

Teil 3. Grundliegende Fragen der vergleichenden Arbeit: Begriffsdefinition, Reformbedarf und Kontrollinstrumente

A. Einleitung

Nun soll rechtsvergleichend untersucht werden, wie eine verfahrensrechtliche Beschränkung des richterlichen Entscheidungsspielraums bei der Strafzumessung ermöglicht werden kann. Dafür müssen zunächst einige grundlegende Fragen zu dieser Untersuchung beantwortet werden:

1. Wie ist der Begriff des „richterlichen Entscheidungsspielraum bei der Strafzumessung“ zu verstehen? Gibt es einen Unterschied zwischen dem im vorhergehenden Teil mehrfach erwähnten Begriff „Entscheidungsspielraum“ und dem in Deutschland üblicherweise verwendeten „Ermessensspielraum“ bei der Strafzumessung? In einer rechtsvergleichenden Untersuchung zwischen zwei Ländern mit unterschiedlichen Rechtssystemen und juristischen Traditionen wie China und Deutschland ist es wichtig, festzustellen, dass beide Seiten ein gemeinsames Verständnis der im Vergleich verwendeten Kernbegriffe haben. (B.)
2. Gibt es in China und Deutschland einen Bedarf, die richterlichen Entscheidungsspielräume bei der Strafzumessung stärker einzuschränken? Für China wurde die Notwendigkeit bereits oben durch empirische Befunde und Fallstudien belegt, eine Reihe von Reformen nach 2010 hat die Problematik bereits aufgegriffen. Zu klären bleibt jedoch, ob es auch in Deutschland ein ähnliches Bedürfnis nach stärkerer Einschränkung von Strafzumessungsspielräumen gibt. (C.)
3. Kann eine Einschränkung der richterlichen Entscheidungsspielräume sinnvollerweise auch durch verfahrensrechtliche Instrumente erfolgen? Die justiziellen Reformen zur Strafzumessung in China betreffen schließlich nicht nur die Verfeinerung der materiellen Strafnormen, sondern auch Änderungen im Verfahrensrecht, die mindestens als ebenso wichtig erachtet werden. Hier stellt sich die Frage nach den Besonderheiten der Kontrollmaßnahmen aus verfahrensrechtlicher Perspektive. Und in welcher Weise flankieren sie die materiellen Strafnormen, um eine effektive Kontrolle der richterlichen Entscheidungsspielräume zu gewährleisten? All diese Fragen müssen auch im Hinblick auf eine etwaige Strafzumessungsreform in Deutschland beantwortet werden (D.)

B. Die Bedeutung des richterlichen Entscheidungsspielraums bei der Strafzumessung

Aus der Darstellung des chinesischen Strafmaßgesetzes und der zugehörigen Reformprozesse ging hervor, dass das chinesische Strafrecht die Begriffe „量刑“ (liang xing, Strafzumessung) und „法官自由裁量权“ (fa guan zi you cai liang quan, richterlicher Entscheidungsspielraum) ziemlich weit gefasst verwendet. Um eine gemeinsame Grundlage für den späteren Vergleich zwischen dem chinesischen und dem deutschen Recht zu schaffen, muss zunächst das Verständnis des Begriffs „Strafzumessung“ im deutschen Schrifttum und in der Rechtsprechung geklärt werden. (I.) Anschließend wird dieses Verständnis in den vielschichtigen Strafzumessungsvorgang eingeordnet und darauf hingewiesen, dass diese enge Auffassung von Strafzumessung die zahlreichen in der deutschen Strafzumessungspraxis verborgenen richterlichen Spielräume außer Acht lässt. (II.) Schließlich wird die jenseits der normativen Perspektive liegende, als sozialer Prozess verstandene Strafzumessung vorgestellt, was auch als gemeinsame Grundlage für den Vergleich der Strafzumessungsnormen zwischen Deutschland und China dienen wird. (III.)

I. Die Strafzumessung als Ausübung des richterlichen Ermessens

Nach dem Prinzip der Gewaltenteilung ist die Judikative, repräsentiert durch den Richter, verantwortlich für die Auslegung und Anwendung der vom Gesetzgeber erlassenen Gesetze in individuellen Fällen. Das klassische Ideal von Montesquieu, dass Richter „nur der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht und willenlose Wesen, die weder seine Schärfe, noch seine Strenge zu mildern vermögen“ („la bouche, qui prononce les paroles de la loi“) sind,²⁴⁵ wurde längst aufgegeben, da der Gesetzgeber nicht alles vollständig regeln kann.²⁴⁶ Bei der Strafzumessung ist daher der faktische Spielraum, wie *Kaspar* beschreibt, das Ergebnis der „Komplexität der Materie und der fehlenden Möglichkeit, alle relevanten Umstände des Einzelfalls vorab abstrakt-generell zu beschreiben.“²⁴⁷

245 Montesquieu, 1951, XI. Buch Kap. 6, S. 225.

246 Puppe, NStZ 2012, S. 409(409).

247 Kaspar, 2018, C 94.

Dieser richterliche Spielraum lässt sich in zwei Begriffe unterteilen: Hat der Gesetzgeber erkannt, dass er nicht jeden regelungsbedürftigen Sachverhalt voraussehen kann und deshalb eine Norm so ausgestaltet, dass dem Rechtsanwender bei der Anwendung ein Spielraum bleibt, wird dieser Spielraum als Ermessen bezeichnet.²⁴⁸ Hat der Gesetzgeber eine Norm nicht so formuliert und die auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe in dieser Norm nicht (z.B. durch Rechtsprechungen) detailliert ausgelegt, dann könnte dem Rechtsanwender bei eigener Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs ein Beurteilungsspielraum zustehen.²⁴⁹ Diese Begriffe stammen ursprünglich aus dem öffentlichen Recht²⁵⁰, werden aber inzwischen auch im Strafrecht verwendet.²⁵¹

Bei der Strafzumessung steht dem Richter ein erheblicher Spielraum zu, da die Strafzumessung wesentlich „ein zugleich tatrichterlicher Wertungsakt und Rechtsanwendung auf einen bestimmten Strafzumessungssachverhalt unter den vom Gesetzgeber formulierten Strafzumessungskriterien und -leitlinien“ ist.²⁵² Als Wertungsakt ist die Strafzumessungsentscheidung „das Werk einer gefestigten Richterpersönlichkeit“²⁵³, die auch die unvermeidbaren Wertungsschwankungen des ein und desselben Urteilenden einkalkuliert²⁵⁴ und mit starrer Rechtsanwendung wenig zu tun hat. Nach h.M. wird dieser richterliche Spielraum bei der Strafzumessung grundsätzlich als tatrichterliches Ermessen angesehen,²⁵⁵ da im StGB jede entsprechende Rechtsfolge einer Straftat einen Strafraum hat (Ausnahme: § 211 Abs. 1 StGB) und die Rechtsprechung längst die Spielraumtheorie entwickelt hat, wonach die zu verhängende Strafe in einem schuldangemessenen Rahmen liegen müsse und das Tatgericht insoweit einen nicht revisiblen Spielraum habe.²⁵⁶

248 Hufen, ZJS 2010, S. 603(603).

249 Hufen, ZJS 2010, S. 603(606). Im öffentlichen Recht ist der Begriff „Ermessen“ durch Gesetze definiert (§ 40 VwVfG/Art. 40 BayVwVfG) und der Begriff „Beurteilungsspielraum“ durch Rechtsprechungen anerkennt, z.B. in BVerwGE 8, 272(274).

250 Rainer, ZStW 108(2009), S. 494(494); vgl. Herdegen, JZ 1991, S. 747(747); Hufen, ZJS 2010, S. 603(603).

251 Rainer, ZStW 108(2009), S. 494(494ff); Kuhli, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger, 2016, S. 189(189f).

252 BGH NJW 2008, 672. Vgl. BVerfG, NJW 2007, 2977; Streng, 2012, Rn. 657.

253 Frisch, 1971, S. 69.

254 Streng, 2012, Rn. 658.

255 Streng, 2012, Rn. 655; BGH NStZ 1990, 334; BGH NJW 2008, 672.

256 BGHSt 7, 86(89); 17, 35(36); SSW-StGB/Eschelbach, 2024, § 46 Rn. 53.

Die Ausübung des Ermessens ist jedoch nicht willkürlich, was bedeutet, dass der Richter die Art und Höhe der verhängten Strafe nicht nach freiem Ermessen entscheiden darf. Vielmehr ist er verpflichtet, die erforderlichen Abwägungen und Umwertungen im Rahmen der normativen Vorgaben vorzunehmen und dabei die mit der Strafe verfolgten Zwecke zu berücksichtigen.²⁵⁷ Solche normative Vorgaben sind z.B. die in § 46 Abs. 2 StGB liegende Relevanzregel²⁵⁸, die besonders wichtigen Strafzumessungsumstände nicht abschließend („namentlich“) aufzählt, die der Richter bei der Strafzumessung berücksichtigen soll.²⁵⁹ Die Kontrolle von Rechtsfragen durch das Revisionsgericht beschränkt sich auf die Einhaltung dieser rechtlichen Schranken und nicht auf die Ermessensausübung innerhalb dieser Schranken.²⁶⁰

Dieses Verständnis der Strafzumessung als eine Kombination des tatrichterlichen Wertungsakts und der Rechtsanwendung führt dazu, dass die Strafzumessung als eine grundsätzlich dem Tatgericht obliegende Aufgabe betrachtet wird, die auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks erfolgt, den es in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat.²⁶¹ Zwar ist der Rechtsfolgenausspruch als Rechtsanwendung durch das Revisionsgericht überprüfbar, doch ist seine Revisibilität stark eingeschränkt, da allein das Tatgericht selbst einen umfassenden Eindruck von Tat und Täter gewinnen kann. Das Revisionsgericht kann daher nur im Falle eines Rechtsfehlers eingreifen, was im letzten Teil der Arbeit noch zu vertiefen sein wird²⁶².

