

TRÜG · HABETHA

TRÜG · HABETHA · Bismarckallee 10 · 79098 Freiburg im Breisgau

Verein zur Förderung von Wohneigentum in
Berlin e.V.
Charlottenstraße 79 - 80
10117 Berlin

Freiburg, den 01.09.2021
Unser Zeichen: 69/21 GT07 GT /vk
Sekretariat: Frau König / Frau Seyfried
Durchwahl: 0761 - 292 771 11
E-Mail: trueg@trueg-habetha.de

**Strafrechtliches Gutachten zur Ausübung des Vorkaufsrechts
durch das Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg zugunsten der
Diese eG**

Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Professor Dr. Gerson Trüg
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Dr. Jörg Habetha
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Dr. Anne Ulrich
Rechtsanwältin

Maximilian Schaum
Rechtsanwalt

Natalie Lamp
Rechtsanwältin

Dr. Felix Ruppert
Rechtsanwalt

Bismarckallee 10
79098 Freiburg im Breisgau

Telefon +49 (0)761 292 771-0
Telefax +49 (0)761 292 771-29

info@trueg-habetha.de

Amtsgericht Freiburg PR 700275
Steuer-Nr.: 06376/42276

www.trueg-habetha.de

A. Tatsächliche Grundlage

Ausübung der Vorkaufsrechte

I.

1.

Zwischen Mai und August des Jahres 2019 hat das Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg, vertreten durch Bezirksstadtrat Florian Schmidt, Leiter der Abteilung für Bauen, Planen und Facility Management, in sechs Fällen sein in sozialen Erhal-

tungsgebieten bestehendes Vorkaufsrecht zugunsten eines Dritten, der Diese eG, ausgeübt. Durch die Ausübung der entsprechenden Vorkaufsrechte wurde jedenfalls eine gesamtschuldnerische Haftung des Bezirks in Höhe von mehr als 27 Mio. EUR begründet (*Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 176 Rn. 301).

2.

Die Diese eG wurde ausweislich des Genossenschaftsregisters am 01.08.2019 unter GNR 757B in das Register eingetragen, was am 02.08.2019 bekanntgemacht wurde. In fünf Fällen wurde das Vorkaufsrecht bereits vor diesem Zeitpunkt zugunsten der Diese eG gezogen.

II.

Die Vorkaufsbescheide bestätigen, dass die Diese eG finanziell in der Lage sei, „das Grundstück dauerhaft entsprechend dem Erhaltensziel zu verwenden“ (Zitat nach *Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 171 Rn. 303). Tatsächlich ließ sich das Bezirksamt zuvor in keinem der Vorkaufsfälle finanzierungsrelevante Erklärungen etwaiger Kredit- oder Zuschussgeber vorlegen. Ferner wurden keine Nachweise über Sicherheiten oder zu den Vermögensverhältnissen der Diese eG angefordert, bevor das Vorkaufsrecht ausgeübt wurde. Dies wurde auch in einem internen Hinweis vom 24.05.2019 festgehalten, der anmerkt, dass die Finanzierung im Vorfeld geklärt werden müsse, dann jedoch nicht weiter verfolgt (*Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 178 Rn. 303).

Dem Bezirksamt lagen damit zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts in keinem der sechs Fälle zwischen Mitte Mai und August 2019 aktenkundige Erkenntnisse darüber vor, ob die Genossenschaft die Kaufpreise in kumuliertem Wert von mehr als 27 Mio. EUR aufbringen können (*Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 178 Rn. 304).

III.

1.

In zwei Fällen war die Diese eG anschließend nicht in der Lage, den Kaufpreis bei jeweiliger Fälligkeit zu bezahlen. In einem dieser beiden Fälle wurde das Grundstück nach einer Änderung des bezirklichen Vorkaufsbescheids von einer anderen Genossenschaft erworben. In dem anderen der beiden Fälle zahlte die Genossenschaft den Kaufpreis mit Hilfe einer privaten Zwischenfinanzierung verspätet.

Die im Zusammenhang mit diesen beiden Fällen bisher geleisteten und seitens des Landesrechnungshofs erwarteten Zahlungen des Bezirksamts betragen 270.000 EUR (*Rechnungshof von Berlin, Jahresbericht 2020, S. 176 Rn. 301*).

2.

In den ersten drei Vorkaufsfällen konnte die Diese eG die Kaufpreise bei deren Fälligkeit mithilfe einer Zwischenfinanzierung begleichen.

IV.

1.

Die Diese eG (Genossenschaftsregister, 757 B) wurde am 01.08.2019 in das Genossenschaftsregister eingetragen, was am 02.08.2019 bekanntgemacht wurde. Zuvor firmierte die Genossenschaft unter dem Namen *Projektgenossenschaft Stadtbad Lichtenberg eG*, welche bei ihrer Mitgliederversammlung am 06.06.2019 eine vollständige Neufassung der Satzung und damit verbunden die Änderung des Namens der Firma in Diese eG beschloss.

2.

Im Namen der Diese eG schloss deren Vorstand Herr Landwehr folgende im Vorfeld der Ausübung des Vorkaufsrechts erforderlichen Verpflichtungserklärungen mit dem Bezirksamt:

- Verpflichtungserklärung vom 20.05.2019, Boxhagener Straße 32
- Verpflichtungserklärung vom 28.05.2019, Forsterstraße 1
- Verpflichtungserklärung vom 07.06.2019, Kossener Straße 36
- Verpflichtungserklärung vom 24.06.2019, Rigaer Straße 101
- Verpflichtungserklärung vom 24.07.2019, Holteistraße 19, 19a
- Verpflichtungserklärung vom 12.08.2019, Heckmannufer 8

Die ersten fünf der aufgezählten Verpflichtungserklärungen wurden demnach vor Eintragung und Bekanntmachung der Diese eG in das Genossenschaftsregister vorgenommen.

B. Rechtliche Würdigung

Untreuestrafbarkeit des Bezirksstadtrats Florian Schmidt, § 266 StGB

Eine Untreuestrafbarkeit im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB kommt auf Grundlage mehrerer Anknüpfungspunkte in Betracht, insbesondere jedoch im Lichte

- sogenannter Risikogeschäfte (B. I.)
- sowie der Haushaltsuntreue (B. II.).

Entsprechend der Struktur des Untreuetatbestandes in Gestalt des Missbrauchstatbestandes des § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB setzt eine solche Strafbarkeit voraus, dass der Betroffene im Rahmen seines rechtlichen Könnens im Außenverhältnis sein rechtliches Dürfen im Innenverhältnis überschritten hat (BGHSt 5, 61, 63; MK-StGB/Dierlamm, StGB, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 32; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 3); eine Strafbarkeit im Sinne des Treubruchtatbestands des § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB ist hingegen anzunehmen, wenn der Betroffene unter Verletzung der ihm obliegenden Vermögensbetreuungspflicht agiert (MK-StGB/Dierlamm, § 266 Rn. 161; Schönke/Schröder/Perron, § 266 Rn. 22).

Eine solche, nach herrschender Auffassung für beide Tatbestände notwendige (BGHSt 47, 187, 192; 50, 331, 342) Vermögensbetreuungspflicht, hat die eigenverantwortliche Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen von einiger Bedeutung zum Gegenstand (BGHSt 1, 186, 188 ff.; 24, 386, 387; 33, 244, 250; BeckOK-StGB/Wittig, 50. E. 1.5.2021, § 266 Rn. 14; NK-StGB/Kindhäuser, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 33 ff.). Erforderlich ist eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung der fremden Vermögensinteressen, die sich als Hauptpflicht darstellt (BGHSt 61, 305, 310; BGH NJW 2019, 1330).

Eine solche Pflicht obliegt dem Leiter der Abteilung für Bauen, Planen und Facility Management, Herrn Bezirksstadtrat Florian Schmidt, bereits kraft Amtes (vgl. nur Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, StGB, 2. Aufl. 2017, § 266 Rn. 49; BGH NStZ 1994, 191; NJW 2003, 2179). In seiner amtlichen Funktion verfügt er hauptamtlich (§ 34 Abs. 2 BezVerwG) über einen bedeutenden Anteil der Schlüsselzuweisungen an die Bezirke. Der ihm zugewiesene Geschäftsbereich ist ihm dabei zur eigenen Leitung übertragen (§ 38 Abs. 1 BezVerwG), sodass er in diesem Geschäftsbereich die Geschäfte im Namen des Bezirksamts führt (§ 38 Abs. 2 BezVerwG) und damit bezüglich des ihm übertragenen, weiten Geschäftsbereichs eigenverantwortlich entscheidet (wie auch § 36 Abs. 3 BezVerwG unterstreicht). Er entscheidet daher im Interesse des Geschäftsherrn eigenverantwortlich sowie selbständig über die Wahrnehmung dessen Vermögensinteressen, was bereits kraft Gesetzes eine seiner Hauptpflichten darstellt, sodass ihm eine Vermögensbetreuungspflicht obliegt.

I. Risikogeschäfte

Eine Untreuestrafbarkeit des Herrn Florian Schmidt ergibt sich bereits unter dem Aspekt der Risikogeschäfte. Bei solchen Risikogeschäften handelt es sich um Geschäfte, welche aufgrund der notwendigen Prognose, ob sie zu Gewinn oder Verlust führen, immanent mit einem erhöhten Maß an Unsicherheit behaftet sind (Momsen/Grützner/Schramm, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2020, § 19 Rn. 68; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger, StGB, 5. Aufl. 2020, § 266 Rn. 61). Ty-

pisch im Rahmen dieser Risikogeschäfte ist insbesondere die Fallgruppe der Kreditvergabe, die stets von einem Ausfallrisiko geprägt ist.

1. (Gravierende) Pflichtverletzung

a.

Zwar wurde seitens des Bezirksamts kein Kredit vergeben. Eine Orientierung an den Grundsätzen zur Kreditvergabe erscheint aber nicht zuletzt aufgrund der mit Ausübung des bezirklichen Vorkaufsrechts eingegangenen Gesamtschuldnerstellung angezeigt, verpflichtet diese den Bezirk doch zu unmittelbarer Haftung und begründet damit ebenfalls eine ähnliche Ausfallgefahr. Die Situation erweist sich allerdings gegenüber jener der Kreditvergabe als verschärft, wird schließlich eine eigenständige Haftung gegenüber einem Dritten (letztlich an Seite und damit zugunsten der Diese eG) eingegangen, während andererseits – anders als im Rahmen der Kreditvergabe – kein wirtschaftlicher Gewinn erzielt werden kann, da keine Darlehensraten oder Zinszahlungen zu erwarten sind. Die Haftungsgefahr wird daher wirtschaftlich betrachtet nicht kompensiert und auch nicht von einem möglichen finanziellen Gewinn ausgeglichen. Darüber hinaus wurden die Grundsätze zur Kreditvergabe für Geschäftsfelder entwickelt, die – anders als kommunale Aufgabenfelder – von Risiko- oder Spekulationsgeschäften geprägt sind (vgl. Park/Zieschang, Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019, StGB § 266 Rn. 70). Im Rahmen des vorliegend betroffenen öffentlichen Haushalts ist demgegenüber jedoch die auf das Gemeinwohl bezogene normative Zweckbindung der Mittel zu beachten, die auch angesichts des haushaltsrechtlichen Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 6 HaushaltsgrundsätzeG) derartige Risiko- und Spekulationsgeschäfte grundsätzlich untersagt (BGHSt 62, 144; jüngst BGH NZWiSt 2019, 230, 232; 2020, 32, 33 f.). Dies steht im Einklang mit der in § 4 Abs. 1 BezVerwG normierten Zuweisung der Globalsumme für den Bezirkshaushaltsplan einzig *zur Erfüllung der Aufgaben* des Bezirks, sodass gesetzlich auch für den Bezirk Friedrichshain-Kreuzberg festgehalten wird, dass Finanzgeschäfte nur der Aufgabenerfüllung dienen dürfen und der Bezirk somit einem Spekulationsverbot unterliegt (vgl. Bader/Wilkens, wistra 2013, 81, 83; Weck/Schick, NVwZ 2012, 18, 20).

b.

