

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 20.1.2005/gs

Aktenzeichen: 620 Kls 5/04

In der Strafsache

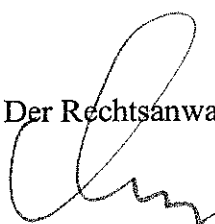
gegen

Alexander **F a l k**

überreiche ich – in Ergänzung unseres Vortrages vom 22.12.1004 – ein Gutachten des Ordinarius für Strafrecht und Strafprozeßrecht Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, aus welchem sich ergibt, daß die Theorien der Strafkammer über eine „*Begründung des Schadensverdachts aus dem Kaufvertrag*“ (so die dienstliche Äußerung des Richters Dr. Graf vom 7.1.2005) oder gar der Schadensentstehung aufgrund einer „*Makelbehaftung*“ (Beschluß der Strafkammer vom 2.11.2004, S. 21) niemand sonst in der juristischen Fachwelt ernsthaft vertritt.

Es ist zwar das gute Recht eines jeden Juristen, seine eigene Meinung zu haben, mag sie auch sonst von niemandem geteilt werden. Ein Jurist, der die Macht hat, mit seinen Rechtsmeinungen die Grundlage für Freiheitsentziehungen zu schaffen, hat für seine Freiheit der Meinungsäußerung allerdings die rechtsstaatlich gezogenen Grenzen: Er darf sich nicht von der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs distanzieren. Das wäre rechtlich unvertretbar und willkürlich.

Der Rechtsanwalt

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'L' followed by several smaller, connected letters, likely representing the lawyer's name.

Der Maßstab zur Bestimmung des betrugsrechtlich relevanten Vermögensschadens

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag von
Rechtsanwalt Dr. h.c. Gerhard Strate,
Hamburg

Von
Prof. Dr. Wolfgang Wohlers
Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich

2

- I. Anlass für die nachfolgende gutachterliche Stellungnahme ist ein Strafverfahren, das bei dem Landgericht Hamburg unter dem Aktenzeichen 620 KIs 5/04 geführt wird.

Der Unterzeichner hat bezogen auf dieses Verfahren auf Veranlassung der Verteidigung des Beschuldigten Alexander Falk bereits ein Rechtsgutachten erstattet zum Thema: „Die Bestimmung des betrugsrechtlich relevanten Vermögensschadens im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien“. In diesem Rechtsgutachten wird unter anderem dargelegt, dass ein betrugsrechtlich relevanter Vermögensschaden nur dann angenommen werden kann,

„wenn der Anspruch auf Übertragung des Aktienpakets der ISION AG wertmäßig hinter den Ansprüchen zurückbleibt, welche die Energis plc. selbst zu erfüllen hatte. Neben der in ihrem Vermögenswert objektiv feststehenden Verpflichtung auf Zahlung von 210 Mio. Euro in Barmitteln ist somit entscheidend, welcher Vermögenswert den auszutauschenden Aktienpaketen zukommt.“

(Rechtsgutachten v. 7. Juli 2003, S. 12)

Aus der Sicht der Strafkammer soll es für die Frage, ob ein Vermögensschaden vorliegt – und, wenn ja, welche Höhe dieser hat – nicht auf den realen Marktwert der Aktienpakete ankommen. Der Unternehmenswert der Ision AG soll vielmehr „vertraglich“ bestimmt werden. In einem Beschluss vom 2. November 2004 führt die Strafkammer diesbezüglich aus:

„Den nach aufwändigen Due-Dilligence-Untersuchungen und Verhandlungen im Kaufvertrag vom 19. Dezember 2000 fixierten Wert der Ision AG hält die Kammer für ihre Beurteilung, dass im vorliegenden Fall

höchstwahrscheinlich ein auf Täuschung beruhender irrtumsbedingter Schaden eingetreten ist, weiterhin für maßgeblich. Denn in den vertraglichen Abreden haben sich die Vorstellungen, Bewertungen und Vereinbarungen der Parteien objektivierbar manifestiert. Hier spiegelt der Inhalt der Kaufpreisvereinbarung nicht nur den zuvor von DKB ermittelten (mittleren) Unternehmenswert wider. Vielmehr unterstreicht die sich aus der Vertragsurkunde ergebende Zusammensetzung des vereinbarten Kaufpreises, dass ... der Wert des von Energis zu bezahlenden Unternehmens(anteils) ganz entscheidend von den Umsatzgrößen bestimmt worden ist, welche die Ision AG als Wachstumsunternehmen auswies und als solches für Energis attraktiv machten.“