Zusammenfassend steht dem Richter bei der Strafzumessung ein enormer Spielraum zu, der nach h.M. in Deutschland als rechtlich gebundenes Ermessen angesehen wird.²⁶³ Diese Ansicht basiert allerdings auf zwei vermuteten Eigenschaften der Strafzumessung:

257 Meier, 2019, S. 166.

258 Anders als eine Entscheidungsregel legt die Relevanzregel fest, welche Kriterien bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind. Solche Relevanzregeln können in Bezug auf alle unbestimmten Rechtsbegriffe und wertenden Gesetzesbegriffe formuliert werden., siehe: Neumann, ZStW 136(2024), Rn. 103(123).

259 NK/Streng, § 46 Rn. 51.

260 Frisch, 1971, S. 76.

261 BGHSt 17 35 f.; LK/Schneider, §46 Rn. 320.

262 Vgl. Teil 6. C. III. (Seiten 306 ff.) mit konkreten Beispielen.

263 Meier, 2019, S. 166.

1. die Strafzumessung sei bloß eine Kombination von Rechtsanwendungs- und Wertungsakt²⁶⁴, bei der der Richter die schon festgestellten Tatsachen unter die gegebenen Strafzumessungskriterien und -leitlinien subsumiert und durch Abwägung und Umwertung die Strafe verhängt; und
2. die Strafzumessung werde nur als ein normativer Entscheidungsvorgang angesehen und der Strafzumessungsspielraum (Ermessen) sei nur auf normative Weise (nachhaltige revisionsrichterliche Überprüfung) zu kontrollieren.

II. Die Strafzumessung als ein vielschichtiger Vorgang

1. Die erste Phase: Strafrahmensbestimmung

In Deutschland wird die Strafzumessung als ein Vorgang definiert, bei dem das Gericht aus den in Frage kommenden Strafen und Strafhöhen diejenige Strafe auswählt, die für den konkreten Einzelfall angemessen ist.²⁶⁵ Diese enge Definition könnte jedoch dazu führen, dass die Strafzumessung nur als eine Auswahl von Wertungen und Rechtsanwendung innerhalb eines bestimmten Strafrahmens angesehen wird. Die sogenannte „eigentliche“ Strafzumessung²⁶⁶, also die Zumessung von Strafen, ist jedoch nur ein Teil des Strafzumessungsvorgangs, welcher tatsächlich höchst komplex und vielschichtig ist.²⁶⁷

Um die Komplexität der Strafzumessung rational zu analysieren, haben viele Wissenschaftler eigene Schemata entwickelt und den vielschichtigen Vorgang in einige Einzelphasen aufgelöst. In den fünfziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts hat *Spendel* die Strafzumessungsgründe in finale, reale und logische eingeführt: Finale Strafzumessungsgründe sind die Strafzwecke, reale Gründe die Strafzumessungstatsachen und logische Gründe die Strafzumessungserwägungen.²⁶⁸ *Bruns* hat *Spendels* Theorie modifiziert und die Struktur des Strafzumessungsaktes in fünf Phasen gegliedert.²⁶⁹ Jüngst stellten mehrere Wissenschaftler, etwa *Meier*²⁷⁰, in Lehrbüchern und Aufsätzen neuformulierte Schemata vor. In all diesen Ordnungsschemata

264 Kett-Straub/Kudlich, 2021, § 9 Rn. 1; Streng, 2012, Rn. 479.

265 Kett-Straub/Kudlich, 2021, § 9 Rn. 1; Vgl. Kropp, JA 2000, S. 700(700ff.).

266 Streng, 2012, Rn. 479.

267 Vgl. Frisch, 1971, S. 7; Bruns/Güntge, 2019, Kap. 1 Rn. 18.

268 Vgl. Spendel, 1954, S. 191 ff; Bruns/Güntge, 2019, Kap. 1 Rn. 19; Streng, 2012, Rn. 650.

269 Bruns, ZStW 94(1982), S. 115; Bruns/Güntge, 2019, Kap. 1 Rn. 18 ff.

270 Meier, 2019, S. 166 ff.

sind die folgenden drei wichtigsten Phasen im Strafzumessungsvorgang unverzichtbar:

Als Ausgangspunkt muss der Richter zunächst den gesetzlichen Strafraumen für den Einzelfall bestimmen. Bei der Strafraumensbestimmung hat der Richter nicht nur den Regelstrafrahmen, der dem verwirklichten Grund- und Qualifikationstatbestand entnommen wird, sondern auch den Sonderstrafrahmen (etwa den minder oder besonders schweren Fall) und die Voraussetzungen der Strafraumensverschiebung nach § 49 StGB zu untersuchen.²⁷¹ Der Vorgang, bei dem der Gesetzgeber für jede Straftat einen entsprechenden Strafraumen bestimmt, ist jedoch im Wesentlichen dem richterlichen Strafzumessungsakt sehr ähnlich, da die Abstufung und Rangordnung der strafrechtlichen Rechtsgüter und die abschließende Bestimmung der Strafhöhe beide von der gleichen vorweggenommenen Wertabstufung der Gesellschaft und den Strafzwecken (Vergeltung, General- sowie Spezialprävention) abhängig sind.²⁷² Der Tatbestand stellt deswegen einen übergeordneten Strafzumessungsgrund für jede Straftat dar, was durch wichtige Strafzumessungsregeln wie das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen (§ 46 Abs. 3 StGB) und strafmildernden Umständen (§ 50 StGB) unterstützt wird.²⁷³

Eine Besonderheit liegt jedoch darin, dass der Richter bei der Strafraumensbestimmung verfassungsrechtlich (Art. 97 Abs. 1 GG) an die gesetzgeberische Vorwertung gebunden ist. Die Macht der gesetzlichen Strafbemessung, für jede Straftat einen spezifischen Strafraumen zu bestimmen, liegt beim Gesetzgeber und unterscheidet sich daher grundlegend von der richterlichen Strafzumessung.²⁷⁴ Hier ist die richterliche Strafraumenbestimmung als „normale Rechtsanwendung“²⁷⁵ und deshalb uneingeschränkt revisibel.²⁷⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Richter bei der Strafraumensbestimmung gar keinen Spielraum hat. Die Rechtsprechung lässt die Gesamtabwägung im Einzelfall zu, wenn bei der Strafraumensbestimmung eine Wertung erforderlich ist, wie bei den Fällen der fakultativen Strafmilderung nach dem §§ 13 StGB (Unterlassen), 17 StGB (Verbotsirrtum), 21 StGB (erheblich verminderte Schuld), 23 StGB (Versuch) sowie bei

271 Kett-Straub/Kudlich, 2021, § 9 Rn. 32; Meier, 2019, S. 176ff.

272 Bruns/Güntge, 2019, Kap. 4 Rn. 1.

273 Bruns/Güntge, a.a.O. Kap. 10 Rn. 1; Kett-Straub/Kudlich, 2021, § 9, Rn. 38.

274 Bruns/Güntge, a.a.O. Kap. 1 Rn. 14.

275 Kudlich/Koch, NJW 2018, S. 2762(2763).

276 MüKoStGB/Meier, § 46 Rn. 130.

den besonders oder minder schweren Fällen.²⁷⁷ Beispielsweise enthält sich der Gesetzgeber bei den unbenannten minder und besonders schweren Fällen der Festlegung der Voraussetzungen für die Strafraumenverschiebung (unbestimmte Rechtsbegriffe) und räumt dem Richter einen nicht näher konkretisierten Beurteilungsspielraum ein.²⁷⁸ Das BVerfG hält den richterlichen Beurteilungsspielraum bei „besonders schwerer Fall“ trotz des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG) für verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sich „mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm“ gewinnen lässt.²⁷⁹

2. Die zweite Phase: Feststellung der strafzumessungserheblichen Tatsachen

In der zweiten wichtigen Phase der Strafzumessung muss der Richter die für die Strafzumessung bedeutsamen Tatsachen feststellen. Diese Phase ist zweistufig: Zunächst ist zu entscheiden, welche Tatsachen strafzumessungserheblich sind. Anschließend muss die Glaubwürdigkeit dieser Tatsachen festgestellt werden. Im Vergleich zum materiellen Strafrecht betreffen sie mehr prozessuale Aspekte.

Der erste Schritt wird aus prozessualer Perspektive so formuliert, dass zu klären ist, welche Beweismittel wegen ihrer Bedeutung für die Strafzumessung in der Hauptverhandlung aufgenommen werden sollen. Dabei sind alle für die Strafzumessung relevanten Tatsachen in der gesetzlich vorgeschriebenen Form unter Beachtung der Prozessmaximen der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit aufzuklären (Strengbeweis).²⁸⁰ Da die Beweisaufnahme der nachfolgenden richterlichen Strafzumessung dient, beruht die Beurteilung, welche Beweismittel für die Rechtsfolgen von Bedeutung sind, auf den in § 46 StGB festgelegten Grundsätzen der Strafzumessung.

277 Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017, Rn. 884.

278 Meier, 2019, S. 178.

279 BVerfGE 45, 363 (371 f.).

280 vgl. etwa BGH NSTZ 1985, 466(468); StV 2006, 118(119); Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 Rn. 6; LR/Becker, § 244 Rn. 17 m.w.N.