Angesichts dessen konkretisiert die Rechtsprechung den Maßstab der Sorgfaltspflicht, den ein kommunaler Entscheidungsträger beim Abschluss von Finanzgeschäften zu beachten hat, anhand der kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen grundsätzlich dergestalt, dass ein Finanzgeschäft einer Kommune einen derartigen sachlichen und zeitlichen Bezug mit einem konkret vorhandenen oder aktuell neu abgeschlossenen Kreditvertrag (als Grundgeschäft) haben muss, dass das mit dem Grundgeschäft einhergehende Risiko durch das Finanzgeschäft in angemessener Weise abgesichert oder optimiert wird. Der Entscheidungsträger handelt demnach pflichtwidrig, wenn kein Bezug zu dem Grundgeschäft besteht oder das Finanzgeschäft nicht geeignet ist, dessen Risiken abzusichern (BGH NJW 2018, 177, 178; NZWiSt 2020, 32, 34). Trotz einer solchen Konnexität ist ein Finanzgeschäft allerdings spekulativ und dessen Abschluss pflichtwidrig, wenn das Risiko des Kapitalverlusts die Chance des Kapitalgewinns deutlich übersteigt, also keine günstige Relation zwischen Zweck und eingesetzten Mitteln besteht und dadurch die kommunale Aufgabenbindung und -erfüllung nicht ganz unerheblich gefährdet wird (BGH NJW 2018, 177, 179; NZWiSt 2020, 32, 34; *Lammers*, NVwZ 2012, 12, 14; *Morlin*, NVwZ 2007, 1159). Insbesondere darf ein Finanzgeschäft nicht abgeschlossen werden, wenn die Abwägungsentscheidung infolge von Informationsdefiziten oder Mängeln der Sachverhaltserfassung nicht richtig erfolgen konnte, sodass vor Abschluss eines Geschäfts eine ausreichende Informationsgrundlage einzuholen und eine umfassende Risikoanalyse vorzunehmen ist (BGH NJW 2018, 177, 179; *Lammers*, NVwZ 2012, 12, 14).

Können zwar die Konkretisierungen hinsichtlich der Konnexität des Grundgeschäfts und des Finanzgeschäfts nicht unbesehen übertragen werden, da es sich vorliegend um eine reine Absicherung der Diese eG ohne *eigenes* Grundgeschäft des Bezirks handelt und dies gesetzlich qua §§ 24 ff. BauGB auch dergestalt vorgesehen ist, so bleibt jedenfalls daran festzuhalten, auch eine solche Entscheidung erst nach der notwendigen Prüfung der finanziellen Situation samt Risikoabwägung vornehmen zu dürfen, einen rein spekulativen Charakter also weiterhin zu untersagen. Schließlich

entbindet die Ausübung des bezirklichen Vorkaufsrechts gerade nicht von den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie der Zweckbindung der dazu benötigten Mittel.

Explizit wird dies auch durch § 27a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB bestätigt, wonach die Gemeinde ihr Vorkaufsrecht zugunsten eines Dritten (nur) ausüben kann, wenn der Dritte zu der mit der Ausübung des Vorkaufsrechts bezweckten Verwendung des Grundstücks innerhalb angemessener Frist in der Lage ist und sich hierzu verpflichtet, wobei der Dritte in der Lage ist, wenn er die dazu erforderlichen Voraussetzungen vor allem in finanzieller Hinsicht erfüllt (*Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 177 Rn. 302). Die Kommune ist danach also auch gesetzlich verpflichtet, die finanzielle Leistungsfähigkeit und Eignung des Dritten im Rahmen einer Bonitätsprüfung zu prüfen (Brügelmann/Kronisch, BauGB, 117. EL Jan. 2021, § 27a Rn. 22; *Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 177 Rn. 302) und sich von der Finanzkraft des Dritten anhand vernünftiger Anhaltspunkte zu überzeugen (Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, BauGB, 114. EL Feb. 2021, § 27a Rn. 17a), wobei einzig bei landeseigenen Wohnungsunternehmen ein großzügigerer Maßstab angelegt werden könnte (OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2019, 36274), was freilich bei Diese eG nicht der Fall ist. Eine solche Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit und Eignung fand vorliegend aber zu keinem Zeitpunkt statt.

c.

Damit nähert sich die Betrachtung vorliegend zugunsten des Betroffenen – unbesehen der per se höheren Anforderungen an kommunale Entscheidungsträger – der allgemeinen Kreditvergabe in risikoaffinen Geschäftsfeldern an, sodass insofern auf eine breite judikative Basis zurückgegriffen werden kann (was jedenfalls auch im Sinne der strengsten Anforderungen an einen Anfangsverdacht der Untreue der Fall ist, welche etwa *Lüderssen*, StV 2009, 486 ff. stellt – dazu aber *Bittmann*, NSTZ 2011, 361 f.).

aa.

Nach den Maßstäben der allgemeinen Kreditvergabe ist diesbezüglich zunächst zu beachten, dass eine Pflichtverletzung in der Regel anzunehmen ist, wenn ein Risikogeschäft im Innenverhältnis bereits überhaupt nicht gestattet ist (BGH wistra 1985, 190; *Fischer*, StGB, 68. Aufl. 2021, § 266 Rn. 65; *Park/Zieschang*, StGB § 266 Rn. 70). Dies ist vorliegend unter Einbeziehung der Grundsätze kommunalrechtlichen Handelns auch der Fall.

Zwar erlauben §§ 24 ff. BauGB die Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten eines Dritten, § 27a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB bindet dies jedoch an die Voraussetzung der vorherigen Überprüfung auch der finanziellen Fähigkeiten des Dritten einschließlich der Leistungsfähigkeit hinsichtlich der Erwerbskosten. Die Norm gibt also eindeutige Anforderungen vor, ohne deren Einhaltung das Geschäft spekulativen Charakters weiterhin nicht erlaubt bleibt. Das Gesetz zeigt insofern also jedenfalls strikte Grenzen auf, bei deren Verletzung das Geschäft per se rechtswidrig, mithin nicht gestattet ist. Dies entspricht auch dem Telos der Ausnahmeregelung des § 27a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB, welche abschließend in den Fällen der Wohnraumförderung sowie zugunsten öffentlicher Bedarfs-, Entwicklungs-, Sanierungs- oder Erschließungsträger die Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten eines Dritten ermöglicht, um einen Durchgangserwerb mit doppeltem Anfall von Grundsteuer zu vermeiden und somit Kosten zu sparen (BeckOK-BauGB/Grziwotz, 52. E. 01.02.2021, § 27a Einl.; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, § 27a Rn. 2) – nicht aber, das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Einzelfall zu umgehen und so riskante Geschäfte zu ermöglichen.

Entsprechend gibt auch § 34 Abs. 2 LHO vor, dass Ausgaben nur und soweit geleistet werden dürfen, wie sie zur wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung erforderlich sind, was gerade erfordert, Vorkaufsrechte nur auszuüben, wenn die hierfür geltenden tatbestandlichen Voraussetzungen nachgewiesenermaßen uneingeschränkt vorliegen – das Absehen von einer Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit ist

auch danach pflichtwidrig (*Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 180 Rn. 309).

Bereits angesichts dessen kann die Auffassung des Bezirksamts Berlin-Friedrichshain, die im Rahmen des § 27a Abs. 1 S. 1 BauGB gebotene Prüfung des In-der-Lage-Seins des Dritten erstrecke sich nicht auf den Kaufpreis, nicht überzeugen. Zum einen widerspricht dies Literatur und Rechtsprechung gleichermaßen (siehe nur OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2019, 36274; Brügmann/Kronisch, § 27a Rn. 22; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, § 27a Rn. 17a; *Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 177 Rn. 302). Zum anderen würde so das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zugunsten einer Spekulationsmöglichkeit ausgeschaltet, die in ersichtlichem Widerspruch zu Wortlaut und Intention des Gesetzes stünde, kann doch die Verwendung des Grundstücks nur nach dem vorgesehenen Zweck erfolgen, wenn dies finanziell auch realisierbar ist. Andernfalls könnte und müsste die Ausübung des Vorkaufsrechts auch keinem bezirklichen Zwecken dienen, sondern wäre von jedweder öffentlichen Zielsetzung entbunden, was bereits angesichts des Eingriffs in die privaten Rechte der Betroffenen kein Vorkaufsrecht legitimieren könnte. Die Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit, wozu demnach auch der Kaufpreis selbst zu zählen ist, bleibt damit unabdingbare Voraussetzung für die Zulässigkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten eines Dritten.

Die daher zu Recht geforderten gesetzlichen Anforderungen wurden seitens des Bezirksamts in Person des Bezirksstadtrats Herrn Florian Schmidt allerdings nicht gewahrt, eine Überprüfung der finanziellen Situation oder der finanziellen Leistungsfähigkeit der Diese eG erfolgte nicht. In keinem einzigen Fall hatte sich Herr Florian Schmidt oder das Bezirksamt vor Ausübung des Vorkaufsrechts finanzierungsrelevante Erklärungen etwaiger Kredit- oder Zuschussgeber von der Diese eG vorlegen lassen. Auch Nachweise über Sicherheiten und zu den Vermögensverhältnissen der Genossenschaft wurden nicht angefordert oder vorlegen gelassen. Darüber hinaus waren keine Finanzierungszusagen kreditgebender Banken aktenkundig (*Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 177 f. Rn. 303). Es lagen bereits keine Erkenntnisse vor, ob die Genossenschaft die jeweiligen Kaufpreise würde aufbringen

können (*Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 178 Rn. 304). Die in § 27a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB statuierte Anforderung der Bonitätsprüfung wurde daher mangels Informationsgrundlage zu keinem Zeitpunkt durchgeführt oder auch nur ermöglicht, sodass mangels Wahrung der gesetzlichen Voraussetzungen das Geschäft bereits im Innenverhältnis nicht gestattet war. Eine Pflichtverletzung liegt damit vor.

bb.