(Beschluss v. 2. November 2004, S. 13)

Bei der Bestimmung der konkreten Schadenshöhe stellt die Strafkammer darauf ab, dass Energis bei Kenntnis der „fälschen Umsatzzahlen eine erhebliche Kaufpreisreduzierung verlangt hätte“ (Beschluss vom 2. November 2004, S. 19). Dies ergebe sich – so die Strafkammer – aus den Aussagen mehrerer Zeugen, die betont hätten, „dass unzutreffende Umsatzwerte eine abweichende Kaufpreisfindung zur Folge gehabt hätten“ (a.a.O., S. 19/20). Der auf dieser Basis angenommene Mindestschaden soll nach Auffassung der Strafkammer der Betrag sein, „um den nach vorläufiger Überzeugung der von Energis zu vergütende anteilige Unternehmenswert mindestens reduziert worden wäre, wenn von den Verantwortlichen der Ision AG die hier inkriminierten Umsatzzahlen lediglich unbeabsichtigt unrichtig angegeben worden wären“ (a.a.O., S. 21). Ein höherer Schaden ist nach Auffassung des Landgerichts dann gegeben, wenn hinsichtlich der Umsatzzahlen von einem vorsätzlichen Täuschungsverhalten auszugehen ist:

„Die Existenz von mit erheblicher krimineller Energie vorgenommener Umsatz- und Buchhaltungsmanipulationen hätte im Falle ihres Bekanntwerdens sehr wahrscheinlich einen erheblichen Vertrauens- und damit

einhergehenden Wertverlust zur Folge gehabt. Dies unterstreichen auch die Angaben der vorgenannten Zeugen, die übereinstimmend erklärt haben, dass die von ihnen vertretene bzw. beratene Gesellschaft kein Interesse mehr am Ankauf der Ision AG gehabt hätte, wenn strafrechtlich relevante Umsatzmanipulationen aufgedeckt worden wären. Der Schluss liegt nahe, dass auch andere Kaufinteressenten in gleicher Weise reagiert hätten, so dass der Marktwert der Ision AG – die in einem jedenfalls Ende 2000 äußerst sensiblen Umfeld agierte – wahrscheinlich dramatische Einbußen erlitten hätte.“

(Beschluss v. 2. November 2004, S. 21)

Die Sichtweise der Strafkammer läuft darauf hinaus, Bemühungen um die Bestimmung des wirklichen (= objektiven) Werts der in Frage stehenden Wirtschaftsgüter für irrelevant zu erklären. Stattdessen stellt sie – notdürftig durch das nicht näher erläuterte Adjektiv „objektivierbar“ kaschiert – auf die Vorstellungen der Vertragsparteien von der Werthaltigkeit der in Frage stehenden Wirtschaftsgüter ab und verwendet diese als Grundlage für Spekulationen darüber, wie der Marktwert der Ision AG wohl gewesen wäre, wenn bestimmte – tatsächlich nicht gegebene, sondern lediglich hypothetisch unterstellte – Umstände eingetreten wären.

- II. Dieser Standpunkt des Landgerichts ist nicht in Einklang zu bringen mit den allgemein akzeptierten Grundsätzen zur Bestimmung des betrugsrechtlich relevanten Vermögensschadens. Das Landgericht missachtet grundlegende Prämissen der Betrugsdogmatik und geht seinerseits von Grundsätzen aus, die – soweit ersichtlich – in dieser Form weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur vertreten werden.

1. Ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB ist nach allgemeiner Ansicht dann gegeben, wenn das Opfer infolge einer täuschungsbedingten Vermögensverfügung eine wirtschaftlich messbare Einbuße erleidet.

