

Thomas Schuster

Die Verantwortung des Staates für die Eisenbahn

Zur verfassungsrechtlichen Herleitung einer staatlichen
Sicherstellungsverantwortung und zu ihrer Normierung

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft
Band 135

Thomas Schuster

Die Verantwortung des Staates für die Eisenbahn

Zur verfassungsrechtlichen Herleitung
einer staatlichen Sicherungsverantwortung
und zu ihrer Normierung

Tectum Verlag

Thomas Schuster

Die Verantwortung des Staates für die Eisenbahn

Zur verfassungsrechtlichen Herleitung einer staatlichen Sicherstellungsverantwortung
und zu ihrer Normierung

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag,

Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 135

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021

ePDF 978-3-8288-7427-5

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4419-3 im
Tectum Verlag erschienen.)

ISSN: 1861-7875

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Für Annette

Vorwort

Staatliche Verantwortung ist einer der meistgenommenen Begriffe zur Beschreibung der Aufgabenverteilung zwischen Gesellschaft und staatlichen Institutionen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Seine Steuerungsfähigkeit erlangt er regelmäßig durch begriffliche Ergänzungen; in seiner Gesamtheit ist er aber hinreichend flexibel um die verschiedenen Gegebenheiten im Spannungsfeld staatlicher Aufgabenwahrnehmung vor dem Hintergrund von rechtlichen oder tatsächlichen Einflüssen wie Privatisierungen, Unionsrecht, Verfassungsrecht und vielen mehr einzuhegen. Die Arbeit hat als Referenzgebiet die staatliche Verantwortung für das Eisenbahnwesen gewählt und versucht sich dort an der Entwicklung eines verfassungsrechtlich fundierten Verantwortungsmodells.

Die Arbeit lag – in weiten Teilen – einem Dissertationsverfahren an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer zugrunde. Bis zur hiesigen Veröffentlichung in Buchform wurden einzelne Teile ergänzt wie überarbeitet und stellenweise Aktualisierungen vorgenommen. Im Wesentlichen befindet sich die Arbeit auf dem Stand zu Weihnachten 2019. Ich danke meinem Doktorvater, Herrn Univ.-Prof. Dr. Joachim Wieland, für die vorbildliche Betreuung der Arbeit, des Verfahrens wie des Verfassers mit dem immer vorhandenen Ziel der eigenen wissenschaftlichen Befähigung. Zumal für seine Geduld zu einem Zeitpunkt, an welchem die Fertigstellung nicht mehr selbstverständlich war. Der Zweitkorrektorin, Frau Univ.-Prof. Dr. Constanze Janda, danke ich für die wertvollen Anmerkungen und

die angeregte Diskussion in der mündlichen Disputation. Herr Univ.-Prof. Dr. Stefan Fisch hat die Disputation durch seine verwaltungsgeschichtliche Expertise bereichert und durch scharfsinnige Anmerkungen die Arbeit verbessert. Dafür auch ihm herzlichen Dank.

Mein Dank gilt vielen weiteren lieben Menschen, die die Höhen und Tiefen dieser Arbeit und des Dissertationsverfahrens nahe miterlebt haben. Den meisten von ihnen danke ich persönlich, ohne sie hier im Einzelnen zu erwähnen. Besonders herausstellen möchte ich schlussendlich aber meine Eltern und meine liebe Frau Annette. Sie haben mir trotz Rückschlägen vertraut, dass es am Ende noch so wird, wie es gekommen ist. Dafür bin ich stolz auf sie. Annette, Dir sei das Büchlein gewidmet.

Möge die vorgelegte Arbeit dem ein oder anderen anregende Gedanken rund um die staatliche Struktur des deutschen Eisenbahnwesens geben. Es würde mich freuen.