Selbiges ergibt sich allerdings auch, sollte man in § 27a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB rechtsgebietsatypisch und in Bruch mit den (auch bundesrechtlich determinierten) kommunalen Grundsätzen eine gewisse Gestattung riskanter Vorkaufsentscheidungen erblicken und diese dann – entgegen dem Wortlaut der Norm – als von den Voraussetzungen der Vorschrift unabhängige Gestattung erblicken. Denn dann bliebe auf die allgemeinen Erkenntnisse der Judikatur zurückzugreifen, dass selbst in einem solchen Falle die Eingehung eines Risikos eine Pflichtverletzung darstellt, wenn sich das Risiko nach dem Inhalt des Treuverhältnisses als offenkundig unvertretbar erweist, etwa wenn nach der Art eines Spielers bewusst und entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine aufs Äußerste gesteigerte Verlustgefahr auf sich genommen wird, um eine höchst zweifelhafte Aussicht zu erhalten (siehe BGH NJW 1975, 1234, 1236; GA 1977, 342, 343; wistra 1982, 148, 150; 1991, 219, 220; StV 2004, 424 f.; NStZ 2011, 160, 161; NK-StGB/*Kindhäuser*, § 266 Rn. 75; Park/*Zieschang*, StGB § 266 Rn. 71). Dazu sind die Risiken auf Grundlage umfassender Informationen abzuwägen (BGHSt 46, 30, 34; *Doster*, WM 2001, 333, 335 ff.; *Ransiek*, ZStW 116 [2004], 674 ff.), wobei eine Entscheidung unter Ungewissheit oder auf mangelnder Informationsgrundlage eine Pflichtverletzung darstellt (BGHSt 46, 30, 34; NStZ 2011, 160, 161; Schönke/Schröder/*Perron*, § 266 Rn. 20; *Bittmann*, NStZ 2011, 361, 363 ff.; *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161, 165).

Auch nach diesen allgemeinen Grundzügen stellt die gänzlich unterlassene Informationseinholung eine Pflichtverletzung dar und missachtet nicht nur die gebotene Bonitätsprüfung, sondern verhindert eine solche mangels ansatzweise tauglicher Informationsgrundlage völlig. Es wurden vorliegend keinerlei Bestrebungen unternommen, die finanzielle Lage der Diese eG zu evaluieren oder auch nur in Erfahrung zu brin-

gen, sodass die Pflicht nicht im Ansatz erfüllt bzw. überhaupt erst zu erfüllen versucht wurde. Zudem wurde gar davon ausgegangen, dass die Diese eG keinerlei Finanzierungsreserven mit sich bringe (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 46 nach dem Wortprotokoll der 4. Sitzung am 16.3.2021, S. 12, Zeuge *Oltmann*), die Frage der Finanzierung eines Objektes bei fehlenden Reserven und zeitgleich mangelnder Wirtschaftlichkeit also trotz erheblicher intern gegen die finanzielle Leistungsfähigkeit sprechender Indizien gänzlich ignoriert. Es wurde mithin nach der Art eines Spielers sehenden Auges eine aufs Äußerste gesteigerte und gänzlich im Unklaren gelassene Verlustgefahr auf sich genommen, ohne diese anhand einer Informationsgrundlage evaluieren zu können.

cc.

Darüber hinaus war dem Bezirksamt auch bekannt, dass der Kaufpreis der Objekte mitunter zwischen dem 30- und 50-fachen der Jahresnettokaltmiete lag und damit auch intern als „hoch“ zu begreifen war (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 39 nach dem Wortprotokoll der 4. Sitzung am 16.3.2021, S. 37, Zeuge *Oltmann*), sodass bereits deshalb eine intensive Prüfung angezeigt gewesen wäre. Auch die Absagen der angefragten städtischen Wohnungsbaugesellschaften bezüglich der relevanten Objekte, die allesamt mit der fehlenden Wirtschaftlichkeit der Objekte begründet wurden, gaben evidenten Anlass zur Klärung der Finanzierungssituation – was nur umso mehr angesichts der Kenntnisse um fehlende finanzielle Reserven gilt. So lehnte nicht nur die WBM, sondern auch die Gewobag den Kauf der Holteistraße 19-19a ab, da die Kaufpreise zu hoch und die Zuschüsse zu gering waren, sodass der Erwerb des Objektes insgesamt unwirtschaftlich sei (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 43).

Wenn der Erwerb also wirtschaftlich für die städtischen Wohnungsbaugesellschaften nicht darstellbar war, so war jedenfalls fraglich, inwiefern eine Genossenschaft angesichts der identischen Parameter wirtschaftlich nachvollziehbar sowie solide zu agieren gedenkt. Angesichts dessen war eine finanzielle Prüfung nicht nur rechtlich geboten, sondern auch aufgrund der tatsächlichen Umstände erkennbar angezeigt. Dies gilt umso mehr angesichts der internen Erkenntnis, dass die Diese eG keinerlei Fi-

finanzierungsreserven mit sich brachte und die Finanzierung selbst sich aus dem (unwirtschaftlichen) Objekt selbst ergeben musste (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 46 nach dem Wortprotokoll der 4. Sitzung am 16.3.2021, S. 12, Zeuge *Oltmann*). Gleichwohl wurde aber weder die Finanzierung, noch die Refinanzierbarkeit aus dem Objekt selbst geprüft.

dd.

Nach § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB kann das Vorkaufsrecht nur binnen zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrages ausgeübt werden. Daraus leitet das Bezirksamt her, dass die Anforderungen an die Bonitätsprüfung nicht überspannt werden dürften (vgl. *Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 182 Rn. 314). Ob dies zutrifft, braucht vorliegend allerdings nicht beantwortet zu werden. Schließlich ist anerkannt, dass die Gemeinde die finanzielle Leistungsfähigkeit jedenfalls im Rahmen einer Bonitätsprüfung zu überprüfen hat (*Brügelmann/Kronisch*, BauGB, 117. EL Jan. 2021, § 27a Rn. 22; *Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 177 Rn. 302) und sich von der Finanzkraft des Dritten zumindest anhand vernünftiger Anhaltspunkte überzeugen muss (*Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, 114. EL Feb. 2021, § 27a Rn. 17a), wobei einzig bei landeseigenen Wohnungsunternehmen ein großzügigerer Maßstab angelegt werden könnte (OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2019, 36274). Eine Reduzierung der Prüfpflicht auf Null kommt dementsprechend nach keiner der Ansichten in Betracht. Gleichwohl versuchte das Bezirksamt noch nicht einmal, die Bonitätsprüfung durchzuführen und entsprechende objektiv nachvollziehbare, konkret geschaffene Anhaltspunkte herbeizuziehen. Es ist also bereits nicht etwaig geminderten Anforderungen an die Bonitätsprüfung nachgekommen, sondern hat eine solche gänzlich unterlassen.

Ferner spricht der Umstand, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten einer Genossenschaft Neuland war (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 30 nach dem Wortprotokoll der 5. Sitzung am 13.4.2021, S. 3, Zeuge *Geisel*), für eine ungleich gesteigerte Prüfpflicht, wird doch ersichtlich der Boden rein staatlicher Planung verlassen und eine bezirkliche Haftung zugunsten eines Privaten begründet, der die

bezirkliche Zielsetzung teilen und verfolgen soll, sodass überhaupt erst zu prüfen wäre, ob er dazu auch in der Lage wäre.

Auch seitens des Bezirks ist aber zumindest bekannt, dass die Zwei-Monats-Frist einen organisatorischen Aufwand darstellt, insbesondere da auch die Verträge über eine geschlossene Gesamtfinanzierung vorgewiesen werden müssten (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 56 nach dem Wortprotokoll der 6. Sitzung am 27.4.2021, S. 60 f., Zeuge Dr. *Kollatz*). Daher habe das Bezirksamt bewusst eine Prognoseentscheidung getroffen (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 56 nach dem Wortprotokoll der 4. Sitzung am 16.3.2021, S. 30., Zeuge *Oltmann*). Es ist mithin bekannt, dass die zwei Monate nicht unbesehen als Ausrede einer unterlassenen Prüfung herangezogen werden können, sondern aktiv zu nutzen sind, um eine geschlossene Gesamtfinanzierung zu überprüfen.

Dabei hätten diese zwei Monate jedenfalls ausreichend Zeit geboten, die seitens des Bezirks getroffene Prognoseentscheidung – wie auch im Lichte der Risikogeschäfte geboten – auf eine hinreichend belastbare Grundlage samt entsprechender Nachweise zu stellen. Auch dies ist unterblieben, sodass selbst angesichts einer aufgrund der kurzen Zeitspanne herabgesetzten Pflicht eine solche nicht im Ansatz erfüllt worden wäre.

ee.

Auch wenn die Investitionsbank Berlin (IBB) ihrerseits ihre Bonitätsprüfung angesichts des jungen Alters der Diese eG eingeschränkt und an dem Kaufobjekt ausgerichtet hat, vermag ein solcher eingeschränkter Prüfungsmaßstab nicht entgegen des gesetzlichen Fundaments auf den Bezirk übertragen zu werden. Dies gilt bereits deshalb, da der Bezirk nicht an Entscheidungen der IBB, sondern an die Vorgaben des Gesetzes gebunden ist und daher nicht von dem bundesrechtlichen Auftrag zur Prüfung der finanziellen Situation abweichen darf. Zudem stützt sich die Prüfung der IBB oftmals auf Abschlüsse aus der Vergangenheit zur Beurteilung der Förderwürdigkeit (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 90 nach dem Wortprotokoll der 7. Sitzung am 11.5.2021, S. 10, Zeuge Dr. *Allerkamp*), während der Prüfauftrag des

§ 27a BauGB sich auf die angestrebte Finanzierung der angestrebten Verwendung des Grundstücks in dessen Gänze bezieht, mithin eine andere Zielrichtung aufweist.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten der Diese eG stellt damit eine Pflichtverletzung dar.

d.

Intensiv diskutiert wird ferner die Frage, ob die relevante Pflichtverletzung zudem gravierend sein muss (etwa BVerfGE 126, 170, 211; BGHSt 47, 148, 150; BGH NJW 2010, 3458; eingehend jüngst und die mitunter diffuse Rechtsprechung aufzeigend *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 ff.). Insbesondere nach einigen Judikaten sei die im Wesentlichen von zivil- und gesellschaftsrechtlichen Normen determinierte Grenze unternehmerischen Handelns nicht zugleich die maßgebliche strafrechtliche Linie, sondern habe aus Werte des § 266 StGB eine gravierende Pflichtverletzung darzustellen, um strafrechtliche Relevanz zu entfalten (vgl. ebenda). Es erscheint bereits fraglich, ob dieses zum Teil verallgemeinerte Restriktionskriterium eines evidenten Pflichtenverstößes, welches auf dem Gedanken unternehmerischer Entscheidungsfreiheit beruht (näher Momsen/Grützner/Schramm, § 19 Rn. 53 ff.; kritisch etwa *Fischer*, § 266 Rn. 64a ff.), auch auf Fälle staatlichen Handelns ausgedehnt werden kann, besteht dort doch angesichts des kommunalrechtlichen Korsetts der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gerade kein vergleichbar weiter Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum, der eine vergleichbare Zurückdrängung des Strafrechts erfordert.

