



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 178/99

Verkündet am:
17. September 2001
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

AktG §§ 309 Abs. 2, 317 Abs. 2, 400 Abs. 1 Nr. 1;

GmbHG §§ 30, 31, 43 Abs. 3; BGB § 823 Abs. 2;

StGB §§ 263, 266

- a) Der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingesellschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktienrechts (§§ 291 ff., 311 ff. AktG), sondern ist auf die Erhaltung ihres Stammkapitals und die Gewährleistung ihres Bestandsschutzes beschränkt, der eine angemessene Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der GmbH erfordert. An einer solchen Rücksichtnahme fehlt es, wenn die GmbH infolge der

Eingriffe ihres Alleingesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann.

- b) Veranlaßt der Alleingesellschafter die von ihm abhängige GmbH, ihre liquiden Mittel in einen von ihm beherrschten konzernierten Liquiditätsverbund einzubringen, trifft ihn die Pflicht, bei Dispositionen über ihr Vermögen auf ihr Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, angemessene Rücksicht zu nehmen und ihre Existenz nicht zu gefährden. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, kann er sich eines Treubruchs im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB schuldig machen.

BGH, Urt. v. 17. September 2001 - II ZR 178/99 - OLG Bremen

LG Bremen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Prof. Dr. Henze, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und die Richterin Münke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 18. Mai 1999 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagten als ehemalige Vorstandsmitglieder der B. AG (B.) auf Schadenersatz in Höhe von je 9,7 Mio. DM in Anspruch. Sie wirft ihnen insbesondere vor, entgegen den getroffenen Vereinbarungen die Verwendung mehrerer für die M. GmbH in W. (M.) freigegebener Investitionsbeihilfebeträge, insbesondere eines am 20. September 1995 freigegebenen Betrages von 194 Mio. DM zur Durchfüh-

zung von Investitionsvorhaben verhindert zu haben. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin schloß unter dem Namen Treuhandanstalt (THA) zusammen mit der D. in R. (D.), deren alleinige Gesellschafterin sie damals war, am 11. August 1992 mit der B. V. AG (BV; später in B. AG (B.) umbenannt) und der S. AG (S.) einen Veräußerungs- und Abtretungsvertrag (KAV) über die beiden Geschäftsanteile, welche die D. als Alleingeschafterin der H. Schiffs- und Maschinenbaugesellschaft in R. (H.) hielt, die Alleingeschafterin der M. war. Nach Verschmelzung der H. auf B. wurden die Anteile an M. mit 2 % von B. und mit 98 % von der V. GmbH (V.) gehalten, deren alleinige Gesellschafterin B. war. Nach § 5 Ziff. I Abschn. 1 lit. b des KAV hatte die THA einen Betrag von 686.542.000 DM als "Gesamtausgleichsbetrag cash" auf ein Treuhandkonto zu zahlen, den die Treuhänder M. in Teilbeträgen zu bestimmten Terminen auszuzahlen hatten. Dieser Betrag setzte sich aus den Positionen Eigenkapitalzufuhr (57.700.000 DM), Betriebsbeihilfen (273.642.000 DM, davon: Auftragsverluste 150.770.000 DM, Unterbeschäftigung 70 Mio. DM, Wettbewerbshilfen 52.872.000 DM), Investitionsbeihilfen (337.200.000 DM) und einer Schließungsbeihilfe (Personalabbau; 18 Mio. DM) zusammen. Nach § 8 Abschn. 1 KAV verpflichtete sich B., M. als Verbundgesellschaft zu veranlassen, in dem Zeitraum von 1992 bis 1995 Investitionen in Höhe von 562,2 Mio. DM vorzunehmen. Als Investition war nur ein Zugang im Anlagevermögen der jeweiligen Verbundgesellschaft anzusehen. Der Betrag von 337,2 Mio. DM, der als Rückstellung für "unterlassene Instandhaltung, Instandsetzung und Aufholinvestitionen" vorgesehen war, stellte eine Vorschußleistung für den vom Land Mecklenburg-Vorpommern erwarteten Förderanteil dar, der nach Leistung der als Investitionsfördermittel vorgesehenen

562,2 Mio. DM an die THA zurückgezahlt werden sollte. Nach § 8 Abschn. 4 KAV war der THA der zu bestimmten Zeitpunkten realisierte Umfang der Investitionen schriftlich bekannt zu geben und ein entsprechender Bericht des Abschlußprüfers der Verbundgesellschaften zu übersenden, der im Zuge der Prüfung der jeweiligen Jahresabschlüsse zu erstellen war. Da die im Vertrag aufgeführten Beihilfen als staatliche Fördermittel im Sinne der Art. 92 f. des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrages über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 (BGBl. II, 1253/1256) anzusehen waren, bestimmte § 13 KAV u.a., daß der Vertrag erst nach Erteilung der Zustimmung der Organe der EG und des Bundesministers der Finanzen wirksam werden sollte. Da diese Zustimmungen bis zu dem von den Parteien vorausgesetzten Zeitpunkt nicht vorlagen, setzten sie den Vertrag mit den Vereinbarungen vom 1. Oktober 1992 und vom 12. Februar 1993 unter Anpassung der rechtlichen Voraussetzungen für die von der THA auszahlenden Beträge vorzeitig in Kraft. Mit Schreiben vom 6. Januar 1993 genehmigte die EG die Auszahlung einer Beihilfe von 304 Mio. DM, in der aus dem "Gesamtausgleichsbetrag cash" (686.542.000 DM) insgesamt 223,3 Mio. DM (davon Eigenkapitalzufuhr: 57.700.000 DM; Betriebsbeihilfe/Wettbewerbshilfe 52.800.000 DM; Schließungsbeihilfe 18 Mio. DM und Investitionsbeihilfe 94.800.000 DM) enthalten waren. Die EG machte die Genehmigung weiterer Beihilfen von dem Nachweis abhängig, daß die Gefahr eines Übertragungseffektes von Beihilfen auf andere - in den alten Bundesländern gelegene - Werften ausgeschlossen war. Da B. die M. in den Liquiditätsausgleich des B.-Konzerns einbezog und aus diesem Grunde nicht mehr ausgeschlossen war, daß die M. ausgezahlten Beihilfebeträge anderen Gesellschaften des B.-Konzerns zugute kamen, verlangte die THA von B. für die einbezogenen Beträge die Stellung von Sicherheiten zugunsten von M.. Nachdem B. sich ge-

