-SPNV ausdrücklich aus. Wie in unserem Positionspapier vom 16. Oktober 2006 ausführlich dargelegt¹, gefährdet das Eigentumssicherungsmodell die Zukunft des Nahverkehrs auf der Schiene und birgt auch darüber hinaus eine Reihe von Widersprüchen und Risiken. Weil der Bund nach dem Modell zwar juristischer Eigentümer des Netzes ist, das wirtschaftliche Eigentum faktisch aber bei der DB AG verbleibt, verliert der Bund in der Praxis jedwede Möglichkeit der Ausgestaltung des Netzes. Es ist zu befürchten, dass der Bund seine ihm durch Grundgesetz obliegenden Pflichten zur Daseinsvorsorge nicht mehr in dem erforderlichen Umfang erfüllen kann. Damit einher gehen Bedenken, ob das Gesetz verfassungsgemäß ist.

Auch auf die Länder hätte der Gesetzentwurf in seiner vorliegenden Form negative Auswirkungen. Die BAG-SPNV befürchtet, dass die Qualität von Schienenwegen und Bahnhöfen gerade im Regionalverkehr außerhalb der Magistralen, also dort wo ein Großteil des Nahverkehrs auf der Schiene stattfindet, nicht wirksam verbessert wird. Die im Jahr 2005 begonnene überproportionale Steigerung der Trassen- und Stationskosten wird sich mit einer materiell teilprivatisierten Infrastruktur fortsetzen. Da aufgrund dieser Preissteigerungen bundesweit ein Fehlbetrag von bis zu 50 Mio. Euro entsteht, drohen weitere Leistungskürzungen im Nahverkehr. Eine Regionalisierung der

¹ <http://www.bag-spnv.de/posi/Pos06-10-16.pdf>

Schieneinfrastruktur zur Erzielung dringend notwendiger Effizienzsteigerungen in diesem Segment ist bislang im Gesetzentwurf nicht vorgesehen.

Kritisch bewertet die BAG-SPNV, dass gegenüber dem ersten Entwurf weitere Änderungen zugunsten der DB AG aufgenommen worden sind. So werden neben weiteren Einzelregelungen die Mitbestimmungsrechte des Bundes stark eingeschränkt. Die zunächst vorgesehene Unabhängigkeit der Netzgesellschaften von der Holding wurde ersatzlos gestrichen.

Nach Auffassung der BAG-SPNV behindern die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Regelungen nachhaltig die Entwicklung des Schienenverkehrs in Deutschland - insbesondere auch im Nahverkehr. Die schon bestehenden Mängel an der Infrastruktur wie schlechte Qualität von Netz und Bahnhöfen sowie Kapazitätsprobleme, wovon der Nahverkehr besonders tangiert wird, werden auch zukünftig weiter bestehen. Hinsichtlich der Trassenvergabe und Trassenpreisfestlegung werden weiterhin Konzerninteressen dominieren, das vorhandene Diskriminierungspotential wird somit beibehalten und sich wettbewerbsbehindernd auswirken. Eine zum Ausgleich durchsetzungsfähige Regulierung wäre bei dem vorgeschlagenen Modell daher besonders wichtig. Der Ansatz der Bundesnetzagentur, eine Regulierung der Trassenpreise nach dem Effizienzkostenansatz einzuführen, wird in dem neuen Entwurf aber gerade wieder verworfen. Die vorgesehenen Regelungen sind daher kontraproduktiv zu dem erklärten Ziel, mehr Verkehr auf die Schiene zu bringen.

Letztlich enthält der Gesetzentwurf in Zusammenhang mit den Entschädigungsregelungen bei Rückübertragung der Infrastruktur an den Bund wesentliche Risiken für den Bund und die Länder. Die Regelungen begünstigen in nicht hinnehmbarer Weise die Finanzinvestoren zu Lasten der Steuerzahler und Fahrgäste.

II) Einzelne Anmerkungen

1) Eigentumssicherungsmodell und Infrastrukturverantwortung des Staates sind nicht miteinander vereinbar

Das Eigentumssicherungsmodell, das faktisch umgesetzt werden soll, enthält eine Reihe von Widersprüchen, Gefahren und verkehrspolitische sowie fiskalische Risiken und ist eine Weichenstellung in die falsche Richtung.

Das zivilrechtliche Eigentum an den Infrastrukturunternehmen der DB AG wird nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf lediglich zu Sicherungszwecken an den Bund übertragen.

