

Thomas Bliwier
Barmbeker Straße 17
22303 Hamburg

Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7
20355 Hamburg

Dr. Sven Thomas
Wasserstraße 13
40213 Düsseldorf

Rechtsanwälte
Fachanwälte für Strafrecht

02.03.2005

An das
Landgericht Hamburg
Große Strafkammer 20
Sievekingplatz 3

20348 Hamburg

In der Strafsache

g e g e n

Alexander Falk

- Az.: 620 KIs 5/04 -

stellen wir unter Beweis:

1. Der Vermögenswert der Energis plc. – der „*wirkliche*“ oder „*wahre*“ Wert in der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG NJW 1999, 3769, 3771), des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 2001, 2080, 2082, BGHZ 71, 40, 51), der aktienrechtlichen Literatur (Krieger, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, IV. 1998, § 70 Rdnr. 80) und der für Wirtschaftsprüfer bindenden Regelung des IDW (IDW Standard, WPG 2000, 825, 827) – belief sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen der Distefora und der E-

nergis 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). Bei einem Bestand von 1.700.508.889 Stück ausgegebener Aktien entfielen auf die für die Zwecke des Tausches mit den Veräußerern der Aktien der ISION AG 62 Mio. Stück neu ausgegebene Aktien (Shares issued consideration), das Beteiligungsverhältnis der neuen Aktionäre an der Energis plc. lag mithin bei 3,84 %.

2. Der Wert – in der Begriffsbestimmung des Wertes unter Ziffer 1. des Beweisantrages – der als Gegenleistung für die Veräußerung der Aktien der ISION AG getauschten, neu ausgegebenen Aktien der Energis plc. belief sich mithin auf ca. 129 Mio. GBP (= 412 Mio. DM)
3. Im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäftes – dem „Signing“ der Vereinbarung am 19. Dezember 2000 – war wegen der drohenden Zahlungsunfähigkeit und/oder der Überschuldung der Energis plc. – die Gesellschaft erwirtschaftete laufende hohe Verluste, der Kapitalmarkt war weder bereit Barkapitalerhöhungen noch Anleihen zu zeichnen, lediglich DKB als „Hausbank“ und „Konsortialführerin“ stellte für die Integration der ISION AG noch eine Brücken-Finanzierung in Höhe von GBP 200 Mio. (= 638 Mio. DM) zur Verfügung – eine Bewertung der Energis plc. auf der Grundlage von „going concern Werten“ nicht mehr sachgerecht und vertretbar, vielmehr waren Liquidationswerte heranzuziehen.
4. Die Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen der Energis plc. waren gefälscht, sie gaben keinen „true and fair view“ der Lage der Gesellschaft wieder. Die Vermögens-, die Ertrags- und die Finanzlage der Gesellschaft entsprach nicht den mitgeteilten Zahlen; Buchungen in einer noch festzustellenden, materiell erheblichen Größenordnung verstießen gegen alle anerkannten

Rechnungslegungsgrundsätze – gleichgültig ob eine Bewertung nach IAS, UK-GAAP, US-GAAP oder HGB erfolgt.

5. Im Wissen um diese falschen Darstellungen zur Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage und der drohenden Insolvenz der Energis plc. – die im November 2001 manifest wurde – entschlossen sich die nachbenannten Zeugen dazu, die ISION AG zu erwerben, um sowohl mit Blick auf den Kapitalmarkt als auch gegenüber den finanzierenden Banken neue Finanzierungsquellen zu erschließen, wobei ihnen die Gegenleistung für den Erwerb der Anteile der ISION AG gleichgültig war, weil
 - sie $\frac{3}{4}$ des Preises – der Gegenleistung – in neu ausgegebenen Aktien bezahlten und die Gesellschaft hierfür keinerlei Kapital benötigte, sondern vielmehr
 - durch die Ausgabe neuer Aktien Kapital auf der Passivseite der Bilanz geschaffen wurde und
 - das Anlage- und Umlaufvermögen der ISION AG und ihr Firmenwert (Goodwill) mit 75 % auf der Aktivseite der Bilanz als kumulierter Vermögenswert in Höhe des vereinbarten „Preises“ eingestellt werden konnte sowie
 - die Vermögenswerte der ISION ohne den „Goodwill“ in der Bilanz nach dem Erwerb den Barkapitalanteil der Akquisition nahezu deckten und schließlich
 - sie auf eine Abschreibung des Firmenwertes von Energis Deutschland in der Bilanz durch den Verkauf von Vermögenswerten der Energis

Deutschland an die ISION AG zu gravierend überhöhten Preisen verzichten konnten

durch

- zu 1). Anhörung eines Sachverständigen, der mit der Erstattung eines Gutachtens über den Wert der Energis-Aktien auf der Grundlage der Bilanzen, der Gewinn- und Verlustrechnungen, der Cash-Flow Berichte und der sonstigen Materialien, die Bestandteile der Akten und der Beweismittel des Verfahrens sind, zu beauftragen ist. Der Sachverständige soll sein Gutachten nach der DCF-Methode unter Berücksichtigung der Erkenntnisse erstatten, die sich aus der Vernehmung der Zeugen zu 4 ergeben. Der Sachverständige sollte ergänzend eine Bewertung der Energis plc. auf der Grundlage von Liquidationswerten vornehmen.
- zu 2). wie vor
- zu 3). - hinsichtlich der Behauptungen über die laufend erwirtschafteten hohen Verluste, der fehlenden Bereitschaft des Kapitalmarktes zur Zeichnungen von Kapitalerhöhungen oder Anleihen und der Einräumung einer Brückenfinanzierung durch Dresdner, Kleinworth, Benson (DKB) die Vernehmung der Zeugen G.M.W. Owen, M. Grabiner, D. Wickham, E. Wylleman, M. Wilkinson und J. Beaumont, sämtliche zu laden über den Insolvenzverwalter der Energis plc. und Verlesung der als **Anlage 1** beigefügten Kreditvorlage der DKB,

- hinsichtlich der erforderlichen Bewertung zu Liquidationswerten durch Anhörung des beauftragten Sachverständigen zu 1). und 2).

- zu 4). Vernehmung von Eamonn O'Hare und John Pluthero, ebenfalls zu laden über den Insolvenzverwalter der Energis plc. als Zeugen sowie Anhörung des Sachverständigen zu 1) und 2)

- zu 5). Vernehmung von M. Wilkinson und Sarah Roberts, ebenfalls zu laden über den Insolvenzverwalter der Energis plc. als Zeugen

Begründung:

I.

