

**Professor Dr. Felix Herzog**

**Lehrstuhl für Strafrecht einschließlich Grundlagen  
und Nebengebiete, Strafverfahrensrecht und Rechtsphilosophie  
FB 6: Rechtswissenschaft – Universität Bremen**

### **Fachgutachterliche Stellungnahme**

Von den Initiatoren einer Strafanzeige - gegen Herrn Dr. Rüdiger Grube als Vorstandsvorsitzender der Deutschen Bahn AG und andere in Verantwortung für das Projekt „Stuttgart 21“ stehende Personen - habe ich über Herrn RA Dr. Eisenhart von Loeper den Auftrag angenommen, zu der Strafanzeige und den zurückweisenden Schriftsätzen der StA bzw. GStA Berlin eine unabhängige fachgutachterliche Stellungnahme abzugeben.

#### **I**

Grundsätzlich ist zunächst folgendes anzumerken: Zwar besteht keine Bürgerpflicht, den Ermittlungsbehörden den Verdacht anzuzeigen, dass eine Straftat begangen worden ist. Es ist aber ein gutes Bürgerrecht, den Verdacht einer Straftat bei den Ermittlungsbehörden zur Anzeige zu bringen, damit der dadurch erhobene Vorwurf eines sozialwidrigen Verhaltens von den dafür verantwortlichen staatlichen Organen aufgeklärt werden kann. Gemäß § 160 I StPO müssen die Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich jeder Anzeige nachgehen. In Fällen von skeptisch beurteilten, aber nicht gänzlich haltlosen Anzeigen, wird die Staatsanwaltschaft Vorermittlungen durchführen, um darüber entscheiden zu können, ob das normale Ermittlungsverfahren zu eröffnen ist (Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 39 Rn. 18). Liegt ein sogenannter Anfangsverdacht vor, d.h. besteht ein durch konkrete Tatsachen belegter, in kriminalistischer Erfahrung begründeter Anhalt für strafbare Handlungen, dann besteht aus dem Legalitätsprinzip (§ 152 StPO) die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, die Ermittlungen aufzunehmen. Das Legalitätsprinzip streitet aus seiner Tradition für die Bürgerrechte, indem es sicherstellen soll, dass „die als Teil der Exekutive [der Staatsmacht, F.H.] untergeordnete Staatsanwaltschaft jede Straftat ohne Ansehen der Person“, ohne Rücksicht auf Regierungsinteressen und einzig dem Gedanken der Bestrafung der Übertretung des Strafgesetzes verpflichtet verfolgen soll (vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 14 Rn. 2).

In einer komplexer werdenden Welt, in der sich politische und wirtschaftliche Entscheidungen immer stärker miteinander verstricken und sich bei Großprojekten wie etwa „Stuttgart 21“ oder dem Flughafen Berlin-Brandenburg in schwer zu durchschauenden Entscheidungsstrukturen schleichend Kostenexplosionen entwickeln, die dem Bürger die Frage nahelegen, ob es dabei noch mit rechten Dingen zugeht und ob (noch dazu in schwer durchschaubaren komplexen Strukturen von Privatisierung, Public-Private-Partnership und entsprechenden wirtschaftlichen und vertraglichen Gestaltungen) nicht öffentliche Mittel verschwendet und Aufgaben der Daseinsvorsorge vernachlässigt werden, kommt der Staatsanwaltschaft die Aufgabe zu, diesen berechtigten Sorgen von Bürgern nachzugehen.

Wie zahlreiche Entscheidungen der Gerichte und auch von der StA Berlin geführte Ermittlungsverfahren aus den letzten Jahrzehnten zeigen, ist es nämlich keineswegs

abwegig, in derartigen Strukturen und bei derartigen Großprojekten Handlungsweisen der Beteiligten zu vermuten, die sich als strafbarer Missbrauch ihrer vermögensbezogenen Pflichten und Kompetenzen und damit als mögliche strafbare Untreue i.S. von § 266 StGB darstellen.