Diese Beurteilung darf nicht willkürlich sein, wobei das Gericht verpflichtet ist, von Amts wegen aller strafzumessungserheblichen Beweismittel aufzunehmen (Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO). Der Richter muss die Strafzumessungstatsachen möglichst vollständig ermitteln, jedenfalls prozessual korrekt feststellen und nachweisen. Wahrunterstellungen vor Erschöpfung naheliegender Beweismittel sind unzulässig,²⁸¹ da „nur dann das Revisionsgericht an sie (die Strafzumessungstatsachen) gebunden ist und nur dann sie eine tragfähige sichere Grundlage für die Bemessung der Strafe und deren Kontrolle bilden.“²⁸² Außerdem sind die Prozessbeteiligten berechtigt, einen Beweisantrag zu stellen, wenn der Antragsteller ernsthaft verlangt, Beweis über eine bestimmte behauptete konkrete Tatsache, die die Rechtsfolgenfrage betrifft (§ 244 Abs. 3 S. 1 StPO). Das Gericht darf einen solchen Beweisantrag nur mit einem begründeten Gerichtsbeschluss ablehnen.²⁸³ Die zulässigen Ablehnungsgründe sind im Gesetz erschöpfend aufgezählt.²⁸⁴

Trotz der Aufklärungspflicht und des Begründungszwangs bei der Ablehnung steht dem Richter in diesem Schritt noch Spielraum zur Verfügung. Beispielsweise sind die persönlichen Verhältnisse (§ 46 Abs. 2 StGB) für die Strafzumessung erheblich, deren Ermittlungsumfang jedoch in der Praxis von Fall zu Fall variiert. Einheitliche Kriterien lassen sich nicht aufstellen.²⁸⁵ Bei massentypischen Bagatelldaten kann der Richter daher weitgehend auf detaillierte Ermittlung zu den persönlichen Verhältnissen verzichten, sofern es sich um typische Durchschnittsfälle handelt und keine einschlägigen Vorstrafen oder besondere Umstände in Bezug auf die Tat oder deren Rechtsfolgen vorliegen.²⁸⁶ Darüber hinaus wird die Aufklärungspflicht durch Schätzklauseln des materiellen Strafrechts (etwa §§ 40 Abs. 3, 73b, 73d Abs. 2, 74c Abs. 3 StGB) beschränkt, wonach der Richter nicht alle für die Berechnung der Rechtsfolgen notwendigen Einzelheiten klären muss, sondern sie im Interesse der Verfahrenserleichterung nach der Lebenserfahrung schätzen kann.²⁸⁷ Außerdem gibt es bei den im Gesetz aufgezählten Ablehnungsgründen auch Möglichkeiten, dass der Richter „nach dem pflichtgemäßen Ermessen“ selbst entscheidet (§ 244 Abs. 5 S. 1

281 Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017, Rn. 1292.

282 Bruns/Güntge, 2019, Kap. 20 Rn. 1.

283 Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 Rn. 82.

284 BGH 29, 149(151); vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 Rn. 82.

285 Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017, Rn. 1293.

286 Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017, Rn. 1294.

287 LR/Becker, § 244 Rn. 11; Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 Rn. 15.

und 3 StPO), sofern die Ausübung dieses Ermessens die Sachaufklärung nicht beeinträchtigt.²⁸⁸

Im zweiten Schritt dieser Phase beschäftigt sich der Richter mit der Feststellung der strafzumessungserheblichen Tatsachen basierend auf den aufgenommenen Beweismitteln. Dies umfasst zunächst die Verwertung der strafzumessungserheblichen Beweismittel. Nach dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) gibt es keine verbindliche Beweisregel, die festlegt, welche Überzeugung ein Richter aufgrund bestimmter Beweismittel haben muss, insbesondere welchen Wert er diesen Beweisen beimessen soll,²⁸⁹ da zur Überzeugung nicht nur eine „rational-objektive Grundlage“²⁹⁰, sondern auch die „persönliche Gewissheit des Richters“²⁹¹ erforderlich ist. Die Gemeinsamkeit von Strafzumessung und Beweiswürdigung besteht darin, dass die Entscheidungsfindungen so höchstpersönlich sind, dass sie nur beschreibend verbalisiert werden können (§ 46 StGB für Strafzumessung und § 261 StPO für Beweiswürdigung), was dem Richter ein enormes Ermessen einräumt.²⁹²

Die Feststellung der strafzumessungserheblichen Tatsachen ist dennoch ein rechtlich gebundener Akt, bei dem der Grundsatz „in dubio pro reo“ als Entscheidungsregel eine wichtige Rolle spielt. Dieser Grundsatz gibt nicht vor, wie der Richter die Beweismittel zu würdigen hat, sondern greift erst nach abgeschlossener Beweiswürdigung ein und erfordert vom Richter, bei Anwendung des materiellen Strafrechts, jeden nach umfassender Beweiswürdigung nicht behebbare Zweifel zugunsten des Angeklagten ausulegen.²⁹³ Obwohl der Zweifelssatz unstrittig auf die rechtsfolgenbezogenen Tatsachen anwendbar ist²⁹⁴, hat der Richter im Vergleich zur Schuldfrage größeren Spielraum bei der Feststellung der strafzumessungserheblichen Tatsachen. Für die strafzumessungserheblichen prognostischen Erwägungen, etwa der Gefährlichkeitsprognose, und die Feststellung der für die Beurteilung der Prognose erheblichen Tatsachen (umstritten!²⁹⁵), ist

288 LR/Becker, § 244 Rn. 53.

289 Vgl. BGH NStZ 14, S. 475(475); BGH StV 88, S. 239(239); Meyer-Goßner/Schmitt, § 261, Rn. II; LR/Sander, § 261 Rn. 13 m.w.N.

290 Fezer, StV 1995, S. 95(100).

291 BGH StV 1993, S. 510(510).

292 Vgl. SSW-StGB/Eschelbach, § 46 Rn. 1.

293 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 261, Rn. 26; LR/Sander, § 261 Rn. 182.

294 Vgl. BGH, Beschl. vom 15.08.2007 – 2 StR 342/07.

295 Die Befürworter glauben, dass der Zweifelssatz nicht für einzelne Tatsachen bei der Schuldfeststellung gilt. Bestehen nach der Beweiswürdigung noch Zweifel, entscheidet das Gericht zugunsten des Angeklagten. Bei Prognosen wird meist verneint, dass

der Richter nicht durch den Zweifelssatz beschränkt, weil man von einer zukünftigen menschlichen Entwicklung nicht überzeugt sein kann.²⁹⁶

3. Die dritte Phase: Umsetzung der Strafzumessungstatsachen in ein bestimmtes Strafmaß

Die dritte Phase bezieht sich auf die obengenannte enge Definition der Strafzumessung (Siehe: 3.Teil B. II. 1.), nämlich den Vorgang, dass der Richter alle festgestellten Strafzumessungstatsachen miteinander abwägt und das Abwägungsergebnis in ein bestimmtes Strafmaß umwandelt. Dabei geht der Ausgangspunkt vom gesetzlichen Strafraumen aus. Seit dem Jahr 1960 erkennt die Rechtsprechung an, dass der gesetzliche Strafraumen eine relative Abstufung von Strafen nach deren Schweregrad enthält,²⁹⁷ sodass das gesetzliche Mindestmaß der Strafe entsprechend der Untergrenze für die denkbar leichtesten Fälle ist, während die denkbar schwersten Fälle an der Obergrenze des Strafraumens angesiedelt sein müssen.²⁹⁸ In diesem Sinne sind die Strafraumen „Ausdruck des arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen Gesetzgeber und Gericht bei der Findung des richtigen Strafmaßes“²⁹⁹, da durch die von Untergrenze bis Obergrenze des Strafraumens gestellte kontinuierliche Schwereskala ersichtlich wird, welche Strafe der Gesetzgeber im Einzelfall dem Richter vorgibt. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung die Spielraumtheorie entwickelt, um das richterliche Ermessen innerhalb des Strafraumens zu begrenzen.³⁰⁰ Nach dieser gegenwärtig dominierenden Strafzumessungslehre³⁰¹ muss der Richter innerhalb des anwendbaren gesetzlichen Strafraumens einen auf den Fall bezogenen Schuldrahmen bestimmen und bei der Feststellung des Strafmaßes die Schuldüberschreitung sowie -unterschreitung vermeiden.³⁰²

bei Unsicherheit zugunsten des Angeklagten entschieden werden muss, da dann keine „Erwartung“ straffreier Führung vorliegt. vgl. Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017, Rn. 204. a.A. siehe z.B. Bruns/Güntge, 2019, Kap. 21 Rn. 13.

296 Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017, Rn. 1301. vgl. LR/Sander, § 261, Rn. 27.

297 OLG Stuttgart MDR 1961, S. 343(343f).

298 Vgl. Meier, 2019, S. 238; Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017, Rn. 1165.

299 Meier, 2019, S. 238 f.

300 Vgl. BGHSt 7, 28ff., 32; BGHSt 20, 264ff., 266f.; BGHSt 24, 132ff., 133f.

301 Vgl. Spengel, 1954, S. 176 ff; Streng, 2012, Rn. 626 ff.; Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017, Rn. 1158 ff; Güntge, ZIS 2018, S. 384(384 ff.); Meier, 2019, S. 171 f; Kett-Straub/Kudlich, 2021, § 9 Rn. 10 ff.

302 Vgl. Güntge, ZIS 2018, S. 384(384ff.); Streng, 2012, Rn. 626.

Es ist jedoch schwer zu leugnen, dass weder der gesetzliche Strafraumen noch die Spielraumtheorie eine ausreichende Leitlinie anbietet, etwa eine Fixierung des Strafmaßes in Tabellenform wie in den USA³⁰³, die den richterlichen Spielraum bei dem Umsetzungsvorgang erheblich begrenzen kann. Dies bedeutet, dass trotz der strukturellen und normativen Vorgaben diese Phase „ein unvermeidlich breites Einfallstor der Individualität des Urteilenden in die Strafzumessung“³⁰⁴ darstellt und dabei immer noch ein enormer Ermessensspielraum bleibt, innerhalb dessen der individuelle Richter seine eigene Bewertung und Gewichtung der Strafzumessungstatsachen vornehmen kann. Dabei spielen persönliche Ansichten und Wertungen des Richters eine Rolle, was zu einer gewissen Varianz in den verhängten Strafen führen kann.