weigert hatte, diesem Verlangen nachzukommen, einigten sich B. und THA auf die halbjährliche Berichterstattung über den Geschäftsverlauf und die Fortschritte bei der Umstrukturierung von M. sowie die vierteljährliche Vorlage sogenannter spill-over-Berichte. Da sich aus den beiden ersten spill-over-Berichten ergab, daß die M. zur Verfügung gestellten Mittel im Wege des Liquiditätsausgleichs teilweise westdeutschen Konzernunternehmen überlassen worden waren, erhob die THA weiter den Vorbehalt, daß die Mittel M. auf erstes Anfordern sofort wieder verfügbar gemacht werden müßten. In der Folgezeit genehmigte die EG die Auszahlung weiterer Beihilfen (18. Mai 1994: 220.800.000 DM als Betriebsbeihilfe, u.z. Auftragsverluste: 150.770.000 DM, Unterbeschäftigung: 70 Mio. DM; 10. Oktober 1995: 194 Mio. DM: Investitionsbeihilfe; 3. April 1996: 48,4 Mio. DM). Nachdem die Treuhänder den Betrag von 194 Mio. DM am 11. Oktober 1995 freigegeben hatten, gelangte er alsbald auf das Konto der Treasury des B.. Zur Einzahlung war M. verpflichtet, weil sie am 1. September/30. November 1994 dem zwischen B. und den Beteiligungsgesellschaften abgeschlossenen Vertrag über konzerninterne Finanzierungen und Geldanlagen (CC-Vertrag) beigetreten war, nach dem die Verbundgesellschaften verpflichtet waren, frei verfügbare liquide Mittel ausschließlich bei der Treasury von B. anzulegen und Betriebsmittelkredite nur bei ihr aufzunehmen. Am 3. Juli 1995 konfrontierte die von B. beauftragte Bo. Group den Vorstand mit dem Hinweis auf drohende Liquidationsrisiken: Sie stellte einen sofortigen Handlungsbedarf zur Abdeckung kurzfristiger Liquiditätsrisiken fest und hielt einen über Plan liegenden Cash-Bedarf von 1,1 Milliarden DM für die Jahre 1995 bis 1997 und die Aufnahme langfristiger Kredite für erforderlich. Die Lagebesprechung vom 25. August 1995 führte nach dem von der C. angefertigten Protokoll zu dem Ergebnis, daß die langfristige Planung eine

Rechnungslücke von ca. 300 Mio. DM aufwies und die B. zur Verfügung stehenden Betriebsmittelkredite von 155 Mio. DM für die Finanzierung kurzfristig auftretenden Finanzierungsbedarfs nicht ausreichten. Da eine Erfüllung der Investitionsverpflichtungen von B. gegenüber M. mit Hilfe von Kreditmitteln nach dem Scheitern der mit Bankenvertretern geführten Gespräche ausschied, erklärte der Vorstand am 22. Dezember 1995 und 3. Januar 1996, daß die Zahlungsanforderungen der Werften in Ostdeutschland an das zentrale Cash-Management nicht mehr bedient werden könnten. Am 30. September 1995 waren von dem durch die EG freigegebenen Beihilfebetrags (288.800.000 DM) noch 102.687.000 DM, zum 31. Dezember 1995 noch 55.289.000 DM reserviert. Zu diesen Zeitpunkten waren bei der Treasury Fest- und Tagesgelder von M. in Höhe von nahezu 428 Mio. DM (30.09.1995) bzw. 590 Mio. DM (31.12.1995) angelegt. M. steht aus dem Liquiditätsverbund gegen V. noch eine Forderung von 527.300.000 DM, gegen B. eine solche von 4,7 Mio. DM zu. Am 1. Mai 1996 ist über das Vermögen von B. das Konkursverfahren eröffnet worden.

Die Klägerin macht gegen die Beklagten Schadenersatzansprüche sowohl aus abgetretenem Recht insbesondere unter den Gesichtspunkten der fehlerhaften Konzernführung, der Untreue und des Betruges als auch aus eigenem Recht unter den Aspekten der Untreue und des Betruges geltend. Die Beklagten verneinen eine Schadenersatzpflicht aus der Verletzung von Pflichten im B.-Konzern. Ferner weisen sie Betrugs- und Untreuehandlungen von sich. Eigene Ansprüche der Klägerin halten sie zudem deswegen nicht für gegeben, weil der im Vertrag vom 4. April 1996 von der Klägerin ausgesprochene Verzicht auf Schadenersatzansprüche nicht nur zugunsten von V. und B., sondern auch ihrer Vorstandsmitglieder wirke.

Landgericht und Berufungsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Schadenersatzansprüche gegen die Beklagten weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung. Nach dem gegenwärtigen Stand des Verfahrens kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Klägerin Schadenersatzansprüche gegen die Beklagten sowohl aus abgetretenem Recht der M. als auch aus eigenem Recht zustehen.

I. Ansprüche der Klägerin aus abgetretenem Recht der M..

Das Berufungsgericht hat Ansprüche der Klägerin entsprechend §§ 309 Abs. 2, 317 Abs. 3 AktG sowie § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 266 bzw. 263 StGB und § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG verneint. Dagegen wendet sich die Revision teilweise mit Erfolg.

1. Schadenersatzanspruch entsprechend § 309 Abs. 2 bzw. § 317 Abs. 3 AktG im Rahmen eines qualifiziert faktischen oder auch eines einfachen faktischen GmbH-Konzerns.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht das Vorliegen eines qualifiziert faktischen Konzerns zwischen B. und der M. GmbH (M.) verneint. Der M. als beherrschter Gesellschaft zugefügter Nachteil lasse sich nicht durch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründete Einzelansprüche kompensieren. Sei demnach von dem Vorliegen eines qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns auszugehen, finde auf dieses Rechtsverhältnis nicht nur der Rechtsgedanke der §§ 302, 303 AktG Anwendung, sondern auch derjenige über die Haftung der geschäftsführenden Organmitglieder des herrschenden Unternehmens bei Verletzung der ihnen gegenüber der beherrschten Gesellschaft obliegenden Pflichten (vgl. § 309 Abs. 1 und 2 AktG). Jedenfalls aber habe das Berufungsgericht eine Schadenersatzpflicht der Beklagten in entsprechender Anwendung des § 317 Abs. 3 AktG bejahen müssen.

