

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 25.1.2005/gs

**Aktenzeichen: 620 Kls 5/04**

In der Strafsache

gegen

Alexander **F a l k**

hält die Verteidigung es für angebracht, noch einmal an Grundsätzliches zu erinnern.

1. Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist die folgende Bemerkung des Vorsitzenden der Strafkammer gegenüber dem Sachverständigen Prof. Drukarczyk in der Hauptverhandlung am 20.1.2005:

„Ich will zwar auch weiterhin vermeiden, Beschlüsse der Kammer zu kommentieren, aber soweit Sie meinen, wir hätten den Umsatzmultiplikator konstitutiv herangezogen, um irgendeinen Unternehmenswert zu berechnen, davon hat sich die Kammer seit längerer Zeit – mitgeteilt im Beschluß (vom 2.1.2004) – verabschiedet. Das machen wir nicht mehr.“

„Das machen wir nicht mehr.“ Wer hat es denn vorher gemacht?

Die Berechnung eines Unternehmenswerts mit Hilfe eines Umsatzmultiplikators war die ständige Leier und Legende des Hanseatischen Oberlandesgerichts in seinen Haftbeschlüssen vom 31.3.2004, vom 28.5.2004 und (im Wege pauschaler Bezugnahme) nochmals in seinem Beschluß vom 3.9.2004.

Was war damit gemeint? Es war gemeint, dass anlässlich der Verhandlungen zwischen Distefora und Energis über den Kauf der ISON der Wert des Unternehmens ISON berechnet worden sei im Wege einer Multiplikation des Jahresumsatzes mit einem bestimmten Faktor, den das Oberlandesgericht – unter Berufung auf die Aussage eines *einzigsten* Zeugen und die vergleichende Gegenüberstellung verschiedener Firmenkäufe in einem Analytenpapier – auf 10,8 veranschlagt hat.

In seinem Beschluß vom 31.3.2004 formulierte der Senat des Hanseatischen Oberlandesgerichts diese These noch mit einem Anflug von Vorsicht:

„Der Wert der von der Distefora zu erbringenden Leistung, ihre Beteiligung an der ISON zu übertragen, ist wesentlich durch den Umsatz der ISON bestimmt. Nach Aussagen des Zeugen Wyllemann und einer Information der Dresdner Kleinwort Benson vom 19.12.2000 sollte der Anschaffungspreis das 10,8fache der Umsätze des Jahres 2000 betragen.“ (a.a.O. S. 5)

Bereits in seinem Beschluß vom 28.5.2004 werden diese ursprünglich nur indiziell hergeleiteten Schlussfolgerungen ex cathedra als feststehende Erkenntnisse referiert:

„Die Parteien des Vertrages vom 19.12.2000 haben unabhängig vom Börsenwert der ISION-Aktien den Kaufpreis für den Erwerb des Unternehmens ISION mit dem 10,8fachen des Jahresumsatzes der ISION auf 762 Mio. € festgesetzt.“

Im weiteren Text des Beschlusses spricht das Hanseatische Oberlandesgericht davon, die von den Parteien gewählte Bestimmung des Kaufpreises sei „*nur* am Umsatz“ orientiert gewesen, weshalb sich für die Wert- und Schadensbestimmung ein Rückgriff auf den Börsenwert verbiete.

Inzwischen wissen wir: **das war alles Unsinn**. Wir wissen es dank der Unterlagen der Investmentbank Dresdner Kleinwort Benson, die im September 2004 aufgetaucht und seither tröpfelnd komplettiert worden sind (allerdings immer noch nicht vollständig vorliegen). Die Strafkammer hat sich um deren Verständnis tüftelnd bemüht, Alexander Falk und vor allem der Sachverständige Prof. Dr. Drukarczyk haben hierzu erhellende Erklärungen abgegeben. Als allgemeiner Konsens scheint festzustehen:

Die Bewertung des Unternehmens ISION wurde anhand der betriebswirtschaftlich bestimmten Methode des Discounted Cash Flow (DCF) bestimmt. Umsätze waren hierbei nur ein Faktor; viel entscheidender war, welche Margen und welcher Cash Flow mit den Umsätzen verbunden war; in die Bewertung flossen noch eine Vielzahl anderer Faktoren ein: die Entwicklung der Kosten, Steuern, Zinsen, der Synergien aus dem Zusammenschluß der Unternehmen etc.

