

§ 266 StGB – spezielle Fallgruppen - Teil 2

Schwarze Kassen^{1 2}

A ist alleiniger Geschäftsführer der Y-GmbH. Im Laufe des Geschäftsjahres gelingt es A, durch Buchungsmanipulation insgesamt 50.000 Euro auf ein Konto zu überweisen, das er selbst - getrennt von seinen übrigen Privatkonten - auf seinen Namen eingerichtet hat. Mit Hilfe dieses Geldes will A ggf. Abnehmer der von der Y-GmbH gefertigten Produkte „schmieren“, um sie zu einem für die Y-GmbH günstigen Geschäftsabschluss zu bewegen. Die Gesellschafter der Y-GmbH haben hiervon keine Kenntnis.

Abwandlung: Die Gesellschafter der Y-GmbH sind mit dieser Verfahrensweise einverstanden, obwohl in den Compliance-Vorschriften der Y-GmbH Gegenteiliges verankert ist.

§ 266 – MissbrauchsTB: (+)

- Vermögensbetreuungspflicht (+)
- Missbrauch: (+)
 - Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis: → wirksame (§§ 35 I, 37 II GmbHG) Verfügung durch Überweisung
 - unter Überschreiten des rechtlichen Dürfens: (+)
 - kein Einverständnis der Gesellschafter
 - Verstoß gegen Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 I GmbHG): (+) → Verlustgefahr/Beeinträchtigung der Überwachungsmöglichkeit
- Vermögensnachteil: (+)
 - BGH³: (+) → Verlust der Zugriffsmöglichkeit = Entziehung der Dispo-

¹ = Bestand an Geldern, der unter Verletzung von Pflichten gebildet und vor dem Geschäftsherrn (GH) verheimlicht wird, um (idR) zugunsten des Geschäftsherrn verwendet werden soll (Kudlich/Oglakcioglu, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, RN 433).

² Hierzu **allgemein**: MüKo-Dierlamm, § 266 Rn. 211 ff., Kudlich/Oglakcioglu, Wirtschaftsstrafrecht (2011), RN 436 ff; sowie („Siemens-ENEL“) BGHStE 52, 323 = NJW 2009, 89 = NSTZ 2009, 151 (jeweils m. Anm.) = JuS 2009, 173; s.a. Fischer, § 266 RN 79-81, 83.

Zum sog. **Parteispendenverfahren**: LG Bonn (Fall Kohl), NSTZ 2001, 375, sowie BGHStE 51, 100 = NSTZ 2007, 583 (Fall Kanther).

³ BGHStE 52, 323, 337: *„Überdies sind bei der Schadensfeststellung auch normative Erwägungen zu berücksichtigen. Die Bestimmung über die Verwendung des eigenen Vermögens obliegt dem Vermögensinhaber, im Fall einer Kapitalgesellschaft dessen zuständigen Organen. Bei pflichtwidriger Wegnahme, Entziehung, Vorenthaltung oder Verheimlichung von Vermögensteilen durch einen Arbeitnehmer kann der Eintritt eines*

sitionsbefugnis \neq V-Gefährdung, sondern bereits endgültiger V-Schaden (spätere Verwendung zugunsten GH als bloße Vertiefung / späterer Geschäftsgewinn als bloße Schadenswiedergutmachung)

- Lit.⁴: (-) bloße V-Gefährdung⁵ (sonst Verformung des § 266 zum Vorfelddelikt zur Erfassung abstrakter Vermögensgefährdung / Wesen der Untreue, dass dem Täter die Dispositionsmöglichkeit über fremdes Vermögen überlassen wird)

[Zusatz:(-), sofern Ausgleich des Vermögensgefährdung durch jederzeitige Ersatzfähigkeit und -bereitschaft [str.^{6 7}]

Abwandlung:

§ 266 – MissbrauchsTB: (+)

- Vermögensbetreuungspflicht (+)
- Missbrauch: (-)
 - kein Überschreiten des rechtlichen Dürfens:
 - Compliance-Richtlinie → aber EV der Gesellschafter vorrangig (?)
 - ev. Verstoß gegen Bilanzvorschriften → aber andere Schutzrichtung
 - Einverständnis der Gesellschafter (Einverständnis unwirksam wegen Sachzusammenhangs zu § 299? → nein (anderenfalls Rechtsgutsvertauschung: § 266 = Vermögensschutz / § 299 = Schutz der Lauterkeit des Wettbewerbs)

