

DR. IUR. H. C. GERHARD STRATE  
KLAUS-ULRICH VENTZKE

RECHTSANWÄLTE

An das  
Landgericht Hamburg  
Große Strafkammer 20  
Kapstadtring 1  
**22297 H a m b u r g**

Hamburg, am 22.12.2004/gs

**Aktenzeichen: 620 Kls 5/04**

In der Strafsache

gegen

Alexander **F a l k**

trägt die Verteidigung zum Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls ergänzend noch folgendes vor:

1. Unser Mandant hat bereits in seinem heutigen Vortrag sich ausführlich mit dem „Stock Purchase and Sales Agreement“ vom 18./19.12.2000 befaßt. Er hat dargelegt, daß und weshalb die Interpretation des Vertrages, welche die Strafkammer in ihrem Beschluß vom 2.11.2004 versucht hat und von dem Vorsitzender Strafkammer in der Hauptverhandlung noch einmal mündlich erläutert wurde, hinsichtlich wesentlicher Annahmen nicht zutrifft.

Unser Mandant, von seiner Ausbildung her Betriebswirt, war in den letzten anderthalb Jahren gezwungen, sich mit der Denkungsart von Juristen auseinanderzusetzen. Seine Kritik an dem Verständnis der von der Strafkammer angeführten Vertragsklauseln hat er in überzeugender Weise als Miß- und Fehlverständnis charakterisiert. Die Verteidigung will im Zuge dieser Betrachtung noch einige strafrechtliche Akzente setzen.

2. Wer als *Jurist* versucht, den nicht einfach zu lesenden Beschluß der Strafkammer vom 2.11.2004 zu verstehen, für den schält sich folgende Gedankenführung heraus:

Die DKB-Berechnungen sind das *eine*. Hier ist die Kammer wohl letztlich bereit, alles zuzugestehen, auch die Unmaßgeblichkeit von Umsatzmultiplikatoren bei der Berechnung des Unternehmenswerts, möglicherweise sogar die fehlende Induktion des im Wege einer *DCF-Analyse* ermittelten Unternehmenswerts durch sog. Scheinumsätze.

Der Vertrag ist das *andere*. Die Kammer sieht in dem Vertrag das Dokument, in welchem sich die Vorstellungen der Parteien „objektivierbar“ manifestierten. In dem Vertrag nun hat die Kammer einen Part entdeckt, nämlich die Passagen über den sog. „Earn-Out“. Was ist eine „Earn-Out“? Nach der Praxis des Unternehmenskaufs wird als „Earn-Out“ ein variabler Bestandteil des Kaufpreises bezeichnet, der eine Zusatzvergütung für den Veräußerer darstellt und sich dadurch auszeichnet, daß sich der Erwerber zu seiner Zahlung nicht fest verpflichten will (*Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 11. Aufl., Köln 2003, S. 473), er erst zahlbar wird bei Eintritt bestimmter Bedingungen. Die im Kaufvertrag über die ISION enthaltenen Bestimmungen knüpfen nun an bestimmte Umsatzziele für das 4. Quartal an, wobei vordergründig nicht auf die Qualität der Umsätze und ihre Zuordnung zu bestimmten Geschäftszweigen der ISION abgestellt wird. Dies ist für die Strafkammer der Einstieg zu

behaupten, im *Kaufvertrag* – quasi im Gegensatz zu den Unternehmenswertberechnungen der DKB – habe nach dem Willen der *Parteien* sich eine deutliche Orientierung auf die Umsätze des Jahres 2000 niedergeschlagen, wobei die Qualität der Umsätze keine Rolle gespielt habe. Diese Überlegung erlaubt dann der Strafkammer, zwischen den Umsatzzahlen des Jahres 2000 und dem im Kaufvertrag festgelegten Kaufpreis eine kausale Verknüpfung herzustellen, für deren „Abbildung“ sie, rein zum Zwecke der Vertragsinterpretation, den „Umsatzmultiplikator“ wieder einführt, den DKB bei seinen betriebswirtschaftlichen Berechnungen vermieden hat (wovon offenbar auch die Strafkammer ausgeht).

Da die „Earn-Out“-Regelungen keinen Bezug zur Qualität der Umsätze zu haben scheinen, sodaß Umsatz unterschiedslos als Umsatz erscheint, sieht die Strafkammer sich in der Lage, mit Hilfe des von ihr errechneten Umsatzmultiplikators und einer darauf bauenden Dreisatz-Rechnung aus dem Gesamtkaufpreis das Maß der Minderung herauszurechnen, zu welcher es gekommen wäre, wenn der Käuferseite die sog. Scheinumsätze bekannt gewesen wären. Dies soll dann der Schaden sein, den die Strafkammer mit 46,7 Mio. € errechnet.

