

Anlage 80 zum Protokoll v. 15.4.05

1



Staatsanwaltschaft Hamburg

5500 Js 97/03

Urschriftlich

dem Landgericht Hamburg, GrStrK 20 (620 KLS 5/04)

übersandt.

Zu dem Antrag der Verteidigung des Angeklagten Falk vom 03.03.05 wird folgende Stellungnahme abgegeben:

Die Staatsanwaltschaft regt an, die Entscheidung über den Antrag der Verteidigung – der nach Auffassung der Staatsanwaltschaft als Beweisermittlungsantrag zu werten ist – zurückzustellen.

Nach dem gegenwärtigen Stand der Beweisaufnahme und den von Amts wegen bereits vorgesehenen bzw. anstehenden weiteren Beweiserhebungen (so u.a. auch der Vernehmung von Zeugen, die von der Verteidigung benannt worden sind und zu den Inhalten des Antrags der Verteidigung Auskunft geben könnten), besteht derzeit keine Veranlassung, dem Antrag der Verteidigung nachzugehen.

Unabhängig davon geben die Ausführungen in diesem Antrag zu grundsätzlichen Bemerkungen Anlass:

Entgegen den Ausführungen der Verteidigung ist der für den Eingehungsbetrag relevante Vermögensschaden hier zutreffend nach der Formel „Beteiligung gegen Geld und Aktien“ zu berechnen, wobei die im Antrag der Verteidigung zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2001, 2080ff.) und des Bundesverfassungsgerichts (NJW 1999, 3769) unrichtig

interpretiert wird und sich der Börsenwert der Energis-Aktien sehr wohl zur Bemessung der Gegenleistung heranziehen lässt (dazu 1.).

Darüber hinaus ist die Annahme der Verteidigung zur Berechnung des Vermögensschadens schon in sich un schlüssig (dazu 2.).

Welche Motivation die Verantwortlichen der Energis bei dem Erwerb der Mehrheitsanteile der Ision AG hatten (Beweisthema 5 des Antrages), wird in der Hauptverhandlung sowohl durch die Urkundslage als auch durch Einvernahme der damals verantwortlichen Mitarbeiter der Energis, zu denen u.a. die von der Verteidigung benannten Zeugen gehören, geklärt werden.

1.) a) Das Hanseatische Oberlandesgericht hat in seinem von der Verteidigung angegriffenen Beschluss vom 31.03.2004 u.a. ausgeführt, dass es zur Bemessung des Vermögensschadens hinsichtlich der von der Distefora zu erbringenden Leistung, die sich auf Übertragung einer Unternehmensbeteiligung richte, auf den Wert der Ision ankomme, während zur Bemessung der Gegenleistung der im Zeitpunkt der Übertragung der Aktien geltende Börsenwert der Energis-Aktien neben dem Wert des übertragenen Baranteils zugrunde zu legen sei.

Demgegenüber trägt die Verteidigung vor, im Rahmen des Synallagma eines Vertrages seien der Wert der Leistung und der Gegenleistung nach den gleichen Maßstäben zu beurteilen, so könnten bei einem Tauschgeschäft Aktien gegen Aktien die Aktien einer Partei nicht nach dem „inneren Wert“ und die Aktien des Vertragspartners nach dem Börsenkurs bewertet werden (S.7 des Antrages).

Die vom Hanseatischen Oberlandesgericht vorgenommene Einordnung von Leistung und Gegenleistung ist jedoch nicht

zu beanstanden. Denn nach dem Inhalt des Kaufvertrages sollten seitens der Energis Ision-Aktien zum Zwecke einer Firmenübernahme und Firmenfortführung mit allen sich hieraus ergebenden Risiken übernommen werden, während die Übertragung von Energis-Aktien an Distefora neben einem Bargeldanteil ausschließlich zur Begleichung des vereinbarten Kaufpreises (also als Entgelt) dienen sollte. Dies wird auch durch den prozentualen Anteil der übertragenen Aktien deutlich, wonach die Energis den von der Distefora gehaltenen 75%-Anteil an der Ision AG erwirbt und die Distefora im Gegenzuge einen Anteil von lediglich 3,84% an der Energis erhält. Die Distefora hat somit lediglich eine Minorität am Aktienbestand der Energis erworben, ohne jede Möglichkeit einer Einflussnahme auf das Unternehmen. Die Aktien wurden somit als Handelsgut erworben. Eine Minderung des börsenorientierten Aktienwertes hätte nur dann in Betracht kommen können, wenn die Energis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits zahlungsunfähig gewesen wäre. Hierfür allerdings bestehen keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte.

