

Zur Trennung von Netz und Betrieb der Deutschen Bahn AG aufgrund des europäischen Eisenbahnpakets

Felix Berschin, Heidelberg

Abstract:

Das EG-Eisenbahnpaket der RL 2001/12 bis 2001/14/EG ist durch den deutschen Gesetzgeber bis zum 15.3.2003 umzusetzen. Die angedachten Regelung zur Unabhängigkeit der DB Netz AG *innerhalb* des Konzerns Deutsche Bahn AG sind entweder untauglich oder bringen massive Eingriffe in das allgemeine Aktienrecht mit sich und stehen daher im Spannungsverhältnis zu Art. 87e Abs. 3 GG, welcher auf Organisationsformen des allgemeinen Wirtschaftsrechts rekurriert und Sonderformen für bundeseigene Schienenunternehmen ausschließen möchte. Der gesetzlich naheliegende Weg für eine vollständige Umsetzung des EG-Eisenbahnpaketes wäre daher die Privatisierung der DB-Transportgesellschaften.

1. Hintergrund

Das mit Abstand größte deutsche Schienenunternehmen, die Deutsche Bahn AG (DB), wird seit der Bahnreform vom 1.1.1994 als Einheitsunternehmen betrieben. Seit der zweiten Stufe der Bahnreform (§ 2 Abs. 1 DBGrdG¹) sind unter der Holding Deutsche Bahn AG insgesamt fünf Führungsgesellschaften versammelt: Die DB Reise&Touristik AG, DB Regio AG und DB Cargo AG² sind die Transportunternehmen im Konzern, während die DB Netz AG und die DB Station&Service AG die Infrastruktur betreiben. Daneben besteht noch die DB Immobilien GmbH zur Verwaltung und Verwertung der nicht direkt für den Betrieb notwendigen Immobilien. Die Führungsgesellschaften und weitere zentrale Aufgaben werden in insgesamt 6 direkt dem Konzernvorstand zugeordneten Unternehmensbereichen „geführt“. Die Holding nimmt daneben das Treasury-Zentrum³, Finanzplanung, Controllingaufgaben, den zentralen Einkauf, zentrale Dienste wie Recht und Personalentwicklung, Forschung und Technologie und viele andere Aufgaben wahr. Aus der Praxis ist bekannt, dass die einzelnen Geschäftsentwicklungen der Tochtergesellschaften von der Holding straff organisiert und kontrolliert werden.⁴ Mit allen genannten Tochterunternehmen bestehen Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge.⁵ Dies entspricht der Intention des § 25 Satz 3 DBGrdG, der trotz rechnerischer und organisatorischer Trennung der verschiedenen Unternehmensbereiche eine gemeinsame Gewinn- und Verlustrechnung, gemeinsame Bilanz, Finanzierung und Finanzierungsrechnung zu-

¹ Gesetz über die Gründung einer Deutschen Bahn Aktiengesellschaft vom 27.12.1993, BGBl. I S. 2378, 2386 = Art. 2 des Eisenbahnneuordnungsgesetzes vom 17.12.1993, BGBl. I S. 2378.

² Neu seit 1.1.2000 unter der Führung der Cargo Holding Railion GmbH.

³ Zu dieser Neuerung siehe Deutsche Bahn AG, Geschäftsbericht 2000, S. 21 ff.

⁴ Süddeutsche Zeitung, 18.6.2001, S. 16: Siehe auch zum Vorwurf der Umkehr der zweiten Stufe der Bahnreform: *Aberle/Zeike*, Die Bahnreform 1994 – Erfolg oder Misserfolg, 2001, S. 39 ff. Zur Kritik an möglichen Quersubventionierungen siehe Nw. in Fn. 15.

⁵ Siehe Deutsche Bahn AG, Geschäftsbericht 2001, S. 95 ff.

lässt. Aus dem DBGrdG ist nicht ersichtlich, dass Synergievorteile eines großen Verbundunternehmens durch die zwingende Ausgliederung nach § 2 Abs. 1 DBGrdG auf Tochtergesellschaften nun nicht mehr genutzt werden sollte. Im Gegenteil behält sich der Gesetzgeber die Entscheidung über die Auflösung der Holding und damit die zwingende Beseitigung dieser Verbundstrukturen in § 2 Abs. 2 DBGrdG ausdrücklich vor. Aufgrund Art. 87e Abs. 3 Sätze 2 und 3 GG sowie § 2 Abs. 3 DBGrdG muss der Bund die Mehrheit der Anteile an der DB AG halten, während diese wiederum die Mehrheit der Anteile an den Infrastrukturunternehmen halten muss.

Diese gesetzlich geordnete Unternehmensstruktur soll sicherstellen, dass die DB AG die Vorschriften nach § 9 Abs. 1 AEG⁶ zur rechnerischen Trennung der Betriebs- und Infrastrukturbereiche und zum Verbot der Überleitung von Subventionen von einer auf eine andere Führungsgesellschaft effektiv einhalten kann. Von der in Art. 6 Abs. 2 2. Alt. RL 91/440/EWG geregelten (rechtlich) getrennten Einrichtung für Infrastruktur wollte der deutsche Gesetzgeber damals (noch) nicht Gebrauch machen. Dies ist durch die aktuelle Entwicklung nun fraglich geworden.

2. Die aktuelle Diskussion über die Trennung

Spätestens seit Vorlage negativer Ertragsprognosen des DB-Konzerns ist die Trennung zwischen Infrastruktur und Betrieb (wieder) auf der politischen Tagesordnung:

2.1. Diskriminierungsvorwürfe

Zum einem wird verkehrspolitisch bezweifelt, ob ein integriertes Unternehmen DB AG den in § 14 AEG geforderten diskriminierungsfreien Trassenzugang gewährleisten kann. Gestützt wird dies v.a. auf das Ergebnis der Überlegungen zur Finanzierung der Verkehrsinfrastruktur im Rahmen der sogenannten „Pällmann-Kommission“.⁷

Untermuert werden diese Überlegungen durch das inzwischen zum zweiten Mal vom Bundeskartellamt verworfene Trassenpreissystem wegen Diskriminierung von konzernfremden Trassennutzern.^{8 9} Daneben häufen die sich nicht im Rahmen von formellen Verfahren geklärten Vorwürfe der Diskriminierung:

- Der Einstellung und des Abbaus der Infrastruktur bei Ausschreibung von SPNV-Leistungen oder im Vorfeld hiervon¹⁰,

⁶ Dieser geht auf Art. 6 Abs. 1 RL 91/440/EWG zurück.

⁷ Kommission Verkehrsinfrastrukturfinanzierung („Pällmann-Kommission“), Schlussbericht, 5.9.2000, v.a. S. 48 ff. Download: <http://www.bmvbw.de/Anlage5991/Bericht-der-Paellmann-Kommission.pdf>. Siehe auch: Prognos AG, Studie zu Netzzugang und Trassenpreisbildung im westeuropäischen Schienenverkehr, Endbericht November 2000, S. 35, 91 im Auftrag des Deutschen Verkehrsforum e.V.

