

Entscheidung | Straf- und Strafprozessrecht

# Aufklärungspflichten eines Rechtsanwalts vor einer Erfolgshonorarvereinbarung

BGH, Urteil vom 25. September 2014 – 4 StR 586/13 – (für BGHSt bestimmt)

DOI 10.1515/juru-2015-0040

**StGB § 13; StGB § 263; BRAO § 49 b; RVG § 4 a Abs. 2 Nr. 1**

**§ 4 a Abs. 2 Nr. 1 RVG begründet kraft Gesetzes eine Garantenstellung des Rechtsanwalts, der vor Abschluss einer Erfolgshonorarvereinbarung seinen Mandanten über die voraussichtliche gesetzliche Vergütung aufzuklären hat.**

BGH, Urteil vom 25. September 2014 – 4 StR 586/13 – (für BGHSt bestimmt)

## Aus den Gründen

1 Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf des Betruges in drei Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit Wucher, freigesprochen. Hiergegen richtet sich die mit der Sachrüge begründete, vom Generalbundesanwalt im Umfang der Aufhebung vertretene Revision der Staatsanwaltschaft. Das Rechtsmittel hat teilweise Erfolg.

## I.

2 1. Die unverändert zur Hauptverhandlung zugelassene Anklage hatte dem Angeklagten zur Last gelegt, sich wegen Betruges in drei Fällen gemäß § 263 Abs. 1, Abs. 3 Sätze 1 und 2 Nr. 2 StGB, davon einmal in Tateinheit mit Wucher nach § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB, strafbar gemacht zu haben: Er habe als Rechtsanwalt, kurz bevor der Widerruf seiner Zulassung zur Rechtsanwaltschaft am 26. August 2010 wirksam geworden sei, die Vertretung des G. in einer Erbschaftsangelegenheit übernommen. Er habe mit seinem Mandanten, der unter einer Minderbegabung leide, am 17. August 2010 eine nicht den Vorgaben des Gesetzes entsprechende Honorarvereinbarung geschlossen, auf die sein in rechtlichen und wirtschaftlichen Belangen unerfahrener Mandant nach dem Erlöschen der Anwaltszulassung insgesamt 82.223,97 € gezahlt habe. Danach habe er auf der Grundlage schriftlicher Darlehensverträge vom 26. Mai 2011 und vom 6. Juni 2011 von G. 60.000 € und 128.000 € erhalten, welche er nach Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist vorgefasster Absicht entsprechend nicht zurückgezahlt habe.

3 2. Der Angeklagte hat die Tatvorwürfe bestritten. Das Landgericht hat ihn »aus tatsächlichen Gründen« freigesprochen.

4 a) Es hat im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen:

5 Der Angeklagte war als Rechtsanwalt und Notar in einer Kanzlei in M. tätig. Wegen Vermögensverfalls entthob ihn zunächst der Präsident des Oberlandesgerichts H. des Notaramts; sodann widerrief die zuständige Rechtsanwaltskammer seine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Der Widerrufsbescheid vom 28. Juli 2008 wurde mit Zustellung der letztinstanzlichen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. Juli 2010 am 26. August 2010 rechtskräftig. Danach war der Angeklagte in seiner früheren Kanzlei als »Kooperationspartner« mit dem Zusatz »Assessor jur., Unternehmensberatung« beschäftigt.

6 aa) Anfang August 2010 beauftragte der Zeuge G. die »Rechtsanwälte K. & S.«, ihn in einer erbrechtlichen Angelegenheit zu vertreten. G., zur Zeit der tatrichterlichen Hauptverhandlung 54 Jahre alt, hatte die Sonderschule ohne Abschluss verlassen und war seither als Industriearbeiter tätig. Der Zeuge »erweckt nach außen den Eindruck eines aufgeschlossenen, freundlich zugänglichen Menschen, der zwar einfach strukturiert erscheint, jedoch einen durchaus lebensstüchtigen Eindruck vermittelt und sein Leben – teils mit Hilfe Dritter – eigenverantwortlich und mit eigener Entscheidungskompetenz bewältigt.« Ein gerichtliches Betreuungsverfahren wurde mit dem Ergebnis beendet, »dass der Zeuge in der Lage sei, sein Leben selbständig ohne Hilfe eines Betreuers zu bewältigen.« Der Vater des Zeugen war in der Schweiz verstorben; der Wert des Nachlasses betrug ca. 700.000 bis 800.000€. Der Erblasser hatte testamentarisch seinen Bruder als Alleinerben eingesetzt; bei einem Termin am 17. August 2010 teilte der – das Mandat bearbeitende – Angeklagte dem Zeugen G. jedoch mit, »dass laut Schweizer Erbrecht Kindern eines Verstorbenen 75% des Erbes zustehen, auch wenn ein Testament vorhanden sei.« In diesem Termin schloss der Angeklagte mit seinem Mandanten eine von ihm vorbereitete schriftliche »Vergütungsvereinbarung«. Die Höhe der Vergütung knüpfte danach »an die Höhe des derzeit der Höhe nach unbekanntem Erbteilsanspruchs« an, und zwar bei Zahlungen auf den Erbteil bis 400.000€ in Höhe von 20%, für den Mehrbetrag bis 600.000€ in Höhe von 25% und für darüber hinausgehende Beträge in Höhe von 30% (jeweils zuzüglich Umsatzsteuer). G. empfand die Vergütung zwar als hoch, aber auch als angemessen, zumal er bei erfolglosem Bemühen des Angeklagten keine Kosten würde tragen müssen. Er war nicht gewillt, der vom Angeklagten dargestellten Alternative einer Abrechnung auf Stundenbasis mit einem Stundensatz von 400€ nebst Vorschusszahlung näher zu treten. Der Angeklagte seinerseits klärte G. »über den Umstand, dass Rechtsanwält-