b) Die Verteidigung stützt ihren Vortrag hinsichtlich des Wertes der Energis-Aktien auf Behauptungen, denen jegliche tatsächliche Anknüpfungstatsachen fehlen.

So erschließt sich nicht, weshalb die behaupteten Manipulationen des Energis/Ision - Managements, etwa bezüglich der Ad-hoc-Mitteilung der Energis/Ision vom 21.08.2001 (S. 22, 23 des Antrages) sowie die im Jahre 2001 angebliche Manipulation der Buchhaltung durch Verbuchung von Scheingeschäften im Umfang von € 60 Millionen (S. 24, 25 des Antrages) und die im Geschäftsjahr 2001/2002 herausgegebenen Gewinnwarnungen (S. 20 des Antrages) Einfluss auf den Wert der Energis-Aktie im Zeitpunkt des

Vertragsschlusses am 19.12.2000 gehabt haben sollen. Die Verteidigung führt ferner aus, die in dem Jahresabschluss der Energis für das Geschäftsjahr 01.04.2000 – 31.03.2001 vorgelegten Geschäftszahlen hätten einen Verlust von 98 Mio. GBP ausgewiesen (S. 19, 20 des Antrages) und meint, allein dies sei geeignet, den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an der Börse taxierten Börsenkurs der Energis-Aktie in Frage zu stellen und den tatsächlichen Wert der durch Energis erbrachten Gegenleistung auf einen Wert von „weniger als € 410 Mio.“ zu berechnen.

Die gesamte Argumentation der Verteidigung widerspricht den Feststellungen der im Jahre 2001 mit der Prüfung des Jahresabschlusses der Ision AG befasst gewesenen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG. Die Prüfer der KPMG haben in dem von ihnen vorgelegten Prüfungsbericht zum „Befreienden Konzernabschluss gemäß § 292a HGB nach International Accounting Standards (IAS) zum 31. Dezember 2000 und Konzernlagebericht“ der Ision Internet AG vom 09.04.2001 u.a. Folgendes ausgeführt:

„Zukünftige Entwicklung und Risiken der künftigen Entwicklung

(...)

3. Übernahme der Aktienmehrheit durch Energis plc, London

(...)

Zu 3.

(...) Um die Position als eines der führenden europäischen Website Management-Unternehmen zu sichern und auszubauen, wurde ein starker international ausgerichteter

Partner gesucht. Dieser wurde mit der Energis plc, London, im Dezember 2000 gefunden.

(...) Ausschlaggebend für die Entscheidung der Distefora Holding AG, das Angebot der Energis plc anzunehmen, war die Bilanzstärke der Energis plc, das erfahrene und anerkannte Management-Team und die sich ergänzende Geschäftstätigkeit von ISON Internet AG und Energis Squared, der Web-Hosting Division von Energis plc.

Durch den auf dem deutschen Markt und die in Kontinentaleuropa präsente ISON Internet AG soll der europäische Markt weiter erschlossen werden. Dafür bringt Energis plc nicht nur Kapital, sondern auch eine Infrastruktur mit.

