

Generalstaatsanwaltschaft Berlin
Elbholzstr. 30 – 33
10781 Berlin

3.09.2015
loe -27/15-

162 AR 23/13

Beschwerde vom 14.08.2015 in der Ermittlungssache gegen Dr. Rüdiger Grube u.a. wegen Untreue

Ergänzend und zusammenfassend zu vorstehender Beschwerde führe ich im Hinblick auf die zentrale Frage der **billigenden Inkaufnahme geringerer Ausstiegskosten** und damit des der DB AG zugefügten Vermögensnachteils im Sinne des Tatbestands der Untreue noch aus:

I.

Vorbemerkung zum Verlauf der Sache

Der Strafrechtsexperte Professor Dr. Felix Herzog hatte in seiner Gutachterlichen Stellungnahme vom 4.10.2014 kritisiert, dass die Staatsanwaltschaft trotz des umfangreichen diesseitigen Tatsachenvortrags und der dafür bezeichneten Beweisangebote keine Ermittlungen hierzu aufgenommen hatte. Allerdings wird inzwischen nicht mehr darüber gestritten, dass die Beschuldigten den objektiven Tatbestand der Untreue erfüllt haben können. Denn in Zweifel steht allein, ob der Anfangsverdacht der Untreue deshalb zu verneinen ist, weil die Beschuldigten beim Beschluss über den Weiterbau von S 21 geringere Ausstiegskosten nicht zumindest billigend in Kauf genommen haben.

Die Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz hatte dem Gutachten von Prof. Herzog insbesondere entgegengehalten, es sei nicht hinreichend belegt, dass

- a) die massive Kostenexplosion „verschwiegen, verschleiert und vertuscht“ wurde - insoweit hat sie allerdings die diesseits vorgelegten Beweismittel speziell aus der Zeit seit 2009 nicht einbezogen;

- b) die Berliner Strafverfolgungsbehörden ihren Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum nicht in „vertretbarer Weise“ ausgefüllt hätten.

Auf die Sach- und Rechtslage ist daher im Zusammenhang ergänzend und vertiefend einzugehen.

II.

Zur Vergewisserung über die rechtlichen Maßstäbe ist festzustellen:

Die Staatsanwaltschaft ist verantwortlich für die Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit, Gründlichkeit und Zuverlässigkeit des Ermittlungsverfahrens (BGH NJW 2009, 2612). Das Legalitätsprinzip des § 152 StPO bedeutet Verfolgungszwang, und zwar gegen jeden Verdächtigen (BVerfG NStZ 1982, 430).

Bemerkenswert hat das OLG Karlsruhe am 5.08.2014, 3 Ws 285/13, 8 Zs 1379/13 GenStA Karlsruhe 22 Zs 1775/12 GenStA Stuttgart beim Verdacht des Mordes auf Antrag nach § 172 Abs. 2 StPO Einstellungsverfügungen der StA aufgehoben und auf Seite 4 erklärt: „Unterstellungen zugunsten des Angeklagten erfordern reale Anknüpfungspunkte“.

Beim Tatvorwurf der Untreue unterstellt die StA Berlin jedoch den Tatverdächtigen, sie hätten Vermögensnachteile zu Lasten der Bahn bei ihrem Abstimmungsverhalten im Bahn-Aufsichtsrat nicht billigend in Kauf genommen, obwohl es dafür keine realen Anknüpfungspunkte gibt und obwohl der Sachverhalt insoweit nicht erforscht wurde.

Der Anfangsverdacht muss in konkreten Tatsachen bestehen. Die Frage, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, ist keine Ermessensentscheidung, wengleich ein gewisser Beurteilungsspielraum besteht (BGH NJW 70,1543, vgl. auch BVerfG 84, 1451). Der Anfangsverdacht muss es nach den kriminalistischen Erfahrungen als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt (BGH Urt. v. 21.04.1988, III ZR 255/86; OLG Dresden, Urt. v. 21.02.2001, 6 U 2233/00, OLG Düsseldorf, Urt.v. 27.04.2005, I-15 U 98/03, 15 U 98/03, Rn 62, zitiert nach juris).