te von Gesetzes wegen ihre Vergütung anhand des sogenannten Gegenstandswertes berechnen und hiernach gegebenenfalls eine erheblich geringere Vergütung abzurechnen gewesen wäre«, nicht auf. Er ging »zum Zeitpunkt des Abschlusses der Honorarvereinbarung« davon aus, dass eine solche Vereinbarung wirksam möglich sei. In der Folge erreichte der Angeklagte aufgrund eines Vergleichs vom 3./6. Januar 2011 die Auszahlung von insgesamt rund 493.000€ aus dem Nachlass. Gemäß Kostenberechnung vom 1. März 2011, die der Angeklagte mit »Ass. Jur. K.« unterschrieben hatte, brachte er hiervon 82.223,97€ in Abzug. G. ging davon aus, dass der Angeklagte weiterhin als Rechtsanwalt zugelassen war.

7 bb) Kurz vor dem Termin zur Versteigerung seines aus Wohnhaus und Pferdestallungen bestehenden Anwesens suchte der Angeklagte im Mai 2011 G. auf und teilte ihm mit, er befinde sich in Geldschwierigkeiten, es drohe die Versteigerung seines Hofes. Er bat ihn um ein Darlehen in Höhe von 200.000€ und erklärte, »er zahle so viel zurück wie er könne, es könne möglicherweise aber eine Zeit dauern, bis er in der Lage sei das Darlehen abzutragen; (er) äußerte die Hoffnung, eine Rückzahlung innerhalb von drei Jahren leisten zu können.« Der Geschädigte begab sich mit dem Angeklagten zu seiner Hausbank und hob 60.000€ ab; mehr konnte die Bank kurzfristig nicht zur Verfügung stellen. Sodann wurde in der Kanzlei des Angeklagten ein schriftlicher Vertrag geschlossen, der ein mit 3% verzinsliches Darlehen über den genannten Betrag vorsah. Auch sollte monatlich eine in der Höhe nicht festgelegte Tilgung erfolgen, ein Zeitrahmen für die Rückzahlung war nicht festgelegt. Der Angeklagte verwandte das Geld als Sicherheitsleistung, um seinem Bruder die Ersteigerung der Immobilie zu ermöglichen.

8 cc) Etwa eine Woche später erklärte der Angeklagte dem Geschädigten, er benötige einen weiteren Betrag, um die Sache endgültig zu regeln. G. war – »mehr oder weniger ... von sich aus« – bereit, dem Angeklagten zusätzlich 128.000€ darlehensweise zur Verfügung zu stellen. Nachdem der Geschädigte das Geld bei seiner Bank abgehoben hatte, erklärte ihm der Angeklagte zur Beruhigung, eine frühere Mandantin habe ihn in ihrem Testament bedacht; nach Verwertung der ererbten Aktien werde er »das Geld« zurückzahlen. In der Kanzlei übergab G. dem Angeklagten den zuvor abgehobenen Betrag und die Beteiligten schlossen einen schriftlichen Darlehensvertrag vergleichbaren Inhalts.

9 dd) G., der den Angeklagten nach wie vor für einen zugelassenen Rechtsanwalt hielt, und dieser selbst (UA 15) gingen davon aus, dass die Darlehen in absehbarer Zeit zurückgeführt würden. Tatsächlich zahlte der Angeklagte neun Monate lang lediglich die Darlehenszinsen;

danach folgten keine Zahlungen mehr. Daraufhin kündigte der Geschädigte – auf Intervention seines Arbeitgebers – beide Darlehen. Der Angeklagte wurde rechtskräftig zur Rückzahlung der Darlehen wie auch des Großteils der von ihm vereinnahmten Vergütung verurteilt; insoweit gingen die Zivilgerichte von einem »gesetzlichen Gebührenanspruch« in Höhe von lediglich 3.745,88€ aus. Die gegen ihn gerichteten titulierten Ansprüche konnte der Angeklagte mangels Zahlungsfähigkeit nicht erfüllen. Sein Anwesen verlor er bei einer zweiten Versteigerung.