Im Falle des Großprojekts „Stuttgart 21“ sind in den Medien und durch die Bürgerinitiativen vor Ort sowie durch das Schlichtungsverfahren unter Leitung von Herrn Dr. Geißler derartig viele Ungereimtheiten im Hinblick auf Entscheidungsgrundlagen, Entscheidungsprozesse und die dann getroffenen Entscheidungen zum Vorschein gekommen, dass es nachgerade schwer verständlich ist, dass die Staatsanwaltschaft nicht bereits aus eigener Kenntnisnahme dieser Informationen zumindest Vorermittlungen eingeleitet hat.

Die tatsächlichen Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten der Projektbeteiligten, wie sie in der Strafanzeige vom 25. März 2013 sowie in den Nachträgen zu dieser Anzeige vorgetragen werden sollen zunächst (II) noch einmal kurz und ausgewählt vorgestellt werden.

Sodann (III) werden die von der StA/GStA Berlin in ihren Bescheiden vom 3. Mai 2013 und 30. Oktober 2013 vorgetragenen Gründe für die Nichtaufnahme von Ermittlungen kritisch gewürdigt.

Schließlich wird (IV) abschließend gewürdigt, warum die von den Anzeigerstattem vorgetragenen konkreten Tatsachen entgegen der Auffassung der StA/GenStA sehr wohl nach kriminalistischer Erfahrung jedenfalls den Anfangsverdacht begründen, dass es im Zusammenhang mit dem Projekt „Stuttgart 21“ zu wirtschaftskriminellen Verhaltensweisen gekommen sein kann, die einer weiteren Aufklärung bedürfen.

## II

Wie in der Strafanzeige vom 25. März 2013 mit Belegen dargelegt, war es bereits im Jahre 2009 in den mit dem Projekt „Stuttgart 21“ betrauten Gremien der Deutschen Bahn AG bekannt, dass es zu einer – von derartigen Großprojekten allzu bekannten – Kostenexplosion kommen würde. Der im sog. Finanzierungsvertrag festgelegte Kostenrahmen war in einem Umfang von ca. 350 Millionen Euro überschritten, ein sog. Risikopuffer für Kostensteigerungen aufgebraucht. Über diese Kostenexplosion wurde keine Transparenz hergestellt, sondern sie wurde im Gegenteil verschleiert.

In den Jahren 2012/13 war dies jedoch nicht mehr durchzuhalten. Schließlich wurde der Aufsichtsrat der Deutschen Bahn AG im Dezember 2012 darüber unterrichtet, dass die geplante Kostenobergrenze von ehemals 4,526 Mrd. Euro um bis zu 2,3 Mrd. Euro überschritten sei. Dieser Vorgang wurde freilich – wie in der Anzeige mit zahlreichen Medienberichten belegt – vor dem Hintergrund politischer Einflussnahmen „unter dem Deckel“ gehalten.

Im März 2013 ist es sodann auf Vorstandsvorlage zu einer Entscheidung des Aufsichtsrates der Deutschen Bahn AG gekommen, in dem die „Kostenexplosion“ um 2 Mrd. Euro zustimmend zur Kenntnis genommen worden ist.

Nach dem Gutachten einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (PwC) bestand freilich zu diesem Zeitpunkt bereits eine Kostenüberschreitung in Höhe von 2,3 Mrd. Euro.

Mit weiteren tragfähigen Belegen stellen die Anzeigerstatter dar, dass auch damit noch nicht das Ende der „Kostenexplosion“ erreicht ist; nach seriösen in der Anzeige zitierten Quellen wird mit Kosten von über 10 Mrd Euro für das Projekt „Stuttgart 21“ zu rechnen sein.

Als weiterer tatsächlicher Anhaltspunkt für ein wirtschaftskriminelles Geschehen ist der in der Anzeige ausgeführte Umstand zu benennen, dass gegen die Forderung nach einem Ausstieg aus dem kostenexplodierenden Projekt der Einwand erhoben worden ist, dass sodann Ausstiegskosten in Höhe von 2 Mrd. Euro anfallen würden, was den Ausstieg unwirtschaftlicher als den Weiterbau gestalten würde. Nach in der Anzeige dokumentierten seriösen Berechnungen würden sich die Ausstiegskosten in Wahrheit aber nur auf ca. 400 Mio. Euro belaufen.