4. Zusammenfassung

In jeder der obengenannten Phasen der Strafzumessung gibt es richterliche Spielräume. Die Ansicht der Rechtsprechung, den Strafzumessungsspielraum als tatrichterliches Ermessen anzusehen, beschränkt den vielschichtigen Strafzumessungsvorgang nur auf den „tatrichterlichen Wertungsakt und Rechtsanwendung auf einen bestimmten Strafzumessungssachverhalt unter den vom Gesetzgeber formulierten Strafzumessungskriterien und -leitlinien“³⁰⁵. Obwohl die Umsetzung der Strafzumessungstatsachen in ein bestimmtes Strafmaß zugleich als „Kernphase“ und „Achillesferse der Strafzumessung“³⁰⁶ angesehen wird und daher von manchen Wissenschaftlern als der „Strafzumessungsvorgang im engeren Sinne“³⁰⁷ bezeichnet wird, ist es unverzichtbar, alle wichtigen Phasen des Strafzumessungsvorgangs und darin liegende richterliche Spielräume zu berücksichtigen, wenn man den sehr divergenten und apokryph wirkenden Strafzumessungsvorgang vereinheitlichen und rationalisieren möchte.

Nach dem im zweiten Teil vorgestellten chinesischen Strafzumessungsrecht ist leicht zu erkennen, dass die Begriffe „Strafzumessung“ und „richterlicher Entscheidungsspielraum“ in China in einem weiteren Sinn verwendet werden. Aus chinesischer Perspektive sind die Tatsachen, die die

303 Kaspar, 2018, C 83.

304 Streng, 2012, Rn. 531.

305 BGH NJW 2008, 672; vgl. BVerfG, NJW 2007, 2977; Streng, 2012, Rn. 657.

306 Giannoulis, 2014, S. 8; vgl. Frisch, ZStW 99(1987), S. 751(794).

307 Pallin, 1982, Rn. 99 ff.; vgl. Frisch, ZStW 99(1987), S. 751(783).

Strafrahmensbestimmung beeinflussen könnten (etwa die vertyppte Milde-rungsgründe sowie die im besonderen Teil StGB liegende minder und besonders schwere Fälle), und die in § 46 Abs. 2 StGB aufgezählten Strafzu-messungstatsachen im Wesentlichen gleich, da beides nach vergeltenden und/oder präventiven Gedanken für die Strafzumessung entscheidend sein sollten (Doppelverwertungsverbot). Der einzige Unterschied liegt darin, dass Erstere größeren Einfluss auf die Feststellung des Strafmaßes (nämlich die Strafrahmenverschiebungswirkung, siehe 2.Teil, B. II. 4.) haben. Daher reguliert der Gesetzgeber diese Tatsachen detaillierter und räumt dem Richter weniger Spielraum ein.

Außerdem ist bemerkenswert, dass die Beweisaufnahme und -würdigung der für die Strafzumessung erheblichen Beweismittel auch ein großer Teil des chinesischen Strafzumessungsrechts und seiner Reform ist. Ob-wohl die Ermittlung und Verwertung der Strafzumessungstatsachen ganz entscheidend für die Strafzumessung ist³⁰⁸, werden die richterlichen Spiel-räume dabei vergleichsweise wenig im Schrifttum berücksichtigt, wenn die Beschränkung des richterlichen Spielraums bei der Strafzumessung in Deutschland diskutiert wird.³⁰⁹ Soweit die Feststellung der Strafzumes-sungstatsachen zu einer unverzichtbaren Phase des Strafzumessungsvor-gangs gehört, ist es jedoch ganz offensichtlich, dass die Strafzumessung sich nicht nur auf die Rechtsanwendung, sondern auch auf die Tatsachenermitt-lung bezieht.

Wenn das Ziel darin liegt, das chinesische und deutsche Strafzumes-sungsrecht auf die gleiche Ebene vergleichbar zu machen, um die Mög-lichkeiten der Vereinheitlichung und Rationalisierung des Strafzumessungs-vorgangs zu erforschen, muss die richterliche Strafzumessung als ein viel-schichtiger Vorgang verstanden werden, wobei die in jeder Phase auftau-chenden Spielräume zu berücksichtigen sind. Damit erscheint der chinesi-sche Begriff „Entscheidungsspielraum“ passender als das in der deutschen Rechtsprechung verwendete „Ermessen“, da dieser – aus dem Verwaltungs-recht stammend – nicht in der Lage ist, die nicht im Gesetz vorliegenden Spielräume (Beurteilungsspielraum) und die Spielräume bei der Tatsachen-seite (etwa die freie Beweiswürdigung) zu umfassen.

308 Vgl. Bruns/Güntge, 2019, Kap. 20 Rn.1; Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017, Rn.1274 ff.

309 z.B. siehe die diversen Stellungnahmen im Schrifttum über die Strafmaßdispari-täten im Jahre 2018, damals wurde das Thema in der Strafrechtsabteilung des 72. Deutschen Juristentages diskutiert. vgl. Kaspar, 2018, C 104ff; Grosse-Wilde, ZIS 2018, S.130(130ff.); Streng, StV 2018, S. 593(594ff.); Kudlich/Koch, NJW 2018, S. 2762(2763ff.).

III. Die Strafzumessung als ein sozialer Prozess

In früherer Zeit wurde die Strafzumessung als reine Ermessensentscheidung des Richters angesehen.³¹⁰ Um die Strafzumessung zu nominieren, wurden in der Folgezeit in Deutschland immer mehr Strafzumessungsregeln entwickelt, so dass der Ermessensspielraum des Richters allmählich durch die revisionsrichterliche Überprüfung der Rechtsanwendung eingeschränkt wurde.³¹¹ Auch in der jüngeren Diskussion über die Vereinheitlichung des Strafmaßes auf dem 72. Deutschen Juristentag (DJT) ging die Mehrheit der Stellungnahmen noch in die gleiche Richtung, in der Hoffnung, dass der richterliche Ermessensspielraum durch die Verfeinerung der Strafzumessungsregeln weiter eingeschränkt werden könnte.³¹²

Diese Lösung beruht jedoch auf einer impliziten logischen Prämisse, nämlich der, dass es eine Dichotomie zwischen Rechtsnormen und Spielraum gibt. Spielraum, verstanden aus dieser normativen Perspektive, ist das „Loch“, das die Rechtsnormen in der normativen Welt hinterlassen. Er wird immer durch sein Gegenteil, die bereits bestehenden Rechtsnormen, definiert. Dworkin hat diese Dichotomie mit einem Doughnut verglichen: „Discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction.“³¹³ Je knapper die Rechtsnormen in einem bestimmten Bereich sind, desto größer ist das „Loch“, das im Spielraum zurückbleibt, so die Annahme. Durch eine Verfeinerung der Rechtsnormen in diesem Bereich kann die Ausweitung des Ermessensspielraums begrenzt werden. Wenn beispielsweise Wissenschaftler über die Beschränkung des Ermessensspielraums bei der Strafzumessung sprechen, meinen sie damit die „Zähmung“ seiner „Exzesse“ durch gesetzliche Vorschriften.³¹⁴

Aber in der Praxis entscheidet die Detailliertheit der Rechtsnormen oft nicht über den tatsächlichen Ermessensspielraum der Richter bei der Strafzumessung. Eine Studie zur Anwendung von Freiheitsstrafen in England und Wales zeigt, dass selbst wenn es aus normativer Sicht viele Alternativen zur Freiheitsstrafe gibt, die Strafrichter letztlich oft dennoch die Freiheitsstrafe verhängen. Sie behaupten häufig, sie hätten „keine andere Wahl“,

310 Vgl. Spendel, 1954, S. 238; Kaspar, 2018, C 93.

311 Vgl. Streng, 2012, Rn. 654 ff; Kaspar, 2018, C 93.

312 Vgl. Kaspar, 2018, C 104 ff; Grosse-Wilde, ZIS 2018, S. 130(130 ff.); Streng, StV 2018, S. 593(594 ff.); Kudlich/Koch, NJW 2018, S. 2762(2763 ff.).

313 Dworkin, 1977/1978, S. 31.

314 Tata, 2020, S. 28.

als einen Straftäter ins Gefängnis zu schicken.³¹⁵ Die Studie legt nahe, dass es verschiedene Gründe gibt, die diese Richter dazu veranlassen, eher Freiheitsstrafen zu verhängen, wie etwa der weit verbreitete Gedanke der Vergeltung. Um jedoch ihr eigenes Schuldgefühl, das durch das Inhaftieren von Menschen entsteht, zu lindern, neigen sie dazu, ihren im normativen Sinne vorhandenen Ermessensspielraum zu leugnen und ihre Strafzumessungsentscheidungen als eine „unvermeidbare Notwendigkeit“ darzustellen. Auf diese Weise versuchen sie, ihre eigene moralische Verantwortung zu verringern.³¹⁶ In der tatrichterlichen Praxis wird die Strafzumessung, wie von Meier gezeigt, „zum Teil auch an Gesichtspunkten orientiert, die in diesem normativen Schema nicht vertreten sind.“³¹⁷ Ein Beispiel dafür ist die Überlegung des Gerichts, welche Strafe der Angeklagte voraussichtlich akzeptieren und daher keine Rechtsmittel einlegen wird. Ein weiteres Beispiel ist die Berücksichtigung der durch das Strafverfahren entstandenen Kosten bei der Festsetzung einer Geldstrafe.³¹⁸