**10** b) Zur Begründung des Freispruchs hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt: ...

## II.

**14** Die Revision der Staatsanwaltschaft erweist sich teilweise als begründet.

**15** 1. Das angefochtene Urteil hält rechtlicher Nachprüfung stand, soweit das Landgericht den Angeklagten vom Vorwurf des Betruges durch den Abschluss der beiden Darlehensverträge im Mai und Juni 2011 freigesprochen hat. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei eine Täuschungshandlung des Angeklagten verneint.

**16** 2. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet das Urteil jedoch, soweit das Landgericht den Angeklagten auch von dem Vorwurf freigesprochen hat, sich durch den Abschluss der Vergütungsvereinbarung vom 17. August 2010 strafbar gemacht zu haben.

**17** a) Allerdings hat die Wirtschaftsstrafkammer mit Recht eine Straftat des Wuchers nach § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB verneint. Nach den bisher getroffenen Feststellungen liegt die im Gesetz beschriebene sogenannte Opferlage nicht vor.

**18** b) Demgegenüber hält das angefochtene Urteil rechtlicher Nachprüfung nicht stand, soweit das Landgericht eine Strafbarkeit wegen Betruges gemäß § 263 StGB verneint hat. Nach den bisher getroffenen Feststellungen hat der Angeklagte G. bei der Vereinbarung des Erfolgshonorars durch Unterlassen getäuscht.

**19** aa) Begehen durch Unterlassen ist nach § 13 Abs. 1 StGB nur dann strafbar, wenn der Täter rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. Während bei den Begehungsdelikten die objektive Zurechnung auf der Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs beruht, reicht bei den unechten Unterlassungsdelikten die Tatsache, dass eine mögliche Handlung den Erfolg verhindert hätte, nicht aus, um die Beeinträchtigung des Rechtsguts jedem

Handlungsfähigen als von ihm zu verantwortendes Unrecht zur Last legen zu können. Vielmehr muss ein besonderer Rechtsgrund nachgewiesen werden, wenn jemand ausnahmsweise dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass er es unterlassen hat, zum Schutz fremder Rechtsgüter positiv tätig zu werden. Die Gleichstellung des Unterlassens mit dem aktiven Tun setzt deshalb voraus, dass der Täter als »Garant« für die Abwendung des Erfolgs einzustehen hat. Alle Erfolgsabwendungspflichten beruhen auf dem Grundgedanken, dass eine bestimmte Person in besonderer Weise zum Schutz des gefährdeten Rechtsguts aufgerufen ist und dass sich alle übrigen Beteiligten auf das helfende Eingreifen dieser Person verlassen und verlassen dürfen (BGH, Urteile vom 25. Juli 2000 – 1 StR 162/00, NJW 2000, 3013, 3014, und vom 10. Juli 2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26, 33; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., S. 620; SSW-StGB/Kudlich, 2. Aufl., § 13 Rn. 15, 18).

**20** bb) Entgegen der Auffassung des Landgerichts war der Angeklagte verpflichtet, seinen Mandanten G. über die im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz als Regel vorgesehene Abrechnung nach den gesetzlichen Gebühren und Auslagen aufzuklären. Diese Garantstellung folgt aus Gesetz, nämlich aus der Regelung in § 4 a Abs. 2 Nr. 1 RVG:

**21** Der Angeklagte hat sich – was die Wirtschaftsstrafkammer nicht verkannt hat – in der Vergütungsvereinbarung ein Erfolgshonorar im Sinne des § 49 b Abs. 2 Satz 1 BRAO versprechen lassen. Eine solche Vereinbarung muss unter anderem die voraussichtliche gesetzliche Vergütung enthalten. Das bedeutet, dass der Rechtsanwalt unter Zugrundelegung des Gegenstandswerts die sich voraussichtlich aus dem Vergütungsverzeichnis ergebenden Gebühren sowie seine Auslagen zu berechnen hat. Diese Verpflichtung hat der Gesetzgeber dem Rechtsanwalt gerade zum Schutz des Mandanten auferlegt, mit dem jener ein Erfolgshonorar vereinbaren möchte (BT-Drucks. 16/8384 S. 8); nach den Materialien bietet allein diese Angabe »einen verlässlichen und transparenten Vergleichsmaßstab für die rechtsuchenden Bürgerinnen und Bürger« (BT-Drucks. 16/8384 S. 15). Damit hat der Gesetzgeber an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit eines generellen Verbots anwaltlicher Erfolgshonorare angeknüpft, in der das Gericht den »Schutz der Rechtsuchenden vor einer Übervorteilung durch überhöhte Vergütungssätze« hervorgehoben und auf die asymmetrische Informationsverteilung zwischen Mandant und Rechtsanwalt sowie auf die sich hieraus ergebenden Gefahren für die wirtschaftlichen Interessen des Rechtsuchenden hingewiesen hat (BVerfG, NJW 2007, 979, 980 f., 983). Um daher dem Mandanten zu verdeutlichen, dass der Verzicht des Anwalts auf eine Vergütung im Misserfolgsfall mit der Ver-