Unbesehen dieser Diskussion wird aber jedenfalls bereits ein gravierender Pflichtenverstoß angenommen, wenn keine Informationen darüber eingeholt werden, warum andere Banken ihre Kredite fällig stellen, eine Mittelverwendungskontrolle oder sachgerechte Bewertung unterbleibt oder insbesondere die wirtschaftliche Entwicklung des Begünstigten nicht analysiert wird (BGHSt 47, 148, 154; NK-StGB/*Kindhäuser*, § 266 Rn. 77). Insbesondere das Unterlassen einer adäquaten Bonitätsprüfung ist als gravierender Pflichtenverstoß anerkannt (BGHSt 47, 148, 150; 50, 331, 345; MK-StGB/*Dierlamm*, § 266 Rn. 236 f.; Momsen/Grützner/Schramm, § 19 Rn. 70). Die

Handlungs- und Beurteilungsspielräume bestehen daher lediglich auf der Basis sorgfältig erhobener Tatsachenfeststellung und der darauf beruhenden Feststellung von Chancen und Risiken des finanzierten Vorhabens (BGH wistra 2010, 21, 24; *Wessing*, BKR 2010, 159, 160 f.).

Angesichts dessen sowie des Umstands, dass vorliegend entgegen der gesetzlich normierten Vorgaben eine Prüfung nicht etwa unzureichend vorgenommen, sondern unter Missachtung der Vorgaben sowie interner Hinweise gar nicht erst versucht wurde und daher keinerlei Informationen herbeigezogen oder gar bewertet wurden, handelt es sich vorliegend ohnehin um einen gravierenden Pflichtenverstoß, wurden die relevanten Pflichten schließlich noch nicht einmal im Ansatz beachtet (vgl. auch *Fischer*, § 266 Rn. 71 f.). Vielmehr unterblieb jede Bewertung der Diese eG, sodass der Eintritt in die gesamtschuldnerische Haftung ins Blaue hinein und damit ohne jedwede Risikokalkulation oder situative Bewertung und entgegen der Regeln jedweder kaufmännischer Sorgfalt erfolgte. Die vollkommene Verdrängung und Missachtung der – überdies gesetzlich als Voraussetzung des § 27a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB normierten – Pflicht zur Prüfung der finanziellen Situation stellt somit die schwerste Form einer möglichen Verfehlung dar, ist mithin auch gravierend.

Eine andere Beurteilung ist auch auf Grundlage der seitens des Bezirksamts angeführten Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (BayVGH BeckRS 2011, 52829), welche nach dessen Auffassung die Anforderungen an eine Prüfung aufgrund der kurzen temporären Frist herabsetze, nicht angezeigt. Denn diese Entscheidung setzt die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Prüfung offensichtlich in keiner Weise herab. Vielmehr bestätigt sie gerade das Erfordernis einer umfassenden Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit und verlangt gleich mehrere belastbare Indizien für eine finanzielle Leistungsfähigkeit (etwa rechtlich und wirtschaftlich belastbare Finanzierungszusagen oder Fördermittelzusagen), wozu im konkreten Fall der Nachweis erheblicher finanzieller Vorleistungen, das Eigentum an verschiedenen relevanten Vermögenswerten, der Beleg erfolgreich durchgeführter Projekte gleicher Größenordnung sowie das Bestätigungsschreiben einer Bank über einen jahrzehntelangen guten Geschäftskontakt gezählt wurden (a.a.O.). Sofern diese Ent-

scheidung daher angeführt wird, unterstreicht sie noch einmal, dass das gänzliche Unterlassen einer Bonitätsprüfung sowie der Vorlage relevanter Belege auch nach Auffassung verwaltungsrechtlicher Gerichte evident pflichtwidrig sind. Schließlich wurde keiner der dort aufgeführten Belege angefordert oder vorgelegt.

e.

Im Hinblick auf die riskante Begründung der Gesamtschuldner-eigenschaft liegt mithin nach allen in Betracht kommenden Aspekten und auch unter Zugrundelegung der für den betroffenen Bezirksstadtrat Herrn Florian Schmidt günstigsten Rechtsauffassung eine gravierende Pflichtverletzung vor.

Anders als seitens der Generalstaatsanwaltschaft angeführt (Schreiben vom 25.01.2021, 62/19, S. 2) vermag auch der politische Wille des Senats, die Verdrängung von Mietern zu verhindern, die Pflichtwidrigkeit der unterbliebenen Bonitätsprüfung nicht auszuschließen. Zum einen handelt es sich dabei um ein schlichtes Motiv der Pflichtverletzung, zum anderen aber ist die Frage der objektiv bestehenden Pflicht keine der politischen Einstellung, sondern eine solche des Gesetzes sowie der kommunalen Verpflichtung zu Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, welche durch politische Ziele nicht überzeichnet zu werden vermag und diesen gerade als gesetzlich vorgesehene Grenze entgegensteht.

Auch rechtfertigt eine potenzielle Zielsetzung der Pflichtverletzung nicht das Unterlassen der aufgetragenen Bonitätsprüfung und vermag daher die strafrechtlichen Grenzen nicht zu verschieben. Vielmehr belegt gerade die Außerachtlassung interner Beteiligungserfordernisse (der § 9 Abs. 3 LHO, § 5 Abs. 7 GGO I) zugunsten der politisch motivierten Vorkaufsausübung indiziell, dass es sich um eine erhebliche Pflichtverletzung handelt (die Außerachtlassung der Beteiligungserfordernisse räumt das Bezirksamt selbst ein, s. *Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 183 Rn. 317), wurden doch so gesetzlich vorgesehene Kontrollmechanismen bewusst umgangen.

2. Vermögensnachteil

Die Pflichtverletzung führte zudem unmittelbar zu einem Vermögensnachteil des Bezirks Friedrichshain-Kreuzberg.

Der Vermögensnachteil ist durch einen Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach der betreffenden Verfügung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu ermitteln (BGH NJW 2011, 3528; 2016, 2585; NStZ 2017, 32, 36). Ein solcher Nachteil kann in Gestalt eines Gefährdungsschadens bereits darin liegen, dass das Vermögen des Geschädigten aufgrund der bereits durch die Tathandlung begründeten Gefahr des späteren endgültigen Vermögensabflusses in einem Maße konkret beeinträchtigt wird, dass dies schon im Zeitpunkt der entsprechenden Verpflichtung eine faktische Vermögensminderung begründet (jüngst in ähnlichem Kontext BGH NZWiSt 2019, 230, 233). Voraussetzung ist, dass unter Berücksichtigung der besondere Umstände des Einzelfalls der Eintritt eines Schadens so naheliegend erscheint, dass der Vermögenswert bereits aufgrund der Verlustgefahr gemindert ist (BVerfGE 126, 170, 221 f.; BGHSt 62, 144, 154 f.), etwa weil aufgrund der Rahmenumstände bereits die sichere Erwartung besteht, dass der Schadensfall tatsächlich eintreten wird (BGH NJW 2016, 2585; 2016, 3253; 2018, 177, 180).

a. Risikogeschäft

Wird im Rahmen der Risikogeschäfte aufgrund der ihnen immanenten Verlustwahrscheinlichkeit typischerweise ein sog. Gefährdungsschaden erst angenommen, wenn der Täter nach Art eines Spielers außerhalb kaufmännischer Sorgfalt Verlustgefahren eingeht und so einen Vertrag begründet, ohne in die entsprechende Kompensation die Verlustgefahr ausreichend einzupreisen und damit durch die Pflichtverletzung auch eine negative Vermögensdifferenz bewirkt (etwa BGH NJW 1975, 1234; 1990, 3220; NStZ-RR 2006, 378, 379; *Fischer*, § 266 Rn. 158; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer*, StGB § 266 Rn. 192; *NK-StGB/Kindhäuser*, § 266 Rn. 75), so ist vorliegend bereits auf dieser Grundlage ein Vermögensnachteil anzunehmen.

Insbesondere wurden zahlreiche Haftungsrisiken missachtet und dementsprechend bei der Kompensation der Haftungsbegründung unberücksichtigt gelassen, sodass der Bezirk zwar über dessen Vermögen verfügte, allerdings ohne einen wirtschaftlich stichhaltigen Haftungspartner zu erhalten und somit unter Übernahme eines weitaus höheren als gesetzlich vorgesehenen Haftungsrisikos eine Verpflichtung einging. Der Verfügung in Gestalt der Haftungsbegründung steht damit nicht eine Entlastung in Gestalt eines wie gesetzlich vorgesehen auf dessen Bonität geprüften Partners gegenüber, sondern lediglich eine mit erheblichem Ausfallrisiko behaftete nicht hinreichende Kompensation in Gestalt einer nicht überprüften vermeintlichen Genossenschaft. Die Verfügung selbst wurde damit aber nicht entsprechend kompensiert, war der Haftungspartner aufgrund des hohen Ausfallrisikos doch bereits zum Zeitpunkt der Haftungsbegründung als wirtschaftliche Kompensation betrachtet weniger wert. Dies gilt zuvorderst für die Begründung einer Haftung an Seiten einer nicht existenten Genossenschaft, während realiter eine GbR ohne eigene Vermögenswerte an die Stelle der nicht existenten GbR tritt (sogleich unter c.). Dies gilt aber nur umso mehr, da die gesetzlichen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten eines Dritten missachtet wurden und so ein mit der Begründung der Gesamtschuld wirtschaftlich nachteiliges Geschäft eingegangen wurde, ohne dass dies rechtlich zulässig wäre und die Verlustgefahr überhaupt beurteilt werden konnte. Die Gesamtschuld, die durch keinerlei wirtschaftliche Kompensation ausgeglichen wurde, wurde also bei ungewiss hohem Verlustrisiko ohne jedwede Sicherheit in Gestalt eines auf jedwede Absicherung verzichtenden Spielers eingegangen, sodass das Risiko einer notwendigen Haftung des Bezirks ungleich schadensbegründend erhöht war.

Dass der Eintritt in die gesamtschuldnerische Haftung aber auf gänzlich anderer Tatsachengrundlage erfolgte, zeigt sich auch an dem zugrunde gelegten Finanzierungskonzept der Diese eG, welches unter anderem auf einem öffentlichen Zuschuss in Höhe von 10 % der Beschaffungskosten aus den Mitteln des Landes beruhte (*Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 179 Rn. 306), obwohl die entsprechenden Voraussetzungen für diese Zuschüsse erst ab dem 23.07.2019 vorlagen, als der Senat beschloss, die Zweckbindung des für Vorkaufsausübungen relevanten SIWA-

NA-Globaltitels 82016 auf Zuschussmöglichkeiten an Wohnungsgenossenschaften zu erweitern, wozu der Hauptausschuss des Abgeordnetenhauses am 07.08.2019 zustimmte, ohne dass bereits erfolgte Erwerbe rückwirkend bezuschusst werden können sollten (was rechtlich betrachtet auch nicht möglich gewesen wäre, *Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 179 Rn. 307: Umgehung der engen Restriktionen der Art. 88 VvB und § 37 Abs. 1 LHO für bereits vergangene Verstöße gegen den bis dahin bestehenden Haushaltsplan; näher *Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 60 f.).