Die DB AG ist Sicherungstreugeber der Anteile an den Eisenbahninfrastrukturunternehmen, ihr steht die Möglichkeit zu, den Verkehr und die Eisenbahninfrastruktur in einer wirtschaftlichen Einheit zu betreiben und zu bilanzieren.

Soll demnach die DB AG die Möglichkeit zur Bilanzierung haben, setzt dies zwingend voraus, dass der Bund keine Eigentümerbefugnisse ausüben kann, wie sie einem Volleigentümer zustehen. Dieser der Konstruktion des Modells immanente Konflikt wird durch den Gesetzesentwurf vermeintlich dahingehend gelöst, dass nach § 2 Abs. 1 der Bund der DB AG eine Vollmacht zur Ausübung der Stimmrechte in den Hauptversammlungen und Gesellschafterversammlungen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu erteilen hat. Damit fallen juristisches und wirtschaftliches Eigentum auseinander, das wirtschaftliche Eigentum steht der DB AG zu, das juristische Eigentum des Bundes stellt sich als eine leere Hülse dar, da der Bund wesentliche Eigentümerrechte nicht ausüben kann.

In der Rechtsfolge bedeutet dies, dass der Bund insbesondere keine Entscheidungen über die Bewirtschaftung der Infrastruktur treffen, im täglichen operativen Geschäft der Infrastrukturgesellschaften nicht den Kurs bestimmen kann und ihm auch keine Gewinnansprüche zustehen.

Dieses Ergebnis ist um so fraglicher, als dem Bund nach einer abzuschließenden Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung die Pflicht obliegt, jährliche Investitionen in einer bestimmten Höhe in das Netz zu tätigen. In letzter Konsequenz stellt diese Ausgestaltung der Eigentümerrechte, die dem Wesen nach einem Eigentumssicherungsmodell entspricht, eine Gefährdung der verfassungsmäßig ausgestalteten Pflicht des Bundes dar, seine Infrastrukturverantwortung im Interesse des Allgemeinwohls wahrzunehmen.

Mit Art. 87 e Abs. 3 GG stattet das Verfassungsrecht den Infrastrukturbetreiber mit einer zwingend erforderlichen Mehrheitsbeteiligung des Bundes aus. Sinn und Zweck dieser Regelung ist, dass der Bund den zur Daseinsvorsorge auf dem Schienenverkehrssektor erforderlichen Einfluss auf den Infrastrukturbetreiber behält. Mit dieser Regelung wird ein Ausgleich dahingehend geschaffen, dass Art. 87 e Abs. 3 GG keine Aussagen dazu trifft, wie der Bund seiner Gewährleistungspflicht nachkommen und ein ausreichendes Verkehrsangebot garantieren kann. Dafür benennt er als Instrument eine Mehrheitsbeteiligung des Bundes, um auf diese Weise sicherzustellen, dass der Bund wesentlichen Einfluss auf die Ausgestaltung und Bewirtschaftung des Schienennetzes nehmen kann. Nach der im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelung - Übertragung der Stimmrechte auf die DB AG - wird der Bund jedoch primär darauf beschränkt, auf Basis schuldrechtlicher Verträge (Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung) die Entwicklung des Netzes und damit die Qualität und den Umfang der verkehrlichen Bedienung zu beeinflussen. Lediglich in den in § 2 Abs. 2 genannten Ausnahmefällen zu wesentlichen Strukturentscheidungen ist zur Ausübung der Stimmrechtsvollmacht zuvor die Zustimmung des Bundes einzuholen. Mit dem neuen Gesetzentwurf wird diese Bestimmung überdies noch aufgeweicht, in dem das zusätzliche Erfordernis der „nachhaltigen Gefährdung“ eingeführt wird. Da in der Konsequenz der Bund wesentliche Eigentümerrechte nicht mehr adäquat ausüben können, ist die Vereinbarkeit der vorgesehenen gesetzlichen Regelung mit dem Verfassungsrecht und insbesondere der Schienenwegegarantie anzuzweifeln.

Will der Bund zukünftig seine Infrastrukturverantwortung vollumfänglich wahrnehmen, muss eine Trennung von Netz und Betrieb erfolgen. Als Minimalvariante muss zumindest das Eigentumsmodell umgesetzt werden, bei dem der Bund wirtschaftlicher und juristischer Eigentümer des Netzes ist.