(...) Zur Sicherstellung einer ausreichend vorhandenen Liquidität der ISON-Gruppe hat der neue Mehrheitsaktionär eine Patronatserklärung zu Gunsten der ISON Internet AG abgegeben.“¹

Weiter heißt es dort zur Firma Ison²:

„II. Entwicklungsbeeinträchtigende und bestandsgefährdende Tatsachen

Der Fehlbetrag für das Berichtsjahr beträgt T€ 73.219. Zum 31. Dezember 2000 weist der Konzern ein Eigenkapital von T€ 16.137 aus. Zum Abschlußstichtag betragen die flüssigen Mittel T€ 37.692. Zur mittelfristigen Unternehmensfinanzierung ist es erforderlich, dass eine Umsetzung der Geschäftsstrategie erfolgt und die Synergien aus der Übernahme durch Energis plc, London, genutzt werden können. Energis plc hat sich verpflichtet, im Fall der Zahlungsunfähigkeit der ISON die

¹ BWO II, Abgr. 2, S. 7, 9, 10

² BWO II, Abgr. 2, S. 10

Verbindlichkeiten in dem Umfang zu erfüllen, wie dies zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit erforderlich wäre.“

Damit wird deutlich, dass ohne die Patronatserklärung der Energis zugunsten der Ision AG ein Überleben der Ision zumindest in Frage zu stellen ist und die Ision Anfang des Jahres 2001, mithin bei Übernahme durch die Energis, sich am Rande der Zahlungsunfähigkeit befunden hat.

Die Ausführungen der KPMG werden gestützt durch den Bericht des Insolvenzverwalters der Ision AG, Rechtsanwalt Fialski, vom 14.10.2003. Dort heißt es u.a.:³

„Tatsächlich hatte die Schuldnerin bereits zum damaligen Zeitpunkt erhebliche finanzielle Schwierigkeiten. Nach angeblich existenten internen Kalkulationen der Schuldnerin, die mir jedoch nicht vorliegen, wäre die Schuldnerin wahrscheinlich sogar innerhalb der ersten drei Monate des Jahres 2001 aufgrund ihrer desolaten finanziellen Situation verpflichtet gewesen, den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen zu stellen.“

Bei der Energis hingegen handelte es sich um einen **„bilanzstarken Partner“**, der **„Kapital mitbringt“** und zur **„Sicherstellung einer ausreichend vorhandenen Liquidität der ISION-Gruppe zugunsten der Ision AG eine Patronatserklärung“** abgegeben hat.

Dies wird unterstrichen durch den von der Verteidigung ihrem Antrag beigefügten Analytistenreport von J.P. Morgan Ltd. vom 12.03.2001, in dem es u.a. heißt:

„Angesichts des vermuteten Vorteils beim DCF und der Fähigkeit von Energis das EBITDA zu steigern – eine

³ S. 7 des Berichts vom 14.10.2003

Seltenheit auf dem heutigen Markt – bewerten wir die Aktie weiterhin mit Kaufen bei einem Kursziel von 626 Pence.“ (S. 1). (...)

„Das Unternehmen ist voll finanziert

Energis ist in der beneidenswerten Lage, eines der wenigen Telekommunikationsunternehmen zu sein, das nicht auf den Markt zurückgreifen muss, um Mittel zu beschaffen – es sei denn, es möchte Übernahmen tätigen. (...) Unter der Annahme, dass Energis unsere EBITDA- und Investitionsvoraussagen erreicht, meinen wir, dass Energis voll finanziert ist, wenngleich wenig Spielraum für Expansion bleibt.“ (S. 3) (...)

„Nach diesen Ausführungen ist Energis ein hoch eingestuftes Unternehmen und wir möchten annehmen, dass zusätzliche Bankfinanzierung einzurichten wäre.“ (S.5)

Zur Kursentwicklung der Energis-Aktie führt der Analystenbericht aus:

„Jüngste Kursentwicklung

In den letzten acht Monaten hat Energis ein ziemlich beständiges Muster gezeigt. Energis wurde zwischen 430 und 590 Pence gehandelt mit gelegentlichen Ausschlägen unter und über dem Handelsniveau. Wir stellen fest, dass Energis sich besser entwickelt hat als der Gesamttelekommunikationsmarkt und erwarten, dass dies in Anbetracht der finanziellen Performance und der führenden Stellung im gewinnträchtigen Hosting-Markt weiterhin der Fall sein wird. Energis hat aber gemeinsam mit anderen Aktien in der Branche schlechter auf dem weiteren Markt abgeschnitten. Als Positivum stellen unsere Fachanalysten fest, dass es keinen größeren Chart-