Vermögensschadens nicht dadurch ausgeschlossen sein, dass der Täter beabsichtigt (oder dies behauptet), die Mittel gegen die ausdrückliche Weisung des Treugebers so zu verwenden, dass diesem hierdurch „letztlich“ ein Vermögensvorteil entstehen könnte. Das gilt namentlich dann, wenn dieser Vorteil nur durch einen seinerseits gesetz- oder sittenwidrigen und ggf. strafbaren Einsatz der Mittel erzielt werden könnte.“

⁴ Bspw. Jahn, JuS 2009, 173; Rönnau, StV 2009, 246; SDatzger, NStZ 1009, 297.

⁵ Aber nur dann als konkrete V-Gefährdung, sofern Täter die Verwendungsabsicht zug. GH fehlt (m.E. auch dann, wenn - wie vorliegend - GH die Gelder nicht aufspüren könnte).

⁶ BGHStE 52, 182, 188: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB bereits dann eingetreten sein, wenn eine schadensgleiche Vermögensgefährdung gegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Gefährdung nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet.... Nach der ständigen Rechtsprechung führt ein solches Verhalten nicht zu einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB, soweit der Betreffende jederzeit bereit und fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren (BGHSt 15, 342; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 56.)“

⁷ S. Skizze „§ 266 StGB: Vermögensschaden bei Ersatzbereitschaft“.

Ergänzung zur Schadensproblematik bei „Schwarzen Kassen“

Schönke/Schröder²⁸-Perron, § 266 RN 45c

c) Eine Sonderproblematik stellen in diesem Zusammenhang die sog. **schwarzen Kassen** dar. Solche werden sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich dadurch gebildet, dass Gelder aus dem „offiziellen“ Haushalt abgezweigt (zB durch fingierte Rechnungen oder Nichteinbuchung von Zahlungen Dritter) und in einem nur eingeweihten Personen zugänglichen Sondervermögensbereich verwaltet werden. Sollen die Gelder im **öffentlichen Bereich** für einen anderen als den im Haushaltsplan vorgesehenen Zweck ausgegeben werden, so führt die zweckwidrige Verwendung einen endgültigen Vermögensverlust herbei; werden die Gelder dagegen trotz der Aussonderung dem ursprünglichen Zweck entsprechend oder zur Erfüllung anderer dringender Verbindlichkeiten des Vermögensträgers eingesetzt, erleidet dieser keinen Nachteil. Im **privaten Bereich** begründet der Gedanke der Zweckverfehlung dagegen nur bei einseitigen Vermögensweggaben einen Schaden, während bei Geschäften mit – auch unter dem Gesichtspunkt des individuellen Schadenseinschlags – gleichwertiger Gegenleistung der Verstoß gegen eine vom Vermögensträger vorgegebene Zweckbindung insoweit unbeachtlich ist. Angesichts dieser nur fragmentarischen Erfassung der Phänomene stellt sich die Frage, ob nicht bereits die **Verbringung der Gelder in die schwarze Kasse** eine für § 266 hinreichende **Vermögensgefährdung** darstellt mit der Folge, dass die anschließende Verwendung der Gelder im Sinne des Vermögensträger nur im Rahmen der Strafzumessung als Schadenswiedergutmachung berücksichtigt werden kann (vgl. näher Rönau, Tiedemann-FS 727 ff.).

Hierbei ist zu differenzieren:

1. **Entzieht** der Täter die Gelder dem Inhaber des geschützten Vermögens in einer Weise, dass dieser **keinen Zugriff mehr** darauf hat (zB durch Verbringen von Bargeld aus dessen Geschäfts- oder Diensträumen, Überweisung von Beträgen von Geschäftskonten auf ein Privatkonto oder durch Einrichtung von externen Sonderkonten bei Tarnfirmen etc.), so wird durch dieses Beiseiteschaffen unmittelbar ein Verlust von Vermögenswerten herbeigeführt und nicht lediglich die Dispositionsbefugnis des Vermögensinhabers beschränkt. Die subjektive Bereitschaft des Täters, die Gelder nur im Sinne des bisherigen Vermögensinhabers zu verwenden, eventuell verbunden mit der Absicherung der Gelder vor dem Zugriff Dritter durch Einrichtung von Treuhandkonten etc., begründet für den Geschädigten lediglich eine Exspektanz auf Erlangung geldwerter Vorteile, die in der Regel jedoch