Diese Voraussetzungen sind nach der Strafanzeige vom 25.03.2013, vorbehaltlich der Antwort auf die eingangs zitierten Einwände der Senatsverwaltung, zu bejahen. Die tatsächlichen Anhaltspunkte dafür haben sich mit der Anzeige vom 29.06.2015 wesentlich verstärkt. Die Frage, ob dennoch die Verneinung des Anfangsverdachts „vertretbar“ ist, soll sinnvoll abschließend unter Einbeziehung der neueren Fakten beurteilt werden.

III.

Sachlage nach der Strafanzeige vom 25.03.2013

Der Bahnvorstand behauptete, die Fortführung von S 21 sei um 77 Mio. Euro billiger als der Weiterbau (StZ 26.02.2013, S. 20, vgl. Erstanzeige S. 11 Ziffer 4). Darauf ist ausschließlich anhand objektiv feststellbarer Fakten einzugehen, die bei der Entscheidung des Aufsichtsrats der DB AG bekannt waren, die also außerhalb unternehmerischer Spielräume der freien Einschätzung i.S. der „business judgement rule“ (§ 93 II S. 2 AktG) liegen. Beispielhaft für das Wissen und die Inkaufnahme zumindest der Staatssekretäre und Bahnvorstände um geringere Ausstiegskosten sind:

- (1) Nach dem vorliegenden Dossier des BMVBS S. 8 ist - somit von den Staatssekretären gewusst, gebilligt und mitgeteilt - mit einer Inbetriebnahme von S 21 erst 2024 zu rechnen mit der unweigerlichen Folge der Kostensteigerungen – was mit dem Weiterbau-Beschluss zu S 21 in Kauf genommen wurde: da die Stadt Stuttgart nur bis Jahresende 2021 auf vertraglich vereinbarte Zinsen verzichtet hat, drei Jahre Zinsentschädigung je 21,2 Mio. € = 63,6 Mio € plus Preissteigerungen - so DB-Vorstand- von 2 % 110 Mio. € - der DB – Projektsprecher W. Dietrich schätzte sogar die Jahres-Mehrkosten einer Verzögerung von S 21 auf 100 Mio. € (vgl. StN vom 13.06.2014, letzter Absatz). Beträchtliche Kostenfolgen der Projektverzögerung waren den Beschuldigten jedenfalls bekannt.
- (2) Die Ausstiegskostenkalkulation der Bahn von zwei Milliarden € enthielt eine Zahllast an die Stadt von 795 Mio. € - das war um „bis zu 123,5 Mio. €“ überhöht wegen schon ausgeführter Verkäufe, wie OB Fritz Kuhn dem Aufsichtsrat rechtzeitig mitteilte zu dessen Sitzung am 5.03.2013 (Anzeige S. 8 f.). Nicht beachtet blieb auch, dass die Kostenerstattung insgesamt daran scheitern muss, dass 795 Mio. € „Sowieso-Kosten“ sind, die auch bei Projektfortführung anfallen, weil die Halbierung der Bahngleise durch S 21 von 17 auf nur 8 zum Erhalt des Kopfbahnhofs zwingt.
- (3) Vom Bahnvorstand selbst verschuldete Mehrkosten von S 21 betragen nach eigenem Bahn-Geständnis mindestens 1,1 Milliarden Euro.

Beweis: Auszug aus der im Internet abrufbaren Mitteilung der DB AG vom 12.12.2012 zur „Kalkulationsdifferenz“ als Anlage Diese gewaltige „Differenz“, verglichen mit dem Kostenstand 2009, enthielt 510 Mio. € „notwendige, nicht budgetierte Leistungen“ und 490 Mio. € „nicht realisierbare Planansätze (Einsparpotentiale)“ und waren damit bahnseits verschuldet.

Nach dem Dossier des BMVBS (und BGHZ 135, 244) hätten sie als Schadensersatzansprüche gegenüber den Verantwortlichen verortet und der Höhe nach ermittelt werden müssen. Das hätte die Ausstiegskosten, eventuell auch mithilfe einer Haftpflichtversicherung, beträchtlich mindern können.

