

Verteidigung Einfluss auf die Ausgestaltung des Fragebogens haben und inwiefern bestünden Rechte auf Nachbesserungsmöglichkeiten bei den Fragebögen, falls erkannt wird, dass die Fragen durch die befragten Zeugen nicht richtig erfasst werden? Die Gefahr besteht, dass aufgrund der – wie auch immer ausgestalteten – Möglichkeit zur Mitwirkung am Fragebogen durch den Verteidiger/Angeklagten im Ermittlungsverfahren, eine spätere erforderlich werdende Befragung der Zeugen zum Irrtumsnachweis in der Hauptverhandlung eben durch Verteidigung von der Justiz mit dem Argument „abgeschmettert“ würde, das Befragungsrecht des Angeklagten/der Verteidigung sei schon ausreichend berücksichtigt worden. Insoweit ist auch die von *Frank* favorisierte Abschaffung des Zustimmungserfordernis der Verteidigung zur Verlesung der in die Hauptverhandlung eingeführten Fragebögen gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 249 StPO abzulehnen.

Nach den in der hiesigen Dissertation aufgegriffenen Punkten und dem Lösungsvorschlag von *Frank* bleibt abzuwarten, wie sich die Gesetzgebung und Rechtsprechung bei dem noch nicht abschließend gelösten Problem des Irrtumsnachweises in der Hauptverhandlung entwickelt.

Korruption

Rechtsanwalt Marcus Traut, Wiesbaden

Otte – Schätzungen im Rahmen der Schuldfeststellung

Schriften zum Strafrecht, Bd. 319, Duncker & Humblot, Berlin 2018, 304 S., 89,90 Euro

I. Einleitung

Am Ende der Hauptverhandlung steht die Feststellung der Schuld, welche gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 StGB die entscheidende Grundlage für die Strafzumessung darstellt.¹ Der Komplexität des Bemessungsvorgangs wird durch die von der obergerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Meinung in der Literatur² favorisierten Spielraumtheorie Rechnung getragen, welche dem Richter einen Beurteilungsspielraum innerhalb eines Schuldrahmens zugesteht.³ Einen wesentlichen Beitrag zu der Frage nach der Feststellung der Schuld liefert *Otte* mit seiner 2015 an der Freien Universität Berlin angenommenen Dissertation, in der er der Frage nachgeht, ob und wie Schätzungen im Rahmen der Schuldfeststellung statthaft und durchführbar sind. Kernelement des Werkes ist die titelgebende Schätzung. Nach einer umfangreichen Adressierung des begrifflichen Sinngehalts, wird dieser in Form von der gerichtlichen Schätzung mit Verfahrensgrundsätzen in Bezug gesetzt. Sodann erfolgt eine dezidierte Darstellung der im StGB vorhandenen, von *Otte* sogenannten, „Schätzklauseln“, bevor die Schätzung im Rahmen des Schuldumfanges besprochen wird. Neben der Maßgeblichkeit der Untersuchung für die Strafzumessung, ist eine Relevanz für eine etwaige, zukünftige Ökonomisierung des Strafprozesses denkbar.

II. Inhalt

Den Inhalt seines Werkes gliedert *Otte* inhaltlich im Wesentlichen in drei Teile, die durch eine Einleitung und eine Schlussbetrachtung eingerahmt werden. Anlass für seine Untersuchung war die Beobachtung, dass die Modalitäten von Schätzungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur in den letzten zehn Jahren „eher stiefmütterlich behandelt“ wurden. Insbesondere auf das Spannungsfeld zwischen Schätzungen und dem in § 261 StPO kodifizierten Grundsatz der richterlichen Überzeugung wird aufmerksam gemacht. Denn die damit vorausgesetzte Gewissheit des Richters hinsichtlich der entscheidungserheblichen Tatsachen im Rahmen des Prinzips der Wahrheitsermittlung steht im Kontrast zu der notwendigen Ungewissheit bei Schätzungen. Es stellt sich folglich die Frage, ob zur Aufklärung des

¹ *Meier* Sanktionen, 166; BeckOK StGB – von *Heintschel-Heinegg*, § 46 Rn. 2; *Nickolaus* Ankereffekte im Strafprozess, 98 f.

² ständige Rechtsprechung des BGH, siehe etwa: BGH NStZ 1993, 584 oder BGH DStRE 2012, 508; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen – *Franz Streng*, § 46 Rn. 97;

³ *Meier* Sanktionen, 167; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen – *Franz Streng*, § 46 Rn. 97.

Sachverhalts Schätzungen geboten oder gar notwendig sein können, sofern keine andere Möglichkeit der Beweiserhebung besteht.