Daneben stellte der Haushaltsgesetzgeber klar, dass rückwirkende Zuschüsse auch seitens des Gesetzgebers nicht erwünscht seien (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 64 unter Verweis auf Wp zur RN 1829, 7.8.2019, Hauptausschuss). Auch eine entsprechende staatliche Zusicherung der Fördermittel lag nicht vor (insbesondere schrieb Senator Dr. Kollatz Herrn Bezirksstadtrat Florian Schmidt am 28.5.2019 explizit, dass für eine Förderung ein Senats- sowie ein Hauptausschussbeschluss notwendig seien, eine künftige Bezuschussung also an diese beiden Beschlüsse gebunden sei (so *Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 47 nach X StA, Band I, darin Band II, Seite 13).

Als der Zuschuss selbst mittels der notwendigen Beschlüsse und für zukünftige Projekte rechtlich ermöglicht wurde, war das Vorkaufsrecht aber bereits in fünf Fällen zugunsten der Diese eG ausgeübt worden, sodass jedenfalls für diesen bedeutenden Finanzierungsbaustein im Zeitpunkt der Vorkaufsausübung keinerlei gesetzliche Grundlage oder zumindest vertrauenswürdige Exspektanz bestand. Auch im Senat bestand Kenntnis darüber, dass rückwirkende Förderzusagen extrem selten seien, im Voraus ohne jedwede Grundlage darauf zu vertrauen jedenfalls „mutig“ sei (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 47, 64 f. nach dem Wortprotokoll der 6. Sitzung am 27.4.2021, S. 45, Zeuge Dr. Kollatz). Der Zuschussbaustein war damit gesetzlich nicht realisierbar oder planbar, mit dessen wirtschaftlicher Realisierung konnte entsprechend nicht gerechnet werden. Damit stand jedenfalls in dieser Höhe und zu dem Zeitpunkt der entsprechenden Verpflichtungen die alleinige Haftung des Bezirks rein faktisch betrachtet fest. Jedenfalls dieser nicht realisierbare Finanzierungs-

baustein in Höhe von 10 % ist ohne weiteres bezifferbar (vgl. die Anforderungen bei BGHSt 62, 144, 155). Nach bilanzieller Betrachtungsweise liegt darin ein ungedecktes Haftungsrisiko, für das aufgrund der Gesamtschuld der Bezirk einzutreten hat, sodass dessen Vermögen wirtschaftlich betrachtet unmittelbar geschmälert wird.

Jedenfalls wurde hier entgegen rechtlicher Vorgaben und eindeutiger Hinweise nicht auf die Rechtslage, sondern allenfalls auf einen „politischen Willen“ (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 48 nach dem Wortprotokoll der 4. Sitzung am 16.3.2021, S. 40, Zeuge *Oltmann*) vertraut. Auch um dies im Nachhinein zu legitimieren, wird sich auf Beschlussvorlagen als „Beschluss“ berufen (*Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 48 mit Abdruck der entsprechenden Beschlussvorlage und ferner nach dem Wortprotokoll der 4. Sitzung am 16.3.2021, S. 40, Zeuge *Oltmann*) und so der Versuch unternommen, eine rechtliche Grundlage zu fingieren, obwohl ein entsprechender, zur demokratischen Legitimation notwendiger Beschluss überhaupt nicht gefasst wurde, eine rechtliche Bindung der Vorlage damit auch nicht eintreten konnte.

Mit einer Entscheidung auf Basis des Vertrauens auf einen politischen Willen und eine bloße Beschlussvorlage wurde indes ohne kaufmännische Sorgfalt auf bloße Hoffnungen gesetzt, ohne die notwendige Schaffung der rechtlichen Rahmenbedingungen abzuwarten und somit im Bewusstsein fehlender rechtlicher Grundlage auf eine Umsetzung des angenommenen politischen Willens gehofft, ohne die Verlust- und Haftungsgefahr in die Überlegungen mit einzubeziehen, sodass auch deshalb ein Vermögensschaden anzunehmen ist.

Das darüber hinaus fragwürdige finanzielle Konstrukt zeigt sich auch daran, dass die Diese eG die Kaufpreise der ersten drei Vorkaufsobjekte bei Fälligkeit lediglich mithilfe einer Zwischenfinanzierung begleichen konnte (*Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 178 Rn. 304). Denn eine Zwischenfinanzierungszusage ist gerade kein geeigneter Ersatz für den Nachweis einer langfristigen Finanzierung und belegt indiziell, auf welcher ungesicherter rechtlicher Grundlage die langfristige Finanzierung – und damit der Ausschluss des Haftungsfalls des Bezirks – stand. Auch dies streitet

gegen eine gesicherte Grundlage und spricht für das bedeutende Ausfallrisiko seitens der Diese eG bereits zum Zeitpunkt der Vertragsschlüsse. Der Eintritt des Haftungsfalls des Bezirks war damit mangels hinreichender finanzieller Planung der Diese eG höchst wahrscheinlich.

Ungleich erhöht war das Haftungsrisiko infolge der unterlassenen Bonitäts- und Wirtschaftlichkeitsprüfung auch durch den weiteren Umstand, dass infolge der unterlassenen Prüfung bei der Entscheidung hinsichtlich der Begründung einer Haftung nicht beachtet wurde, dass die Wirtschaftlichkeitsberechnung der Diese eG von einer jährlichen Steigerung der Nettokaltmieten in Höhe von 4 % ausging, obwohl angesichts der Informationen der Koalition zum Berliner Mietengesetz vom 04.06.2019 und des Eckpunktebeschlusses des Senats vom 18.06.2019 spätestens zum Zeitpunkt der dritten Vorkaufsausübung davon ausgegangen werden musste, dass die Mieten der ersten fünf Jahre gesetzlich eingefroren werden würden. Die Wirtschaftlichkeitsberechnung beruhte insofern auf einem rechtlich zu diesem Zeitpunkt nicht realisierbaren Parameter nämlich einer rechtlich unzulässigen Mieterhöhung, sodass auch dadurch und in dieser Höhe keine Absicherung des Haftungsrisikos erfolgte.

Nach alldem ist bereits zum Zeitpunkt der Begründung der Gesamtschuld ein Gefährdungsschaden anzunehmen.

b. Mangelnde Kompensation

Dies wird auch nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht durch Sicherheiten oder gleichwohl objektiv gegebene Finanzierungskonzepte (wie Reserven oder existente, feste Finanzierungspläne) der Diese eG aufgewogen. Vielmehr erhält der Bezirk die Stellung als Gesamtschuldner ohne jedwede Sicherung aufgrund der Vermögensverhältnisse der Diese eG und rückt somit in eine Haftung ein, deren Verlustrisiko ungleich erhöht ist (was selbst bei einer ungesicherten und damit in ihrem Wert zweifelhaften, aber gleichwohl anders als hier selbst *erhaltenen* Darlehensforderung gilt, BVerfG NJW 2009, 2370, 2373). Es handelt sich in derartigen Fällen, in denen das Vermögen wirtschaftlich betrachtet im Tatzeitpunkt bereits aktuell gemindert ist, es aber noch zu einer vollständigen oder teilweisen Begleichung der Forderung und

damit Enthebung von der Gesamtschuld kommen kann und der endgültige Eintritt des Verlusts noch unsicher ist, um eine schadensgleiche Vermögensgefährdung, nach jüngerer Diktion also um einen Gefährdungsschaden (vgl. BVerfGE 126, 170; NJW 2010, 3209, 3218 f.; *Saliger*, NJW 2010, 3195, 3197).

Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass das erhöhte Verlustrisiko – dem Eintritt in eine Gesamtschuld typisch – auch nicht durch eine etwaig höhere Gewinnchance kompensiert wird. Dies ist zwar aufgrund der Ausgestaltung des Vorkaufsrechts auch nicht möglich, verdeutlicht aber jedenfalls den an die Gefahrenprognose zu stellenden Maßstab, da – anders als im Rahmen der Kreditvergabe – keine Chance erkaufte, sondern ausschließlich eine Verpflichtung zugunsten eines beabsichtigten Zweckes eingegangen wird. Entsprechend wäre diese auch zumindest abzusichern oder das Risiko hinreichend zu evaluieren gewesen.

Daran ändert sich auch nichts durch den Umstand, dass der Bezirk als unmittelbare Kompensation keine wirtschaftliche Forderung, sondern den Zweck der Grundstücksverwendung anstrebt. Denn dieser Zweck wird aufgrund der dazu notwendig vorauszusetzenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Begünstigten (so auch *Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 183 f. Rn. 318; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, § 27a Rn. 16) gleichermaßen gefährdet bzw. in dessen Realisierungsmöglichkeiten herabgesetzt. Dies unterstreicht auch § 27a Abs. 1 S. 1 BauGB, wonach die finanzielle Leistungsfähigkeit als zu prüfende Kategorie die Gesamtkosten des Projekts umfasst, sodass der angestrebte Zweck der Vorkaufsausübung erst bei Erreichen dessen finalen Stadiums erreicht würde – was bei vorheriger Zahlungsunfähigkeit indes gleichsam ausgeschlossen wäre.

c. Haftung neben einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Bedeutend für die Haftungssituation des Bezirks ist ferner, dass der Bezirk bis zur Eintragung der Diese eG in das Genossenschaftsregister nicht wie intendiert als Gesamtschuldner neben die Diese eG, sondern neben deren Genossenschaftlern als GbR (Gesellschaft bürgerlichen Rechts – terminologisch auch: BGB-Gesellschaft) trat.

Ausweislich des Genossenschaftsregisters wurde die Diese eG am 01.08.2019 unter GNR 757B eingetragen und am 02.08.2019 als solche bekanntgemacht. Nachdem eine Genossenschaft nach § 17 Abs. 1 GenG erst mit deren Eintragung die Rechtsstellung einer eingetragenen Genossenschaft erlangt und selbständig Rechte und Pflichten innehaben kann, insbesondere Rechte erwerben kann (Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Pöhlmann, GenG, 4. Aufl. 2012, § 17 Rn. 1), konnte die Diese eG bis zu diesem Zeitpunkt auch keine Verpflichtungen eingehen. Vor deren Eintragung entsteht keine Vor-eG, sondern eine Vorgründungsgenossenschaft, die eine einfache BGB-Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB ist (Henssler/Strohn/Geibel, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, GenG § 13 Rn. 2, oder im Falle unterbleibender aktiver Rechtsformwahl jedenfalls im Außenverhältnis wie eine solche behandelt wird, ebenda GenG § 1 Rn. 14 f.).

Wurde das Vorkaufsrecht bis zum 02.08.2019 in fünf Fällen zugunsten der Diese eG ausgeübt, so konnte es demnach nicht die als solche noch nicht existente Diese eG betreffen, sondern lediglich die entsprechende Gesellschaft bürgerlichen Rechts verpflichten, bei der die Gesellschaft sowie die Gesellschafter nach Maßgabe der §§ 705 ff. BGB selbst für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.