Allerdings kann auch eine eigene Haftung der Aufsichtsräte zum Zuge kommen, weil sie jedenfalls seit 2009 über eine massive Kostenexplosion informiert waren, die sie zusammen mit dem Bahn-Vorstand seither verschleierten, was der Senatsverwaltung beim Bescheid vom 11.12.2012 entgangen ist:

So hat das ARD-Magazin Monitor am 21.02. 2013 unter Bezugnahme auf ein sogar im Auftrag des Bahn-Aufsichtsrats erstellte Gutachten publiziert, dass die Kostensteigerung auf 4,9 Milliarden Euro schon 2009 „implizit Beschlussgegenstand in den Gremien des DB Konzerns war“.

Beweis: ARD-Monitor-Bericht als Anlage (bereits mit der Erstanzeige vorgelegt)

Diese Aussage wird zusätzlich untermauert durch das neu vorgelegte PwC-Gutachten des Aufsichtsrats (siehe dort Nr. 153 bis 156) und durch den Sachstandsbericht der DB AG an seinen Aufsichtsrat vom 10.12.2009 (Seite 5), wobei jener Bericht „Einsparpotentiale“ und „ohne vertiefte Planung Optimierungschancen“ von 891 Mio. € bezeichnet, die sich als selbst verschuldet illusorisch erwiesen.

Damit ist der von der Senatsverwaltung als Aufsichtsbehörde gewünschte Beleg erbracht, dass die Aufsichtsräte der DB AG seit 2009 die Kostensituation bei S 21 verschleiern haben. Das konnte – damals noch vor dem Baubeginn des Projekts S 21 – sehr schädliche Folgen für die DB AG auslösen. Die damit nach dem Geständnis der DB AG jahrelang bereits fehlende Verantwortlichkeit der Beschuldigten spricht nach kriminalistischer Erfahrung dafür, dass es ihnen zuzutrauen ist, bei der Weiterbau-Entscheidung zu S 21 Vermögensnachteile

der DB AG infolge geringerer Ausstiegskosten in Kauf genommen zu haben.

- (4) Die Bahnberechnung unterstellt bei Ausstieg 30 % Restobligo aus bestehenden Verträgen in Höhe von 548 Mio. €, obwohl diese Behauptung drastisch von gesetzlich vermuteten 5 % (§ 649 S. 3 BGB) abweicht. Bei 5 % = 91 Mio. € beliefe sich die Differenz auf 457 Mio. €. Diese Position nicht aufzuklären, ist unhaltbar und nimmt die Schädigung der DB AG in Kauf.
- (5) Im Dossier des BMVBS für den Workshop der Staatssekretäre vom 5.02.13 wird folgerichtig betont, die von der DB AG bezifferten **Ausstiegskosten von zwei Mrd. € seien „nicht belastbar“** : geringere Ausstiegskosten folgten nicht erst aus der Summe, sondern aus jeder der vier vorbezeichneten Positionen. Dies alles und die Forderung nach Infragestellung des Projekts **kennzeichnet eindeutig das Wissen von geringeren Ausstiegskosten von S 21.** Da die Tatverdächtigen die eigenen Forderungen fallen ließen, war dies allein der politischen Direktive geschuldet, um geringere Ausstiegskosten trotz des Vermögensnachteils der DB AG in Kauf zu nehmen
- (6) Eine billigende Inkaufnahme geringerer Ausstiegskosten im Vergleich zu Fortführungskosten folgt auch daraus, dass diese Frage pflichtwidrig (obwohl im Dossier des BMVBS so gefordert) nicht durch externe Sachverständige überprüft, sondern die Behauptung des Bahn-Vorstands von höheren Ausstiegskosten „blind“ hingenommen wurde – siehe die Aussagen des PwC- „Plausibilitätsgutachtens“ – wonach die Angaben der DB AG nur auf Plausibilität hin eingeschätzt und auf dieser Basis ohne Wahrheitsprüfung entschieden wurde, nachdem die BReg. es drei Wochen vor der AR-Sitzung so verlangt hatte.
- (7) Der Aufsichtsrat der DB AG war verpflichtet, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern der AG eigenverantwortlich zu prüfen (BGHZ 135, 244). Da er dies trotz entsprechender Hinweise im Dossier des BMVBS unterlassen hat, kann er auch deshalb nicht von Ermittlungsverfahren verschont bleiben. Auch musste jedes Aufsichtsratsmitglied wegen der besonderen Bedeutung der