Mit dieser Rüge kann die Revision keinen Erfolg haben.

Der Schutz einer abhängigen GmbH gegenüber Eingriffen ihres Alleingesellschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechtes des Aktiengesetzes (§§ 291 ff. AktG). Er beschränkt sich auf die Erhaltung ihres Stammkapitals im Sinne der §§ 30 f. GmbHG, für die im Rahmen des § 43 Abs. 3 GmbHG auch ihre Geschäftsführer haften, und die Gewährleistung ihres Bestandsschutzes in dem Sinne, daß ihr Alleingesellschafter bei Eingriffen in ihr Vermögen und ihre Geschäftschancen angemessene Rücksicht auf ihre seiner Disposition entzogenen eigenen Belange zu nehmen hat. An einer solchen angemessenen Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der abhängigen GmbH fehlt es dann, wenn diese infolge der Eingriffe ihres Alleingesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann (BGHZ 122, 123, 130 - TBB). Zu einer Haftung des Alleingesellschafters für die Verbindlichkeiten der von ihm beherrschten GmbH führt aber auch ein solcher bestandsvernichtender Eingriff nur dann, wenn sich die Fähigkeit der GmbH zur Befriedigung ihrer Gläubiger nicht schon durch die Rückführung entzogenen Stammkapitals gemäß § 31 GmbHG wiederherstellen läßt.

Im vorliegenden Fall waren die Eigenbelange der M. spätestens ab Dezember 1995 nicht mehr gewahrt, weil sie von diesem Zeitpunkt an die in den Liquiditätsverbund des Konzerns eingebrachten zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigten Mittel mangels eigener Liquidität des B.-Konzerns nicht mehr abrufen konnte. Zugleich war spätestens in diesem Zeitpunkt der Tatbestand des § 30 GmbHG erfüllt.

Für den Erfolg der Klage bleibt das jedoch ebenso ohne Bedeutung wie die Frage, ob die Fähigkeit der M. zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten allein durch die Erstattung des ihr entzogenen Stammkapitals nach § 31 GmbHG

wiederherstellbar wäre. Denn sowohl der Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG als auch der Anspruch der Gesellschaft wegen eines bestandsvernichtenden Eingriffs in ihr Vermögen und ihre Geschäftschancen nach den Grundsätzen der Entscheidung BGHZ 122, 123 ff. richtet sich grundsätzlich allein gegen ihren Gesellschafter, nicht aber auch gegen dessen Organe. Eine persönliche Verpflichtung der Beklagten aus den genannten Anspruchsgrundlagen ist damit nicht begründbar.

2. Schadenersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 Abs. 1 Alternative 2 StGB.

Das Berufungsgericht hat den Treubruchtatbestand des § 266 Abs. 1 StGB mit der Begründung verneint, die Beklagten hätten keine auf einem Treueverhältnis beruhende Pflicht zur Wahrung der Vermögensinteressen von M. gehabt. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Die Vermögensbetreuungspflicht von B. gegenüber der M. im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB folgt aus ihrer Stellung als beherrschendes Unternehmen gegenüber M. als beherrschter Gesellschaft. Aufgrund dieser Stellung war B. in der Lage, auf M. und ihre Geschäftsführung faktisch unbeschränkt Einfluß zu nehmen. Davon hat sie nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen insoweit Gebrauch gemacht, als sie M. veranlaßt hat, zunächst dem Liquiditätsverbund des B.-Konzerns und am 1. September/30. November 1994 dem CC-Vertrag beizutreten. Sie veranlaßte M. ebenso wie ihre anderen Tochtergesellschaften, ihre liquiden Mittel in den Liquiditätsverbund einzubringen. Sie bestimmte allein darüber, in welcher Weise über die eingebrachten liquiden Mittel verfügt wurde. Diese Vermögensbetreuungspflicht von B. gegenüber M. bestand zwar nicht unbegrenzt. Da B. über ihre unmittelbare und mittelbare Beteiligung an M. deren Alleingesellschafterin war, hatte sie jedoch

die Pflicht, das Vermögen von M. insoweit zu betreuen, als sie bei ihren Dispositionen über Vermögenswerte der M. durch angemessene Rücksichtnahme auf deren Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen (vgl. oben unter 1.) darauf zu achten hatte, daß sie die Existenz der M. nicht gefährdete (vgl. BGH, Urt. vom 24. August 1988 - 3 StR 232/88, NJW 1989, 112). Dieser Pflicht ist sie, wie bereits oben unter 1. ausgeführt, im vorliegenden Falle nicht nachgekommen. M. stand per 31. Dezember 1995 aus den von ihr unter dem Einfluß von B. in den Konzernverbund eingebrachten liquiden Mitteln eine Forderung gegen B. in Höhe von ca. 590 Mio. DM zu. Da B. zur Rückzahlung dieses Betrages per 31. Dezember 1995 nicht mehr in der Lage war, mußten diese Forderungen in der Bilanz der M. auf 0 wertberichtigt werden. Das führte zu einer Überschuldung von M. in Höhe von ca. 233 Mio. DM. Ohne Beseitigung der Überschuldung und der Unterbilanz war M. nicht in der Lage, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen und ihr Unternehmen weiterzubetreiben. Die Gesellschaft hätte ebenso wie B. Konkurs anmelden müssen, wenn sie nicht auf Betreiben der Klägerin aus dem B.-Konzern ausgegliedert und von dieser finanziell unterstützt worden wäre.