⁸ BKartA Az. B 9 – U 47/98. Siehe auch *Ewers/Ilgmann*: „Wettbewerb im ÖPNV, gefordert, gefährdet und verteufelt“ in: Internationale Verkehrswesen, Heft 1 / 2 - 2000, S. 17, 18.

⁹ *Wilhelm/Dippel*, WiVerw 2001, S. 120, 143.

¹⁰ Zu nennen ist die Streckensperrung im Sonneberger Netz nach der Vergabe des SPNV an ein konkurrierendes Unternehmen oder die Aufhebung der Ausschreibung des SPNV-Netzes Mittelsachsen nachdem DB Netz AG erklärt hatte, dass sie für den Bestand der Infrastruktur

- den Fahrzeitberechnungen¹¹,
- dem Rückschluss von Trassenanmeldung auf Verkehrsbedarf¹²,
- der Diskriminierung bei der Trassenvergabe durch Großvaterrechte¹³.

Darüber hinaus sind technische Diskriminierungen¹⁴ kaum auszuschließen und Vorwürfe über Quersubventionen zwischen Netz und Betrieb kaum aufzuklären.¹⁵

Deshalb stellte *Hedderich*¹⁶ richtig fest, dass die Aussage, ein in einem Unternehmen vertikal integrierter Netzbetreiber gewähre konkurrierenden Eisenbahnunternehmen zu gleichen Trassenpreisen wie den eigenen Transportparten Netzzugang, ohne Gehalt sei, da die intern verrechneten Trassenpreise keinen Einfluss auf das Ergebnis des vertikal integrierten Schienenverkehrsunternehmens hätten. Jede gewünschte Diskriminierung könne über das Trassenpreissystem erfolgen¹⁷.

Aufgenommen wurden diese Entwicklungen durch Gründung einer hochrangig besetzten Task-Force „Zukunft der Schiene“¹⁸, die die rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Möglichkeiten und Notwendigkeiten der zukünftigen Gestaltung von Netz und Betrieb klären sollte.

keinerlei Garantien abgeben können. Auch bei erfolgreichen Ausschreibungen haben die konkurrierende Unternehmen erhebliche Unsicherheiten, ob und wie sie ihr Betriebsprogramm auf der Infrastruktur von DB Netz AG betreiben können. So kam die notwendige Anpassung der Streckeninfrastruktur und Beseitigung von sogenannten Langsamfahrstellen in Niedersachsen nur auf politischen Druck zu Stande, so dass die NorwestBahn ihr angebotenes Betriebsprogramm realisieren konnte.

¹¹ So wurde bei Ausschreibung S-Bahn Rhein-Neckar von Bietern gerügt, dass durch die zwingend bei DB Netz vorzunehmenden Fahrzeitberechnungen der DB Konzern das einzusetzende Fahrzeug erfahre und demnach Druck auf die Fahrzeughersteller ausüben könne.

¹² Insbesondere im Güterverkehr kann aufgrund der notwendigen Daten (Gewicht, Achs-/Wagenzahl, Übergang auf Gleisanschlüsse/Anschlussbahnen relativ zuverlässig auf den Auftraggeber geschlossen werden. Dies soll in verschiedenen Fällen zu entsprechend günstigen Angeboten von DB Cargo geführt haben. Aus Berlin wurde inzwischen ein Fall bekannt, nachdem eine Trassenstudie eines privaten Unternehmens für einen Expreß Berlin – Usedom negativ beantwortet wurde, während gleichzeitig DB Reise & Touristik in der gewünschten Fahrplantrasse kurzfristig nun einen solchen Expreß realisiert.

¹³ In vielen Fällen werden Trassenwünsche wegen angeblich bestehenden mehrjährigen Trassennutzungsverträgen abgelehnt. Abgesehen davon, dass diese mehrjährigen Verträge im Widerspruch zum Jährlichkeitsprinzip der Trassenvergabe nach § 4 EiBV stehen, konnten diese in praxi gar nicht nachgewiesen werden. Vielmehr übernimmt DB Netz die im Vorjahr bestehenden Trassen – die regelmäßig von den DB Gesellschaften stammen und räumt diesen Priorität ein, so dass Newcomer benachteiligt werden.

¹⁴ Neuartige Fahrzeuganforderungen wie Notbremsüberbrückung, Elektronischer Buchfahrplan, Funkfahrbetrieb oder Türblockierungen nehmen die Möglichkeit des Marktzutritts durch gebrauchtes Material. Hingegen ist Einführungszeitpunkt und Umfang meistens auf die Investitionsinteressen der DB-Gesellschaften abgestimmt.

¹⁵ Diese sind an sich verboten, lassen sich aber letztlich kaum nachweisen. Vgl.: *Aberle* in Internationales Verkehrswesen, Heft 9/00, Editorial; *Hedderich*, Vertikale Desintegration im Schienenverkehr, 1996, S. 245; Prüfungsbericht des Bundesrechnungshofes vom 20.05.1999, Az. III 2 - 3668-75/99, S. 11 und vom 1.6.2001, Az. III 2 – 1998 – 0010, S. 8; Bericht des Landes Rheinland-Pfalz für den AK Bahnpolitik der Verkehrsministerkonferenz vom 10.8.2000, Az. 8705-167/01/00 „Speck Bericht“.

¹⁶ *Hedderich*, a.a.O., S. 244; ähnlich: *Pällmann*, in: Ewers/Ilgmann a.a.O., S. 18: „Das Diskriminierungspotential ist nicht beherrschbar.“

¹⁷ AaO.

¹⁸ Verkehrsminister *Bodewig*, 10.3.2001 „Bahn muss sich vom Netz trennen“ in: Financial Times Deutschland vom 12.3.2001, Titelseite sowie S. 10. Der Ergebnisbericht vom 1.10.2001 ist veröffentlicht unter <http://www.bmvbw.de/bmvbw-.302.6535/.htm>.

2.2. Die neuen europäischen Vorgaben

Ein rechtlicher Impetus zur Trennung könnte auch von den neuen EG-Richtlinien des sogenannten Eisenbahnpaketes¹⁹ ausgehen. Dieses Paket war insbesondere was den Umfang der notwendigen Netzöffnung in Europa angeht einer intensiven Vermittlung zwischen dem liberalisierungsfreudigen Europäischen Parlament und dem etwas bremsenden Rat ausgesetzt. Aber auch die Frage der Unabhängigkeit der Infrastruktur war umstritten.²⁰ Allein die rechtlich irrelevante Protokollnotiz der deutschen Seite, die im Eisenbahnpaket gefundene Kompromisslösung tangiere in keiner Weise die bestehende Struktur der Deutschen Bahn AG lässt es lohnenswert erscheinen, diese Regelungen näher zu betrachten.

3. Die Unabhängigkeitsforderungen des neuen europäischen Rechts

Als Leitbild formuliert Erwägungsgrund 2 der RL 2001/12/EG, dass ein gerechter und diskriminierungsfreier Zugang zur Infrastruktur „durch Trennung bestimmter wesentlicher Funktionen und/oder Einrichtung einer Regulierungsstelle, die für die Kontrolle und Verwirklichung des Zugangs sorgt,“ erreicht werden soll.

