

Rechtsanwalt Arne Maier, Esslingen

unter Mitwirkung des Arbeitskreises der Juristen zu Stuttgart 21

Gutachterliche Stellungnahme zu der Frage, mit welchen rechtlichen Konsequenzen die Mitglieder des Aufsichtsrats der Deutschen Bahn AG im Falle einer Fortsetzung des Projekts „Stuttgart 21“ zu rechnen hätten

Zusammenfassung

Angesichts der nicht zu schließenden Finanzierungslücke und der weiteren finanziellen und sonstigen Risiken des Projekts „Stuttgart 21“ erscheint die Beendigung des Projekts für den Aufsichtsrat der Deutschen Bahn AG unausweichlich. Die Vorteile der Beendigung überwiegen deutlich. Die Beendigung ist erforderlich, um die Deutsche Bahn AG und die Mitglieder des Aufsichtsrats ganz persönlich von Schäden in unabsehbarer Höhe zu bewahren. Die Deutsche Bahn AG kann das Projekt vertragskonform beenden (siehe Ziffer 1). Die Beendigung ist für die Deutsche Bahn AG wirtschaftlicher als seine Fortsetzung (siehe Ziffer 2). Eine Fortsetzung des Projekts würde den Reputationsschaden der Deutschen Bahn AG potenzieren (siehe Ziffer 3). Die Mitglieder des Aufsichtsrats sollten sich bei ihrer Entscheidung nicht durch Meinungsäußerungen des Bundesverkehrsministers oder anderer Mitglieder der Bundesregierung beeinflussen lassen (siehe Ziffer 4). Sie sollten sich auch nicht darauf verlassen, dass ihre etwaige zivilrechtliche Haftung von ihren Haftpflichtversicherungen abgedeckt ist (siehe Ziffer 5).

Einführung in die Sach- und Rechtslage

Zu der verantwortungsvollen Rolle eines Aufsichtsrats, Informationen zum Wohle der Aktiengesellschaft gewissenhaft einzuschätzen und abzuwägen, kann es auch gehören, ein zunächst sinnvoll erscheinendes Vorhaben im Lichte neuer Entwicklungen neu zu bewerten. Es gehört zu den schwierigsten, aber auch vornehmsten Aufgaben und Pflichten der Mitglieder des Aufsichtsrats, hier zum Wohle der AG kontrollierend einzugreifen (§§ 111, 116, 93 Abs. 1 AktG). Verletzt der Aufsichtsrat diese Kontrollpflicht, droht seinen Mitgliedern nicht nur eine zivilrechtliche Haftung (§§ 116, 93 Abs. 2 AktG), sondern auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Untreue (§ 266 StGB). Das Aktionsbündnis gegen „Stuttgart 21“ hat die Mitglieder des Aufsichtsrats der Deutschen Bahn AG auf diese Rechtslage und auf die Risiken ihrer persönlichen Haftung hingewiesen mit Anschreiben seines Sprechers, Herrn Rechtsanwalt Dr. Eisenhart von Loeper, vom 30.11.2012.¹

¹ Das Anschreiben an die Mitglieder des Aufsichtsrats der Deutschen Bahn AG vom 30.11.2012 ist im Internet abrufbar unter http://www.kopfbahnhof-21.de/index.php?id=110&tx_ttnews%5Btt_news%5D=818&tx_ttnews%5BbackPid%5D=1118&cHash=e7cedc07a3

Am 12.12.2012 informierte der Vorstand der Deutschen Bahn AG den Aufsichtsrat und die Öffentlichkeit, dass der Kostenrahmen des Projekts die Wirtschaftlichkeitsgrenze deutlich überschreitet. Die Deutsche Bahn AG selbst hatte diese Grenze bei 4,7 Milliarden Euro gezogen, nach der jetzigen Prognose liegen die Kosten weit über 6 Milliarden Euro. Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat vorgeschlagen, dass die Deutsche Bahn AG von den Mehrkosten 1,1 Milliarden selbst tragen soll. Weitere Kostenrisiken in Höhe von 1,2 Milliarden Euro sollen auf „externe Einflussfaktoren“ zurückzuführen sein; die Finanzierung dieser weiteren Mehrkosten bliebe auch dann ungesichert, wenn der Aufsichtsrat den Vorschlag des Vorstands bestätigen sollte. Damit steht fest, dass das Projekt für die Deutsche Bahn AG nicht wirtschaftlich ist.