Da die Beklagten die Geschäfte von B. als vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder geführt haben, trifft sie gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB die Verantwortung für die Handlungen von B..

c) Die Vorschrift des § 266 Abs. 1 StGB setzt ein vorsätzliches Handeln voraus. Ob - und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt - den Beklagten bekannt war, daß der B.-Konzern nicht mehr in der Lage war, M. - und den anderen ostdeutschen Werftunternehmen - die in den Liquiditätsverbund eingezahlten Gelder zurückzugewähren, bedarf noch der Feststellung durch das Berufungsgericht.

3. Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 Abs. 1 StGB.

Das Berufungsgericht hat einen Betrug der Beklagten gegenüber M. mit der Begründung verneint, eine Täuschung und eine darauf beruhende Vermögensverfügung von M. scheide im Hinblick auf die Weisungsgebundenheit ihrer Geschäftsführer aus. Auch die dagegen erhobene Rüge der Revision hat Erfolg.

a) Zutreffend weist die Revision darauf hin, daß B. verpflichtet war, M. von dem Zeitpunkt an, in dem die Rückführung der von M. in den Konzernverbund eingebrachten Mittel aufgrund der drohenden Illiquidität des B.-Konzerns nicht mehr gewährleistet war, auf den drohenden Verlust dieser Mittel hinzuweisen, der zum Verlust ihres Stammkapitals und darüber hinaus zur Gefährdung ihrer Existenz führen mußte. Eine solche Aufklärungspflicht ergab sich aus dem besonderen Vertrauensverhältnis, das aufgrund des CC-Vertrages zwischen M. und B. als herrschendem Unternehmen begründet worden war. Da M. grundsätzlich verpflichtet war, auch freigegebene Beihilfebeträge als Fest- oder Tagesgelder dem Konzern zur Verfügung zu stellen, traf B. als herrschendes Unternehmen nicht nur die Verpflichtung, jederzeit die zur Deckung des Stammkapitals der M. erforderlichen Mittel vorzuhalten, sondern darüber hinaus auch die Pflicht, die Liquidität von M. sicherzustellen. Sobald sich abzeichnete, daß sie dazu nicht mehr in der Lage sein würde und es sich dabei nicht nur um einen vorübergehenden Liquiditätsmangel handelte, mußte M. darauf aufmerksam gemacht werden. Nur wenn die Beklagten als die für B. handelnden Organe dieser Verpflichtung nachkamen, war die M. in der Lage, den Verlust ihrer in den Konzernverbund eingelegten Mittel durch deren rechtzeitigen Abzug zu verhindern.

Das Berufungsgericht hat offengelassen, zu welchem Zeitpunkt die Gefährdungslage für M. eingetreten ist. Nach dem Vortrag der Klägerin, dessen Richtigkeit revisionsrechtlich zu unterstellen ist, war das auf jeden Fall schon vor Auszahlung des Beihilfebetrages von 194.000.000 DM der Fall.

Da B. den aufklärenden Hinweis nicht vorgenommen hat, hat sie M. pflichtwidrig durch Unterlassen getäuscht.

b) Die von den Beklagten als den nach § 14 StGB für das rechtmäßige Verhalten von B. verantwortlichen Organmitgliedern begangene Täuschung der Geschäftsführung der M. durch Unterlassen des gebotenen Hinweises auf die drohende Illiquidität des Konzerns ist auch ursächlich für den unterlassenen rechtzeitigen Abzug der eingelegten Mittel und damit für die Minderung des Vermögens der M. geworden.

Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Geschäftsführung der M. mit Rücksicht auf ihre Weisungsgebundenheit den Abzug der Mittel auch in Kenntnis ihres drohenden Verlustes unterlassen hätte. Die vom Berufungsgericht angenommene Weisungsgebundenheit der Geschäftsführung der M. gegenüber dem Alleingesellschafter der von ihnen geleiteten Gesellschaft mag zwar in bezug auf den Beitritt zu den CC-System des Konzernverbundes bestanden haben. Sie bestand jedoch auf keinen Fall in bezug auf die Belassung dieser Mittel auch bei sich anbahnender Illiquidität des Konzernverbundes. Vielmehr wäre die Befolgung einer etwaigen Weisung der für B. handelnden Beklagten zur Unterlassung des Abzuges in dieser Situation, wie § 43 Abs. 3 GmbHG deutlich macht, sogar pflichtwidrig mit der Folge der Entstehung eigener Schadenersatzpflichten der Geschäftsführer der M. gewesen. Ein solch pflichtwidriges zur Selbstschädigung

führendes Verhalten der Mitglieder der Geschäftsführung der M. kann nicht zu deren Lasten unterstellt werden.

c) Das Berufungsgericht wird deshalb auf der Grundlage des klägerischen Vortrages die erforderlichen Feststellungen dazu treffen müssen, ob die Voraussetzungen einer Schadenersatzpflicht aufgrund Betruges gegeben sind.

4. Schadenersatz wegen unrichtiger Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse in der Hauptversammlung von B. am 29. Juni 1995 (§ 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG).

Das Berufungsgericht hat einen Schadenersatzanspruch der M. aufgrund der Erklärungen, die der Vorstandsvorsitzende Dr. He. in der Jahreshauptversammlung 1995 über die Liquiditätssituation des Konzerns und der Muttergesellschaft abgegeben hat und denen die Beklagten nicht widersprochen haben, mit der Begründung verneint, eine Ursächlichkeit des Verhaltens der Beklagten für den Schadeneintritt sei nicht ersichtlich, weil die Entscheidung über die Auszahlung des Betrages von 194.000.000 DM kaum durch Ausführungen des Vorstandes in der Hauptversammlung habe beeinflußt werden können, zumal M. weisungsgebunden gewesen sei. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium müssen die dagegen gerichteten Angriffe der Revision im Ergebnis ohne Erfolg bleiben.

a) Nach der genannten Vorschrift wird u.a. ein Vorstandsmitglied bestraft, wenn es die Verhältnisse der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu verbundenen Unternehmen in Vorträgen in der Hauptversammlung unrichtig wiedergibt. Vorstandsmitglieder, die einer derart unrichtigen Wiedergabe nicht widersprechen, begehen die in der genannten Vorschrift enthaltene Tatbestandshandlung durch Unterlassen (vgl. Otto in Großkomm. AktG, 4. Aufl.