pflichtung zur Zahlung eines – gegebenenfalls hohen – Zuschlags im Erfolgsfall verbunden ist, sieht § 4a Abs. 2 Nr. 1 RVG u. a. die Angabe der voraussichtlichen gesetzlichen Vergütung vor (BT-Drucks. 16/8384 S. 11; Bischof in Bischof/Jungbauer, RVG, 6. Aufl., § 4a Rn. 20). Demnach ist es gerechtfertigt, aus dieser Aufklärungs- und Informationspflicht des Anwalts eine Garantenstellung kraft Gesetzes im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB zu entnehmen.

**22** Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 4b RVG, der lediglich eine Sonderregelung für die zivilrechtlichen Folgen trifft, wenn eine Erfolgshonorarvereinbarung unter anderem gegen § 4a Abs. 1 und 2 RVG verstößt (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juni 2014 – IX ZR 137/12, NJW 2014, 2653). Eine Einschränkung der strafrechtlichen Verfolgbarkeit kann hieraus nicht hergeleitet werden.

**23** Seiner Pflicht, die voraussichtliche gesetzliche Vergütung zu berechnen, ist der Angeklagte nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht nachgekommen.

**24** cc) Die Feststellungen des Landgerichts stehen auch im Übrigen einer Betrugsstrafbarkeit durch Unterlassen nicht entgegen: Die Wirtschaftsstrafkammer hat selbst ausgeführt, dass G. davon ausgegangen sei, es gebe zu den ihm vom Angeklagten aufgezeigten Möglichkeiten der Abrechnung keine Alternative. Aufgrund dieses Irrtums verfügte er über sein Vermögen, indem er die Honorarvereinbarung abschloss und dadurch einen Anspruch auf eine Rechtsdienstleistung erwarb, die er anderweitig zu einem geringen Bruchteil des vereinbarten Honorars hätte erlangen können (vgl. zum Schaden auch BGH, Urteil vom 5. März 2014 – 2 StR 616/12, NJW 2014, 2595, 2598f.). Da der Angeklagte zum Abzug des Erfolgshonorars von der auf sein Konto zu überweisenden Erbschaft berechtigt war, lag zumindest eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor (vgl. zum sogenannten Kontoöffnungsbetrug BGH, Urteil vom 13. Juni 1985 – 4 StR 213/85, BGHSt 33, 244, 245f.; Beschlüsse vom 21. November 2001 – 2 StR 260/01, BGHSt 47, 160, 167, und vom 14. Oktober 2010 – 2 StR 447/10, NStZ 2011, 160). Der Umstand, dass G. mit der aufgrund der Honorarvereinbarung erbrachten Leistung des Angeklagten zufrieden war, stellt entgegen der Meinung des Landgerichts die Kausalität »zwischen einer etwaigen Täuschungshandlung und einer Vermögensverfügung bzw. einem Vermögensschaden« nicht infrage. Auf den Abschluss dieser Honorarvereinbarung, auf den er, wie er wusste, keinen Anspruch hatte, kam es dem Angeklagten gerade an.

## Anmerkung

Der 4. Strafsenat bestätigt die Verurteilung eines Rechtsanwalts wegen Betrugs durch Unterlassen, der mit seinem Mandanten ein Erfolgshonorar vereinbart und es hierbei entgegen § 4a Abs. 2 Nr. 1 RVG unterlassen hatte, den Mandanten über das im Falle einer Abrechnung nach den gesetzlichen Gebühren voraussichtlich anfallende Honorar aufzuklären. Die zentrale Rechtsfrage ist die nach der Garantenstellung des Rechtsanwalts (vgl. nachfolgend I.), daneben ist aber auch noch auf die vom Senat sehr kurz abgehandelte Problematik des Vermögensschadens einzugehen (vgl. unten II.).

## I. Zur Garantenstellung des Rechtsanwalts

Die Garantenstellung des Rechtsanwalts folgt nach Auffassung des Senats »aus Gesetz, nämlich aus der Regelung in § 4a Abs. 2 Nr. 1 RVG« (Rz. 20). Mit dieser Regelung habe der Gesetzgeber der vom BVerfG<sup>1</sup> betonten asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Mandant und Rechtsanwalt sowie den sich hieraus ergebenden Gefahren für die wirtschaftlichen Interessen des Rechtssuchenden Rechnung tragen wollen.<sup>2</sup> Es sei deshalb »gerechtfertigt, aus dieser Aufklärungs- und Informationspflicht des Anwalts eine Garantenstellung kraft Gesetzes im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB zu entnehmen« (Rz. 21).