Gemäß einer öffentlichen Präsentation der Deutschen Bahn AG vom 12.12.2012 will der Vorstand dennoch an dem Projekt festhalten. Bei einer Beendigung des Projekts befürchtet der Vorstand derzeit drei Dinge: 1. Vertragsverletzung, 2. hohe „Ausstiegskosten“ und 3. einen etwaigen Reputationsschaden.²

Laut Presseberichten hat der Aufsichtsrat einen unabhängigen Gutachter beauftragt, der eine Fortsetzung des Projekts aus aktienrechtlicher Sicht überprüfen soll. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³ kann der organschaftliche Vertreter einer Gesellschaft, der nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, den strengen Anforderungen an eine ihm obliegende Prüfung der Rechtslage und die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung nur genügen, wenn er sich *unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen* von einem *unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger* beraten lässt und den erteilten Rechtsrat *einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle* unterzieht.

Ohne dem Gutachten und dessen Bewertung vorgreifen zu wollen, sollten die Mitglieder des Aufsichtsrats bei ihrer anstehenden Entscheidung bedenken, dass die vom Vorstand gegen den Projektabbruch geäußerten Bedenken einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten.

² „Der Ausstieg wäre nicht vertragskonform und würde zum heutigen Zeitpunkt bereits mindestens 2 Milliarden Euro kosten. Zudem würde ein hoher Reputationsschaden entstehen.“ Präsentation zur Pressekonferenz der Deutschen Bahn AG vom 12.12.2012, S. 6 Ziffer IV, im Internet abrufbar unter <http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de/mediathek/detail/download/informationen-zur-pressekonferenz-wirtschaftlicher-status-s21/mediaParameter/download/Medium/>

³ Siehe nur BGH, Urteil vom 20.09.2011, Az.: II ZR 234/09, WM 2011, 2092 (Hervorhebungen nur hier).

1. Die Deutsche Bahn AG kann das Projekt vertragskonform beenden.

Der Vorstand benennt zu Unrecht eine vermeintliche „Ausführungsverpflichtung“ als Ausstiegshindernis. Eine solche „Ausführungsverpflichtung“ besteht nicht bei einer Kostenüberschreitung, sie steht der Projektbeendigung nicht entgegen. Der Finanzierungsvertrag vom 02.04.2009 (FinV)⁴ enthält keine (grenzenlose) Finanzierungsverpflichtung der Deutschen Bahn AG. Gemäß § 8 Abs. 4 FinV nehmen die Deutsche Bahn AG und die Projektpartner „im Falle weiterer Kostensteigerungen“ Gespräche auf. Bereits diese „Sprechklausel“ ermöglicht der Deutschen Bahn AG die Beendigung des Projekts auf der Basis der - auch aktienrechtlich vorgegebenen - Wirtschaftlichkeitsmaxime, zumal der Bund⁵, das Land Baden-Württemberg⁶ und die Stadt Stuttgart⁷ es ablehnen, sich an den Mehrkosten zu beteiligen. Der Ministerpräsident des Landes Baden-Württemberg, Herr Winfried Kretschmann, hat dies mehrfach - unter Hinweis auf den Kabinettsbeschluss der Landesregierung vom 13.09.2011 - bekräftigt und zudem kritisiert, dass die exorbitanten Mehrkosten und Risiken entgegen allen Beteuerungen des Bahnvorstands vor der Volksabstimmung vom 27.11.2011 erst jetzt aufgetischt wurden.

Die „Sprechklausel“ wird mitunter dahin verengt, dass sie nur die Verteilung der Mehrkosten betreffe. Tatsächlich enthält die „Sprechklausel“ aber keine einschränkende Regelung zum Gegenstand der Gespräche. Können die Projektbeteiligten im Rahmen der Gespräche die Finanzierung der Mehrkosten nicht sicherstellen, so ist das Projekt gescheitert. Die weiteren Gespräche können dann nur noch die Abwicklung des Projekts betreffen. Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 FinV finden die in § 2 Abs. 2 geregelten Abwicklungsmodalitäten keine Beachtung; der Abbruch des Projekts wird damit nicht ausgeschlossen.⁸

⁴ Finanzierungsvertrag „Stuttgart 21“ vom 02.04.2009, Anlage 1 zur LT-Drs. 14/4382, im Internet abrufbar unter http://www9.landtag-bw.de/wp14/drucksachen/4000/14_4382_d.pdf

⁵ „Bundesregierung lehnt Beteiligung an Mehrkosten für Stuttgart 21 ab“, im Internet abrufbar unter http://www.bundestag.de/presse/hib/2012_12/2012_596/01.html

⁶ „Land wird sich nicht an Mehrkosten für Stuttgart 21 beteiligen“, im Internet abrufbar unter <http://www.baden-wuerttemberg.de/de/Meldungen/294302.html>; siehe auch Schreiben des baden-württembergischen Verkehrsministers Hermann an den Technikvorstand der Deutschen Bahn AG, Herrn Dr. Kefer, vom 28.12.2012 (S. 5), im Internet abrufbar unter <http://www.mvi.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/115801/>

⁷ „Stadt: Frage nach Beteiligung an S21-Mehrkosten stellt sich nicht“, im Internet abrufbar unter <http://www.swp.de/stuttgart21./Stadt-Frage-nach-Beteiligung-an-S21-Mehrkosten-stellt-sich-nicht;art1157835,1765661>

⁸ Ein genereller Ausschluss des Projektabbruchs wäre ohnehin unwirksam, §§ 134, 138 BGB.

