

**Gutachten zu ausgewählten Untreuefragen im Kontext des  
Projekts Stuttgart 21 der DB AG**

**Auftraggeber**

Aktionsbündnis gegen Stuttgart 21  
Donicettistraße 8 B  
70195 Stuttgart

**Gutachter**

Univ.-Prof. Dr. Jens Bülte  
Inhaber des Lehrstuhls  
für Strafrecht, Strafprozessrecht,  
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht  
an der Universität Mannheim

## A. Sachverhalt und Fragen an den Gutachter

Vorangestellt wird der Sachverhalt, der als gesichert gelten soll, dem Gutachten zugrunde liegt und von dem Auftraggeber vorgegeben ist. An diesen schließen sich die darauf beruhenden Fragen an. Im Anschluss folgen zur Grundfrage der Ermittlungspflicht der Staatsanwaltschaft die Vorbemerkungen und erste Ergebnisse des Gutachters (Teil B). Schließlich werden vom Auftraggeber in Teil C spezielle Fragen gestellt und vom Gutachter beantwortet.

### Einführung

Bereits in der **Realisierungsvereinbarung** vom 24.07.2001 kam es zu einer Art Querfinanzierung des von der DB AG als nicht wirtschaftlich eingestuften Projekts Stuttgart 21 (im Folgenden S 21): Die Landeshauptstadt Stuttgart verpflichtete sich, zum Jahresende 2001 das Gleisvorfeld des Kopfbahnhofs lange Zeit vor Projektbeginn zu bezahlen, während das Land für 10 Jahre um etwa eine Milliarde EUR überbewerteten Regionalzugverkehr bei der DB AG bestellte (Anlage 1).

Bereits in dieser Vereinbarung wird betont, welche Bedeutung die Parteien, der Wirtschaftlichkeit des Projektes beigemessen haben. Dort heißt es etwa auf S. 2:

*„Die Parteien sind sich einig, dass die Risiken aus der Realisierung des Projektes im Rahmen des jeder Partei wirtschaftlich Zumutbaren gehalten werden müssen.“*

#### 1. Finanzierungsvertrag vom 4.2.2009

Im Finanzierungsvertrag (FinV) der DB AG und ihrer Eisenbahninfrastrukturunternehmen vom 2.4.2009 mit dem Land Baden-Württemberg, der Landeshauptstadt Stuttgart, der Flughafen Stuttgart GmbH und dem Verband Region Stuttgart waren Kosten des Projekts von 3,076 Mrd. EUR vorgesehen zuzüglich eines Risikopuffers von 1,45 Mrd. EUR, das ergab die Kostenobergrenze von 4,526 Mrd. EUR. Sollte dieser von allen Beteiligten als elementar betrachtete „Kostendeckel“ unerwartet überschritten werden, so fordert die sog. „Sprechklausel“ (§ 8 Abs. 4 FinV), es seien dann „Gespräche aufzunehmen“. Die Bedeutung einer kalkulierbaren Kostenbasis hatten die Parteien im FinV ausdrücklich betont, heißt es doch in § 2 Abs. 2, es sei „von besonderem Interesse, dass für die DB AG und die EIU aus der Realisierung des Gesamtprojekts keine unkalkulierbaren Risiken entstehen und dass die Wirtschaftlichkeit dargestellt ist. Durch die Wirtschaftlichkeitsrechnung der DB AG „mit dem Preis- und Kostenstand 2004 sowie deren Ergänzungen im Rahmen der Modellrechnung“ wird dieses hohe Risiko der Kalkulierbarkeit der Kosten, die dem Vertrag zugrunde gelegt wurde, belegt.

#### 2. Kenntnis von höheren Kosten bereits vor Vertragsabschluss

Jörg Nauke und Thomas Braun berichteten am 8.12.2010 in der Stuttgarter Zeitung (StZ) ([Anlage 2](#)) allerdings bereits darüber, dass den Entscheidungsträgern der DB AG die deutlich höheren Baukosten bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 2.4.2009 bekannt gewesen seien, die später entstanden (vgl. Ziffer 3):

*„Das geht aus dem für die Schlichtung erstellten Bericht dreier Wirtschaftsprüfer hervor, der sich auf vertrauliche Bahn-Daten stützt. Demnach hatten die von der Bahn mit der Genehmigungsplanung beauftragten*

*Fachleute bereits ‚Ende 2008/Anfang 2009‘ allein für den Bau 3,9271 Milliarden EUR ermittelt; inklusive der heute bekannten Planungskosten und des nun unterstellten Inflationsausgleichs beliefen sich die Gesamtkosten sogar auf etwa fünf Milliarden EUR. ‚Diese Zahlenangaben waren dem Ministerium nicht bekannt‘ und hätten folglich nicht bewertet werden können, stellt Karl Franz, der Sprecher von Landesverkehrsministerin Tanja Gönner, auf Anfrage klar; dieser höhere Betrag stütze sich wohl ‚auf Bahn-interne Unterlagen‘“*

In dieser Berechnung waren bereits entstandene Planungskosten in Höhe von 186 Mio. EUR noch nicht enthalten, die die DB AG aus Eigenmitteln finanziert hatte, die aber in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einfließen mussten ([Anlage 3](#)).

### **3. Kostenkalkulation Ende 2009 durch den neuen Vorstandsvorsitzenden**

Dr. Rüdiger Grube, vom 1.5.2009 bis 31.01.2017 Vorstandsvorsitzender der DB AG, erkannte nach Amtsantritt, dass der FinV auf alte Kostenermittlungen nach Planfeststellungen von 2004 gestützt war. Er veranlasste daher eine gründliche Kostenprüfung, die 4,9797 Mrd. EUR ergab, was den Projektpartnern bei wahrheitsgemäßer Information vertragliche Kündigungsrechte zum Jahresende 2009 verschafft hätte.

### **4. Bericht des Bundesrechnungshofs vom 30.10.2008**

In diesem Zusammenhang ist außerdem zu berücksichtigen, dass zudem der Bundesrechnungshof (BRH) bereits in seinem Bericht vom 30.10.2008 ([Anlage 4](#)) von Projektkosten von „deutlich über 5,3 Mrd. EUR“ ausgegangen war und hierbei die Kostenmaßstäbe des Bundesministeriums des Verkehrs zugrunde gelegt hatte. Ein dortiges internes Gutachten war nach Auswertung der aktuellen Baupreisentwicklungen von Großprojekten zu Preissteigerungen von bis zu 60 % gekommen, die insbesondere durch die besonderen Risikofaktoren wie große Tunnelanteile und hoher Kupfer- und Stahlanteil bedingt waren. Dementsprechend wurde die von Seiten der DB AG vorliegende Baukostenschätzung von 3,08 Mrd. EUR mit einem Aufschlag von 60 % – als Minimalwert, grds. spricht der BRH von Aufschlägen bis zu 100% in vergleichbaren Fällen – versehen, so dass sich Kosten in Höhe von 4,925 Mrd. EUR ergeben hätten. Ferner ging der BRH von einer Kostensteigerung aus, weil die Planung der DB AG keine Kosten für die „Kleine Wendlinger Kurve“ sowie die Abstellanlagen (insgesamt 297 Millionen EUR) berücksichtigt hatte.

Das Bundesministerium wies die Rügen des BRH als unbegründet zurück. Kostensteigerungen um 60 Prozent seien aufgrund der Planungstiefe nicht zu erwarten, die Wirtschaftlichkeit sei im Gutachten aus dem Jahr 2007 vielmehr erwiesen worden. Diese Behauptung hat sich zumindest im Rückblick als nicht valide erwiesen (vgl. Ziffer 6 ff.).

### **5. Bericht des Lenkausschusses vom 10.12.2009 über Einsparungen**

In einer vom Lenkungsausschuss S 21 am 10.12.2009 gebilligten Bau- und Planungskostenermittlung wurden die Projektkosten daraufhin dennoch um 891 Mio. EUR durch „grobe Schätzung“ von Einsparpotentialen heruntergerechnet (S. 5), um das Projekt nicht zu gefährden ([Anlage 5](#)).

Die aktuellen Projektkosten in Höhe von 4.087,8 Mio. € wurden auf Basis der vorliegenden Erkenntnisse der Entwurfsplanung und der dargestellten Ansätze zur Reduzierung der Kosten ermittelt. Grundlage waren die Markt- und Vergabeanalyse, die Einsparpotenziale aufgrund der Veränderung der Bauverfahren bzw. Bauwerke sowie die Berücksichtigung der Beträge für die Abstell- und Behandlungsanlagen, Planungskosten und Nominalisierung.

	Mio. €
Baukosten gem. Entwurfsplanung (real)	4066,0
Regionale Abstell- und Behandlungsanlagen	44,1
Einsparpotenziale aus Markt- und Vergabeanalyse	-597,9
Chancen aus Optimierung der Bauwerke	-294,0
<b>Summe Baukosten</b>	<b>3218,2</b>
Planungskosten (17% der Baukosten)	547,1
<b>Summe Bau-/Planungskosten (Realwert)</b>	<b>3765,3</b>
Nominalisierung gemäß Vergaben	322,5
<b>Summe Bau-/Planungskosten (Nominalwert)</b>	<b>4087,8</b>

10.12.2009

Auszug Unterlage aus der Sitzung des [Lenkungskreis](#) vom 10.12.2009 ([Anlage 5](#))

Zugleich heißt es dort (S. 6), das Projekt sei „bis zu einem Gesamtwertumfang von maximal 4.769 Mio. EUR“ wirtschaftlich (S. 6).

Warnungen des damaligen Projektleiters Hany Azer vor noch höheren Kosten wurden nicht berücksichtigt.

### **a) Einsparungspotentiale im Rahmen der „Markt- und Vergabeanalyse“**

Die Einsparungspotentiale im Rahmen der „Markt- und Vergabeanalyse“ sollen in einem mehrstufigen Verfahren ermittelt worden sein ([Anlage 5](#)). Im ersten Schritt sei eine Marktpreiserhebung durch die Einkaufsabteilung der DB AG durchgeführt worden, die der Kalkulation zugrundeliege. Im zweiten Schritt seien die Projektkosten nach Erfahrungswerten korrigiert worden. In einem dritten Schritt sei eine Überarbeitung durch Vergleich mit anderen Tunnelbaumaßnahmen des Unternehmens erfolgt. In diesen Einsparungen seien 129,9 Mio. EUR verringerte Grunderwerbskosten, 146,5 Mio. EUR durch Einsparungen beim Tunnelbau sowie Kostenreduzierungen beim Betonstahl (87,7 Mio. EUR) und beim Spritzbeton enthalten (28,8 Mio. EUR) ([Anlage 5](#)).

Diese Kosteneinsparungen sollten dadurch erreicht werden, dass den Anbietern entsprechender Gewerke geringere Preise gezahlt werden sollten. Dieser Ansatz ließ sich – wie bald ersichtlich wurde – aber mangels entsprechender Angebote der Unternehmen nicht realisieren, weil diese nicht bereit waren, sich unter diesen Bedingungen an den Ausschreibungen der DB AG zu beteiligen ([Anlage 6](#)).

### **b) Einsparungspotentiale durch „Optimierungen“**

Außerdem sollten bis zu 294 Millionen durch „Optimierungen“ eingespart werden. Diese Summe wurde allerdings „ohne vertiefte Planung“ abgeschätzt ([Anlage 7](#)). Diese möglichen Einsparungen gliedern sich nach Angaben der DB AG in 218 Mio. EUR, die ohne Änderungen der zu Grunde

liegenden Planfeststellungsbeschlüsse erreicht werden könnten und weiteren 76 Mio. EUR, zu deren Erreichung es Änderungen der Planfeststellungsbeschlüsse bedürfe ([Anlage 5](#)).<sup>1</sup> Es sollte etwa eine Veränderung der Tunnelvortriebstechnologie (Spritzbetonbauweise statt Tunnelbohrmaschinen) erfolgen und von geringeren Quelldrücken ausgegangen werden, um Kosten zu senken. Ferner seien Veränderungen im Planfeststellungsabschnitt 1.5 und an Bahnhöfen vorgesehen. Jedoch seien zur Vornahme dieser Veränderungen die Zustimmung des Eisenbahn-Bundesamts, der Architekten, Bauherren, Projektpartner und Gutachter notwendig. Die entsprechenden Anträge waren allerdings damals noch nicht gestellt und ihre Aussicht auf Erfolg dementsprechend ungewiss ([Anlage 7](#)).

## **6. Weitere Kostensteigerungen nach März 2011**

Dass auch die DB AG keine sinnvolle Begründung für Kostensteigerung geben konnte, wird aus der Projektbeschreibung durch die Stuttgart-Ulm GmbH der DB AG deutlich. Dort wurde die Kostenentwicklung wie folgt dargestellt, ohne eine Erklärung dafür zu bieten, warum sich die Kosten zwischen dem 20.5.2011 und April 2012 um fast 50% erhöht haben:

*„Im März 2011 listete die Projektleitung mögliche Chancen und Risiken (Dokument vom 25.3.2011 – sog. „Azer-Liste“) auf und kam weiterhin zu dem Schluss, dass S 21 innerhalb des Finanzierungsrahmens von 4.526 Mio. EUR zu realisieren sei (Projektleiter Hany Azer im Interview mit den Stuttgarter Nachrichten, erschienen am 20. Mai 2011 unter der Überschrift „Azer wirft nicht das Handtuch“). Dennoch erfolgte nach dieser Aufstellung im Sommer 2011 eine erneute Überprüfung der Kostenprognose. Am 23. September 2011 wurden sodann im Lenkungskreis Indikatoren für Kostensteigerungen (etwa Vergabe-Risiken) benannt. Im darauf folgenden Lenkungskreis am 23. März 2012 wurde die Kostenprognose mit 4.330 Mio. EUR angegeben (Kosten 4.136 Mio. EUR plus Nominalisierung in Höhe von 194 Mio. EUR).“*

*Im April 2012 startete ein umfangreiches Verfahren, das sogenannte Sechs-Punkte-Programm, zur erneuten Abschätzung der Kostenbasis und zur Generierung von Einsparungen. Eine unabhängige Wirtschaftsprüfungsgesellschaft überprüfte das Sechs-Punkte-Programm anschließend im Auftrag des Vorstands der Deutschen Bahn AG. Im Ergebnis genehmigte der Aufsichtsrat am 5. März 2013 eine Erhöhung des Finanzierungsrahmens auf 6.526 Mio. EUR (5.987 Millionen EUR Gesamtwertumfang plus weitere Risikopuffer in Höhe von 539 Mio. EUR). Der Gesamtwertumfang, GWU 2013 genannt, setzt sich zusammen aus dem Betrag von 3.765 Mio. EUR, dem sogenannten GWU 2009, und Risikopuffern in Höhe von 2.221 Mio. EUR.“*

## **7. Kostensteigerung nach McKinsey-Gutachten vom 12.12.2012**

Am 12.12.2012 musste die DB AG also die Kostensteigerung um bis zu 2,3 Mrd. EUR eingestehen, davon 1,1 Mrd. EUR als „Kalkulationsirrtum“, die weitgehend der nicht hinterlegten top-down Kostenreduktion von 2009 entsprechen. Die Gründe für diesen Kalkulationsfehler weist das Gutachten von McKinsey, das am 12.12.2012 präsentiert wurde, durch folgenden Mehrbedarf aus (vgl. Stuttgarter Nachrichten vom 13.12.2012, S. 1, [Anlage 8], 3 [Anlage 8a], 10 [Anlage 8b]; Badische Zeitung v. 13.12.2012, S. 1, Anlage 9); Spiegel-online v. 12.12.2012 [Anlage 9a]):

---

<sup>1</sup> Zum Folgenden Deutsche Bahn AG: [Aktueller Sachstand Stuttgart 21](#) Information vom 10.12.2009.