Nach Ansicht Tatas leitet sich die Vorstellung der Dichotomie zwischen Rechtsnorm und Spielraum ursprünglich aus dem Grundgedanken der persönlichen Eigentumsfreiheit ab, der die eigene Freiheit (Eigentumsrecht) von der äußeren Beschränkung (Rechtsnormen) unterscheidet und eine wichtige Rolle in der kapitalistischen Gesellschaft spielt. Eigentum ist hier eine definierende Metapher für eine begrenzte, individualistische und atomistische Art des Selbst.³¹⁹ Der ausschließliche Spielraum des Richters bei der Strafzumessung wurde mit einem verfügbaren „Eigentumsrecht“ (Macht) verglichen und dies hat zur Entwicklung einer theoretischen Darstellung des Ermessensspielraums bei der Strafzumessung im Gegensatz zu den Rechtsnormen geführt.³²⁰ *Aber die Strafzumessung ist nicht nur ein normativer Prozess, sondern ein sozialer Prozess.*³²¹ In dieser Perspektive ist die Strafzumessung keine Macht, die dem Richter „gehört“, sondern ein kollektiver Entscheidungsvorgang im Rahmen eines sozialen Mechanismus (des Strafverfahrens), an dem mehrere Akteure (auch andere Verfahrenseteiligte, die Öffentlichkeit usw.) beteiligt sind. Es handelt sich um einen Prozess, in dem die Justizbehörden, von der Polizei über den Staatsanwalt bis zum Richter, zusammenarbeiten, um das Strafmaß für den Angeklagten

315 Tombs/Jagger, BJC 46(2006), p.810.

316 Tombs/Jagger, a.a.O. p.809.

317 Meier, 2019, S. 166.

318 Meier, a.a.O. S. 166.

319 Davies, 2010, S. 116.

320 Vgl. Tata, 2020, S. 28 ff.

321 Tata, a.a.O. S. 5 ff.

festzulegen. Aufgrund des irrationalen und individualisierten Charakters der Strafzumessung selbst muss die Strafzumessung als soziale Tätigkeit von einem Individuum (nämlich dem Richter im Strafverfahren) als Träger der endgültigen Entscheidung vorgenommen werden.

Um den Entscheidungsvorgang des Richters bei der Strafzumessung in der Praxis wirklich zu verstehen, sollte die Vorstellung der Dichotomie zwischen Rechtsnormen und richterlichem Ermessensspielraum nach der hier vertretenen Auffassung aufgegeben werden. Der Weg, der die Strafzumessungsentscheidung des Richters beeinflussen oder kontrollieren kann, beschränkt sich nicht nur auf die ständige Verfeinerung der materiellen Strafzumessungsnormen. Vielmehr können auch verschiedene Elemente des sozialen Prozesses, die die Entscheidungsfindung der Richter beeinflussen, eine Rolle spielen. Aus dieser Perspektive bezieht sich der richterliche Spielraum bei der Strafzumessung offensichtlich nicht nur auf das normative Ermessen, sondern umfasst alle „Entscheidungsspielräume“ im gesamten sozialen Prozess. Im Gegensatz zur normativen Perspektive wird die Kontrolle dieses Entscheidungsspielraums nicht nur durch eine nachträgliche Überprüfung (revisionsrichterliche Kontrolle) erreicht. Sie versucht vielmehr, über alle sozialen Mechanismen Einfluss auf die subjektive Initiative des Richters zu nehmen und zielt letztlich darauf ab, den höchstpersönlichen und irrationalen Urteilsfindungsvorgang ein gewisses Maß an öffentlicher und institutioneller Rationalität zu verleihen.

Die Aufgabe des Strafgesetzgebers besteht darin, die Möglichkeiten zu untersuchen, die vielfältige Mechanismen, die sich auf den richterlichen Entscheidungsspielraum bei der Strafzumessung auswirken, in die Rechtsnormen aufzunehmen und die normative Kontrolle des Entscheidungsspielraums durch die Gestaltung von Regeln zu erreichen, etwa wie die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, die innerprozessuale Gewaltenteilung und das Rechtsmittelsystem, die von *Schünemann* schon aufgezählt wurden.³²²

C. Die Beschränkungsbedürftigkeit des richterlichen Entscheidungsspielraums

Im Zuge der Erklärung des Begriffs des Entscheidungsspielraums werden die verschiedenen Arten von Spielraum im Strafzumessungsvorgang unter-

322 Vgl. Schünemann, in:FS-Streng, 2017, S. 755(759f.)

sucht. Es stellt sich die Frage, wie diese Entscheidungsspielräume in einem rationalen Strafzumessungsrecht behandelt werden sollten. Soll die durch die Unabhängigkeit des Richters (Art. 97 Abs. 1 GG; § 25 DRiG) geforderte Strafzumessungsautonomie gewahrt bleiben, indem die Entscheidungsspielräume uneingeschränkt belassen werden, oder sollten sie aus bestimmten Gründen eingeschränkt werden? Darüber hinaus ist zu erörtern, ob das bestehende Strafzumessungsrecht in Deutschland die Kontrollfunktion zufriedenstellend erfüllt. Im Folgenden werden zunächst die Strafzumessungsbeschränkungen aus der doppelten Perspektive von Strafzwecken und Verfassungsnormen beleuchtet (I.). Anschließend wird ein kurzer Überblick über die empirischen Studien zur Strafzumessungsungleichheit in Deutschland gegeben (II.).

I. Die theoretische Beschränkung der Strafzumessung

1. Angemessenheit der Strafzumessung

Um die Frage zu beantworten, ob die richterlichen Entscheidungsspielräume bei der Strafzumessung begrenzt werden sollen, ist es notwendig zu berücksichtigen, warum Strafen verhängt werden. Die absolute Straftheorie war historisch dominierend und betrachtet die Strafe als Selbstzweck. Heutzutage wird dieser Begriff als die Gegenposition zur „relativen Straftheorie“ verwendet und fasst damit alle Argumente zusammen, die die Strafe nicht als ein Mittel zur Erreichung bestimmter Ziele, wie der Prävention und der Resozialisierung, ansehen.³²³

Die Vergeltungstheorie, als wichtigste Ausprägung der absoluten Straftheorie, findet ihre Wurzeln bei *Kant* und *Hegel*.³²⁴ *Kant* illustriert in der „Metaphysik der Sitten“ (1798) diese Theorie mit seinem berühmten „Inselbeispiel“: Selbst wenn sich eine Gesellschaft auflösen würde, müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vor der Auflösung hingerichtet werden, um sicherzustellen, dass jeder die Konsequenzen seiner Taten trägt.³²⁵ *Hegel* ergänzt dies in seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ (1821), indem er eine Straftat als Verletzung des Rechts ansieht, die durch die Strafe, als „Negation der Negation“, aufgehoben und das Recht

323 Hörnle, 2017, S. 17.

324 Streng, 2012, Rn. 11; Hörnle, 2017, S. 17 f.; Roxin/Greco, 2020, § 3 Rn. 3 f.; Kett-Straub/Kudlich, 2021, § 3 Rn. 6.

325 Roxin/Greco, 2020, § 3 Rn. 3.

wiederhergestellt wird.³²⁶ Die Strafe ist somit eine moralische Vergeltung für das begangene Unrecht.

Kritiker der absoluten Theorie sind der Meinung, dass sie eine strafgerichtliche Verurteilung nicht begründen kann. *Maurach* spricht von der „zweckgelösten Majestät“ der Vergeltungsstrafe, indem er darauf hinweist, dass Majestäten gegenüber ihren Untertanen keiner Begründungspflicht unterliegen.³²⁷ Diese Sichtweise ist jedoch in einem modernen Rechtsstaat nicht haltbar. Die Verhängung von Strafe stellt einen erheblichen Eingriff in die Grundrechte dar – so *Hörnle* – und erfordert daher eine sorgfältige und transparente Begründung.³²⁸ In einem Rechtsstaat ist es unabdingbar, dass jede strafrechtliche Entscheidung auf nachvollziehbaren und rechtlich fundierten Gründen basiert, um Willkür zu vermeiden und das Vertrauen in die Justiz aufrechtzuerhalten. In der neueren deutschen Strafrechtswissenschaft wird die Gerechtigkeitstheorie als „relative Vergeltungstheorie“ betrachtet. Diese Theorie verknüpft die Vorstellung, dass die gerechte Strafe auch diejenige ist, die das Rechtsgefühl der Allgemeinheit am stärksten gewährleistet. Die gerechte Strafe soll nicht nur dem Täter gerecht werden, sondern auch das Vertrauen der Gesellschaft in das Rechtssystem festigen. Sie verbindet somit Elemente der Vergeltung mit den positiven Einwirkungen auf die Gesellschaft und den Täter.³²⁹

Im Gegensatz dazu betont die relative Straftheorie, dass die Strafverhängung durch ihre positiven Einwirkungen gerechtfertigt sein muss. Hierbei steht der Gedanke der Generalprävention und der Spezialprävention im Mittelpunkt. Herkömmlich ist der populärste generalpräventive Strafzweck die Abschreckung der Allgemeinheit. Diese Theorie, ursprünglich von *Anselm von Feuerbach* entwickelt, basiert auf dem Konzept des „psychologischen Zwangs“.³³⁰ *Feuerbach* formulierte dies wie folgt: „Der Zweck der Androhung der Strafe im Gesetz ist Abschreckung aller von Rechtsverletzungen. Der Zweck der Zufügung derselben ist die Begründung der Wirksamkeit der gesetzlichen Drohung, inwiefern ohne sie diese Drohung leer sein würde.“³³¹ Nach diesem heutzutage als „negative Generalprävention“ bezeichneten Gedanken sollen potenzielle Täter also durch die Drohung

326 Roxin/Greco, Rn. 4.

327 Maurach, 1971, S. 77.

328 Hörnle, 2017, S. 18.

329 Streng, 2012, Rn. 11.

330 Streng, a.a.O. Rn. 23.

331 Feuerbach, 1847, § 16 ff.

mit Strafe abgeschreckt werden, wodurch die Rechtsordnung geschützt wird.

Die positive Generalprävention hat sich in jüngerer Zeit als bedeutende Theorie herauskristallisiert.³³² Nach dieser Ansicht dient die Strafe dazu, durch Bestätigung der Normen die Rechtstreue zu stärken und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung zu festigen. Die Wichtigkeit einer Norm spiegelt sich in der Höhe der angedrohten Strafe wider. Durch die Strafe wird die Geltung der Normen bekräftigt und das kollektive Rechtsbewusstsein gestärkt. Sie zeigt gewisse Parallelen zur Vergeltungstheorie, denn die zweckfreie Vergeltung kann durchaus eine präventive Wirkung im Sinne der positiven Generalprävention entfalten.