§ 400 Rdn. 17). Da die Vorschrift u.a. den Schutz gegenwärtiger Gläubiger und Vertragspartner der Aktiengesellschaft bezweckt, ist sie als Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen. Dieser zivilrechtliche Schutz setzt allerdings voraus, daß der Geschädigte durch Handlungen, die er im Vertrauen auf die Richtigkeit der getätigten Angaben gemacht hat, einen Schaden erlitten hat (vgl. Otto aaO, § 400 Rdn. 4).

Nach dem Vortrag der Klägerin war B. im Zeitpunkt der Durchführung der Hauptversammlung am 29. Juni 1995 bereits konkursreif. Demgegenüber habe ihr Vorstandsvorsitzender in der Hauptversammlung u.a. ausgeführt, die Gesellschaft werde in der dritten Phase des neuen Unternehmenskonzeptes ausschließlich schwarze Zahlen schreiben, so daß der Vorstand wie im Jahr 1994 auch im Jahr 1995 seine Zusagen einhalten könne. Trotz großer Schwierigkeiten, insbesondere aufgrund der Wechselkursentwicklung und eines nicht sehr befriedigenden ersten Quartals des laufenden Jahres sei er überzeugt, bei guter Entwicklung der Auftragseingänge die gesteckten Ziele für 1995 im wesentlichen erreichen zu können. Nach dem Vortrag der Klägerin erfüllen diese Erklärungen die Voraussetzungen des § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG. Die Beklagten hätten danach dem Vorstandsvorsitzenden widersprechen müssen. Das haben sie nicht getan.

Diese Erklärungen führen dann zu einer Schadenersatzpflicht, wenn sie bewirkt haben, daß die Auszahlung des Betrages von 194.000.000 DM nicht unterbunden worden ist. Das setzt die Kenntnis des Geschädigten von dem Inhalt der Äußerungen voraus (vgl. zu § 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG: BGHZ 96, 231, 243; 105, 121, 126 f.). Die Revision hat keinen Vortrag darüber aufgezeigt, ob und auf welche Weise M. von den Ausführungen des Vorstandsvorsitzenden von B. Kenntnis erlangt hat. Damit steht auch nicht fest, daß diese in der

Hauptversammlung von B. gemachten Ausführungen ursächlich für die Auszahlung des Betrages von 194.000.000 DM gewesen sind. Es mag sein, wie die Revision ausführt, daß M. in Kenntnis einer wirtschaftlichen Lage von B., wie sie von der Klägerin bereits für Ende Juni 1995 behauptet wird, den genannten Betrag dem Konzernverbund nicht ausgezahlt hätte. Es gibt jedoch keinen Erfahrungssatz, nach dem die Lebenserfahrung dafür spricht, daß die Ausführungen des Vorsitzenden in der Hauptversammlung von B. der Geschäftsführung der M. zur Kenntnis gelangt sind. Eine solche Kenntniserlangung muß die Klägerin darlegen und beweisen, wozu ihr die bereits aus anderen Gründen (vgl. oben unter 2. und 3.) erforderliche neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht Gelegenheit gibt. Vorsorglich ist darauf hinzuweisen, daß eine Bindung der M. an eine Weisung von B. zur Auszahlung der 194 Mio. DM aus den oben (3. b) genannten Gründen auch im gegebenen Zusammenhang unbeachtlich gewesen wäre.

II. Ansprüche der Klägerin aus eigenem Recht.

1. Schadenersatzanspruch wegen unrichtiger Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse in der Hauptversammlung vom 29. Juni 1995.

Die Klägerin macht einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG auch aus eigenem Recht geltend. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe diesen Anspruch verkannt, kann auch hier nach dem gegenwärtigen Verfahrensstand keinen Erfolg haben. Die Revision zeigt keinen Vortrag der Klägerin auf, aus dem sich ergibt, daß die Klägerin von den Ausführungen des Vorstandsvorsitzenden von B. in der Hauptversammlung des Jahres 1995 positive Kenntnis erlangt hat. Ein Grundsatz, nach dem die Lebenserfahrung für die Erlangung einer solchen Kenntnis spricht, besteht

nicht. Die Kenntnis muß also auch hier von der Klägerin konkret behauptet und bewiesen werden.

2. Schadenersatzanspruch wegen Untreue (§ 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 266 Abs. 1 Altern. 2 StGB).

Das Berufungsgericht bejaht das Vorliegen des Treubruchtatbestandes nach § 266 Abs. 1 StGB. Zwischen der Klägerin und B. sei aufgrund der vereinbarten Zweckbindung der Investitionsmittel ein Treueverhältnis entstanden, das B. verpflichtet habe, die im einzelnen freigegebenen Mittel entsprechend der Zweckabsprache zu verwenden. Das sei im Hinblick auf die Investitionsbeihilfe von 194.000.000 DM zumindest in Höhe von 146.000.602 DM nicht geschehen. Dabei sei es unerheblich, ob alle getätigten Investitionen - darunter verstanden die Parteien den Zugang im Anlagevermögen der jeweiligen Verbundgesellschaft - bezahlt gewesen seien. Das Berufungsgericht verneint jedoch eine Schadenersatzpflicht der Beklagten mit Rücksicht auf die in § 7 des Vertrages vom 4. April 1996 getroffene Vereinbarung, nach der die BVS gegen u.a. B. und die V. keinerlei Ansprüche aus oder in Zusammenhang mit dem M. betreffenden Privatisierungsvertrag geltend machen wird. Diese Vereinbarung wirke auch zugunsten der Beklagten.

Die Revision wendet sich gegen diese Auslegung des Berufungsgerichts. Die Revisionserwiderung greift im Wege der Gegenrüge die Annahme des Berufungsgerichts an, B. habe den Treubruchtatbestand des § 266 Abs. 1 StGB erfüllt.