Es seien 610 Millionen für „notwendige, aber nicht budgetierte Leistungen (beispielsweise Gebühren) nicht erfasst gewesen und 490 Millionen EUR für „nicht realisierbare Planansätze (Einsparpotentiale) (beispielsweise zuvor unterschätzte Grundstücks- und Rohstoffpreise).“ Vergessen worden seien unter anderem Grundstückskosten, ferner sei die Dichte der vorhandenen Leitungen unterschätzt worden. Weitere Gründe für die Kostenerhöhung seien Nachforderungen, unzutreffende Planungen und fehlende Puffer. Hinzu komme die Kostenkalkulation, der eine Entwurfsplanung statt einer Ausführungsplanung zugrunde liege.

Zusätzliche Risiken wurden in „externen Einflüssen“ gesehen, die sich aus den Zusatzleistungen „Filderdialog/Schlichtung“ mit etwa 300 Millionen EUR und aus Grundstückserwerb, Spezifikationsänderungen und konkreten Risiken mit etwa 290 Millionen EUR ergeben können. Unter Berücksichtigung zusätzlicher Mehrkosten in Höhe von ca. 400 Millionen EUR wegen zeitlicher Verzögerungen und „behördlichem Schwergang“ belaufen sich die „zusätzlichen Risiken aus externen Einflussfaktoren“ auf rund eine Milliarde EUR.

## **8. Beschluss des Aufsichtsrats der DB AG vom 5.3.2013<sup>2</sup>**

Der Aufsichtsrat hat am 5.3.2013 den Finanzrahmen des nun unwirtschaftlichen Projekts auf 6,5 Mrd. EUR<sup>3</sup> erhöht und behauptet, dies sei wirtschaftlich zu verantworten: Der Ausstieg koste zwei Mrd. EUR und sei teurer als der Weiterbau.

### ***a) Politische Einflussnahme auf die Entscheidung des Aufsichtsrats bzw. politische Aspekte als Entscheidungskriterien***

Für die Erhöhung des Kostenrahmens waren nach einem Vermerk an die Bundeskanzlerin vom 5.2.2013 von Dirk Pung-Jakobsen aus dem Referat 323 des Bundeskanzleramtes (Anlage 11) insbesondere allgemein-politische Gründe maßgebend. Hierzu heißt es auf S. 2 des Vermerks:

*„Der Bahnvorstand will an der Verwirklichung des Projekts festhalten und sieht dabei auch die politische Bedeutung der Verwirklichung eines großen Infrastrukturprojekts, zu dem Sie sich explizit bekannt haben.“*

Der Verdacht der politischen Einflussnahme wird auch durch die Aussagen führender Entscheidungsträger aus der Politik deutlich, die sich vor der Entscheidung des Aufsichtsrats öffentlich auf eine Fortsetzung des Projekts festgelegt hatten. So haben sich der damalige Bundesverkehrsminister Ramsauer im Deutschlandradio Kultur, der Fraktionschef der CDU/CSU Volker Kauder und der Bundesminister der Finanzen Wolfgang Schäuble vor dem 5.3.2013 dahingehend geäußert, dass das Projekt S 21 mit Sicherheit realisiert werde.

Ferner berichtete die Nachrichtenagentur Reuters am 21.2.2013 unter dem Titel „Bahn darf Stuttgart 21 trotz der Mehrkosten bauen“. Hier hieß es, ein Regierungsvertreter habe bestätigt,

---

<sup>2</sup> Vgl. zu den Einzelheiten auch [BT-Drs. 18/1241, S. 2 f. \(Anlage 10\)](#).

<sup>3</sup> In der Anfrage der Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag v. 18.1.2018 wurde sogar von 6,8 Mrd. gesprochen, die damals in Rede standen, BT-Drs. 18/1241, S. 2 ([Anlage 10](#)). Das erklärt sich daraus, dass der Finanzrahmen nur um 2,0 Mrd. EUR erhöht wurde, weil vorausgesetzt wurde, dass die weiteren 300 Mio. EUR von den Projektpartnern getragen werden würden.

*„die Bundesvertreter im Aufsichtsrat hätten sich auf diese Linie verständigt. Auf eine Weiterbau-Entscheidung noch vor Beginn der heißen Phase des Bundestagswahlkampfes hatte das Kanzleramt eingewirkt.“*

Die Wirtschaftswoche vom 18.3.2013 (Anlage 12) berichtete dann auch über die Beschlussfassung am 5.3.2013 und machte deutlich, dass das Projekt S 21 und seine Zukunft zu einem unkalkulierbaren Risiko im Bundestagswahlkampf zu werden drohe. Daher habe der damalige Bundesminister der Wirtschaft *Philipp Rösler* den Wirtschaftsstaatssekretär *Heitzger* dazu gebracht, dass er der Fortsetzung und der Erhöhung des Kostenrahmens zustimmte. Der Finanzstaatssekretär, der im Vorfeld nicht bereit gewesen war zuzustimmen, sei wegen gesundheitlicher Probleme bei der Abstimmung ausgefallen.

Dieser Sachverhalt wurde im Rahmen einer Klage nach dem Umweltinformationsgesetz vom 2.1.2015 vom dortigen Kläger bereits ausführlich dargelegt (vgl. Klagebegründung 25.2.2015, S. 10 ff., Anlage 13). In der Klageerwiderung der von der Bundesrepublik Deutschland beauftragten Rechtsanwaltskanzlei vom 2.6.2015 S. 2 wurden die diesbezüglichen Ausführungen auch als „im Wesentlichen zutreffend“ eingeräumt (Anlage 14).

#### ***b) Mängel in der Berechnung der Ausstiegskosten***

Die Gesamtkosten ergeben sich nach Angaben der DB AG zu dem geringeren Teil von 702 Mio. EUR aus Kosten für den Rückkauf von Grundstücken. Ferner seien Zuschüsse in Höhe von 112,4 Mio. EUR zurückzuzahlen und 50 Mio. EUR für die Rückabwicklung von Ingenieurverträgen zu leisten. Die bereits entstandenen Planungskosten, die dann obsolet geworden wären, sollten sich auf 210 Mio. EUR belaufen.

Die Angaben zur Rückabwicklung der Grundstücksgeschäfte sind kaum plausibel, weil hier wohl lediglich der Kaufpreis als Kosten angesetzt wurde und die Kompensation durch den Grundstückswert unberücksichtigt geblieben ist. Die Rückabwicklung eines Grundstücksgeschäfts ist nur hinsichtlich der Nebenkosten und evtl. Kaufpreisdifferenzen nicht neutral. Zudem ist die Berechnung auch darüber hinaus unzutreffend. Dies ergibt sich aus einer Stellungnahme des Oberbürgermeisters von Stuttgart, der mit Schreiben vom 4.3.2013 an den Aufsichtsrat mitteilte, dass die Ausstiegskosten um bis zu 123,5 Mio. EUR zu hoch angesetzt wurden. Dies liegt daran, dass ein 13 Hektar großes Areal bereits für ca. 56 Mio. EUR verkauft und mit zwei Berufsschulen bebaut worden ist sowie die 5,5 % Zinsen aus dem Kaufpreiserlös nach § 18 Ziffer 3 des Grundstücksvertrags zu erstatten wären. Die Kostenkalkulation für die Rückabwicklung der Grundstücksgeschäfte ist also zumindest unplausibel, mit hoher Wahrscheinlichkeit aber sogar unzutreffend.

Der größere Teil der Kosten – in Höhe von 1,35 Mrd. EUR – ergibt sich – so das Handelsblatt vom 11.12.2009 ([Anlage 15](#)) – nach den Berechnungen der DB AG aus dem Investitionsstau, der sich im Hinblick auf das Umbauprojekt an den Bestandsanlagen ergeben habe und im Falle des Ausstiegs abgebaut werden müsse. Insofern ist jedoch anzumerken, dass diese Berechnung sich auf die Investitionskosten bis zum Jahr 2054 beziehen. Bis zum Jahr 2020 würden Kosten in Höhe von 340 Mio. EUR anfallen. Daher bleibt hier die Grundlage der Berechnung und Bewertung völlig offen.

Vielmehr gab es zu diesem Zeitpunkt Berechnungen, die von deutlich niedrigeren Ausstiegskosten ausgingen. So hat *Peter Fendrich* die Kosten in einem Dossier vom 26.2.2013 ([Anlage 16](#)) nachvollziehbar und detailliert berechnet und auf diese Weise dargelegt, dass die maximalen Ausstiegskosten mit 442 Mio. EUR zu beziffern sind. *Hans Heydemann* hat die Kosten eines Ausstiegs in seiner Berechnung vom Februar 2013 ([Anlage 17](#)) mit ca. 363 Mio. EUR angegeben. Diese Berechnungen sind zumindest so detailliert, substantiiert und plausibel, dass sie bei der Entscheidung über die Fortsetzung des Projekts Berücksichtigung finden konnten und nicht ignoriert werden durften.

### **c) Zweifel an der Wirtschaftlichkeit**

Auch an der Darstellung der Wirtschaftlichkeit des Weiterbaus ist aus folgenden Gründen Zweifel angebracht. In der StZ hieß es am 26.02.2013 (S.19) ([Anlage 18](#)):

*„Die Rentabilität des Milliardenprojekts Stuttgart 21 hängt nur noch an 77 Millionen EUR. So viel trennt das Projekt nach Angaben der Bahn von der Unwirtschaftlichkeit. Diese minimale Rendite gibt es auch nur, weil die Bahn in ihrer Kalkulation den Ausstieg auf zwei Milliarden EUR beziffert. Das steht in den Unterlagen für die Aufsichtsratsitzung vom 5. März ... Würde das Projekt jetzt nur geringfügig teurer, etwa weil sich die Projektpartner weigern, strittige Kosten von 300 Millionen EUR zu übernehmen, oder weil diverse Kosten nicht berücksichtigt oder falsch bemessen wurden, hätte das laut Beschlusslage Konsequenzen....“*

### **d) Kenntnisse der Entscheidungsträger über die mangelnde Belastbarkeit der Berechnungen**

Bei der Bewertung der Entscheidung vom 5.3.2013 sind ferner folgende Feststellungen aus der Kleinen Anfrage der Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag (BT-Drs. 18/1241, S. 2; [Anlage 10](#)) zu berücksichtigen:

*„Vor der Aufsichtsratsentscheidung war ein kritisches Dossier des damaligen Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) zu den Projektkosten bekannt geworden (vgl. Kurzinformation ‚Informations-Workshop der DB AG zu Stuttgart 21 für die AR-Vertreter am 05.02.2013‘). Dennoch stimmten die anwesenden Vertreter der Bundesregierung im Aufsichtsrat für den Weiterbau. Auch die weiteren Aufsichtsräte stimmten bei einer Enthaltung und einer Gegenstimme zu. Dem Aufsichtsrat der DB AG hatte dabei, auch laut Beschlussvorlage der Aufsichtsratsentscheidung (Tagesordnungspunkt – TOP – 2, S. 4 und 10), als eine Grundlage der Entscheidung zu den Projektkosten eine ‚Plausibilitätsbegutachtung im Auftrag des Aufsichtsrates zu Stuttgart 21‘ von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PricewaterhouseCoopers (PwC) vorgelegen mit dem Titel ‚Vermerk – Zwischenergebnis DB AG‘.*

Die hier zitierte „Kurzinformation ‚Informations-Workshop der DB AG zu Stuttgart 21 für die AR-Vertreter am 05.02.2013“ (im Folgenden: [Kurzinformation, Anlage 19](#)) enthält unter anderem folgende Passagen:

Zur Gesamtfinanzierung des Projekts (S. 1):

*„Gemeinsames Fazit der Ressorts war, dass die Antworten und Zwischenberichte der Gutachter derzeit keine ausreichende Grundlage für eine Entscheidung des AR darstellen. BMF und BMWi verfolgen vor diesem Hintergrund gemeinsam mit BMVBS das Ziel, ein einheitliches Votum der Bundesvertreter zu erreichen.“*



Auf S. 2 des Papiers wird deutlich gemacht, dass die Frage nach der Zustimmung des AR zur Finanzierung nicht entscheidungsreif sei, weil die bisher von der DB AG für die Finanzierung vorgetragenen Argumente „noch nicht greifen“. Die Argumente, eine weitere Finanzierung „nicht abzulehnen, sind mit Abstand zu schwach.“ Es wurde ferner kritisiert, dass die vom AR beauftragten Gutachten bis zu diesem Zeitpunkt nur in einem Zwischenstand vorlagen, wesentliche Ergebnisse hätten noch gefehlt, so insbesondere die Prüfung der Ausstiegskosten durch PwC. Auf S. 3 des Papiers wird dies bekräftigt und deutlich darauf hingewiesen, dass der Aufsichtsrat nicht über eine weitere Finanzierung entscheiden könne, bevor die Projektpartner sich über die Finanzierungsmodalitäten und die einzuschließenden Baumaßnahmen geeinigt hätten.

Die „vorläufige Positionierung“ des BMVBS zur Finanzierung des Projekts lässt sich auf S. 4 der Kurzinformation entnehmen. Hier heißt es unter anderem,

- Ein belastbarer aktueller Gesamtwertumfang sei noch nicht ermittelt bzw. nicht ausreichend geprüft.
- Die Beantwortung der Fragen sowie die Statusberichte der Wirtschaftsprüfer wiesen auf erhebliche Risiken über die bisherigen Berechnungen der DB AG hinaus hin.
- Bei der Betrachtung der Mehrkosten werde die Eigenkapitalverzinsung negativ, sodass Alternativen bis hin zum Ausstieg ernsthaft untersucht werden müssten, um den Schaden minimieren zu können.
- Die Wirtschaftlichkeit der Weiterführung könne derzeit nicht abschließend beurteilt werden, ebenso könne nicht beurteilt werden, ob die Weiterführung eindeutig wirtschaftlicher sei, als eine Alternative.
- Zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit sei eine grundlegend neue WR erforderlich, die eine Realisierung der ABS/NBS Stuttgart-Ulm-Augsburg im Weiterführungsfall berücksichtigt
- Die Sprechklausel sei bislang nicht angewandt worden, der Vorstand sei jedoch vertraglich verpflichtet und vom Aufsichtsrat aufgefordert worden, mit den Projektpartnern kurzfristig Verhandlungen aufzunehmen. Dabei sollten alle Möglichkeiten der gemeinsamen Bewältigung des Projekts erörtert werden.

Auf S. 6 kritisiert die Kurzinformation ferner, dass die entscheidenden Fragen zum Gesamtwertumfang, zur Wirtschaftlichkeit und zur Gesamtfinanzierung bisher nicht oder nur eingeschränkt beantwortet wurden.

Schließlich bestätigt sich auf S. 10 das Fazit, dass für eine Entscheidung durch den Aufsichtsrat über die Finanzierung keine hinreichende Tatsachengrundlage gegeben war. Daraus ergibt sich deutlich, dass eine Entscheidung über die Fortsetzung des Projekts S 21 zu diesem Zeitpunkt nicht getroffen werden durfte.