Die Spezialpräventionstheorie – vom einflussreichsten Wortführer v. Liszt vertreten³³³ – konzentriert sich auf die Einwirkung der Strafe auf den Einzelnen und betont die abschreckende Wirkung der Strafverhängung und -vollstreckung gegenüber den Verurteilten. Diese Theorie verfolgt zwei Hauptziele: die Besserung des Täters durch gezielte therapeutische Intervention und die Unschädlichmachung, indem die Möglichkeit zukünftiger Straftaten beschränkt wird.³³⁴ Die Rechtfertigung der Strafverhängung liegt darin, dass durch die Strafe das zukünftige Legalverhalten der Täter positiv beeinflusst wird.³³⁵ Durch Maßnahmen wie Therapie oder Inhaftierung sollen Täter davon abgehalten werden, erneut Straftaten zu begehen, was sowohl dem Täter als auch der Gesellschaft zugutekommt.

Um die verschiedenen Strafzwecke zu verbinden und einen unnötigen „Zweckstreit“ zu vermeiden, entstand die sogenannte Vereinigungslehre. Die *vergeltende* Vereinigungstheorie wird in der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als dominierende Ansicht vertreten. Sie verbindet sachgerecht die vergeltenden und präventiven Strafzwecke, wobei diese gleichrangig nebeneinanderstehen. Das Bundesverfassungsgericht betont, dass die allgemeine Aufgabe des Strafrechts darin besteht, „die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht werden als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet.“³³⁶

332 Jakobs, 1991, Rn. 4 ff.; Roxin/Greco, 2020, § 3 Rn. 21 ff; Streng, 2012, Rn. 24 ff.

333 Roxin/Greco, 2020, § 3 Rn. 12.

334 Liszt, 2002, S. 39 ff.

335 Hörnle, 2017, S. 22.

336 BVerfGE 45, 187(253f).

Außerdem gibt es die *präventive* Vereinigungstheorie, die zwar nicht dominierend, aber dennoch einflussreich im Schrifttum ist. Sie verbindet die verschiedenen präventiven Deutungen der Strafzwecke und schließt die absolute Straftheorie aus. Nach dieser Theorie erfordert die Rechtfertigung der Strafverhängung und -vollstreckung verfassungslegitime Zwecke, die über eine bloße abstrakte Wertorientierung hinausgehen³³⁷, da „der moderne Staat kein Recht hat, auf Grund philosophischer oder religiöser Auffassungen in die Freiheit seiner Bürger einzugreifen.“³³⁸

Eine wesentliche Gemeinsamkeit der beiden Vereinigungstheorien bildet das Schuldprinzip, wonach die verhängte Strafe der Vorwerfbarkeit des Täters entsprechen sollte. Im Kontext der vergeltenden Gedanken der absoluten Straftheorie besteht die Hauptaufgabe des Strafrechts darin, einen gerechten Schuldausgleich herzustellen.³³⁹ Für die präventive Vereinigungstheorie hingegen dient das Schuldprinzip als wichtige Eingriffsbegrenzung, genauer gesagt als „deontologische Schranke der Strafe“.³⁴⁰ Diese Theorie erkennt an, dass die rechtsstaatlich notwendigen Schranken der Strafgewalt innerhalb der präventiven Argumentation nicht immer ausreichend berücksichtigt werden. Das Schuldprinzip übernimmt daher, unabhängig von der Vergeltung, eine liberale Funktion, um sicherzustellen, dass Strafen nicht willkürlich verhängt werden und die Freiheit des Bürgers respektiert bleibt.³⁴¹

Das Schuldprinzip wurde vom BVerfG aus Art. 1 Abs. 1 GG (Menschwürde), Art. 2 Abs. 1 GG (Eigenverantwortlichkeit des Menschen) sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet.³⁴² Die Ableitung beruht auf dem Menschenbild des Grundgesetzes, wonach der Mensch ein auf freier Selbstbestimmung und Selbstentfaltung angelegtes Wesen ist, dem grundsätzlich die Fähigkeit zukommt, sein Handeln selbst zu bestimmen, sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht zu entscheiden.³⁴³ Außerdem hat das Schuldprinzip eine verfahrensrechtliche Ausstrahlungswirkung³⁴⁴, welche verlangt, dass der Richter alle strafzumessungsrelevanten Tatsachen von Amts wegen ermitteln sollte (Aufklärungspflicht), da das materielle

337 Meier, 2019, S. 35.

338 Roxin/Greco, 2020, § 3 Rn. 48.

339 Kaufmann, 1961, S. 201 ff.

340 Roxin/Greco, 2020, § 3 Rn. 51.

341 Roxin/Greco, a.a.O. Rn. 51.

342 BVerfGE 45, 187(259).

343 BVerfGE 140, 317(343f); Vgl. Krehl, 2017, S.126.

344 Frisch, in: FS-Streng, 2017, S. 685(689).

Schuldprinzip sonst nicht verwirklicht werden könnte.³⁴⁵ Das Schuldprinzip ist also eine vernünftige Begrenzung der Strafverhängung, sowohl im Hinblick auf die Straftheorie als auch auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen. Diese Lehre erfordert, dass die Entscheidungsspielräume des Richters bei der Strafzumessung so begrenzt werden, dass die verhängte Strafe schuldangemessen ist.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive fordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch die Angemessenheit der Strafzumessung an, die – wie das Schuldprinzip – zwar nicht ausdrücklich im Grundgesetz kodifiziert ist, jedoch vom BVerfG als verfassungsrechtliches Prinzip (aus Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet) anerkannt wurde. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip dient als „Schranken-Schranke“ von Grundrechtseingriffen³⁴⁶ und verlangt, dass die Strafverhängung im Hinblick auf legitime Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen ist.³⁴⁷ Dies bedeutet, dass jede strafrechtliche Maßnahme nicht nur einen legitimen Zweck verfolgen muss, sondern auch das mildeste Mittel darstellen und in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Straftat stehen muss.

Trotz ihrer Ähnlichkeiten sind das Schuldprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht deckungsgleich. Das Schuldprinzip verlangt, dass die Strafverhängung der Schuld des Täters entspricht, was als schuldangemessen bezeichnet wird. Im Gegensatz dazu fordert das Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass die Strafverhängung ihren verfassungslegitimen Zwecken entspricht, was als zweckangemessen gilt. Anders formuliert, bezieht sich das Schuldprinzip auf eine Relation von Straftat und Strafe, also eine „Anlass-Mittel-Relation“, während das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine „Zweck-Mittel-Relation“ darstellt.³⁴⁸ Beide Prinzipien sollten die richterliche Strafzumessung leiten.

2. Gleichheit der Strafzumessung

Neben der Angemessenheit lässt sich auch der Gleichheitsgrundsatz aus den Strafzwecken (insbesondere der präventiven Strafzwecke) herleiten. Auf der einen Seite könnte der Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz bei der Strafzumessung „verheerende Wirkungen auf das allgemeine Rechtsbe-

345 BVerfGE 57, 250(275).

346 Kaspar, 2014, S. 110.

347 Kaspar, 2018, C 90.

348 Kaspar, 2014, S. 287 f.

wusstsein“ haben.³⁴⁹ Aus Perspektive der Generalprävention könnte die Normhierarchie der Bürger durcheinandergeraten und das Rechtsgefühl verletzt werden, wenn „große und offensichtliche Strafzumessungsdiskrepanzen den Rang des Rechtsguts und der verletzten Norm unklar werden lassen.“³⁵⁰ Diese Ungleichheit in der Strafzumessung beeinträchtigt somit den positiven generalpräventiven Zweck (Normbestätigungsfunktion), der darauf abzielt, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsordnung zu stärken und die allgemeine Rechtstreue zu fördern.

Auf der anderen Seite ist die Einhaltung des Gleichheitsgrundsatzes auch zur Erreichung des spezialpräventiven Strafzwecks von erheblicher Bedeutung. Wenn eine Person bemerkt, dass sie eine deutlich härtere Strafe verbüßen muss als andere für eine ähnliche Tat oder eine vergleichbare Strafe wie Täter von deutlich schwereren Delikten erhalten hat, entsteht das Gefühl der Ungerechtigkeit. Dieses Empfinden kann die Resozialisierungswirkung beeinträchtigen, da Personen, die die gesellschaftlichen Reaktionen als übermäßig hart und ungerecht empfinden, Schwierigkeiten haben werden, die notwendige Motivation zur Anpassung aufzubringen.³⁵¹ Die verfassungsrechtliche Grundlage des Gleichheitsgrundsatzes findet sich in Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes³⁵², der jedoch nur begrenzt auf den Strafzumessungsvorgang angewendet werden kann. Es gibt hierfür zwei wesentliche Gründe: Erstens besagt das Kriterium, dass alle Menschen normativ („vor dem Gesetz“) gleich sind. Das Gesetz beschreibt hier nicht einen Menschen im Vergleich zu einem anderen in einem beobachteten Zustand, sondern erfasst die Menschen in einem Tatbestand und schließt andere Menschen von seinen Regelungen aus.³⁵³ Wie bereits erwähnt, ist die Strafzumessung jedoch nicht nur ein Vorgang der Rechtsanwendung, sondern umfasst auch den individuellen Wertungsakt des Richters.³⁵⁴ Der Richter hat dabei einen gewissen Entscheidungsspielraum, der durch kein bestimmtes Gesetz festgelegt ist. Zweitens führt die Vielgestaltigkeit möglicher Strafzumessungstatsachen, die im Katalog des §46 Abs. 2 StGB nicht abschließend aufgezählt werden können, dazu, dass kein Fall dem anderen so gleich ist, dass dieselbe Strafe verhängt werden sollte.