Von ähnlicher Struktur ist die durch die Anzeige dokumentierte Vorgehensweise der verantwortlichen Personen, durch schöngerechnete Einsparpotentiale bereits bevorstehende Kostenexplosionen zu verschleiern.

Ebenso bedeutsam für die Würdigung des Geschehens ist, dass sich die verantwortlichen Personen bei ihrer Vorgehensweise über finanzierungsvertragliche Bindungen und über den finanzverfassungsrechtlichen Rahmen ihres Handelns – wie in der Anzeige dokumentiert wird – keine (folgenreichen) Gedanken gemacht, sondern stattdessen eine Informationspolitik betrieben haben, die diese Zusammenhänge in den Hintergrund drängte.

Auch wenn es eher einem Missverständnis der Tatbestandsstruktur des Betrugstatbestandes (§ 263 StGB) geschuldet ist, so ist der Vortrag der Anzeigerstatter zu Handlungen der verantwortlichen Personen, die sich als Unterdrückung wahrer Tatsachen darstellen, doch im Hinblick auf tatsächliche Anhaltspunkte für ein wirtschaftskriminelles Geschehen aufschlussreich, da dies dafür spricht, dass deren Vorlagen und Entscheidungen bei transparenter Information nicht zustimmungsfähig gewesen wären.

### III

Völlig zu Recht hebt die StA Berlin in ihrem Bescheid vom 3. Mai 2013 hervor, dass Ermittlungen nur dann aufgenommen werden dürfen (aber auch aufgenommen werden müssen [!]), wenn tatsächliche Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten vorliegen, bloße Vermutungen und Möglichkeiten reichten nicht aus. Da die StA Berlin das Verfahren gemäß § 170 II StPO eingestellt hat, legt dies nahe, dass sie die in der Anzeige vorgetragenen und gewürdigten Fakten entsprechend qualifiziert hat.

Zustimmung verdient der Hinweis der StA, dass im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit gemäß § 263 StGB keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vorgetragen worden sind. Die StA hebt richtig hervor, dass für den Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt ersichtlich sein müsste, durch welche täuschende Handlung welche irrtumsbefangene Vermögensverfügung vorgenommen wurde und welcher Vermögensschaden sich in welchem Vermögensvorteil spiegelte. Dies ist auch nach meiner Auffassung nicht hinreichend dargelegt. Die Anzeigerstatter haben sich hier ersichtlich von ihrer Empörung über all den „Lug und Trug“ im Zusammenhang mit dem Projekt „Stuttgart 21“ leiten lassen und mehr ein emotionales, als ein streng juristisches Verständnis des Betrugstatbestandes angelegt.

Nicht bestritten wird von der StA Berlin, dass den Beschuldigten Dr. Grube und Dr. Kefer als Vorstandsmitgliedern eine Vermögensbetreuungspflicht dem Vermögen der Deutschen Bahn AG gegenüber oblag. Hier wäre freilich auch näher auf die besondere Gestalt einer solchen Vermögensbetreuungspflicht in einem privatisierten Staatsunternehmen mit weitreichenden Bindungen der Daseinsvorsorge, einem hohen Maß an politischer Einflussnahme und Verantwortung und finanzverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einzugehen.