2) Die vorgesehene Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung ist aufgrund mangelnder Erfahrungen kein tragfähiges Modell

Die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung, die im Rahmen des vorgeschlagenen Modells abzuschließen ist, stellt kein geeignetes Instrument dar, die Qualität des Netzes nachhaltig zu steuern und zu kontrollieren. Bislang liegen in Deutschland keine Erfahrungen mit einem solchen System vor. Die bisherige Informationsasymmetrie zwischen Bund und DB Netz AG wird weiter fortgeschrieben.

Daher sollten die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung sowie die genauen Inhalte des Netzzustandsberichtes zum Zeitpunkt der Beratung und Verabschiedung des Gesetzentwurfes bereits in endverhandelter Form vorliegen. Nur so lässt sich abschließend beurteilen, ob die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung tatsächlich geeignet ist, als Steuerungsinstrument für den Netzzustand zu dienen. Insbesondere muss gewährleistet werden, dass Leistungspflichten bezogen auf die einzelne Strecke vereinbart werden. Es ist keinesfalls ausreichend, den Netzzustand nur an Hand durchschnittlicher netzweiter Eckwerte zu vereinbaren. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass das Netz zwar im Durchschnitt den Anforderungen genügt, jedoch eine nennenswerte Zahl einzelner Strecken erhebliche Qualitätsmängel aufweist. Diese Frage lässt der Gesetzesentwurf offen.

Ebenso muss vor Verabschiedung des Gesetzes der tatsächliche Netzzustand in Deutschland lückenlos dokumentiert sein. Es muss nachgewiesen werden, dass das Netz in Deutschland in einem ordnungsgemäßen Zustand ist. Aktuelle Dokumente (z. B. Berichtsentwurf des Bundesrechnungshofs zum Netzzustand) und die Erfahrungen der Aufgabenträger des SPNV geben Anlass zur Vermutung, dass das Netz gerade nicht mängelfrei ist.

Schließlich ist durch die Ausgestaltung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung auch sicherzustellen, dass der geleistete Bundeszuschuss tatsächlich bei der Infrastrukturgesellschaft verbleibt.

3) Entwicklung der Trassenpreise gefährdet den Schienenpersonennahverkehr

Nachdem die Trassenpreise über lange Jahre nur moderat gestiegen sind, ist seit 2006 ein jährlicher Anstieg der Trassenpreise um 2 bis 2,5 Prozent zu verzeichnen. Dem stehen derzeit stagnierende und ab 2008 unterproportional (um 1,5 Prozent) steigende Regionalisierungsmittel gegenüber.

Diese Entwicklung führt dazu, dass jährlich bis zu 50 Mio. Euro zur Finanzierung des SPNV fehlen. Ein derart hoher Betrag kann nicht durch Effizienzgewinne im Betrieb oder steigende Fahrgastzahlen ausgeglichen werden.

Um diese Problematik zu entschärfen, müsste der Bund im Rahmen der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung die Trassenpreise für den SPNV auf dem heutigen Niveau festschreiben bzw. allenfalls eine Steigerung in Höhe der im Rahmen des Regionalisierungsgesetzes vereinbarten Dynamisierung zulassen.

4) Unternehmensinteressen dürfen gegenüber dem staatlichen Interesse an einem effizienten und wettbewerblich orientierten Schienenverkehrsmarkt und gegenüber den Interessen der Steuerzahler keine Oberhand gewinnen

Die DB AG wird durch den vorliegenden zweiten Gesetzesentwurf in wesentlichen Bereichen gegenüber dem Vorentwurf begünstigt.

(1) Verlängerung der Dauer der Sicherungsübertragung

Die zeitliche Befristung des zivilrechtlichen Eigentums des Bundes ist an sich fragwürdig und überdies unnötig lang. Durch § 5 BESG ist das zivilrechtliche Eigentum des Bundes an den Infrastrukturgesellschaften zunächst zeitlich, nunmehr auf 15 Jahre, befristet. Die Dauer verlängert sich um weitere 10 Jahre, sofern der Gesetzgeber vor Ablauf der Frist keine anderweitige Entscheidung trifft. Bringt die Bundesregierung also keinen neuen Vorschlag ein, was zu vermuten ist, ist die Sicherungsübertragung faktisch für 25 Jahre festgeschrieben. Auffallend ist, dass die Variante der Verlängerung der Sicherungsübertragung zum einen durch Entscheidung nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 BESG vorgesehen ist, zum anderen die in § 5 Abs. 3 BESG normierte Rechtsfolge ist, wenn keine Entscheidung nach Abs. 2 BESG getroffen wird. Somit erscheint die Variante der Verlängerung der Sicherungsübertragung als bevorzugt.