Im Beschluss vom 31.03.2004 hat sich der 1. Strafsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts mit der Frage des angeblichen Schadens bei der Energis plc. befasst. Die damalige Rechtsansicht – die unverändert Grundlage für die Annahme eines dringenden Tatverdachts ist – stellt sich wie folgt dar (S. 5 f. des Beschlusses):

„Beim Eingehungsbetrug, bei dem die Vermögensverfügung in der Eingehung einer Verpflichtung liegt, ist hinsichtlich des Schadens darauf abzustellen, ob im Zeitpunkt, in dem das Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen wird, die vertraglichen Verpflichtungen gleichwertig sind. Der Wert der von der Distefora zu erbringenden Leistung, ihre Beteiligung an der ISION zu übertragen, ist wesentlich durch den Umsatz der ISION bestimmt. Nach Aussagen des Zeugen Wylleman und einer Information der Dresdner Kleinwort Benson vom 19.12.2000 sollte der Anschaffungspreis das 10,8 fache der Umsätze des Jahres 2000 betragen. Der nach diesem Kriterium vereinbarte Kaufpreis von 762.000.000 Euro entsprach nicht dem Wert der ISION, da bei der

Berechnung nicht der tatsächlich erzielte Umsatz, sondern ein von den Beschuldigten vorgetäuschter Umsatz zugrunde gelegt worden war. Der Verpflichtung der Energis auf Zahlung des Kaufpreises stand daher kein gleichwertiger Erfüllungsanspruch gegenüber. Der Anspruch richtete sich auf die Übertragung einer Unternehmensbeteiligung, die bei günstigster Betrachtung einen um das 10,8 fache der Scheinumsätze geringeren Wert hatte als den vereinbarten. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäftes entsprach dagegen die von der Energis teils in bar, teils in Aktien zu erbringende Leistung diesem vereinbarten Kaufpreis. Eine Energis Aktie hatte nach den bisherigen Erkenntnissen zu diesem Zeitpunkt und noch im Zeitpunkt der Übertragung der Aktien einen Wert von mindestens 500 Pence. Daß dem so war, zeigt sich deutlich darin, daß der Beschuldigte Falk noch im Februar 2001 beim Verkauf seines Anteils an den Energis Aktien pro Aktie 550 Pence erzielte.

Bei dieser Sachlage ist den Überlegungen der Verteidigung zum Wert der Energis Aktien beim gegenwärtigen Ermittlungsstand vom Senat nicht weiter nachzugehen, ebenso nicht dem Verdacht, die Verantwortlichen der Energis hätten ihrerseits gegenüber dem Beschuldigten, der auf einen „non valeur“ hereingefallen sei, einen Betrug begangen.“

Während der Senat mithin – was die gegenseitigen Verpflichtungen aus dem SPA betrifft – als solche des Veräußerers Distefora die Übertragung einer „Beteiligung“ an der ISON bestimmt, wird die Gegenleistung als „Zahlung des Kaufpreises“ definiert. Die Distefora soll also zur „Übertragung einer Unternehmensbeteiligung“ verpflichtet gewesen sein, die Energis plc. hingegen zu einer Leistung, die „teils in bar, teils in Aktien“ zu erbringen war.

Die Energis Aktien hätten dabei – zu diesem Zeitpunkt und noch im Zeitpunkt der Übertragung – „einen Wert von mindestens 500 Pence“ aufgewiesen.

Mit diesem „*Kunstgriff*“ entfernt sich der Senat vom klaren und unmissverständlichen Inhalt des Vertrages – des Verpflichtungsgeschäftes –, da Gegenstand des SPA einerseits die Übertragung von Aktien der ISION AG an die Energis plc. und andererseits – als Gegenleistung – die Übertragung von neuen Aktien der Energis plc. an die Veräußerer sowie Zahlung einer Barkomponente war.

Die Formel – als Abbild der vertraglichen Vereinbarung – lautet mithin nicht „*Beteiligung versus Geld und Aktien*“ sondern „*Aktien versus Geld und Aktien*“.

Für die Bemessung von Leistung und Gegenleistung – eine täuschungsbedingt hervorgerufene Diskrepanz ist Voraussetzung für § 263 StGB – ist mithin der Wert der jeweiligen Aktien einander gegenüber zu stellen. Der Vorwurf der Anklage lautet, dass man über den „*inneren Wert*“ der ISION-Aktien getäuscht habe, da die Umsätze angeblich überhöht mitgeteilt wurden. Der „*Wert der ISION*“ – so ausdrücklich die Annahme des Senats – sei daher geringer gewesen. Was für die Bemessung des Wertes der Leistung einer Vertragspartei gilt, muss umgekehrt für die Gegenleistung ebenso Geltung beanspruchen. Im Rahmen des Synallagma eines Vertrages kann der „*Wert*“ von Leistung und Gegenleistung nicht unterschiedlich beurteilt werden. Ein Vergleich setzt einheitliche Währungen voraus. Bislang ist in der Rechtsprechung daher auch niemand auf den Gedanken gekommen, bei einem Tauschgeschäft – Aktien gegen Aktien – hinsichtlich der Aktien der einen Partei auf den „*inneren Wert*“, mit Blick auf die Aktien der anderen Partei hingegen auf den Börsenkurs abzustellen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner bekannten DAT/Altana Entscheidung (BVerfG NJW 1999, 3769) bei der Prüfung einer Verletzung von Art. 14 I GG – für die Entschädigung von Aktionären bei Übernahme einer Gesellschaft – die Relevanz des Börsenkurses hervorgehoben; die Entscheidung verdeutlicht aber zugleich, dass die Berücksichtigung des Börsenkurses bei der Abfindung für Aktionäre allein

deshalb nicht außer Betracht bleiben durfte, weil diesen bei Abfindungen nach den Bestimmungen des Aktienrechts ein Eigentumsobjekt entzogen wird und sie demzufolge zumindest den Betrag erlangen müssen, den sie im Falle einer eigenen Desinvestitionsentscheidung erzielt hätten.

Für die Bemessung des „inneren Wertes“ – wie dieser hinsichtlich der Aktien der ISI-ON AG durchgängig im Verfahren von allen Gerichten angenommen wurde – hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt:

„In der Praxis hat sich für die zur Bestimmung der angemessenen Abfindung und des angemessenen Ausgleichs notwendige Ermittlung des „wahren“ Unternehmenswertes die sogenannte Ertragswertmethode durchgesetzt (vgl. Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen, Die Wirtschaftsprüfung 1983, S. 468 ff.). In der Judikatur findet sie praktisch allein Anwendung, während eine Bewertung des Anteilseigentums nach anderen Methoden, etwa anhand des Börsenkurses, weitgehend abgelehnt wird (vgl. jüngst OLG Celle, NZG 1998, 987 [988]; ferner die Nachw. bei Hüffer, § 305 Rdnr. 19 f.). Gegen eine Unternehmensbewertung nach dieser Methode bestehen im Prinzip keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Ihr liegt die Annahme zugrunde, daß der Wert eines Unternehmens in erster Linie von seiner Fähigkeit abhängig, künftig Erträge zu erwirtschaften. Das ist ein verfassungsrechtlich unbedenklicher Ansatz.“

Außerhalb des Regimes der Entschädigung von Aktionären am Maßstab des Art. 14 I GG hat daher der für Gesellschaftsrecht zuständige 2. Zivilsenat des BGH in der „Mobilcom-Entscheidung“ für die Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern deutlich herausgestellt, dass der Börsenkurs kein Maßstab für den Wert eines Unternehmens und etwaige Wertsteigerungen ist.