Und wir wissen weiterhin aus den Erklärungen Alexander Falks und den diese bestätigenden Interpretationen des Zahlenmaterials durch den Sachverständigen (auch dies scheint weitgehender Konsens zu sein), dass Grundlage der DCF-Berechnungen nicht etwa die Umsätze des Jahres 2000 gewesen sind, sondern die (zum Teil korrigierten) Finanzplanungen für das Jahr 2001, welche als sogenannte bottom-up-Planung (also unter Berücksichtigung der von den Vertriebsmitarbeitern der ISION angesetzten Planzahlen) völlig frei von den zu einem großen Teil einmaligen Umsätzen des Jahres 2000 erstellt wurden.

Diese Erkenntnisse aus der Beweisaufnahme der letzten fünf Verhandlungstage machen deutlich, dass die Thesen des Hanseatischen Oberlandesgerichts

- der Unternehmenswert der ISION sei als Produkt des Umsatzes aus dem Jahre 2000 mit einem Multiplikator 10,8 errechnet worden,
- die Bestimmung des Kaufpreises sei *nur* am Umsatz orientiert gewesen,
- die Parteien seien sich hierüber einig gewesen,

allesamt **falsch** waren, aufgrund der DKB-Unterlagen **nachweislich** falsch waren. Das Oberlandesgericht hatte sich in diesen Unsinn verritten, weil es sich gegen bessere Erkenntnis immun gemacht hatte. Auf die wiederholten und im einzelnen begründeten Anträge der Verteidigung, die Unterlagen von DKB beizuziehen, antwortete es mit einem Verstoß gegen das Verbot vorweggenommener Beweiswürdigung:

„Der Antrag, eine Unterlage der Dresdner Benson Kleinwort beizuziehen, war abzulehnen. Diese Bewertungsanalyse ist für die in der Haftprüfung zu treffende Entscheidung von untergeordneter Bedeutung. Es ist anzunehmen, dass die Analyse ebenfalls unter Verwendung der Umsatzzahlen vorgenommen worden ist, hinsichtlich derer der dringende Verdacht besteht, dass sie aus Scheinumsätzen stammen. Sie bietet daher für die jetzt zu treffende Haftentscheidung keinen weiteren Erkenntniswert.“ (a.a.O. S. 8)

Worauf bezog sich dieser massive, selbstverschuldete Irrtum des Oberlandesgerichts?

Bei einem Betrug sind Leistung und Gegenleistung zu bewerten. Der Wert des von Distefora hingegebenen Aktienpaketes und des darin verkörperten Unternehmenswerts der ISION mußte bewertet werden. Nun bemühte sich das Oberlandesgericht nicht, den Wert der im Austausch gewährten Leistung (der Barzahlung sowie des Energis-Aktienpaketes) zu bestimmen, sondern befasste sich vor allem mit einer Abweichung des tatsächlichen Wertes der ISION von dem für sie gezahlten Preis. Aus der Differenz zwischen objektivem Wert und Preis entnahm es einen Schaden.

Da die Berechnung des objektiven Werts jedoch nicht stimmte – einen Umsatzmultiplikator als konstitutiven Faktor einer Unternehmensberechnung gab es nicht, das ist inzwischen für alle klar –, war natürlich auch die *Begründung* des Schadens von vornherein mangelhaft. Auch das dürfte inzwischen allgemeiner Konsens sein. Sie war aber nicht nur mangelhaft, sie war als tatsächliche Begründung für das den Betrugsvorwurf ebenfalls konstitutiv begründende Tatbestandsmerkmal des Schadens *rechtsfehlerhaft*.