In Art. 6 RL 91/440/EWG i.d.F. RL 2001/12/EG heißt es:

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass getrennte Gewinn- und Verlustrechnungen und Bilanzen für die Erbringung von Verkehrsleistungen durch Eisenbahnunternehmen einerseits und für den Betrieb der Infrastruktur andererseits erstellt und veröffentlicht werden. Öffentliche Gelder zugunsten eines dieser beiden Tätigkeitsbereiche dürfen nicht auf den anderen übertragen werden. Dieses Verbot muss auch in der Rechnungsführung der beiden Geschäftsbereiche zum Ausdruck kommen.

(2) Die Mitgliedstaaten können ferner vorsehen, dass diese beiden Tätigkeiten in organisatorisch voneinander getrennten Unternehmensbereichen innerhalb desselben Unternehmens ausgeübt werden oder dass eine getrennte Einrichtung den Betrieb der Infrastruktur übernimmt.

(3) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Funktionen nach Anhang II, die für einen gerechten und nichtdiskriminierenden Zugang zur Infrastruktur ausschlaggebend sind, an Stellen oder Unternehmen übertragen werden, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen. Ungeachtet der Organisationsstrukturen ist der Nachweis zu er-

¹⁹ Das Eisenbahnpaket besteht aus den RL 2001/12/EG bis 2001/14/EG vom 26.2.2001: RL 2001/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2001 zur Änderung der RL 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen, ABl. L 75 vom 15.3.2001, S. 1. RL 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. L 75 vom 15.3.2001, S. 29. Diese RL ersetzt gemäß Art. 37 die bisherige RL 95/19/EWG des Rates vom 19.6.1995 über die Zuweisung der Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn und die Berechnung der Weegeentgelte. Die RL 2001/12/EG bis 2001/14/EG sind bis zum 15.3.2003 in nationales Recht umzusetzen. Siehe hierzu: *Ronellenfitsch*, DVBl. 2002, 657 f.

²⁰ Siehe das Vermittlungsergebnis PE-CONS 3660/00 vom 8.12.2000.

bringen, dass dieses Ziel erreicht worden ist. Die Mitgliedstaaten können jedoch²¹ Eisenbahnunternehmen oder jeder anderen Stelle die Erhebung von Entgelten und die Verantwortung für die Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur übertragen, wozu Investitionen, Wartung und Finanzierung gehören.

(4) Die Anwendung des Absatzes 3 ist Gegenstand eines Berichts der Kommission gemäß Artikel 10b, der bis zum 15. März 2006 zu übermitteln ist.“

Nach Abs. 2 ist offensichtlich die Entscheidung über die organisatorische oder rechtliche Trennung des Eisenbahnnetzes den Mitgliedstaaten überlassen. Allerdings schränkt Abs. 3 dieses Wahlrecht wieder ein. Denn zumindest die essentiellen Zugangsvoraussetzungen wie Entscheidung über die Zulassung, die Fahrplantrassen und die Trassenpreise (Anhang II) müssen von Stellen oder Unternehmen wahrgenommen werden, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen. Wie diese Organisationen oder Unternehmen ausgestaltet sein müssen, wird hier nicht näher geregelt. Die Richtlinie begnügt sich an dieser Stelle (vorläufig) mit der Beobachtung verschiedener Organisationsmöglichkeiten, so dass die Kommission hierzu einen Bericht vorlegen soll.

In Art. 4 Abs. 2 RL 2001/14/EG findet sich dagegen an versteckter Stelle eine weitere Auffächerung der möglichen Unabhängigkeitsanforderungen: *„Ist der Betreiber der Infrastruktur rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen nicht von Eisenbahnunternehmen²² unabhängig, so werden die in diesem Kapitel dargelegten Aufgaben - außer der Erhebung²³ von Entgelten - von einer entgelterhebenden Stelle wahrgenommen, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist.“* Fast wortgleich bestimmt Art. 14 Abs. 2 RL 2001/14/EG: *„Ist der Betreiber der Infrastruktur rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen nicht von Eisenbahnunternehmen unabhängig, so werden die in Absatz 1 genannten und in diesem Kapitel im weiteren dargelegten Aufgaben von einer entgelterhebenden Stelle wahrgenommen, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist.“*

Dies bedeutet, dass bei mangelnder Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers die Aufgaben der Festsetzung und Berechnung der Trassenpreise und die Zuweisung der Fahrplantrassen von einer unabhängigen Stelle²⁴ wahrgenommen werden. Damit

²¹ Hier handelt es sich um einen Übersetzungsfehler. Inhaltlich müsste es „außerdem“ oder „jedenfalls“ heißen. In der englischen Fassung heißt es „however“, in der französischen Fassung „toutefois“, in der italienischen „tuttavia“

²² In Art. 2 lit. k) ist definiert, dass Eisenbahnunternehmen i.S. dieser RL Eisenbahnverkehrsunternehmen sind. "Eisenbahnunternehmen [ist] jedes nach geltendem Gemeinschaftsrecht zugelassene öffentlich-rechtliche oder private Unternehmen, dessen Haupttätigkeit im Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen zur Beförderung von Gütern und/oder Personen besteht, wobei dieses Unternehmen die Traktion sicherstellen muss; dies schließt auch Unternehmen ein, die ausschließlich die Traktionsleistung erbringen.“ Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind daher nicht von der Definition umfasst.

²³ Gemeint ist die technische Abwicklung. Vgl. in der englischen Fassung „collecting“, in der französischen Fassung „recouvrement“.

²⁴ Der Begriff „entgelterhebende Stelle“ ist hier irreführend. Gemeint ist eine Stelle, die im wesentlichen die Marktsteuerung des Netzes vornimmt. Vgl. in der französischen Fassung „organisme de tarification“.

würde also der Kern²⁵ der unternehmerischen Tätigkeit eines Infrastrukturanbieters – nämlich die Bestimmung seiner Preispolitik und damit der gesamten Absatzpolitik und Produktentwicklung, sowie die Optimierung des Produktabsatzes – nicht mehr von ihm selbst wahrgenommen.

Es leuchtet ein, dass die in Art. 6 Abs. 3 RL 91/440/EWG i.d.F. RL 2001/12/EG genannte Wahrnehmung von Aufgaben durch Stellen oder Unternehmen, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen, maßgeblich durch Art. 4 Abs. 2 und 14 Abs. 2 RL 2001/14/EG in ihrer Aussage bestimmt werden.