In der Entscheidung (BGH NZG 2004, 376) heißt es:

„Offensichtlich hat aber der Gesetzgeber eine – der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats u.U. abträgliche (vgl. DAV, Rdnr. 117; Mertens, S. 88; Bender/Vater, DStR 2003, 1807 [1811] – Angleichung der Vergütungsinteressen von Vorstand und Aufsichtsrat mit Ausrichtung auf Aktienoptionen und damit auf den Aktienkurs, der durch gezielte Sachverhaltsgestaltungen des Managements inner- oder außerhalb der Legalität beeinflussbar (vgl. Pellens/Crasselt/Rockholtz, in: Pellens, S. 3, [16]) und erfahrungsgemäß auch sonst nicht immer ein zuverlässiger Maßstab für den inneren Wert und den langfristigen Erfolg eines Unternehmens ist, jedenfalls bisher nicht für angebracht erachtet.“

Soweit der Senat in seiner damaligen Entscheidung darauf hinweist, dass es unserem Mandanten gelungen sei, im Februar 2001 Aktien der Energis plc. zum Preis von 550 Pence zu veräußern, kommt es – für den Vorwurf des Eingehungsbetrugs – nicht darauf an, dass zu einem deutlich späteren Zeitpunkt die als Gegenleistung empfangenen Aktien zu diesem Preis veräußerbar waren. Entscheidend ist allein – nach ständiger Rechtsprechung – der Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäftes, d.h., der Gegenüberstellung der Werte von Leistung und Gegenleistung bei der Eingehung wechselseitiger Verpflichtungen.

Unabhängig hiervon ist die spätere Veräußerung zu einem bestimmten Kurs im Markt nicht gleichbedeutend mit dem tatsächlichen Wert der Aktien, da dieser – wie der BGH zutreffend formuliert – nicht immer ein zuverlässiger Maßstab für den inneren Wert des Unternehmens und er insbesondere durch „gezielte Sachverhaltsgestaltungen des Managements“ beeinflussbar ist. Wenn daher die erkennende Kammer – in der beruflichterlichen Besetzung – in ihrem Beschluss vom 09.02.2005 für die Wertbemessung auf den „nachhaltig erzielbaren Preis“ (BGHSt 16, 220, 221) abstellt und eine „Bewertung nach objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten“ verlangt, so bedeutet

dies, dass der alleinige Rückgriff auf den Börsenkurs als Marktpreis dann ausscheidet, wenn dieser

- nachhaltig von dem objektiven, also dem „*wahren Wert*“ der Gesellschaft abweicht und er überdies
- durch unzulässige Maßnahmen der Bilanzgestaltung sich als manipuliert darstellt.

Hier tritt noch hinzu, dass eine lock-up Klausel vereinbart war, so dass eine sofortige Verkehrsfähigkeit der Aktie nach Sinn und Zweck des Vertrages und dem übereinstimmenden Parteiwillen nicht vereinbart wurde. Eine gespaltene „*Wertermittlung*“ – hier: innerer Wert, dort: Börsenkurs – kommt mithin nicht in Betracht.

Zu beachten ist ferner, dass der Grossteil der Energis Aktien der Verkäufer nicht zu 500 Pence, sondern lediglich zu einem Preis von 20 Pence verkauft werden konnten. Der durchschnittliche Verkaufserlös für das gesamte Aktienpaket aus der Ison Transaktion liegt bei 112 Pence.

Und schließlich:

Bei den als Gegenleistung zugesagten Aktien der Energis plc. handelt es sich um neu emittierte Aktien, d.h. um Anteilsscheine, die nicht am bisherigen Kursverlauf teilnahmen und hinsichtlich derer die Kursentwicklung nicht prognostizierbar war. Der Wert dieser Aktien war wirtschaftlich, bilanziell und aktienrechtlich zunächst allein am Wert der erworbenen ISION Aktien zu messen, da diese auf der Aktivseite der Bilanz der Energis den Ausgleich für das so geschaffene erhöhte Kapital bei der Energis plc. darstellten.

Die Formel des BGH für den Eingehungsbetrug lautet, dass

„der Verfügende aus dem Bestand seines Vermögens auf Grund der Täuschung mehr weggibt als zurückerhält“

(BGH NJW 2004, 2604 unter Hinweis auf BGHSt 16, 220, 222 –
Unterstreichung nicht im Originaltext)

Die neu emittierten Aktien stammten nicht aus dem Vermögen der Energis plc. Ob ihnen außerhalb des vereinbarten Aktientausches ein Vermögenswert – ein bestimmter Kurswert – beizumessen gewesen wäre, ist rein spekulativ. Der Erfolg einer Barkapitalerhöhung ist nicht im Ansatz prognostizierbar. Er liegt sogar eher fern, da der Kapitalmarkt bereits nach der Kapitalerhöhung der Energis plc. im September 2000 mit erheblichen Kurseinbrüchen reagiert hatte und die Energis plc. daher den Weg einer Emittierung der neuen Aktien zum Zwecke der Zeichnung durch den Markt schwerlich riskieren konnte. Für diese neuen Aktien existierte also kein Marktwert i.S. eines Börsenkurses. Als Maßstab kommt daher allein der innere Wert der einzelnen Aktie im Tauschzeitpunkt als Quotient des wahren Wertes der Energis und der Anzahl der insgesamt ausgegebenen Aktien in Betracht.

Die Beweisanträge zu 1) und 2) werden zu folgendem Ergebnis führen:

Energis' Investmentbank, DKB, hat Ision am 28./29.11.2000 unter Nutzung eines Kalkulationszinsfußes (WACC = weighted average cost of capital) in Höhe von 12% und einer ewigen Wachstumsrate (TGR = terminal growth rate) in Höhe von 4% ohne Berücksichtigung von Synergien mit € 1.034 bewertet. Verwendet man diese Parameter bei den vorliegenden DCF-Bewertungen von Energis, ergibt sich ein DCF-Wert pro Energis Aktie in Höhe von unter 200 Pence.¹ Dieser Wert ent-

¹ Siehe Analysten Report von Morgan Stanley Dean Witter vom 20.2.2001: Auf Seite 5 in der Tabelle 4 ist eine Sensitivitätsanalyse einer DCF Bewertung der Energis dargestellt, die den Einfluss von WACC

spricht nur 40% vom Basispreis einer Energis Aktie aus dem Kaufvertrag in Höhe von 500 Pence. Der Gesamtwert der Gegenleistung, bestehend aus € 210 Mio. in cash und 62 Mio. Energis Aktien, liegt somit unter € 410 Mio. Der Morgan Stanley Report ist als **Anlage 2** beigelegt.