Wenig nachvollziehbar ist dann, wenn die StA Berlin „schnurstracks“ auf den subjektiven Tatbestand der Untreue zusteuert und feststellt, es fehle jedenfalls an hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für eine *vorsätzliche* Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Der Vorsatz als subjektive Seite eines Tatbestandes umfasst nach allgemeiner Auffassung kognitiv die Kenntnis der Tatbestandsmerkmale und voluntativ den Willen zur Tatbestandsverwirklichung (Fischer, StGB, § 15 Rn. 4). Methodisch geht man gemeinhin so vor, dass sich aus dem objektiven Tatgeschehen Indikatoren dafür ergeben, welche Kenntnisse der Täter von der Natur seiner Handlungen hatte, und dass sich daraus wiederum Indikatoren für seine Willensbeziehung ergeben. Im Bereich des bedingten Vorsatzes erlangt dieses Indikatorenmodell eine besondere Bedeutung, weil hier der Täter nicht unbedingt nach einer Verwirklichung des Tatbestandes strebt, sich aber damit abfindet, dass die Dinge nun einmal so laufen (vgl. Fischer, StGB, § 15 Rn. 9ff.). Im Hinblick auf das oben im Objektiven dargestellte Geschehen wird man sich nach kriminalistischer Erfahrung gut vorstellen können, dass die Beschuldigten zwar nicht mit dem direkten Vorsatz handelten, das Vermögen der Deutschen Bahn AG zu schädigen, aber bei ihrem Vorgehen billigend in Kauf nahmen (*dolus eventualis*), dass dies so geschehen würde. Dies kann man jedoch erst dann genauer beurteilen, wenn man den objektiven Tatbestand weiter ermittelt hat. Der Einwand der StA überzeugt also nicht, weil man für eine Beurteilung des subjektiven Tatbestandes den „Spiegel“ des objektiven Tatbestandes braucht.

Weiters wird in der Stellungnahme der StA ausgeführt, dass sich die Beschuldigten auch im Rahmen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums bewegt und die Grenze zur Verschwendung von Vermögenswerten der Gesellschaft nicht überschritten hätten. Diese Würdigung erfolgt, ohne dass hinreichend auf das nähere Geschehen einer Kostenexplosion im Milliardenbereich und die besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen der unternehmerischen Freiheiten bei einem privatisierten Staatsunternehmen, deren alleiniger Anteilseigner die Bundesrepublik Deutschland ist, eingegangen wird. Nicht nur die Regelungen des AktG sind insofern für den Rahmen unternehmerischer Entscheidungen maßgeblich, sondern zu beachten sind auch die infrastrukturell-daseinsvorsorglichen Regelungen des öffentlichen Eisenbahnrechts und der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Haushaltsrechts (vgl. Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht,

Bd. 3, S. 163). Alles dies kommt nicht zur Geltung, wenn von der StA die Formeln der aktienrechtlichen Kommentarliteratur über das „weite unternehmerische Ermessen“ zitiert werden, die für „junge“ startup-Unternehmen wie *Zalando* gelten, nicht aber für ein Unternehmen mit Aufträgen in der Mobilitätsvorsorge, Infrastruktursicherung und Regionalpolitik.

Lehrbuchartig korrekt, aber leider weitgehend an der Sache vorbei sind auch die Ausführungen zu einem möglichen Schaden der Deutschen Bahn AG. Die StA legt Schritt für Schritt dar, wie ein Schaden zu ermitteln ist (Gesamtsaldierung); dass die Ausdehnung des Schadensbegriffs auf Vermögensgefährdungen restriktiv zu betrachten ist; und dass das BVerfG entsprechend judiziert hat (BVerfG NJW 2009, 2370 [2372]) und für vermögensgefährdende Handlungen eine hohe Intensität der Gefahrensituation verlangt. Lapidar stellt die StA im Ergebnis fest, dass man noch nichts über einen Schaden durch die Kostenexplosion von „Stuttgart 21“ wisse und insofern auch nicht feststellen könne, ob eine hinreichend schadensnahe Gefahrensituation gegeben sei. Das vermag nicht zu überzeugen. Tatsächlich können in diesem Fall nicht bloß objektiv die durch die Ausgaben erlangten „Gebäude, Gleise etc.“ den Ausgaben entgegengestellt werden. Vielmehr ist entsprechend der Maßstäbe des persönlichen Schadenseinschlags (grundlegend BGHSt 16, 321 [Melkmaschine]) danach zu fragen, ob das Vermögen durch eine gigantische Fehlinvestition geschädigt worden ist, weil die entsprechenden Investitionen etwa lawinenartig zu weiteren Investitionen führen oder den angestrebten Betrieb überhaupt nicht ermöglichen konnten (zu den Fallgruppen Fischer, StGB, § 263 Rn. 147). Erst jüngst hat die 1. Kammer des 2. Senats des BVerfG die Bedeutung des individuellen Schadenseinschlags für eine Konkretisierung des Schadensbegriffs in § 266 StGB hervorgehoben (vgl. Kammerbeschuß BVerfG vom 1.11.2012 – 2 BvR 1235/11, Rz. 24 = [https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20121101\\_2bvr123511.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20121101_2bvr123511.html)).