349 Höche/Schumann, 1978, S. 228.

350 Streng, 1984, S. 16.

351 Maurer, 2005, S. 201 f.

352 Maurer, a.a.O. S. 199 f.; Kaspar, 2018, C 88 f.

353 Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, 2024, Art. 3 Abs. 1 Rn. 89 f.

354 BGH NJW 2008, 672; Vgl. BVerfG NJW 2007, 2977.

Die Besonderheit der Strafzumessung zeigt sich auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Einerseits betont das BVerfG, dass die Strafzumessung unter den „zwingenden Geboten des Gleichheitssatzes“ steht.³⁵⁵ Andererseits betrachtet es jedoch Strafzumessungsunterschiede wie unterschiedliche Auslegungen von Normen, ohne jede weitere Begründung als grundsätzlich verfassungskonform.³⁵⁶ Diese scheinbare Widersprüchlichkeit verdeutlicht die Herausforderungen bei der Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes in der Strafzumessung. Trotz der verfassungsrechtlichen Anforderungen muss der richterliche Entscheidungsspielraum gewahrt bleiben, um den individuellen Umständen eines jeden Falles gerecht werden zu können.

Aber das bedeutet nicht, dass der Gleichheitssatz keine Anforderungen an die richterliche Strafzumessung stellt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG steht zwar eine unterschiedliche Bestrafung vergleichbarer Taten durch verschiedene Richter im Regelfall nicht im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz. Dennoch ist jedes einzelne Strafgericht verpflichtet, „ohne Ansehen der Person zu urteilen und auch bei der Zumessung der Strafe keine willkürlichen Unterscheidungen zu machen.“³⁵⁷ Der Gleichheitssatz definiert dabei bereichsspezifisch sowohl ein Mindestmaß als auch ein Übermaß an Gleichheit³⁵⁸ und betrachtet wesentliche Ungleichheiten als Ausdruck richterlicher Willkür.

Bei der Strafzumessung sollten die Richter sowohl im Hinblick auf die Strafzwecke als auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Anforderungen der Angemessenheit und der Gleichheit erfüllen. Die größtmögliche Übereinstimmung in der Strafzumessung bei ähnlichen Fällen sowie eine Bestrafung, die die spezifischen Unterschiede in verschiedenen Fällen widerspiegelt, werden im Schrifttum als „die Seele der Gerechtigkeit“³⁵⁹ und Auftrag zu „relativer Gerechtigkeit“³⁶⁰ bezeichnet. Die bisherigen unzureichenden Bemühungen zur Umsetzung dieses Auftrags stehen jedoch „in krassem Widerspruch zur herausragenden Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes“³⁶¹, wie die nachfolgenden empirischen Befunde zeigen werden.

355 BVerfGE 19, 38(47).

356 BVerfGE 1, 332(345), BVerfGE 21, 87(91).

357 BVerfGE 1, 332(345).

358 Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, 2024, Art. 3 Abs. 1 Rn. 102.

359 Mellinghoff, in: FS-Hassemer 2010, S. 503(503).

360 Streng, 1984, S. 15; Streng, StV 2018, S. 593(594).

361 Streng, 1984, S. 15.

II. Die empirischen Befunde der Strafzumessungsungleichheit

1. Die geographische Strafzumessungsunterschiede

Aus der obigen Analyse geht bereits hervor, dass aus normativer Sicht in jeder Phase des Strafzumessungsvorgangs Entscheidungsspielräume für den Richter bestehen. Ob der weite Spielraum in der Praxis zu erheblichen Strafzumessungsungleichheit führt, kann mit Hilfe quantitativer empirischer Studien verifiziert werden. Ähnlich wie in China³⁶² ist die Frage der Strafzumessungsunterschieden auch in Deutschland ein wichtiges Thema in der kriminologischen Forschung. Im Folgenden wird ein kurzer Überblick über die repräsentativsten und einflussreichsten Studien gegeben:

Bereits in den 1930er Jahren hatte *Exner* eine empirische Studie über die Verurteilungspraxis deutscher Gerichte durchgeführt, bei der vor allem regionale Unterschiede in der Strafzumessung auffielen³⁶³: Eine statistische Erhebung aller von ausgewählten Obergerichten zwischen 1911 und 1913 verhängten Urteile zeigte, dass verschiedene Gerichte deutlich unterschiedliche Präferenzen bei der Strafzumessung hatten³⁶⁴ und bei einzelnen Vergehen der Unterschied ein ganz außerordentlich großer war.³⁶⁵ Beispielsweise verwendete Bayern die kurzen Freiheitsstrafen in höherem Maße und die Geldstrafe in geringerem Maße als das übrige Reich.³⁶⁶ Diese Pionierstudie wurde jedoch durch die damals verfügbaren statistischen Techniken eingeschränkt, sodass die möglichen Unterschiede der durchschnittlichen Deliktsschwere der abgeurteilten Taten zwischen den verglichenen Regionen nicht kontrolliert wurden.³⁶⁷ Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die in dieser Studie analysierten Daten mehr als hundert Jahre alt sind und sich die politischen und kulturellen Hintergründe in Deutschland in der Zwischenzeit so stark verändert haben, dass die statistischen Ergebnisse kaum den aktuellen Stand der Strafjustiz in Deutschland widerspiegeln können.

Eine empirische Studie von *Schöch*, die im Jahr 1973 veröffentlicht wurde, verwendete fortschrittlichere statistische Techniken und konzentrierte sich auf die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte bei Verkehrsde-

362 Zu Details siehe Teil 2. C. I. (Vgl. Seiten 74 ff.)

363 Exner, 1931, S. 46 ff.

364 Exner, a.a.O., S. 47.

365 Exner, a.a.O., S. 48.

366 Exner, a.a.O., S. 47.

367 Vgl. Streng, 2012, Rn. 482.

linquenz. Auf der Grundlage von Korrelationsanalysen über das Gewicht möglicher Strafzumessungstatsachen wurden die hochsignifikanten Korrelationen zwischen Strafmaß und der Zugehörigkeit des erkennenden Gerichts zu bestimmten OLG-Bezirken festgestellt.³⁶⁸ Beispielsweise machten in den OLG-Bezirken Düsseldorf, Braunschweig, Oldenburg, Celle, Hamm sowie Frankfurt a.M. über 90 % aller Freiheitsstrafen ohne Bewährung aus, während in den nord- und süddeutschen Regionen Strafen erheblich häufiger zur Bewährung ausgesetzt wurden.³⁶⁹ Eine weitere Studie befasste sich mit den Ungleichheiten bei der Strafzumessung auf der Ebene der LG-Bezirke und stützte sich dabei auf umfangreiche amtliche statistische Datensätze.³⁷⁰ In der Studie wurde der Durchschnittswert von 21 LG-Bezirken für die verschiedenen Sanktionsarten berechnet und ermittelt, wie viele der Bezirke diesen Durchschnittswert um mehr als 25% nach oben oder unten überschritten.³⁷¹ Das Ergebnis zeigte, dass nur acht der 21 LG-Bezirke innerhalb dieser Strafzumessungsspanne lagen, was die regionalen Strafzumessungsdivergenzen bei der Strafzumessungspraxis bestätigte.³⁷²

Eine von *Albrecht* durchgeführte empirische Studie brachte eine andere Perspektive: Er verglich die Unterschiede im Strafmaß zwischen fünf LG-Bezirken für die Delikte Einbruchdiebstahl und Vergewaltigung.³⁷³ Bei Einbruchdiebstahl beispielsweise war die maximale Abweichung der fünf LG-Bezirke vom Durchschnittsstrafmaß (11,1 Monate) 4,5 Monate.³⁷⁴ Laut *Albrecht* kann dieses Ergebnis entweder optimistisch oder pessimistisch interpretiert werden: Einerseits macht diese Differenz angesichts des weiten gesetzlichen Strafrahmens für Einbruchdiebstahl (damals von drei Monaten bis 10 Jahren nach § 244 StGB a.F.) lediglich etwa 4% aus. Andererseits wird die überwiegende Mehrheit der Einbruchdelikte in der Praxis nicht mit einer Strafe von mehr als zwei Jahren geahndet. So gesehen repräsentierte eine Abweichung von 4,5 Monaten bereits einen erheblichen Unterschied (mehr als 20%).³⁷⁵ In dieser Studie wird jedoch auch gezeigt, dass sich nach Kontrolle dreier wichtiger strafzumessungsrelevanter Faktoren (Schadenshöhe, Anzahl der zur Verurteilung gelangenden Einbruchdieb-

368 Schöch, 1973, S. 125.

369 Schöch, a.a.O. S.125, 130.

370 Pfeiffer/Savelsberg, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), 1989, S. 21f.

371 Pfeiffer/Savelsberg, a.a.O. S. 35.

372 Pfeiffer/Savelsberg, a.a.O. S. 35.

373 Albrecht, 1994, S. 348 ff.

374 Albrecht, a.a.O. S. 350.

375 Albrecht, a.a.O. S. 350.

stähle sowie Anzahl der einschlägigen Vorstrafen) die maximale Differenz zwischen den LG-Bezirken nur auf 1,6 Monate beläuft. Dies bedeutet, dass sich die Abweichungen zu einem substanziellen Teil nicht als Folge regionaler Differenzen erklären lassen, sondern offensichtlich Unterschiede in den strafzumessungserheblichen Faktoren repräsentieren.³⁷⁶ Zwar sind die geographischen Differenzen im Strafmaß noch beobachtbar, so erweisen sie sich gegenüber strafzumessungsrelevanten Kontrollen jedoch nicht als resistent.

