

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 2.2.2005/gs

**Aktenzeichen: 620 Kls 5/04**

In der Strafsache

gegen

Alexander **F a l k**

scheint die Staatsanwaltschaft sich selbst und das Gericht wie folgt zu verstehen:

Es sei – nach der Anhörung des Sachverständigen Drukarczyk – zu konzедieren, daß die Scheinumsätze keinen (unmittelbaren) Einfluß auf die Unternehmensbewertung der ISION AG durch Dresdner Kleinwort Benson gehabt haben (Stellungnahme vom 14.1.2005, S. 5). Das habe auch die Strafkammer bereits in ihrem Beschluß vom 2.11.2004 – für jeden lesbar – und schließlich am 13.1.2005 – für jeden hörbar – deutlich erklärt (Stellungnahme vom 14.1.2005, S. 5).

Die Überlegungen des Sachverständigen seien – so die Stellungnahme vom 26.1.2005 (S. 3) – jedoch letztlich nur das Ergebnis einer „Modellrechnung“. Er habe sich einer „Vergangenheitsanalyse verschlossen“ (a.a.O. S. 4) und nicht erkannt, daß die in die Zukunft gerichtete, auf Planzahlen basierende Bewertungsmethode nach dem DCF-Verfahren auch Plausibilitätskontrollen unterzogen werden müsse (S. 4). Eine sorgfältige Betrachtung der Umsatzzahlen aus dem Jahre 2000 hätte die Plausibilität der Planzahlen für das Jahr 2001 „nachhaltig in Frage gestellt“ (S. 6). Wären die Scheinumsätze bekannt geworden, hätte diese die Prognose-sicherheit jedweder Planung bei der ISION in Frage gestellt und damit der Anwendung der DCF-Bewertungsmethode den Boden entzogen (S. 6).

Dies und des weiteren der Umstand, daß DKB bei seinen mit Planzahlen für das Jahr 2001 arbeitenden DCF-Berechnungen auch Reduktionen der Wachstumsraten im Hinblick auf nicht erwartungsgerechte Umsatzzahlen im dritten Quartal 2000 vorgenommen habe, rechtfertige die These einer zumindest *mittelbaren* Beeinflussung der Planzahlen des Jahres 2001 durch die Entwicklung der Umsatzzahlen des Jahres 2000 (S. 8).

Hinsichtlich der Schadensberechnung scheint die Staatsanwaltschaft in soufflierender Interpretation der Kammerbeschlüsse vom 2.11.2004, 8.11. und 18.11.2004 von einer Art Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 437 Abs. 1 Satz 1 BGB auszugehen. Die Beschaffenheit der ISION habe darin bestanden, ein Wachstumsunternehmen zu sein (S. 12). Da dem aber nicht so gewesen sei, stattdessen bei ISION Umsätze manipuliert worden seien, müsse ein objektiver Minderwert berechnet werden (S. 14), den die Strafkammer – „unter Zurückstellung weiterer Erwägungen in die Richtung eines sog. ‚Makelschadens‘ zugunsten der Angeklagten“ – auf die minimalste objektive Bemessungsgrundlage, nämlich die Scheinumsätze des dritten Quartals 2000, kleingerechnet habe, und zwar auf einen Betrag von lediglich € 46,7 Mio. Das sei der Mindestschaden.

## **1. Schadensberechnung nach dem Zivilrecht?**

Diese Rechnung erinnert an den § 441 BGB, durch welchen das Ausmaß der Minderung im Falle von Sachmängeln der Kaufsache festgelegt wird.

Während aber im Zivilrecht das Maß der proportionalen Minderung des Kaufpreises sich nicht am *Preis* der Kaufsache, sondern an deren wirklichem *Wert* orientiert –

vgl. hierzu § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB und erläuternd *Berger in Jauernig* (Hrsg.), BGB, 11. Aufl., Rdnr. 6 zu § 441; *Faust in Bamberger/Roth* (Hrsg.), BGB, München 2003, Rdnr. 8 zu § 441 –

veranstaltet die Staatsanwaltschaft und die von ihr interpretierte Kammer noch nicht einmal das. Während eine zivilrechtliche Gewährleistung zu einer Minderung von Null geführt hätte (da die Scheinumsätze keinen unmittelbaren Einfluß auf die für DKB maßgebliche DCF-Bewertung des Unternehmens ISION gehabt haben), versucht die Staatsanwaltschaft sich diesem Problem dadurch zu entwinden, daß sie einfach *behauptet*, ISION sei angesichts manipulierter Umsätze im Jahre 2000 für eine an Planzahlen des Jahres 2001 anknüpfende DCF-Bewertung gar nicht „zugänglich“ gewesen.