Bedeutsam ist bei dieser Bewertung, dass die Nutzung von identischen WACC und TGR sowohl für Ision als auch für Energis aus Marktgründen zwar deshalb sachgerecht ist, weil beide Unternehmen in den gleichen Absatz- und Kapitalmärkten aktiv waren. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht beinhaltet die Verwendung der gleichen WACC und TGR allerdings einen Bewertungsvorteil für Energis, der mit der wirtschaftlichen Situation bei dieser Gesellschaft nicht begründbar ist. Da Energis zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung einen Verschuldungsgrad von 58% hatte, Ision aber mit 3% faktisch schuldenfrei war, hatte Energis höhere Grenzkapitalkosten als Ision und ist daher mit einem höheren WACC bewertet worden. Da ein höherer WACC aber wiederum zu einem reduzierten DCF-Wert führt, stellt die Bewertung von Energis und Ision mit dem gleichen WACC eine Begünstigung der Energis Aktie dar. Ähnlich verhält es sich mit der TGR: Da Energis nur ca. 15% ihres Umsatzes in dem Wachstumssegmenten Website-Management erbrachte, Ision aber ca. 40-50%, ist Energis mit einer geringeren TGR zu bewerten, was den DCF-Wert der Energis erneut reduziert.

Bewertet man Energis und Ision gleichwohl mit den gleichen Parametern, ergeben sich folgende Werte für die Leistung und Gegenleistung des Kaufvertrages: Basierend auf den DKB Parametern² von 12% und 4% für WACC und TGR und dem

und TGR auf den DCF-Wert analysiert. Berechnet man die dort dargestellten Basiszahlen von Energis mit einer TGR von 4% und einer WACC von 12%, so ergibt sich ein DCF-Wert pro Aktie in Höhe von unter 200 pence. Alternativ kann ein ähnliches Ergebnis auch mit der ungefähr zeitgleichen Bewertung aus dem JPMorgan Report vom 14.3.2001 ermittelt werden. Die Sensitivitätsanalyse findet sich in diesem Report in der Tabelle 2 auf Seite 8.

² Alternativ kann eine parallele Bewertung von Energis und Ision auch unter gleichzeitiger Nutzung der WACC und TGR Parameter erfolgen, mit denen JPMorgan oder Morgan Stanley rechnen. Der Wert der Energis würde dann bei ca. 600-700 pence pro Aktie liegen; der Wert einer Ision Aktie allerdings bei ca. € 150-175 pro Aktie. Die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung bleibt selbstverständlich

daraus resultierenden DCF-Wert pro Energis Aktie von unter 200 Pence, lag der Wert der Gegenleistung mit weniger als € 410 Mio. mit mehr als € 352 Mio. unterhalb des Wertes der Leistung der nach DKB € 55 pro Ision Aktie betrug. Selbst bei einer angeblichen Wertminderung der Ision Aktien um € 47 Mio. verbliebe ein Mehrwert der Leistung der ISION Verkäufer von über € 363 Mio. Dies gilt bereits bei einer Wertermittlung der Energis-Aktien auf der Basis von „going-concern“ Werten. Bei der aus wirtschaftlichen Gründen notwendigen Bewertung nach Liquidationswerten vergrößert sich dieser Mehrwert um weitere ca. € 300 Mio.

II.

Eine Ausrichtung am Börsenkurs der Energis Aktie kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil wegen der bereits im Dezember 2000 bestehenden drohenden Zahlungsunfähigkeit und/oder der vorhandenen Überschuldung der Energis plc. unmittelbar vor dem SPA (Verpflichtungsgeschäft) der Ansatz von „going concern“ Werten nicht mehr vertretbar und nach den Regeln der internationalen Rechnungslegung nicht zulässig war.

Das *going concern principle* – also der Grundsatz der Unternehmensfortführung – gehört neben den Grundsätzen der Stetigkeit (consistency) und der Periodenabgrenzung (accrual) zu den Grundannahmen der Rechnungslegung in allen internationalen Rechnungslegungssystemen.

Vor jeder Bewertung von Vermögens- und Ertragspositionen ist vorab zu prüfen, ob die Überlebensfähigkeit des Unternehmens gewährleistet ist, d.h. der „going concern“ Grundsatz ist „kein Rechnungslegungsgrundsatz von unbeschränkter universeller Gültigkeit, sondern eine Hypothese, die empirisch gehalten ist“ (Bretzke, Wirtschaftsprüfung 1979,

konstant, so dass es irrelevant ist, welche Parameter man nutzt, solange man die gleichen Parameter sowohl für Energis und Ision verwendet.

S. 347) und daher der Gefahr unterliegt, dass sie an der Wirklichkeit scheitert (Lück, Rechnungslegung nach Handels- und steuerrecht, 10. Aufl., Bonn 2001, S. 34 ff.).

Für eine Bewertung der Energis plc. auf der Grundlage von going concern Werten war im Dezember 2000 – wie die spätere Insolvenz des Unternehmens belegt – keine Rechtfertigung mehr gegeben. Unabhängig von der nachfolgenden Begründung sprechen hierfür bereits alle kriminalistischen Erfahrungen, da Unternehmen regelmäßig deutlich vor dem Eintritt der Insolvenz bereits überschuldet oder einer drohenden Zahlungsunfähigkeit ausgesetzt sind.

1.

Zu den bilanziellen Kennzahlen der Energis plc.:

Die konsolidierte Bilanz zum 31.03.2001 weist aus, dass an Bankkrediten und Anleihen Verbindlichkeiten in Höhe von 1.027.705.000,00 GBP vorhanden waren (also über 3 Mrd. DM). Der Verschuldungsgrad der Energis betrug zum damaligen Zeitpunkt 58% vom Gesamtkapital bzw. 250% ohne Berücksichtigung des „Goodwills“. Energis war somit ohne Goodwill bereits im Geschäftsjahr 200/01 mit einem Faktor von 2,5 überschuldet. Konsequenz dieser höchst unsoliden Finanzierung ist eine Zinsbelastung, die aus dem operativen Geschäft nicht finanziert werden konnte: Die Zinsbedienung – wie der konsolidierten Gewinn- und Verlustrechnung zu entnehmen ist – lag bei 34.320.000,00 GBP (also deutlich über 100 Mio. DM). Der Verlust aus dem operativen Geschäft in Höhe von 6.019.000,00 GBP (über 18 Mio. DM) führte mithin einschließlich Zinslasten zu einem Gesamtverlust von 41.407.000,00 GBP (über 120 Mio. DM).

Im einleitenden Bericht des Insolvenzverwalters der Energis plc. vom 20.08.2002 (Anlage 3 zu der von der Verteidigung erstatteten Strafanzeige vom 04.02.2004)

wird die Finanzierung der Energis plc. dargestellt. Es heißt dort (Seite 7 des Berichts des Insolvenzverwalters Ernst & Young):

„A group of banks represented by Royal Bank of Scotland plc (‘the Banks’), provided facilities to EHL, the intermediate UK holding company, secured on the assets of the UK trading entities.