BGHSt 16, 220, 221; **BGH** NSTZ 1997, 32, 33; 1999, 353, 354; **BGH** bei *Dallinger* MDR 1952, 408, 409; *LK-Tiedemann*, 11. Aufl., 33. Lfg. 1999, § 263 Rn 158; *LK-Lackner*, StGB, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn 143; *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 263 Rn 36; *NK-Kindhäuser*, 9. Lieferung 2001, § 263 Rn 306; *Schönke/Schröder-Cramer*, 25. Aufl. 2001, § 263 Rn 99.

Ob eine verfügungsbedingte Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts gegeben ist, ist im Wege einer Saldierung festzustellen: Zu vergleichen ist der Wert des Vermögens vor und nach der in Frage stehenden Vermögensverfügung. Bei einem Eingehungsbetrug ist also der Stand des Vermögens des – potentiellen – Opfers unmittelbar vor und unmittelbar nach Abschluss der in Frage stehenden vertraglichen Verpflichtungen zu ermitteln.

BGHSt 16, 220, 221; 23, 300, 302; 30, 388, 389; 45, 1, 4; **BGH** NSTZ 1991, 488; 1999, 353, 354; **KG** JR 1966, 391, 392; **LG** Frankfurt wistra 1991, 152; *LK-Tiedemann* § 263 Rn 159 ff.; *LK-Lackner* § 263 Rn 144; *NK-Kindhäuser* § 263 Rn 310; *SKStGB-Hoyer*, 7. Auflage 2004, § 263 Rn 193.

2. Bei der Ermittlung der Werthaltigkeit der in Frage stehenden Ansprüche ist nicht auf die subjektive Bewertung der in Frage stehenden Leistungen durch die betroffenen Parteien abzustellen, sondern auf deren objektiven Verkehrswert. Ist der Käufer einer Sache über deren Wert getäuscht worden, liegt ein Schaden dann vor, wenn die Kaufsache objektiv gesehen den vereinbarten Kaufpreis

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich

6

nicht wert ist, also keinen ausreichenden Ausgleich für die vom Käufer eingegangene Verpflichtung (=Kaufpreis) darstellt.

BGHSt 16, 220, 221/222; 16, 321, 325; OLG Düsseldorf NJW 1991, 1841, 1842; OLG Karlsruhe NJW 1980, 1762; OLG Köln NJW 1979, 1419; LK-Tiedemann § 263 Rn 163; LK-Lackner § 263 Rn 149; Lackner/Kühl § 263 Rn 37; NK-Kindhäuser § 263 Rn 306; Schönke/Schröder-Cramer § 263 Rn 109, 124; vgl. auch SKStGB-Hoyer § 263 Rn 198, 200.

Der 1. Strafsenat hat hierzu in seiner Grundsatzentscheidung vom 18. Juli 1961 ausdrücklich ausgeführt:

„Der Wert eines Vermögens bemisst sich nicht nach der persönlichen Einschätzung seines Inhabers... Mindestens für Umlaufvermögen, wie es hier in Betracht kommt, gilt, daß es nicht den verlangten, gebotenen oder vereinbarten, sondern den nachhaltig erzielbaren Preis wert ist.“

(**BGHSt 16, 220, 221/222**)

Der objektive Verkehrswert eines Anspruchs auf Verschaffung des Eigentums an einer Sache oder eines Rechts entspricht anerkanntermaßen dem finanziellen Aufwand, der getrieben werden muss, um den in Frage stehenden Gegenstand oder das Recht zu erwerben. Entscheidend ist also der Preis, zu dem der Gegenstand und/oder das Recht unter den konkreten zeitlichen und örtlichen Verhältnissen auf dem Markt erworben werden konnte (= der sog. Marktwert).

BGHSt 30, 388, 390; BGH NStZ 1991, 488; OLG Hamm NStZ 1992, 593; OLG Karlsruhe NJW 1980, 1762; OLG Köln NJW 1979, 1419, 1420; OLG München NStZ 1986, 168, 169; LK-Tiedemann § 263 Rn

163; LK-*Lackner* § 263 Rn 150; *Lackner/Kühl* § 263 Rn 38; SKStGB-*Hoyer* § 263 Rn 201; vgl. auch *Schmoller* ZStW 103 (1991), 92, 108 ff.