Dies eröffnet ihr dann die Möglichkeit, völlig gelöst von den Objektivierungen einer nach anerkannten Grundsätzen vorgenommenen Unternehmensbewertung (an welcher sich auch der tatsächlich vereinbarte Kaufpreis orientiert hatte), den *Preis* vom *Wert* zu trennen. Denn nichts anderes ist die Berechnung eines Schadens mit Hilfe eines sog. Umsatzmultiplikators. Durch ihn werden *Preise* zu *Preisen* ins Verhältnis gesetzt, also der *Preis*, der für ISION gezahlt wurde, zu den *Preisen*, die ISION im Jahre 2000 für den Verkauf von Dienstleistungen und Waren gezahlt wurden (d.i. der tatsächliche bzw. prospektiv erwartete Jahresumsatz). Der Preis markiert aber nur eine subjektive Äquivalenz. Werden aus dem Jahresumsatz die sog. Scheinumsätze herausgerechnet und – über den Umsatzmultiplikator – in den Kaufpreis projiziert, bleibt es bei einer rein subjektiven Äquivalenz, die Schadenssumme in Höhe von 46,7 Mio. € ist *reine Fiktion*.

Das hat mit dem herkömmlichen Strafrecht nichts zu tun, ebensowenig mit den Bestimmungen des Zivilrechts.

Daß es nicht angeht, unter Vernachlässigung jeder objektiven Wertbestimmung lediglich Preise zu Preisen in Relation zu setzen und hieraus ein Zahl zu errechnen, die dann im Wege der *Fiktion* als Schaden bezeichnet wird, sollte der Staatsanwaltschaft vielleicht gewärtig werden, wenn sie sich der Grundlagen ihrer eigenen Anklageschrift erinnert: Geht es doch in ihr um

Leistungen, die zwar einen Preis, aber keinen Wert haben: sog. Scheingeschäfte. Es ist eine der bösen Ironien dieses Verfahrens, daß eine Anklagebehörde, die Alexander Falk und den anderen Beschuldigten einen Betrug durch Präsentation von Scheingeschäften vorwirft, die von ihr angestrebte Haftfortdauer mit einer Schadensbehauptung begründet, die sich ihrerseits von jeder objektiven Wertbestimmung gelöst hat, also bloße Fiktion, schlichter Schein ist.

## 2. Ison als „Unikat“

Die hier krass zutage tretende Subjektivierung der Schadensberechnung wird von der Strafkammer in ihrem Eröffnungsbeschluß noch mit einer weiteren Erwägung zu stützen versucht. Es wird darin gesprochen von der „besonderen Marktenge“, in welcher sich das Verkaufsgeschehen vollzogen habe, weshalb die Strafkammer sich berufen fühlt, die „Einmaligkeit des vorgenommenen Geschäfts“ zu behaupten. Bei dem Verkauf der ISION an Energis habe es sich quasi – wie der Vorsitzende der Strafkammer es mündlich bezeichnete – um eine „Unikat“ gehandelt.

Was hierbei völlig vergessen, vielleicht sogar bewußt ausgeblendet wird, ist der Umstand, daß die Distefora in den letzten drei Monaten des Jahres 2000 nicht nur mit Energis über den Kauf der ISION verhandelt hat, sondern mit einer Vielzahl an Bietern. In der Schlußphase, im November 2000, wurde – neben Energis – noch mit weiteren zwei Bietern verhandelt, nämlich Genuity und KPNQest.