The Company also raised funds as the issuer of high yield debt in the United States in the total sum of £ 555.437.000 (calculated as at 30 June 2002). The notes fall into the following categories: £ 125 m of 9,5 % Senior Notes due on 15 June 2009; US \$ 200 m of 9,75 % Senior Notes due 15 June 2009; and £ 300 m of 9,125 % Senior Notes due 15 March 2010 (together, ‘the Notes’).”

In Übersetzung:

„Ein Konsortium von Banken, repräsentiert von der Royal Bank of Scotland plc. (die Banken’), stellte der EHL, der Zwischenholding in Großbritannien, Kredite zur Verfügung, die von den Vermögenswerten der operativen Gesellschaften in Großbritannien besichert waren.

Die Gesellschaft beschaffte sich ferner Geldmittel über die Ausgabe von hochverzinslichen Anleihen in den Vereinigten Staaten in der Gesamtgrößenordnung von 555.437.000,00 GBP (berechnet für den 30.06.2002). Die Anlagen fielen in die folgenden Kategorien: 125 Mio. GBP zu 9,5 % als erst-rangige Anleihen mit einer Fälligkeit am 15.06.2009, 200 Mio. USD mit 9,75 % als erstrangige Anleihen mit einer Fälligkeit 15.06.2009 sowie 300 Mio. mit 9,125 % erstrangige Anleihen mit einer Fälligkeit 15.03.2010 (zusammen „die Anleihen“).“

Bei einer anzunehmenden zehnjährigen Laufzeit sind diese Anleihen im Kapitalmarkt in 1999 und 2000 aufgenommen worden. Dies erfolgte mit der Maßgabe, dass das Unternehmen gezwungen war, den Markt der „*high yields*“ (in der gängigen Terminologie auch als „*junk bonds*“ oder Schrottanleihen bezeichnete Anleihen) in Anspruch zu nehmen, d.h., wegen des Risikos ihrer Anleihen Höchstsätze an Zinsen zu zahlen, da die Banken Mittel in der Größenordnung von über 1,5 Mrd. DM mangels Sicherheiten nicht zur Verfügung stellen wollten und konnten. Die Geldbeschaffung zu aberwitzigen Zinssätzen führte zu einem gravierenden Zinsaufwand für das Unternehmen, das in 2001 etwa 52 Mio. GBP (über 150 Mio. DM) an Zinsen alleine für die Bedienung dieser Anleihen aufwenden musste und zu der bereits im Sommer 2000 auf der Hand liegenden Notwendigkeit, zur weiteren Finanzierung des Geschäfts im Kapitalmarkt eine Barkapitalerhöhung so rasch wie möglich anzustreben.

Die konsolidierte Bilanz zum 31.03.2000 verdeutlicht ferner prägnant, dass die hohen Verbindlichkeiten von über 1 Mrd. GBP nicht in voller Höhe durch werthaltiges Anlagevermögen abgedeckt waren. An Vermögenswerten sind in der Bilanz „*Tangible assets*“ (materielle Vermögenswerte) in Höhe von ca. 757 Mio. GBP benannt, an „*Intangible assets*“ (immaterielle Vermögenswerte) hingegen 525 Mio. GBP. Da nach ausländischen Rechnungslegungsgrundsätzen (UK-GAAP) der Ausweis immaterieller Vermögenswerte auch bei nicht derivativem Erwerb zulässig ist, ist der Bilanzausweis als solches nicht zu beanstanden. Auf die Buchungsmanipulationen und die bilanziellen Konsequenzen wird allerdings noch einzugehen sein. Es zeigt zugleich aber auf, warum das Unternehmen gezwungen war, zur Finanzierung seiner Verluste in den Markt für hochverzinsliche Anleihen auszuweichen. Die Banken waren nicht bereit, angesichts der bestehenden Lage der Gesellschaft zu normalen Konditionen weitere Kreditmittel ohne Sicherheiten zur Verfügung zu stellen.

2.

Die operativen Verluste der Energis und die Erhöhung dieser negativen Ergebnisse durch die hohen Zinsaufwendungen veranlassten die Verantwortlichen, sich zur Finanzierung der Verluste im September 2000 im Kapitalmarkt über eine Barkapitalerhöhung neues Kapital – neue liquide Mittel – zu verschaffen. Es gelang, im September 2000 die Anzahl von 77.704.460 weiteren Stammaktien zu plazieren und hierfür Kapital in Form von Liquidität in Höhe von 380,9 Mio. GBP einzusammeln.

In der Bilanz der Energis für das Geschäftsjahr 2000/2001 – die als Anlage beige-fügt ist – heißt es hierzu in den Anmerkungen zu Ziffer 18 (Share capital):

“In September 2000 the Company placed 77.704.460 ordinary shares proceeds of 400.2 Mio GBP. Net of expenses, this resulted in a movement through share premium of 380.9 Mio. GBP.”

In sinngemäßer Übersetzung bedeutet dies, dass die Gesellschaft im September 2000 77.704.460 Stammaktien plazierte und hierfür einen Nettozufluss von 380.9 Mio. GBP verzeichnen konnte.

Eine weitere Kapitalerhöhung wenige Monate später (Dezember 2000/Januar 2001) zur Beschaffung von Geldmitteln für die ISION-Akquisition zur Zahlung des Kaufpreises in voller Höhe aus Barmitteln war ausgeschlossen. Zum einen war der Kapitalmarkt seit September 2000 generell schwächer geworden, zum anderen wären die Verantwortlichen der Energis mit der Frage konfrontiert worden, wozu der Barbetrag von über 1,1 Mrd. DM aus der Kapitalerhöhung von September Verwendung gefunden hatte. Ferner war der Aktienkurs der Energis in der Folge der Kapitalerhöhung im September 2000 so stark eingebrochen, dass sich ein Konkurrent bereits öffentlich als Übernahmeinteressent angemeldet hatte. Jede weitere Barkapitalerhöhung war von diesem Zeitpunkt an ausgeschlossen. Der rapide Verfall des Kurses

im Zuge der Barkapitalerhöhung im September 2000 hatte den Verantwortlichen klar bewiesen, dass sie für eine von ihnen mehrfach angekündigte Akquisition in Kontinentaleuropa keine Mittel in bar – durch Zeichnung von Aktien – würden erheben können.

3.

Im Zusammenhang mit der Akquisition der Anteile an der ISON AG war Energis vielmehr gehalten, einen weiteren Kredit als Deckung für den aufzubringenden Baranteils und zur weiteren Finanzierung der Verluste bei DKB aufzunehmen. Als **Anlage 1** überreichen wir die Kreditvorlage der DKB, in der es zu diesem Kreditbedarf einleitend heißt:

„Decision

To approve the provision of a £200m short-term bridge facility to an SPV under guarantee from EP, with the expected exit being a convertible bond issue, for which DrKB will be mandated as sole lead arranger as a CP to the bridge, and which is expected to take place in Q 1 2001.“

In Übersetzung:

„Entscheidung

Die Zustimmung zur Bereitstellung einer kurzfristigen Brückenfinanzierung für eine (Erwerbs-) Gesellschaft mit Garantie der Energis plc. mit einem zu erwartenden Ausstieg über die Ausgabe einer Wandelanleihe, für die DKB als exklusiver Konsortialführer als Ablösung für die Brückenfinanzierung mandatiert wird und der im 1. Quartal 2001 stattfinden soll.“

In der Kreditvorlage geht die DKB – in erkennbar fehlerhafter Einschätzung der wirtschaftlichen Lage der Energis plc. – noch davon aus, dass die Inanspruchnahme

der Überbrückungs-Finanzierung ungeachtet des Kreditantrags äußerst unwahrscheinlich sei.