Dem Senat ist zwar im Ergebnis zuzustimmen, die Entscheidung ist aber ein weiterer Beleg dafür, dass die formale Garantenlehre (Rechtsquellenlehre) aus sich selbst heraus keine wirklich tragfähigen Begründungen für die Entstehung strafrechtlich relevanter Erfolgsabwendungspflichten zu liefern vermag.<sup>3</sup> Dass dies insbesondere für die Garantenstellung »aus Gesetz« gilt, zeigt sich schon daran, dass selbst Normen, die ausdrücklich Handlungspflichten statuieren, wie insbesondere die §§ 138 und 323c StGB, anerkanntermassen keine Garantenstellung begründen.<sup>4</sup> *Stratenwerth* hat hierzu zutreffend bemerkt: »Selbst

<sup>1</sup> Vgl. BVerfG NJW 2007, 979, 980f. (Rz. 68) und 984 (Rz. 107).

<sup>2</sup> Vgl. insbesondere BT-Drucks. 16/8384, S. 11.

<sup>3</sup> Woraus *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 32 Rn. 10 die Forderung ableitet, dass auch die Rechtsprechung diesen Ansatz aufgeben sollte; vgl. aber auch SSW-StGB/*Kudlich*, § 13 Rn. 18, der in der Garantenstellung aus Gesetz die »nicht zuletzt mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG in ihrer Legitimation klarste und eindeutigste Fallgruppe« sieht.

<sup>4</sup> *Roxin*, AT/II (Fn. 3), § 32 Rn. 10; vgl. auch NK-StGB/*Wohlers/Gaede*, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 31 m. w. N.

wenn sich die Pflicht zum Schutz oder zur Wahrung von Rechtsgütern oder Interessen tätig zu werden, unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, bildet sie keineswegs immer eine Garantenpflicht. Vielmehr kommt es darauf an, welche Art von Beziehung zwischen dem Verpflichteten und dem zu schützenden Gut oder Interesse bzw. der Gefahrenquelle das Gesetz einerseits voraussetzt oder herstellt.<sup>5</sup> Und auch der 1. Strafsenat des BGH hat anerkannt, dass Garantenstellungen »auf dem Grundgedanken [beruhen], dass eine bestimmte Person in besonderer Weise zum Schutz des gefährdeten Rechtsguts aufgerufen ist und dass sich alle übrigen Beteiligten auf das helfende Eingreifen dieser Person verlassen und verlassen dürfen.«<sup>6</sup> In der Literatur wird dieser Gedanke dahingehend konkretisiert, dass eine Garantenstellung erst und nur dann entsteht, wenn der gesetzlich Verpflichtete für die Integrität des bedrohten Rechtsguts oder Interesses »in gesteigertem Masse verantwortlich« ist<sup>7</sup> oder – anders ausgedrückt – der Rechtsgutsträger im Hinblick auf die Person des (potenziellen) Garanten berechtigterweise eigene Schutz- und Überwachungsmaßnahmen unterlassen durfte.<sup>8</sup>

Die eine Handlungspflicht statuierende Norm ist nach alledem nicht die eigentliche Quelle der Garantenstellung, sondern sie ist die gesetzliche Bestätigung einer Handlungspflicht, die sich der Sache nach aus dem sozial institutionalisierten Beziehungsgeflecht ergibt – und dessen Vorhandensein auch im Falle der Nichtexistenz einer konkreten Norm am Bestehen der Handlungspflicht nichts ändern würde.<sup>9</sup> Und damit ist dann auch die in § 4 a Abs. 2 Nr. 1 RVG statuierte Pflicht des Rechtsanwalts zur Offenlegung des im Falle der Abrechnung nach den gesetzlichen Gebühren voraussichtlich anfallenden Honorars nicht mehr als ein Indiz<sup>10</sup> dafür, dass dem Rechtsanwalt im Verhältnis zu seinem Mandanten und dessen wirtschaftlichen Interessen insoweit die Rolle eines Garanten zukommen könnte. Ob dies tatsächlich so ist, ergibt sich dann aber nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern entscheidet sich anhand materialer Kriterien,<sup>11</sup> wobei es darauf ankommt, ob der Mandant berechtigterweise darauf vertrau-