Stuttgart, im Dezember 2020

Thomas Schuster

Inhalt

Vorwort	VII
Einleitung und Themenstellung	1
I. Gegenstand der Arbeit	2
II. Prämissen und Vorverständnisse	5
III. Gang der Untersuchung	10
Erster Teil: Das Koordinatensystem des Eisenbahnrechts	15
1. Kapitel: Europäische Vorgaben	16
A. Wirtschaftsordnung, Privatisierung, Marktöffnungsvorgaben	16
I. Wirtschaftsordnung und öffentliche Unternehmen	16
II. Privatisierung und Marktöffnungsvorgaben	17
B. Europäisches Eisenbahnrecht	20
I. Einleitung	20
II. Kompetenzen der Europäischen Union	23
III. Sekundärrechtsakte	26
1. Chronologie	26
2. Grundlagen des Sekundärrechts mit Bezug zur hiesigen Untersuchung	30

IV. Konfliktlinien mit dem mitgliedstaatlichen Eisenbahnrecht	34
1. Grundsätzliches	34
2. Methodische Konsequenzen	36
2. Kapitel: Verfassungsrechtliche Grundentscheidungen	40
A. Rückblick	40
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben	40
II. Einfachgesetzliche Ausgestaltung	43
1. Grundsätzliches	43
2. Insbesondere: Monopolstellung	45
B. Strukturmerkmale des geltenden Eisenbahnverfassungsrechts	51
I. Reformidee: Systemwechsel	51
II. Überblick der Änderungen von Grundgesetz und einfachem Recht	53
III. Trennung von Leistungsanbietung und Hoheitsaufgabe	57
1. Grundidee	57
2. Eisenbahndienstleistungen	60
3. Eisenbahnverkehrsverwaltung	61
IV. Regionalisierung: Aufgaben- und Verantwortungsverlagerung zu den Ländern	66
V. Liberalisierung des Eisenbahnwesens	68
1. Öffnung des Marktes und Abschaffung der Monopolstruktur	68
2. Wettbewerbsausrichtung der Eisenbahnverfassung?	69
VI. Eisenbahnen des Bundes	70
1. Von den Bundeseisenbahnen zur Deutschen Bahn AG	70
2. Mehrheitliche Anteilseignerschaft	71
3. Organisation in Privatrechtsform	72
4. Trennung von Netz und Betrieb	73
5. Führung als Wirtschaftsunternehmen	74
6. Keine Pflicht zur Kapitalprivatisierung	77
7. Begrenzte Kapitalmarktfähigkeit: der Schienenwegvorbehalt	78

Zweiter Teil: Staatliche Verantwortung	81
3. Kapitel: Privatisierung im Eisenbahnsektor	82
A. Privatisierung als Entstaatlichung	83
I. Privatisierung als Begriff	83
II. Privatisierung als Aufgabenwandel	85
B. Privatisierungstypologie	86
I. Organisationsprivatisierung, funktionale Privatisierung sowie Kapitalprivatisierung	87
1. Organisationsprivatisierung	87
2. Funktionale Privatisierung	87
3. Kapitalprivatisierung	88
II. Insbesondere: Aufgabenprivatisierung	89
1. Staatsaufgaben und öffentliche Aufgaben	90
2. Staatsaufgaben als Privatisierungsgegenstand	96
3. Aufgabenprivatisierung auch bei wirtschaftlicher Betätigung des Staates	97
4. Aufgabenwandel des Staates	99
5. Keine Gemeinwohlverpflichtung der Privaten durch die Aufgabenprivatisierung	100
C. Einordnung der verfassungsrechtlichen Bahnreform	100
I. Organisationsprivatisierung	101
II. Aufgabenprivatisierung	101
1. Aufgabenentlassung: Eisenbahndienstleistungen als marktgängiges Gut	101
2. Keine Gemeinwohlgebundenheit der Eisenbahnen des Bundes	103
3. Gegenstand der Aufgabenprivatisierung	106
4. Folge: Betätigungsverbot des Bundes	106
III. Zusammenfassung	107
IV. Kapitalprivatisierung	108