4. Rechtliche, organisatorische und faktische Unabhängigkeit im Aktienrecht

4.1. Konzerninteresse im Beherrschungsvertrag

Die rechtliche und organisatorische Unabhängigkeit des Netzbetreibers von den Eisenbahnverkehrsunternehmen ist im Konzern DB AG im Rahmen eines Beherrschungsvertrags nicht gegeben. Solange die DB AG jeweils den Infrastrukturbetreiber DB Netz AG und ihre Verkehrsparten beherrscht, sind deren Vorstände zur Befolgung der Weisungen der Konzernmutter verpflichtet. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Weisung offensichtlich nicht im Interesse des Gesamtkonzerns oder eines verbundenen Unternehmens liegt: § 308 Abs. 2 AktG. Umgekehrt ist die Konzernmutter zu umfangreichen Weisungen gegenüber den unterworfenen Unternehmen berechtigt, soweit es dem Interesse des Konzerns oder eines Einzelunternehmens im Konzern und auch dem Gesamtkonzern dient. Damit dient der Konzern zum umfassenden Ausgleich der Geschäftspläne der einzelnen Unternehmen zum Zwecke der Gesamtoptimierung. Eine rechtliche und organisatorische Unabhängigkeit eines Tochterunternehmens DB Netz AG von den Interessen der Tochterunternehmen z.B. DB Regio AG ist nicht mehr gegeben, da diese sich dem Konzernwohl unterzuordnen hat. Das Konzernwohl kann sicherlich nicht in der Optimierung der Interessen der Infrastruktursparte zu Lasten der Verkehrssparte liegen. Vielmehr wird dieser technologische Synergieverbund einer Gesamtoptimierungsstrategie²⁶ unterliegen.

Es ist anerkannt²⁷, dass die Leitungspflicht nach § 76 Abs. 1 AktG und die Pflicht der Geschäftsführung nach § 93 Abs. 1 AktG eine Pflicht zur Konzernleitung begründen.

²⁵ *Illgmann*, Entherrschung und Chinese Walls im DB-Konzern September 2001, S. 5. Download: http://wip.tu-berlin.de/www_neu/publikationen/2001/illgmann_2001-entherrschung_und_chinese_walls_im_db-konzern.pdf.

²⁶ Hiermit begründet die DB AG die Sinnlosigkeit der Zerschlagung der Einheit Netz und Betrieb. Hierzu und der im Kern wettbewerbsausschließenden Argumentation der DB Netz AG: *Schnell*, Internationales Verkehrswesen 2001, S. 528 ff.

²⁷ *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, 1982, S. 54 ff., 179 ff.; *Schneider*, BB 1981, 249, 253; *Timm*, AG 1980, 172, 181; *Semler*, Leitung und Überwachung der AG, 1996, S. 163 ff.; *Abeltshausen*, Leitungspflicht, 1998; *Rittner*, AcP 183 (1983), 295, 301, 307; *Lutter*, FS Westermann, 1974, S. 347, 357; *Rehbinder*, ZHR 147 (1983), S. 464, 467; *Martens*, ZGR 1984, 417, 425 f.; *Kropff*, ZGR 1984, 112, 115 f.; *Scheffler*, DB 1985, 2005, 2007; *Götz*, AG 1984, 85, 90; *ders.*, AG 1995, S. 337 ff., *ders.*, ZGR 1998, 524, 527 ff.; *Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 1987 ff., vor § 291 Rn. 30; *Altmeyden*, in: Münchener

Gerade bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags werden die Vorstände im Rahmen ordnungsgemäßer Leitung und Geschäftsführung von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen müssen. Denn die Muttergesellschaft besteht aus den Ressourceneinsatz der Gesellschafter in Form des aufgebrauchten Kapitals und der Verfolgung des in der Satzung niedergelegten Zwecks der Gesellschaft. Beides zusammen ist vom Vorstand umfassend zu nutzen. Eine Führung von abhängigen Gesellschaften als reine Beteiligungen, würde den möglichen Einsatz der im Unternehmen vorhandenen Ressourcen (Herrschaftsmacht) nicht gerecht.²⁸

Daher bleibt festzuhalten, dass selbst bei propagiertem entgegengesetzten Willen des Vorstandes der DB AG („Entherrschungsverfügung“²⁹), die DB-Gesellschaften bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags nicht rechtlich und organisatorisch unabhängig sind, da ein entgegenstehende Wille des Vorstandes nicht den aktienrechtlichen Pflichten entspreche.

4.2. Grenzen der Beherrschungspflicht aus gesetzlichen Verboten

Selbstverständlich dürfen Weisungen nur soweit ausgesprochen werden, wie sie Recht und Gesetz entsprechen. Der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft darf keine Weisungen befolgen, die zu einem Rechtsverstoß führen würden.³⁰ Dementsprechend könnte angenommen werden, dass das Gebot der Unabhängigkeit der EG-Richtlinien die befolgbaren Weisungen eingrenzt. Dies ist aber aus mehreren Gründen zu verneinen. Zum einen richtet sich die Richtlinien zur Umsetzung an die Mitgliedstaaten. Sie sind auch nicht hinreichend konkret um eine unmittelbare Geltung bewirken zu können. Die Richtlinien bestimmen das Ziel („Unabhängigkeit“), nicht aber die Mittel. Sie überlassen zum einen den Mitgliedstaaten die konkrete Umsetzung. Zum anderen geht es bei den Richtlinien um die Lösung eines institutionellen Konfliktes. Sie regeln nicht die noch zulässigen Weisungen im Rahmen eines Konzerns. Vielmehr wäre dies Aufgabe der Mitgliedstaaten, die im Rahmen eines aktienrechtlich begründeten Konzerns zunächst fast unbegrenzten Weisungsmöglichkeiten um diejenigen zu reduzieren, die die Unabhängigkeit der Vermarktungsposition der Infrastrukturgesellschaft in Frage stellen.

Es ist festzuhalten, dass die EG-Richtlinien die Weisungsmöglichkeiten und die Befolgungspflichten nicht einschränken. Vielmehr bedürfte es einer gesetzlichen Regelung im Aktienrecht oder im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG)³¹, die unzweifelhaft

Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 2000, vor § 291 Rn. 29. Die Gegenauffassung, die sich gegen das Bestehen einer Beherrschungspflicht wendet, fußt mehr auf den Gedanken der fehlenden Operationalisierbarkeit im Rahmen des Geschäftsführungsermessens: Flume, Juristische Person, S. 90 Fn. 97; Westermann, in: FS Pleyer 1986, S. 421, 426 ff., 434; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktienkonzernrecht, 2. Aufl. 2001, vor § 311 Rn. 7; Koppenssteiner, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 308 Rn. 41; Mertens, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz § 76 Rn. 54 f.

²⁸ Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 58, 71 f.

²⁹ Nach der Task Force „Zukunft der Schiene“ soll die Unabhängigkeit durch innerorganisatorische Maßnahmen wie Änderung der Satzung und Geschäftsordnung sichergestellt werden.

³⁰ Siehe nur Koppenssteiner, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 308 Rn. 19; Altmeyen, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 308 Rn. 100; Emmerich, in: Habersack/Emmerich, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn.58.

³¹ Im wesentlichen ist von der Unabhängigkeitsforderung nur die DB AG betroffen, so dass eine Änderung im DBGrdG hierfür ausreichend wäre. Jedoch wenden sich die EG-Richtlinien an alle Eisenbahninfrastrukturunternehmen, so dass eine Regelung im AEG erforderlich ist.

bestimmt, welche Einflussrechte ein herrschendes Unternehmen, welches mit Eisenbahnverkehrsunternehmen identisch oder verbunden ist auf den Infrastrukturbetreiber nicht ausüben darf.