Entscheidung „den relevanten Sachverhalt erfassen und sich ein eigenes Urteil bilden, dies erfasst regelmäßig eine eigene Risikoanalyse“ (OLG Stuttgart, ZIP 2012, 625, bestätigt vom BGH, ZIP 2012, 2438). Auch dieser Maßstab wurde nach dem Bericht der Wirtschaftswoche vom 18.03.2013 („Anruf beim Minister“) in krassem Maße verletzt.

IV..

Billigende Inkaufnahme geringerer Ausstiegskosten nach neuer Strafanzeige vom 29.06.2015

- (1) Staatssekretär Odenwald will laut BKA-Vermerk vom 9.01.13 die Akzeptanz der Infragestellung von S 21 durch BReg. eruieren – „Aufseher fragt nach Erlaubnis“ (StZ vom 3.07.15) – angesichts der illegal nicht am Unternehmenswohl der DB AG, sondern macht- und parteipolitisch motivierten Einflussnahme, hat der Tatverdächtige Odenwald damit einen illegalen Einfluss zugelassen und als Erster auch umgesetzt (Bericht Wirtschaftswoche vom 18.03.2013).
- (2) Im Kanzleramt gab es nach dessen vorliegenden Vermerken den klaren politischen Vorrang für den Weiterbau von S 21, weil „BKin sich explizit dazu bekannt hat“, sich daran erweisen müsse, „inwieweit in D weiterhin große Infrastrukturvorhaben umgesetzt werden können“ und das „eindeutige Votum der Volksabstimmung“ berücksichtigt werden müsse – womit die allein gebotene rechtliche Orientierung am Unternehmenswohl (BGHZ 135, 244, 253 f.) eindeutig unterlassen wurde.
- (3) Der Gesprächsvermerk des BKA an die Kanzlerin vom 5.02.2013 hat eindeutig (siehe neue Anzeige S. 8 Ziffer 6) und dramatisch signalisiert, dass die Fortführung des Projekts infolge der Aktivität der Staatssekretäre laut Dossier des BMVBS im Bahn-Aufsichtsrat zu scheitern schien. So heißt es, der Aufsichtsrat **„hat der Erhöhung des Kostenrahmens noch nicht zugestimmt“** und zur zusätzlichen Überprüfung der Kalkulationen der DB AG durch externe Sachverständige sei **„ein Katalog von 130 Fragen auch zu einem möglichen Projektabbruch, daraus**

resultierenden Folgen und Kosten sowie möglichen Projektalternativen entwickelt worden“.

Die Kanzlerin, ihr Kanzleramtschef Pofalla und weitere politische Prominenz – Finanzminister Schäuble, Verkehrsminister Ramsauer, Wirtschaftsminister Rösler (genau in Entsprechung zu den drei Staatssekretären im Aufsichtsrat) sowie Unionsfraktionschef Kauder haben daraufhin , wie jetzt unstrittig ist, alle ihnen möglichen Register gezogen, um dem entgegenzusteuern.