keine wirtschaftlich gleichwertige Kompensation für den Verlust darstellt; zur Irrelevanz der – im übrigen andere Sachverhalte [berechtigte Verwaltung von Fremdgeldern] betreffenden – Rechtsprechung, dass kein Nachteil vorliege, wenn eigene Mittel zum jederzeitigen Ausgleich bereitgehalten werden, s. o. 42). Im Unterschied zur ersten Fallgruppe (o. 45 a⁸) handelt es sich um keinen Gefährdungsschaden, weil hier schon die Aussonderung der Gelder als solche pflichtwidrig ist und unmittelbar zum Verlust führt, während dort die Weggabe von Vermögenswerten (zB durch Kreditvergabe oder Investition in ein Risikogeschäft) im Interesse des Vermögensträgers erfolgt und die Pflichtwidrigkeit und der darauf beruhende Nachteil sich auf die mangelnde Absicherung des Rückzahlungsanspruchs etc. beschränken. Ein den Verlust der Gelder aufwiegender Vermögenszuwachs kann jedoch ausnahmsweise dann vorliegen, wenn durch die Aussonderung hinreichend konkrete Aussichten auf zusätzliche Geschäftsgewinne entstehen, etwa weil die schwarze Kasse gerade deshalb gebildet wird, um bei der Akquisition von Aufträgen Schmiergelder zahlen zu können, ohne die bestimmte Geschäftsabschlüsse nicht möglich wären (and. BGH 52 338) – wobei freilich solche Verträge nicht berücksichtigt werden dürfen, die wegen der Bestechung nach den §§ 134, 138 BGB unwirksam sind (vgl. o. 41 sowie Reinhold HRRS 09, 111; and. Dierlamm, Seebode-FS 613, Ransiek StV 09, 323 f., Rönnau StV 09, 250 f., Satzger NStZ 09, 302, Schlösser HRRS 09, 25). Beschränkt sich die Pflichtverletzung auf die Nichtoffenbarung einer zuvor von Anderen außerhalb der Vermögenssphäre des Geschäftsherrn

⁸ **Sch/Sch-Perron § 266 RN 45a**

a) Eine für die Nachteilsbegründung hinreichende Vermögensgefährdung ist danach insbesondere anzunehmen, wenn **Vermögenswerte** mit Billigung oder im wirtschaftlichen Interesse des Geschäftsherrn **weggegeben** werden, dieser aber nur eine **unsichere** und deshalb aus wirtschaftlicher Sicht nicht gleichwertige **Aussicht auf Kompensation**. Dies ist etwa bei der Vergabe von **Krediten ohne ausreichende Sicherung** der Fall, ebenso bei der **Aufgabe von Sicherheiten** für eine ausstehende Forderung. Bei Einsatz von Vermögenswerten für **Risikogeschäfte** liegt ein Nachteil zunächst vor, wenn der erhoffte Gewinn nicht erheblich höher ist als das aufgebrachte Vermögensopfer (vgl. Schreiber/Beulke JuS 77, 659; s. auch Schünemann LK 148: Das Produkt aus Erfolgswahrscheinlichkeit und Gewinnfaktor muss mindestens so hoch sein wie der aufgewendete Einsatz), ferner bei einem unvertretbaren Verlustrisiko. Nach der Rspr. ist dies anzunehmen, wenn der Täter „nach Art eines Spielers“ entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt zur Erlangung höchst zweifelhafter Gewinnaussichten eine aufs äußerste gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt (BGH NJW 75, 1234, 90, 3220). Unter dem Gesichtspunkt des individuellen Schadenseinschlags (o. 43) kann ein Nachteil aber auch schon bei einem geringeren Verlustrisiko gegeben sein, so wenn der Vermögensverwalter entgegen der ihm erteilten Anweisung überhaupt riskante Geschäfte tätigt (vgl. zB BGH NStZ-RR 98, 43. Auf den schließlichen Ausgang des riskanten Geschäfts kommt es in allen diesen Fällen nicht an.

angelegten schwarzen Kasse und Nichtrückführung der Gelder, so liegt der Nachteil im Ausbleiben der ansonsten sicheren Vermögensvermehrung (vgl. u. 46; zu ungenau BGH **52** 336 f.): Zwar wird der Schaden, der zuvor durch das Abzweigen der Gelder entstanden war, nicht weiter vertieft, doch kann sich der Täter darauf nicht berufen, wenn er die Möglichkeit zum Ausgleich von Verlusten, die Dritte seinem Geschäftsherrn zuvor zugefügt hatten, pflichtwidrig verstreichen lässt.