4.3. Unabhängigkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags

Ohne Beherrschungsvertrag würde die DB AG mit den heutigen Anteilen an ihren Tochterunternehmen einen faktischen Konzern bilden. Hier fehlt im Gegensatz zu § 308 AktG eine Abgrenzung von Konzern- und Einzelinteresse. Aber auch hier darf das herrschende Unternehmen seinen Einfluss auf das abhängige Unternehmen geltend machen, wenn und soweit es die hieraus für das abhängige Unternehmen entstehende Nachteile ausgleicht: § 311 Abs. 1 AktG. Dieser Ausgleich muss erst zum Ende des Kalenderjahres genauer bestimmt werden und festgeschrieben werden: § 311 Abs. 2 AktG. D.h. ein Vorstand eines beherrschten Unternehmens darf zum Nachteil seines Unternehmens handeln, wenn ihm grundsätzlich ein Ausgleich hieraus zugesagt ist und dieser Ausgleich spätestens zum Ende des Geschäftsjahres festgestellt wird. Allerdings bleibt hier eine Eigenverantwortlichkeit des Tochtervorstandes bestehen, da keine ausdrückliche Befolgungspflicht statuiert ist. Praktisch wird aber wegen der Beherrschung bereits die Verfolgung selbstverständlich sein.³² Insofern ist die Frage des Beherrschendürfens und damit die rechtliche Anerkennung oder nur Hinnahme³³ des faktischen Konzerns eher eine akademische Frage. Entscheidend ist die Grenze der Befolgung. Diese wird dort zu ziehen sein, wo das System das nachträglichen Einzelausgleichs von nachteiligen Weisungen nicht mehr funktionieren würde. Bis dahin lässt der Gesetzgeber diese Konstruktion zu³⁴, so dass für das herrschende Unternehmen auch hier ein sehr weiter Herrschaftspfad entsteht.

Auch diese Macht muss von einem herrschenden Unternehmensvorstand ausgenutzt werden³⁵, dann andernfalls würde er den Unternehmenszweck und die ihm anvertrauten Ressourcen nicht gewissenhaft einsetzen. Der Verzicht auf einen Beherrschungsvertrag und damit Übergang auf einen faktischen Konzern schafft daher auch keine Unabhängigkeit in der Entscheidungsgewalt der DB Netz AG. Zwar wer-

³² Dementsprechend vermutet § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG aus der Stimmenmehrheit die Unterstellung unter einheitlicher Konzernleitung: *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 110.

³³ Siehe hierzu OLG Hamm NJW 1987, S. 1030; *Luchterhandt*, ZHR 133 (1970), S. 1, 6 ff.; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 109 ff.; *Henze*, BB 1996, 489, 497 f.; *Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, vor § 311 Rn. 7 ff.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktienkonzernrecht, vor § 311 Rn. 8, w.Nw. aaO. in Fn. 21; *Altmeyen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 311 Rn. 19, 283..

³⁴ *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 136; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktienkonzernrecht, vor § 311 Rn. 9. Zum dezentralen faktischen Konzern siehe auch: *Altmeyen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 311 Rn. 28; *Emmerich*, in: Habersack/Emmerich, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 11; *Bälz*, AG 1992, 272, 291 ff..

³⁵ Zur Konzernleitungspflicht bei faktischen Konzernen im Rahmen der Funktionsfähigkeit des Einzelausgleiches: *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 136; ferner *Schneider*, BB 1981, S. 249, 256; *Luchterhandt*, ZHR 134 (1970), 1, 6, 13. Die h.M. sieht keine Konzernleitungspflicht, sondern nur eine Konzernleitungsberechtigung: *Rittner*, AcP 183 (1983), 295, 301 ff.; *Rehbinder*, ZHR 147 (1983), 464, 467 f.; *Götz*, ZGR 1998, 524, 527 ff.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, vor § 311 Rn. 7, 11, *Altmeyen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, vor § 291 Rn. 29.

den ihr im einfachen faktischen Konzern die jeweils angewiesenen Nachteile – z.B. Bevorzugung des Schwesterunternehmens bei der Trassenvergabe – finanziell ausgeglichen, der Ausgleich umfasst aber nicht die wettbewerblichen Nachteile für Dritte. Die Netzgesellschaft wird zwar finanziell so gestellt, als hätte sie ihre Absatzpolitik optimal auf den Markt (Wettbewerb) ausrichten können, es gibt aber keine Garantie, dies sie auch tatsächlich so handelt.

4.4. Entherrschungsverträge

Die Konstellation des faktischen Konzerns könnte durch eine Beseitigung der Abhängigkeit der Tochtergesellschaften der DB AG vermieden werden.

Ein faktischer Konzern entsteht aus der doppelten Vermutung von der Mehrheit der Stimmen auf eine Abhängigkeit (§ 17 Abs. 2 AktG) und von der Abhängigkeit und Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung auf einen Konzern (§ 18 Abs. 1 Satz 3 AktG). Die Abhängigkeit einer Gesellschaft wird gemäß § 17 Abs. 2 AktG aus der Stimmenmehrheit eines herrschenden Unternehmens vermutet. Die Abhängigkeit ist Möglichkeit in der Gesellschaft aufgrund der Stimmenüberzahl die Herrschaft auszuüben.³⁶ Maßgeblich ist der Einfluss auf Personalpolitik.³⁷ Die Vermutung ist widerlegbar. Der Gegenbeweis wäre angetreten, wenn dargelegt wird, dass keine Fähigkeit den Aufsichtsrat zu bestimmen besteht.³⁸ Herrschungsverzicht als solches reicht nicht, da tatsächliche Möglichkeit zur Herrschaft ausreicht.³⁹ Bisweilen wurde daher zu einem Entherrschungsvertrag gegriffen.⁴⁰ Dieser beinhaltet den Verzicht auf Stimmenmehrheit des herrschenden Unternehmens. Z.T. wird dies bereits als unzulässiger Leitungsverzicht angesehen.⁴¹ Meist wird aber ein derartiger Vertrag ein Scheinvertrag sein, da ein Stimmenverzicht gar nicht gewollt ist und auch gar nicht durchgeführt wird.⁴²

Die Konzernbildung ist dann vollständig gegeben, wenn neben der Abhängigkeit nach § 17 AktG auch die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung erfolgt. Dies

³⁶ BGHZ 62, 193, 201; BGHZ 121, 137, 146; *Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 17 Rn. 15; *Windbichler*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 1998, § 17 Rn. 22; *Emmerich*, in: Habersack/Emmerich, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 17.

³⁷ Ulmer, ZGR 1978, 457, 461; *Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 17 Rn. 19; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 4; *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, 6. Aufl. 1999, S. 63. Siehe auch zur Stärke von qualifizierten Minderheiten: BGHZ 69, 334, 347.

³⁸ *Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar, § 17 Rn. 84; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 35.

³⁹ BayObLG, AG 1998, S. 523; *Richter*, AG 1982, 261, 264; *Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar, § 17 Rn. 82; *Emmerich*, in: Habersack/Emmerich, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 39.

⁴⁰ Zur Zulässigkeit von Entherrschungsverträgen: OLG Köln, ZIP 1993, S. 110, 112; LG Mainz, AG 1991, S. 30, 32; *Hentzen*, ZHR 157 (1993), S. 65, 67 f.; *Windbichler*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, § 17 Rn. 77; a.A. Hüttemann, ZHR 156 (1992), S. 314, 324 ff.