Die Ausführungen des Bezirksamts bezogen sich allerdings rechtsfehlerhaft stets auf die Diese eG, sodass eine Haftung neben dieser intendiert – rechtlich aber nicht möglich war. Tatsächlich tritt der Bezirk damit in eine gesamtschuldnerische Haftung mit der GbR, nicht aber mit der Diese eG ein. Auch eine tatsächliche Haftung der Projektgenossenschaft Stadtbad Lichtenberg eG kommt, etwa nach den Grundzügen der falsa demonstratio non nocet, nicht in Betracht, da objektiv keinerlei Anhaltspunkte auf die tatsächliche Verpflichtung dieser Genossenschaft zielen und eine solche auch nicht intendiert war. Damit war mangels Rechtsfähigkeit der Genossenschaft weder die Ausgabe von Genossenschaftsanteilen, noch das Sammeln von Geldern oder die Eingehung von Verbindlichkeiten möglich und es konnte einzig die GbR verpflichtet werden. Dass aber die tatsächlich als GbR verpflichteten künftigen Genossen für die Kaufvertragsverpflichtungen neben dem Bezirk hafteten, jedoch in

keinem Fall zum Zeitpunkt der Vorkaufsausübung in der Lage waren, die Kaufpreisverpflichtungen in entsprechender Höhe zu bedienen, verschlechtert die rechtliche und damit auch wirtschaftliche Haftungssituation für den Bezirk bereits daher, dass die Diese eG selbst noch keine rechtlich verbindlichen Verpflichtungen zur Sicherung der Finanzierung eingehen konnte und der Bezirk nunmehr als Gesamtschuldner neben einer nicht ausreichend liquiden GbR berufen wurde. Anstelle der eG haftet neben dem Bezirk rein die GbR, die nicht über entsprechende Mittel verfügt. Die Gesamtschuldnerschaft war also mit einem erheblichen Ausfallrisiko behaftet, ohne dass dies in die Begründung der Haftung eingepreist war.

d. Verzögerungskosten als Schadensvertiefung

Dementsprechend sind die entstandenen Kosten für die Zahlungsverzögerungen bzw. in Folge eines Widerrufs entstandenen Notarkosten bloße Schadensvertiefungen, in denen sich der Gefährdungsschaden letztlich ausgedrückt hat. Auf die Frage der (Un-)Mittelbarkeit kommt es damit insofern nicht an.

e. Kein Schadensausschluss durch mögliche Bescheidaufhebung

Soweit das Bezirksamt einen Ausschluss des finanziellen Risikos in der möglichen Aufhebung des Vorkaufsbescheids erblickt (Pressemitteilung Nr. 177 v. 09.08.2019; was die Generalstaatsanwaltschaft als vertretbar ansieht, Schreiben vom 25.01.2021, 62/19, S. 4 f.), lässt dies die gebotene strafrechtliche Betrachtung des bereits durch den Bescheid begründeten Vermögensnachteils außer Acht. Schließlich ist strafrechtlich anerkannt, dass ein Vermögensschaden nur durch Rechte zur Rückgängigmachung kompensiert werden kann, die für den Getäuschten problemlos realisierbar sind und die bekannt sein müssen (MK-StGB/Hefendehl, § 263 Rn. 611; großzügig ob der Stornierungswilligkeit noch BGH GA 1962, 213; strenger aber BGHSt 23, 300, 302 ff.; auch die seitens der Generalstaatsanwaltschaft angeführte Entscheidung BGH NStZ 2009, 150 rekurriert – anders als vorlegend – auf werthaltige Sicherheiten, die das Ausfallrisiko ohne Vereitelungsmöglichkeit des Schuldners abdecken und ohne weiteres realisierbar sind).

Daher schließt die bloße Anfechtbarkeit eines Vertrages einen Vermögensschaden nicht aus, sei doch nicht sicher, dass dies dem Betroffenen bekannt ist, zumal die Ausübung des Anfechtungsrechts ungewiss und er darüber hinaus in einem Prozess beweisbelastet ist (BGHSt 23, 300, 302 f.; BGH wistra 1993, 265, 266; MK-StGB/Hefendehl, § 263 Rn. 615; Eisele, NSTZ 2010, 193, 198). In Weiterführung des Grundgedankens wird in der Literatur eine kompensatorische Eignung des Anfechtungsrechts angenommen, wenn dieses ohne Schwierigkeiten beweis- und durchsetzbar ist (so etwa Lenckner, JZ 1971, 320, 322 f.; Meyer, MDR 1975, 357, 358). Gleichwohl bleibt auch nach dieser großzügigen Auffassung zu beachten, dass die Beweislast dem Anfechtenden obliegt, sodass eine wirtschaftliche Betrachtung auch die Beweissituation einzustellen hat (dazu BGH WM 1976, 1330, 1331).

Während ursprünglich für vertraglich vereinbarte Rücktrittsrechte ein Schaden ausgeschlossen sein sollte, sofern die Leistung des Getäuschten noch nicht erbracht wurde (BGH bei Dallinger MDR 1971, 546 [4 StR 423/70]), wurde diese theoretische Betrachtung zunehmend um die faktisch unsichere Lage des Betroffenen und dessen damit einhergehendes Risiko ergänzt, sodass auch ein solches vertragliches Rücktrittsrecht einem Schaden nicht mehr entgegensteht (BGHSt 34, 199, 203 f.; BeckOK-StGB/Beukelmann, § 263 Rn. 59; MK-StGB/Hefendehl, § 263 Rn. 619; Müller-Christmann, JuS 1988, 108, 114).

Ähnliches wird auch auf Widerrufsrechte bei Verbraucherverträgen übertragen, die mit der deutlich kommunizierten Lossagungsmöglichkeit von einem Vertrag einhergehen und die Ausübung an keine weiteren Voraussetzungen knüpfen. Gleichwohl ist ein derartiges Widerrufsrecht nur dann werthaltig und damit schadensausschließend, wenn der Grund für den Widerruf offensichtlich sowie der Vertragspartner solvent und problemlos greifbar ist (MK-StGB/Hefendehl, § 263 Rn. 620). Denn nur dann ist die Neutralisierung der Forderung und getätigten Verfügung problemlos möglich und darüber hinaus auch die Rückabwicklung realisierbar. Dieser Grundgedanke wird selbst auf die Realisierung werthaltiger Sicherheiten übertragen, hinsichtlich derer gefordert wird, dass sie mit unerheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand realisierbar sind und ohne jedwede Vereitelungsmöglichkeit des Schuldners

das Ausfallrisiko vollständig abdecken (so gerade die seitens der Generalstaatsanwaltschaft angeführte Entscheidung BGH NSTZ 2009, 150).

Angesichts dessen kann vorliegend nicht von einer schadensausschließenden Kompensation in Gestalt einer potenziellen Widerrufbarkeit des Vorkaufsbescheids ausgegangen werden. Zuvorderst ist dieser Widerruf – dessen rechtliche Möglichkeit unterstellt – abhängig von weiteren Parametern wie dem Ermessen der Entscheidungsträger und würde seinerseits erst ausgeübt werden, wenn es bereits zu Zahlungsverfehlungen kommen würde oder diese absehbar wären, sodass insofern die faktische Bedingung dessen Ausübung erst nach einer Schadensvertiefung liegen müsste. Aber auch die angeführte Widerrufbarkeit selbst ist rechtlich gerade nicht problemlos sowie ohne zeitlichen oder finanziellen Aufwand möglich. Dass die Einschätzung des Bezirksamts zur Möglichkeit des Widerrufs vertretbar erscheint, reicht gerade nicht aus, um eine rechtssichere Möglichkeit zur Loslösung von der Verpflichtung zu begründen (anders wohl die Generalstaatsanwaltschaft, Schreiben vom 25.1.2021, 62/19, S. 3) und kann bereits aufgrund der mangelnden rechtlichen sowie sicheren Grundlage den Schaden nicht ausschließen.

Vielmehr bestehen bereits erhebliche Bedenken, ob der Widerruf überhaupt möglich ist. Das Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Bezirk stellt einen Verwaltungsakt dar (Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock, § 27a Rn. 28; dazu auch *Abgeordnetenhaus Berlin*, Drs. 18/4030, S. 96 ff.). Der Widerruf richtet sich damit nach § 49 Abs. 1 und 2 VwVfG, die Rücknahme nach § 48 Abs. 1 und 2 VwVfG. Durch die Verzahnung des öffentlichen Rechts in Gestalt des Vorkaufsbescheids sowie der dadurch begründeten zivilrechtlichen Haftung (Gesamtschuld bezüglich des Grundstückskaufvertrags) wird die Entscheidung über den Widerruf indes erheblich verkompliziert (so auch *Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 180 f. Rn. 310). Insbesondere ist unklar, wie sich der Widerruf auf den Grundstückskaufvertrag auswirkt und ob dieser davon tangiert wird, was angesichts sachenrechtlicher Grundsätze wiederum fraglich erscheint. Daher gelangt auch der Rechnungshof zu dem Ergebnis, dass selbst im Falle eines als möglich unterstellten Widerrufs des Vorkaufsbescheids die Auswirkungen auf die zivilrechtliche Situation unklar sind, so-

dass es einer eingehenden rechtlichen Prüfung bedurft hätte. Ausweislich eines nach Ausübung der Vorkaufsrechte seitens des Bezirksamts eingeholten anwaltlichen Kurzgutachtens sei der Widerruf ohnehin nur für die Zukunft möglich (vgl. Generalstaatsanwaltschaft, Schreiben vom 25.01.2021, 62/19, S. 4 – dieses Gutachten liegt hier nicht vor, Zitat nach Generalstaatsanwaltschaft). Dass eine ex nunc-Wirkung des Widerrufs indes den zivilrechtlichen Grundstückskaufvertrag nicht ex tunc rückgängig machen könnte, ergibt sich bereits aufgrund der unterschiedlichen zeitlichen Dimensionen. Darüber hinaus könnte dies auch die Haftung des Bezirks dementsprechend nicht rückwirkend beseitigen.

Die Frage der Widerrufbarkeit des Vorkaufsbescheids vermag vorliegend indes dahingestellt zu bleiben: aufgrund der hohen rechtlichen Hürden nicht nur auf der Primärebene der Widerrufbarkeit des Vorkaufsbescheids als solchem, sondern auch auf der Sekundärebene der Auswirkungen eines Widerrufs auf die zivilrechtliche Haftung sowie der Tertiärebene des nachfolgenden Ersatzes eines Vertrauensschadens anlässlich hoheitlichen Handelns ist jedenfalls der rechtliche Boden eines risikofreien und ohne zeitlichen Aufwand möglichen Widerrufs ohne weitere Voraussetzungen nicht bereitet. Solche Anforderungen sind an den Widerruf allerdings angesichts der strafrechtlichen Judikatur zu stellen, soll dieser bereits der Entstehung eines Vermögensnachteils vorbeugen können und sich so in die Systematik um Widerrufsrechte und Loslösungsmöglichkeiten einfügen.