2. **Verbleiben** die Gelder dagegen so **im Vermögen des Geschäftsherrn**, dass dieser bzw. sein gesetzlicher Vertreter nach wie vor unmittelbar darüber verfügen kann (zB bei bloßen Verschiebungen von einem Haushaltstitel oder Geschäftskonto zu einem anderen oder bei Transfers zwischen verschiedenen Behörden oder Firmen desselben Vermögensträgers [vgl. etwa den Sachverhalt bei BGH **40** 291 ff.; s. auch Ransiek NJW 07, 1728 zum Fall Kanther]), und führt auch die Tatsache, dass die Gelder an der ursprünglichen Stelle nicht mehr zur Verfügung stehen, zu keinem eigenständigen Vermögensschaden, dann tritt der Verlust erst mit ihrer – im öffentlichen Bereich – zweckwidrigen oder – im privaten Bereich – auf andere Weise nachteiligen Verwendung ein. Weder die Verschleierung des internen Transfers, wodurch Kontrollmechanismen umgangen werden sollen, noch der darin manifestierte Wille des Täters zu einer für den Dienstherrn nachteiligen Verwendung der Gelder können hier eine schadensgleiche Vermögensgefährdung begründen: Solange die Gelder noch ungeschmälert auf den Konten des Dienst- oder Geschäftsherrn vorhanden sind, stellt ihre interne Verschiebung lediglich eine straflose Vorbereitungs- oder Versuchshandlung dar, weil der Täter noch keine Vermögenspositionen nach außen gebracht und das Geschehen auch sonst nicht aus der Hand gegeben hat. Auch die mit dem Verschleiern des Transfers einhergehende Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit des Inhabers des geschützten Vermögens begründet als solche keinen Nachteil.

3. Problematisch sind vor allem solche **Zwischenformen der Aussonderung**, bei denen die Gelder zwar aus der unmittelbaren Einflussosphäre des Vermögensinhabers entfernt werden, dieser aber immer noch einen **gewissen Zugriff** darauf hat, etwa weil er die Einrichtung der schwarzen Kasse kennt – sie möglicherweise sogar durch seine Weisung veranlasst hat – oder sich diese Kenntnis ohne weiteres verschaffen könnte (dies lag im Siemens-Fall nahe) oder weil das Geld auf einem externen Sonderkonto liegt, das in seinem Namen geführt wird und über das er bei Nachweis seiner Identität auch ohne Mitwirkung des Täters verfügen könnte. Hier ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, ob die Herauslösung der Werte aus dem geschützten Vermögen schon so weit fortgeschritten ist, dass eine

hinreichende Vermögensgefährdung angenommen werden kann. Dabei kommt es in erster Linie auf die faktische Stärke der noch bestehenden Zugriffsmöglichkeit an: Ist diese hoch, etwa weil die Einrichtung der schwarzen Kasse auf Betreiben oder mit Billigung des Inhabers des geschützten Vermögens erfolgte und dieser die jederzeitige Rückführung der Gelder veranlassen könnte, so liegt – unabhängig vom Bestehen und der Wirksamkeit eines bereits die Pflichtwidrigkeit der Tathandlung ausschließenden Einverständnisses – weder ein aktueller Verlust noch eine hinreichende Vermögensgefährdung vor. Auf der anderen Seite steht selbst die ausdrückliche rechtliche Zuordnung der ausgesonderten Gelder zum Inhaber des geschützten Vermögens nicht der Annahme eines Nachteils entgegen, wenn der Vermögensinhaber von der Existenz des betreffenden Sonderkontos keine Ahnung hat und dieses so weit außerhalb der üblichen Geschäftsbereiche geführt wird, dass es auch bei gezielten Nachforschungen nicht ohne weiteres ermittelt werden könnte (vgl. BGH 51 [Kanter] 113). Daneben sind auch weitere Faktoren zu berücksichtigen, etwa ob das Konto dem Zugriff von Gläubigern des Täters offen steht oder welche Absichten der Täter hinsichtlich der Verwendung der Gelder hat, insbesondere ob er sie nur im Interesse des Geschäftsherrn einsetzen oder auch seine privaten Interessen damit finanzieren will (vgl. auch Rönau, Tiedemann-FS 728).

Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung⁹

A ist alleiniger Geschäftsführer der X-GmbH, deren Geschäfte immer schlechter laufen. A kauft für die X-GmbH eine Maschine, deren über die Probleme der GmbH informierter Lieferant sich vorsichtshalber sein Eigentum hieran bis zur Zahlung der letzten Kaufpreisrate vorbehält. Dessen ungeachtet bietet A diese Maschine dem G als privaten Geldgeber der GmbH zum Erwerb an; der gutgläubige G zieht erfreut mit der Maschine von dannen. Zuvor hatte A dem auch insoweit gutgläubigen G Teile der PC-Anlage als angeblich überflüssige Überstücke („können ja noch Kopfrechnen“) veräußert, die er zuvor allerdings der B-Bank zur Sicherung eines Kleinkredites der GmbH übereignet hatte.

⁹ **Allgemein** zu Untreue und Eigentumsvorbehalt: MüKo-Dierlamm, § 266 Rn. 89 mwN; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 26; zu Untreue und Sicherungsübereignung: MüKo-Dierlamm, § 266 Rn. 101; LK-Schünemann, § 266 Rn. 118; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 26.

Zu § 246 (Unterschlagung) iZm Wirtschaftsstrafrecht: Krekeler/Werner, Rn. 1207 ff. (allgemein), 1217 ff. (Eigentumsvorbehalt), Rn. 1224 ff. (Sicherungsübereignung).

I. Maschine:

1) § 263 ggü./zulasten G: (-)

- Täuschung über Eigentümerstellung der GmbH: (+)
 - Irrtum und Vermögensverfügung (Zahlung) bei bzw. durch X: (+)
 - ~~Vermögensschaden~~: (-)
- Verlust des Geldes wird kompensiert durch gutgläubigen Eigentumserwerb (§§ 929, 932 BGB) an der Maschine (kein Anzeichen für Minderwertigkeit dieses Eigentums als „umkämpft“ (Lieferant müsste fehlende Gutgläubigkeit des Erwerbers beweisen / s.a. „Makeltheorie“)¹⁰

2) § 266-Treubruch¹¹ zulasten Lieferanten: (-)

- keine Vermögensbetreuungspflicht des Eigentumsvorbehaltskäufers

3) § 246 I, II: (+)

- „fremde“ Sache: (+) → Eigentumsvorbehaltsware¹² [bis zur Begleichung der letzten Rate]
- Zueignung (= Manifestation des auf Aneignung/Enteignung gerichteten Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise) bereits durch Abschluss des Kaufvertrages (vgl. Schönke/Schröder-Eser, § 246 Rn. 16), spätestens aber mit Übereignung (so zB Mitsch, Strafrecht BT 2/1, § 2 Rn. 41 f.)
- anvertraut iSv § 246 II: (+)

II. PC-Anlage

1) § 263 ggü./zulasten G: (-); s.o.

2) § 266-Treubruch¹³ zulasten Lieferanten: (-)

- keine Vermögensbetreuungspflicht des Sicherungsgebers

3) § 246 I, II: (+)

Unordentliche Buchführung sowie Erfüllung nicht nachweisbarer Verbindlichkeiten¹⁴

¹⁰ Vgl. Wessels/Hillenkamp, RN 574 f.

¹¹ MissbrauchsTB (-) → keine rechtliche Befugnis im Außenverhältnis (Gutgläubenserwerbs-Vreäußerung genügt hierfür nicht (Rengier, BT I, § 18 RN 8).

¹² § 449 I BGB: „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (Eigentumsvorbehalt).“

¹³ Zum MissbrauchsTB s.o.