⁴¹ *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 80 ff.; Hüttemann, ZHR 1992 (156), 314, 324 ff. A.A. OLG Köln, AG 1993, S. 86.

⁴² *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 83; *Barz*, FS Bärmann, 1975, S. 185, 196; *Hentzen*, ZHR 157 (1993), S. 65, 69; *Geßler*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 17 Rn. 106. Im übrigen müsste der Satzungszweck des herrschenden Unternehmens angepasst werden, so dass aus einer Unternehmensführung nun nur noch eine Kapitalbeteiligung wird. *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 46 f., 84; Kropf, ZGR 1984, S. 112, 128.

wird bereits aus der Abhängigkeit vermutet: § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG. Der Beweis des Gegenteils – trotz Abhängigkeit keine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung – dürfte schwerlich zu führen sein.⁴³ Auch hier wäre ein glaubwürdiger Entherrschungsvertrag zu fordern.

Damit zeigt sich, dass solange die DB AG die Mehrheit an der Netzsparte hält, diese nicht in ihren Entscheidungen frei agieren kann, da sie abhängig von der DB AG ist und diese wiederum mittels der Abhängigkeit der Verkehrsgesellschaften ein Gesamtkonzerninteresse durchsetzen wird und deren Vorstand auch hierzu verpflichtet ist. Denn gerade die in § 18 AktG geregelte einheitliche Leitung der verschiedenen abhängigen Gesellschaften ist weit zu verstehen.⁴⁴ Es reicht, dass personelle Verflechtungen bestehen und einheitliche Unternehmensplanung betrieben wird.⁴⁵ Die Vermutung des Konzerns aus der Abhängigkeit (§ 18 Abs. 1 Satz 3 AktG) ist hierbei nicht nur ein realer Befund, sondern macht nochmals deutlich, dass das Aktienrecht im Rahmen des faktischen Konzern die einheitliche Leitung hinnimmt, solange das System des Minderheiten- und Gläubigerschutzes nach §§ 311 f. AktG gesichert ist. Umgekehrt ist ein verantwortlicher Vorstand mit Herrschaftsmacht zur einheitlichen Leitung verpflichtet, es sei denn, er kann aus nachvollziehbaren Umständen die doppelte Vermutung der Abhängigkeit und der einheitlichen Leitung aus sachlogischen Gründen widerlegen.

Jedenfalls wären im DB-Konzern bei der derzeitigen und auch absehbaren Eigentümerstruktur – z.B: private Minderheitenbeteiligung – derartige Gründe nicht absehbar.

5. Sicherung der Unabhängigkeit

5.1. Begrenzung der Herrschaftsbefugnis

Wie bereits angeführt (IV. 2) könnte die Herrschaftsmacht und die Befolgungspflicht durch gesetzliche Regelungen eingeschränkt werden. Da von einer im Rahmen von § 308 Abs. 2 AktG geregelten weiten Herrschaftsmacht auszugehen ist, müssten explizit Regelungen getroffen werden, die die Herrschaft des Konzerns im Hinblick auf Trassenvergabe und Trassenpreisfestlegung ausschließen (gesetzliche Teilentherrschung). Ein bloßer Verweis auf die europarechtlichen Anforderungen der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers⁴⁶ ist unzureichend, da die EG-Richtlinien hier nur das Ziel, nicht aber die Mittel beschreiben. Die Mittel – hier das explizite Abweichen

⁴³ Richter, AG 1982, 261; Emmerich, in Emmerich/Habersack, Aktienkonzernrecht, § 18 Rn. 29.

⁴⁴ OLG Düsseldorf, AG 1979, S. 318, 319.

⁴⁵ Koppensteiner, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 17 Rn. 52 und § 18 Rn. 20; Windbichler, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, § 18 Rn. 25 f.; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 83; ders., in: Habersack/Emmerich, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 18 Rn. 13.

⁴⁶ Dieser ist wohl als § 9a AEG in einem ersten Referententwurf enthalten. Über diesen nicht weiter veröffentlichten oder sonst zugänglichen Entwurf berichtet Ronellenfitsch, DVBl. 2002, 657, 659.

vom Aktienrecht – müssen aufgrund der Formstrenge des deutschen Aktienrechts konkret benannt werden.⁴⁷

Dieser Ausschluss muss – um wirklich Unabhängigkeit zu gewährleisten – sehr weitgehend sein. Es reicht nicht, dass die Mutter im operativen Geschäft keinen Einfluss auf die Trassenvergabe oder die Trassenpreisfestlegung trifft. Vielmehr muss ich die Mutter auch jeglicher Vorgabe im Hinblick auf die Trassenpreissysteme, die Trassenpreishöhe und –struktur, die Prinzipien der Trassenvergabe, ja sogar auch in Hinblick auf die Entwicklung der Schieneninfrastruktur enthalten, da ansonsten die Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers im Hinblick auf die Kernfunktionen des freien Netzzugangs nicht gewährleistet wäre.

Gerade die Enthaltung im Hinblick auf die Infrastrukturentwicklung wiegt besonders schwer, da damit dem Konzern jegliche Möglichkeit der Nutzung von Synergievorteilen aus dem Wissen seiner Transportunternehmen zu Gunsten der optimalen Infrastrukturunternehmen genommen wird. Aber dieser harte Schnitt ist EG-rechtlich notwendig, um die Unabhängigkeit des Trassenzugangs zu gewährleisten. Denn das Verwenden von Wissen und Wünschen der eigenen Transportschwestern zur Infrastrukturentwicklung zum Wohle des Gesamtkonzerns hat notwendigerweise die fehlende Unabhängigkeit beim Trassenzugang zur Folge, da die Zugangspetenten ein Netz vorfinden, das auf den Trassenzugang der verbundenen Transportschwestern zugeschnitten ist und ihre Transportwünsche im Hinblick z.B. auf technologische Ausstattung, Ausbauprioritäten etc. vernachlässigen muss.⁴⁸ Dies würde dazu führen, dass die Unabhängigkeit beim Trassenzugang nicht gegeben ist, da dieser unter zwei unterschiedlichen Zugangsregimen stattfinden würde. Während die verbundenen Transportunternehmen zwar formal die gleichen Entgelte zahlen und formal den gleichen Zuweisungskriterien unterliegen, aber praktisch den Zugang auf ein Netz planen können, das im Konzerninteresse optimiert ist und daher die langfristigen Bedarfsanforderungen der DB-Transportgesellschaften erfüllt, müssen sich die übrigen Netzzugangspetenten mit Restkapazitäten begnügen.

Schließlich führen auch die Unabhängigkeitserwägungen zu einer weitgehenden finanziellen und personellen Autonomie des Infrastrukturbetreibers. Da letztlich der gesamte Absatz im Zusammenhang mit den Trassenpreisen steht, darf auf die Steuerung dieser finanziellen Ressource nicht zugegriffen werden. Sollen die entsprechenden Teilbereiche beim Infrastrukturbetreiber unabhängig sein, so darf es auch im Bezug auf die Personalpolitik keine Weisungen der Obergesellschaft geben. Da aber die Unternehmensleitung des Infrastrukturbetreibers aktienrechtlich für alle Aktivitäten ihres Unternehmens und für alle Personale verantwortlich und auch entscheidungsbefugt ist, würden derartige Anforderungen auf einen vollständigen Beherrschungsverzicht des Konzernunternehmens hinauslaufen.