Als notwendige Grundlage wird sodann zunächst ausführlich auf den Begriff der Schätzung eingegangen. Diesen definiert Otte als das „auf Erfahrung gestützte näherungsweise Bestimmen eines Wertes ohne exaktes Messen“, wobei das prägende Element im Regelfall das Abweichen des Schätzwertes von dem tatsächlichen Ergebnis sei. Der Natur des Schätzens sei daher der Fehler des Ergebnisses immanent. Um dies zu veranschaulichen, werden sodann verschiedene Schätzmethoden aus unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen vorgestellt. Aus der Projektplanung werden die PERT-Schätzung, welche – im Wesentlichen – auf der Grundlage einer Wahrscheinlichkeitsverteilung der Bestimmung von Zeit und Aufwand im Bereich des Projektmanagements dienen sollte, und das Constructive Cost Model, welches als algorithmisches Modell für die Softwareentwicklung konzipiert wurde und den Zusammenhang zwischen der Softwareeigenschaft und den jeweiligen Kosten für die Softwareproduktentwicklung herstellt, präsentiert. Als eine Schätzung im Sinne einer mathematischen Vorgehensweise wird die Maximum-Likelihood-Methode dargestellt, welche vor allem in der Statistik Verwendung findet. Als Grundlage dieser Methode dienen Approximationen (genäherte Ermittlungen) von Zahlenwerten oder Parametern auf der Grundlage von vorhandenen Werten. Diese ergeben mithilfe von mathematischen Formeln das resultierende Schätzergebnis. Voraussetzung ist das Vorliegen einer hinreichend großen Stichprobe einer bestimmten Grundgesamtheit und die Bekanntheit um die Verteilungsform der untersuchten Merkmale. Zuletzt wird die Delphi-Methode vorgestellt, welche eingesetzt wird, um zukünftige Entwicklungen in Wissenschaft oder Technik möglichst genau zu extrapolieren. Das namensgebende Orakel von Delphi indiziert bereits die Ungenauigkeit dieser Methode, bei der in der geläufigsten Ausprägung die Grundlage für die Schätzung, die Befragung verschiedener Experten mithilfe von Fragebögen darstellt. Allen Methoden sei gemein, dass sie nicht zur Verbesserung der Genauigkeit beitragen. Vielmehr sei die Grundlage immer lediglich eine Stichprobe oder das Element der Erfahrung. Das einleitend dargelegte Ungenauigkeitselement wurde durch die Darstellung dieser Schätzmethoden eindringlich unterstrichen.

Nach dieser fächerübergreifenden Darstellung konzentriert sich Otte auf die strafprozessualen Elemente der Schätzung. Insbesondere wird zunächst auf die Bedeutung der subjektiven Überzeugung des Gerichts im Rahmen der freien Beweiswürdigung und des § 261 StPO eingegangen. In diesem Zusammenhang wird die Bedeutung des Grundsatzes „*in dubio pro reo*“ sowie die Spannung zwischen Wahrheitsermittlung, Überzeugung des Gerichts und der Schätzung aufgeführt und insbesondere auf das subjektive Element der richterlichen Überzeugung hingewiesen. Ein besonderes Augenmerk liegt hierbei auf der Darstellung der subjektiven, persönlichen Überzeugung des Richters sowie verschiedenen von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Theorien. Im Laufe der Darstellung werden die einseitig objektive Theorie, die einseitig subjektive Theorie und die objektivierende Theorie beleuchtet und in einer prägnanten Bewertung die Konsequenzen für die richterliche Rechtsprechung der Schätzung dargelegt. Hierbei erachtet Otte das allen vorgestellten Theorien immanente Leitmotiv der möglichst zuverlässigen Ermittlung der materiellen Wahrheit im Sinne der Korrespondenztheorie⁴ – welche er als Zielvorgabe des Strafprozesses ausmacht – für sinnvoll. Eine genaue Bewertung bei der Überzeugungsbildung müsse jedoch jedem Einzelfall vorbehalten bleiben.

Das sodann folgende Kapitel zeigt normierte Schätzklauseln auf. Diese im StGB und der StPO enthaltenen Normen eröffnen aufgrund der Kenntnis um die Schwierigkeit genauerer Ermittlungen von wirtschaftlichen Verhältnissen in bestimmten Fällen die Möglichkeit der Schätzung zur Verfügung, um monetäre Sanktionierungen zu bemessen. Es werden hierbei die Kodifizierungen in § 40 Abs. 3 StGB, § 74c Abs. 3 StGB und § 73b StGB vorgestellt und es findet die Möglichkeit der Schätzung im Adhäsionsverfahren nach §§ 403 ff. StPO i.V.m. § 287 ZPO Behandlung. § 40 StGB hat die Verhängung der Geldstrafe in Form von Tagessätzen zum Gegenstand. Eine Schätzung kann gemäß § 40 Abs. 3 StGB für Einkünfte, das Vermögen des Täters oder andere Grundlagen erfolgen. Der Autor arbeitet heraus, dass in diesen Fällen eine Schätzung zwingend notwendig sei, sofern es Faktoren betreffe, die sich einer exakten Feststellung bereits prinzipiell entziehen. Bei der Möglichkeit von exakten Feststellungen, die sich einer unüberwindbaren praktischen Schwierigkeit gegenübersehen, sei