Einbruch gegeben hat im Gegensatz zum Großteil der Branche alternativer Netzbetreiber.“ (S. 9)

c) Zu den von der Verteidigung zitierten und der ihre Argumentation angeblich stützenden höchstrichterlichen Rechtsprechung ist Folgendes zu bemerken:

Der Bundesgerichtshof hat in der von der Verteidigung zitierten Entscheidung (NJW 2001, 2080ff.) unter Beachtung der vom dem Bundesverfassungsgericht (NJW 1999, 3769) aufgestellten Grundsätze zur Frage der Entschädigung von Aktionären bei Übernahme einer Gesellschaft u.a. ausgeführt, dass der außenstehende Aktionär der beherrschten AG grundsätzlich unter Berücksichtigung des an der Börse gebildeten Verkehrswertes der Aktie abzufinden ist und der Bewertung der Aktien sowohl der beherrschten als auch der herrschenden AG grundsätzlich der Börsenkurs zugrunde zu legen ist, damit möglichst gleiche Ausgangsvoraussetzungen für die Bestimmung der Wertrelation vorliegen⁴.

Allerdings kommt die Anwendung des Börsenkurses als Untergrenze der Barabfindung bzw. der Bewertung bei der Ermittlung der Verschmelzungswertrelation nicht in Betracht, *„wenn er den Verkehrswert der Aktien nicht widerspiegelt. Das kommt bei der Barabfindung als auch bei der Abfindung in Aktien grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn (...) der Börsenkurs manipuliert worden ist.“*⁵

Weiter hat der BGH in der genannten Entscheidung ausgeführt, dass zwar auch der Börsenkurs des herrschenden Unternehmens von seinem Verkehrswert abweichen könne, wobei zum Nachweis dieser Voraussetzungen es *„der Darlegung und des Beweises von*

⁴ Leitsätze 2 und 4

⁵ BGH NJW 2001, 2081, 2082

Umständen (bedarf), aus denen auf die Abweichung des Börsenkurses vom Verkehrswert zu schließen ist.“

Will man – wie die Verteidigung – diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall zur Beantwortung der Frage des Ungleichgewichts der ausgetauschten Leistungen (insbesondere Ision - Aktien gegen Energis – Aktien) heranziehen, ist Folgendes festzustellen:

Den Angeklagten wird mit der Anklage vorgeworfen, den Aktienkurs der Ision-Aktie durch die Herausgabe falscher Ad-hoc-Mitteilungen, denen falsches Zahlenwerk betreffend die Umsatz- und Gewinnentwicklung der Ision AG zugrunde gelegt wurde, manipuliert zu haben. Unter diesen Voraussetzungen ist unter Berücksichtigung und Anwendung der oben dargestellten Grundsätze eine Bewertung der zu erbringenden Leistung der Distefora, nämlich die Hingabe von Ision-Aktien, nach dem (manipulierten) Börsenkurs nicht zulässig.

Demgegenüber enthält der Vortrag der Verteidigung keine zureichenden Anknüpfungstatsachen, die den Schluss zulassen, der Kurs der Energis-Aktie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei manipuliert gewesen. Soweit die Verteidigung in ihrem Antrag unter Ziffer 5 (Seite 22f.) Bezug nimmt auf eine von der Energis/Ision herausgegebene Ad-hoc-Mitteilung vom 21.08.2001 und ausführt, dass die darin gemachten Angaben zur Umsatzentwicklung falsch waren, die Ad-hoc-Mitteilung mithin manipuliertes Zahlenwerk enthalte mit der Wirkung eines steigenden Börsenkurses, ist damit weder ein innerer noch ein äußerer Zusammenhang mit dem im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses im Dezember 2000 an der Börse festgestellten Kurs der Energis-Aktie dargetan. Im Übrigen betrifft der Vortrag der Verteidigung zu den behaupteten Umsatzmanipulationen i.H.v. € 60 Millionen im Jahr 2001 (Seite 24 des Antrages) den Zeitraum nach Übernahme der Ision-Anteile

durch die Energis und folglich nicht den hier interessierenden Tatzeitraum.