Der Projektabbruch über die „Sprechklausel“ entspricht der gesetzlichen Rechtslage nach § 726 BGB. Soweit der Finanzierungsvertrag eine BGB-Gesellschaft der Projektbeteiligten begründet hat, endigt diese, weil ihr Zweck infolge fehlender Finanzierung nicht mehr erreichbar ist. Die Projektbeteiligten haben dann nur noch verantwortlich daran mitzuwirken, das Projekt einvernehmlich abzuwickeln. Auf die Nichtigkeit des Finanzierungsvertrags infolge verfassungswidriger Mischfinanzierung⁹ und auf das gesetzliche Kündigungsrecht gemäß § 314 BGB¹⁰ kommt es dann nicht an.

Nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) und dem Sinn und Zweck der Sprechklausel können die Projektpartner nicht einerseits die Beteiligung an den Mehrkosten verweigern und gleichzeitig die Fortsetzung des als unwirtschaftlich erkannten Projekts einfordern. Sowohl der baden-württembergische Verkehrsminister Hermann¹¹ als auch der neue Stuttgarter Oberbürgermeister Kuhn¹² haben der Deutschen Bahn AG bereits die Aufgabe zuerkannt, das Projekt von sich aus zu beenden.

Demnach ist nicht zu befürchten, dass die Projektpartner einer einvernehmlichen Beendigung widersprechen werden. Im Gegenteil: die Projektpartner würden diese Form der Beendigung eher als Erlösung aufnehmen.

⁹ Art. 104a Abs. 1 GG, § 134 BGB. Siehe Meyer, Rechtsgutachten zu Finanzverfassungsrechtlichen Fragen des Stuttgarter Bahnkonflikts, im Internet abrufbar unter <http://www.bei-abriss-aufstand.de/2011/08/11/lesen-sie-mal-ihr-eigenes-gutachten-herr-kretschmann/>; Meyer, Finanzierungsverträge zu Stuttgart 21 sind unwirksam, Süddeutsche Zeitung vom 11.08.2011, im Internet abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsrechtler-meyer-finanzierungsvertraege-zu-stuttgart-sind-unwirksam-1.1130053>. Seit dem 20.09.2012 läuft beim Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde eines Wohneigentümers, gestützt auf ein etwa 90 Seiten umfassendes Rechtsgutachten eines renommierten Universitätsprofessors. Das Bundesverfassungsgericht wird auf diesem Wege mit hoher Wahrscheinlichkeit den für die bundesstaatliche Ordnung „tragenden Pfeiler der Finanzverfassung“ des Art. 104a GG (BVerfGE 55, 274, 318 f.) nicht für „Stuttgart 21“ preisgeben. Die Finanzierung muss dann in sich zusammenstürzen.

¹⁰ § 314 BGB gilt bei öffentlich-rechtlichen Verträgen entsprechend (§ 62 Satz 2 VwVfG); Fehling/Kastner, Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2010, VwVfG § 62 Rn. 21.

¹¹ „Stuttgart 21 ist das Problem der Bahn“, Interview mit dem baden-württembergischen Verkehrsminister Winfried Hermann, FAZ online vom 15.12.2012, im Internet abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/baden-wuerttembergs-verkehrsminister-stuttgart-21-ist-das-problem-der-bahn-11993925.html>

¹² Fritz Kuhn, Antwort auf www.abgeordnetenwatch.de vom 05.10.2012, im Internet abrufbar unter http://www.abgeordnetenwatch.de/fritz_kuhn-575-37746--f357940.html#q357940

2. Die Beendigung des Projekts ist für die Deutsche Bahn AG wirtschaftlicher als seine Fortsetzung.

Unklar ist, wie die Kosten, die das Projekt bis zu seiner Beendigung verursacht hat („Ausstiegskosten“)¹³, zwischen den Projektbeteiligten aufzuteilen sind. Sinnvollerweise werden die Projektbeteiligten auch diese Kostenverteilung einvernehmlich regeln. Die Deutsche Bahn AG wird einen Großteil der Kosten tragen müssen.¹⁴

Der Vorstand argumentiert, dass die Ausstiegskosten höher seien als die bisher absehbaren Mehrkosten einer Fortsetzung. Die vom Vorstand behaupteten Ausstiegskosten in Höhe von „mindestens 2 Milliarden Euro“ scheinen aus der Luft gegriffen und sind nicht nachvollziehbar.¹⁵ Das Aktionsbündnis gegen „Stuttgart 21“ schätzt die tatsächlichen Ausstiegskosten auf etwa 400 Millionen Euro.