Gleichwohl waren die Konditionen bereits bewusst so ausgelegt, dass eine Inanspruchnahme durch Energis nach Möglichkeit verhindert werden sollte.

In der Kreditvorlage wird formuliert:

„The bridge will be structured to ensure that it would be very expensive for Energis to draw, will carry no capital commitment and is likely to be cancelled as early as possible.“

In Übersetzung:

„Die Brückenfinanzierung ist so strukturiert, dass sichergestellt wird, dass eine Inanspruchnahme für Energis sehr teuer sein würde, dass sie keine Kapital-Verpflichtung beinhaltet und wahrscheinlich so früh wie möglich widerrufen wird.“

Die Notwendigkeit eines hohen Finanzbedarfs ungeachtet der kurz zuvor vereinbarten 650 Mio. Euro aus der Kapitalerhöhung erschließt sich ferner aus dem von dem Zeugen Wilkinson gemeldeten Liquiditätsbedarf von 330 Mio. Euro zum Erwerb der ISION-Aktien. Auf die Einlassung von Herrn Reidel wird verwiesen.

4.

Die von Energis zum Geschäftsjahr 01.04.2000 – 31.03.2001 vorgelegten Unternehmenszahlen stellten sich noch schlechter als im Geschäftsjahr 1999/2000 dar. Bei einem operativen Brutto-Ergebnis von ca. 230 Mio. GBP und operativen Kosten von annähernd 250 Mio. GBP (einschließlich Abschreibungen) war als Betriebs-

ergebnis ein Verlust von über 18 Mio. GBP zu verzeichnen. Die Zinsaufwendungen – Bankkredite und hochverzinsliche Anleihen in den USA – waren gegenüber dem Vorjahr mehr als verdoppelt, d.h. der Zinsaufwand belief sich auf über 73 Mio. GBP (mehr als 200 Mio. DM), so dass ein Verlust von 98 Mio. GBP (Vorjahr 41 Mio. GBP) auszuweisen war.

Die Gesamtverbindlichkeiten des Unternehmens waren auf 1.266 Mio. GBP gestiegen, dem standen „Tangible assets“ (materielle Vermögenswerte) in Höhe von lediglich 1.047 Mio. GBP gegenüber.

Die bereits in dem Jahresabschluss 2001 (31.03.2001) zum Ausdruck kommenden hohen Verluste – im wesentlichen aufgrund der erdrückenden Zinslasten – führten zwangsläufig ungeachtet der im August der Londoner Börse präsentierten, durch Energis manipulierten ISION-Zahlen nicht nur zu dem dargestellten massiven Kursverfall, sondern wenige Monate später auch zur Unfähigkeit einer Bedienung der Zinsen aus den Anleihen. Bereits für das 1. Geschäftsjahr 2001/2002 hatte Energis zwei Gewinnwarnungen abgeben müssen und gleichwohl die bereits reduzierten Umsatz- und Gewinnerwartungen der Analysten verfehlt. Am 24.01.2002 gab die Energis eine weitere Gewinnwarnung aus. Im Research-Bericht der CSFB vom 26.02.2002 werden die wahren Gründe für den Verfall des Unternehmens und der Kurse genannt:

„We believe Energis's apparent inability to transfer cash from its UK business to fund bond obligations means that a balance sheet restructuring is the most likely outcome of the company's current financial problems.“

Übersetzt:

„Wir glauben, dass die offenkundige Unfähigkeit von Energis, Geldmittel aus dem Geschäft in Großbritannien zur Bedienung der Verpflichtungen aus den Anleihen zu transferieren, zur Folge hat, dass eine Neugestaltung der Bilanz (hier: der Eigentümersituation) das höchstwahrscheinliche Ergebnis der derzeitigen finanziellen Probleme des Unternehmens sein wird.“

(Unterstreichung nicht im Originaltext)

Es wird weiter dargestellt:

„As a result, we believe a negotiated restructuring is likely to result in bondholders taking 90 % or more of the equity in the restructured company, potentially leaving as little as 1p per share for existing shareholders.“

In Übersetzung:

„Als Ergebnis gehen wir davon aus, dass eine verhandelte Umstrukturierung wahrscheinlich dazu führen wird, dass die Zeichner der Anleihen 90 % oder mehr des Eigenkapitals der umstrukturierten Gesellschaft halten werden, möglicherweise mit dem Ergebnis, dass bei den vorhandenen Aktionären lediglich ein Anteil von 1 Pence pro Aktie verbleibt.“

Die Berichterstattung durch CSFB findet Bestätigung im Bericht des Insolvenzverwalters der Energis (Anlage 3 zur Strafanzeige – Seite 9 des Berichts), in dem es heißt:

„Once it became apparent that the Company was not going to be in a position to meet interest payments due to be paid pursuant to the Notes, the Company sought to open a dialogue with the holders of the Notes to agree to defer interest and consider proposals for a restructuring.“

In Übersetzung:

„Nachdem bekannt wurde, dass das Unternehmen nicht in eine Position kommen würde, um die Verpflichtung zur Zahlung fälliger Zinsen entsprechend den Anleihen zu tätigen, versuchte das Unternehmen, Gespräche mit den Zeichnern der Anleihen zu führen, um eine Zustimmung für eine Aussetzung der Zinszahlungen zu erlangen und Vorschläge für eine Neustrukturierung zu erwägen.“

5.

Durch die Akquisition der ISION AG gelang es der Energis plc., nach dem rapiden Kursverfall von annähernd 700 Pence auf knapp über 400 Pence im Anschluss an die Barkapitalerhöhung im September 1999 eine Steigerung und Stabilisierung des Kurses um die Jahreswende 2000/2001 zu bewirken. Im Januar 2001 lag der Kurs wiederum bei annähernd 600 Pence, danach begann ein kontinuierlicher Kursverfall, der im September 2001 zu einem Kurs von etwa 50 Pence führte. Unterbrochen wurde dieser gravierender Abwärtstrend lediglich durch eine kurzzeitige Kurserholung im Sommer 2001. Sie beruhte allein auf einer inhaltlich falschen Ad-hoc-Meldung der Energis plc. gegenüber der Londoner Börse, in der sie die Zahlen der von ihr beherrschten und geleiteten ISION AG falsch wiedergab. Hierauf wird noch einzugehen sein.

In der Folgezeit – bis zur Insolvenz – stieg der Kurs nicht mehr über 100 Pence.