Besondere Probleme werfen in diesem Zusammenhang die Fallgestaltungen auf, bei denen es für das in Frage stehende Wirtschaftsgut an einem funktionierenden Markt fehlt. Da vorliegend eine Fallgestaltung, bei der die Marktkräfte durch staatliche Handelsverbote bzw. durch staatliche oder kartellartige Preisfestsetzungen außer Kraft gesetzt sind, nicht gegeben ist, kann die Bewältigung dieser Ausnahmesituationen dahinstehen (vgl. LK-*Tiedemann* § 263 Rn 164 f.; NK-*Kindhäuser* § 263 Rn 308, jeweils m.w.N.).

Der objektive Marktwert ist auch dann relevant, wenn seine Ermittlung im Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden ist.

Lackner/Kühl § 263 Rn 38

Lackner hat diesbezüglich in seiner für die moderne Betrugsdogmatik immer noch grundlegenden Kommentierung in der 10. Auflage des Leipziger Kommentars ausdrücklich festgehalten:

„Es bedarf deshalb *in jedem Fall* der Ermittlung der konkreten wirtschaftlichen Einbuße, die das Vermögen durch die Verfügung erlitten hat“.

(LK-*Lackner* § 263 Rn 149; Hervorhebung durch den Unterzeichner)

3. Bezogen auf den vorliegenden Fall ergibt sich damit kurz gefasst das Folgende: Entscheidend ist allein der Marktwert, den die in Frage stehenden Aktienpakete zur Zeit des Vertragsschlusses hatten. Dass die Vertragsparteien diesbezüglich bestimmte Vorstellungen hatten, ist für sich gesehen irrelevant. Auch die Floskel, die entsprechenden Vorstellungen hätten sich in den vertraglichen Abreden

„objektivierbar manifestiert“ kann hieran nichts ändern. Ein Vermögensschaden liegt nur dann vor, wenn das erworbene Aktienpaket – objektiv gesehen – den gezahlten Kaufpreis nicht wert gewesen ist. Ob dies vorliegend so gewesen ist, kann nicht aus den Wertvorstellungen der betroffenen Parteien abgeleitet werden. Notwendig ist vielmehr eine anhand anerkannter Bewertungsmaßstäbe durchgeführte Analyse der in den Aktien objektiv verkörperten Unternehmenswerte, deren Ergebnisse dann – gegebenenfalls auch unter Berücksichtigung des Zweifelsatzes – durch das Gericht zu würdigen sind.

Vgl. **BGH** *wistra* 2003, 457; zur Notwendigkeit, in diesem Zusammenhang gegebenenfalls sachverständige Hilfe in Anspruch zu nehmen, vgl. **BGHSt** 30, 388, 390 (betreffend den Wert börsengehandelter Optionen).

- III. Lediglich vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass grundsätzlich trotz eines objektiv gesehen ausgeglichen Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung ein Schaden nach h. M. dann vorliegt, wenn der getäuschte Vertragspartner zwar eine objektiv gleichwertige Gegenleistung erlangt hat, diese aber für ihn nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck brauchbar ist und er sie auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden kann. Gleiches soll dann gelten, wenn der Betroffene zu weiteren vermögensschädigenden Leistungen genötigt wird oder nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind (sog. individueller oder persönlicher Schadenseinschlag).

BGHSt 16, 220, 222; 16, 321, 325 ff.; **BGH** *NStZ* 1999, 555; **OLG Karlsruhe** *NJW* 1980, 1762; **OLG München** *NStZ* 1986, 168, 169 m. Anm. *Schlüter*; *Lackner/Kühl* § 263 Rn 48a, 50; *LK-Tiedemann* § 263 Rn 177 ff.; *LK-Lackner* § 263 Rn 156 ff.; *Schönke/Schröder-Cramer* § 263 Rn 121 ff.; *SKStGB-Hoyer* § 263 Rn 202 ff.; kritisch zur partiellen Preisgabe des allein auf den objektiven Wert abstellenden Saldierungsprinzips *NK-Kindhäuser* § 263 Rn 312 ff.; vgl. auch – in rechtsvergleichender Perspektive – *Schmoller* *ZStW* 103 (1991), 92 ff.