Ebenfalls eher formelhaft sind die Ausführungen darüber, dass keine Tatsachen ersichtlich seien, die auf einen Schädigungsvorsatz schließen lassen. Auch hier gilt das oben Gesagte, dass solche Aussagen natürlich auf dünnen Beinen stehen, wenn man überhaupt keine Ermittlungen zu den objektiven Geschehensabläufen anstellt.

Wenig überzeugend ist es auch, wenn schlicht behauptet wird, die Beschuldigten hätten nicht eigennützig gehandelt, was ein Indikator für den fehlenden Vorsatz sei. Mehr als naheliegend ist es, dass wirtschaftliches Fehlverhalten häufig von Fehlentscheidungen ausgelöst wird, in deren Konsequenz man den Verlust seiner Führungsposition und damit erheblicher Bezüge fürchtet. An dem Projekt „Stuttgart 21“ trotz der Kostenexplosion weiter festzuhalten und dies durch Desinformation zu befördern, kann nach kriminalistischer Erfahrung natürlich als Indikator für ein eigennütziges Verhalten angesehen werden.

In dem Bescheid der GStA Berlin vom 30. Oktober 2013 wird das Argument der StA Berlin erneut aufgegriffen, dass eine Klärung der Frage, „ob das Verhalten der Beschuldigten objektiv pflichtwidrig war, offen gelassen“ bleiben könne. Denn die Beschuldigten hätten jedenfalls keinen Untreuevorsatz gehabt. Diese argumentative Vorgehensweise überrascht erneut: Zwischen dem objektiven Unrechtstatbestand und dem Tatbestandsvorsatz gilt der Grundsatz der Kongruenz (vgl. nur Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 7 I 3). Für die strafrechtliche Gutachtenstechnik bedeutet dies, dass Aussagen zur subjektiven

Tatseite erst getroffen werden können, wenn der objektive Tatbestand geprüft ist. Die Vorgehensweise der beiden Bescheide der StA/GStA Berlin dagegen mutet ein wenig so an, als traue man den Beschuldigten einfach nicht zu, einen Vermögensschädigungsvorsatz zu haben, und kümmere sich schon deswegen nicht weiter um den objektiven Tatbestand. Für den Bereich der Wirtschaftskriminalität vor dem Hintergrund der Finanzmarktkrise hat mein verehrter akademischer Lehrer Wolfgang Naucke in seiner Studie „Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat“ (2012) auf die problematischen Strukturen einer derartigen Herangehensweise an Kapitalvernichtung im großen Stil aufmerksam gemacht – weil man sich gar nicht vorstellen mag, dass Kapitalvernichtung in einem solchen Umfang gewollt oder aber billigend in Kauf genommen wird, bleiben die Vorgänge schlichtweg unaufgeklärt und ohne die Feststellung strafrechtlicher Verantwortlichkeit offen. Auf Dauer muss eine solche Vorgehensweise die öffentlichen Vorurteile über die Tätigkeit der Ermittlungsbehörden – die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen – verstärken und zu Legitimationseinbußen des Kriminaljustizsystems führen.

Zutreffend ist dagegen der Hinweis der GStA Berlin, dass eine strafbare Untreue gegenüber dem Land Baden-Württemberg und dessen Partnern aus Rechtsgründen nicht in Betracht kommt; der Finanzierungsvertrag bietet in der Tat keine hinreichende Grundlage für die Begründung von Vermögensbetreuungspflichten.