Die Halbjahreszahlen der Energis plc. im November 2001 (01.04.2001-30.09.2001) beinhalteten eine Verluststeigerung auf 45,3 Mio. GBP. Bei einer Hochrechnung für das gesamte Geschäftsjahr war absehbar, dass die Gesellschaft – wie kurze Zeit spä-

ter offenkundig wurde – nicht mehr in der Lage sein würde, ihre Verbindlichkeiten zu begleichen.

Es ist bekannt – und nicht des Beweises bedürftig –, dass das Management der ISION AG im ersten Halbjahr 2001 weitgehend ausgetauscht wurde bzw. der Kontrolle der Verantwortlichen der Energis plc. unterlag. Am 21.08.2001 (Bl. 111 des BMO I) gab die ISION AG eine Ad-hoc-Mitteilung heraus, die wie folgt lautete:

„ISION steigert Umsatz im ersten Halbjahr um 39 % Hamburg, 21.08.2001 +++ Die ISION Internet AG steigert ihren Umsatz in den ersten sechs Monaten 2001 im Vergleich zum Vorjahreszeitraum um 39 % von 41,6 Mio. Euro auf 57,7 Mio. Euro. Das EBITDA betrug minus 10,5 Mio. Euro und verbesserte sich deutlich um 68 % von minus 32,8 Mio. Euro im 2. Halbjahr 2000 (erstes Halbjahr 2000: minus 6,4 Mio. Euro). Die Ergebnissteigerung liegt zum einen an der Verlagerung innerhalb des Business Mix zum anderen an der Reduzierung der Kosten bei Herstellung und Personal. Der Anteil des Kernsegments Website Management am Umsatz wuchs im Berichtszeitraum von 37 % auf 59 %. Der Rohertrag verbesserte sich von 46 % im ersten Halbjahr 2000 auf 51 % in 2001.“

Also:

- Umsatzsteigerung im Vergleich zum ersten Halbjahr 2000 von 41,6 auf 57,7 Mio. Euro,
- Steigerung des EBITDA im Vergleich zum zweiten Halbjahr 2000 von minus 32,8 Mio. Euro auf 10,5 Mio. Euro,

- Steigerung des Anteils des Kernsegments Website am Umsatz von 37 % auf 59 %.

An der Londoner Börse (London Stock Exchange) führte diese Mitteilung der (von den Verantwortlichen der Energis mit Scheinumsätzen angereicherten Zahlen) zu einer erheblichen Kurssteigerung, die allerdings die schlechten fundamentalen Daten der Energis selbst nur kurzfristig überdecken konnte.

Im Bericht der London Stock Exchange für den 21.08.2001 (Anlage 1 zur Strafanzeige) ist zu lesen:

„Energis gained 10,52 % after reporting that its German Internet unit, Iasion, had first half sales that rose 39 % to 35 million GBP. Iasion is also confident that it will meet its growth forecast up to March 2002.“

In Übersetzung:

„Energis gewann 10,52 % nach seiner Mitteilung, daß seine deutsche Internetinheit ISION im ersten Halbjahr Umsätze tätigte, die um 39 % auf 35 Mio. GBP gestiegen sind. ISION ist weiter zuversichtlich, daß es seine Wachstumsprognose für März 2002 erfüllen wird.“

Was es mit dieser Ad-hoc-Mitteilung auf sich hatte, erschließt sich zwanglos und zwingend zugleich aus dem Aktenvermerk von Rechtsanwalt Jäger vom 01.02.2002, aus dessen Inhalt sich – zusammengefasst – ergibt, dass

- im Jahr 2001 Bilanzmanipulationen in Höhe von 60 Mio. DM bei ISION erfolgt seien,

- hierin für ISION/Energis „eine Gefahr“ liege
- der Beschuldigte Reidel den Verantwortlichen von Energis insgesamt vier Scheingeschäfte mit einem Gesamtvolumen von etwa 25 Mio. DM schriftlich dargestellt habe (**alle** Geschäfte nach **Übernahme** der Gesellschaft durch Energis).
- dieses Papier ihm (Rechtsanwalt Huly) vorliege und es beweise, dass der Beschuldigte Reidel die Geschäfte nach England berichtet habe, England (scil: die Verantwortlichen der Energis) also „*alles gewusst*“ habe,
- Sarah Roberts (Energis) am 21.08.2001 (scil: dem Tag der Meldung der geschönten ISION-Umsätze an der Londoner Börse!) einen Bericht gefertigt habe, der ausführe, „*was Energis plc. alles an schönen Geschäften gelungen sei*“,
- Bestandteil dieser „*schönen Geschäfte*“ auch die „*neuesten Umsätze*“, ... (die) durch Energis plc. publiziert worden (seien), waren,
- Rechtsanwalt Jäger seinen Gesprächspartner Rechtsanwalt Huly fragte, ob dieser „*noch mehr fürchterliche Dinge vorzubringen habe*“ und
- die englischen Entscheidungsträger ungeachtet der Mitteilung von Rechtsanwalt Huly nach Ansicht von Rechtsanwalt Jäger „*erstaunlich cool*“ seien.

Der Vermerk ist als **Anlage 3** beigelegt.

III.

Das von den Verantwortlichen der Energis plc. erstellte Zahlenwerk in Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen und Halbjahresmeldungen war unzutreffend, die Buchführungspraxis und Bilanzierung nach keinem anerkannten Rechnungslegungssystem vertretbar und zulässig.

Herr Reidel hat in seiner Einlassung Beispiele für eine „sehr aggressive“ Verbuchung von Umsätzen und Aktivierung von Kosten geschildert.

Er hat ausgeführt:

„Verträge, die über mehrere Jahre liefen und einen Dienstleistungsaustausch regelten, wurden bei Energis im ersten Jahr der Laufzeit des Vertrages mit einem Umsatz in Höhe des gesamten Umsatzes der Laufzeit ausgewiesen. Der Kunde zahlt seine Leistung aber über die Laufzeit des Vertrages. Auf diese Weise können zwar kurzfristig hohe Umsätze dargestellt werden, diese Vorgehensweise führt jedoch dazu, dass Umsatz nicht gleich Geld ist.

Hierzu noch einmal folgendes Beispiel: Ein Vertrag wird über fünf Jahre geschlossen. Der Umsatz beträgt 1 Mio. € pro Jahr. Energis hat in diesem Fall 5 Mio. € im ersten Jahr gebucht. Der Kunde würde aber nur 1 Mio. € bezahlen. Durch diese Konstruktion wurde der Umsatz viel höher als die Geldeinnahmen. Im nächsten Jahr würde zwar 1 Mio. Euro fließen, jedoch fehlt hierzu der Umsatz. Im Ergebnis stellt dies eine Art Schneeballsystem dar, das naturgemäß nur in Zeiten des Wachstums funktionieren kann.“

Diese von Energis betriebene Praxis der Verbuchung von Umsätzen (revenue recognition) wird weder von US-GAAP noch UK-GAAP noch IAS/IFRS noch dem HGB gedeckt. Es handelt sich um einen klaren Verstoß gegen die Grundsätze ord-

nungsgemäßer Buchführung. Die Verbuchung von Umsätzen ist nur dann zulässig, wenn – bei langfristigen Verträgen – die Gesellschaft selbst ihre Leistung erbracht hat. In der Sprache der internationalen Rechnungslegung: „*Revenue recognition is deferred until the company meets its obligations*“.