#### ***e) Plausibilitätsbegutachtung durch PwC***

Die Entscheidung für die Fortsetzung der Finanzierung des Projekts wurde – zumindest nach Recherchen der ZEIT vom [25.7.2013, S. 25 \(Anlage 20\)](#) – auf der Grundlage einer sogenannten Plausibilitätsbegutachtung von PwC getroffen, das ausschließlich auf von der DB AG zur Verfügung gestellte Unterlagen gestützt war, ohne dass die Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Angaben

überprüft worden wären. Ferner hätten die Prüfer selbst ein „höheres Risiko“ konstatiert, dass „wesentliche Fehler“ und „rechtswidrige Handlungen“ in der Begutachtung nicht aufgedeckt worden seien. Es heißt im Bericht der ZEIT vom 25.7.2013 (Anlage 20, S. 25) wörtlich:

*„Darüber hinaus weisen die Wirtschaftsprüfer in ihrem Bericht darauf hin, dass die Berechnungen der Bahn ‚nicht den Grundsätzen des Risikomanagements im DB AG-Konzern‘ für Großprojekte entsprechen. Das heißt: Der Konzern hat bei der Bewertung der Kostenrisiken von Stuttgart 21 seine eigenen Regeln nicht befolgt. Die Prüfer haben sich also nicht nur auf die Unterlagen der Bahn verlassen, deren Berechnungen sind scheinbar auch wenig belastbar.*

*Das ist noch nicht alles. Die Wirtschaftsprüfer rechnen damit, dass der Bahnhof noch deutlich teurer werden könnte als heute angenommen. ‚Die Voraussetzungen für ein möglichst geringes Nachtragsvolumen sind in der Projektorganisation des Großprojekts noch nicht etabliert‘, schreiben sie. Das Technokratendeutsch heißt so viel wie: Die Bahn hat mögliche Nachforderungen von Auftragnehmern, wie sie bei Großprojekten üblich sind, in ihrer Kalkulation nicht ausreichend berücksichtigt. Ohne umfassende Maßnahmen rechnen die Prüfer mit einem im Vergleich zum ‚Gesamtwertumfang erheblichen Nachtragsvolumen‘, also mit einer weiteren Kostenexplosion.*

*Die Prüfer sehen außerdem die Gefahr, dass sich der Bau noch weiter verzögern könnte. Ursprünglich sollte der neue Bahnhof 2019 fertig sein, heute ist die Rede von 2022. Vielleicht dauert es aber noch länger. Ein Grund sind laut Bericht unterirdische Leitungen, die umverlegt werden müssen, um Platz für die Baugruben zu machen, für die es aber noch gar ‚keine technischen Lösungen‘ gebe. Daraus resultiere ein ‚hohes Terminrisiko‘. Das Fazit der Prüfer: ‚Es ist nicht auszuschließen, dass die Erkenntnisse aus den Terminworkshops (...) möglicherweise erhebliche Auswirkungen auf die bisherigen Kosten und Termine (...) haben könnten.‘“*

#### **f) Unterlassene Geltendmachung von Ansprüchen gegen Projektpartner**

Der Aufsichtsrat hat den Vorstand am 5.3.2013 aufgefordert, die Mehrkosten des Projekts von den Projektpartnern einzuklagen, falls außergerichtliche Verhandlungen via Sprechklausel scheitern. Das Wissen von Mehrkosten bestand seit Dezember 2009, wurde aber im Dezember 2012 unübersehbar, so dass eine Ausgleichsforderung, die mit 65% jeglicher Mehrkosten jenseits von 4,5 26 Mrd. EUR noch unter Grube vor Jahresende 2016 beim VG Stuttgart eingeklagt wurde, bereits zum 31.12.2012 bzw. 31.12.2015 verjährt war. Die Projektpartner wenden auch die Verjährung ein. Durch die verspätete Geltendmachung des Anspruchs entstand der DB AG ein Vermögensnachteil. Die Verspätung der Klageerhebung trat ein, weil der verantwortliche DB-Vorstand den Beschluss des AR nicht rechtzeitig umsetzte und zudem unnötige hohe Prozesskosten produzierte. Zudem wurde die rechtzeitige Umsetzung des Aufsichtsratsbeschlusses durch den Vorstand nicht kontrolliert.

#### **9. Strafanzeigen, Einstellung des Verfahrens und Beschwerden**

Die Staatsanwaltschaft Berlin stellte die am 25.03.2013 erhobene Strafanzeige wegen Untreue und Betrugs dennoch ohne Aufnahme von Ermittlungen ein; die Beschwerden gegen die Einstellung wurden zurückgewiesen.

Die derzeitige Strafanzeige wegen des Tatvorwurfs der Untreue stammt vom 25.02.2017 mit Folgeschriftsätzen (speziell konkretisierend vom 30.03.2017, Anlage 21). Sie stützte sich auf neuere

Entwicklungen: Die von *Dr. Viregg* aktualisierte Berechnung der Projektkosten von 9,8 Mrd. EUR und der von ihm ermittelten Ausstiegskosten von 5,9 bis 7,9 Mrd. EUR je nach möglichen Alternativlösungen, Geständnisse der DB AG über zweijährige Bauverzögerung bei bis auf 15 Mio. EUR ausgeschöpftem Finanzrahmen, Berichte des BRH, die rund 9,5 Mrd. EUR Kosten ergaben und auf ein bislang nicht öffentlich gemachtes Gutachten von KPMG/Basler, dessen Inhalt im November 2016 zum Teil bekannt wurde. Auf sämtliche nachfolgend genannten Sachverhalte sind Vorstand und Aufsichtsrat der DB AG anlässlich der Sitzungen zwischen Oktober 2016 und Mitte März 2017 – mit Unterlagen untermauert – eindringlich hingewiesen worden.

Die Staatsanwaltschaft Berlin hat das Verfahren dennoch am 10.11.2017 eingestellt. Dagegen ist mit Schriftsatz vom 15.1.2018 Beschwerde eingelegt und umfangreich begründet worden (Anlage 22).

#### **10. Vorstandsbeschluss vom 26.1.2018**

Am 26.01.2018 ist der Bahn-Aufsichtsrat dem Antrag des Vorstands gefolgt und hat – gestützt auf ein geheimes PwC-Gutachten – den Finanzrahmen des Projekts auf 8,2 Mrd. EUR angehoben, worin 495 Mio. EUR Risikopuffer enthalten sind. Auch dagegen ist am 12.02.2018 Strafanzeige wegen Untreue der Aufsichtsräte und Vorstände der DB AG erstattet worden.

## **B. Vorbemerkungen des Gutachters und erste Ergebnisse**

**Allgemeine Frage an den Gutachter: Besteht angesichts des geschilderten Sachverhalts eine Verpflichtung der zuständigen Staatsanwaltschaft, gegen die beteiligten Entscheidungsträger in den jeweiligen Phasen des Projekts S 21 wegen des Anfangsverdachts der Untreue strafprozessuale Ermittlungen zu führen, wenn ja, aus welchen Gründen?**

Hier soll mit Blick auf diese Gutachtenfrage zunächst zur Ausgangssituation der Gesamtfinanzierung in den einzelnen Phasen der Kostenentwicklung Stellung genommen werden. Bereits diese Betrachtung lässt Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen der maßgeblichen Entscheidungsträger erkennen, die wegen möglicher Vermögensschäden den Anfangsverdacht der Untreue wegen der konkreten Finanzierungsentscheidungen auf den unterschiedlichen Stufen der Finanzierung rechtfertigen und damit staatsanwaltschaftliche Ermittlungshandlungen nach § 152 Abs. 1 StPO erforderlich machen.

### **I. Vorüberlegungen zu unternehmerischen Entscheidungen**

Um das zu verdeutlichen, soll zunächst auf die Fragen der Pflichtverletzung und des Vermögensschadens bei § 266 StGB im Kontext von unternehmerischen Entscheidungen bei Risikogeschäften eingegangen werden. Dabei soll im Folgenden auf eine detaillierte Differenzierung zwischen den Begehungsweisen des § 266 Abs. 1 StGB in Form des Missbrauchstatbestandes (§ 266 Abs. 1 Var. 1 StGB) einerseits und des Treubruchtatbestandes (§ 266 Abs. 1 Var. 2 StGB) andererseits verzichtet werden. Für die praktische Anwendung der Strafvorschrift im vorliegenden Fall kommt es auf diese Unterscheidung schlicht nicht an.

#### **1. Verletzung von Vermögensbetreuungspflichten und Vermögensschaden**

Eine Entscheidung, die isoliert betrachtet unwirtschaftlich ist, also – vereinfacht gesagt – zu einer Verringerung des Vermögensbestandes führt, darf von einem Wirtschaftsunternehmen nur ausnahmsweise durchgeführt werden, nämlich dann, wenn sie aus anderen Gründen sinnvoll oder gar unumgänglich erscheint. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn sich trotz des kurzfristigen Vermögensnachteils Vorteile ergäben, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einer Kompensation der Vermögensminderung führen.

Bei dieser Entscheidung steht der Unternehmensführung nach den Grundsätzen der Business-Judgement-Rule i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ein weiter Entscheidungsspielraum zu, der allerdings dann überschritten wird, wenn Entscheidungsträger einen Vertrag abschließen, der nach keiner vertretbaren Sichtweise – auch wirtschaftlichen Bewertungsmethode – als noch wirtschaftlich erkannt worden ist. Die Business-Judgement-Rule erlaubt nämlich lediglich die Ausübung unternehmerischer Initiative und Eingehung unternehmerischer Risiken, *soweit* der Entscheidungsträger sich so umfassend wie unter den gegebenen Umständen möglich über Risiken und Chancen informiert und seine abwägende Entscheidung unter Verwendung dieser Informationen und belastbarer sachlicher Kriterien getroffen hat. Diese Regel öffnet also einen Kreis vertretbarer Entscheidungen, die durch das noch hinnehmbare unternehmerische Risiko bestimmt werden.

Zu den Grenzen der Business-Judgement-Rule hat der BGH (NJW 2016, 2585, 2591) ausgeführt:

„Nach den ursprünglich zum Aktienrecht entwickelten (...) Grundsätzen muss dem Geschäftsführer einer GmbH bei der Leitung der Geschäfte des Unternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. Dazu gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Inkaufnahme der Gefahr, bei der wirtschaftlichen Betätigung Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen zu unterliegen. **Eine Pflichtverletzung liegt erst dann vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.** Diese zum Aktienrecht entwickelten, mittlerweile als so genannte Business Judgment Rule in § 93 I 2 AktG kodifizierten Grundsätze... sind auch Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung iSv § 266 Abs. 1 StGB (...).“ (Herv. d. Verf.)

Welches Risiko noch vertretbar ist, wird regelmäßig über die für ein Unternehmen geltende Risikopolitik bestimmt. Maßgebend für die Pflichtverletzung ist bei Risikogeschäften, ob der Täter die Risikopolitik des Unternehmens eingehalten hat, d.h. den im Innenverhältnis geltenden Rahmen, der das noch zulässige Risiko bestimmt, einhält oder nicht. Dieser Rahmen wird vor allem durch die Vorgaben des Vermögensinhabers bestimmt, ggf. aber auch durch gesetzliche Vorgaben. Kriterien hierfür können sich aus der Art und Zweck des Unternehmens, des Geschäfts, der Höhe der Investition, ihrer Bedeutung für das Unternehmen etc. geben. Erst wenn dieser Rahmen festgestellt ist, kann auch geprüft werden, ob sich der Täter mit seiner Entscheidung noch innerhalb der ihm gesteckten Grenzen bewegt hat (Wafsmmer in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 266 Rn. 115 m.w.N.) Soweit sich aus den konkreten Verhältnissen des Unternehmens keine Hinweise auf eine bestimmte Risikopolitik ergeben, gilt subsidiär der Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmanns (Wafsmmer in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 266 Rn. 119)

Die Grenze des pflichtgemäßen Handelns ist aber in jedem Fall dann überschritten, wenn der Treupflichtige eine Entscheidung ohne sorgfältige Abwägung oder aufgrund einer unvollständigen oder nicht validen Tatsachenbasis trifft (vgl. Wafsmmer in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 266 Rn. 120). Denn Voraussetzung für jede pflichtgemäße Entscheidung, auch nach der Business-Judgement-Rule ist die Ermittlung aller relevanten Fakten, die Prüfung der bekannten Informationen auf Validität und die sorgfältige Abwägung aller relevanten Risiken. Erst nach dieser Vorbereitung darf eine Entscheidung getroffen werden. Diese hat sich an der Risikopolitik auszurichten. Eine Entscheidung ohne hinreichend klare Tatsachengrundlage ist daher regelmäßig pflichtwidrig. Dabei richten sich die Anforderungen daran, welche Informationen eingeholt und wie sie geprüft werden müssen, naturgemäß danach, wieviel Zeit für die Abwägung zur Verfügung steht und welche Bedeutung die Entscheidung hat.

Ob durch die pflichtwidrige, weil auf mangelnder Tatsachenbasis oder Abwägung basierende, Entscheidung objektiv zurechenbar ein Schaden verursacht wird, ist dann eine weitere Frage, die damit

nicht unmittelbar entschieden ist. Hier ist zwischen der Pflichtverletzung und dem Vermögensschaden als Tatbestandsmerkmalen des § 266 StGB zu trennen (vgl. BVerfGE 126, 170 ff.).

Eine *gravierende* Pflichtverletzung ist nach der Rechtsprechung nicht Voraussetzung für eine tatbestandliche Untreuehandlung (BGHSt 50, 331, 343; vgl. auch *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 266 Rn. 64; *Waßmer* in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 266 Rn. 120). Es reicht vielmehr aus, wenn die Vermögensbetreuungspflicht klar verletzt wurde (BVerfGE 126, 170, 210 f.), also wenn die Entscheidung nicht mehr vertretbar ist (*Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 266 Rn. 64a).

Die Kriterien für vertretbare Risiken bestimmen sich bei jedem Unternehmen nach der Risikopolitik, also u.a. nach dem Zweck des Unternehmens, der typischerweise durch den wirtschaftlichen Erfolg bestimmt wird, aber bei atypischen Unternehmen auch durch andere Zwecke bestimmt werden kann, wie etwa bei Stiftungen durch den Stiftungszweck. Daher sind bei DB AG – neben den zwingenden rechtlichen Kriterien – zwei Kriterien zur Bestimmung der Risikopolitik relevant und dürfen herangezogen werden: Zum einen die Sicherstellung des Öffentlichen Personenverkehrs und zum anderen der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens. Bedeutung hat insofern aber auch der Grundsatz der Sparsamkeit und Kosteneffizienz, weil es sich bei der Bahn um ein Unternehmen handelt, das vollständig von der öffentlichen Hand gehalten wird. Spekulationsgeschäfte mit hohem Risiko verbieten sich hier per se. Soweit es das Projekt S 21 betrifft, ist ferner zu berücksichtigen, dass es sich um ein langfristig geplantes Großprojekt mit sehr großer Bedeutung für die DB AG handelte, so dass über dieses Vorhaben keine Eilentscheidungen über Grundsätzliches zulässig oder auch nur notwendig waren.

Eine Entscheidung, die diese beiden Kriterien (Wirtschaftlichkeit und Verkehrsrelevanz) bei der Abwägung der hinnehmbaren Risiken und zu realisierenden Chancen missachtet, bewegt sich nicht mehr im Rahmen der Business-Judgement-Rule, sie ist unvertretbar und damit pflichtwidrig (vgl. nur *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 266 Rn. 67). Das gilt demnach für alle Entscheidungen, die nach Ausschöpfung der bestehenden Bewertungsspielräume nicht mehr wirtschaftlich und auch nicht durch zwingende verkehrstechnische Belange gerechtfertigt sind.

## **2. Politische Kriterien in Unternehmensentscheidungen**

Im Umkehrschluss dürfen politische Erwägungen für die Entscheidungsträger grundsätzlich keine Rolle spielen, soweit sie sich nicht wirtschaftlich unmittelbar und plausibel auswirken. Daraus folgt, dass ein Vorstandsmitglied der DB AG, das bei der Entscheidung über die Durchführung eines Vertrages andere als verkehrspolitische und wirtschaftliche Kriterien anlegt, regelmäßig eine Pflichtverletzung im Sinne von § 266 StGB begehen wird. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass politische Entscheidungsträger in Entscheidungs- oder Aufsichtsgremien entsandt werden und dort bei Entscheidungen mitwirken. Sie dürfen politische Kriterien zwar in die Entscheidungsfindung einfließen lassen; das gilt aber nur soweit, wie sie damit den unternehmerischen Beurteilungsspielraum nicht verlassen. Politische Entscheidungsträger dürfen als Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats eines Unternehmens, an dem die öffentliche Hand beteiligt ist, also keine unwirtschaftliche Entscheidung treffen, nur weil sie politisch opportun erscheint. Das wäre ein Verstoß gegen Vermögensbetreuungspflichten.