⁴ vgl. etwa MüKoStPO/Trüg/Habetha StPO § 244 Rn. 47.

eine Modifikation des § 261 StPO vorzunehmen. Der Richter kann dadurch mit einer bloßen Wahrscheinlichkeitsüberzeugung entscheiden, sofern keine anderen Möglichkeiten der Beweiserhebung bestehen. Sofern theoretisch, als auch faktisch Möglichkeiten der Beweiserhebung bestehen, ist die ökonomisch motivierte Umgehung nicht statthaft. Ebenso erfolge eine Modifikation des § 261 StPO in den Fällen des § 74c Abs. 3 StPO und der Verfallsanordnung nach § 73b StPO. Auch hier betreffe dies Fälle nicht feststellbarer Faktoren. Bedenken äußert Otte auch hinsichtlich prozessökonomisch motivierter Schätzungen. Im Rahmen des Adhäsionsverfahrens werden Bedenken hinsichtlich des nemo-tenetur-Prinzips und des Schweigerechts aufgeworfen. Eine Lösung sei durch eine umsichtige Anwendung des Gesetzes möglich.

Der Schwerpunkt der inhaltlichen Fragestellung beginnt nach der Darstellung der kodifizierten „Schätzklauseln“. Einführend wird auf die Schwierigkeit und Komplexität des Themas eingegangen, da für die vorliegende Frage keine gesetzlichen Kodifizierungen und auch kein klarer gesetzgeberischer Wille hierzu vorläge. Zunächst werden ausgewählte Fälle der Rechtsprechung zu der Schätzung des Schuldumfanges behandelt. Die Betrachtung wird getrennt in Fälle zu Schätzungen, zur Fragestellung der Schadenshöhe bei Vermögensdelikten und Schätzungen bei Serienstraftaten. Im Anschluss hieran werden die erarbeiteten Grundsätze des BGH für eine ordnungsgemäße Schätzung des Schuldumfanges zusammengefasst und danach die Rechtsprechungspraxis anhand der Bildung von Fallkategorien bewertet. Vor der Bearbeitung dieser Fallkategorien wird zunächst das Grundproblem der Schätzung betrachtet, nämlich die grundsätzliche Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der richterlichen Überzeugung. Nach der Gegenüberstellung der Ansichten in der Rechtsprechung und dem Schrifttum versucht sich der Verfasser an einer eigenen umfangreichen Bewertung der Fragestellung.