Die DKB-Berechnungen spielen in diesem Modell der Strafkammer nur eine untergeordnete Rolle; sie werden von der Strafkammer nur als Orientierungspunkt verstanden, an welchem sich die *konkreten* Vereinbarungen im Kaufvertrag, auf die es nach der Einschätzung der Strafkammer allein ankomme, vage ausrichteten. Aus diesem Grunde nimmt es auch nicht wunder, daß die Strafkammer an die Adresse des soeben gehörten Sachverständigen Prof. Dr. Drukarczyk kaum Fragen hatte.

**3.** Daß dieses Modell der Strafkammer schon das korrekte Verständnis vor allem der „Earn-Out“-Bestimmungen des Kaufvertrages verfehlt, hat Herr Falk schon weitgehend dargelegt, deshalb hierzu nur noch wenige Worte:

Der „Earn-Out“ ist ein *variabler* Bestandteil des Kaufpreises, der von dem *fixen* Kaufpreis zu unterscheiden ist. Er ist eine Zusatzvergütung zugunsten des Verkäufers, dessen Kriterien gerade nicht die gleichen sind, die für die Findung des eigentlichen Kaufpreises maßgeblich waren. Auch trifft es nicht zu, daß im Kaufvertrag für die ISON der „Earn-Out“ unterschiedslos an die Erreichung bestimmter Umsatzziele geknüpft worden wäre, gleichviel von welcher Qualität diese Umsätze waren. Gerade durch die *Doppelbedingung*, daß *sowohl* bestimmte Umsatzziele *als auch* bestimmte Gewinnziele (in Gestalt von Verlustreduktionen)

erreicht werden sollten, um einen „Earn-Out“ zu rechtfertigen, war die Qualität der Umsätze (d.h. ihre Gewinnträchtigkeit) auch für das Verdienen des „Earn-Outs“ maßgeblich: Hohe Umsätze in Geschäftszweigen mit schwachen Margen mögen zwar der einen Bedingung (hohe Umsätze) genügen, erfüllen aber nicht die andere Bedingung, da sie nicht zur Reduktion der Verluste beitragen.

#### 4. Strafrechtlich entscheidend ist folgendes:

a) Zunächst fallen in den zentralen Passagen der landgerichtlichen Entscheidung (Ziff. 5 ff.) vom 2.11.2004 begriffliche Unschärfen auf, deren einmaliges Vorkommen als ein Versehen betrachtet werden könnte, deren Häufung aber auf ein grundsätzliches Missverständnis schließen läßt.

Schon in der Überschrift der Ziffer 5 –

*„Vertraglich bestimmter Unternehmenswert der Ision AG“* (Fettschreibung durch den Unterzeichner) –

findet sich ein Begriff, über den bei erster Lektüre schnell hinweggelesen wird: Ein *Wert*, und zwar eine *Unternehmenswert*, der vertraglich bestimmt wird!?

Im folgenden Absatz wiederholt sich diese Begrifflichkeit und wird weiter ausgeführt:

*„Den nach aufwändigen Due-Diligence-Untersuchungen und Verhandlungen im Kaufvertrag vom 19. Dezember 2000 fixierten **Wert** der Ision AG hält die Kammer für ihre Beurteilung, daß im vorliegenden Fall hochwahrscheinlich*

*ein auf Täuschung beruhender irrtumsbedingter Schaden eingetreten ist, weiterhin für maßgeblich. Denn in den vertraglichen Abreden haben sich die Vorstellungen, Bewertungen und Vereinbarungen der Parteien objektivierbar manifestiert. Hier spiegelt der Inhalt der Kaufpreisvereinbarung nicht nur den zuvor von DKB ermittelten (mittleren) Unternehmenswert wider. Vielmehr unterstreicht die sich aus der Vertragsurkunde ergebende Zusammensetzung des vereinbarten Kaufpreises, daß – wie insbesondere auch von den Zeugen Schroder, Corrado, Broere, Wylleman und Beaumont dargelegt – der **Wert** des von Energis zu bezahlenden Unternehmens(anteils) ganz entscheidend von Umsatzgrößen bestimmt worden ist, welche die Ision AG als Wachstumsunternehmen auswies und als solches für Energis attraktiv machten.“ (Fettschreibung durch den Unterzeichner)*

Was hier auffällt, ist die **umstandslose Identifizierung des Wertes mit dem Preis**:

Die Strafkammer hält den „im Kaufvertrag vom 19. Dezember 2000 **fixierten Wert** der Ision AG“ für maßgeblich; sie spricht gar von einem „**Wert** des von Energis zu **bezahlenden** Unternehmens(-anteils)“; welcher angeblich ganz entscheidend von Umsatzgrößen bestimmt worden sei.