Dies gilt grundsätzlich auch für Unternehmen in öffentlicher Hand – wie bei der DB AG, deren Aktien der Bund zu 100% hält –, weil sie grundsätzlich dem Prinzip der Haushaltssparsamkeit und der Effektivität verpflichtet sind. Daher ist die DB AG als juristische Person an die Ziele der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Personenverkehrs und der Wirtschaftlichkeit gebunden. Der Umstand, dass keine privaten Anteilseigner beteiligt sind, führt dazu, dass verkehrspolitisch notwendige Entscheidungen auch getroffen werden dürfen und ggf. müssen, wenn sie nicht wirtschaftlich sein sollten. So etwa, wenn es darum geht, ländliche Räume an den Schienenverkehr anzubinden oder diese Anbindung aufrecht zu erhalten, selbst wenn diese Maßnahme nicht wirtschaftlich sein sollte. Entscheidungen, die weder wirtschaftlich, noch verkehrspolitisch sinnvoll sind, also insbesondere nur allgemeinpolitischen Zielen dienen, sind unzulässig und pflichtwidrig.

### **3. Differenzierung Vermögensmassen der Beteiligten**

Soweit es um die Strafbarkeit der Entscheidungsträger der DB AG wegen Untreue durch eine Entscheidung im Kontext des Projekts S 21 geht, muss also stets zweierlei bedacht werden: Zum einen muss die Frage gestellt werden, welcher Anteil der Kosten die DB AG als Unternehmen trifft und ob dieser Kostenaufwand durch die Aussicht auf den Ertrag kompensiert wird. Zum anderen muss bedacht werden, dass die DB AG verpflichtet ist, den Öffentlichen Personenverkehr sicherzustellen. Daraus ergibt sich, dass jede Entscheidung, die zu Nachteilen für die Funktionsfähigkeit des Öffentlichen Personenverkehrs führt und mit Kosten verbunden ist, regelmäßig eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB darstellt.

## **II. Wirtschaftlichkeitsüberlegungen der DB AG im Kontext „Stuttgart 21“ und Untreuestrafbarkeit**

Die Entscheidungsverantwortlichen waren zunächst davon ausgegangen, dass das Projekt S 21 nicht wirtschaftlich zu realisieren sei. Erst nachdem ein Finanzierungsvertrag u.a. mit Körperschaften des öffentlichen Rechts geschlossen war, wurde entschieden, das Projekt doch noch in Angriff zu nehmen. Daraus folgt, dass – eine einheitliche Beurteilung der Wirtschaftlichkeit durch die DB AG einerseits und die Vertragspartner andererseits vorausgesetzt – die Partner der DB AG entweder die wirtschaftlichen Nachteile für die Bahn kompensiert und als eigene wirtschaftliche Nachteile aus politischen Gründen in Kauf genommen haben, oder durch die Synergieeffekte – die für Außenstehende im vorliegenden Fall allerdings nicht ohne weiteres erkennbar wären – ausgeglichen wurden. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Durchführung des Projekts S 21 für die DB im ersten Zugang als unwirtschaftlich angesehen wurde. Die verantwortlichen Entscheidungsträger der DB AG waren sich also des Problems der mangelnden Wirtschaftlichkeit des Projekts S 21 von Anfang an bewusst.

### **1. Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht**

Aufgrund des Engagements des Landes Baden-Württemberg und weiterer Partner wurden in der Folge im Finanzierungsvertrag Kosten von 3,076 Mrd. EUR zuzüglich eines „Risikopuffers“ von 1,45 Mrd. EUR vorgesehen. Das Verhältnis zwischen den kalkulierten Kosten und dem Risikopuffer ist prima facie ungewöhnlich und weckt Zweifel an der Belastbarkeit der Kalkulationen. Es ist nicht erkennbar, warum die Kosten nicht eindeutiger und sicherer bestimmt worden sind. Unter

Berücksichtigung des hier unterstellten Sachverhalts spricht vieles dafür, dass die Entscheidungsträger ihre Entscheidung über den Abschluss des Vertrages und die Durchführung des Projekts nicht auf der Grundlage eines mit hinreichender Sorgfalt ermittelten Kostenrahmens getroffen haben. Daran, dass Aufsichtsräte und Vorstandsmitglieder i.S.v. § 266 StGB der DB AG für deren Vermögen vermögensbetreuungspflichtig sind, kann kein Zweifel bestehen (vgl. nur BGHSt 47, 187, 200; 50, 331; *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 266 Rn. 105)

Ferner wurde allen Beteiligten das erhebliche Risiko einer Kostensteigerung bereits durch das Gutachten des BRH vom 30.10.2008 vor Augen geführt, der von Kosten in Höhe von „deutlich mehr als 5,3 Mrd. EUR“ ausging und dies plausibel aus Erfahrungswerten begründete. Zwar war dem das Bundesministerium des Verkehrs mit einer dreiseitigen Erklärung vom 13.11.2008 entgegengetreten, jedoch bestehen allein aufgrund des zeitlichen Ablaufs gewisse Zweifel, ob dieser Erklärung eine hinreichende Prüfung der Rügen des BRH vorausgegangen waren.

Dass auch der Bahnvorstand die eigenen vorherigen Kostenberechnungen für wenig belastbar hielt, ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass noch im Jahr 2009 – und damit nur wenige Monate später – auf Veranlassung des damals neu bestellten Vorstandsvorsitzenden der DB AG eine neue Kostenkalkulation erstellt wurde, die zu einem Ergebnis mit erhöhten Kosten führte.

Sollte der Bericht der StZ vom [8.12.2010](#) (S. 2 f.) zutreffen, so besteht an einer Pflichtverletzung der Entscheidungsträger bei der DB AG kein Zweifel, denn in diesem Fall wussten sie bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, dass das Projekt S 21 nicht wirtschaftlich durchzuführen war.

#### **a) Abschluss des Finanzierungsvertrages 2009**

Bereits im Abschluss des Vertrages im Jahr 2009 kann demnach objektiv eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht liegen, die den Mitgliedern des Vorstandes obliegt. Denn ein Verstoß gegen diese Pflicht kann bereits durch das Eingehen unkalkulierbarer Risiken begründet werden, wenn diese Gefahren für das zu betreuende Vermögen geeignet sind, einen Vermögensschaden zu verursachen. Mit Blick auf die hohe Unwägbarkeit bei einem „Risikopuffer“ im Sinne eines Sicherheitsaufschlags von ca. 47% auf den Kostenrahmen liegt ein solches Schadensrisiko durchaus nahe.

Nimmt man weiterhin in den Blick, dass die Entscheidungsträger für das Problem der mangelnden Wirtschaftlichkeit und die hohen Risiken nicht zuletzt aufgrund der zunächst abschlägigen Entscheidung über das Projekt S 21 sensibilisiert waren, dürfte es zumindest nahe liegen, dass sich die Entscheidungsträger auch über die mangelhafte Tatsachengrundlage im Klaren waren. Das bedeutet: Es ist im Zeitpunkt des Abschlusses des Finanzierungsvertrages zumindest von der wahrscheinlichen Möglichkeit einer vorsätzlichen Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch die Entscheidung über ein Großprojekt ohne hinreichend belastbare Kostenkalkulation auszugehen. Auch aus der Sprechklausel nach § 8 Abs. 4 FinV ergibt sich insofern nicht anderes, weil sich durch sie nichts an der Unsicherheit der Kalkulationsgrundlage ändert. Durch eine solche Vereinbarung kann allenfalls der Vermögensschaden vermieden werden.

Berücksichtigt man zudem, dass es der DB AG ausweislich des FinV ausdrücklich auf eine belastbare und kalkulierbare Kostenbestimmung und besonders auf die Wirtschaftlichkeit des Projekts ankam, liegt eine Verletzung der Pflicht zur wirtschaftlichen Planung und Entscheidung durch die



Entscheidungsträger im Unternehmen nahezu auf der Hand. Bereits bei Abschluss des Finanzierungsvertrages lag eine begründete Rüge des BRH vor, der die Kalkulation dezidiert beanstandete. In diesem Fall hätte eine grundlegend neue Ermittlung der Kosten oder zumindest eine Überprüfung der bisherigen Kostenkalkulation durch einen unabhängigen Gutachter erfolgen müssen. Eine unsubstantiierte Berufung auf die früheren Kalkulationen war hier nicht ausreichend, weil diese Grundlage der Kostenberechnungen vom BRH grundlegend in ihrer Belastbarkeit erschüttert war.

#### **b) Unterlassene Kündigung des Finanzierungsvertrags aufgrund nicht hinreichend valid ermittelter Einsparpotentiale und offensichtlicher Finanzierungslücken**

Als weitere Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht kommt die unterlassene Kündigung des Vertrages nach Bekanntwerden der erneuten Kostenkalkulation, die durch den neuen Vorstandsvorsitzenden Grube in Auftrag gegeben worden ist, in Betracht. Hier liegt die Möglichkeit nahe, dass die Beteiligten ihre Vermögensbetreuungspflicht dadurch verletzt haben, dass sie Einsparpotentiale errechnet haben, die sich nicht realistisch erzielen ließen und damit das Projekt durchgeführt haben, obwohl es nicht mehr wirtschaftlich realisierbar war.

Insofern ist durch die Staatsanwaltschaft zu ermitteln, welche der im internen Dokument der DB AG vom 10.12.2009 genannten Einsparpotentiale tatsächlich erzielbar waren und ob die Ermittlungen dieser Beträge auf einer soliden Basis erfolgt ist.

Die Darstellung der einzelnen Posten der Einsparpotentiale erscheint nämlich prima facie nicht hinreichend valide und lediglich als griffweise Schätzungen. Die Änderungen in der Planung waren zum Zeitpunkt der neuen Kalkulationen nicht hinreichend fortgeschritten und die Kostenreduzierung hinsichtlich der Baumaterialien mit den durchführenden Gewerken nicht abgestimmt. Die kalkulierten Einsparungen waren damit bereits im Jahr 2009 kaum seriös begründbar.

Soweit den Kalkulationen die Belastbarkeit fehlt – wofür vorliegend eine große Zahl von Anhaltspunkten spricht – und bereits damals erkennbar war, dass die Kosten die Grenze dessen überschritten, was als noch wirtschaftlich angesehen worden war (4,769 Mrd. EUR), lag auch damals bereits eine Vermögenspflichtverletzung durch die unterlassene Kündigung des Vertrages nahe. In diesem Zusammenhang ist außerdem zu berücksichtigen, dass Experten bereits zu diesem Zeitpunkt vor erheblich höheren Kosten gewarnt hatten und sich diese Befürchtungen als berechtigt herausgestellt haben. Auch insofern ist auf den Bericht des BRH hinzuweisen, der von einer Finanzierungslücke von mindestens 1,3 Mrd. EUR ausging ([S. 9 des Berichts vom 30.10.2008](#)).

#### **c) Entscheidung für eine Fortsetzung des Projekts trotz weiterer Kostenerhöhung am 5.3.2013**

Am 5.3.2013 wurde der Kostenrahmen des Projekts ein weiteres Mal erhöht, nunmehr auf 6,5 Mrd. EUR. Dies erfolgte mit der Begründung, der Ausstieg koste 2 Mrd. EUR und sei damit im Ergebnis teurer als die Fortsetzung des Projekts. Die für diese Entscheidung herangezogene Datengrundlage war – wie sich herausgestellt hat – nicht belastbar, zumal die angegebenen Kostenfaktoren nicht plausibel begründet werden konnten. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Kostenberechnungen stark variieren und plausible Schätzungen der Ausstiegskosten weit unter dem angegebenen Betrag von 2 Mrd. EUR bleiben.

Auch diese Entscheidung stellt sich zumindest prima facie als Fehlentscheidung dar, die auch nicht mit der Anwendung der Business-Judgement-Rule begründet werden kann, weil sie weder transparent ist, noch auf einer soliden Tatsachenbasis getroffen erscheint. In Anbetracht dieser Vielzahl von erheblichen Fehleinschätzungen liegt es auf der Hand, dass die Entscheidungsträger entweder nicht in der Lage waren, die Kosten richtig zu kalkulieren bzw. kalkulieren zu lassen oder ein Interesse daran hatten, die Kosten erst nach und nach erkennbar werden zu lassen, um die Umsetzung des Projekts nicht zu gefährden. In beiden Fällen liegt die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht vor. Daher hätten hier Ermittlungen der Staatsanwaltschaft ansetzen müssen.

Zwar ist es zutreffend, dass bei der Untreue die Feststellung einer Pflichtverletzung oftmals einer Rückschauverzerrung unterliegt, weil es bei der Betrachtung aus der Retrospektive nicht immer gelingt, die damals vorliegenden Kenntnisse der Akteure zugrunde zu legen. Doch vorliegend ist nicht bestreitbar, dass die Entscheidungsträger sich nicht nur der Bedeutung des Großprojekts bewusst waren (so kannten sie insbes. den Bericht des BRH vom 30.10.2008), sondern auch der erheblichen Unwägbarkeiten und der evidenten Gefahr der erheblichen Kostensteigerung.

Dass allen beteiligten Entscheidungsträgern bekannt war, dass die Kostenkalkulation der DB AG nicht belastbar war, dürfte mit Blick auf die dem Aufsichtsrat und Vorstand vorliegende „Kurzinformation“ (S. 10) kaum zweifelhaft sein. Das Papier bringt zum Ausdruck, dass die Berechnungen, auf denen die bisherigen Planungen des Projekts basierten, unvollständig und nicht hinreichend solide waren. Das war auch der Grund, warum von Ministeriumsseite zunächst auch keine Zustimmung zur Finanzierung erteilt werden sollte.

Die Plausibilitätsbegutachtung von PWC bestätigt den starken Verdacht, dass die Entscheidung des Aufsichtsrats für die Fortsetzung des Projekts unter Inkaufnahme eines nicht mehr kalkulierbaren Risikos getroffen wurde.

Daher kann nicht davon gesprochen werden, dass es sich bei der – zumindest aus der Außensicht – nicht hinreichend soliden Kostenkalkulation um eine noch von der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit gedeckte Pflichterfüllung gehandelt hat. Mit Blick auf die Besonderheiten des Einzelfalls und der außergewöhnlichen hohen Kostenrisiken, liegt vielmehr in der Fortführung des Projekts ohne eine solide Kostenermittlung eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung vor.

Hier wurde die Grenze des vertretbaren Handelns überschritten und – so eine Formulierung des BGH (NJW 1975, 1235, 1236; 1990, 3220; StV 2004, 424, 425) – „nach Art eines Spielers bewusst und entgegen der Regeln der kaufmännischen Sorgfalt eine... äußerst gesteigerte Verlustgefahr“ auf sich genommen, um „nur... eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erhalten“ (vgl. auch *Matt/Renzikowski/Matt*, StGB 2013, § 266 Rn. 109).

Darüber hinaus liegen hier belastbare Anhaltspunkte dafür vor, dass nicht wirtschaftliche oder verkehrspolitische, sondern zumindest auch und mit besonderem Gewicht allgemein-politische Kriterien der Entscheidung über die Fortsetzung des Projekts S 21 zugrunde gelegt wurden. Wenn politische Entscheidungsträger bereits vor der maßgeblichen Sitzung des Aufsichtsrats mitteilen, dass eine Entscheidung in einer bestimmten Weise fallen werde, so können sie zum einen Kenntnis davon haben, dass die Entscheidung bereits gefallen ist. Das war aber offensichtlich nicht der Fall,

weil zum Zeitpunkt der Sitzung am 5.3.2013 noch keine hinreichende Mehrheit der stimmberechtigten Personen artikuliert hatten, dass sie zustimmen werden. Zum anderen können sie sicher sein, dass die Entscheidung in einer bestimmten Weise fallen wird, weil sie sicher sind, politischen Druck ausüben zu können, um das Stimmverhalten so zu beeinflussen, dass nicht zwingend die nach der Unternehmens- und Risikopolitik sachgerechte Entscheidung fällt, sondern die allgemein-politisch gewünschte. Wenn ein Staatssekretär, der in einem Aufsichtsrat eine Unternehmensentscheidung zu treffen hat, diese nicht aus wirtschaftlichen oder – hier – verkehrspolitischen Gründen trifft, sondern aus allgemein-politischen Gründen, um nämlich einen kostengünstigeren, aber imageschädigenden Abbruch des Projekts zu verhindern, so stellt dies eine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 StGB dar. Ob daraus ein Vermögensnachteil entsteht, ist dann eine völlig andere Frage.