3. Vorsatz

Die Rechtsprechung stellt an den Vorsatz im Rahmen der Untreue strenge Anforderungen, mit denen sie den weit gesteckten Rahmen des objektiven Tatbestands zu korrigieren sucht (vgl. BGHSt 3, 23, 25; BGH wistra 2003, 463). Zwar erscheint dies fragwürdig, da so die Behandlung des Vorsatzes zu anderen Vorsatzdelikten divergiert und die Weite des Straftatbestandes primär auf objektiver Ebene einzuschränken wäre (*Fischer*, § 266 Rn. 176), gleichwohl soll diese Linie der Rechtsprechung zugrunde gelegt werden.

a.

Allerdings waren dem Täter sowohl seine Pflichtenstellung, als auch der Pflichtenverstoß bekannt und bewusst (zu diesen Voraussetzungen vgl. BGH NJW 1990, 3219, 3220). Insbesondere wurde er mehrfach intern auf die Notwendigkeit einer Prüfung der finanziellen Lage hingewiesen, missachtete diese Hinweise jedoch (etwa den Hinweis vom 24.05.2019: „Finanzierung muss im Vorfeld geklärt werden“).

b.

Gleichwohl werden, um dem Verschleifungsverbot gerecht zu werden, auch an die Feststellung des Eventualvorsatzes bei Risikogeschäften besondere Anforderungen gestellt, die sich etwa in einer Billigung der Gefahr ausdrücken können (BGHSt 46, 30, 34 f.; NSTZ 2013, 715). Eine Billigung liegt indes nahe, wenn eine gravierende Pflichtverletzung über das allgemeine Risiko hinaus eine erkannte Gefährdung mit sich bringt (BGH NSTZ 2013, 715). Das Ausmaß der Gefährdung wurde seitens Herrn Bezirksstadtrat Florian Schmidt naheliegend erkannt, allerdings trotz anderslautender Hinweise (etwa in Gestalt der – hier nicht vorliegenden – E-Mail des Senators Dr. Kollatz vom 28.05.2019, X StA Bd. I, hier Bd. II, S. 24, die explizit darauf hinweist, dass Zuschüsse einer haushaltsrechtlichen Grundlage in Gestalt eines Senats- und Hauptbeschlusses bedürfen) nicht weiter untersucht oder – wie gerade eben notwendig – evaluiert. Bezirksstadtrat Florian Schmidt verstieß also gegen gesetzlich auferlegte Handlungspflichten, welche ihm das Risiko vor Augen führen sollten und gerade hinsichtlich der kompensationslosen Haftungsbegründung auch notwendig gewesen wären. Er setzte sich – angesichts der an ihn gerichteten, explizit auf die Notwendigkeit eines Senats- und Haushaltsbeschlusses hinweisenden e-Mail – bewusst über die aufgetragene Risikoevaluation hinweg und ignorierte anderslautende Ratschläge, sodass er auch den Schadenseintritt billigte. Dies belegen zumindest indiziell auch die Verstöße gegen die notwendigen Beteiligungspflichten, mittels derer weitere Kontrollinstanzen bereits präventiv und rechtswidrig ausgeschaltet wurden.

c.

Darüber hinaus war Herr Bezirksstadtrat Florian Schmidt auch bekannt, dass die Diese eG noch nicht in das Genossenschaftsregister eingetragen war und somit die Haftung neben der Diese eG rechtlich überhaupt nicht möglich, das Haftungsrisiko des Bezirks damit potenziert wurde. Darauf wies ihn unter anderem der für die ersten Vorkäufe beauftragte Notar Dr. Bettin in einem Schreiben hin (zitiert nach Beschwerde an die Generalstaatsanwaltschaft, dort Anlage 3). Auch der Verkäufer der Krossener Straße 36 meldete per Mail vom 13.06. 2019, 9:41 Uhr an Herrn Tarnevski vom Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg insofern Bedenken an.

d.

Der gute Glaube an die Widerrufsmöglichkeit contra legem vermag den Vorsatz nicht zu beseitigen und ist allenfalls qua Verbotsirrtum (§ 17 StGB) auf Strafzumessungsebene zu berücksichtigen. Dass die Ausübung des Vorkaufsbescheids und Begründung einer gesamtschuldnerischen Haftung nicht ohne jedwede Voraussetzungen wieder beseitigt werden könnten (und so daher hinaus die gesamtschuldnerische Haftung als Gesamtkonstrukt gesetzlich ins Leere zielen ließen), war auch dem Betroffenen klar. Es handelt sich damit um keine Fehlvorstellung um eine kompensierende Gegenleistung, sondern um eine nicht werthaltige Loslösungsmöglichkeit vom Vertrag ins Blaue hinein ohne Prüfung der rechtlichen Grundlage. Auch konnte nach der Vorstellung des Herrn Bezirksstadtrats Florian Schmidt das Widerrufsrecht allenfalls ausgeübt werden, wenn bereits Zahlungsschwierigkeiten der Diese eG eingetreten sind, der Gefährdungsschaden mithin akut realisiert wurde – sodass auch insofern ein zeitliches Gefälle dergestalt entstünde, dass allenfalls nach endgültigem Schadenseintritt eine Lossagung möglich wäre.

II. Haushaltsuntreue

Eine strafrechtlich relevante Untreue kann sich ferner aus einem Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorgaben oder Prinzipien ergeben (siehe nur BGH NStZ 1983, 455; 1984, 549; NJW 1998, 913; 2020, 422). In Übereinstimmung mit den allgemei-

nen Grundsätzen genügt angesichts des durch den Untreuetatbestand allein beabsichtigten Vermögensschutzes zwar noch nicht der bloße Verstoß gegen eine haushaltsrechtliche Vorschrift (MK-StGB/*Dierlamm*, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 261). Insbesondere Verstöße gegen sachliche und zeitliche Bindungen der Haushaltsmittel können aber auf Grundlage der Rechtsprechung eine Strafbarkeit begründen. Dies ist etwa der Fall, wenn haushaltstechnische Verlagerungen erfolgen, wie dies beispielsweise bei der Erhöhung eines Veranstaltungsbudgets einer Festhalle aus einem anderen Titel (BGH NStZ 1984, 549, 550) oder der Verschiebung von Haushaltsmitteln unter verschiedenen Behörden (BGH NJW 1995, 603, 605 f.) möglich ist. Gleichwohl gilt auch insofern, dass Pflichtverletzung und Vermögensschaden zu trennen sind, insbesondere im Lichte des Verschleifungsverbots nicht unbesehen von der Pflichtverletzung auf den Schaden geschlossen werden kann – und vice versa.

1. Pflichtverletzung

a.

Im Rahmen der kommunalen Tätigkeit ist der Amtsträger strikt an die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebunden (§ 7 LHO, § 82 Abs. 2 KSVG). Bereits vor diesem Hintergrund kann ein Verstoß gegen das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit darstellen (BGH NStZ 2008, 87, 89; NJW 2016, 2585, 2594 f.; NStZ 2020, 422, 423). Dieses Gebot soll die bestmögliche Nutzung öffentlicher Ressourcen sicherstellen und bezweckt eine günstige Relation zwischen verfolgtem Zweck und eingesetztem Mittel. Danach sind unter anderem im Lichte des Minimalprinzips bestimmte Ziele mit möglichst geringem Mitteleinsatz zu erreichen (BGH NJW 2016, 2585, 2594).

Wie oben bereits dargestellt, verfehlt eine Haftungs begründung ohne Überprüfung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und wirtschaftliche Gegenleistung auch das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Die unterlassene Prüfung der finanziellen Situation der Diese eG greift auch insofern durch und wird auch im Kontext der Haushaltsuntreue relevant.

Nach der jüngeren Judikatur (BGH NJW 2016, 2585, 2595) hat sich der Verstoß zudem als untreuerelevant darzustellen, was etwa im Rahmen der europarechtlichen Vorschriften zur Gewährung von Beihilfen nicht der Fall sei, da deren Zweck im Schutz des Binnenmarktes vor Wettbewerbsverzerrungen liege. Der vorliegende Pflichtenverstoß bezieht sich indes unmittelbar auf die Mittelverwendung im Lichte der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und ist somit vollumfänglich untreuerelevant (vgl. BGH NStZ 2008, 87, 89; NJW 2016, 2585, 2594 f.; NStZ 2020, 422, 423).

b.

Von besonderer Relevanz im Rahmen der Haushaltsuntreue ist darüber hinaus der Umstand, dass der Haushaltsplan des Bezirks für die Vorkaufsausübungen im Jahre 2019 weder Ausgabetitel noch Verpflichtungsermächtigungen für Vorkaufsausübungen vorsah (*Rechnungshof von Berlin, Jahresbericht 2020, S. 180 Rn. 308*). Die Ausübung des Vorkaufsrechts ohne jedweden Ausgabetitel ist daher bereits angesichts der im Haushaltsplan aufgestellten Verfügungsmöglichkeiten über die Gelder evident pflichtwidrig. Auch die vorschrifts- und vergabewidrige Begründung einer nicht zwingenden Verpflichtung ist ihrerseits evident pflichtwidrig (BGH NStZ 1984, 549, 550; NJW 1990, 603, 604 f.; MK-StGB/Dierlamm, § 266 Rn. 263).

Zu dem bereits oben aufgezeigten Verstoß gegen die rechtlichen Vorgaben zur Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Diese eG tritt also ein Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorgaben sowie internen Bestrebungen. Insbesondere war das Instrument der Vorkaufsausübung in Berlin zwar nicht neu, wurde allerdings aus finanziellen Gründen kaum ausgeübt (*Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 18/4030, S. 30* nach dem Wortprotokoll der 6. Sitzung am 27.04.2021, S. 37, Zeuge Dr. Kollatz). Vielmehr noch wird das vorrangige Ziel des Vorkaufsrechts im Konzept für die Nutzung von Vorkaufsrechten nach dem BauGB in Berlin von 2017 auch nicht in dessen Ausübung, sondern in dem Abschluss einer Abwendungsvereinbarung mit der Käuferin oder dem Käufer erblickt (*Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 18/0494, S. 6*).

Auch daher betrat das Bezirksamt Berlin Friedrichshain-Kreuzberg mit der Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten einer Genossenschaft Neuland (*Abgeordnetenhaus*

Berlin, Drs. 18/4030, S. 30 nach dem Wortprotokoll der 5. Sitzung am 13.4.2021, S. 3, Zeuge Geisel). Wurden Verpflichtungen aus Vorkaufsrechten mangels finanzieller Mittel kaum eingegangen und sollten diese auch nach dem Konzept des Abgeordnetenhauses nicht ausgeübt werden, sondern in Gestalt einer Androhung zu einer Abwendungsvereinbarung führen, so bestanden doch jedenfalls für eine Verpflichtung der Gemeinde entgegen des Konzepts erhöhte Anforderungen an den vorausgehenden Prüfungsumfang. Dies gilt nur umso mehr angesichts des Umstands, dass zuvor die Vorkaufsrechte allein zugunsten kommunaler Wohnungsbaugesellschaften ausgeübt wurden – und gerade nicht zugunsten privatrechtlicher Genossenschaften. Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts konnte dergestalt aber entgegen der haushaltsrechtlichen Vorgaben und ohne die dazu notwendigen Mittel anstelle einer Abwendungsverpflichtung eine Verpflichtung des Bezirks begründet werden, mittels welcher nicht dafür vorgesehene Mittel an den Haushaltsvorgaben vorbei zur Verfolgung eigener politischer Zielsetzungen beansprucht werden konnten. Die haushalts- und vergabewidrige Verpflichtung des Bezirks entgegen anderslautender haushaltsrechtlicher Titel und Zielsetzungen ist damit evident pflichtwidrig.