Auch im Rahmen des sog. individuellen Schadenseinschlags kommt es aber unstrittig nicht auf die persönliche Einschätzung des Betroffenen an, geschädigt zu sein, sondern auf das vernünftige Urteil eines unbeteiligten Dritten.

BGHSt 16, 220, 222; 16, 321, 326; 23, 300, 301; **BGH** wistra 1986, 169, 170; **OLG Düsseldorf** NJW 1991, 1841, 1842; **KG** JR 1966, 391, 392; **LK-Tiedemann** § 263 Rn 177; **LK-Lackner** § 263 Rn 159; **Lackner/Kühl** § 263 Rn 48; **SKStGB-Hoyer** § 263 Rn 206.

Aus diesem Grund kann auch unter Berücksichtigung des individuellen Schadenseinschlags das Vorliegen eines Vermögensschadens nicht mit der Begründung bejaht werden, eine Vertragspartei sei davon ausgegangen, der von ihr erworbene Anspruch sei werthaltiger gewesen als dies – objektiv gesehen – der Fall ist. So ist z. B. die Annahme eines Schadens in den Fällen abgelehnt worden, in denen eine Vertragspartei täuschungsbedingt davon ausgegangen war, sie erwerbe eine – objektiv gesehen gleichwertige – Leistung zu besonders vorteilhaften Konditionen.

Vgl. **BGHSt** 16, 321, 325; **OLG Hamm** NStZ 1992, 593; **NK-Kindhäuser** § 263 Rn 317.

Abgesehen davon, dass die engen Voraussetzungen, unter denen die Berücksichtigung eines individuellen Schadenseinschlags in Betracht kommen kann, im vorliegenden Fall nicht gegeben sind, wären die Vorstellungen der betroffenen Parteien von der Werthaltigkeit der in Frage stehenden Aktienpakete auch unter Berücksichtigung des sog. individuellen Schadenseinschlags irrelevant.

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich

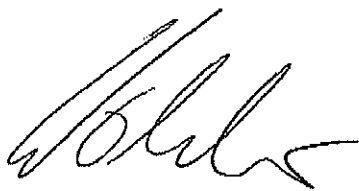
10

IV. Im Ergebnis läuft die Argumentation der Strafkammer darauf hinaus, einen Schaden mit der Begründung zu bejahen, die für Energis handelnden Personen hätten bei Kenntnis der richtigen Umsatzzahlen das Geschäft nicht zu den Konditionen abgeschlossen, zu denen dies tatsächlich abgeschlossen wurde, weil sie entweder – bei nicht manipulativ zu hoch angegebenen Umsatzzahlen – nur einen wesentlich niedrigeren Kaufpreis akzeptiert oder aber – bei Vorliegen von Umsatzmanipulationen – von einem Abschluss des Geschäfts gänzlich abgesehen hätten. Dieser Ansatz steht in einem krassen Widerspruch zu der allgemein anerkannten Auslegungsmaxime, nach welcher das Vorliegen eines Vermögensschadens gerade nicht mit der Erwägung begründet werden kann, dass

„jemand infolge eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung getroffen hat, die er bei Kenntnis der wirklichen Gegebenheiten unterlassen hätte. Bei einer anderen rechtlichen Betrachtungsweise würde der Betrug den ihm innewohnenden Charakter einer gegen das Vermögen gerichteten Straftat verlieren.“

(BGH wistra 1986, 169, 170; vgl. auch BGHSt 16, 321, 325; BGH NStZ 1999, 555; Lackner/Kühl § 263 Rn 37; LK-Lackner § 263 Rn 149 m.w.N. unveröffentlichter Entscheidungen des BGH)

Zürich, 12. Januar 2005



(Prof. Dr. Wolfgang Wohlers)