#### **d) Hinreichende Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung**

Objektiv bestehen daher in der Gesamtschau hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass im Rahmen der Durchführung des Projekts S 21 bei allen Entscheidungen über das „Ob“ der weiteren Realisierung des Projekts Vermögensbetreuungspflichten verletzt worden sind. Zur Beantwortung der Frage, ob die Entscheidungsträger ihre Pflichten tatsächlich verletzt haben, bedarf es intensiver Ermittlungen durch die zuständige Staatsanwaltschaft. Auch wenn nicht jede unternehmerische Fehleinschätzung eine Pflichtverletzung darstellt, gibt doch die Zahl der mangelhaften Entscheidungen aufgrund offenkundig unzutreffender Kalkulationen und unter Missachtung ausdrücklicher Warnungen nicht nur des BRH in der Gesamtbetrachtung hinreichenden Anlass für staatsanwaltschaftliche Ermittlungen.

### **2. Vermögensnachteil i.S.v. § 266 StGB**

Eine strafbare Untreue der Entscheidungsträger der DB AG nach § 266 Abs. 1 StGB durch den Beschluss das Projekt S 21 umzusetzen erfordert weiterhin, dass die Entscheidungsträger der DB AG dem Vermögen des Unternehmens durch die Pflichtverletzungen einen Nachteil zugefügt haben. Angesichts der Entwicklung der Kosten dieses Projekts spricht hier vieles für die Annahme eines Vermögensschadens.

#### **a) Abschluss des Finanzierungsvertrages 2009**

Ein tatbestandlicher Vermögensnachteil ist bereits durch den Abschluss des Finanzierungsvertrages dann gegeben, wenn die Kosten durch das Projekt S 21 nicht durch die wirtschaftlichen Vorteile für die DB AG kompensiert wurden. Es muss hier also eine Vergleichsberechnung im Sinne der Gesamtsaldierung aufgestellt werden, die nicht nur die Gesamtkosten, sondern ausdrücklich die Kosten, die für die DB AG entstehen, berücksichtigt. Eine Gesamtrechnung aller entstehenden Kosten ist insofern nicht ausreichend, als dadurch nicht erkennbar wird, ob und ggf. welche finanziellen Nachteile für die DB AG entstanden sind. Nur für deren Vermögen sind die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der DB AG betreuungspflichtig. Hier muss exakt differenziert werden, welche Kosten für welche juristische Person entstanden sind und wie diese evtl. kompensiert wurden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch unberechenbare Kostenrisiken im Einzelfall einen Vermögensnachteil darstellen können. Solche Risiken müssen nach ihrer Wahrscheinlichkeit bewertet und in die Gesamtsaldierung eingestellt werden (vgl. nur *Matt/Renzikowski/Matt*, StGB 2013, § 266 Rn. 126 m.w.N.). Bei Großprojekten dieser Art entscheidet letztlich die Frage nach der

Wirtschaftlichkeit des Projekts im Wesentlichen über das Vorliegen eines strafatbestandlichen Vermögensnachteils.

Trotz nicht hinreichend kalkulierbarer Kosten des Projekts könnte eine tatbestandliche Untreue insbesondere dann ausgeschlossen sein, wenn die DB AG aufgrund des finanziellen Einsatzes anderer Projektpartner gegen einen Vermögensschaden in einer Weise abgesichert war, dass sie nur Kosten in Höhe der wirtschaftlichen Vorteile durch das Projekt zu übernehmen hatte. Eine solche Vertragsgestaltung wäre allerdings höchst ungewöhnlich, weil sie dazu führen würde, dass das Kostenrisiko allein auf die anderen Projektpartner verlagert würde und die Entscheidungsträger dort regelmäßig Gefahr liefen, sich ihrerseits wegen Untreue strafbar zu machen.

Unter Berücksichtigung der nicht nur unerheblichen Diskrepanz zwischen der ersten Kostenberechnung und der nur kurze Zeit später durchgeführten Nachkalkulation von mehr als 60% drängt sich die Annahme auf, dass die Durchführung des Projekts, das bereits zu den als absolute Obergrenze einschließlich Risikopuffer von ca. 4,5 Mrd. EUR nur durch den finanziellen Einsatz der öffentlichen Hand als wirtschaftlich angesehen wurde, für die DB AG nach einer Steigerung der Kosten um ca. 1,9 Mrd. EUR (Differenz von 3,0 und 4,9 Mrd. EUR) wirtschaftlich nicht mehr vertretbar war. Eine solche Entscheidung wäre auch nach den Grundsätzen des erlaubten Unternehmerrisikos nicht mehr pflichtgemäß, sondern würde eine taugliche Tathandlung des § 266 Abs. 1 StGB bedeuten.

Die Möglichkeit eines Vermögensnachteils i.S.v. § 266 StGB durch den Abschluss des Vertrages lag auf der Hand. Die Frage, ob tatsächlich ein Schaden eingetreten ist, müsste die Staatsanwaltschaft durch grundlegende Finanzermittlungen beantworten. Aber nach der kriminalistischen Erfahrung, die für die Annahme eines Anfangsverdachts maßgeblich ist, liegt die Wahrscheinlichkeit eines Schadens und letztlich auch einer Straftat nach § 266 StGB auf der Hand.

Hier müsste insbesondere ermittelt werden, welcher Anteil am Schaden durch die Kostenerhöhung auf die DB AG entfällt, um dort den tatbestandlichen Erfolg bestimmen zu können. Letztlich müsste hierbei die Frage gestellt werden, welche Kosten durch den Ausstieg zum damaligen Zeitpunkt bis heute vermieden worden wären und ob und ggf. welche Gegenleistung bzw. Wertschöpfung diesen Kosten (wohl mindestens 9,5 Mrd. EUR nach heutigem Stand) gegenüberstehen. Bei der Bewertung dieser Kompensationen sind natürlich Minderwerte in Abzug zu bringen, wenn diese Gegenleistungen aufgrund von Funktionsmängeln nur eingeschränkt nutzbar sind oder aufgrund von Gefahren bei der Nutzung gar nicht brauchbar sein sollten.

#### **b) Unterlassene Kündigung des Finanzierungsvertrags aufgrund nicht hinreichend valider ermittelter Einsparpotentiale und offenkundiger Finanzierungslücken**

Im Ergebnis gelten die Ausführungen zum Vermögensschaden durch den Abschluss des Finanzierungsvertrages entsprechend. Allerdings wird hier die Möglichkeit eines Vermögensschadens deutlicher, weil hier ein Vertrag nicht gekündigt wurde, der aufgrund der sich abzeichnenden Kostenerhöhung um ca. 60% die Wirtschaftlichkeitsgrenze um ca. 150 Mio. EUR überstieg. Zudem müssten hier noch die bereits aus Eigenmitteln aufgewandten Planungskosten von 186 Mio. EUR einberechnet werden, so dass es zu einer Kostenüberschreitung von 336 Mio. EUR gekommen war.

Es spricht vieles für die Möglichkeit, dass ein Vermögensschaden zumindest in dieser Höhe vorliegt.

Hier kann zwar eingewandt werden, dass dem ein Einsparpotential von 891 Mio. EUR entgegenzuhalten wäre, doch wäre dies insoweit – im Rahmen der Feststellung des objektiven Vermögensnachteils – irrelevant, soweit sich das Einsparpotential letztlich als nicht realisierbar herausstellte. In der vorliegenden Konstellation spricht gegen die Realisierbarkeit des Einsparpotentials vor allem die spätere Entwicklung der Kosten, die nicht zu einer Einsparung von 891 Mio. EUR, sondern vielmehr zu einer erheblichen Kostensteigerung führte.

Auch wenn die Beteiligten in dieser Phase nicht erkannt haben sollten, dass das von ihnen angenommene Einsparpotential unrealistisch war, ändert dies nichts am Vorliegen eines Vermögensnachteils i.S.v. § 266 StGB. Dass die Kostensteigerungen erkennbar waren, ist mit Blick auf die Warnungen des damaligen Projektleiters vor einer Erhöhung des Kostenrahmens, kaum zu bezweifeln. Dies gilt insbesondere, weil die Berechnung des Einsparpotentials nicht solide und nach kaufmännischen Kriterien durchgeführt wurde. Dass die Einsparungen mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht erbringbar waren, war bereits zum Zeitpunkt der Erstellung der Übersicht über die Bau- und Planungskosten offenkundig.

Die Frage, ob die Entscheidungsträger die Kostensteigerung und damit auch den Vermögensnachteil dem Grunde und der Höhe nach erkannt haben, ist eine Frage des Untreuevorsatzes (s. Ziffer II. 3; S. 22).

### **c) Entscheidung für eine Fortsetzung des Projekts am 5.3.2013 trotz weiterer Kostenerhöhung**

Schließlich könnte die Entscheidung zur Fortsetzung des Projekts trotz weiterer Kostenerhöhung mit dem Beschluss vom 5.3.2013 einen weiteren Vermögensschaden verursacht haben. Hier liegt der Schaden nahe – vorausgesetzt die DB AG wurde nicht durch die anderen Projektpartner freigestellt –, wenn man davon ausgeht, dass das Projekt S 21 nur bis zu einem Kostenrahmen von 4,769 Mrd. EUR wirtschaftlich durchführbar war. In diesem Zusammenhang muss natürlich berücksichtigt werden, dass ggf. Kosten durch den Rückbau, also Ausstiegskosten anfallen würden. Diese wurden von den Verantwortlichen mit zwei Mrd. EUR angegeben, so dass der Weiterbau günstiger sei als der Abbruch des Projekts. Die Höhe dieser Ausstiegskosten wurde jedoch – soweit ersichtlich (vgl. Ziffer 8b, S. 7 f.) – nicht plausibel begründet. Insofern ist es Aufgabe der Staatsanwaltschaft, diese Kosten eigenständig zu kalkulieren, sie dem Nachteil durch die Realisierung des Projekts gegenüberzustellen, zu saldieren und ggf. einen Schaden festzustellen.

Sollte sich die Berechnung der Ausstiegskosten jedoch als zutreffend erweisen, so wäre damit festgestellt, dass durch den Fortsetzungsbeschluss zu diesem Zeitpunkt möglicherweise kein Schaden entstanden ist, ja sogar keine Pflichtverletzung vorlag. Allerdings wäre dann bewiesen, dass der Abschluss des Vertrages über das Projekt S 21, dessen Durchführung nunmehr nur noch wegen der hohen Ausstiegskosten günstiger war als der Ausstieg, offenkundig einen Vermögensschaden in Höhe des Betrages verursacht hat, um den die Projektkosten den wirtschaftlichen Kostenrahmen übersteigen. Damit stünde unzweifelhaft fest, dass der Beschluss, das Projekt durchzuführen, objektiv den Tatbestand der Untreue erfüllt.

### 3. Untreuevorsatz

Voraussetzung für die Strafbarkeit wegen Untreue ist neben der Erfüllung des objektiven Tatbestandes das Vorliegen des Vorsatzes hinsichtlich der Vermögensbetreuungspflicht, der Pflichtverletzung und des Vermögensschadens (vgl. nur *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 266 Rn. 172 ff.). Da in Bezug auf die Vermögensbetreuungspflicht keine Zweifel am Vorsatz der Entscheidungsträger bestehen, wären nur mit Blick auf den Vorsatz – ausreichend ist Eventualvorsatz (vgl. BGHSt 51, 100, 119 ff.) – hinsichtlich der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht und des Vermögensnachteils Ermittlungen erforderlich. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass es für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes des § 266 StGB ausreichend ist, dass der Täter die Möglichkeit erkennt, dass er pflichtwidrig handelt, sie ernstlich in Rechnung stellt, aber billigend in Kauf nimmt und trotzdem handelt, um ein ihm bedeutenderes Ziel zu erreichen. Vergleichbares gilt für den Vorsatz hinsichtlich des Vermögensschadens.

Daher liegt auch unter Beachtung der Besonderheiten der Business-Judgment-Rule eine vorsätzliche Pflichtverletzung vor, wenn der Vermögensbetreuungspflichtige weiß oder für möglich hält, dass er sich nicht alle ihm verfügbaren Informationen verschafft hat, um seiner Entscheidung eine belastbare Informationsbasis zugrunde legen zu können. Das ist bereits dann der Fall, wenn er nachvollziehbare Zweifel an der Richtigkeit der Kostenkalkulation hat und diese dennoch zur Grundlage der Entscheidung macht, ohne dass eine sofortige Entscheidung im Sinne einer Eilentscheidung aus sachlichen Gründen erforderlich gewesen wäre. Dann handelt er mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal der Vermögenspflichtverletzung vorsätzlich, soweit er nicht aufgrund konkreter Umstände ernsthaft darauf vertraut, seine Entscheidung sei dennoch richtig. Vorsatz liegt insofern also insbesondere dann vor, wenn ein Entscheidungsträger sich trotz Zweifeln auf ein ihn günstigeres Gutachten verlässt, nur weil ihm dessen Aussagen vorteilhafter erscheinen.

Rechnet er zudem damit, dass aufgrund seiner Entscheidung ein unwirtschaftliches Projekt durchgeführt wird, hält er also die Unwirtschaftlichkeit des Projekts und damit einen Vermögensschaden für möglich, so handelt er vorsätzlich. Nicht ausreichend ist nach der Rechtsprechung des BGH (BGH NStZ 2013, 751) jedoch, dass der Täter die Gefährdungslage als solche erkennt, der Täter müsse auch die Möglichkeit des Schadens, und sei es ein Gefährdungsschaden erkennen und in Kauf nehmen. Aus der Rechtsprechung des BGH kann aber keinesfalls hergeleitet werden, der Täter müsse hinsichtlich des Schadens direkten Vorsatz im Sinne eines sicheren Wissens haben. Dieser vom 1. Strafsenat des BGH vertretene Auffassung (BGH NJW 2008, 2451, 2452; BGHSt 53, 199) wurde vom 3. Strafsenat in der West-LB-Entscheidung ausdrücklich widersprochen (BGH StV 2010, 78) und auch der 2. Strafsenat (BGH NJW 2010, 1764) und der 5. Strafsenat (BGHSt 52, 182; NStZ 2013, 751) haben Eventualvorsatz ausreichen lassen.

#### a) Abschluss des Finanzierungsvertrages 2009

Pflichtverletzungsvorsatz ist also auch bei unternehmerischen Entscheidungen bereits dann gegeben, wenn der Täter die Möglichkeit erkennt und ernsthaft in Betracht zieht, dass er durch sein Verhalten seine Pflichten gegenüber dem zu betreuenden Vermögen verletzt. Insofern können mit Blick auf die völlig unsichere Kalkulationsgrundlage und das Bewusstsein der beteiligten Entschei-

dungsträger kaum Zweifel bestehen. Alle Beteiligten wussten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, spätestens aber nach der Nachkalkulation durch den neuen Vorstandsvorsitzenden – die im Ergebnis bemerkenswert genau mit dem des BRH übereinstimmt –, dass die erste Kosteneinschätzung wenig belastbar war. Damit war den Entscheidungsträgern bewusst, dass sie ihre Entscheidung aufgrund einer nicht hinreichend soliden Kostenannahme getroffen hatten und damit die Business-Judgement-Rule verletzten.

Von einem solchen Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit darf nicht gleichsam automatisch auf einen Vorsatz hinsichtlich des Vermögensschadens geschlossen werden. Das ändert aber nichts daran, dass der Entscheidungsträger, der sich der Pflichtwidrigkeit seines Handelns bewusst ist, weil er Risiken eingeht, die er nicht einzuschätzen vermag, sich typischerweise auch des Risikos bewusst sein wird, das seine Entscheidung für das betreute Vermögen bedeutet. Auch wenn die Inkaufnahme eines unternehmerischen Risikos nicht gleichsam eine Pflichtverletzung bedeutet, sondern das Risiko einen elementaren Bestandteil unternehmerischer Tätigkeit ausmacht, ist die Eingehung eines kaum kalkulierbaren bzw. nicht solide kalkulierten Risikos typischerweise pflichtwidrig.