Der Revision ist zwar darin zu folgen, daß die Beklagten von § 7 des Vertrages vom 4. April 1996 nicht erfaßt werden; sie hat jedoch im Ergebnis mit Rücksicht auf die von den Beklagten erhobene Gegenrüge keinen Erfolg.

a) Das Berufungsgericht hat die Regelung des § 7 Nr. 1 des Vertrages vom 4. April 1996 dahin ausgelegt, daß von ihr auch die Beklagten als ehemalige Vorstandsmitglieder von B. erfaßt werden. Da der Vertrag die Ausgliederung der M. aus dem Konzern und im Gegenzug die Freistellung von B. von finanziellen Verpflichtungen bezwecke, sei es folgerichtig, den Inhalt der Vereinbarung auch auf die Beklagten zu erstrecken. Das komme B. dadurch zugute, daß auf diese Weise mögliche Rückgriffsansprüche der Beklagten gegen B. beseitigt würden. Mit dieser Auslegung berücksichtigt das Berufungsgericht jedoch nicht alle für die Auslegung des § 7 maßgebenden Gesichtspunkte. Außerdem trifft seine rechtliche Beurteilung teilweise nicht zu.

Das Berufungsgericht erkennt zunächst zutreffend, daß nach dem Wortlaut des § 7 die Beklagten als Organmitglieder von B. nicht in die Regelung einbezogen sind. Soweit es um die Angelegenheiten von M. geht, werden dort nur die Klägerin und D. auf der einen sowie B., V. und S. auf der anderen Seite aufgeführt. Zu Recht beanstandet jedoch die Revision, daß das Berufungsgericht aus der weitgefaßten vertraglichen Formulierung in Nr. 1 und 2 des § 7, nach der die Vertragsparteien keine Ansprüche gegen die jeweils andere Partei "aus oder im Zusammenhang mit den Privatisierungsverträgen, insbesondere wegen Nichterfüllung der Arbeitsplatz- und Investitionsverpflichtungen" geltend machen werden, den Schluß zieht, daß eine vollständige Haftungsfreistellung bewirkt werden sollte, die auch die von Vorstandsmitgliedern von B. begangenen unerlaubten Handlungen einschließe. Mit dieser Auslegung läßt das Berufungsgericht den unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag der Klägerin unberücksichtigt, die Regelung in § 7 Nr. 1 beschränke sich auf die dort aufgeführten Gesellschaften, weil diese zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten, insbesondere der Investitionspflichten, nicht mehr in der Lage gewesen seien. Die Erledigung von Schadenersatzansprüchen gegenüber den

Vorstandsmitgliedern dieser Gesellschaften, insbesondere von B., hätten die Parteien nicht ins Auge gefaßt; davon sei im Rahmen der Vertragsverhandlungen auch nicht andeutungsweise gesprochen worden.

Das Berufungsgericht hat seine Ansicht ferner damit begründet, die Einbeziehung der Vorstandsmitglieder in die Regelung dränge sich auf, weil diese bei Inanspruchnahme einen Rückgriffsanspruch gegen ihre Gesellschaft hätten. Das ist rechtlich nicht haltbar. Zutreffend weist die Klägerin darauf hin, daß den Beklagten im Verhältnis zur Klägerin ein gesetzwidriges Verhalten zum Vorwurf gemacht wird. Liegt ein solches vor und werden die Vorstandsmitglieder deswegen auf Leistung von Schadenersatz in Anspruch genommen, steht ihnen ein Rückgriffs- oder Aufwendungsersatzanspruch gegen B. nicht zu (Sonderregel/

Beuthien, BGB 12. Aufl. § 670 Rdn. 5; Staudinger/Wittmann, BGB 13. Aufl. § 670 Rdn. 9; vgl. auch BGHZ 118, 142, 150). Der Ansicht der Revisionserwidrerung, in Fällen, in denen sich die Haftung der Vorstandsmitglieder aus einer strafrechtlichen Handlung ergebe, die auf einer Zurechnung i.S. des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB beruhe, liege zivilrechtlich eine akzessorische Haftung vor, die dann weg falle, wenn die Gesellschaft nicht mehr hafte, vermag der Senat nicht zu folgen. Die Gesellschaft kann aus schadenstiftenden Handlungen ihrer Organmitglieder entsprechend § 31 BGB in Anspruch genommen werden. Auf einen solchen Anspruch kann der geschädigte Gläubiger gegenüber der Gesellschaft verzichten, ohne daß damit sein Anspruch gegen die Organmitglieder berührt wird.

b) Die fehlerhafte Auslegung des § 7 des Vertrages von 4. April 1996 ändert jedoch an dem Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gelangt ist,

nichts. Denn B. - und damit den Beklagten - kann keine Untreuehandlung i.S. des § 266 Abs. 1 StGB vorgeworfen werden.

Das Berufungsgericht bejaht eine Vermögensbetreuungspflicht aus dem KAV. Bei dem Betrag von 686.542.000 DM handele es sich um Treugut. Mit diesem als Gesamtausgleichszahlung bezeichneten Betrag hätten Rückstellungen abgedeckt werden sollen. Sie hätten aufgrund ihrer Zweckbindung den Charakter einer Subvention, die als Zuschuß aus öffentlichen Mitteln ein fremdnütziges Treuhandverhältnis begründe. Die Zweckbindung habe bewirkt, daß die jeweiligen Investitionen mit diesen Beträgen hätten bezahlt werden müssen. Eine Verrechnung auf Investitionen, die bereits mit anderen Mitteln bezahlt worden seien, scheidet somit aus. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

aa) Grundsätzlich führt allein die Verpflichtung einer Privatperson, Zuschußmittel der öffentlichen Hand entsprechend den mit ihr getroffenen Absprachen zu verwenden, nicht dazu, daß die Privatperson Vermögensinteressen der öffentlichen Hand wahrzunehmen hätte. Diese Aufgabe obliegt vielmehr nur Amtsträgern oder solchen Personen, denen der Staat die Zuteilung derartiger Mittel übertragen hat. Der Privatperson, die staatliche Zuwendungsmittel für ihre Zwecke erhält, fehlt in der Regel die erforderliche enge Beziehung zu den staatlichen Vermögensinteressen. Deren Wahrung durch den Empfänger dieser Mittel kann regelmäßig nicht als die wesentliche Verpflichtung angesehen werden, die ihm aus dem mit der öffentlichen Hand abgeschlossenen Rechtsgeschäft erwächst (BGH, Urt. v. 14. April 1954 - 1 StR 565/53, LM StGB § 266 Nr. 16 Bl. 2; vgl. auch Tiedemann, Wirtschaftsbetrug 1999, § 264 Rdn. 5: "Untreueähnlicher Fall"). Allein der Umstand, daß derartige Beihilfen dem Genehmigungsvorbehalt der EG entsprechend