4. Kapitel: Verantwortung als Beschreibung verbleibender staatlicher Bindungen	110
A. Prolog: Verantwortungsbegriffe	110
B. Verantwortung	111
I. Verantwortung als Zuschreibungsbegriff	111
II. Verantwortung in der Privatisierungsdebatte	112
C. Die klassische Typologie der Verantwortungsstufen	112
I. Stand in der Literatur	112
II. Insbesondere: Gewährleistungsverantwortung	113
1. Verständlichkeit und Systembildung	113
2. Gewährleistungsverantwortung und Gewährleistungsstaat	115
5. Kapitel: Verfassungsrechtliche Herleitung einer staatlichen Sicherstellungsverantwortung	117
A. Einleitung	117
B. Begriff der Sicherstellungsverantwortung	118
I. Begriffsprägung	118
II. Sicherstellungsverantwortung und Gewährleistungsverantwortung	119
C. These: Sicherstellungsverantwortung als Vertrauenstatbestand	120
D. Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip	122
E. Konstruktion der Sicherstellungsverantwortung	124
I. Objektive Rechtspflichten aus einem Vertrauensschutztatbestand	124
1. Aufriss	124
2. Monopolstrukturen als vertrauensbildende Maßnahmen	124
3. Die Aufgabenprivatisierung als auslösendes Moment	125
II. Der Umfang der entstehenden Verantwortung	126
III. Der Verpflichtete staatlicher Sicherstellungsverantwortung	128
IV. Gibt es einen Berechtigten? Die Frage nach der Subjektivierung der Rechtspflicht	129

V. Ewigkeitshaftung des Staates?	130
VI. Zusammenfassung	131
Dritter Teil: Die Verantwortung des Staates für die Eisenbahn	133
6. Kapitel: Verfassungsrechtliche Sicherstellungspflicht für Eisenbahndienstleistungen	134
A. Sektorspezifische Norm: Art. 87e Abs. 4 GG	134
I. Art. 87e Abs. 4 GG als geschriebene Sicherstellungsverantwortung	134
II. Grundaussagen der Vorschrift	135
1. Ausgangspunkt: Normbefund	135
2. Unterscheidung zwischen eigenhändiger Erfüllung und Sicherstellungsverantwortung	136
3. Besonderheit: Die Sicherstellungsverantwortung für die Infrastruktur	138
III. Rechtliche Verbindlichkeit	138
IV. Rechtsnatur der Vorschrift: Staatsaufgabe	140
V. Adressat der Norm	141
VI. Keine subjektiv-öffentlichen Rechte	143
B. Funktionen der Norm	143
I. Hauptfunktion: Programmierung staatlicher Privatisierungsfolgenmaßnahmen	143
II. Ergänzende Funktion: Eingriffsrechtfertigung	144
C. Struktur der Sicherstellungsentscheidung	145
I. Grundsätzliches	145
II. Planerische Abwägungsentscheidung	147
1. Sicherstellungsentscheidung als Konsequenz der Beachtung potentiell widerstreitender Interessen	147
2. Verfassungsrechtliche Kontrollierbarkeit der Sicherstellungsentscheidung	148

7. Kapitel: Erfüllung der Sicherstellungsverantwortung	150
A. Mittel zur Erfüllung der Sicherungsverpflichtung	150
B. Der Konflikt zwischen dem Sicherstellungsauftrag und seinen Grenzen	150
I. Wettbewerbsverpflichtung der Eisenbahnen des Bundes	151
1. Keine Grundrechtsberechtigung der Eisenbahnen des Bundes	151
2. Stattdessen: Wirtschaftlichkeitsverpflichtung als subjektiv-öffentliches Recht der Eisenbahnen des Bundes	153
II. Grundrechte auf Seiten der nicht-bundeseigenen Eisenbahnunternehmen	157
C. Der staatliche Instrumentenkasten: Privatisierungsfolgenrecht	157
I. Privatisierungsfolgenrecht als einfach-gesetzliche Handlungsform	157
1. Begriff des Privatisierungsfolgenrechts	157
2. Exkurs: Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen	158
3. Fokussierung auf gesetzliche Instrumente	159
4. Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im Eisenbahnsektor	161
II. Marktregulierung durch Recht	161
1. Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes	161
2. Regulierung und Regulierungssubjekte	162
3. Idee der staatlichen Regulierung als Privatisierungsfolgenrecht und das Ziel: Schaffung eines funktionstüchtigen Wettbewerbs	164
III. Sicherstellung durch Gesetzgebung im Eisenbahnrecht	165
IV. Zusammenfassung zum Privatisierungsfolgenrecht	167
Zusammenfassung in Thesen	169
Literaturverzeichnis	177