- (4) Insgesamt ist durch die die fünf Vermerke des Kanzleramts und den Schriftsatz seiner Rechtsanwälte vom 2.06.2015 i – wie mit der neuen Strafanzeige Seite 5 bis 13 genau untermauert – **als feststehend zu erachten, dass die Staatssekretäre der Bundesregierung wegen der AR-Sitzung vom 5.03.2013 unter enormem politischen Druck standen, für den Weiterbau von S 21 abzustimmen.** Sie mussten all ihr Wissen, ihre 130 Fragen und Positionen „vergessen“ und den Vermögensnachteil zu Lasten der DB AG billigend in Kauf nehmen, wollten sie ihre politische Zukunft nicht gefährden.
- (5) **Jede Abweichung von dem massiven Verlangen auf Weiterbau von S 21 hätte bei den drei Staatssekretären im Aufsichtsrat zweifellos einschneidende Folgen gehabt.** Die Kanzlerin achtet sehr auf die Beachtung ihres Willens zu S 21, wie die hausinternen Vermerke samt Schwärzungen, davon drei an die Kanzlerin, bekräftigen . Von Pofalla, dem ehemaligen Kanzleramtschef, ist bekannt, dass er mit Abweichlern vom Partei- und Regierungskurs wie MdB W. Bosbach drastisch und sogar ausfällig umging, er könne seine „Fresse“ nicht mehr sehen. Und Unionsfraktionschef Volker Kauder hat dieser Tage den Fraktionsabweichlern beim dritten Hilfspaket für Griechenland den Amtsverlust in Ausschüssen angedroht. Bei einer Nichtbeachtung des machtpolitisch für die Kanzlerin unverzichtbaren Weiterbaubeschlusses wären die drei Staatssekretäre zur „persona non grata“ abgesunken und spätestens nach der Bundestagswahl nicht mehr in ihr Amt gekommen.

- (6) Die von der StA Berlin unterlassenen Ermittlungen sind im Ergebnis durch diesseits **erwirkte neue tatsächliche, über das Kanzleramt erfolgreich erwirkte Anknüpfungspunkte** vorangetrieben. Die für die Beschuldigten belastenden Faktoren haben sich damit verschärft – wie besonders durch die nahe zeitliche und inhaltliche Aufeinanderfolge deutlich wird
- a) **zuerst gab es die für den Kurs der Kanzlerin „bedrohlich“ erscheinende Positionierung der Staatssekretäre contra Weiterbau S 21 (BKA-Vermerk 5.02.2013),**
 - b) **dann 10 Tage später das machtpolitisch unüberhörbare Verlangen der Politik-Prominenz auf breiter Front (Merkel, Schäuble, Ramsauer, Rösler, Kauder) – so wurde vorbehaltlos öffentlich „entschieden“**
 - c) **das führte zum Ende der Ausstiegsdebatte und nötigte zum „Sinneswandel“ weg von eigener Positionierung, die im Dossier des BMVBS und in den 130 Fragen an den Bahnvorstand Ausdruck gefunden hatte – alles dies wurde nun illusorisch – das ist gleichbedeutend mit der Inkaufnahme der Vermögensnachteile zu Lasten der Bahn AG**

Die beschriebene Situation korrespondiert mit Feststellungen des anerkannten Anfangsverdachts der Untreue nach **OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.04.2005**, I-15 U 98/03, 15 U 98/03, Rn 2 zitiert nach juris , wo es heißt:

„Bestehen wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Aufgabe des Widerstands ... und dem Beschluss des Aufsichtsrats ... Anhaltspunkte für einen „erkauften Sinneswandel“, darf die Staatsanwaltschaft bei ihren Ermittlungen diesem Verdacht jedenfalls nachgehen“.

Umso unhaltbarer ist die Devise der angefochtenen Verfügung, die Bescheide zur früheren Strafanzeige seien zu Recht ergangen. Die StA ignoriert schlicht den neuen Sachverhalt, der die Überprüfung und Korrektur der früheren Bescheide gebietet. Sie wagt es nicht, ihre Kontrollfunktion gegenüber der Exekutive wahrzunehmen, obwohl sie genau dazu im Interesse der Gewaltenteilung und der Gleichheit vor dem Gesetz verpflichtet ist.