Art. 92 f. des EG-Vertrages a.F. unterliegen, begründet keine Vermögensbetreuungspflicht des privaten Empfängers gegenüber dem Staat (vgl. Tiedemann aaO § 264 Rdn. 8). Insoweit greift die im Jahre 1998 in das Strafgesetzbuch eingefügte, auf den vorliegenden Fall daher nicht anwendbare Vorschrift des § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB ein (Tiedemann aaO, § 264 Rdn. 1).

bb) Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn die zweckgerichtete Verwendung der Subventionsmittel die wesentliche Pflicht aus dem mit der öffentlichen Hand geschlossenen Vertrag ist (vgl. BGH aaO, LM StGB § 266 Nr. 16; ferner BGHSt 4, 170, 171; 3, 289, 293 f.; für Zahlungen von Privatpersonen und Vereinbarungen mit ihnen vgl. BGHSt 1, 186, 189 f.; 13, 315, 317 f.; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB 26. Aufl. § 266 Rdn. 23; Dreher/Tröndle, StGB 50. Aufl. § 266 Rdn. 9; Lackner/Kühl, StGB 23. Aufl. § 266 Rdn. 11). Diese Voraussetzungen erfüllen die zwischen der Klägerin und B. sowie S. getroffenen Vereinbarungen nicht.

Der Annahme einer wesentlichen Pflicht im vorbezeichneten Sinne steht zwar nicht entgegen, daß Grundlage des Vertrages vom 11. August 1992 Kauf und Abtretung der Anteile an einer GmbH waren. Denn da es sich um eine an der H. gehaltene 100 %ige Beteiligung handelte, mit der zugleich der 100 %ige Anteil der H. an der M. auf B. und S. überging, war das gleichbedeutend mit der Übertragung der entsprechenden Unternehmen. Nach § 4 des Vertrages ging die unternehmerische Führung an diesen Gesellschaften auf B. über. Die Übernahme dieser Führung war das wesentliche Anliegen dieses Vertrages, weil die aus staatlichen Unternehmen der früheren DDR hervorgegangenen veräußerten Gesellschaften der unterstützenden Leitung bedurften, damit ihr Fortbestand gesichert erschien. An der Erfüllung dieses Anliegens war den Veräußerern in besonderem Maße gelegen,

weil sie damit den ihnen obliegenden Auftrag zur Stärkung der regionalen Wirtschaftsstruktur durch weitgehende Erhaltung von Arbeitsplätzen erfüllten. Diesem Ziel dienten auch die Rückstellungen in Höhe von 686.542.000 DM, die als "Gesamtausgleichsbetrag cash" aus öffentlichen Mitteln zur Verfügung gestellt werden sollten (vgl. § 5 Nr. 1 Abschn. 1 lit. b KAV). Daß von dieser Beihilfe ein Betrag von 337.200.000 DM zurückgezahlt werden sollte, sobald das Land

Mecklenburg-Vorpommern insoweit seiner Subventionspflicht nachgekommen war, tritt demgegenüber in den Hintergrund. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, daß sich B. verpflichtete, M. zur Vornahme von im einzelnen aufgeführten Investitionen in Höhe von 562.200.000 DM zu veranlassen. Aus diesen Einzelheiten folgt, daß der Verwendung der Beihilfe von 686.542.000 DM eine für den Fortbestand von M. ganz entscheidende Bedeutung zukam. Der Empfänger dieser Beihilfe übernahm damit eine wesentliche Verpflichtung, die durchaus als Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 Abs. 1 Alternative 2 StGB angesehen werden kann.

Nach der vertraglichen Gestaltung traf diese Pflicht jedoch nicht B.. Nach § 8 Abschn. 1 KAV hatte B. die Investitionen nicht selbst vorzunehmen, sondern M. nur dazu zu veranlassen. Nach § 5 Abs. 1 Abschn. 4 wurde der Betrag für Rechnung der H. als deren Gesellschaftereinlage bei M. gezahlt. Die Verpflichtung zur Vornahme der Investitionen traf also, wie später auch von M. schriftlich bestätigt, diese Gesellschaft. Damit stimmt es überein, daß die jeweiligen Beihilfebeträge nicht an B., sondern an M. ausgezahlt worden sind. Im Einklang damit sind auch die späteren Berichte über die Einhaltung der Investitionsverpflichtung nicht von B., sondern von M. erstattet worden. Noch im Vertrag (§ 8 Abschn. 4 KAV) war durch Wahl der passivischen Form offengelassen worden, wen die Verpflichtung zur Berichterstattung traf.

Auf eine Verpflichtung von M. als Verbundgesellschaft deutete lediglich die Regelung hin, daß ihr Abschlußprüfer im Zuge der Prüfung der jeweiligen Jahresabschlüsse durch einen gesonderten Bericht Art und Umfang der tatsächlich durchgeführten Investitionen zu bestätigen hatte.

Nach der Gestaltung des KAV ist nach alledem eine eigenständige Pflicht von B. zur Betreuung der Beihilfezahlungen im Interesse der öffentlichen Hand nicht begründet worden.