Da die Entscheidungsträger um die große Zahl der unbekanntenen Faktoren wussten, liegt hier eine vorsätzliche Pflichtverletzung zumindest so nahe, dass staatsanwaltschaftliche Ermittlungen geboten sind. Mit Blick auf diese Unkalkulierbarkeit der Kosten liegt zudem der Verdacht nahe – und das reicht für einen Ermittlungen auslösenden Anfangsverdacht aus – dass die Entscheidungsträger die Möglichkeit eines Schadens erkannten und diesen billigend in Kauf nahmen.

#### **b) Unterlassene Kündigung des Finanzierungsvertrags aufgrund nicht hinreichend valide ermittelter Einsparpotentiale und offenkundiger Finanzierungslücken**

Für die Annahme einer vorsätzlichen Pflichtverletzung und Nachteilszufügung bei der Unterlassung der Kündigung spricht vorliegend ebenfalls so viel, dass staatsanwaltschaftliche Ermittlungen geboten sind. Denn hier hat sich herausgestellt, dass die Einsparpotentiale nicht realistisch bestimmt wurden und es den beteiligten Entscheidungsträgern nicht darum ging, das Kostenrisiko ernsthaft zu ermitteln, sondern vielmehr das Projekt durchzusetzen. Dies ergibt sich ohne vernünftige Zweifel aus der unzureichenden Begründung der Einsparpotentiale (vgl. Ziffer A 5, S. 3 f.)

Insbesondere in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein Entscheidungsträger, der wegen der politischen Bedeutung des Projekts die Augen vor den tatsächlichen Kostenrisiken verschlossen hat, auch hinsichtlich des Vermögensnachteils vorsätzlich gehandelt hat. Hier hat die Staatsanwaltschaft die Aufgabe zu ermitteln, welche Kenntnis die beteiligten Entscheidungsträger von der mangelnden Realitätsnähe der angeblichen Einsparpotentiale hatten.

#### **c) Entscheidung für eine Fortsetzung des Projekts am 5.3.2013 trotz weiterer Kostenerhöhung**

Hinsichtlich der Entscheidung für die Fortsetzung des Projekts trotz der erheblichen Kostenerhöhung sind ebenfalls Ermittlungen erforderlich und geboten. Die wenig transparente Darstellung der Ausstiegskosten legt den Verdacht nahe, dass hier keine hinreichend soliden Ermittlungen durchgeführt wurden. Wenn ein Entscheidungsträger diese teils intransparente, teils ungewöhnliche Berechnung der Ausstiegskosten nicht zum Anlass nimmt, in einer Gremienentscheidung die

Fortsetzung des Projekts genauer zu hinterfragen, so spricht bereits das für eine vorsätzliche Beteiligung an einer pflichtwidrigen Entschlussfassung unter billiger Inkaufnahme von Schäden für das Unternehmensvermögen im Interesse der Durchführung des Projekts. Hier müssen durch die Staatsanwaltschaft exakte Feststellungen getroffen werden.

Die verhältnismäßig geringen Anforderungen eines Anfangsverdachts der Untreue durch die an der Entscheidung beteiligten Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats sind hier durchaus erfüllt.

#### **4. Keine Verjährung der Untreuetaten aus dem Jahr 2009**

Im Anschluss an diese generellen Vorfragen soll darauf hingewiesen werden, dass selbst die im Jahr 2009 begangenen möglichen Untreuetaten nicht verjährt wären. Für die Verjährung kommt es auf die Beendigung der Tat an und diese liegt bei der Untreue mit abschließendem Eintritt des Schadens, letztlich also des Vermögensverlustes vor, soweit dieser noch eingetreten ist. Das führt im vorliegenden Fall dazu, dass die Beendigung der möglichen Untreuetaten bis heute nicht eingetreten ist, weil der Schaden sich noch nicht endgültig realisiert hat.

Zur Frage der Verjährung der Untreue heißt es bei *Matt* (in *Matt/Renzikowski*, StGB, 2013, § 266 Rn. 166) unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des BGH (u.a. NJW 2001, 2102, 2106; 2003, 3489; NStZ 2001, 650) wörtlich:

*„Wenn der Nachteil erst durch verschiedene Ereignisse entsteht oder sich nach und nach noch vergrößert, ist die Beendigung der Tat erst im Zeitpunkt des letzten Ereignisses gegeben. Die Beendigung der Untreue ist der maßgebliche Zeitpunkt für den Beginn der Verjährungsfrist gem. § 78a Abs. 1. Für den Eintritt des Vermögensnachteils durch die schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung bedeutet dies, dass die Gefährdungslage in einen effektiven Vermögensverlust umschlagen oder der Nichteintritt des effektiven Schadens feststehen muss, um die Beendigung der Tat annehmen zu können und die Verjährungsfrist beginnen zu lassen.“*

### **III. Untreue durch unterlassene Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Entscheidungsträger**

In diesem Zusammenhang soll auch darauf hingewiesen werden, dass es zudem eine strafbare Untreue bedeuten kann, wenn Entscheidungsträger es bewusst unterlassen, Schadensersatzansprüche gegen solche Personen geltend zu machen, die zwar nur fahrlässig ihre Vermögensbetreuungspflichten verletzt und sich daher nicht wegen Untreue strafbar gemacht haben, denen gegenüber der DB AG aber Schadensersatzansprüche aus dem Aktienrecht zustehen.

Es ist in Rechtsprechung und Literatur unbestritten, dass ein Entscheidungsträger in einem Unternehmen, der eine Vermögensbetreuungspflicht innehat, diese Pflicht verletzt, wenn er einen Anspruch, den die juristische Person gegen eine andere Person hat, nicht geltend macht. Hier geht es letztlich um die unterlassene Mehrung des Vermögens der Treugeberin. Diese Unterlassung verletzt zwar nur dann die Vermögensbetreuungspflicht, wenn es sich bei der in Aussicht stehenden Mehrung nicht um eine bloße vage Aussicht auf einen Vermögenszuwachs handelt, sondern bereits



von einem Vermögenswert gesprochen werden kann. Aber vorliegend handelt es sich um die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen und damit um hinreichend konkrete Vermögenspositionen.

Das bedeutet also, dass insbesondere gegen solche Personen, die mittlerweile aus dem Unternehmen ausgeschieden sind, die aber bei den ersten Entscheidungen über das bereits damals unwirtschaftliche Projekt mitentschieden haben, – ihre Solvenz vorausgesetzt – Schadenersatzansprüche geltend zu machen sind. Ein Unterlassen dieses Regresses führt zu einem Nachteil für die DB AG und stellt damit eine Untreue der neuen Entscheidungsträger dar, soweit Schadenersatzansprüche gegen diese Personen bestanden haben. Wenn diese Ansprüche heute noch geltend gemacht werden könnten, so ändert dies nichts daran, dass durch die Entscheidung, den Anspruch nicht geltend zu machen, bereits ein Gefährdungsschaden eingetreten ist, der mit der Verjährung dieser Ansprüche in einen endgültigen Vermögensverlust umschlagen würde.

#### **IV. Untreue durch unterlassene Geltendmachung von mittlerweile verjährten Forderungen gegen Projektpartner**

Eine eigenständige Untreuestrafbarkeit, die nicht mit den Fragen der Wirtschaftlichkeit des Gesamtprojekts S 21 im Zusammenhang steht, kann schließlich in der unterlassenen Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Projektpartner der DB AG durch den Vorstand liegen.

Soweit tatsächlich ein Anspruch gegen die Vertragspartner besteht, liegt nicht nur eine solche ungewisse Aussicht, sondern ein Vermögenswert vor, der dann für die DB AG durch Verjährung des Anspruchs verloren gegangen sein könnte. Auch wenn ein Zahlungsanspruch zivilrechtlich durch Verjährung nicht untergeht, stellt der Umstand, dass die Einrede der Verjährung wirksam erhoben werden kann, zweifellos einen Vermögensschaden dar. Das führt insofern zu dem Ergebnis, dass sich die Mitglieder des Vorstandes wegen Untreue strafbar gemacht haben können, indem sie die Ansprüche der DB AG gegen die Vertragspartner nicht rechtzeitig geltend gemacht haben. Soweit die Mitglieder des Aufsichtsrats insofern ihre Überwachungspflichten nicht wahrgenommen haben sollten, kommt auch insofern eine Strafbarkeit in Betracht. Voraussetzung für diese Strafbarkeit ist jedoch, dass die in Rede stehenden Ansprüche der DB AG überhaupt bestanden haben und nun nicht mehr geltend gemacht werden können, weil sie verjährt sind und die Einrede der Verjährung erhoben wurde.

#### **V. Untreue durch Verursachung unnötiger Rechtsverfolgungskosten**

Zudem kommt aber auch eine Untreuestrafbarkeit durch die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs in Betracht, soweit den Entscheidungsträgern bekannt war, dass die Einrede der Verjährung mit hoher Wahrscheinlichkeit wirksam erhoben werden würde. In diesem Fall wurden nämlich die Kosten der Rechtsvertretung und die Gerichtskosten ohne sinnvollen Grund und Aussicht auf eine Kompensation verursacht.

#### **VI. Untreue durch Verursachung unnötiger Rechtsverfolgungskosten**

Damit kann die Ausgangsfrage dahingehend beantwortet werden, dass hinreichende Anhaltspunkte erkennbar sind, die nach RiStBV Nr. 1 S. 3 und der ständigen Rechtsprechung (vgl. nur

BVerfG NStZ 1984, 430; NJW 1994, 783) einen Anfangsverdacht begründen. Daher sind nach dem in § 152 Abs. 1 S. 2 StPO verankerten Legalitätsprinzip Ermittlungen zur Aufklärung der dargelegten Untreuestraftaten aufzunehmen.

## C. Beantwortung spezieller Gutachtenfragen

Eine nähere rechtswissenschaftliche Prüfung des Vorgangs soll sich besonders mit folgenden Sachverhalten und den dazu gestellten Fragen befassen:

### I. Sachverhalt 1: Verminderte Leistungsfähigkeit mit Schadensfolgen

Der in Bau befindliche Tiefbahnhof S 21 ist mit nur acht Durchgangsgleisen geplant und wird daher – nicht erweiterungsfähig – gegenüber dem jetzt 16-gleisigen Kopfbahnhof in der Spitzenstunde deutlich weniger leistungsfähig sein.

Zum Beleg hierfür wird noch einmal ausdrücklich verwiesen auf das dem DB-Aufsichtsrat mitgeteilte Kurzgutachten von Dr. C. Engelhardt vom [09.03.2017 \(Anlage 22a\)](#): Die im Detail belegte Kritik an der unzureichenden Kapazität wurde bisher von keiner Seite nachvollziehbar entkräftet, insbesondere waren mehrere leistungsüberhöhende Regelverletzungen im sogenannten Stresstest schon faktisch eingestanden worden (S. 4). Dass die vom Stresstest behauptete Leistungsfähigkeit in der Praxis nicht erreichbar ist, bestätigte auch die internationale Autorität auf diesem Gebiet, Prof. Ingo Hansen von der TU Delft (S. 10).

Sämtliche Stellungnahmen und Behördenentscheidungen, die sich zuletzt auf den Stresstest beziehen, übergehen diese Beweise und setzen dem lediglich unbelegte Behauptungen entgegen (S. 4-10) wie auch zuletzt in der Abweisung des Widerspruchs zum 4. Bürgerbegehren gegen S 21 durch das Regierungspräsidium Stuttgart. Die DB AG hat ferner in einer umfangreichen Stellungnahme im Ermittlungsverfahren bei der Staatsanwaltschaft Berlin vom 2.07.2017 jegliche Aussage zu der dort eingebrachten folgenschwer schädlichen Bahnhofsverkleinerung vermieden.

Ein Vergleich von Städten, deren Einwohnerzahlen und Zahl ihrer Durchfahr- oder Kopfgleise zeigt z.B.: Nürnberg mit 499.000 Einwohnern hat 22 Durchfahr- oder Kopfgleise, Karlsruhe mit 300.000 Einwohnern 14 Durchfahr- oder Kopfgleise und 2 Kopfgleise, Freiburg i. Brsg. 230.000 Einwohner mit 10 Durchfahr- oder Kopfgleisen, Bietigheim-Bissingen mit 42.300 Einwohnern hat 8 Durchfahr- oder Kopfgleise. Erkennbar würde sich Stuttgart mit 605.000 Einwohnern hiernach durch S 21 mit gleichfalls 8 Durchfahr- oder Kopfgleisen einem schwerwiegenden Verkehrsengpass aussetzen.

S 21 wird auch keine Verkehrsbeschleunigung um 20 Minuten schaffen, denn diese ist vielmehr durch die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm bedingt und betrifft nur die Relation Stuttgart-Ulm. In Summe aller Relationen liegt die Beschleunigung durch S 21 bei gerade mal 0,5 Minuten, während das alternative Konzept für den Ausbau des Kopfbahnhofs „K 21“ 0,9 Minuten erzielt.

Wenn ein Verkehrsengpass vermieden und der Verkehr nicht von der Schiene auf die Straße verlagert werden soll, wird der Kopfbahnhof für den Schienenverkehr bestehen bleiben müssen mit der sicheren Folge, dass damit die Planungs- und Finanzierungsgrundlage des Projekts für die DB AG und für die Projektpartner wegfällt.

#### 1. Frage 1a

Wenn Vorstand und Aufsichtsrat der DB AG zumindest Teile der an die Stadt Stuttgart im Jahre 2001 verkauften Grundstücke zurückkaufen müssen, um die Verkehrsbedürfnisse der Metropolregion Stuttgart trotz des nur achtgleisigen Tiefbahnhofs S 21 noch befriedigen zu können, wäre es

dann infolge der Vermögensbetreuungspflicht der Verantwortlichen geboten, in das Projekt nicht weiter zu investieren und Verhandlungen mit den Projektpartnern über Alternativlösungen aufzunehmen, damit für die DB AG schädliche Investitionen vermieden und der öffentliche Personenverkehr gestärkt wird, z.B. durch den Umstieg von S 21 zur Modernisierung des Kopfbahnhofs?

## **2. Antwort 1a**

Wenn die DB AG Grundstücke von der Stadt Stuttgart zurückkaufen muss, die sie im Jahr 2001 an diese verkauft hatte, um den Anforderungen des Verkehrsaufkommens gerecht zu werden, müssen diese Kosten in die Berechnung der Kosten des Projekts S 21 aufgenommen werden. Allein aus diesen Zusatzkosten kann nicht geschlossen werden, dass eine Vermögensbetreuungspflichtverletzung vorliegt. Es kommt auf die Gesamtkosten und die erreichte Verkehrsleistung an. Es handelt sich letztlich um *einen* Posten in der Kalkulation, der sich auf die Wirtschaftlichkeit des Projekts S 21 negativ auswirkt. Dabei ist natürlich der Wert der Grundstücke zu berücksichtigen, der bei einem Kauf – wie auch bei der Berechnung der Ausstiegskosten – nicht verloren geht, sondern zu bilanzieren ist und sich daher als solcher nicht negativ auswirkt. Anders sieht es naturgemäß mit den Nebenkosten des Kaufs aus.

## **3. Frage 1b**

Trifft es zu, dass bei einer Rechtspflicht zum Projektabbruch die intelligente Umnutzung bisheriger Investitionen für S 21 sogar die Beschuldigten teilweise entlasten würde, weil dann das Maß der Fehlinvestitionen und damit des ihnen zurechenbaren Schadens vermindert wäre?

## **4. Antwort 1b**

Soweit von einer Rechtspflicht zum Abbruch des Projekts ausgegangen wird, ist der Schaden danach zu bestimmen, wie sich das Vermögen der DB AG nunmehr konkret darstellt. Das führt naturgemäß dazu, dass alle Investitionen, die „umgewidmet“ werden können und daher weiterhin verwendbar sind, insofern nicht als Vermögensschaden verbucht werden können. Insofern ist kein tatbestandlicher Vermögensschaden entstanden bzw. es kommt eine Schadenskompensation in Betracht.

