

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

RECHTSANWÄLTE

An das
Hanseatische Oberlandesgericht
1. Strafsenat
Sievekingplatz 3
20355 H a m b u r g

Hamburg, am 3.3.2005/gs

Aktenzeichen:

In der Strafsache

gegen

Alexander **F a l k**

trage ich zur Begründung der Beschwerde noch kurz ergänzend vor:

Im Märchen mußte man sich durch eine berghohe Mauer an Reisbrei „überzwerch“ hindurchfressen, um schließlich ins Schlaraffenland zu gelangen. Vor eine ähnliche Aufgabe gestellt sieht sich der unbefangene Leser, der die seit Beginn der Hauptverhandlung eingebrachten Schriftsätze der Verteidigung, die gutachterlichen Stellungnahmen, vor allem aber die Beschlüsse der Großen Strafkammer 20 des Landgerichts Hamburg vom 2.11.2004, 8.11.2004 und vom 9.2.2005 lesen und verstehen will.

Hier sei noch einmal der Versuch einer Simplifizierung unternommen:

1. Ein – für die Annahme eines Betruges erforderlicher – Vermögensschaden liegt nur dann vor, wenn der Wert des Vermögens der Energis plc. durch den Abschluß des kombinierten Kauf- und Tauschvertrages vom 19.12.2000 insgesamt gesehen vermindert wurde. Zu saldieren sind die Ansprüche, die die Energis plc. erworben hat, mit den Ansprüchen, die sie zu erfüllen hat. Ein Vermögensschaden liegt dann vor, wenn der Anspruch auf Übertragung des Aktienpaketes der ISON AG wertmäßig hinter den Ansprüchen zurückbleibt, welche die Energis plc. selbst zu erfüllen hatte. Neben der in ihrem Vermögenswert objektiv feststehenden Verpflichtung zur Zahlung des Baranteils kommt es insoweit entscheidend auf den Vermögenswert der auszutauschenden Aktienpakete an (vgl. Gutachten Prof. Wohlers vom 7.7.2003, S. 35).

2. Stellt man zur Bestimmung des Vermögenswerts der Aktienpakete auf den Börsenkurs ab, scheidet die Annahme eines Vermögensschadens der Energis plc. schon deswegen aus, weil ein ausgeglichenes Geschäft vorliegt. Stellt man – mit der herkömmlichen Rechtsprechung – auf den „inneren“ Wert der Aktien ab, kann die Frage nach dem Vorliegen eines Vermögensschadens erst dann abschließend entschieden werden, wenn Untersuchungen zum Ertragswert *beider* Unternehmen vorliegen (vgl. Gutachten Prof. Wohlers vom 7.7.2003, S. 35).

3. Dies hat die Verteidigung immer und immer wieder vorgetragen: So in dem Gutachten von Prof. Wohlers vom 7.7.2003 (man zähle zurück: vor *zwanzig* Monaten!), so in unserem Schriftsatz vom 26.3.2004 (S. 49 – 103), so nochmals in dem gestern in der Hauptverhandlung durch Rechtsanwalt Dr. Thomas vorgetragenen Beweis Antrag.

4. Die rechtlich gebotene Befassung mit dem Wert von Leistung und Gegenleistung hat sich die Hamburger Strafjustiz durch eine Festlegung versperrt, zu der sich der 1. Strafsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts letztlich begründungslos in seiner Entscheidung vom 28.5.2004 bekannte:

„Was den Wert der von der Käuferin übertragenen Energis-Aktien anbelangt, so ist nach dem gegenwärtigen Stand der Ermittlungen nicht anzunehmen, daß die Rechnungsgrößen des ‚implizierten Preises‘ von 550 Pence je Energis-Aktie (Ziff. 1.2 des Vertrages vom 19.12.2000) und des ‚Richtpreises‘ von 500 Pence (Ziff. 1.14 des genannten Vertrages) keine realistischen Größen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses waren. Auch diese Beträge sind das Ergebnis der unter beiderseitiger Einschaltung von Wirtschaftprüfungsgesellschaften geführten Verhandlungen gewesen. *Daß sie zutreffend waren, zeigt sich darin, daß der Angeschuldigte Falk im Februar 2001 beim Verkauf von Energis-Aktien diesen Preis erlöst hat.*“ (Beschuß vom 28.5.2004, S. 4/5 – meine Hervorhebung)

Der Wert der Energis-Aktien – ihre „realistische Größe“ – soll sich herleiten aus

- dem Umstand, daß die vertraglich festgesetzten Beträge das Ergebnis der unter beiderseitiger Einschaltung von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften geführten Verhandlungen war, und
- aus dem weiteren Umstand, daß Alexander Falk einen Teil der Aktien zu eben diesem vertraglich ausgehandelten „Betrag“ (=Preis) an der Börse habe verkaufen können.