Der in der Anzeige erhobene Vorwurf gegen die Beschuldigten Dr. Grube und Dr. Kefer, sie hätten sich eines Betruges strafbar gemacht, wird von der GStA Berlin wiederum mit der Feststellung, es habe jedenfalls an einer *vorsätzlichen* Täuschung gefehlt, abgewiesen. Dies bedarf keiner Kritik im obigen Sinne, da auch auf der objektiven Seite – wie von der StA Berlin richtig festgestellt – keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Strafbarkeit gemäß § 263 StGB bestehen.

#### IV

Zusammenfassend ist folgendes festzustellen:

Der Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) umfasst zwei Tatbestandsalternativen. Im Rahmen der sogenannten Missbrauchsalternative (§ 266 I 1. Alt. StGB) missbraucht der Täter eine ihm eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten; er überschreitet also im Rahmen seines rechtsverbindlich wirkenden Könnens die Grenzen des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis (vgl. nur Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, Rn. 753). Die sogenannte Treubruchsalternative (§ 266 I Alt. 2 StGB) knüpft dem Wortlaut nach an eine besondere Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen an. Deren Verletzung kann sowohl in einer rechtlichen als auch einer tatsächlichen Einwirkung auf das anvertraute Vermögen liegen. Eine Verletzung ist nur dann denkbar, wenn sich die Vermögensbetreuungspflichten auf eine besonders qualifizierte Pflichtenstellung zu dem betreuten Vermögen gründen (Fischer, StGB, § 266 Rn. 33).

Jenseits dieser Unterscheidung ist jedoch nach ganz überwiegender und richtiger Auffassung in der Literatur sowie der Rechtsprechung festzustellen, dass der Missbrauchstatbestand ein „ausgestanzter Spezialfall“ des umfassenderen Treubruchstatbestandes anzusehen ist, und

folglich der Missbrauchs- wie der Treubruchstatbestand der Untreue als konstituierendes Element des Untreueunrechts die Feststellung der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht voraussetzen (vgl. Fischer, StGB, § 266 Rn. 6a m.N. zur Rspr.).

An keiner Stelle der Einstellungsbescheide der StA/GenStA Berlin wird bestritten, dass jedenfalls den Beschuldigten Dr. Grube und Dr. Kefer als Mitgliedern des Vorstandes der Deutschen Bahn AG eine besonders exponierte Pflichtenstellung im Hinblick auf das von ihnen zu betreuende Vermögen der Deutschen Bahn AG zukam (vgl. nur Fischer, StGB, § 266 Rn. 77). Es wird auch nicht bestritten, dass die insoweit in der Anzeige angeführten Regelungen des AktG einschlägig sind. Indes wird die Regelung des § 93 II S. 2 (sog. Business Judgment Rule) offenbar anders als von den Anzeigeerstatlern verstanden. Unter Verweis auf aktienrechtliche Kommentarliteratur (Hüffer, AktG, § 93 Rn. 3 ff.; Hölter, Aktiengesetz, § 93 Rn. 29 ff.) wird ausgeführt, dass die Grenze zur Pflichtverletzung erst überschritten sei, „wenn durch das Verhalten des Vorstandmitglieds Vermögenswerte der Aktiengesellschaft verschwendet oder unvertretbare, insbesondere den Bestand der Gesellschaft drohende Risiken eingegangen werden“. Im Übrigen sei dem Vorstand „bei allen Fragen der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung ... ein weites unternehmerisches Ermessen“ eingeräumt. Dies trifft in dieser Allgemeinheit auf das allgemeine Wirtschaftsleben und beliebige Kapitalgesellschaften zu (vgl. Fischer, StGB, § 266 Rn. 66, 61: „In weiten Teilen des Wirtschaftslebens stellt das Eingehen von riskanten Geschäften sich nicht als Pflichtwidrigkeit dar“; Verletzung der „weit zu ziehenden äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit“). Hier wird es zwar aus konservativer Sicht befremdlich, aber unter den Bedingungen eines neuen Verständnisses von wirtschaftlicher Sorgfalt und Vernunft nachvollziehbar sein, dass große Mengen von Geld – wie es so schön heißt – „verbrannt“ werden dürfen, um eine mögliche Marktstellung zu erringen.