Die im Rahmen des Ermittlungsverfahrens vorgenommene Auswertung hat im Hinblick auf die geleisteten Energis-Aktien folgende Ergebnisse erbracht⁶:

Auf dem Konto der Distefora Holding (Deutschland) GmbH bei der Bank Hauck und Aufhäuser wurde über die vertraglich vereinbarte „Barkomponente“ mit Wertstellung vom 30.01.2001 und vom 05.03.2001 ein Betrag in Höhe von € 208.741.155,84 sowie € 1.258.844,00, mithin rund € 210 Mio. gutgeschrieben. Ferner wurden per 31.01.2001 und per 02.03.2001 auf dem Depotkonto der Distefora GmbH bei dem Bankhaus Hauck und Aufhäuser 60.613.770 und 1.343.460 Energis-Aktien eingeliefert. Bereits am 01.02.2001 wurde von der Distefora aus den eingelieferten Aktien eine nicht der Lock-up-Frist unterliegende Anzahl von 5.326.453 Stück Energis-Aktien zu einem Stückpreis von € 8,816 verkauft und ein Betrag von insgesamt € 46.959.349,60 (DM 91.844.504,73) Erlöst. Dies zeigt entgegen der von der Verteidigung vertretenen Auffassung, dass die neu herausgegebenen Energis-Aktien sofort am Markt handelbar waren.

Dass Verantwortliche der Energis im Jahr 2000 in zeitlicher Nähe zu den Vertragsverhandlungen eine aufgrund falscher Ergebniszahlen manipulierte und den Kurs der Energis-Aktie beeinflussende Ad-hoc-Mitteilung herausgegeben haben, die nach den in dem von der Verteidigung angeführten Beschluss des BGH (NJW 2001, 2080ff.) dargelegten Grundsätzen eine Bewertung der Energis-Aktien nach dem Börsenkurs ausschließt, ist weder von der Verteidigung schlüssig vorgetragen noch sonst ersichtlich.

⁶ Dazu Prüfbericht des LKA 5012 vom 25.11.03; SB Prüfungsberichte, Abgr. 20

Damit liegen Umstände, die zu einer Bewertung außerhalb des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses taxierten Börsenkurses der Energis-Aktie zwingen, nicht vor.

- 2) Doch selbst wenn man die von der Verteidigung vorgenommene Berechnung des Wertes der von Energis erbrachten Gegenleistung⁷ und die Angaben des Angeklagten Reidel, auf sich die Verteidigung des Angeklagten Falk in ihrem Antrag gleichfalls stützt, zum tatsächlichen Wert der Ision AG im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als richtig unterstellte, wäre ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB festzustellen. Dies ergibt sich aus den nachstehenden Erwägungen:

Die Verteidigung des Angeklagten Falk trägt in der Antragsbegründung⁸ unter anderem vor, dass sich der Vermögenswert der Energis plc im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen der Distefora und der Energis plc über die Veräußerung von 75 % der Aktien an der Ision AG auf der Grundlage von „going concern“ Werten auf höchstens 3,4 Mrd. GBP (=10,8 Mrd. DM) belaufen habe. Bei einem Bestand von 1.700.508.889 Stück ausgegebener Aktien seien auf die für Zwecke des Tausches mit den Veräußerern der Aktien der Ision AG 62 Mio. Stück neu ausgegebener Aktien (Shares issued consideration) entfallen.

Der Wert der als Gegenleistung für die Veräußerung der Aktien der Ision AG getauschten, neu ausgegebenen Aktien der Energis plc habe sich mithin auf ca. 129 Mio. GBP (=412 Mio. DM) belaufen.

Danach hätte die Energis plc bei einer Bewertung auf Grundlage von „going concern“ Werten einen Wert von 3,4 Mrd. GBP gehabt.

⁷ Seite 13 des Antrags

Weiter hat die Verteidigung in ihrem Beweisantrag⁹ auf der Grundlage eines Umrechnungsfaktors von 3,17647 DM/GBP gerechnet. Bei Anwendung dieses Umrechnungsfaktors auf den von der Verteidigung genannten Ausgangswert von 3,4 Mrd. GBP gelangt man zu einem Wert von DM 10,8 Mrd., mithin € 5,5 Mrd. Bei einem Bestand von insgesamt 1.700.508.889 Stück beläuft sich der Wert der einzelnen Aktie auf € 3,25. Bezogen auf die übertragene Gesamtanzahl von 62.000.000 Stück führt dies zu einem Gesamtwert des übertragenen Aktienpaktes in Höhe von € 201 Mio.