Die von Otte dargestellten Entscheidungen zu Schätzungen im Rahmen des Schuldumfanges zeigen, dass strenge Anforderungen an Schätzungen gestellt wurden, um eine möglichst hohe Genauigkeit zu erreichen. Eine exemplarische Darstellung einzelner Entscheidungen kann dies verdeutlichen. So bezieht sich der Bundesgerichtshof (BGH 36, 320) im Kassenarztfall bei der Durchführung einer Schätzung beispielsweise auf das typisierte Verhaltensmuster des Angeklagten. Denn dieses sei nicht Ausfluss einer singulären Willensbildung gewesen, wodurch dieses statistisch hochgerechnet werden könne. Zudem sei durch die Untersuchung von Stichproben gesichert, dass das Verhalten des Angeklagten ein gleichmäßiges gewesen sei. Zu Bezifferungsmodalitäten bezog das Bundesverfassungsgericht (Beschl. v. 07.12.2011) im Rahmen des sogenannten Al-Quaida-Falles Stellung. Hier bestehe bei Unsicherheiten die Möglichkeit, den Mindestschaden anhand einer tragfähigen Schätzung zu ermitteln. So sei für die Darlegung und Bezifferung das Vorliegen eines Beispielfalles nötig, in dem bereits durch die Beschreibung der Gegebenheit die Darlegung des Mindestschadens sicher möglich war. Dieser rote Faden wird in den beispielhaft aufgeführten Urteilen zu den Schätzungen bei Serienstraftaten weitergesponnen. In diesen wird wiederholt das Verbot von pauschalen Feststellungen betont und hebt im Kontrast hierzu die Beachtung jeder individuellen Tat. Maßgeblich sei weiterhin ein strafbares Gesamtverhalten, welches Serientaten immanent sei. Bei einem solchen Gesamtverhalten sei es zulässig, einen rechnerisch bestimmten Teil des Gesamtgeschehens im Wege der Schätzung zuzuordnen. Jedoch dürfe dieses Vorgehen nur in dem Falle Verwendung finden, wenn sich die Feststellungen nicht auf andere Weise ermitteln ließen (BGHSt 40, 374). Die wesentlichen Grundsätze des Bundesgerichtshofs arbeitet der Verfasser sodann heraus. Diese entwickelt er insbesondere aus der Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs BGHSt 36, 320. Aus diesem wird der erste elementare Grundsatz definiert, dass der Schätzung stets nur die Schadens- bzw. Schuldhöhe dem Grund nach zugänglich sei und nie jedoch das Vorliegen von Tatbestandsmerkmalen. Diesen bezeichnet er als Trennungsgrundsatz und hält ihn außerhalb der gesetzlich normierten Schätzklauseln des StGB für nicht haltbar. Begründet wird dies damit, dass außerhalb dieser Klauseln eine Differenzierung zwischen dem Bestehen des Tatbestandsmerkmals dem Grunde nach und der Schadens- bzw. Schuldhöhe nicht immer präzise ohne weiteres möglich sei. Logische Grenzen seien vor allem im Bereich von wirtschaftsstrafrechtlichen Fällen gegeben. Hier sei nämlich die Operationalisierung normativer Tatbestände notwendig von der Quantifizierung lebenswirklicher Tatsachen abhängig. So sei die Trennung beider Merkmale nicht selten künstlich herbeigeführt, bei Serienstraftaten gar beinahe offensichtlich untrennbar. Hieraus resultiere ein uneinheitliches Bild, das aus der Divergenz der einzubeziehenden Faktoren herrühre.

Dieses uneinheitliche Bild nutzt der Autor, um die Rechtsprechungspraxis anhand der Bildung von Fallkategorien zu bewerten. Einleitend adressiert er die Grundfrage, ob die Vornahme einer Schätzung mit dem Grundsatz der richterlichen Überzeugung gemäß § 261 StPO in Einklang zu bringen ist. Als erste Fallkategorie wird die „*Schätzung immensurabler Faktoren*“ identifiziert. Diesen Fällen sei eigen, dass die genaue Feststellbarkeit der jeweils betroffenen Größen schon grundsätzlich in Frage stehe und durch Volatilität und Flexibilität geprägt seien. In der zweiten Kategorie fasst *Otte* Schätzungen von theoretisch messbaren Faktoren zusammen, deren Messung jedoch unüberwindbare praktische Probleme entgegenstehen. Nachdem umfangreich die Probleme anhand der aufgeführten Entscheidungen umrissen wurden, wie das Fehlen der konkreten Individualisierung von Einzeltaten oder eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten, werden Lösungsvorschläge angeboten. Die dritte Kategorie stellt Schätzungen aus prozessökonomischen Gründen dar, welche sich durch den grundsätzlichen Verzicht einer möglichen Beweiserhebung hervorheben und die Wahrheitsermittlung zugunsten der Ermittlung einer bloßen Wahrscheinlichkeit ignorieren. Hoch problematisch sei dies insbesondere im Lichte der richterlichen Überzeugung und des Amtsermittlungsgrundsatzes. Eine Abweichung von den Grundsätzen des Strafprozesses aufgrund von prozessökonomischen Erwägungen hält *Otte* daher konsequent als eine Legitimation für nicht geeignet, wenn eine Schätzung zum Nachteil des Angeklagten durchgeführt wird. Schätzungen aufgrund von prozessökonomischen Erwägungen seien daher allenfalls einer konsensualen Verständigung gemäß § 257c StPO vorbehalten, auf keinem Fall dürften solche Erwägungen bei einem bestreitendem Angeklagten eine Rolle spielen.

III. Fazit

In seiner Dissertation gelingt es *Otte* durch die Untersuchung von Schlüsselentscheidungen die Grundlagen von Schätzungen im Rahmen der Schuldfeststellung herauszuarbeiten. Insbesondere im Hinblick auf die Abwägung von Schätzungen und prozessualen Prinzipien kann die Dissertation überzeugen. Die in den Schlussausführungen aufgeworfene Betrachtung, dass in Zweifelsfällen der Unschuldsvermutung der Vorrang gebührt, ist überzeugend. Für den mit Schätzungen befassten Leser stellt die Dissertation von *Otte* eine ideale Lektüre dar, die neben der ausführlichen Darstellung der Rechtsprechung, aber auch der Meinungsstreitigkeiten eine sinnvolle Ergänzung darstellt.