Daß die *vertraglichen* Festlegungen eines *Preises* nicht per se zur Bestimmung eines *Wertes* taugen, ist durch den Bundesgerichtshof schon in BGHSt 16, 220, 224 eindringlich dargelegt worden. Daß der (angebliche) Erlös, den Alexander Falk im Februar 2001 beim Verkauf eines Teils der Aktien erzielt haben soll, mit diesem vertraglich festgelegten Preis übereinstimmte, ist eine Überlegung, die den Wert der Energis-Aktien an ihrem damaligen aktuellen *Börsenkurs* festmacht. Ebendies wollte der Senat im Hinblick auf die *Ision*-Aktien nicht zulassen:

„Ein Rückgriff etwa auf den Börsenwert der ISON-Aktie am 19.12.2000, der 47,50 € betragen haben soll, verbietet sich. Die Angeschuldigten stehen im Verdacht, diesen Kurs manipuliert zu haben.“ (Beschluß vom 28.5.2004, S. 4)

Der Wert der Energis-Aktien wird am damaligen Börsenkurs bemessen, der Wert der Ision-Aktien hingegen *nicht*. An dieser Stelle beendete der Senat seine Überlegungen zum Wert der *Energis*-Aktien. Indem das eine Aktienpaket seinen Wert an der Börse bestätigt fand, das andere seinen Wert dort nicht finden durfte, waren die beiderseitigen Verpflichtungen *inkommensurabel* gemacht und eine Schadensbetrachtung, die – den herkömmlichen Grundsätzen entsprechend – an einem Vergleich von Leistung und Gegenleistung sich orientiert, abgeschottet worden.

Wenn man denn schon von einem Eingehungsbetrug ausgeht (so der Senat im Beschluß vom 23.12.2003, S. 9), so wäre es sauberer gewesen, auf den Zeitpunkt des *Vertragsabschlusses* (dem 19.12.2000) abzustellen, anstatt auf irgendwelche Verkaufserlöse, die Alexander Falk zwei Monate später angeblich an der Börse erzielt haben soll. Die Mitarbeiter der Anwaltsfirma Clifford Chance waren *insofern* immerhin korrekter: In ihrem Klagentwurf vom 5.3.2004 (dort S. 183) wird der *tatsächliche* von Energis plc. zu erbringende Gesamtkaufpreis (anknüpfend an den Börsenkurs der Energis-Aktie am 19.12.2000) auf EUR 702.465.197,62 berechnet.

Daß der Wert des Ision-Aktienpaketes – so der Senat – nicht am Börsenkurs zu bemessen ist, kann nicht beanstandet werden. Ebenso wenig aber durfte der Wert des Energis-Aktienpaketes an diesem Kurs bemessen werden. Auch in bezug auf Energis war (und ist) der „innere“ Wert des Aktienpaketes (erforderlichenfalls unter sachverständiger Hilfe) zu ermitteln.

5. Die stattdessen in dem Beschluß vom 28.5.2004 durch den 1. Strafsenat endgültig vollzogene Festlegung, daß das Aktienpaket der Energis seinen vertraglich fixierten Preis auch *wert* war, gab im folgenden der Großen Strafkammer 20 den Startschuß, in allen Beschlüssen nur noch über den Wert des Ision-Aktienpaketes nachzudenken. In *keinem* der von der Strafkammer gefaßten Beschlüsse vom 2.11.2004, 8.11.2004 und 9.2.2005 findet sich auch nur ein *einziges* Wort zu dem inneren Wert des *Energis*-Aktienpaketes. Unverblümt heißt es in dem Beschluß vom 2.11.2004:

„Dieser (der Kaufvertrag vom 19. Dezember 2000) legte als Mindestgegenleistung für den Ision-Unternehmensanteil von 75,14 %, den die veräußerten 14.712.316 Ision-Aktien darstellten, eine Vergütung in Höhe von insgesamt rd. 762 Mio. € fest, die durch Barzahlung (210 Mio. €) und Hingabe von Energis-Aktien (552 Mio. €) zu erbringen war.“ (S. 15)

Was hier in eine Klammer eingeschoben wird – „(552 Mio. €)“ – ist die zentrale *Fiktion* dieses Prozesses: die Aktien von Energis hätten tatsächlich einen Wert von 552 Mio. Euro gehabt! Über diese Zahl wird nicht nachgedacht, darf nicht nachgedacht werden, da doch dann das ganze schöne Konstrukt einer ins Strafrecht transponierten Gewährleistungshaftung –

das auf einer verwegenen Verallgemeinerung der bisher *allein* auf den Submissionsbetrug bezogenen (und durch den neu eingefügten § 298 StGB hinfällig gewordenen) Rechtsprechung des BGH beruht (vgl. hierzu nur *Rönnau*, in JuS 2002, 545 ff.) –

seine intellektuelle Korrodiertheit sofort offenbaren würde!

Es ist schon denkwürdig, daß ausgerechnet eine Fiktion dazu dient, einen Betrugsvorwurf aufrechtzuerhalten, der Fiktionen (angeblich fingierte Umsätze) zum Gegenstand hat.

6. Und wenn man denn schon meint, eine Ausnahmerechtsprechung, die vom Bundesgerichtshof allein auf die besondere Fallgestaltung des Submissionsbetruges zugeschnitten war, verallgemeinern und auf alle Fälle anwenden zu dürfen, in denen Leistungen einen besonderen Grad an Individualisierung aufweisen und deshalb erschwerter Wertbemessung unterliegen:

Was gibt der Strafkammer das Recht, ihre Sondergedanken, die nichts anderes sind als juristische *Experimente*, ausgerechnet in *Haftentscheidungen* auszuleben?

7. Der Haftbefehl gegen Alexander Falk ist aufzuheben.

Der Rechtsanwalt