## **II. Sachverhalt 2: sechsfach überhöhtes Gleis- und Bahnsteigefälle**

Der Tiefbahnhof S 21 übersteigt die reguläre Obergrenze des Gleis- und Bahnsteigefalles von 2,5 Promille (§ 7 Abs. 2 Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung=EBO) um das Sechsfache mit 15,143 Promille, weil auf der Nordseite die S-Bahn überquert und auf der Südseite die Stadtbahn unterquert werden muss (sog. „Zwangspunkte“). Dies widerspricht § 2 Abs. 2 EBO, der die Abweichung von den Regeln nur beim „Nachweis gleicher Sicherheit“ zulässt. Nach Auskunft des Bundesverkehrsministeriums (BMVI) vom 14.07.2015 (BT-Drs. 18/5366, Anlage 22b) sind im Kölner Hauptbahnhof mit nur 3,6 bis 6,8 Promille Gleisneigung vom 18.03.2010 bis 18.01.2015 insgesamt 22 Wegrollvorgänge mit acht verletzten Personen registriert worden. Gefährdungen von Leib und Leben von Menschen allein durch wegrollende Transportmittel auf den abschüssigen Bahnsteigen waren dabei nicht erfasst. Das BMVI (aaO) bringt auch zum Ausdruck, planebene Bahnhöfe seien anzustreben. „Nachweisbar erreichen leichtläufige moderne Züge bei 15 Promille Gleisgefälle bereits innerhalb von 60 Sekunden eine Geschwindigkeit von 30,4 km/h, das ist das Achtfache der

bei 2,5 Promille erreichten 3,7 km/h (Dipl. Ing. BahnDir. Andersen, [Gutachten vom 4.10.2014, Anlage 23](#)), so dass die außerordentliche Schiefebene die Gefahrenlage für Leib und Leben der Menschen drastisch verschärft.

Hierzu heißt es im Gutachten auf S. 34 wörtlich:

*„Zu keinem Zeitpunkt bei dem bisherigen Ablauf des Projektes S 21 ist weder von der planenden DB Netz AG noch von der genehmigenden Stelle dem Eisenbahnbundesamt das Problem des zuversichtlichen [Sic! gemeint ist zuverlässigen] Verhinderns des Wegrollens eines haltenden Zuges behandelt worden. Es besteht aber ein überragendes öffentliches Interesse, nämlich für den Gesundheitszustand der Bahnkunden, anhand der bekannt gewordenen Wegrollvorgänge in Hamburg Hbf und Köln Hbf die Sicherheitsfrage für den neuen Stuttgarter Tiefbahnhof hierzu zu stellen. Auf Grund der Wegrollvorgänge im ebenen Bahnhof Hamburg Hbf vor ca. 30 Jahren als auch vom 16.01.2011 in dem mit 3,68 ‰ geneigten Gleis 7 von Köln Hbf ist die Situation in den mit 15,143 ‰ geneigten 8 Gleisen vom neuen Stuttgarter Durchgangsbahnhof als hochgradig gefährlich anzusehen. Zur Gewährung des Gesundheitsschutzes der Reisenden beim Ein- und Ausstieg ist die Bahnhofsplanung in Stuttgart Hbf tief vollkommen eben zu gestalten, mindestens aber auf max. 2,5‰ auszurichten.*

*Mit einer solchen Umplanung kann auch die Einfahrt in den neuen Stuttgarter Durchgangsbahnhof wie in den kürzlich eröffneten Bahnhof Zürich Löwenstraße gestaltet werden und somit die Arbeit der Triebfahrzeugführer wesentlich erleichtern. Anderenfalls ist die Plangenehmigung aufgrund des fehlenden Nachweises gleicher Sicherheit nicht zu erteilen bzw. aufzuheben.*

*Diese Feststellung steht im klaren Gegensatz zu den Feststellungen des Planfeststellungsbeschlusses vom 28.1.2005, der die Bedenken gegen die auffällig starke Neigung als unbegründet betrachtet und die Maßnahmen zur Unfallverhütung als ausreichend erachtet. Insofern stellt jedoch der Gutachter Andersen fest (S. 31):*

*„Zu diesen beiden Dokumenten müssen einige Anmerkungen gemacht werden. An mehreren Punkten merkt ein Fachmann, dass diese beiden Dokumente im Ursprung weder von der DB Netz AG stammen noch vom EBA. Sie sind beide von einer dritten Stelle, die ein Interesse am Zustandekommen des PFA-Beschlusses für den mit 15,143 ‰ geplanten Bahnhof hatte, vorformuliert und bei den beiden Verwaltungen eingeschleust worden.*

Der Gutachter macht deutlich, dass im Planfeststellungsbeschluss keine Sachprüfung der angegebenen Daten stattgefunden habe und die Formulierungen aus dem Antrag sogar wörtlich in den Planfeststellungsbeschluss übernommen wurden. Darüber hinaus seien inhaltliche Fehler nicht erkannt worden, wie etwa der sachlich mangelhafte Vergleich eines einzelnen S-Bahn-Haltepunkts mit der Betriebsabwicklung in einem Bahnhof wie dem Stuttgarter Hauptbahnhof. Schließlich fehle eine Dokumentation darüber, dass der erforderliche Nachweis gleicher Sicherheit hinsichtlich des Wegrollens haltender Züge geführt worden ist.

Im Planfeststellungsbeschluss PFB 1.1 (Talquerung) Seite 372 f. (Anlage 23, S. 41) vom 28.01.2005 hat das Eisenbahnbundesamt (EBA) die Angaben der DB AG übernommen, weil es den politischen Vorgaben des Bundesverkehrsministeriums als vorgesetzter Bundesbehörde gefolgt ist. EBA-Vizepräsident Schweinsberg hat Anfang 2014 laut Bahndirektor Dipl.-Ing. Sven Andersen (Nachweise im Gutachten v. 4.10.2014, Anlage 23) bei einer Podiumsdiskussion erklärt: Es wurde

bezüglich der Längsneigung von über 15 Promille „kein gesonderter Sicherheitsnachweis erbracht, weil dieser nicht angefordert war“. Das dürfte ein schwerer Regelverstoß sein, zumal hier das Verfassungsgut von Leib und Leben der Menschen und die vorbeugende Gefahrenabwehr auf dem Spiel stehen, die höchsten Rang haben. Allerdings hat der Bau von S 21 erst am 1.2.2010 begonnen. Jahre später wurden die Beschuldigten mit dem durch neuere amtliche Auskünfte erhärteten Vorwurf der Unzulässigkeit der sechsfach überhöhten Gleis- und Bahnsteigeneigung konfrontiert, haben aber den Regelverstoß bisher nicht durch den Ausstieg von S 21 ausgeräumt, so dass die strafrechtliche Einordnung dieser Frage – trotz des EBA-Beschlusses – besonders wichtig erscheint.

Hinzu kommen die Gefährdungen von Leib und Leben von Menschen allein durch wegrollende Transportmittel auf den abschüssigen Bahnsteigen. Hierzu ist durch Berechnungen und in der Praxis durch einen auf dem Bahnhof Ingolstadt Nord ins Gleis rollenden Kinderwagen nachgewiesen worden, dass der vermeintliche Nachweis gleicher Sicherheit methodisch falsch geführt worden sein musste, dessen Veröffentlichung der seinerzeitige Bahnvorstand Dr. Volker Kefer überdies gegenüber dem Bundestags-Verkehrsausschuss verweigert hatte (C. Engelhardt, Stellungnahme vor dem Bundestags-Verkehrsausschuss zu geeigneten Bahnhöfen vom 14.03.2016, [Anlage 24](#)).

## **1. Frage 2**

Ist das Verhalten der Beschuldigten trotz des zitierten EBA-Beschlusses pflichtwidrig und vorwerfbar, weil sie am Weiterbau von S 21 in Kenntnis der Gefahrenlage und der Auskunft des BMVI (siehe oben) vom 14.07.2015 festhielten?

## **2. Antwort 2**

Die Herstellung eines Bahngleises bzw. eines Bahnsteigs, das nicht den für diesen Bereich geltenden Vorschriften des öffentlichen Rechts entspricht, ist unzulässig. Gleiches gilt für die Durchführung einer Baumaßnahme, wenn die für den Betrieb des Bauwerks geltenden Verkehrssicherungspflichten nicht eingehalten werden. Im vorliegenden Fall kann die Nichteinhaltung der Vorgaben der EBO bzw. der allgemeinen Verkehrssicherungspflichten dazu führen, dass der Bahnhof nicht oder nur unter zusätzlichen vorläufigen Sicherungsmaßnahmen betrieben werden darf. Daher ist der Abschluss eines Vertrages, der die Herstellung eines solchen Bauwerks vorsieht, eine Pflichtverletzung, wenn die Durchführung des Bauprojekts einerseits zu Kosten führt, das Unternehmen das Bauwerk andererseits aber mit Blick auf die Gefahren für Leib und Leben der Fahrgäste nicht oder nur unter Aufwendung zusätzlicher finanzieller Mittel betreiben darf.

Wenn dagegen eingewendet wird, dass diese Fragen im Planfeststellungsverfahren berücksichtigt wurden (S. 372 des Planfeststellungsbeschlusses vom 28.1.2005, Anlage 23, S. 40 ff.), so ist zum einen auf die substantiierten Zweifel des Gutachters Andersen hinzuweisen, die geeignet sind, das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit des Planfeststellungsbeschlusses nachhaltig zu erschüttern. Zum anderen war den Entscheidungsträgern bekannt, dass alle Informationen, die dem Planfeststellungsbeschluss zugrunde lagen, nicht hinreichend unabhängig überprüft waren. Die behördliche Entscheidung ist nach Angaben des Gutachters vollständig ohne Sachprüfung der Behörde ergangen, so dass hinsichtlich der bestehenden Gefahren besondere Sorgfalt und Vorsicht geboten war und kein Vertrauensschutz bewirkt werden kann.

Die Staatsanwaltschaft ist mit Blick auf diesen Sachverhalt verpflichtet, zu ermitteln, ob sich durch die Neigung ein besonderes Unfallrisiko ergibt und wer die Verträge über die Herstellung dieses nicht verkehrssicheren Werks abgeschlossen hat und ob die beteiligten Entscheidungsträger Kenntnis von den Verstößen gegen diese Vorgaben hatten. Wenn die Mitglieder des Vorstandes bzw. Aufsichtsrats Kenntnis von diesen Verstößen hatten, als der Vertrag geschlossen wurde, käme tatsächlich eine Strafbarkeit wegen Untreue in Betracht. Das setzt aber die Feststellung der Staatsanwaltschaft voraus, dass die Entscheidungsträger vor Abschluss des Vertrages wussten, welche Vorgaben für das Gefälle von Gleisen bestanden und dass diese Vorschriften im konkreten Fall verletzt wurden. Zudem müssten sie gewusst haben, dass durch den Abschluss dieses Vertrages Kosten für die DB AG entstehen, denen keine Kompensation durch Vermögensvorteile gegenübersteht. Zudem müssten die konkreten Personen an der Entscheidung über die Vergabe (auch) dieses Auftrags mitgewirkt oder zumindest die mögliche Verhinderung des Vertragsschlusses unterlassen haben.

Soweit die Entscheidungsträger nicht an dem Abschluss des ursprünglichen Vertrages mitgewirkt haben, stellt sich der Frage der Untreuestrafbarkeit naturgemäß auch dann erneut, wenn Entscheidungsträger die Möglichkeit haben, den Vertrag, aus dem sich der Vermögensnachteil ergibt, zu kündigen oder auf anderen Weise den Vermögensschaden zu verhindern. In diesem Fall kommt eine Untreue durch Unterlassen in Betracht. Die Vermögensbetreuungspflicht ist nämlich nicht nur darauf gerichtet, dass der Entscheidungsträger keine aktiven Handlungen vornimmt, die zu einer Vermögensschädigung führen, sondern der Treuepflichtige ist auch dazu verpflichtet, aktiv Schaden von dem Treugeber abzuwenden. Kann also der Treuepflichtige eine nachteilige Rechtslage beseitigen, etwa durch Kündigung oder Anfechtung, und unterlässt dies, so begeht er ebenfalls eine Treuepflichtverletzung. Hinsichtlich des Vorsatzes gilt insofern, dass er erkannt haben muss, dass die Rechtslage nachteilig ist, dass er sie beseitigen kann, dass er dazu verpflichtet ist und dass er damit einen möglichen Schaden abwenden würde. Wenn im vorliegenden Fall also erkannt wurde, dass ein Ausstieg aus dem Projekt S 21 möglich war und damit der hier relevante Schaden durch einen nicht betriebsfähigen Bahnhof verhindert werden konnte, dann liegt eine Tatbestandserfüllung auch durch die Entscheidungsträger nahe, die im Jahr 2013 oder auch bei allen späteren Entscheidungen der maßgeblichen Gremien gegen den Ausstieg entschieden haben.

Dass im Verfahren zum Planfeststellungsbeschluss kein gesonderter Sicherheitsnachweis angefordert wurde, führt nicht zu einem Ausschluss der Haftung für mögliche Körper- und Sachschäden. Es beseitigt auch nicht die entsprechende Verkehrssicherungspflicht der DB AG. Der Planfeststellungsbeschluss kann hier nicht als Genehmigung in dem Sinne verstanden werden, dass er den Verstoß gegen die Sicherheitsvorgaben für Längsneigung zum erlaubten Risiko erklärt und so eine Haftung der DB AG ausgeschlossen wäre. Ein solcher Haftungsausschluss unter Verstoß gegen allgemein gültige Sicherheitsvorschriften zu Lasten der Fahrgäste und anderer Benutzer des Bahnsteigs wäre rechtswidrig. Anders als in anderen Bereichen des verwaltungsrechtsakzessorischen Strafrechts entsteht hier auch keine tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Wirkung einer Genehmigung oder sonstigen behördlichen Erlaubnis, weil es die hier relevanten Strafvorschriften zum Schutz von Körper und Sacheigentum eine solche Ausnahme nicht vorsehen. Schließlich kann auch aus der unterlassenen Anforderung nicht gefolgert werden, die Verletzung der Vorschriften

über die Längsneigung sei mit dem Abschluss des Planfeststellungsverfahrens ausdrücklich erlaubt worden. Um diese Fragen allerdings näher zu erörtern wäre eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Planfeststellungsverfahren und den dortigen Feststellungen erforderlich.

Soweit die hier gebotenen Ermittlungen insofern zu Beweismitteln führen sollten, die auch auf einen entsprechenden Vorsatz der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat hinweisen und insofern einen hinreichenden Tatverdacht begründen, wäre eine Anklage nach dem Legalitätsprinzip zwingend geboten.

### III. Sachverhalt 3: Tunnel im Anhydrit, Risiken der Betriebstauglichkeit

Nach dem vom Aufsichtsrat der DB AG bestellten Gutachten von KPMG/ Ernst Basler, den Aufsichtsräten am 13.10.2016 eröffnet, erzeugt S 21 durch Tunnel auf über 15 km Strecke in dem um 60 % quellfähigen Gestein Anhydrit „unüblich hohe Risiken für die Betriebstauglichkeit“ des Projekts, die „nicht beherrschbar“ sind. Die DB AG will dies durch Prof. Wittke widerlegen, der das Projekt ständig begleitet und die in Tunneln von Anhydrit ausgehende Gefahr der Sanierungsbedarfe und späteren Streckenstilllegungen zu verhindern und zu mindern versucht. Zusammenhängend auch damit kam es vorerst bereits zur Bauverzögerung um vier Jahre. Die Auswirkungen sind der Schwere nach nicht absehbar, zumal bei der Mehrheit von acht seit 1970 gebauten Tunneln im Anhydrit entgegen der prognostizierten Sicherheit Sanierungsbedarfe auftraten. Die DB AG beruft sich jetzt darauf, eine Expertenkommission würde das Büro Wittke fortlaufend begleiten.