Es ist festzuhalten, dass die im Rahmen der EG-Richtlinien geforderte Unabhängigkeit des Netzbetreibers nicht nur formale Kriterien der Trassenpreisfestlegung und der Trassenvergabe, sondern alle Fragen der Netzentwicklung betrifft, die die Ausrichtung auf bestimmte Transportwünsche und Transporttechnologien umfasst. Da damit gesamte Preis- und Absatzpolitik des Netzbetreibers betroffen ist, verbietet

⁴⁷ Insofern überzeugt *Ronellenfitsch*, DVBl. 2002, 657, 667 nicht, wenn er eine Überlagerung des allgemeinen Aktienrechts durch eine Programmvorschrift in einem Gewerbegesetz für möglich hält.

⁴⁸ Derartige Folgen räumt auch die DB AG in ihrem Wettbewerbsbericht 2001, S. 18 ein. Download: <http://www.bahn-net.de/presse/pdf/wettbewerbsbericht.pdf>

sich jede Einflussnahme im Hinblick auf die Finanzplanung und Finanzabwicklung des Netzbetreibers. Gleiches gilt im Hinblick auf die Personalpolitik. Allein am Umfang der notwendigen Unabhängigkeit wird deutlich, dass diese logisch nicht mehr zum Gedanken der Konzernleitungspflicht im Rahmen des ordnungsgemäß beherrschten Vertragskonzerns oder des praktizierten faktischen Konzerns passt. Die gesetzlich notwendige Entherrschungsregelung wäre so tiefgreifend, dass vom Begriffsverständnis des aktienrechtlichen Konzerns nicht mehr viel übrig bleiben würde.

5.2. Chinese Walls

Neben der Unabhängigkeit in Entscheidungen – dies betrifft die rechtliche oder faktische Herrschaftsgewalt – gehen die Überlegungen in Folge der Task Force „Zukunft der Schiene“ dahin, durch sogenannte Chinese Walls (Chinesische Mauern) den Anforderungen der organisatorischen Unabhängigkeit gerecht zu werden. Zunächst könnte man annehmen, dass dem Erfordernis der organisatorischen Unabhängigkeit durch die rechtliche Unabhängigkeit im Form der eigenen Rechtspersönlichkeit genüge getan wird. Aber allein die gesonderte Erwähnung der organisatorischen Unabhängigkeit zeigt deutlich, dass den EG-Richtlinien auch an einer praktizierten Unabhängigkeit jenseits von den rechtlichen Möglichkeiten der Einflussnahme gelegen ist. Die organisatorische Unabhängigkeit muss daher so verstanden werden, dass auch durch konkrete organisatorische Vorkehrungen Vorsorge geleistet wird, dass die Unabhängigkeit in Entscheidungen gewährleistet ist. Für derartige organisatorische Vorkehrungen sind die Chinese Walls des Wertpapierhandelsrechts ein mögliches Vorbild.

Im Wertpapierhandelsrecht wird versucht möglichen Interessenkollisionen zu begegnen, die aus der Tradition der Universalbanken mit Abteilungen der Anlageberatung und des eigenem Investmentgeschäfts resultieren. Die Chinese Walls⁴⁹ nach § 33 Abs. 1 Nr. 2 WpHG erfordern eine Organisation, die gewährleistet, dass „Interessenkonflikte ... möglichst gering sind“⁵⁰ und nach Nr. 3 angemessene interne Kontrollen ausgeübt werden. Hieraus wird deutlich, dass zum einen das WpHG gar nicht von der Unabhängigkeit der Bereiche zueinander ausgeht, sondern vielmehr die einheitliche Leitung der Universalbanken anerkennt. Dies kann das WpHG auch tun, da es sich nicht um institutionelle Interessenskonflikte handelt, sondern im Einzelfall die wahrzunehmenden Interessen der Kunden und die eigenen Interessen auseinanderlaufen können, wobei im Grunde dieser Interessenkonflikt gar nicht besteht, da die Interessen der Kunden immer die eigenen Interessen sind: Falsche Kundenberatung wird mit Kundenverlust quittiert. Da also bereits die Gefahr selbst im Einzelfall eingeschränkt ist, fordert das WpHG nur eine Vorsorge durch Organisation, die die im Einzelfall noch kurzfristig denkbaren Interessenskonflikte auf ein möglichst geringes Niveau reduziert. Konkret sind hierzu erforderlich die Festlegung von Vertraulichkeitsbereichen (Information, Personal, Örtlichkeit) und die genaue Bestimmung

⁴⁹ Zur Herkunft aus dem US-amerikanischen Wertpapierhandelsrecht siehe *Dingeldey*, RIW 1983, S. 81 ff.

⁵⁰ Siehe auch zur Pflicht des Wertpapierhändlers, sich um Vermeidung von Interessenskonflikten zu bemühen nach § 31 Abs. 1 Satz 2 WpHG. Diese bedeutet aber nicht, dass er von vornherein möglicherweise entgegenlaufende Aufträge nicht annehmen dürfte.

des Zugangs und des Informationsaustausches zwischen verschiedenen Vertraulichkeitsbereichen.⁵¹

Aus alledem wird deutlich, dass das Konzept der Chinese Walls nach dem WpHG mit seinen organisatorischen Anforderungen als solches nicht geeignet ist, die organisatorische Unabhängigkeit zu gewährleisten, die in der Lage ist, einen institutionellen Interessenkonflikt dauerhaft standzuhalten. Vielmehr müssten neue Chinese Walls gefunden werden, die wirksam eine organisatorische Unabhängigkeit sicherstellen. Hierzu gehört v.a. die Verhinderung von Weitergaben von Informationen zur Politik der Trassenvergabe oder Trassenpreise, soweit sie nicht allen potenziellen Nutzern zugänglich sind. Gleiches gilt auch zur Netzentwicklung. Letztlich führt dies dazu, dass der Infrastrukturbetreiber alle Informationen allen potentiellen Nutzern zugänglich machen muss und nur solche exklusiv an den Konzern weitergeben darf, die das Finanzergebnis und die Entwicklung ohne Rückschluss auf ein abgelaufenes oder zukünftiges Trassenzugangsverfahren einschließlich der Netzentwicklung betreffen.