Es kann mithin nur der Umsatz verbucht werden, hinsichtlich dessen eine entsprechende Leistung erbracht wurde. Hierzu zwingt der Grundsatz der periodengerechten Verbuchung (*accrual*).

Die ferner von Herrn Reidel geschilderte Aktivierung von Personalaufwand und sonstigen Kosten und die Eliminierung des Aufwands aus der Gewinn- und Verlustrechnung hat zur Folge, dass der Aufwand (*costs*) als zu gering dargestellt (der Verlust bilanziell mithin nicht ausgewiesen wird) und stattdessen lediglich die Bestandskonten auf der Aktivseite der Bilanz berührt werden. Der Aufwand wird als Ausgang in der Kasse und zugleich entweder als immaterielles Wirtschaftgut (*intangible asset*) oder als Bestandserhöhung (*inventory*) erfasst. Bilanziell handelt es sich mithin um einen Aktivtausch ohne Erkennung der Aufwandskonten in der Gewinn- und Verlustrechnung.

Derartige Buchungspraktiken sind nicht unbekannt, von den Rechnungslegungssystemen werden sie indes nicht gedeckt. Sie sind unzulässig und unvertretbar.

Mit der Einlassung von Herrn Reidel stimmen die Erklärungen der neuen Eigentümer der Energis plc. überein, die gegenüber der Öffentlichkeit im Juni 2003 zu den Bilanzmanipulationen bei der alten Energis plc. deutlich und ausführlich Stellungnahmen. Die Verteidigung hat diese Stellungnahmen bereits mit Schriftsatz vom 26.03.2004 den Gerichten unterbreitet. Die Koinzidenz mit der Einlassung von Herrn Reidel ist offenkundig.

So heißt es in dem Pressebericht in „Daily News & Analysis“ vom 30.06.2003 (in deutscher Übersetzung) wörtlich:

„Mehrere Aspekte des alten Bilanzierungssystems waren für die neuen Direktoren von besonderem Interesse. so fand das neue Team beispielsweise heraus, dass die langfristige Projekte (z.B. hinsichtlich des Ausbaus der Infrastruktur) betreffenden Umsätze in der Buchhaltung „front-ended“ (umgedreht) waren; in den Büchern der Gesellschaft wurden sie bereits im ersten Jahr mit vollem Umsatz verbucht, anstatt sie ratierlich über die ganze Lebensdauer des Projekts hinweg zu verbuchen.“

Sowie

„Die am meisten strittige Praxis, die bei der ‚alten‘ Energis gefunden wurde, bestand darin, dass die Lohnkosten aktiviert wurden, anstatt sie unmittelbar als Aufwand anzusetzen (was normalerweise der Fall ist). Die Lohnkosten wurde über mehrere Jahre abgeschrieben und eingestuft als Beitrag zum Ausbau des ‚Energis-network‘, welches, als solches, natürlich zum Anlagevermögen gehört.“

IV.

Der Erwerb der Anteile an der ISION AG war für die Energis plc. daher – unabhängig von etwaigen Differenzen zwischen mitgeteilten und tatsächlichen Umsätzen in der Größenordnung von wenigen Prozent – unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten vorteilhaft:

Der Kurs der Energis Aktie konnte mit Blick auf die Marktposition und den hochkarätigen Kundenstamm der ISION AG in Deutschland gesteigert werden.

Die Energis plc. erhielt von der DKB einen zusätzlichen Kredit von 330 Mio. Euro, der die zahlende Barkomponente deutlich überstieg und für die laufende Verlustfinanzierung eingesetzt wurde.

Das Eigenkapital der Energis wurde durch die Ausgabe von 62 Mio. neuer Aktien um den mit ca. 800 Mio. Euro angesetzten Wert der ISION AG erhöht (Sachkapitalerhöhung).

Unter anderem durch den Verkauf einer in Deutschland domizilierenden Tochter der Energis plc. – der früheren Planet Online AG – an die ISION AG für über 45 Mio. Euro – der tatsächliche Wert lag deutlich unter 10 Mio. Euro – konnten Abschreibungen bei der Energis Deutschland – die auf die Bilanz der Energis plc. durchgeschlagen hätten – vermieden werden.

Für die Verantwortlichen der Energis plc. waren daher etwaige Abweichungen zwischen den mitgeteilten, den bei der Due Diligence ermittelten und den tatsächlichen Umsätzen – in der hier auf der Verdachtsebene angenommenen Größenordnung von wenigen Prozent – ohne jede Bedeutung, sie stellten eine quantite negligible dar.

V.

Die bisherigen Berechnungen der Kammer zum angeblichen Schaden – allein ausgerichtet an vermeintlichen Umsatzdifferenzen, aus denen der Schaden rechnerisch abgeleitet wird – entsprechen nicht der Judikatur des BGH. Dieser hat für den Fall des Erwerbs von Anteilen an einem Unternehmen eine Gesamtbewertung des Wertes der übernommenen Beteiligung gefordert. Im BGH wistra 1987, 24 heißt es hierzu:

„Dabei hätten die Risiken ebenso einbezogen werden müssen wie das vorhandene Vermögen der C- KG und die mit den Beteiligungen verbundenen un-

mittelbaren und mittelbaren Gewinnaussichten. Die – überaus ausführliche – Darstellung der Geschäftsvorgänge in den Jahren 1975 und 1976 und die Übersichten über Umsätze, Einnahmen und Ausgaben der Gesellschaft ersetzen die tatrichterliche Bewertung nicht; dasselbe gilt für die Mitteilung der Bilanzen sowie der Gewinn- und Verlustrechnungen. Angaben darüber, daß der Angeklagte die Gesellschafter über Umsätze und Gewinnerwartungen getäuscht hat, besagen für sich noch nichts über den Schaden, den die Gesellschafter, erlitten haben.

Da die Feststellungen hiernach die Annahme des zum Betrugstatbestand gehörenden Vermögensschadens nicht tragen, war die Verurteilung wegen Betruges aufzuheben. Der Senat schließt die Möglichkeit aus, daß eine erneute Hauptverhandlung zu ausreichenden Feststellungen in dieser Richtung führen würde. Selbst wenn es gelingen sollte, die Beteiligungen, etwa mit Hilfe eines Sachverständigen sowie aufgrund anderer Beweismittel, nach dem Stand von Ende 1976 zu bewerten, so würde es doch nicht mehr möglich sein, einen hierauf bezogenen Vorsatz des Angeklagten zu beweisen. Der Senat spricht den Angeklagten deshalb vom Vorwurf des Betruges frei.“

(Bliwier)

(Dr. h.c. Strate)

(Dr. Thomas)