Eine weitere Option wäre, dass der Bund das Eigentum nach 15 Jahren gegen einen Wertausgleich, der an die DB AG zu zahlen ist, erhält.

In der Rechtsfolge müsste demnach der Bund - will er sein volles Eigentümerrecht ausüben - eine Entschädigung dafür zahlen, dass er sein bislang nur bestehendes Sicherungseigentum in Volleigentum umwandelt. Die Brisanz dieser Regelung wird noch deutlicher, wenn man sich den Fall vergegenwärtigt, dass der Bund bei einer festgestellten Pflichtverletzung seitens des Infrastrukturbetreibers das Ende der Sicherungstreuhand verlangt. Selbst in diesem Fall muss er der DB AG einen Wertausgleich zahlen.

(2) Die bisher vorgesehenen Mitbestimmungsrechte des Bundes werden stark eingeschränkt, die Unabhängigkeit der Netzgesellschaften wurde ersatzlos gestrichen und Regelungen zur Regulierung wieder rückgängig gemacht

Nach dem Gesetzesentwurf darf der Bund seine Zustimmung zu Entscheidungen der DB AG über Angelegenheiten der Infrastrukturgesellschaften nur verweigern, wenn „das Sicherungsinteresse des Bundes nachhaltig gefährdet werden kann“ (§§ 2,3 BESG). Das ohnehin nur für wesentliche Maßnahmen bzw. Veränderungen bestehende Zustimmungserfordernis durch den Bund wird jetzt dadurch ausgehöhlt, dass das Kriterium der „Wesentlichkeit“ mit einer nachhaltigen Gefährdung des Sicherungsinteresses des Bundes definiert wird. Handelt es sich schon bei dem Begriff der „Wesentlichkeit“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher der Auslegung bedarf, trifft dies erst recht auf den ebenso unbestimmten Begriff der „nachhaltigen Gefährdung“ zu. Dieser Rechtsbegriff wird schon in seiner Definition umstritten sein und erst recht in Beweisfragen.

Darüber hinaus wurden Regelungen über die Unabhängigkeit der Netzgesellschaft ersatzlos gestrichen, der Holdingvorstand kann weiter die Investitionsentscheidungen des Netzes kontrollieren. Dies bedeutet ein Rückschritt gegenüber dem ersten Entwurf, der Regelungen zum Unbundling z.B. derart vorsah, dass die DB Netz AG Entscheidungen zum Netzausbau unabhängig vom Konzern treffen sollte. Eine solche Forderung muss zwingend erhoben und in dem Gesetzesentwurf auch wieder verankert werden, um eine Diskriminierung Dritter durch Netzausbaustrategien zu Gunsten der DB-Transporttöchter zu verhindern.

Die Bundesnetzagentur hatte aus der bisherigen Regulierungspraxis heraus angeregt, eine Regulierung der Trassenpreise nach dem Effizienzkostenansatz einzuführen. Eine derartige zunächst auch aufgenommene Regelung wurde gegenüber dem ersten Entwurf ersatzlos gestrichen. Dies ist umso unverständlicher, als in den anderen regulierten Branchen (Telekommunikation, Energiewirtschaft) entsprechende Regelungen selbstverständlich und Grundlage für eine erfolgreiche Re-

gulation sind. Somit besteht im Eisenbahnsektor die Gefahr, dass es in den nächsten Jahren statt zu einer wirksamen Entgeltregulierung zu langwierigen Rechtsstreitigkeiten um die Auslegung der derzeitig unscharfen Regelungen kommt. Die Wiederaufnahme dieser Regelung ist insbesondere auch aus der Sicht des Nahverkehrs zu fordern, der mit stetig steigenden Trassenkosten belastet wird. Letztlich entspricht die nunmehr vorgeschlagene gesetzliche Regelung in erster Linie den Unternehmenswünschen der DB AG und stellt die Bedeutung der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde in Frage.