Der Aufsichtsrat wird die Höhe der Ausstiegskosten in eigener Verantwortung überprüfen müssen, wenn er erwägt, einer Fortsetzung des als unwirtschaftlich erkannten Projekts unter Verweis auf vermeintliche Ausstiegskosten zuzustimmen. Der vom Vorstand genannte Betrag beinhaltet anscheinend auch die Erlöse aus dem Verkauf der Grundstücksflächen des Gleisvorfelds an die Stadt Stuttgart. Diese Erlöse müsste die Deutsche Bahn AG aber in jedem Fall an die Stadt Stuttgart zurückbezahlen, auch bei einer Fortsetzung des Projekts. Das Gleisvorfeld wird nicht frei, weil der Abbau der oberirdischen Gleise gemäß §§ 11, 23 AEG nicht genehmigungsfähig ist und mit der Stuttgarter Netz AG ein Interessent vorhanden ist, der die Gleise früher oder später übernehmen würde.¹⁶ Schon deshalb kann die Deutsche Bahn AG die Rückzahlung dieser Erlöse nicht als Ausstiegskosten verbuchen.

¹³ Der Begriff „Ausstiegskosten“ ist irreführend, weil er suggeriert, dass die Kosten durch den Ausstieg verursacht würden. Tatsächlich handelt es sich um Einstiegskosten. Die Kosten wurden durch den Einstieg in das Projekt verursacht, der sich nunmehr als Fehler erwiesen hat. Der rechtzeitige Ausstieg verursacht die Kosten nicht, sondern er verhindert den weiteren Anstieg der Kosten.

¹⁴ Hätte die Deutsche Bahn AG die Mehrkosten vor dem 31.12.2009 offengelegt, so hätte sich das Land Baden-Württemberg an den Ausstiegskosten beteiligen müssen, § 2 Abs. 2 des Finanzierungsvertrags vom 02.04.2009. Bei einem späteren Ausstieg finden die in § 2 Abs. 2 geregelten Ausstiegsmodalitäten jedoch keine Beachtung, § 8 Abs. 4 Satz 2 des Finanzierungsvertrags.

¹⁵ „Politiker überbieten sich bei Ausstiegskosten“, Stuttgarter Zeitung vom 02.01.2013, im Internet abrufbar unter <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.stuttgart-21-politiker-ueberbieten-sich-bei-ausstiegskosten.33611dfa-6a68-4646-9560-48aae0f2b1c8.html>; Sabine Reichert, „Die sogenannten ‚Ausstiegskosten‘ bei Stuttgart 21“, im Internet abrufbar unter <http://zwuckelmann.wordpress.com/2013/01/01/die-sogenannten-ausstiegskosten-bei-stuttgart-21>

¹⁶ Die Stuttgarter Netz AG klagt beim Verwaltungsgericht Stuttgart auf Durchführung des Stilllegungsverfahrens gemäß § 11 AEG. Informationen zu diesem Verfahren sind im Internet abrufbar unter <http://www.stuttgarter-netz.de/>

Gleiches gilt für die Kosten der Sanierung des Kopfbahnhofs. Es ist absehbar, dass der nur achtgleisig geplante Tiefbahnhof den Verkehrsbedarf nicht bewältigen könnte.¹⁷ Demnach muss die Deutsche Bahn AG den Kopfbahnhof ohnehin sanieren, auch im Falle einer Fortsetzung des Projekts und einer Fertigstellung des Tiefbahnhofs.

Außerdem muss der Aufsichtsrat überprüfen, ob die Ausstiegskosten, in welcher Höhe auch immer diese anfallen mögen, bei der Deutschen Bahn AG „hängen“ bleiben, oder ob die Deutsche Bahn AG diese Kosten von denjenigen ersetzt verlangen kann, die ihr das jetzige Dilemma eingebrockt haben. Die Deutsche Bahn AG wurde von ihrer Führung in eine Lage gebracht, in der sie nur noch zwischen Pest (Mehrkosten) und Cholera (Ausstiegskosten) wählen kann. Sie kann und muss die für dieses Dilemma Verantwortlichen ermitteln und ggf. persönlich in Haftung nehmen. Bei einer erfolgreichen Durchsetzung solcher Ersatzansprüche entstehen der Deutschen Bahn AG entsprechend geringere, möglicherweise gar keine Ausstiegskosten.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁸ hat der Aufsichtsrat die Aufgabe, die Tätigkeit des Vorstands zu überwachen und zu kontrollieren (§ 111 AktG), und ist deshalb verpflichtet, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen der AG gegenüber den Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen. Kommt er zu dem Ergebnis, dass sich der Vorstand schadensersatzpflichtig gemacht hat, muss er aufgrund einer sorgfältigen und sachgerecht durchzuführenden Risikoanalyse abschätzen, ob und in welchem Umfang die gerichtliche Geltendmachung zu einem Ausgleich des entstandenen Schadens führt. Gewissheit, dass die Schadensersatzklage zum Erfolg führen wird, kann nicht verlangt werden.