Die tatsächliche Begründung für den Betrugsvorwurf in den Haftentscheidungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts war falsch, die Haftentscheidungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts waren *rechtswidrig* – nichts anderes bedeutet die eingangs zitierte Erklärung des Vorsitzenden:

„Ich will zwar auch weiterhin vermeiden, Beschlüsse der Kammer zu kommentieren, aber soweit Sie meinen, wir hätten den Umsatzmultiplikator konstitutiv herangezogen, um irgendeinen Unternehmenswert zu berechnen, davon hat sich die Kammer seit längerer Zeit – mitgeteilt im Beschluß (vom 2.1.2004) – verabschiedet. Das machen wir nicht mehr.“

**2.** Die Kammer begründet den Schadensverdacht nunmehr anders. Der Umsatzmultiplikator ist nicht mehr konstitutiv für den Unternehmenswert, sondern lediglich eine Methode, im Wege der Vertragsauslegung einen Schaden „abzubilden“. Der Sachverständige Prof. Drukarczyk hat hierzu aus seiner Sicht, was die objektiv-betriebswirtschaftliche Herleitung eines Schadens anbelangt, in dem letzten Hauptverhandlungstag alles Erforderliche gesagt:

„Rationale Parteien würden die Preisänderung mit dem Kalkül ermitteln, mit dem sie auch den ersten (schon ausgehandelten) Wert ermittelt hätten. Das ist ein DCF-Kalkül.“

Die Überlegungen der Strafkammer – niedergelegt in dem Kammerbeschluß vom 2.11.2005 – sind objektiv-betriebswirtschaftlich irrational. Rechtlich sind sie, als Abweichung von den Grundsätzen des BGH in BGHSt 16, 220, 224 – nicht haltbar.

### **3. Wir halten fest:**

Das Hanseatische Oberlandesgericht hat über einen Zeitraum von fünfzehn Monaten hinweg den dringenden Verdacht eines Betrugens mit einer Begründung aufrechterhalten, die - hinsichtlich des für den Betrugsvorwurf konstitutiven Merkmals des Schadens – in ihrer tatsächlichen Motivierung nachweislich und heute für alle erkennbar **falsch** war. Seine falschen Auffassungen konnte es nur vertreten, weil es sich gegen die ständigen und wiederholten Anträge

der Verteidigung, die während der Verkaufsverhandlungen erstellten Analysen des Unternehmenswerts der ISION durch DKB beizuziehen, in selbstgewählter Ignoranz immun gemacht hatte. Es wurde hierbei objektiv assistiert durch eine Staatsanwaltschaft, die diese Unterlagen – in Teilen – schon zur Verfügung hatte, sich aber nicht veranlasst sah, das Oberlandesgericht und die übrigen Verfahrensbeteiligten auf ihren besseren Kenntnisstand hinzuweisen. Das Landgericht hat nunmehr zwar erkannt, dass der Schaden sich nicht mehr so bestimmen läßt, wie es das Oberlandesgericht falsch und fehlerhaft getan hat, ersetzt dessen Thesen nunmehr durch rechtliche Überlegungen, denen zwar zugute zu halten ist, dass sie den Sachverhalt nicht mehr verfälschen, ihn aber begrifflich so weit von der Begriffsschärfe des strafrechtlichen Betrugsvorwurfs und der hierzu ergangenen Rechtsprechung entfernen, dass sie sich als nicht minder willkürlich darstellen.

Selbst wenn aber die Strafkammer ihre Überlegungen weiterhin – aus hier nicht absehbaren Gründen – für richtig halten sollte, sollte nicht der auch für die Strafkammer ersichtliche qualitative Wechsel in der Begründung des Vorwurfs – „Das machen wir nicht mehr“ – Anlaß genug sein, auch bei der Entscheidung über die Haft den offenbar völlig in den Hintergrund getretenen Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“ wieder unmittelbare Geltung zu verschaffen?

Der Rechtsanwalt