(3) Die Entschädigungsregelungen für den Fall des Rückfalls des Netzes an den Bund sind zu Lasten des Bundes weiter verschärft worden; die Regelungen bringen wesentliche finanzielle Risiken für den Bund mit sich

In § 7 BEStG wird normiert, dass der Bund an die DB AG einen Wertausgleich zu leisten hat, wenn er dauerhaft das Volleigentum an den Infrastrukturunternehmen übernimmt und die Sicherungsabrede nicht verlängert wird. Dieser Wertausgleich soll sich nach dem Verkehrswert richten, der nach dem Ertragswertverfahren ermittelt wird. Ungewiss dürfte aus heutiger Sicht sein, wie sich der Ertragswert der Schieneninfrastrukturunternehmen in den nächsten Jahren entwickelt. Naheliegend ist, dass die Bereitstellung und Vorhaltung der Infrastruktur dauerhaft defizitär ist. Ebenso ist aber auch denkbar, dass sich aufgrund der geplanten Finanzierungsregelungen und einer gewissen Kurskorrektur hinsichtlich der Bewirtschaftung der Infrastruktur seitens der DB AG, die gerade aus dem geplanten integrierten Börsengang resultiert, ein positiver Ertragswert des Netzes in den nächsten Jahren entwickelt. Es besteht damit die Gefahr, dass die Sicherungsabrede ins Leere läuft, da im Sicherungsfall der Rückkauf des Netzes für den Staat mit erheblichen Kosten bzw. Risiken verbunden wäre. Der Bund würde diese Option somit nur als Ultima Ratio nutzen können. Besonders pikant wäre ein dauerhafter Erwerb des Volleigentums an der Infrastruktur durch Entschädigungszahlungen an die DB AG aber auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Bund zuvor aus Steuergeldern erst diesen Ertragswert mit geschaffen hat.

Die im Gesetzentwurf getroffenen Regelungen lassen somit vermuten, dass der Wertausgleich in diesem Falle höher sein wird als der Privatisierungserlös beim anstehenden Börsengang. An dieser Stelle sei auch darauf hingewiesen, dass in allen bisherigen Fällen (Großbritannien, Neuseeland, Estland) der Staat mehr Geld für den Rückkauf des Netzes aufgewendet hat als er mit der Privatisierung erlöst hatte.

Mit dem neuen Gesetzesvorschlag sind darüber hinaus die Entschädigungsregelungen für den Fall des Rückfalls des Netzes an den Bund zu Gunsten der Investoren modifiziert worden. Wurde in dem ersten Entwurf der Wert noch vom Bund festgelegt, wird nun eine Einigungsstelle implementiert, die im Falle von Meinungsverschiedenheiten über die Höhe des Wertausgleichs entscheiden soll. In der Praxis dürfte der Bund einen derartigen Konflikt scheuen. Es ist im Ergebnis zu befürchten, dass sich Deutschland mit dieser Regelung in die Reihe der genannten Länder begibt, in denen das Netz privatisiert und anschließend zu einem höheren Preis zurückgekauft wurde. Sie belastet damit in unakzeptabler Weise die Steuerzahler und Fahrgäste.

5) Der Bund hat kaum Möglichkeiten der Einflussnahme auf den Netzzustand

Nach gegenwärtiger Rechtslage kann der Bund seiner grundgesetzlich verankerten Infrastrukturverantwortung aufgrund sich aus Aktienrecht ergebender Rechte gegenüber der Holding nachkommen. Damit wird er in die Lage versetzt, auf eine Netzbewirtschaftung, die den verkehrlichen Bedürfnissen entspricht und nicht von Renditeerwartungen diktiert wird, entscheidenden Einfluss zu nehmen. Nach dem nunmehr vorgeschlagenen Regelungen besteht zukünftig die Gefahr, dass sich die Möglichkeit der Einflussnahme primär auf schuldrechtlicher Ebene abspielt, da der Bund nur formaler Eigentümer der Infrastrukturgesellschaften ist, sein entscheidendes Eigentümerrecht - die Ausübung der Stimmrechte in der Hauptversammlung - aber an die DB übertragen muss. Die Vertreter des Bundes stellen z.B. im Aufsichtsrat der DB Netz AG mit drei von mindestens 12 Mitgliedern nur eine Minderheit. Damit stünde der Bund auf vertraglicher Basis einem starken und auf Gewinn orientierten Unternehmen gegenüber, das überdies noch über die besseren Kenntnisse über den Zustand der Schieneninfrastruktur verfügt. Im Falle der Vernachlässigung des Netzes entgegen vertraglicher Verpflichtungen wäre die Position des Bundes im Wesentlichen darauf beschränkt, das Volleigentum an der Infrastruktur gegen eine Entschädigungszahlung an die DB AG zu erwerben.

Der vorgelegte Gesetzentwurf geht daher mit eklatanten Benachteiligungen des Bundes im Verhältnis zur DB AG einher und ist insgesamt abzulehnen.