¹⁴ Hierzu allgemein: Krekeler/Werner, Rn. 1130 ff.; s.a. Wittig, § 20 RN 152.-

Der A hat als Geschäftsführer der X-GmbH deren Bücher derart schlampig geführt, dass die X-GmbH einen Kaufpreisanspruch gegen K aus Warenlieferung mangels ausreichender Aufzeichnungen nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg geltend machen konnte. Allerdings war K unmittelbar nach Erhalt der Ware in Insolvenz verfallen; ein Insolvenzverfahren wurde mangels Masse nicht eingeleitet.

Abwandlung: Der Datenverarbeitungsexperte D hatte gegen die X-GmbH - er hatte dort Server-Probleme behoben - noch einen Werklohnanspruch. Er hatte sich allerdings seine während der nächtlichen Betriebsruhe erbrachte Leistung nicht „quittieren“ lassen; auch über sonstige Beweismittel verfügt D nicht. A als Geschäftsführer der X-GmbH bedient die gegen die X-GmbH gerichtete Forderung des D, obwohl ihm bewusst ist, dass D den Bestand seiner Werklohnforderung in einem gerichtlichen Verfahren nicht hätte nachweisen können.

[§ 266-MissbrauchsTB: (-) → kein rechtsgeschäftliches Handeln mit Außenwirkung]

§ 266-TreubruchsTB: (-)

- Vermögensfürsorgepflicht: (+)

- Pflichtverletzung: (+) → § 41 GmbHG¹⁵ sowie § 283 HGB¹⁶

- Vermögensnachteil¹⁷: (-) → Forderung z.Zt. der Tat bereits wirtschaftlich wertlos

Sondervorschriften zur strafrechtlichen Erfassung von Buchführungsverstößen: §§ 283 I Nr. 5, 7a, 283b I Nr. 1, 3a (Insolvenzstraftaten) StGB, 331 HGB (zu den Bilanzdelikten des Handels- und Gesellschaftsrecht: Hellmann/Beckemper, Rn. 360 ff.; Wittig, § 29 [in § § 23 RN 136 ff. zu § 283b StGB]).

¹⁵ § 41 GmbHG: „Die Geschäftsführer sind verpflichtet, für die ordnungsmäßige Buchführung der Gesellschaft zu sorgen“; s.a. § 91 I AktienG („Der Vorstand hat dafür zu sorgen, daß die erforderlichen Handelsbücher geführt werden.“)

¹⁶ § 283 HGB: „¹Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen. ²Die Buchführung muß so beschaffen sein, daß sie einem sachverständigen Dritten innerhalb angemessener Zeit einen Überblick über die Geschäftsvorfälle und über die Lage des Unternehmens vermitteln kann. ³Die Geschäftsvorfälle müssen sich in ihrer Entstehung und Abwicklung verfolgen lassen.“

¹⁷ Sschadensgleiche Vermögensgefährdung nur dann gegeben, wenn:

(a) Treugeber als Gläubiger: Sofern Durchsetzung der Ansprüche erheblich erschwert oder gar verhindert (BGH NStZ 2004, 559)

- aber: kein Vermögensnachteil, sofern Forderung nicht mit Sicherheit bestand (s. BGHStE 20, 304) bzw. sie wegen Insolvenz des Schuldners ihren wirtschaftlichen Wert bereits völlig verloren hatte

(b) Treugeber als Schuldner: Sofern konkret mit doppelter Inanspruchnahme zu rechnen oder zumindest auf Grund der fehlerhaften/unordentlichen Buchführung eine wesentliche Erschwerung der Rechtsverteidigung erkennbar ist (BGHStE 47, 8, 10)

Abwandlung:

§ 266-MissbrauchsTB: (-)

- Vermögensfürsorgepflicht: (+)

- Missbrauch: (+); zw.

- Handeln im Rahmen des „rechtlichen Könnens“: Erfüllung der Werklohnforderung des D

- unter Überschreiten des rechtlichen Dürfens (nach Maßgabe des Innenverhältnisses!): (+)? → Sorgfalt eines gewissenhaften Kaufmanns (§ 43 I GmbHG)

- Vermögensnachteil: (-)

→ dem Verlust des Geldes steht schadensausgleichend die Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber (so jedenfalls auf Basis des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs; nach einer rein wirtschaftlichen Vermögensbestimmung läge angesichts der für den Gläubiger ungünstigen Beweislage ein Schaden vor¹⁸)

¹⁸ Anders als bei § 263 StGB wäre dann keine Straffreistellung durch Verneinung der ReWi der erstrebten Bereicherung möglich.