Auch in dem folgenden Absatz spricht die Strafkammer von dem „**gesamten Unternehmenswert** der Ision AG, den zu **bezahlen**“ die Käuferin bereit gewesen sei und den sie „mit einer Obergrenze von 1.081 Mio. € festgelegt und die Festlegung in den Verhandlungen mit den Beratern und Vertretern der Verkäuferin durchgesetzt“ habe. In dem anschließenden Satz wird wiederum von einem „zu **vergütenden Unternehmenswert**“ gesprochen.

Schon sprachlich ist das schief: eine Leistung wird vergütet, ein Preis bezahlt, ein Wert hingegen wird bemessen oder geschätzt.

Das widerspricht des weiteren auch dem Wortlaut des Vertrages, in welchem stets von „consideration for the purchase“ (SPA Ziff. 1.2, 1.4 etc.) oder schlicht von „purchase price“ (Ziff. 1.5, 1.10 etc.) die Rede ist, nicht aber von „value“ oder „enterprise value“.

Es ist jedoch nicht nur die sprachliche Unschärfe, die zu kritisieren ist. An ihr kristallisiert sich zugleich die für diesen Prozeß alles entscheidende Frage: nämlich die notwendige **Unterscheidung von Wert und Preis**. Hierzu bedarf es noch nicht einmal eines Blickes in ökonomische Lehrbücher, wo dies allüberall zu lesen ist. Für Juristen reicht schon die Lektüre der amtlichen Sammlung des Bundesgerichtshofs:

*„Beide Begriffe (Wert und Preis) haben zwar manches gemeinsam, sind aber verschieden und folgen auch nicht durchweg gleichen wirtschaftlichen Gesetzen. Willkürlicher Vereinbarung ist nur der Preis unterworfen; der Wert entzieht sich ihr. Er ist der Einzelvereinbarung vorgegeben und besteht unabhängig von ihr.“* (BGHSt 16, 220, 224)

Hier ist der springende Punkt der ganzen Betrachtung: Die Strafkammer verwandelt die in dem Kauf-/Tauschvertrag vom 19.12.2000 vorgenommene **Vereinbarung eines Kaufpreises** in eine **vertraglich festgelegte Wertbestimmung**.

Das ist fehlerhaft. Der BGH hat in der eben schon zitierten, bis heute nicht revidierten Grundsatzentscheidung zur Bemessung des Vermögensschadens im Falle eines Eingehungsbetruges wie folgt geäußert:

*„Der Senat kann ferner nicht der Ansicht des Generalbundesanwalts folgen, beim Betrug durch einen gegenseitigen Vertrag sei die Frage des Vermögensschadens nach dem Wertmaßstab zu beurteilen, den die Vertragsschließenden selbst kraft der Vertragsfreiheit festsetzen: ...  
Daher ist die Parteivereinbarung kein gültiger Wertmesser. An ihr kann, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, ebenso wenig abgelesen werden wie an dem Empfinden des getäuschten Vertragsteils, geschädigt zu sein.“* (BGHSt 16, 224, 225)

Diesen letzten Satz – „*die Parteivereinbarung ist kein gültiger Wertmesser*“ – konfrontiere man unmittelbar mit der zentralen Überlegung der Strafkammer, weshalb für sie der im Kaufvertrag fixierte „Wert“ maßgeblich sei:

*„Denn in den vertraglichen Abreden haben sich die Vorstellungen, Bewertungen und Vereinbarungen der Parteien objektivierbar manifestiert.“*

In dieser unmittelbaren Konfrontation wird deutlich, wie bedenklich weit die Strafkammer sich von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entfernt hat. Ihre Rechtsposition steht nicht nur im Widerspruch, sondern in einem regelrechten **Gegensatz** zur Rechtsprechung unseres höchsten ordentlichen Gerichts.