Stehen der AG nach dem Ergebnis dieser Prüfung durchsetzbare Schadensersatzansprüche zu, hat der Aufsichtsrat diese Ansprüche grundsätzlich zu verfolgen. Davon darf er nur dann ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Gründe des Wohls der AG dagegen sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind. Anderen außerhalb des Unternehmenswohls liegenden, die Vorstandsmitglieder persönlich betreffenden Gesichtspunkten darf der Aufsichtsrat nur in Ausnahmefällen Raum geben.

¹⁷ Engelhardt, Stuttgart 21: Rückbau, Planrechtfertigung war nie gegeben (Zusammenfassung vom 25.10.2012), im Internet abrufbar unter http://www.wikireal.info/w/images/f/fc/2012-10-25_Stuttgart_21_-_Leistungsfaehigkeit.pdf

¹⁸ Siehe nur BGH, Urteil vom 21.04.1997, Az.: II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck), BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926.

Demnach wäre es unverantwortlich und aktienrechtlich offensichtlich unzulässig, ein als unwirtschaftlich erkanntes Projekt unter Verweis auf vermeintliche - der Höhe nach unklare - Ausstiegskosten fortzusetzen, ohne die Chancen einer Rückholung dieser Kosten von den Verantwortlichen ernsthaft und sorgfältig geprüft zu haben. Die Prüfung solcher Ersatzansprüche zu unterlassen, könnte für die jetzigen Mitglieder des Aufsichtsrats schwerwiegende zivil- und strafrechtliche Konsequenzen haben, auch unter dem Gesichtspunkt einer späteren Verjährung der Ersatzansprüche (die Verjährungsfrist beträgt fünf Jahre, § 93 Abs. 6 AktG).

Den hiernach bei der Deutschen Bahn AG verbleibenden Ausstiegskosten stehen weitere finanzielle Fortsetzungsrisiken gegenüber. In der letzten Sitzung des Lenkungskreises vom 22.10.2012 hatte Herr Dr. Kefer die Gesamtkosten von „Stuttgart 21“ noch mit 4,33 Milliarden Euro beziffert¹⁹; eine Prognose, die keine zwei Monate standgehalten hat. Das Projekt erweist sich damit als in finanzieller Hinsicht nicht berechenbar. Eine Fortführung wäre mit unkalkulierbaren Risiken weiterer Kostensteigerungen verbunden. Die Fehlprognosen der Vergangenheit indizieren, dass die Kostenangaben des Vorstands nicht verlässlich sind und damit keine Entscheidungsgrundlage für den Aufsichtsrat sein können.

Im Falle einer Fortführung des Projekts müsste sich die Deutsche Bahn AG auf das Risiko einstellen, alle weiteren Mehrkosten allein tragen zu müssen, nachdem die Projektpartner bereits vor Beginn der eigentlichen Bauarbeiten weitere Zuschüsse abgelehnt haben. Setzte die Deutsche Bahn AG das Projekt dennoch fort, würde die „Ausführungsverpflichtung“ zur wirtschaftlichen Falle, aus der es kein Entrinnen mehr gibt. Sind wesentliche Zuschüsse der Projektpartner erst „verbaut“, gibt es kein Zurück und die Deutsche Bahn AG wird das Projekt auf eigene Rechnung zu Ende bauen müssen, koste es was es wolle.

Die Hoffnung des Vorstands, notfalls das Land und die Stadt Stuttgart im Wege einer Klage zur Beteiligung an den Mehrkosten heranziehen zu können, dürfte sich dabei als unbegründet erweisen. Zum einen enthält die Sprechklausel gerade keine Nachschusspflicht, wie auch ein Rechtsgutachten für die Landesregierung bestätigt hat. Zum andern würden die angerufenen Gerichte von Amts wegen die Wirksamkeit des Finanzierungsvertrags prüfen müssen.

¹⁹ Siehe hierzu Schreiben des baden-württembergischen Verkehrsministers Hermann an den Technikvorstand der Deutschen Bahn AG, Herrn Dr. Kefer, vom 28.12.2012 (S. 2), im Internet abrufbar unter <http://www.mvi.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/115801/>

Die Wahrscheinlichkeit ist hoch, dass die Gerichte dabei der Rechtauffassung von Prof. Dr. Hans Meyer folgen werden, wonach der Finanzierungsvertrag wegen Verstoß gegen Art. 104a Abs. 1 Grundgesetz unwirksam und nichtig ist.²⁰ Damit ginge die Deutsche Bahn AG das Risiko ein, das gesamte Projekt am Ende komplett allein finanzieren zu müssen. Dieses Risiko sollte der Aufsichtsrat nicht auf sich nehmen.