In dem Geschäftsbericht der ISION Internet AG, erschienen im Juni 2001, läßt deren damaliger Vorstandsvorsitzender John Beaumont durch eine von ihm bezahlte Journalistin den Gang der Verhandlungen mit Distefora und die für den Zuschlag an Energis letztlich entscheidenden Gründe referieren:

„Die Briten (Energis) haben ihre Chance – und sie nutzen sie. Überrascht stellt Falk fest, daß die Nachzügler die zweitbeste Offerte eingereicht haben. Nur ein großes amerikanisches Unternehmen hat ein – wie Falk es ausdrückt – ‚etwas sportlicheres‘ Angebot vorgelegt. Dafür verbucht Energis einen Pluspunkt auf der Imageseite: Die Briten haben einen exzellenten Ruf, sie gelten in Bankenkreisen als besonders solide und zuverlässig. Damit gibt es zwei klare Favoriten für die Due Diligence. Ein dritter Kandidat wird pro forma auch noch bestimmt, wird jedoch keine Rolle mehr spielen. (...)

Den vorläufigen Geboten folgen weitere, doch der Abstand zwischen den Bewerbern verringert sich kaum. Kann es Distefora intern rechtfertigen, einen Favoriten zu küren, der, rein finanziell gesehen, auf Platz zwei liegt?

Daß die Entscheidung zu Gunsten von Energis ausfällt, hat zwei Gründe: Die Amerikaner haben angedeutet, daß sie ISION im Fall der Übernahme splitten wollen. Das gefällt weder Falk noch den ISION Vorständen Maarten Reidel und Thomas Kiessling, die inzwischen in die Verkaufspläne eingeweiht worden sind. Außerdem zeichnet sich ab, daß der US-Konzern zwar potent, aber mit europäischen Gepflogenheiten wenig vertraut ist. Falk: ‚Wir wußten: Mit denen weiter zu verhandeln, wird langwierig und anstrengend‘. Also legen sich die Distefora Manager vorzeitig auf Energis fest. Fairerweise teilen sie das sowohl den Briten wie auch den Amerikanern mit, freilich mit der Option, jederzeit die Prioritäten wechseln zu können, sollten die Verhandlungen tatsächlich ins Stocken geraten. Daß Energis tatsächlich den Zuschlag erhält, daran glaubt John Beaumont erst, als er am 18. Dezember zur Vertragsunterzeichnung nach Hamburg kommt.“ (Geschäftsbericht 2000 der ISION Internet AG, S. 18/19)

Sollte die Strafkammer tatsächlich immer noch an eine „besondere Markteng“ glauben und die „Einmaligkeit des Geschäfts“ behaupten wollen, wird beantragt, zum Beweis der Richtigkeit des in dem Geschäftsbericht der Energis/ISION 2000 zum Gang der Verhandlung Berichteten die Gebote der KPNQest und die übrigen Unterlagen aus den Verhandlungen mit Distefora beizuziehen. KPNQest ging im Juni 2002 (zeitgleich mit Energis) in Konkurs und ist inzwischen liquidiert. Die Unterlagen der KPNQest über die Verhandlungen mit Distefora müssen sich allerdings noch auffinden lassen, und zwar in den Archivräumen der Anwaltsfirma Clifford Chance in Frankfurt am Main. Clifford Chance hatte seinerzeit bei den Verkaufsverhandlungen mit Distefora sowohl Energis als auch den Mitbewerber KPNQest beraten und vertreten. Angesichts der inzwischen vollzogenen vollständigen Liquidation der KPNQest dürfte ein eventuelles Zeugnisverweigerungsrecht der Beziehung und gegebenenfalls Beschlagnahme dieser Unterlagen nicht im Wege stehen.

### 3. Zum Begriff des „Makelschadens“

In ihrem Beschluß vom 2.11.2004 zieht die Strafkammer bei der Schadensberechnung zusätzlich in Erwägung, daß durch vorsätzliches Täuschungsverhalten auch eine „Makelbehaftung“ der „Performance“ des Unternehmens eingetreten wäre, die zu einer starken Reduzierung des Unternehmenswerts und damit zu einem erheblich höheren Schaden geführt haben dürfte. Hier wird zur Begründung eines Schadens – nicht nur hinsichtlich seiner *Höhe*, sondern des Schadens überhaupt – (und damit zur Begründung des Betrugsvorwurfs) die Behauptung herangezogen, ein Betrug habe stattgefunden. Was zu beweisen ist, wird bei dieser Erwägung bereits vorausgesetzt. Es handelt sich um einen klassischen Zirkelschluß.

Der Haftbefehl gegen Alexander Falk ist aufzuheben.

Der Rechtsanwalt