Einleitung und Themenstellung

I. Gegenstand der Arbeit

Im Zuge einer Entscheidung, die die Privatisierung einer Staatsaufgabe zum Gegenstand hat, stellt sich für die privatisierende öffentliche Hand die Frage, ob sie auch nach der Privatisierung in einem gewissen Umfang weiterhin in der Verantwortung steht oder ob keinerlei Bindungen mehr festzustellen sind und damit einziges Regulativ die Recht- und Verfassungsmäßigkeit der Privatisierungsentscheidung ist. Die hier vorgelegte Arbeit macht es sich zur Aufgabe, aus dem Verfassungsrecht eine Rahmenordnung für die Gestaltung des Rechts – wie auch etwaiger Maßnahmen im Einzelfall – nach einer Privatisierungsentscheidung zu entwickeln. Hierbei wird ganz maßgeblich auf den Begriff der „Sicherstellungsverantwortung“ zurückgegriffen und dieser aus dem Verfassungsrecht heraus begründet. Die Arbeit übernimmt den mittlerweile fast schon klassischen Kanon verschiedener staatsrechtlicher und verwaltungswissenschaftlicher Verantwortungskategorien – vor allem Erfüllungsverantwortung, Gewährleistungsverantwortung sowie Auffangverantwortung – und setzt sie in Bezug zu einer solchen Sicherstellungsverantwortung, deren Entstehen vor allem darauf beruht, dass sie vom vormals leistenden Staat durch eine Privatisierungsentscheidung kausal ins Werk gesetzt wird und vornehmlich auf dem Grundsatz des Vertrauensschutzes beruht.

Im Folgenden wird aufzuzeigen sein, dass es sich bei der in Art. 87e Abs. 4 GG niedergelegten staatlichen Verpflichtung – jedenfalls funktionell – um die Normierung einer Sicherstellungsverantwortung nach der hiesigen Konzeption handelt und der Rekurs auf eine allgemeine staatliche Gewährleistungsverantwortung für das Eisenbahnwesen nicht zur Anwendung gelangen muss. Die Arbeit wird sich – soweit das Eisenbahnverfassungsrecht konkret in den Blick genommen wird – auf diejenigen Sicherstellungstatbestände beschränken, die dem Bund obliegen: es sind dies die Infrastruktur der Eisenbahnen des Bundes als Ganzes sowie der Betrieb des Fernverkehrs durch die Eisenbahnen des Bundes.

Ausgenommen wird damit im Wesentlichen der Schienenpersonennahverkehr, wobei an vereinzelt Stellen hierauf für den Gesamtzusammenhang eingegangen werden wird. Sofern die Privatisierungsfolgenmaßnahmen betrachtet werden, erfolgt eine Fokussierung auf bestimmte Handlungsformen des Staates. Im Vordergrund stehen die Anforderungen an eine verfassungsrechtlich taugliche Ausgestaltung des Privatisierungsfolgenrechts und die Vorgaben der Sicherstellungsverantwortung an die staatlichen Rechtsanwender im Einzelfall, namentlich Verwaltung und Gerichte. Nur am Rande wird erörtert werden, welche Möglichkeiten der gesellschaftsrechtlichen Einflussnahme dem Bund bei den Eisenbahnen des Bundes offenstehen und wie er hiervon – mit Rücksicht auf das Spannungsverhältnis von Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG zu Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG – Gebrauch machen kann, um seiner eigenen Sicherungsverpflichtung nachzukommen und trotzdem die Eigenständigkeit der Eisenbahnen des Bundes zu wahren.¹ Besonderheiten gelten insofern im Zusammenhang mit einer Sicherungsverantwortung denjenigen Schienenbahnunternehmen gegenüber, die nicht Eisenbahnen des Bundes sind, aber trotzdem auch dazu beitragen, dass eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird. Hierauf wird zurückzukommen sein.