Angesichts dieser und weiterer Fortsetzungsrisiken gebietet die wirtschaftliche Vernunft eine zügige Beendigung des Projekts mit derzeit noch überschaubaren Ausstiegskosten. Eine Fortsetzung des Projekts würde die Ausstiegskosten absehbar nicht verringern, sondern stattdessen die Kosten einer späteren Beendigung unabsehbar erhöhen. Für diese Kostensteigerungen wären die jetzigen Mitglieder des Aufsichtsrats sowohl zivil- als auch strafrechtlich verantwortlich, wenn sie dennoch eine Fortsetzung des Projekts beschließen sollten. Dabei fällt besonders ins Gewicht, dass die wirklich hohen, derzeit noch vermeidbaren Projektabbruchkosten erst durch die Tunnelarbeiten entstehen würden.

3. Eine Fortsetzung des Projekts würde den Reputationsschaden der Deutschen Bahn AG potenzieren.

Neben dem finanziellen Desaster hat die Deutsche Bahn AG durch „Stuttgart 21“ schon jetzt einen ganz erheblichen Reputationsschaden²¹ erlitten. Die Süddeutsche Zeitung kommentiert die Kostensteigerungen bei „Stuttgart 21“ und anderen Bauprojekten der Deutschen Bahn AG mit dem Satz: „Immer wenn die Bahn baut, besteht Grund zu größter Sorge.“²² Das Projekt „Stuttgart 21“ verursacht schon heute Zugverspätungen in ganz Baden-Württemberg.²³ Mittlerweile muss man schon froh sein, wenn infolge der Bauvorbereitungen keine weiteren Züge entgleisen²⁴ und das Bahnhofsdach nicht einstürzt²⁵.

²⁰ Zur Nichtigkeit des Finanzierungsvertrags wegen verfassungswidriger Mischfinanzierung siehe oben Fußnote 9.

²¹ Aufgrund der zunehmenden Bedeutung im Bereich der Reputationsforschung hat sich in den vergangenen Jahren insbesondere im englischsprachigen Raum ein selbständiger Forschungsbereich zu „corporate reputation“ herausgebildet. Ein Überblick u.a. in <http://www.complianceweek.com/s/documents/ConfBReputation.pdf> (S. 6 ff.).

²² „Beschönigen lohnt sich“, Süddeutsche Zeitung vom 05.01.2013, im Internet abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/kosten-fuer-zweite-stammstrecke-in-muenchen-beschoenigen-lohnt-sich-1.1565214>

²³ „S 21 bremst die Züge im Südwesten“, Stuttgarter Zeitung vom 04.01.2013, im Internet abrufbar unter <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.bahnverkehr-im-suedwesten-s-21-bremst-die-zuege-im-suedwesten.2680ef3e-6b13-4a92-94e9-1513298c8fff.html>

²⁴ „Zugentgleisungen: Verkehrsclub hält Stuttgarter Hauptbahnhof für nicht sicher“, Spiegel Online vom 01.10.2012, im Internet abrufbar unter <http://www.spiegel.de/reise/aktuell/vcd-haelt-stuttgarter-hauptbahnhof-fuer-nicht-sicher-a-858989.html>

²⁵ „Bahn arbeitet an Hallendach - Sperrung möglich“, Stuttgarter Nachrichten vom 13.10.2012, im Internet abrufbar unter <http://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.stuttgarter-hauptbahnhof-bahn-arbeitet-an-hallendach-sperrung-moeglich.20f3afb5-4bc1-4789-b4c9-767d80528752.html>

Die Deutsche Bahn AG hat aber auch heute noch die Möglichkeit, das Projekt mit einem blauen Auge zu beenden. Der Reputationsschaden ließe sich dadurch verringern, dass die in Ziffer 2 erwähnten Ersatzansprüche gegen die Projektverantwortlichen konsequent verfolgt werden und dadurch öffentlich verdeutlicht wird, dass die Deutsche Bahn AG bereit und in der Lage ist, eigene Fehler zu erkennen, aus einer Sackgasse, in die sie geführt wurde, auch wieder herauszufinden, und nachhaltig wirtschaftlich zu handeln. Die Kraft und die Stärke der Deutschen Bahn AG, ein Projekt aufzugeben, das sich als unwirtschaftlich erwiesen hat, kann auch bei „Stuttgart 21“ ihre Reputation stärken, wenn damit der Öffentlichkeit verdeutlicht wird, dass die Deutsche Bahn AG ihre Verantwortung gegenüber dem Bahnkunden, dem Bahnmitarbeiter, dem Aktionär und dem Steuerzahler ernst und wahrnimmt.