Indes verhält es sich bei dem Unternehmen Deutsche Bahn AG anders. Materiell betrachtet handelt es sich bei der Deutschen Bahn AG um einen öffentlichen Betrieb, der in einer privatrechtlichen Rechtsform firmiert. Die Privatisierung erfolgte mit der Absicht, die engen Grenzen des öffentlichen Haushalts- und Personalrechts zu überwinden, nach kaufmännischen Grundsätzen handeln zu können und zunächst in der Perspektive eines Börsengangs und einer Einbeziehung privater und institutioneller Anleger. Tatsächlich befinden sich aber die Aktien der Deutschen Bahn AG weiterhin zu 100 % im Besitz des Bundes. Die Geschäftsfelder der Deutschen Bahn AG sind nicht beliebig gestaltbar und veränderbar, sie kann keine beliebigen Investitionen in beliebigem Umfang tätigen, um sich „neu am Markt zu positionieren“ oder was es sonst für Motive in der Logik modernen unternehmerischen Handelns geben mag. Durch den gesetzlichen und politischen Rahmen ihrer Tätigkeit ist die Deutsche Bahn AG trotz ihrer privatrechtlichen Rechtsform nach wie vor an Aufgaben der staatlichen Daseinsvorsorge, an Vorgaben der Infrastruktur- und Regionalpolitik und an Prinzipien des Wirtschaftens gebunden, wie sie für die Ausgabe öffentlicher Gelder anzuwenden sind. Die Privatisierung kann insofern nicht bedeuten, dass die Deutsche Bahn aus ihrer gesellschaftlichen Aufgabe und Verantwortung entlassen wäre.

In der näheren Bestimmung der Grenzen der „unternehmerischen Entscheidungsfreiheit“ muss sich dies in einer analogen Anwendung der Regeln über die Vermögensbetreuungspflicht gegenüber öffentlichen Haushalten niederschlagen. Nach dem Vortrag der Anzeigeerstatler und auf Grundlage der umfangreichen Berichterstattung in Medien der letzten Jahre über das Projekt „Stuttgart 21“ erscheint es schwer

nachvollziehbar, eine derartige Kostenexplosion und deren systematische Verschleierung als einen Ausdruck „unternehmerischer Freiheit“ zu betrachten. Vielmehr drängt sich mit Blick auf die Kriterien des angemessenen Wirtschaftens mit öffentlichen Mitteln die Frage auf, ob nicht der *Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit* verletzt sein könnte.

Dieser Grundsatz gilt jedenfalls generell für die öffentliche Finanzwirtschaft ( vgl. dazu Wiesner, Öffentliche Finanzwirtschaft I, S. 83 ff.), ist aus den genannten Gründen analog auf die Deutsche Bahn AG zu übertragen und bedeutet das folgende:

*Wirtschaftlichkeit* bedeutet, dass bei allen Maßnahmen die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln anzustreben ist. Die günstigste Zweck-Mittel-Relation besteht darin, dass entweder ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Einsatz von Mitteln (Minimalprinzip) oder mit einem bestimmten Einsatz von Mitteln das bestmögliche Ergebnis (Maximalprinzip) erzielt wird. Das *Prinzip der Sparsamkeit* ist insofern im Wirtschaftlichkeitsprinzip enthalten, denn in der Bilanz ist die wirtschaftlichste Lösung immer zugleich die sparsamste (vgl. Ehlers/Fehling/Pünder, Besonders Verwaltungsrecht, Bd. 3., § 66 Rn. 155 ff.).

Dass sich auch die Deutsche Bahn AG letztlich an derartigen Überlegungen orientiert hat, zeigt der Umstand, dass offenbar immer wieder Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchgeführt worden sind. Dass erhebliche tatsächliche Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB vorliegen, zeigt sich wiederum daran, dass der Vorstand der Deutschen Bahn AG keine Transparenz über die Ergebnisse dieser Untersuchungen hergestellt, ja vielmehr die Kostenexplosion verschleiert hat.