5.3. Systembruch im Aktienrecht

Die vorangegangenen Ausführungen zeigen, dass die Umsetzung der europäischen Anforderungen an die Unabhängigkeit eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens im Rahmen eines Konzerns erhebliche Eingriffe im Bezug auf die Einschränkung der Weisungsmöglichkeiten, aber auch der Sicherstellung organisatorischer Unabhängigkeiten bedeuten würde. Im Kern würde bei Änderung im AEG oder AktG der Typus einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft für den Fall eines Eisenbahnkonzerns (Transport/Infrastruktur) geschaffen. Dieser würde überkommene Prinzipien des Aktienrechts wie umfassende Leitungsbefugnis des Vorstands und parallel umfassende Verantwortlichkeit⁵² zwar nicht für die einzelnen Konzerngesellschaften, aber sehr wohl für die Konzernobergesellschaft – z.B. die Deutsche Bahn AG – außer Kraft setzen. Letztlich würde eine derartige spezialgesetzliche Aktiengesellschaft auf eine Täuschung des Rechtsverkehrs hinauslaufen und die Frage aufwerfen, ob auch nicht für andere Interessen in der Wirtschaft gesonderte Formen bereitgestellt werden können. Auch wäre die Frage aufzuwerfen, ob damit nicht das Postulat des Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG „Führung der Bundeseisenbahnen als Wirtschaftsunternehmen in privater Rechtsform“ verletzt wird. Z.T. wird nämlich dieses Postulat so verstanden, dass der Verfassungsgeber den Bundesgesetzgeber so festlegen wollte, dass die Bundeseisenbahnen mit Rechtsinstituten zu führen sind, die das gewöhnliche Wirtschaftsrecht zur Verfügung steht.⁵³ Sollten aus einer bestimmten Struktur Konflikte mit dem vorrangigen EG-Recht entstehen, so wäre demnach der verfassungsgemäße Weg die Anpassung der Struktur des Bundesunternehmens und nicht etwa die Änderung des allgemeinen Rechts der Formen der privaten Wirtschaftsbe-
tätigung.

⁵¹ Im einzelnen siehe hierzu *Koller*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 1999, § 33 Rn. 20 ff.

⁵² Siehe hierzu *Schneider*, BB 1981, S. 249, 252; *Kropff*, ZGR 1984, S. 112, 116; *Mertens*, in: Kölner Kommentar, § 76 Rn. 43.

⁵³ Hierzu *Hommelhoff/Schmidt-Aßmann*, ZHR 160 (1996), 521, 538 ff.

6. Schlussfolgerung

Der DB AG-Vorstand wird, solange die DB AG ein Konzern mit mehrheitlichen Besitz an Infrastruktur- und Transportparten ist, auf abhängige Unternehmen Einfluss nehmen müssen und diese im Konzerninteresse leiten. Eine Unabhängigkeit in der Entscheidung der Infrastruktursparten lässt sich so nicht bewerkstelligen. Der Gesetzgeber müsste erhebliche Eingriffe in das aktienrechtliche Weisungsrecht und die Befolgungspflicht im Rahmen eines Konzerns vornehmen. Weiterhin müssen erhebliche Vorkehrungen getroffen werden, um die organisatorische Unabhängigkeit des Netzbetreibers sicherzustellen. Das Konzept der Chinese Walls nach WpHG reicht hierzu nicht, sondern müsste deutlich weiterentwickelt werden. Bei diesen erheblichen Eingriffen ist fraglich, ob nicht das geschlossene System der Konzernaktiengesellschaft in Frage gestellt wird und durch eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Interesse einzelner Wirtschaftsteilnehmer aufgelöst wird. Auch wäre zu hinterfragen, ob nicht hierdurch der Wille des Verfassungsgebers der Festlegung von Bundesbahnen auf bewährte Strukturen des Privatrechts unterlaufen würde.

Die Alternative bei Beibehaltung der Konzernstruktur der DB AG in Form der Auslagerung der Trassenpreisfestsetzung und Trassenvergabe an eine Bundesbehörde⁵⁴ oder ein gesondertes Unternehmen im Bundesbesitz würde zwar den EG-rechtlichen Anforderungen genügen, würde aber den Synergieverbund aus Rad und Schiene ad absurdum führen, da der DB Netz AG die entscheidenden Faktoren eines Unternehmens, nämlich Preis und Absatzpolitik, genommen wären.

Eine Entherrschung⁵⁵ könnte formal die Probleme des Konzerns lösen, bräuchte aber zu Ihrer Wirksamkeit den Verzicht der DB AG auf die Bestimmung des Aufsichtsrates der DB Netz AG. Dabei wird es nicht reichen, dass sie diesen zu Gunsten ihres Alleineigentümers – dem Bund ausspricht, vielmehr müssten zur Glaubwürdigkeit der Aufsichtsrat durch Wettbewerber der DB Transportgesellschaften oder sonst unabhängige Persönlichkeiten mehrheitlich zu besetzen sein. In dieser Konstellation wird aber der Synergieverbund aus Rad und Schiene im DB Konzern besonders fraglich, da ja dieser per definitionem nur davon lebt, dass dieser Verbund im Konzern seine Wirkung hat und jeder dritte Trassennutzer diesen in Frage stellt („These vom Restwettbewerb auf der Schiene“).

Es bleibt daher nur das Eingeständnis, dass die EG-rechtlich geforderte Unabhängigkeit ohne schwere Verwerfungen im Aktienrecht nur durch die Trennung der Konzerngesellschaften in Infrastrukturbetreiber und Eisenbahnverkehrsunternehmen zu erreichen ist. Nur diese wird auch dauerhaft der Beweislast der Mitgliedstaaten gerecht, dass ihre gewählten Modelle Unabhängigkeit und damit wirklich diskriminierungsfreien Trassenzugang gewährleisten: Art. 6 Abs. 3 RL 91/440/EWG i.d.F. RL 2001/12/EG. Da der Bund nach der Verfassung verpflichtet ist, die Anteilsmehrheit an Unternehmen zu halten, die materiell⁵⁶ Bundeseisenbahninfrastruktur wahrneh-

⁵⁴ Dieser Weg wird voraussichtlich in Frankreich beschritten. Trotz minimaler Netzöffnung wird die Netzentwicklung, die Trassenvergabe und die Trassenpreisfestlegung voraussichtlich von der Staatsbehörde Réseau ferré de France verantwortet werden.

⁵⁵ Die FAZ berichtete am 27.8.2001 S. 13, dass die Task Force „Zukunft der Schiene“ eine Beendigung der Beherrschungsverträge und Gewinnabführungsverträge vorschlug, tatsächlich war dies aber nicht das offizielle Ergebnis..

⁵⁶ Der Begriff Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes nach der Verfassung kann sich nur auf materiell dem Bund zuzurechnende Infrastrukturen beziehen und nicht etwa auf die Netzbestandteile, die zufällig ein im Bundesbesitz befindliches Eisenbahninfrastrukturunter-

men, hingegen aber Eisenbahnverkehrsunternehmen materiell privatisieren darf, ist der Weg der Trennung bereits durch die Verfassung vorgezeichnet: Der bereits von der Regierungskommission Bundes- und Reichsbahn vorgeschlagene Weg der alsbaldigen Privatisierung der Transportgesellschaften. Hierzu ist ein (durch den Bundesrat) zustimmungspflichtiges Gesetz auf Grundlage des § 2 Abs. 2 und 3 DBGrdG nicht erforderlich, da eine Anteilsveräußerung nur im Bereich der Infrastrukturunternehmen einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

nehmen betreibt. Mit der materiellen Definition gewinnt auch der Begriff Bundeseisenbahnen und die Gemeinwohlverpflichtung des Bundes nach Art. 87e Abs. 4 GG einen handhabbaren Kern im föderalistischen Staatsaufbau.