en durfte, dass der Rechtsanwalt seine Vermögensinteressen wahren werde.<sup>12</sup> Und in diesem Zusammenhang wird dann die vom BVerfG und vom Gesetzgeber betonte und vom Senat zu Recht aufgegriffene asymmetrische Informationsverteilung zwischen dem Rechtssuchenden und seinem rechtlichem Berater relevant. Hinzu kommt noch, dass das Rechtsverhältnis des Rechtssuchenden zu seinem Rechtsanwalt gerade durch den Umstand geprägt ist, dass der rechtssuchende Laie sich in der Regel dem Sachverständigen des Rechtsanwalts anvertrauen muss, ohne dessen Tätigkeit wirklich kontrollieren zu können.<sup>13</sup> Vor diesem Hintergrund erweist sich das Rechtsverhältnis des Rechtssuchenden zu seinem Rechtsanwalt als nicht weniger schutzwürdig als das als Basis einer Garantenstellung allgemein anerkannte Verhältnis des Arztes zu seinem Patienten.<sup>14</sup> Festzuhalten bleibt aber: Die Garantenstellung des Rechtsanwalts entsteht nicht »kraft Gesetzes«, sondern sie folgt aus dem Vorhandensein einer rechtlich anerkannten und sozial verfestigten (institutionalisierten) Rechtsbeziehung, die wesentlich dadurch gekennzeichnet ist, dass sich der Mandant in die Obhut des Rechtsanwalts begeben muss.

Für den vorliegenden Fall ist nun auch noch zu beachten, dass es um den Vorwurf des Betruges durch Unterlassen geht. Die Garantenstellung hat hier die Funktion, das Unterlassen einer Aufklärung der aktiven Täuschung gleichzustellen. Dies setzt voraus, dass der Unterlassende »aufgrund einer besonders begründeten Einstandspflicht gerade für die vermögensrechtliche Entscheidungsfreiheit des anderen auf Posten gestellt« ist.<sup>15</sup> Anerkanntermassen können sich derartige Aufklärungspflichten insbesondere aus Beraterverträgen ergeben.<sup>16</sup> Erforderlich ist aber, dass sich die Aufklärungspflicht gerade (auch) auf den Umstand beziehen muss, der für die irrumsbegründende Fehlvorstellung (mit-)ursächlich war.<sup>17</sup> Und an dieser Stelle kommt nun wieder § 4 a Abs. 2 Nr. 1 RVG ins Spiel, der als Beleg dafür zu sehen ist, dass sich der Mandant berechtigterweise darauf verlassen kann, dass ihn sein Rechtsanwalt über die für die Entscheidung über die Honorierung relevanten Umstände aufklären wird.

5 *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 16.

6 BGH NJW 2000, 3013, 3014 unter Bezugnahme auf *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 620.

7 *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 5), § 13 Rn. 21.

8 NK-StGB/*Wohlers/Gaede* (Fn. 4), § 13 Rn. 34.

9 Vgl. auch MüKo-StGB/*Hefendehl*, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 164.

10 Vgl. auch bereits NK-StGB/*Wohlers/Gaede* (Fn. 4), § 13 Rn. 31; AnwK-StGB/*Gaede*, 2. Aufl. 2015, § 263 Rn. 38, 40.

11 NK-StGB/*Wohlers/Gaede* (Fn. 4), § 13 Rn. 31; vgl. auch *Roxin*, AT/II (Fn. 3), § 32 Rn. 12; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 5), § 13 Rn. 15.

12 Zum Vertrauen als Grundlage für Aufklärungspflichten vgl. auch bereits MüKo-StGB/*Hefendehl* (Fn. 9), § 263 Rn. 166 ff.

13 Vgl. auch AnwK-StGB/*Gaede* (Fn. 10), § 263 Rn. 44; MüKo-StGB/*Hefendehl* (Fn. 9), § 263 Rn. 190.

14 Zur Garantenstellung des Arztes vgl. *Roxin*, AT/II (Fn. 3), § 32 Rn. 70 ff.; *Schönke/Schröder/Stree/Bosch*, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 28a.

15 BGHSt 39, 392, 398 unter Verweis auf *Ranft JURA* 1992, 66, 67.

16 MüKo-StGB/*Hefendehl* (Fn. 9), § 263 Rn. 190; AnwK-StGB/*Gaede* (Fn. 10), § 263 Rn. 44.

17 Vgl. AnwK-StGB/*Gaede* (Fn. 10), § 263 Rn. 38 m. w. N.

## II. Zum Vorliegen eines Vermögensschadens

Zum Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens des Mandanten führt der Senat lediglich knapp aus, dieser habe irrtumsbedingt eine Honorarvereinbarung abgeschlossen und dadurch einen Anspruch auf eine Rechtsdienstleistung erworben, »die er anderweitig zu einem geringen Bruchteil des vereinbarten Honorars hätte erlangen können. Da der Angeklagte zum Abzug des Erfolgshonorars von der auf sein Konto zu überweisenden Erbschaft berechtigt war, lag zumindest eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor« (Rz. 24). Diese Ausführungen lassen den Leser etwas ratlos zurück. Soll der Schaden schon darin liegen, dass der Mandant eine Rechtsdienstleistung erworben hat, die er anderweitig günstiger hätte erhalten können, oder liegt ein Gefährdungsschaden vor?