Eine Fortsetzung des Projekts würde den Reputationsschaden potenzieren und müsste - angesichts der zahlreichen und erheblichen technischen und rechtlichen Probleme des Projekts²⁶ - zwangsläufig in der Katastrophe enden. Die Vorstellung, dass eine Fortsetzung des Projekts die Reputation der Deutschen Bahn AG verbessern könnte, erscheint realitätsfern. Im Gegenteil wäre es weder vernünftig noch im Interesse der Reputation der Deutschen Bahn AG vertretbar, immer tiefer in die Sackgasse vorzustoßen, weil man die unvermeidliche Umkehr scheut.

Vor dem Projekt läge eine Bauzeit von mindestens zehn Jahren. Einige Abschnitte sind noch gar nicht planfestgestellt, in anderen Abschnitten sind wesentliche Planänderungen erforderlich. Angesichts des anhaltenden Widerstands der Bevölkerung gegen das Projekt ist zu erwarten, dass jedes weitere Planfeststellungsverfahren einer aufwendigen öffentlichen und gerichtlichen Überprüfung unterzogen würde. Es ist nicht vorstellbar, wie die Deutsche Bahn AG ein nicht gewolltes Projekt, welches nach ihrem eigenen Bekunden nur deshalb durchgeführt wird, weil es angeblich nicht mehr gestoppt werden kann, jahrelang durch die absehbaren öffentlichen und juristischen Untiefen bringen will, ohne dass ihre öffentliche Reputation weiteren ganz erheblichen Schaden nimmt.

²⁶ Eisenhart von Loeper für das Aktionsbündnis gegen „Stuttgart 21“, Zur Faktenlage bei „Stuttgart 21“ - Hinweise auf Funktions-, Finanzierungs- und Rechtsmängel (den Mitgliedern des Aufsichtsrats übersandt mit persönlichen Anschreiben vom 30.11.2012), im Internet abrufbar unter http://www.kopfbahnhof-21.de/index.php?id=110&tx_ttnews%5Btt_news%5D=818&tx_ttnews%5BbackPid%5D=1118&cHash=e7cedc07a3 (Anlage 1).

4. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sollten sich bei ihrer Entscheidung nicht von öffentlichen oder internen Meinungsäußerungen des Bundesverkehrsministers oder anderer Mitglieder der Bundesregierung beeinflussen lassen.

Die Bundesrepublik Deutschland ist zwar Eigentümerin der Deutschen Bahn AG. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind für ihr Abstimmungsverhalten aber selbst verantwortlich. Vorgaben Dritter, auch des Eigentümers, befreien sie nicht von ihrer persönlichen Haftung (§ 117 Abs. 2 AktG). Die Ersatzpflicht tritt nur dann nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht (§ 117 Abs. 2 Satz 3 AktG). Kann oder will der Aufsichtsrat die Entscheidung nicht selbst verantworten, kann und muss er die Hauptversammlung einberufen (§ 111 Abs. 3 AktG).

5. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sollten sich bei ihrer Entscheidung nicht darauf verlassen, dass ihre hieraus womöglich resultierende zivilrechtliche Haftung von ihren Haftpflichtversicherungen abgedeckt ist.

Die Versicherungsbedingungen dieser Haftpflichtversicherungen sind hier nicht bekannt. Gesetzlich ist geregelt, dass der Haftpflichtversicherer nicht zur Leistung verpflichtet ist, wenn der Versicherungsnehmer den Schaden vorsätzlich und widerrechtlich herbeiführt (§ 103 VVG n.F. = § 152 VVG a.F.).²⁷ Dieser Leistungsausschluss umfasst auch den bedingten Vorsatz²⁸, wenn also der Versicherungsnehmer das Schadensereignis und die Schadensfolgen zumindest als möglich erkennt und billigend in Kauf nimmt. Sollten die Aufsichtsratsmitglieder die Fortsetzung befürworten, obwohl sie die Unwirtschaftlichkeit des Projekts und die mit seiner Fortsetzung verbundenen weiteren Risiken erkannt haben, könnte der Versicherer womöglich einwenden, dass sie den Schaden sehenden Auges herbeigeführt haben.

Da Haftpflichtversicherungen nicht den Zweck haben, bestehende Sorgfaltspflichten weniger ernst zu nehmen, weil man sich finanziell abgesichert glaubt, sollten die Mitglieder des Aufsichtsrats ihr Abstimmungsverhalten ohnehin nicht davon abhängig machen, ob insoweit ein Versicherungsschutz besteht. Dies gilt umso mehr, falls die von der Deutschen Bahn AG für die Aufsichtsratsmitglieder abgeschlossenen Haftpflichtversicherungen weiterhin keinen angemessenen Selbstbehalt vorsehen.