- d) **Reale andere Anhaltspunkte dafür gibt es nicht, dass die Staatssekretäre und zugleich die ihnen folgenden weiteren Beschuldigten unwissend sowie ihre rechtlich eigenständige Prüfungspflicht missachtend „geringere Ausstiegskosten nicht billigend in Kauf genommen“ hätten, als sie den Weiterbau von S 21 beschlossen.**

Die intensive interne und öffentliche Befassung mit der Unwirtschaftlichkeit von S 21 vom Dezember 2012 bis März 2013 und ihre klare Positionierung im Dossier des BMVBS wären damit unvereinbar. Gemäß dem Eingangszitat des 3. Strafsenats des OLG Karlsruhe dürfen deshalb auch solche Vermutungen, welche die Beschuldigten ohne reale Anknüpfungspunkte entlasten, nicht der Verfügung der StA Berlin zugrunde gelegt werden.

V.

Ist die Ablehnung von Ermittlungen „vertretbar“?

Die Berliner Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz hat in ihrem Bescheid vom 11.12.2014 die Ablehnung eines Anfangsverdachts des Generalstaatsanwalts und der Staatsanwaltschaft Berlin damit gerechtfertigt, es sei „nicht belegt“, dass die Berliner Strafverfolgungsbehörden „den ihnen zustehenden eigenen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum in fachlich nicht vertretbarer Weise nicht ausgefüllt oder überschritten haben“.

Gerichtliche Entscheidungen gibt es zur Frage, was „vertretbar“ ist, im Hinblick auf Amtshaftungsprozesse nach §§ 839 I BGB, 152 II StPO. Nicht vertretbar ist hiernach, „wenn bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege die Einleitung der Ermittlungen gegen den Beschuldigten nicht mehr verständlich wäre“ (BGH Urt. v. 15.05.1997, III ZR 46/96 u.a., OLG Düsseldorf, Urt.v. 27.04.2005, aaO Rn 62) oder wenn die Einleitung bzw. hier die Nicht-einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Beschuldigten „bei kundigen Dritten mit gleichem Kenntnisstand gewissermaßen ein „Kopfschütteln“ hervorriefe“ (OLG Düsseldorf aaO).

Besonders auffallend erscheint vorliegend insoweit Folgendes:

1. Es steht gar nicht in Zweifel, dass die Beschuldigten objektiv ihre Vermögensbetreuungspflicht durch den Weiterbau-Beschluss zu

S 21 vom 5.03.2013 verletzt und der Deutschen Bahn AG dadurch einen Vermögensnachteil zugefügt haben können – die Minister a.D. Pofalla und Rösler ggfs. als Anstifter. Wenn aber allein in Frage steht, dass den Beteiligten der Aufsichtsratssitzung „nicht bewusst gewesen sei, dass ein Ausstieg aus dem Projekt „Stuttgart 21“ mit geringeren Kosten verbunden sein würde als dessen Fortführung“, muss umso schwerer wiegen: Die Staatssekretäre haben doch selbst gegen die Bahn-Berechnung von zwei Milliarden Ausstiegs-kosten eingewendet, sie sei „nicht belastbar“, also überhöht.

2. Gerade eine funktionstüchtige Strafrechtspflege fordert zwingend, dass jeder Tatverdächtige bei Einsatz eines starken Druckmittels und anschließendem Sinneswandel seines Opfers auch subjektiv als Beschuldigter gelten muss, und zwar gerade dann, wenn ein hohes Expertenwissen eingebracht, über Monate hindurch diskutiert und die Gegenmeinung für „nicht belastbar“ befunden wurde.
3. Außerdem ist die diesseits dargestellte enge Aufeinanderfolge der Geschehnisse vor dem 5. 03.2015 durch die Vermerke des BKA und durch die Medienberichte so krass und klar, dass es von einem kundigen Dritten bei gleichem Wissensstand nur mit „Kopfschütteln“ bedacht werden kann, dennoch zu behaupten, die Tatverdächtigen „wussten nicht, was sie tun“.
4. Erschwerend kommt unübersehbar hinzu, dass die Beschuldigten – wie oben unter III Seite 3 ff. näher ausgeführt - die massive Kostenüberschreitung jenseits der vereinbarten Kostenobergrenze seit 2009 vertuscht und verschwiegen wurde und ihr Eigenverschulden zumindest in Höhe von 1,1 Milliarden Euro bahnseits eingestanden und dokumentiert ist.

Rechtsanwalt