Der Senat geht zutreffend von einem Eingehungsbetrug aus, bei dem sich das Vorliegen eines Vermögensschadens daraus ergibt, dass der vom getäuschten erworbene Anspruch wertmässig hinter dem Anspruch zurückbleibt, den der Getäuschte seinerseits zu erfüllen hat.<sup>18</sup> Bezogen auf den vorliegend zu beurteilenden Fall liegt ein Schaden damit dann vor, wenn der vom Mandanten erworbene Anspruch auf Erbringung einer Rechtsdienstleistung durch den Anwalt wertmässig hinter dem (Honorar-)Anspruch zurückbleibt, den der Mandant aufgrund der vertraglichen Vereinbarung zu erbringen hat. In diesem Zusammenhang ist nun § 4 b Abs. 1 Satz 1 RVG zu beachten, der bestimmt, dass der Anwalt aus einer Vergütungsvereinbarung, die den Anforderungen des § 4 a Abs. 2 RVG nicht genügt, keine höhere als die gesetzliche Vergütung beanspruchen kann. Mit anderen Worten: Die ohne Hinweis auf die voraussichtlich anfallende gesetzliche Vergütung abgeschlossene Vereinbarung über ein Erfolgshonorar ist zwar nicht unwirksam, der Anspruch des Rechtsanwalts wird aber per Gesetz auf die gesetzliche Vergütung herabgesetzt.<sup>19</sup> Vor diesem Hintergrund ist der Mandant dann aber durch den Abschluss der Honorarvereinbarung objektiv betrachtet eigentlich gar nicht geschädigt worden, weil er einen Anspruch auf eine Rechtsdienstleistung zu genau dem »Preis« erworben hat, zu dem diese

Dienstleistung auf dem »Markt« für Rechtsdienstleistungen erhältlich ist. Und aus eben diesem Grund musste der Senat dann tatsächlich auf die Figur des Gefährdungsschadens ausweichen: Der rein rechtlich gesehen gegebene Anspruch des Mandanten auf Abführung aller durch den Rechtsanwalt vereinnahmten Vermögenswerte abzüglich der gesetzlichen Vergütung ist nur dann wirtschaftlich gesehen werthaltig, wenn der Mandant überhaupt realisiert, dass er nur die gesetzlichen Gebühren schuldet, und er darüber hinaus dann auch noch in der Lage ist, den Anspruch durchzusetzen.

Ein Vermögensschaden in der Form der (schadensgleichen) Vermögensgefährdung liegt dann vor, wenn die Gefährdung eines Vermögenswertes ein derartiges Ausmass erreicht, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise von einem zum Zeitpunkt der Vornahme der irrtumsbedingten Vermögensverfügung bereits aktuell gegebenen Minderwert auszugehen ist,<sup>20</sup> wobei – abgesehen von den Fällen, in denen das Ausfallrisiko ohne weiteres ersichtlich bei 100% liegt – das Ausmass der Wertminderung nach der einschlägigen neueren Rechtsprechung des BVerfG konkret festzustellen und betragsmässig zu beziffern ist.<sup>21</sup>

Wie diese Vorgaben im Einzelnen umzusetzen sind, ist immer noch umstritten.<sup>22</sup> Und der vorliegende Sachverhalt illustriert die Schwierigkeiten, die sich hier in der praktischen Anwendung ergeben können. Von einer schadensgleichen Vermögensgefährdung kann überhaupt nur dann die Rede sein, wenn mit einem gänzlichen oder teilweisen Vermögensverlust »ernstlich zu rechnen ist«;<sup>23</sup> hieran fehlt es, wenn der »Eintritt wirtschaftlicher Nachteile nicht einmal überwiegend wahrscheinlich ist, sondern von zukünftigen Ereignissen abhängt, die sich einer Einflussnahme... in ganz wesentlichem Umfang entziehen.«<sup>24</sup> Im vorliegenden Fall ist die Rückforderung des die gesetzlichen Gebühren überschüssenden Honoraranteils insoweit fraglich, als – wie bereits ausgeführt wurde – der Mandant zunächst einmal realisieren muss, dass er insoweit einen Anspruch hat, und er dann diesen Anspruch auch noch erfolgreich durchsetzen muss. Dass dies alles dazu führt, dass der

<sup>18</sup> BVerfG StV 2012, 641 (646) mit Bespr. *Kraatz* JR 2012, 329 (332f.); BGHSt 16, 220 (221); 30, 388 (389); 31, 115, 117; 45, 1 (4); 51, 165 (174); 53, 199 (202); 54, 69 (122); 58, 102 (111); 58, 205 (208); Schönke/Schröder/Perron (Fn. 14), § 263 Rn. 128; vgl. auch SSW-StGB/Satzger, § 263 Rn. 182; NK-StGB/Kindhäuser, § 263 Rn. 317.