²⁷ Zum Vorsatzausschluss in der D&O-Versicherung siehe Seitz, VersR 2007, 1476.

²⁸ BGH, Urteil vom 15.12.1970, Az.: VI ZR 97/69, NJW 1971, 459; Prölts/Martin, VVG, 28. Auflage 2010, § 103 Rn. 5.

Der Public Corporate Governance Kodex des Bundes (PCGK)²⁹ sieht vor, dass beim Abschluss von Versicherungen für die Mitglieder von Überwachungsorganen ein angemessener Selbstbehalt vereinbart werden soll.³⁰ In der Entsprechenserklärung der Deutschen Bahn AG vom 29.03.2012 heißt es hierzu: „Die von der DB AG für die Aufsichtsratsmitglieder der Konzernunternehmen abgeschlossene D&O-Versicherung enthielt im Geschäftsjahr 2011 abweichend von der Empfehlung der Ziffer 3.3.2 PCGK keinen Selbstbehalt. Die Einführung eines angemessenen Selbstbezalts ist unverändert beabsichtigt. Der Willensbildungsprozess über die Ausgestaltung eines angemessenen Selbstbezalts ist im Jahr 2011 noch nicht abgeschlossen worden. Im Jahr 2012 wird über die Vereinbarung eines angemessenen Selbstbezalts für die Mitglieder des Aufsichtsrats entschieden werden.“³¹

Ein angemessener Selbstbehalt hat u.a. die Funktion, das Interesse des Versicherungsnehmers an der Schadensverhütung zu erhöhen.³² Fehlt - entgegen der Kodexempfehlungen und entgegen der besagten Ankündigung der Deutschen Bahn AG - die „verhaltenssteuernde Wirkung“³³ eines Selbstbezalts, so ist zu erwarten, dass der Versicherer umso genauer prüfen wird, ob der Risikoausschluss des bedingten Vorsatzes vorliegt.

Im Übrigen sollten sich die Mitglieder des Aufsichtsrats bewusst sein, dass ihre Haftpflichtversicherungen sicher nicht das Risiko abdecken, wegen Untreue strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden.³⁴

²⁹ Public Corporate Governance Kodex des Bundes (PCGK), im Internet abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegen/Public_Corporate_Governance_Kodex/unternehmensfuehrung-in-oeffentlichen-unternehmen-anlage.pdf (dort Ziffer 3.3.2).

³⁰ Siehe entsprechend den Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK), im Internet abrufbar unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html> (dort Ziffer 3.8 Abs. 3).

³¹ Deutsche Bahn AG, Corporate-Governance-Entsprechenserklärung vom 29.03.2012, im Internet abrufbar unter <http://www.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/cg/entsprechenserklaerung.html>

³² Dreher/Görner, ZIP 2003, 2321, 2322.

³³ Dreher/Görner, ZIP 2003, 2321, 2323.

³⁴ „Es ist ein stark steigendes Risiko für Entscheidungsträger zu konstatieren.“ (Beukelmann, Untreuestrafbarkeit und unternehmerisches Ermessen, NJW-Spezial 2012, Heft 18, S. 568).

Schlussbemerkung

Für die anstehende und allein vernünftige Beendigung des Projekts ist der erste Schritt bereits getan. Gemäß Pressemitteilung der Deutschen Bahn AG vom 12.12.2012³⁵ hat der Aufsichtsrat den Vorstand aufgefordert, die Interessen der Deutschen Bahn AG zu sichern und diese mittels der Sprechklausel durchzusetzen. Im wohlverstandenen Interesse der Deutschen Bahn AG kann das nur bedeuten, mit den Projektpartnern die einvernehmliche Beendigung des Projekts zu besprechen. Angesichts der eingestandenen Finanzierungslücke und der erheblichen Fortsetzungsrisiken ist Weiterwurschteln keine realistische Alternative. An die Stelle der vertraglichen Ausführungsverpflichtung ist die Pflicht aller Projektbeteiligten getreten, weitere Schäden zu vermeiden.

Esslingen, den 5. Januar 2013

Arne Maier
Rechtsanwalt

RA Arne Maier
Am Kronenhof 2, 73728 Esslingen
Tel. 0711 / 39 66 405
Fax 0711 / 35 79 41
E-Mail: info@rechtsrat.ws

³⁵ Deutsche Bahn AG, Pressemitteilung vom 12.12.2012, im Internet abrufbar unter http://www.deutschebahn.com/de/presse/presseinformationen/pi_k/3183652/h20121212_.html