

Memorandum

zur Frage,

ob die Verschmelzung der DB Netz AG und der DB Station&Service AG auf die DB InfraGO AG zustimmungsbedürftig im Sinne von Art. 87e Abs. 5 GG ist oder nicht

im Auftrag des

DIE GÜTERBAHNEN/Netzwerks Europäischer Eisenbahnen e.V.

(AK NEE 1/166/2023)

I.

Problemstellung

Der Aufsichtsrat der Deutschen Bahn AG hat in seiner Sitzung vom 27.9.2023 beschlossen, zwei der drei Infrastrukturtochtergesellschaften der DB AG, nämlich die DB Netz AG und die DB Station&Service AG auf die neue DB InfraGO AG zu verschmelzen.

In diesem Rahmen stellt sich die Frage, inwieweit die Vorgaben des Art. 87e Abs. 5 GG beachtet worden sind.

Art. 87e Abs. 5 Satz 2 GG regelt unter anderem: „Der Zustimmung des Bundesrates bedürfen ferner Gesetze, die [...] die Verschmelzung [...] von Eisenbahnunternehmen des Bundes [...] regeln“.

Dabei muss zunächst geklärt werden, ob die Verschmelzung der zwei Infrastrukturgesellschaften überhaupt rein intern durch den Aufsichtsrat der DB AG beschlossen werden durfte oder ob dem ein förmliches Gesetz hätte vorausgehen müssen bzw. ob ein förmliches Gesetz diese Verschmelzung nachfolgend regeln muss.

Bislang gehen sowohl die Deutsche Bahn AG als auch die Bundesregierung scheinbar davon aus, dass es reicht, wenn die Verschmelzung der beiden Gesellschaften durch den Aufsichtsrat der DB AG beschlossen wird, als handelte es sich dabei um ein alltägliches Geschäft.

Dabei muss berücksichtigt werden, dass ausweislich der Präsentation zum „Dialog mit Branchenverbänden“ des BMDV vom 28.9.2023 „zusätzlich bis zu 39,5 Mrd. Euro zur Stärkung der Schieneninfrastruktur vorgesehen“ sind, die weit

überwiegend vom Bund zur Verfügung gestellt werden sollen. Gleichzeitig ist eine Gemeinwohlorientierung der neuen DB InfraGO AG vorgesehen, was grundsätzlich eine „contradictio in adiecto“ darstellt.

II.

Rechtliche Einordnung

1. Rechtsprechungs- und Gesetzgebungshistorie

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat bereits entschieden, dass die Veräußerung von Vermögenswerten durch Tochterunternehmen der DB AG ein parlamentarisches Zustimmungsrecht nicht begründet.

So BVerfG, Beschluss vom 22.11.2011 – 2 BvE 3/08 –, GewA 2012, 162.

In dem zitierten Beschluss ging es konkret um die Veräußerung nicht oder nicht mehr als bahnotwendig erachteter Immobilien.

Das BVerfG hat in dem Beschluss zudem moniert, dass die 6-Monats-Frist des § 64 Abs. 3 BVerfGG überschritten gewesen sei.

Ob dieser Beschluss heute noch einmal so fallen würde, ist zumindest fraglich, nachdem der Erhalt von Eisenbahninfrastruktur nunmehr im „überragenden öffentlichen Interesse“ liegt, § 23 AEG.

Das gilt auch für die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: Dieses hatte noch 2016 in einem Urteil zur Zulässigkeit der Komplementärfinanzierung von „Stuttgart 21“ durch das Land-Baden-Württemberg geurteilt, „der Bau von

Schienenwegen und - damit zusammenhängend - von Bahnhöfen nach Art. 87e GG [sei] keine öffentliche Aufgabe des Bundes im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG mehr“.

BVerwG, Urteil vom 14.06.2016 - 10 C 7.15, BeckRS 2016, 50923, Rn. 22.

Dies ist angesichts der Finanzierung des Baus und des Erhalts von bundeseigenen Schienenwegen, die, ob direkt (BSchwAG, LuFV) oder indirekt (Regionalisierungsmittel) weit überwiegend durch den Bund erfolgt, nicht haltbar, denn die Infrastrukturtöchter sind in diesem Sinne lediglich ausführendes Organ des Bundes hinsichtlich seiner Gewährleistungsgarantie, die in Art. 87e Abs. 4 GG verankert ist.