Herr Bezirksstadtrat Florian Schmidt hat demnach die haushaltsrechtlichen Vorgaben missachtet und so trotz fehlenden Ausgabetitels Vermögenswerte zur Verfolgung der haushaltsrechtlich nicht vorgesehenen, von ihm gleichwohl als erstrebenswert erachteten Zwecke eingesetzt. Die haushaltsrechtliche normative Zweckbindung der öffentlichen Mittel wurden also unter Bruch der strengen sachlichen sowie zeitlichen Bindung (vgl. Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, StGB § 166 Rn. 210) durch die Hintertür des § 27a BauGB ohne Beachtung dessen Voraussetzungen eigenmächtig ohne entsprechende rechtliche Grundlage aufgehoben. Die eingesetzten Mittel wurden mithin an den Vorgaben des Haushalts vorbei zweckwidrig eingesetzt, was eine erhebliche Pflichtverletzung darstellt.

2. Vermögensschaden

a.

Noch nicht jede der ursprünglichen Zweckbestimmung zuwiderlaufende Verwendung öffentlicher Mittel begründet ohne weiteres auch einen Vermögensnachteil. Abzulehnen ist ein solcher etwa, wenn eine Reparatur dringend erforderlich wird, aber nur aus einem dafür nicht vorgesehenen Titel bezahlt werden könnte, sodass die nachträgliche Bewilligung der Mittel durch die zuständige Stelle höchstwahrscheinlich scheint (BGH NStZ 1984, 549, 550). Ferner reicht es nicht aus, wenn gegen Vorschriften des Haushaltsrechts einschließlich Vorgaben der zeitlichen und sachlichen Bindung der haushaltsmäßigen Bewilligung verstoßen wird (BGH NJW 1990, 603, 605). Entscheidend ist demnach, ob die Verfügung über die Mittel bei wirtschaftlicher Betrachtung das Vermögen des Vermögensträgers mindert, ohne dass dem bisherigen Vermögensträger ein wirtschaftlich gleichwertiger Vorteil erwächst (BGH NJW 1990, 603, 605; Schönke/Schröder/Perron, § 266 Rn. 44).

Indem Bezirksstadtrat Herr Florian Schmidt unter Missachtung der haushaltsrechtlichen Vorgaben Mittel für einen nicht existenten Titel aus einem nicht dafür vorgesehenen Titel einsetzte (was sich letztlich auch in Summe von 270.000 EUR materialisierte), verwendete er sie zweckwidrig und verschob so die Vermögenszuweisungen des Haushalts. Er setzte sie auch für einen nicht dringenden Zweck, sondern vielmehr für einen solchen ein, der haushaltsrechtlich überhaupt nicht eingeplant war. Er verwendete die Mittel also, um einen Zweck zu erreichen, der haushaltsrechtlich und damit auch den Vorstellungen des Bezirks entsprechend nicht vorgesehen war, wobei er die Mittel als Haftungssumme einsetzte, ohne eine Kompensation dafür zu erhalten. Ein wirtschaftlicher Ausgleich erfolgte nicht, auch ein sozialer Zweck im Sinne der Bezirksplanung wurde damit nicht verfolgt. Es handelt sich damit um eine Minderung des Vermögens des Vermögensträgers, die ohne wirtschaftlich gleichwertigen Ausgleich geblieben ist, mithin um einen Vermögensschaden.

b.

Entsprechend ist die vorschriftswidrige Begründung einer nicht dringend angezeigten Verpflichtung bereits regelmäßig als schädigend anzusehen (BGH NStZ 1984, 549, 550; NJW 1990, 603, 605; BeckOK-StGB/Wittig, § 266 Rn. 56 f.). Der Vermögensschaden liegt sodann darin, dass Haushaltsmittel unter Verstoß gegen Haushaltsgrundsätze einer anderen Verwendung zugeführt werden und so das eigentlich zweckgebundene und an das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verknüpfte Vermögen geschmälert wird (BGH NJW 1990, 603, 605; Schönke/Schröder/Perron, § 266 Rn. 44). Auch nach diesen Prämissen handelt es sich also um einen Schaden, war die Ausgabe doch nicht dringend angezeigt und wurde das Vermögen weiterhin ohne wirtschaftlichen Ausgleich geschmälert.

Insbesondere handelt es sich damit auch nicht um eine rein interne (vgl. § 13 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BHO zum Gesamtvermögen der Bundesrepublik Deutschland) Zuordnung der Mittel innerhalb des Gesamtvermögens, sondern um eine Preisgabe der Mittel auf den Zugriff eines Dritten durch die darüber hinausreichende Begründung einer Gesamtschuld, mithin einer Haftung mit den Vermögensmitteln. Darüber hinaus wurden die Gelder nicht nur intern von der Zweckbindung befreit und so verschoben, sondern unmittelbar zur Verfolgung eines haushaltsmäßig nicht berücksichtigten Zweckes eingesetzt und so dem Vermögen entzogen.

c.

Darüber hinaus musste der Mitteleinsatz dergestalt auch dessen ursprünglichen Zweck verfehlen, was bei – wie vorliegend anzunehmender – mangelnder wirtschaftlicher Kompensation auch im Lichte der Zweckverfehlungslehre einen Nachteil begründet, da zweckgebundene Mittel verringert wurden und der auf das Gemeinwohl bezogene ursprünglich zugewiesene Zweck zwangsläufig verfehlt wurde (vgl. BGHSt 19, 37, 44 f.; 40, 287, 295 ff.; BeckOK-StGB/Wittig, § 266 Rn. 56; Fischer, § 266 Rn. 128; Schönke/Schröder/Perron, § 266 Rn. 44). Vielmehr noch wurde der ursprünglich haushaltsrechtlich vorgesehene Zweck gar durch eigene politische Zielsetzungen ersetzt, die in der Haushaltskalkulation aber nicht vorgesehen waren. Das

Instrument des Vorkaufsrechts wurde dergestalt dazu eingesetzt, unter Missachtung der haushaltsrechtlichen Vorgaben anstelle der Haushaltsziele eigene Ziele zu verfolgen und so den auf das Gemeinwohl bezogenen ursprünglichen Zweck der Gelder eigenmächtig und haushaltswidrig aufzugeben. Dies gilt umso mehr, da vorliegend keinerlei materielle Voraussetzungen der haushaltsrechtlich intendierten Mittelverwendung vorlagen (vgl. *Fischer*, § 266 Rn. 128), wurden doch die Mittel der eigentlichen Zweckverfolgung entzogen und von dieser eigenmächtig unter Missachtung der für das eigentliche Ziel notwendigen Vorgaben gelöst. Eine Kompensation scheidet nach wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung wie dargestellt aus, da der verfolgte Zweck gerade nicht im Haushalt vorgegeben war.

C. Fazit

Demnach ist sowohl im Lichte der Risikogeschäfte als auch der Haushaltsuntreue von einer Untreuestrafbarkeit des Bezirksstadtrats Herrn Florian Schmidt auszugehen.

Damit hat Bezirksstadtrat Herr Florian Schmidt auch einen Vermögensverlust großen Ausmaßes im Sinne des §§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 266 Abs. 2 StGB herbeigeführt, der jedenfalls ab ca. 50.000 EUR anzunehmen ist (BGH wistra 2007, 111; 2009, 236, 237; NJW 2009, 528, 531), wobei es auf die opferseitig erlittene Vermögenseinbuße ankommt (BeckOK-StGB/*Beukelmann*, § 263 Rn. 103; *Fischer*, § 263 Rn. 15; auch eine Addition der Vermögensschäden wäre hier möglich, da sie alle dasselbe Opfer betreffen, BGH wistra 2012, 471; NStZ 2012, 213 f.). Soll hier eine bloße Vermögensgefährdung nicht ausreichen (BGH BeckRS 2020, 13446; NStZ-RR 2009, 206), was zwar in systematischer Hinsicht fragwürdig erscheint, aber zugunsten von Herrn Schmidt dennoch angenommen werden soll, so ist insofern die eigentliche Schadensvertiefung (B. I. 2. d.) in Gestalt der aufzubringenden Zahlungen des Bezirksamts in Höhe von 270.000 EUR ausschlaggebend (*Rechnungshof von Berlin*, Jahresbericht 2020, S. 176 Rn. 301). In dieser realisiert sich letztlich der Vermögensschaden, was unmittelbarer Ausfluss der mangelnden Bonitätsprüfung und des derart begründeten Schadens in Gestalt der eingegangenen Haftung ist und damit einen

Vermögensverlust großen Ausmaßes darstellt. Schließlich entstammt der eingetretene Vermögensverlust unmittelbar der mangelnden Finanzierungskraft und damit des geminderten Haftungsumfangs der Diese eG. Auch wer eine für die Untreue auf 100.000 EUR heraufgesetzte Grenze fordert (so etwa MK-StGB/*Dierlamm*, § 266 Rn. 304), gelangt zu keinem anderen Ergebnis.

Daneben hat Herr Bezirksstadtrat Florian Schmidt auch seine Stellung als Amtsträger missbraucht im Sinne des §§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4, 266 Abs. 2 StGB. Als Missbrauch bezeichnet man ein vorsätzlich rechtswidriges Handeln. Unbesehen der Frage, ob sich Herr Florian Schmidt dabei innerhalb seiner Zuständigkeiten bewegte und damit seine Befugnisse missbrauchte, oder – was naheliegend ist – die ihm kraft seines Amts gegebenen Handlungsmöglichkeiten außerhalb seiner Zuständigkeit ausnutzte und so seine Stellung missbrauchte, ist das Regelbeispiel jedenfalls nach beiden Sichtweisen verwirklicht (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 344; *Fischer*, § 263 Rn. 221; MK-StGB/*Hefendehl*, § 263 Rn. 983). Nach der Rechtsprechung gründet das Regelbeispiel auch nicht auf einer unzulässigen Doppelverwertung, da die bloße Amtsträgerstellung notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung sei (BGH NStZ 2000, 592; NStZ-RR 2013, 344). Dies gilt jedenfalls für den vorliegenden Fall, in welchem zur Umsetzung eigener politischer Ziele Untreuehandlungen begangen wurden, die außerhalb des Bereichs des rechtlichen Dürfens lagen und damit zusätzlich einen Missbrauch der Befugnisse voraussetzen. Damit ist auch das Regelbeispiel der §§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4, 266 Abs. 2 StGB verwirklicht. Umstände, welche die Indizwirkung widerlegen könnten, sind nicht ersichtlich.



Professor Dr. Gerson Trüg
Rechtsanwalt