Die Rechtsprechung verlangt allerdings gravierende Pflichtverletzungen, nicht jede wirtschaftlich objektiv ungünstige Entscheidung dürfe in einem strafrechtlichen Vorwurf münden, nur wenn die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit nach Art eines Hasardeurs in unverantwortlicher Weise überspannt werde, sei mit Sicherheit von einer strafrechtlich relevanten Pflichtverletzung auszugehen. Dabei dürfe aber (keine Verschleifung der Tatbestandsmerkmale) nicht sogleich von der Pflichtverletzung auf einen Vermögensschaden geschlossen werden. Vielmehr sei – bei öffentlichen Ausgaben unter Heranziehung der Lehre vom individuellen Schadenseinschlag – genau zu bestimmen, welche materiellen Schäden aus einer fehlgeleiteten „unternehmerischen Entscheidungsfreiheit“ unter Ignoranz für die wirtschaftliche Vernunft folgen (insgesamt zu den Kriterien und zur Entwicklung der Rspr. Fischer, StGB, § 266 Rn. 58 ff.).

Alle diese Gesichtspunkte liegen nach dem Vortrag der Anzeigerstatter nahe: Wenn eine derartig massive Kostenexplosion verschwiegen, verschleiert und vertuscht wird, so ist dies jedenfalls ein erhebliches Indiz dafür, dass die Entscheidungsträger von einem schlechten Gewissen geplagt waren, um die Fortführung des Projekts bangten und ihre verantwortlichen und gut dotierten Positionen in Gefahr sahen. Dass eine derartige Kostenexplosion für andere Aufgaben und Projekte der Deutschen Bahn AG nicht folgenlos bleiben kann, liegt auf der Hand – was in eine solches Projekt fließt, fehlt an anderer Stelle. Es wäre zu klären, wo genau das Geld, das in diesem Projekt „verbrannt“ wird, fehlt, welche Summen von Projektbeteiligten angesichts der Entwicklung nachgeschossen werden müssen, und welche Kreditaufnahmen bzw. Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten hierfür erforderlich sind. Unter Anlegen der Kriterien des individuellen Schadenseinschlags wäre zu



prüfen, ob Vermögenswerte in ein unbrauchbares Projekt geflossen und dadurch das Vermögen unnütz gebunden worden ist (vgl. Fischer, StGB, § 263 Rn. 146 ff.).

Es ist nach der hier vertretenen Ansicht die Pflicht der StA Berlin bei derartig gravierenden Vorwürfen, die in der öffentlichen Meinung in der Bundesrepublik Deutschland allgegenwärtig sind und – wie das Wort „Wutbürger“ zeigt – in der betroffenen Region zu massiven Protesten und einer Loyalitätskrise gegenüber der Politik geführt haben, für eine Aufklärung zu sorgen, ob es bei der Finanzierung des Projekts „Stuttgart 21“ zu strafrechtlich relevanten Vorgängen im Sinne einer Untreue (§ 266 StGB) gekommen ist. Aus dem Bescheid der StA Berlin vom 3. Mai 2013 ist schon durch die Datierung abzulesen, dass es nicht einmal zu Vorermittlungen gekommen sein kann, denn die Anzeige stammte vom 25. März 2013 und es ist nicht vorstellbar, dass derartige komplexe Vorwürfe, wie sie in der Anzeige erhoben worden sind, innerhalb eines Monats geprüft werden können.

Kein Geringerer als *Savigny* hat der Staatsanwaltschaft die Aufgabe eines „Wächters des Gesetzes“ zugewiesen (vgl. Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rn. 262 f.). Dieser Aufgabe sollte die StA Berlin in diesem Falle gerecht werden und ohne Ansehen der Person und ohne politische Rücksichten der Anzeige dreier hochangesehener Bürger (und Juristen) nachgehen, die aus guten Gründen und mit tragfähigen Beweismitteln zur Anzeige bringen, dass es im Zusammenhang mit dem Projekt „Stuttgart 21“ tatsächliche Anhaltspunkte dafür gibt, dass es zu strafbaren Handlungen gekommen ist.

Bremen, den 4. Oktober 2014

Professor Dr. Felix Herzog