<sup>19</sup> Vgl. BeckOK-RVG/Seltmann, § 4 b Rn. 1f.; Teubel, in: Mayer/Kroiß, RVG, 6. Aufl. 2013, § 4 b Rn. 5.

<sup>20</sup> BVerfG StV 2012, 641 (647); BGHSt 34, 394 (395); 47, 160 (167); 51, 165 (177); 53, 199 (201f.); 58, 102 (112); Schönke/Schröder/Perron (Fn. 14), § 263 Rn. 143; *Schuhr* ZStW 123 (2011), 517 (529f.); *Wohlers* ZStW 123 (2011), 791 (810) m. w. N.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 126, 170 (228ff.); BVerfG StV 2012, 641 (647) mit Bespr. *Kraatz* JR 2012, 329, 333f.; BGHSt 58, 205 (209f.); *Wohlers* ZStW 123 (2011), 791 (811).

<sup>22</sup> Schönke/Schröder/Perron (Fn. 14), § 263 Rn. 128, 143f.; *Wohlers* ZStW 123 (2011), 791 (811), jeweils m. w. N.

<sup>23</sup> Vgl. nur BGHSt 21, 112 (113); 34, 394 (395); 47, 160 (167); 51, 165 (177).

<sup>24</sup> BGHSt 51, 165 (177).

objektiv gegebene Anspruch wirtschaftlich betrachtet nicht mit dem Nominalwert angesetzt werden kann, dürfte nicht ernsthaft zu bezweifeln sein.

Nimmt man aber die neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Figur des Gefährdungsschadens ernst, dann kann sich das Tatgericht nicht mit dieser Feststellung begnügen, sondern muss den aktuellen wirtschaftlichen Minderwert des Anspruchs, bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses der (Honorar-)Vereinbarung, konkret beziffern. Dass es gelingen kann, den Minderwert präzise zu berechnen oder auch nur nachvollziehbar in der Form eines Mindestschadens zu schätzen,<sup>25</sup> wird man nun aber bezweifeln müssen. Der BGH geht – in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG – davon aus, dass Schwierigkeiten bei der Bewertung dazu führen, dass sich der Tatrichter sachverständiger Hilfe bedienen muss und gegebenenfalls unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung Mindestfeststellungen zu treffen hat.<sup>26</sup> Für die vorliegende Fallgestaltung ist nun aber schlicht nicht ersichtlich, anhand welcher Kriterien ein Sachverständiger die Höhe des Ausfallrisiko berechnen oder auf welcher Basis das Tatgericht eine diesbezügliche Schätzung vornehmen soll, so dass letztlich mangels belastbarer Anhaltspunkte ein greifbarer Mindestschaden nicht benannt werden kann, weshalb dann ein Schuldspruch nicht er-

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 126, 170 (229 f.); BVerfG StV 2012, 641 (647).

<sup>26</sup> Vgl. BGHSt 53, 199 (203); 54, 69 (125); 58, 102 (112).

gehen könnte.<sup>27</sup> Anders läge es nur dann, wenn man den vorliegenden Fall als einen solchen einstufen will, bei dem das Ausfallrisiko ersichtlich bei 100% liegt und bei dem deshalb konkrete Feststellungen im oben genannten Sinne nicht erforderlich sind,<sup>28</sup> weil der wirtschaftliche Verlust dem Nominalwert des in Frage stehenden Anspruchs entspricht.

Zusammengefasst zeigt der vorliegende Fall damit bezogen auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens zweierlei: Erstens ist zu klären, ob und, wenn ja, wie bzw. anhand welcher Kriterien es möglich ist, ein Ausfallrisiko in einen Mindestschaden umzurechnen, wenn es an konkreten Anhaltspunkten für eine Bewertung der wirtschaftlichen Werthaltigkeit eines Anspruchs fehlt.<sup>29</sup> Und zweitens ist zu klären, wann bzw. unter welchen Umständen man von der kompletten wirtschaftlichen Wertlosigkeit eines rechtlich betrachtet gegebenen Anspruchs ausgehen kann bzw. ausgehen darf.

---

**Prof. Dr. Wolfgang Wohlers:** Basel

---

<sup>27</sup> Vgl. BGHSt 58, 102 (115).

<sup>28</sup> Vgl. BGHSt 58, 205 (209) unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>29</sup> Vgl. auch schon die eher kritische Einschätzung der Umsetzbarkeit der Vorgaben des BVerfG bei *Beulke/Witzigmann* JR 2008, 430 (433) sowie *Kraatz* JR 2012, 329 (334 f.).