In dem Beitrag von *Thomas Wüpper* für die [StZ vom 3.12.2016](#) (Anlage 25) heißt es hierzu:

*„Nach Einschätzung der externen Gutachter könnten mögliche Schäden an den Tunnelbauten, die auf mehr als 15 Kilometern durch problematische Anhydrit-Schichten führen sollen, im Extremfall zu teuren Sanierungen und Terminverzögerungen von bis zu drei Jahren führen. Dann würde S 21 erst Ende 2024 fertig. Zudem könnten durch die Anhydrit-Risiken sogar Neubauten von Teilen der Tunnel nötig werden und dadurch Folgekosten entstehen, pro Schadensfall bis zu 195 Millionen EUR. Der Bahnbetrieb wäre bei größeren Tunnelschäden überdies „nicht mehr gewährleistet“, warnen die Experten, Häuser könnten beschädigt werden. Das Fazit der Studie: Es gebe für Tunnel im Anhydrit generell „keine bautechnische Lösung“, die eine risiko- und unterhaltsfreie Nutzung über Jahrzehnte zuverlässig sicherstellen könne. Insofern müsse man sich bewusst sein, dass bei jedem dieser Bauwerke „ein im Ingenieurbau unüblich großes Risiko für die Betriebstauglichkeit besteht“.*

Zum Gutachten des hauseigenen Gutachters Wittke führt die StZ unter Berufung auf das Gutachten von KPMG/Basler aus:

*„Bei der Bewertung der Tunnelrisiken im Anhydrit stützen sich KPMG/Basler auf die wissenschaftlichen Erkenntnisse eines der weltweit führenden Experten, Professor Georgios Anagnostou von der Universität ETH in Zürich. Der Fachmann für Geotechnik hat bei vielen großen Tunnelbauwerken wie dem Gotthard-Basistunnel in der Schweiz mitgewirkt. Anagnostou wurde von KPMG/Basler eigens zu S 21 und den bisherigen Risikobewertungen der DB-Tochter PSU und ihres beratenden Ingenieurbüros Wittke (WBI) befragt. Deren bisherige Einschätzungen werden von den Gutachtern sehr kritisch kommentiert. Für problematisch halten die Gutachter auch, dass sich die DB bei der Bewertung der Tunnelrisiken bisher nur auf*



*diesen einzigen Berater gestützt habe. Ein Beirat aus mehreren internationalen Fachleuten wäre die bessere Lösung gewesen, urteilt KPMG/Basler.“*

Auch der Bundesrechnungshof hatte im Übrigen vor den unkalkulierbaren Kostenrisiken wegen des Tunnelbaus gewarnt (*Thomas Wüpper*, StN v. 5.12.2016, Anlage 26)

### **1. Frage 3a**

Muss man, weil laut Gutachten von KPMG/Basler, Anhydrit unüblich hohe, nicht beherrschbare Risiken für die Betriebstauglichkeit erzeugt, in Bezug auf dadurch bereits entstandene Bauverzögerungen eine pflichtwidrige Schädigung und in Bezug auf zu erwartende Vermögensnachteile des Bahnkonzerns zumindest eine schadensgleiche Vermögensgefährdung bejahen, die im gesamten Ausmaß zwar später noch festzustellen ist, jetzt aber bereits durch den Projektweiterbau in Kenntnis des Gutachtens zu verantworten ist?

### **2. Antwort 3a**

Grundsätzlich gilt, dass ein Bauprojekt, dem ein belastbares Gutachten bescheinigt, dass es zu nicht beherrschbaren Gefahren der Betriebstauglichkeit kommen wird, nicht durchgeführt werden darf. Eine Bahnstrecke, die nicht sicher betrieben werden kann, weil die Risiken nicht beherrschbar sind, darf nicht in Benutzung genommen werden. Die Durchführung eines Bauprojekts, das zu einer nicht betriebsfähigen Bahnstrecke führt, bedeutet daher die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht, weil Finanzmittel aufgewendet werden, die nicht durch zu erwartenden Gewinn kompensiert werden. Hier kann auch nicht argumentiert werden, dass die Strecke unter Inkaufnahme der Risiken betrieben wird, wenn dieser Betrieb aufgrund der bestehenden Risiken rechtswidrig wäre, etwa weil es sich um gesundheitliche Risiken für Personen handelt. Vermögensvorteile aufgrund eines rechtswidrigen Betriebs dürfen im Rahmen der Gesamtsaldierung grundsätzlich nicht verrechnet werden.

Soweit die Risiken für die Betriebstauglichkeit „nur“ die Funktionsfähigkeit des Verkehrs als solchem betreffen, müssten die Risiken beziffert werden, um eine Gesamtsaldierung und damit eine Schadensbemessung vornehmen zu können. Hier müsste dann aus strafrechtlicher Sicht und mit Blick auf den Grundsatz in dubio pro reo das zu erwartende Minimalrisiko zugrunde gelegt werden.

Hier wäre im Wege einer wirtschaftlichen Bewertung und Bilanzierung festzustellen, ob ein Gefährdungsschaden durch die drohenden Risiken im Falle einer Betriebsuntauglichkeit bzw. der zu erwartenden Betriebsstörungen gegeben ist. Grundsätzlich kann aber ein Gefährdungsschaden vorliegen. Dieser wäre im Einzelfall ggf. auch durch eine Schätzung des Minimalschadens zu bestimmen.

### **3. Frage 3b**

Ist es pflichtwidrig, ein solches Großprojekt mit über 15 km Tunnel im Anhydrit zu bauen, obwohl es insoweit kein erprobtes sicheres Verfahren gibt? Verhalten sich die Vorstände und Aufsichtsräte nicht pflichtwidrig, weil sie sich auf hauseigene Experten stützen, die vom Weiterbau des Projekts profitieren und im Grunde nichts anderes tun, als den Schaden im laufenden Bau in einem weitgehend experimentellen Vorgehen so gering wie möglich zu halten, ohne die Folgen des Anhydrit nach einer Inbetriebnahme des Projekts abschätzen zu können, wie die Sanierungsbedarfe der

Mehrheit der nach 1970 im Anhydrit gebauten Tunnel entgegen den hierzu von Experten angestellten Prognosen bestätigen?

#### **4. Antwort 3b**

Soweit der Bau in dieser Gesteinsart mit gesundheitlichen Risiken für die Fahrgäste verbunden ist, ist die Durchführung eines solchen Projekts nicht zulässig.

Diese Frage soll hier allerdings nur aus der Perspektive einer untreuestrafrechtlichen Betrachtung betrachtet werden. Eine Antwort ist ohne weitere Informationen jedoch kaum möglich. Abstrakt formuliert ist der Entschluss eines Entscheidungsträgers, ein solches Großprojekt durchzuführen dann pflichtwidrig, wenn das Projekt bei Einbeziehung eines realistischen Kostenrisikos nicht mehr wirtschaftlich durchführbar erscheint. Daher müsste zunächst ermittelt werden, was es bedeutet, dass kein erprobtes sicheres Verfahren zur Verfügung steht. Wenn es kein Verfahren gibt, das es mit einem vertretbaren Risiko ermöglicht, einen solchen Tunnel zu bauen, dann muss die Durchführung des Projekts als praktisch unmöglich angesehen werden, so dass jede Investition in ein solches Projekt unzulässig und pflichtwidrig wäre.

Nimmt man jedoch auf die von Experten geäußerten Bedenken hinsichtlich der Verzögerungen und Sanierungskosten Bezug, so liegt eine Pflichtverletzung der Entscheidungsträger dadurch nahe, dass sie im Vorfeld der Durchführung des Projekts nicht auf ein aus unabhängigen Beratern bestehendes Gremium zurückgegriffen haben, sondern sich bei einem Projekt bei dem es sich nach wissenschaftlichen Maßstäben um ein technisches Experiment handelt, auf einen Gutachter verlassen haben. Darin liegt eine Pflichtverletzung. Ob und zu welchem Schaden sie geführt hat, ist durch eine Bewertung der Risiken ggf. auch ihre Abdeckung durch Versicherungen unter Saldierung mit dem Nutzen des Projekts zu bestimmen.

#### **IV. Sachverhalt 4: Untreue durch Verweigerung des Umstiegs trotz sicherer Ersparnis von Milliarden EUR?**

Wie in der Einführung dieses Textes beschrieben, hat die DB AG schon in jener Zeit, als die Wirtschaftlichkeitsgrenze des Projekts von 4,7 Mrd. EUR überschritten war, ohne nachvollziehbare, stimmige Gründe behauptet, der Ausstieg sei teurer als der Weiterbau. Nach neuestem Sachstand ist feststellbar:

- a) Am 26.01.2018 haben Vorstand und Aufsichtsrat der DB AG den Finanzrahmen für das Projekt auf 8,2 Milliarden EUR festgelegt, mit enthalten ein Risikopuffer von 495 Mio. EUR. Bisherige Investitionen liegen bei 3,2 Mrd. €, die Kosten des Weiterbaus hiernach bei etwa 5 Mrd. €, der Ausstieg laut DB AG bei 7 Mrd. €. Das zugrunde liegende PwC-Gutachten ist geheim, Abbruchkosten mit Einbeziehung der Neubaustrecke (NBS) Wendlingen-Ulm sollen 4,8 Mrd. €, „Ersatzinvestitionen“ sollen 1,465 Mrd. € betragen zuzüglich Anschlusskosten an die NBS. Bisher eingesetzte Mittel kämen noch hinzu (BT-Drs. 19/779, S.4, Anlage 27).
- b) Die zitierte Berechnung von Ausstiegskosten ist erneut nicht nachvollziehbar und unstimmtig: Bei den „Abbruchkosten“ wird fälschlich die NBS einbezogen, obwohl sie im Gegensatz zu S 21 eigenständiger Teil des Bundesverkehrswegeplans ist und der Anschluss der NBS an die

Bestandsstrecke nach Stuttgart bereits im Jahr 2007 vom Gutachter des Bundes als „betriebswirtschaftlich sinnvoll“ erachtet wurde (s. Dossier des Bundesverkehrsressorts vom Februar 2013, S. 8). Fälschlich werden auch volle Rückbaukosten berechnet, obwohl ein „qualifizierter Abschluss“ des Projekts auch nach § 2 Abs. 2 Finanzierungsvertrag auf „den verkehrssicheren Betriebszustand (keine Provisorien), der Verkehrsleistungen in dem Zustand, wie sie vor Beginn des Projektes möglich waren“, abhebt. Der Abbruch kostet 4,8 Mrd. € nur, wenn dies die Summe der erfolgten S 21-Investitionen von 3,2 und die Kosten anlässlich eines Aus- und Umstiegs umfasst, wie von dem Verkehrsgutachter Dr. Martin Vieregg ermittelt. Dann bedarf es aber keiner Ersatzinvestitionen. Außerdem sind Anschlusskosten der NBS Wendlingen-Ulm keine Folge eines Abbruchs von S 21, sondern der Bauverzögerung durch die DB AG.

Folglich kostet S 21 durch Umstieg und Umnutzung 4,8 Mrd. € und durch Weiterbau laut PwC mindestens 7,7 bis 8,2 Mrd. €, das sind bei Annahme dieser DB-Prognose rund drei Mrd. € höhere Kosten.

#### **1. Frage 4a**

Darf die im Staatsbesitz stehende DB AG das PwC-Gutachten zu den Projekt- und Ausstiegskosten von S 21 weiter geheim halten oder ist die Staatsanwaltschaft berechtigt und verpflichtet, sich zur Prüfung des Tatverdachts der Untreue dieses Gutachten und die Protokolle der im Vorfeld stattgefundenen Beratungen und der Entscheidung des Bahn-Aufsichtsrats vom 26.01.2018 durch gerichtliche Durchsuchung und Beschlagnahme zu beschaffen?

#### **2. Antwort 4a**

Die Richtigkeit der hier zugrunde gelegten Berechnung ebenso unterstellt wie die Annahme, dass die Durchführung des Projekts S 21 keine wirtschaftlichen Vorteile bringt, die die höheren Kosten von drei Mrd. EUR kompensieren, ist die Staatsanwaltschaft Berlin berechtigt das PwC-Gutachten zu den Projekt- und Ausstiegskosten von S 21 zu beschlagnahmen und im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes auch dazu verpflichtet. Es sind keine Beschlagnahmeverbote erkennbar.

#### **3. Frage 4b**

Sind zur Frage, ob der Bahnkonzern durch den Weiterbau des unwirtschaftlichen Projekts nach § 266 StGB pflichtwidrig geschädigt wurde, die Gesamtkosten des Projekts inklusive Aus- und Umstiegskosten nach Maßgabe der Ausführungen von oben Ziffer b) zu vergleichen mit den Gesamtkosten des Projekts im Falle des Weiterbaus inkl. aller bisher angefallenen und projektbezogen nach jetzigem Sachstand zu erwartenden Kosten?

#### **4. Antwort 4b**

Die Frage nach dem Vorliegen eines Vermögensschadens kann nicht global auf das Gesamtprojekt bezogen beantwortet werden, sondern ist in einer differenzierten Betrachtung jeder einzelnen Entscheidung zu erörtern, mit der sich die beteiligten Entscheidungsträger strafbar gemacht haben könnten. Wie dies zu erfolgen hat, ist in den Vorüberlegungen zu diesem Gutachten erläutert worden. Soweit es die Feststellungen unter 4a betrifft, muss ein Vergleich zwischen allen finanziellen Folgen der beiden möglichen Entscheidungsvarianten erfolgen. Dabei sind nicht nur die unmittelbaren Kosten, sondern auch alle wirtschaftlichen Vorteile zu berücksichtigen und zu bewerten. Bei

dieser Bewertung kommt dem Unternehmer ein erheblicher Spielraum zu, der es zulässt, auch gewisse kalkulierbare Risiken einzugehen, soweit diese wirtschaftlich vertretbar erscheinen.

#### **5. Frage 4c**

Darf die Staatsanwaltschaft Berlin alle diese Fragen für unerheblich erklären, weil der Vorstand und die Aufsichtsräte der DB AG nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und somit auch im Rahmen des § 266 StGB unternehmerische Ermessensfreiheit hätten oder ist auch wegen dieses Sachverhalts Anklage wegen Untreue geboten?

#### **6. Antwort 4c**

Die Frage, ob insofern Anklage zu erheben ist, ist ohne weitere Ermittlungen nicht zu beantworten. Die Beantwortung der weiteren Frage ergibt sich aus den bereits oben dargestellten Überlegungen. Mit Blick auf die erheblichen Vermögensnachteile, die in der vorliegenden Konstellation zumindest nahe liegen und die außergewöhnlichen Fehlkalkulationen und Kostensteigerungen von mehr als 100% der Ausgangskosten sind Pflichtverletzungen der beteiligten Entscheidungsträger zumindest sehr wahrscheinlich. Ob diese strafrechtliche Relevanz haben, ist durch intensive staatsanwaltliche Ermittlungen zu klären. Dass diese hier geboten sind, ist evident. Zu welchem Ergebnis eine sachkundige und konsequente Aufklärung des Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft führen würde, kann nicht prognostiziert werden. Dazu sind die Einzelfragen hier einfach zu komplex und die Kostenstruktur für den externen Gutachter zu intransparent.

#### **D. Abschließende Erklärung zum Prüfungsumfang und wissenschaftlichen Standards**

Dieses Gutachten ist vom Unterzeichner nach bestem Wissen und nach rechtswissenschaftlichen Standards verfasst worden. Der zugrunde gelegte Sachverhalt wurde durch den Auftraggeber vorgegeben und konnte vom Unterzeichner nur auf Plausibilität überprüft werden.

Die auftretenden Fragen aus anderen Wissenschaften als der Rechtswissenschaft, insbesondere aus den Naturwissenschaften konnten nicht überprüft werden; hier wurden die vorgegebenen Ergebnisse ebenso zugrunde gelegt, wie die Tatsachen, die sich im Wesentlichen aus Akten und der Presseberichterstattung ergeben.

Heidelberg, 12. April 2018

A handwritten signature in black ink, reading "Jens Bülte". The signature is written in a cursive, slightly slanted style.

Prof. Dr. Jens Bülte