Folgerichtig mußten die Treuhandanstalt und der Bundesminister der Finanzen in dem Augenblick tätig werden, in dem festgestellt wurde, daß M. in den Liquiditätsverbund des B.-Konzern einbezogen wurde und damit die Gefahr bestand, daß die Investitionsbeihilfebeträge in der einen oder anderen Form westdeutschen Schiffswerften zugute kamen. Dieses Eingreifen war erforderlich, weil anderenfalls die EG weitere Beihilfebeträge nicht freigegeben hätte und damit die Gefahr bestand, daß die Durchführung des KAV scheiterte. Allein dieser Hintergrund führte zu der Vereinbarung, daß anstelle der jährlich vereinbarten Berichterstattung über den Stand der Investitionen halbjährlich berichtet werden sollte. Zugleich wurde die Berichterstattung auf die Frage erweitert, ob sogenannte spill-over-Effekte eingetreten waren. Auch daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, daß B. gegenüber THA bzw. der Klägerin und der Bundesrepublik Deutschland die Pflicht zur Betreuung der öffentlichen Beihilfegelder übernommen hätte. Verwaltung und Berichterstattung lagen weiter in den Händen von M.. B. war lediglich die Verpflichtung eingegangen, M. und den anderen ostdeutschen Werften jederzeit die Liquidität zur Verfügung zu stellen, die sie benötigten, um ihre Verbindlichkeiten erfüllen zu können. Dazu gehörten auch die Verbindlichkeiten, die aus der Vornahme von Investitionen herrührten. Der später von der Treuhandanstalt gemachte Vorbehalt, daß den

Verbundgesellschaften die in den Konzernverbund eingezahlten Beträge jederzeit auf erstes Anfordern zur Verfügung stehen müßten, hat zu keiner besonderen Vereinbarung geführt. B. hatte demnach insgesamt nur eine geringfügige Konzession gemacht, dafür aber das weitgehende Einverständnis der Rechtsvorgängerin der Klägerin und des zuständigen Bundesministeriums dazu erlangt, die Verbundgesellschaften ohne die Stellung von irgendwelchen Sicherheiten in ein zentrales Cash-Management-System einzubinden. Eine Vermögensbetreuungspflicht im Interesse der öffentlichen Hand ergibt sich daraus nicht.

3. Schadenersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 StGB durch Täuschung der Klägerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin.

Das Berufungsgericht hat einen Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB durch Täuschung der Klägerin oder der EG mit der Begründung verneint, sowohl Klägerin als auch EG hätten lediglich ihre Einwilligung zur Auszahlung des Betrages erteilt, jedoch keine Vermögensverfügung vorgenommen. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Wie oben unter I. 3. a bereits dargelegt, oblag B. aufgrund der Besonderheit der Rechtsbeziehungen zwischen ihr und M. die Verpflichtung, M. auf eine Verschlechterung der Vermögens- und Liquiditätslage des Konzerns hinzuweisen, weil andernfalls die Rückzahlung der Beträge, die M. in den Konzernverbund einzahlte, gefährdet war und zu einer Schädigung von M. führen konnte. Die gleiche Aufklärungspflicht hatte B. auch gegenüber der THA bzw. BVS, weil diese über die Freigabe der Investitionsbeihilfemittel zu befinden hatte. Ob in dem Zeitraum unmittelbar vor Auszahlung der Beihilfe von 194.000.000 DM eine solche Gefahrenlage bereits eingetreten war, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt. Aufgrund des Vortrages der Klägerin ist ei-

ne solche Situation mit der Folge einer Aufklärungspflichtverletzung von B. zu unterstellen. Diese Täuschung durch Unterlassen hat entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch zu einer Vermögensverfügung der BVS geführt. Diese hatte veranlaßt, daß die Beihilfebeträge auf einem Treuhandkonto verwaltet wurden. Die Auszahlung durch die Treuhänder durfte nur dann vorgenommen werden, wenn nach Eingang der Zustimmung der EG die Klägerin die Freigabe erklärt hatte, die in Kenntnis der wirklichen wirtschaftlichen Lage des B.-Konzerns nicht erfolgt wäre. In der Freigabe ist eine Verfügung über den Beihilfebetrag zugunsten von M. zu sehen.

Der Klägerin ist durch die Vermögensverfügung auch ein Schaden entstanden. Er besteht darin, daß staatliche Gelder fehlgeleitet und dem mit ihnen verfolgten öffentlichen Zweck entzogen worden sind (Schönke/Schröder/Lenckner, StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 104; vgl. auch § 266 Rdn. 44). Die Meßbarkeit dieses Schadens nach zivilrechtlichen Grundsätzen kann nur darin gesehen werden, daß die öffentliche Hand erneut Mittel in dem getätigten Umfang aufwenden mußte, um den verfehlten Zweck zu erreichen.

Die Klägerin kann jedoch Schadenersatz nur einmal, und zwar entweder aus abgetretenem Recht der M. oder aus eigenem Recht verlangen.

b) Die Revisionserwiderung hat eingewandt, nach dem Vortrag der Beklagten seien die vorgesehenen Investitionen weit über den Mindestbetrag hinaus tatsächlich getätigt worden. Das trifft nicht zu. Nach § 8 Abschn. 1 KAV sind zwar als Investitionen nur Zugänge im Anlagevermögen der jeweiligen Verbundgesellschaft anzusehen, wobei es für die Erfüllung der Investitionspflicht als ausreichend anzusehen ist, wenn diese Investitionen bis zum 31. Dezember 1995 zumindest in der Rechnungslegung oder im Einkaufsobligo der jeweiligen Unternehmen ausgewiesen sind. Daraus leiten die Beklagten

nach ihrem Vortrag her, daß ihre Schadenersatzpflicht deswegen entfallen müsse, weil über die bereits getätigten und bezahlten Investitionen von 233.500.000 DM hinaus weitere Investitionen in Höhe von 491.200.000 DM getätigt, wenn auch noch nicht abgerechnet worden sind (GA I, 136 Rdn. 70). Soweit später unter Verweisung auf Rz. 70 (GA I, 144/145 Rdn. 88) ausgeführt wird, die Investitionen, deren Finanzierung der Beihilfebetrug von 194.000.000 DM habe dienen sollen, seien bereits erfolgt und bezahlt, widerspricht das den vorhergehenden Ausführungen. Es widerspricht ferner den spill-over-Berichten vom 25. Oktober 1995

und vom 29. Februar 1996, nach denen dieser Betrag für Investitionsbeihilfen nicht vollständig verwandt worden ist. Die Gegenrüge kann daher keinen Erfolg haben.

Röhrich

Henze

Goette

Kurzwelly

Münke