Und das in einer **Haftentscheidung!**

Die Verteidigung fordert gemeinsam mit ihrem Mandanten die Strafkammer auf, ihren Standpunkt zu überprüfen. Dieser Standpunkt – das merkt man dem Beschluß vom 2.11.2004 an – ist sicherlich Ergebnis langwieriger Lektüre der Akten und intensiven Nachdenkens. Dennoch hält er argumentativ sowohl sachlich als rechtlich nicht stand. Die von der Strafkammer angesprochene „*Objektivierbarkeit*“ des Unternehmenswerts der ISION ist nicht durch ein Studium der angeblich oder tatsächlich in die vertraglichen Abreden eingeflossenen „*Vorstellungen, Bewertungen und Vereinbarungen der Parteien*“ herzustellen, sondern allein durch eine sachverständige betriebswirtschaftliche Auswertung des Daten- und Zahlenmaterials, mit dem seinerzeit die DCF-Analysen von Dresdner Kleinwort Benson bestückt wurden. Hierzu gehörten nicht nur die Erwartungen hinsichtlich der Umsätze und Gewinnspannen, sondern auch Berechnungen der Kosten für Material und Personal, Zinsen, Tilgungen, Steuern, Investitionen und vieles mehr.

Daß eine derartige von einem Sachverständigen der Wirtschaftswissenschaften vorzunehmende Beurteilung des Unternehmenswerts unabweisbar ist, ist von der Verteidigung und Herrn Falk, ebenso auch von mitverteidigenden Kollegen, wiederholt dargetan worden. Auch der Bundesgerichtshof geht wie selbstverständlich davon aus, daß Unternehmensbewertungen, sofern sie in einem Strafverfahren eine Rolle spielen, von einem Sachverständigen vorgenommen werden müssen. Dies zeigt sich schon daran, daß er verlangt:

*„Zur Bestimmung des Wertes eines Unternehmens sind im Strafverfahren **grundsätzlich die anerkannten Bewertungsmaßstäbe heranzuziehen ...**“*  
(BGH 5 StR 524/02 v. 11.9.2003, in wistra 2003, 457)

Der Bundesgerichtshof beschränkt sich aber nicht nur auf diese Feststellung, sondern schreibt dem Tatrichter auch folgendes ins Stammbuch:

*„Zur Bestimmung des Wertes eines Unternehmens sind im Strafverfahren **grundsätzlich die anerkannten Bewertungsmaßstäbe heranzuziehen, die für den Beschuldigten am günstigsten sind.** Nur so kann wegen der im Zivilrecht bestehenden Bewertungsunsicherheiten und ungeklärten Bewertungsmaßstäbe dem Grundsatz ‚in dubio pro reo‘ Rechnung getragen werden ...“* (BGH a.a.O. – jeweils meine Hervorhebung)

Ist das eine für die Hamburger Strafjustiz fremde Sprache?

Ich fasse zusammen:

**Darlegungen Alexander Falks:**

Die von der Strafkammer vorgenommene Berechnung des Kaufpreises ist falsch. Der von ihr angenommene Kausalnexus zwischen Umsätzen des Jahres 2000 und dem vereinbarten fixen Kaufpreis der ISION existiert nicht. Eine Reduktion des Kaufpreises gab es nicht. Diese für die Begründung des Haftbefehls zentrale Annahme beruht auf einem schlichten Rechenfehler! Der fixierte Kaufpreis war auch nicht zu hoch, so daß jede Schadensberechnung zu einem Nullwert führen muß.

**Darlegungen des Prof. Dr. Drukarczyk:**

Der von Dresdner Kleinwort Benson im Rahmen von DCF-Analysen berechnete Unternehmenswert ist frei von allen Umsätzen, die in der Anklage als Scheinumsätze bezeichnet werden.

**Darlegungen der Verteidigung:**

Der Versuch der Strafkammer, den Unternehmenswert der ISION über eine schlichte Interpretation des „Stock Purchase and Transfer Agreement“ zu ermitteln, ist nicht nur – wie von Alexander Falk erläutert – sachlich falsch, sondern juristisch unvertretbar. Er steht in unverhohlenem **Gegensatz** zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

## **5. Konsequenz: Aufhebung des Haftbefehls**

Eine Haftentscheidung, deren Begründung im Gegensatz zur Rechtsprechung des höchsten ordentlichen Gerichts steht, ist untragbar.

Ebenso untragbar ist eine Haftentscheidung, deren zentrales Argument – eine vermeintliche Reduktion des Kaufpreises auf 1.016 Mio. € indiziere die unmittelbare Verknüpfung des Kaufpreises mit den Umsätzen des Jahres 2000 – auf einem schlichten Rechenfehler beruht (erneute Verwechslung von 75% mit 100%, und zwar bei der Berechnung des „Earn-Out“-Zuschlages).

Der Haftbefehl ist unverzüglich aufzuheben.

Der Rechtsanwalt

Der Rechtsanwalt