In den Blick genommen wird zudem der heutige *status quo*, nämlich, dass es sich sowohl bei der Infrastruktur der Eisenbahnen des Bundes sowie dem Betrieb des Fernverkehrs durch die Eisenbahnen des Bundes um Gegenstände der ausdrücklichen grundgesetzlichen Sicherungsklausel des Art. 87e Abs. 4 GG handelt. Damit bleibt im Wesentlichen der zwar einmal geplante – und fast auch geglückte – Börsengang der DB Mobility Logistics AG außer Betracht. An

1 Bereits an dieser Stelle kann darauf hingewiesen werden, dass sich hierzu auch bereits ausführliche Untersuchungen verfasst worden sind, namentlich S. *Wilkins*, Wettbewerbsprinzip und Gemeinwohlorientierung bei der Erbringung von Eisenbahndienstleistungen: Zum Verhältnis von Art. 87e III und IV GG, 2006 sowie E. *Heise*, Die Deutsche Bahn AG zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung: Eine Untersuchung des Art. 87e GG und der besonderen Bedeutung der Eigentümerstellung des Bundes, 2013.

einzelnen Stellen wird hierauf zwar verwiesen, aber die Wahrscheinlichkeit dieses Börsengangs ist deutlich gesunken im Vergleich zur Wahrscheinlichkeit in der politischen und wirtschaftlichen Stimmung der Jahre 2008 und 2009.

Selbstverständlich wird aber im Rahmen des Art. 87e Abs. 4 GG untersucht, welche Veränderungsmöglichkeiten bestehen. Dies erfolgt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die sektorspezifische Sicherstellungsnorm des Art. 87e Abs. 4 GG insoweit dynamisch ausgestaltet ist, als sie ihren Regelungszugriff auch von den Kapitalbeteiligungsverhältnissen des Bundes an der Deutschen Bahn AG abhängig macht.²

2 Anlässlich der Frage, ob es sich bei der Deutschen Bahn AG bzw. ihrer Konzerngesellschaften noch um „Eisenbahnen des Bundes“ handelt.

II. Prämissen und Vorverständnisse

Leitend für die vorgelegte Arbeit ist hierbei zunächst eine Abschtichung und Gegenüberstellung verschiedener Verantwortungsmodelle und Verantwortungsebenen. Der Begriff der Gewährleistungsverantwortung in der überkommenen Konnotation und Begriffsausfüllung wird übernommen. Er lässt sich hier im Rahmen dieser Einleitung skizzieren als diejenige staatliche Verantwortung, die sich aus der Rechtsordnung im Hinblick auf eine ausdifferenzierte Aufgabenverteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor ableiten lässt. Beschrieben werden häufig Aufgabenfelder und Gruppen von Staatsaufgaben. Diese Gewährleistungsverantwortung hat rechtliche Relevanz, tatsächlich aber auch vor allem ordnende sowie beschreibende Wirkungen. Eine rechtliche Kontrolle ihrer Einhaltung wird vor allem durch das Untermaßverbot gewährleistet, das dem Staat in Bezug auf konkrete Grundrechtsgewährleistungen – manches Mal gepaart mit Staatsstrukturprinzipien wie dem Sozialstaatsprinzip – Handlungspflichten auferlegen kann. Die Gewährleistungsverantwortung ist eine staatliche Verantwortung, die dem Staat mit dem Ziel einer Gewährleistung beziehungsweise einer Überwachung der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung verbleibt, wenn eine öffentliche Aufgabe durch Private ganz oder auch nur teilweise erfüllt wird.

Resultat einer solchen Gewährleistungsverantwortung ist – sofern sich der Staat ihrer stellt – die Implementierung einer gewährleistenden Verwaltung. Schon aus dieser ersten Annäherung wird deutlich, dass diese Gewährleistungsverantwortung eine vormalige, erfüllende Befassung des Staates mit der genannten Aufgabe gar nicht voraussetzt. Gewährleistungsverantwortung entsteht damit unabhängig von Privatisierungsentscheidungen und konkreter Aufgabenwahrnehmung; sie speist sich primär aus der Gemeinwohlrelevanz der Aufgabe. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Frage nach einer Gewährleistungsverantwortung des Staates häufig genug im Zusammenhang der Frage nach den Nachwirkungen einer Privatisierung gestellt wird.