Allerdings hat das BVerwG in dem zitierten Urteil auf die Gesetzesbegründung zu Art. 87e GG rekurriert. Diese ist eher unergiebig: Im ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 12/5015) kamen die Absätze 4 und 5 des Art. 87e GG noch nicht vor: Diese wurden erst durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages nachträglich eingefügt. In der entsprechenden Bundestagsdrucksache (BT-Drs. 12/6280) heißt es zu Art. 87e Abs. 5 GG: „Absatz 5 trägt der Befürchtung der Länder Rechnung, daß die einfachgesetzlichen Regelungen zur Sicherung der Infrastrukturverantwortung des Bundes in späteren Jahren ohne ihre Zustimmung wieder geändert werden könnten. Die jetzt vorgeschlagene Fassung definiert die Bereiche, in denen die Länder ein ‚unabwendbares‘ eigenes Interesse haben und bei denen deshalb das Erfordernis ihrer Zustimmung vorgesehen werden sollte. Dies bezieht sich ausdrücklich auf § 2 Abs. 2 des Gesetzes über die Gründung einer Deutschen Bahn Aktiengesellschaft (DBGrG), § 25 a des Gesetzes zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen und § 10a des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) sowie

auf alle Gesetzesänderungen, die Auswirkungen auf den Schienenpersonennahverkehr haben.“

BT-Drs. 12/6280, S. 8.

Daraus folgt unter anderem, dass der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages es sich nicht vorstellen konnte, dass eine entsprechende Verschmelzung von Infrastrukturgesellschaften der DB AG ohne förmliches Gesetz auf den Weg gebracht werden würde.

2. Einordnung in den aktuellen Kontext

Hier ist es so, dass die beiden wichtigsten Infrastrukturgesellschaften der DB AG zu einer neuen Aktiengesellschaft verschmolzen werden sollen, wobei in der Öffentlichkeit immer das Ziel der „Gemeinwohlorientierung“ kommuniziert wurde.

Siehe etwa:

<https://www.deutschebahn.com/resource/blob/10467904/6f78fbcdf53c15ef0263e382e2c6e447/Download-Faktenblatt-Infrago-data.pdf>

Der Begriff der „Gemeinwohlorientierung“ ist bislang zwar in keiner Weise rechtlich präzisiert worden, steht jedoch in einem gewissen Widerspruch zur rechtlich zwingend vorgegebenen Gewinnorientierung einer Aktiengesellschaft.

Eisenbahninfrastruktur des Bundes unterliegt der rechtlichen Verpflichtung ihrer Sicherstellung, Art. 87e Abs. 4 GG. Der Gesetzgeber hat zuletzt erst mit Gesetz vom 20.10.2023 den Begriff des „überragenden öffentlichen Interesses“ in diversen Regelungen verankert, so im BSchwAG im Hinblick auf den Ausbau von

bundeseigener Eisenbahninfrastruktur oder in § 23 AEG im Hinblick auf den Erhalt von Eisenbahninfrastruktur. Das bedeutet, wenn der Erhalt und der Neu- und Ausbau von Eisenbahninfrastruktur in „überragendem öffentlichen Interesse“ stehen – wie kann dann die Verschmelzung der DB-Töchter, die diesem überragenden öffentlichen Interesse dienen, ohne Beteiligung der Legislative vollzogen werden?

Von einem alltäglichen Geschäft, bei dem das Parlament übergangen werden darf, kann hier zudem angesichts der möglichen monetären und damit haushalterischen Auswirkungen keine Rede mehr sein. Wie bereits dargelegt, sollen der neuen DB InfraGO AG bis 2027 „bis zu 39,5 Mrd. Euro“ zusätzliche Mittel im Vergleich zum bisherigen Zustand zur Verfügung gestellt werden.

3. Förmliches Gesetz erforderlich, und Bundesrat ist zu beteiligen

Wenn nun die beiden wichtigsten Infrastrukturgesellschaften der Eisenbahnen des Bundes miteinander verschmolzen werden sollen, bedarf es daher aus den vorgenannten Gründen zwingend eines förmlichen Gesetzgebungsverfahrens gemäß Art. 76 ff. GG.

Dabei ist hervorzuheben, dass die Bundesregierung, aber auch einzelne Bundestagsfraktionen oder der Bundesrat einen Gesetzesentwurf vorlegen können, Art. 76 Abs. 1 GG.

Die Verschmelzung der DB Netz AG und der DB Station&Service AG auf die DB InfraGO AG wird über die Bereitstellung erheblicher zusätzlicher Finanzmittel und einer „Gemeinwohlorientierung“, die sich unter anderem in monatelangen Vollsperrungen von „Hochleistungskorridoren“ über viele Jahre hinweg äußert,

zwingend Auswirkungen auf den SPNV haben, so dass schon aus diesem Grund eine Beteiligung des Bundesrates gemäß Art. 87e Abs. 5 GG erforderlich wird.

Der Wortlaut des § 87e Abs. 5 GG erzwingt allerdings ohnehin eine Beteiligung des Bundesrates.

Unterbleibt ein förmliches Gesetzgebungsverfahren, das bei der Verschmelzung der zwei wichtigsten Infrastrukturgesellschaften der Eisenbahnen des Bundes zwingend erforderlich ist, könnte der Bundesrat oder eine im Bundestag vertretene Fraktion sich im Wege eines Organstreitverfahrens gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. §§ 63 BVerfGG dagegen zur Wehr setzen.

Bonn, 14. November 2023

gez. Alexander K. W. Kirfel
Rechtsanwalt