Addiert man zu diesem Wert nun die unstreitig in bar gezahlten rund € 210 Mio. ergibt dies einen Wert der Gegenleistung von Energis von insgesamt rund € 411 Mio.

Bezüglich der hingegebenen Leistung ist demgegenüber von folgendem auszugehen:

Bei Zugrundelegung der Einlassung des Angeklagten R■■■■, auf die auch die Verteidigung des Angeklagten Falk in ihrem Vortrag Bezug nimmt, bestünde Anlass, das von der Kammer als rechtliches Schadensmodell zugunsten der Angeklagten entwickelte „Mindestschadensmodell“ zu überdenken.

Der Angeklagte R■■■■ hat in seiner Einlassung vom 16.02.2005 ausgeführt, dass der DCF-Wert zu keiner Zeit der Bewertung der Ision AG gedient habe, sondern allein zur Plausibilisierung des gebotenen Kaufpreises. Er hat ferner unter Angabe entsprechender Zahlen dargelegt, „...dass der reale DCF-Wert unter 300 Mio. Euro lag...“¹⁰.

Unter Berücksichtigung eines Barwertes der 10-Jahrsplanung von € – 60 Mio. und eines Synergiewertes von

⁸ S. 1, 2 des Antrages

⁹ S. 2

€ 422 Mio. sowie einer Cash-Garantie von € 30 Mio. gelangt der Angeklagte R■■■■ zu einem Zwischenergebnis von € 392 Mio.

Von diesem Zwischenergebnis hat der Angeklagte sodann nicht bezifferte Zuschüsse abgezogen sowie die Cash-Komponente des Kaufpreises in Höhe von € 210 Mio. berücksichtigt und gelangt so zu einem DCF-Wert von unter € 300 Mio.

Wird zugunsten der Angeklagten für Zwecke einer auf dieser Basis vorzunehmenden hypothetischen Schadensberechnung der Wert der Ision AG zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ohne die von dem Angeklagten R■■■■ vorgenommenen Abzüge, also mit € 392 Mio. zugrunde gelegt, würde der Wert der hingegebenen Leistung, also der Wert der übertragenen Ision-Aktien höchstens € 294 Mio., nämlich 75% von € 392 Mio. betragen.

Betrachtet man unter diesen Annahmen das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, so lässt sich folgendes Ergebnis feststellen:

- Der Wert der Leistung, also der Wert der von Distefora übertragenen 75 % Ision-Aktien, betrug zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses höchstens € 294 Mio.
- Der Wert der Gegenleistung, also der Übertragung von 62 Mio. Energis-Aktien sowie der geleisteten Barzahlung in Höhe von rund € 210 Mio., betrug, basierend auf den Angaben der Verteidigung des Angeklagten Falk, höchstens rund € 411 Mio.

¹⁰ Einlassung R■■■■ vom 16.02.05, S. 17, 20

Die hypothetische Schadensberechnung führt auf der Grundlage der von der Verteidigung des Angeklagten Falk aufgestellten Behauptung, der Wert der Energis plc habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses höchstens 3,4 Mrd. GBP betragen, sowie den Angaben des Angeklagten R [REDACTED] auf deren Richtigkeit die Verteidigung des Angeklagten Falk in ihrem Beweisantrag wiederholt hinweist, zu einem Schaden von mindestens € 117 Mio.

Es ist zu erwarten, dass im Rahmen der weiteren Beweisaufnahme festgestellt wird, dass dieser Schadensbetrag noch erheblich überschritten werden wird, da hochwahrscheinlich ist, dass der tatsächliche Wert der Leistung, also der Wert des übertragenen Ision-Aktienpaketes, noch deutlich geringer war.

Hamburg, den 15.04.2005



Frömbach

Staatsanwältin



Heyen

Staatsanwalt