Aufbauend auf den Ergebnissen der Untersuchung *Albrechts* hat eine jüngere Studie von *Grundies* Daten aus dem Bundeszentralregister (BZR) herangezogen und alle Erledigungen nach dem StGB (nicht JGG) aus den Jahren 2007 bis 2010 untersucht.³⁷⁷ Die lokale Differenz wurde dabei als sekundärer Effekt angesehen, der sicherlich von wesentlich geringerer Bedeutung war als der Einfluss der primär die Strafzumessung bestimmenden Größen, wie das Unrecht der Tat oder auch ggf. vorliegende Vorstrafen.³⁷⁸ Aber auch nach Kontrolle der Varianz der Einzelfälle zeigten die Gerichtsbezirke noch einen substanziellen Unterschied. So unterscheiden sich zwei zufällig ausgewählte Gerichtsbezirke um 15 % in der Dauer der verhängten Strafen bei gleichem Delikt. Um ein Extrem zu nennen, wurden in Oberbayern um ca. 25% längere Strafen verhängt als in Baden. Dies sind systematische Unterschiede, die sich nicht auf Einzelfälle zurückführen lassen. Dieser geographische Unterschied verteilt sich nahezu gleichmäßig auf die drei Ebenen der OLG-Bezirke, der Landgerichtsbezirke und der einzelnen (Amts-)Gerichtsbezirke.³⁷⁹

Zur Begründung der „seltsamen Justizgeographie“³⁸⁰ in Deutschland bezieht man sich zuerst auf die lokale Justizkultur. *Exner* hat in seiner Studie schon kommentiert, dass es sich bei der Strafzumessung „nicht um rationales, sondern um traditionelles Handeln“ handelt,³⁸¹ da der Richterstand in den einzelnen Stammesgebieten des deutschen Volkes von der verschieden gearteten sozialen und religiösen Atmosphäre beeinflusst wurde und die Gerichtsgebräuche sich auch in den einzelnen Ländern unterschiedlich ausgebildet hatten.³⁸² Die Vermutung *Exners* wurde auch von *Grundies*

376 Albrecht, a.a.O. S. 350.

377 Grundies, 2016, S. 512 f.

378 Grundies, a.a.O. S. 514.

379 Grundies, a.a.O. S. 524.

380 Tröndle, 1971, S. 74; vgl. Streng, 1984, S. 7; Streng, 2012, Rn. 485.

381 Exner, 1931, S. 10.

382 Exner, a.a.O. S. 54.

untermauert. Nach seiner Studie zeigt sich wenig Greifbares, wenn man die lokalen Differenzen in einen justizorganisatorischen oder gar sozial-strukturellen Zusammenhang stellt und nach anderen Ursachen als der einer reinen Tradierung sucht.³⁸³ Der Kontext der Zeit, in der die Studie *Exners* durchgeführt wurde, nämlich die großen sozialen und kulturellen Unterschiede zwischen den Regionen Deutschlands, hat jedoch mit der großen Wohnmobilität nach dem Zweiten Weltkrieg und dem allgegenwärtigen Einfluss der Massenmedien kaum mehr Aussagekraft.³⁸⁴

Geographische Unterschiede bei der Strafzumessung können auch durch andere Gründe erklärt werden. Nach Ansicht *Albrechts* können die Differenzen in der Strafpraxis auf die normative Unsicherheit in der Strafmaßkonkretisierung zurückgeführt werden.³⁸⁵ Außerdem könnte die richterliche Strafzumessung von der unterschiedlichen staatsanwaltschaftlichen Strafverfolgungspolitik abhängig sein. Denn wenn die Staatsanwaltschaft in einer bestimmten Region dazu neigt, gemäß §§ 153 Abs. 1, 153a Abs. 1 StPO das Strafverfahren bei geringer Schuld einzustellen, bleiben nur schwerere Straftaten für richterliche Strafzumessung übrig. Angesichts eines solchen „Verfahrensfilters“³⁸⁶ spricht sicherlich das Gericht in dieser Region im Vergleich zu anderen Regionen härtere Urteile aus. Aus Perspektive der revisionsgerichtlichen Vertretbarkeitskontrolle ist es auch möglich, dass unterschiedliche judizierende OLG die lokalen Differenzen der Strafzumessung beeinflussen. Wie im obengenannten Extrembeispiel, in dem in Oberbayern um ca. 25% längere Strafen als in Baden bei gleichem Delikt verhängt wurden, begründete *Grundies* den Unterschied größtenteils durch die Organisationsstruktur und Revisionsinstanz der einzelnen Gerichtsbezirke.³⁸⁷

2. Die richterspezifischen Strafzumessungsunterschiede

In manchen Studien sind die individuellen richterspezifischen Unterschiede auch als wichtige Quellen der Strafungleichheit erforscht. Eine reprä-

383 Grundies, in: Neubacher/Bögelein (Hrsg.), 2016, S. 524 f.

384 Streng, 2012, Rn. 485; vgl. Pfeiffer/Savelsberg, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), 1989, S. 38 ff.

385 Vgl. Albrecht, 1994, S. 348.

386 Streng, 2012, Rn. 482 f.; vgl. Heinz, in: FS-Jung, 2007, S. 278 f.

387 Grundies, in: Neubacher/Bögelein (Hrsg.), 2016, S. 524.

sentative Untersuchung wurde von *Streng* im Jahr 1984 durchgeführt,³⁸⁸ wobei er mit der Methode von Fragebögen unter Verwendung fiktiver Fälle³⁸⁹ bestätigen konnte, dass die sozio-demographischen Merkmale des Richters wie Alter, Geschlecht, Konfessionszugehörigkeit sowie Herkunft keinen starken Einfluss auf die Strafzumessung haben³⁹⁰, während die Strafzweckpräferenz³⁹¹ und manche Tätigkeitsmerkmale³⁹² eines Richters strafzumessungsrelevant sind. Über den Einfluss der Strafzweckpräferenzen der befragten Richter auf die Strafzumessungsergebnisse wurde so bestätigt, dass die Befürwortung des Werts der Resozialisierung zu einer Tendenz zu milderer Strafzumessung führt, während die stärker sicherheitsorientierten Richter härtere Strafen bevorzugen.³⁹³ Zwischen den Tätigkeitsmerkmalen des Richters und dem Strafzumessungsverhalten ließen sich Zusammenhänge insofern ermitteln, dass die Dauertätigkeit in der Strafjustiz vor allem für Juristen mit einer ausgeprägt punitiven Haftung attraktiv oder zumindest akzeptabel ist und die Richter am Landgericht eine klar härtere Strafhaltung als Amtsrichter zeigen. Die Unterschiede zwischen diesen beiden Arten von Gerichten werden deutlicher, je größer die Städte sind, in denen die Gerichte ansässig sind.³⁹⁴

Im Vergleich zu den angelsächsischen Ländern sind die Untersuchungen über richterspezifische Strafzumessungsungleichheit in Deutschland nicht so vielfältig. Vermutlich liegt der Grund darin, dass die für schwerere Fälle zuständigen Kollegialgerichte (Schöffengerichte und Strafkammer) der Gefahr einer extremen Strafzumessungsabweichung durch kollektive Strafzumessungsentscheidung vorgebeugt haben.³⁹⁵ Bisher fehlt es jedoch in Deutschland noch an einer Studie wie der von *Wu.Y.* in China³⁹⁶, die gerichtsspezifische Strafzumessungsdiskrepanz (aufgrund der kollektiven Entscheidungserfahrung der Richterschaft) beobachtet. Jedoch wurde bereits bemerkt, dass der richterliche Entscheidungsvorgang ein sozialer Prozess ist, der in Organisationen eingebunden und bürokratisch eingebettet ist. In der empirischen Strafzumessungsforschung wurden daher die Um-

388 *Streng*, 1984, S. 75 ff.

389 ähnlich wie die obengenannte Methode des empirischen Experiments von *Cai.X.*, siehe: *Cai.X.*, ZZYFL, 2013, S. 76(78 f.).

390 *Streng*, 1984, S. 156 ff.

391 *Streng*, a.a.O. S. 225 ff.

392 *Streng*, a.a.O. S. 132 ff.

393 *Streng*, a.a.O. S. 225 f.

394 *Streng*, a.a.O. S. 133.

395 *Damaška*, ZStW 93(1981), S. 701(716); *Streng*, 2012, Rn. 486.

396 Vgl. *Wu.Y.*, FZYSHFZ, 2024, S. 91(102).

weltbedingungen sowie die Interaktions- und Prozessvariablen als potenzielle Strafzumessungsfaktoren untersucht.³⁹⁷

D. Die prozessrechtliche Kontrolle der Strafzumessung

I. Die Grenzen der Zweckmäßigkeit der materiellen Kontrolle

Nachdem die Notwendigkeit der Einschränkung des richterlichen Entscheidungsspielraums bei der Strafzumessung sowohl theoretisch als auch empirisch dargelegt wurde, stellt sich nun die Frage, wie eine solche Einschränkung erfolgen soll. Um dem nachzugehen, wird zunächst auf verschiedene Vorschläge eingegangen, die versuchen, die richterliche Entscheidung durch detaillierte Strafzumessungskriterien zu kontrollieren (I.). Allerdings wird dabei ihre begrenzte Geeignetheit zur Erreichung des Ziels der Rationalisierung und Harmonisierung der Strafzumessung zutage treten. Anschließend soll ein ergänzendes Konzept vorgestellt werden, das die richterlichen Strafzumessungsspielräume durch prozessrechtliche Kriterien einschränkt (II.). Dieses Konzept wird als wichtige Ergänzung zu den materiellen Kontrollvorschlägen zur Strafzumessung betrachtet und bildet den Ausgangspunkt für die weitere vergleichende Untersuchung dieser Arbeit.

1. Reform des Strafzumessungsrechts innerhalb des bisherigen Strafgesetzbuchs

Der Versuch, den deutschen Strafzumessungsvorgang zu vereinheitlichen und zu rationalisieren, wurde als Thema der strafrechtlichen Abteilung des 72. Deutschen Juristentags (DJT) im Jahre 2018 diskutiert. Dabei wurden zahlreiche Vorschläge gemacht, die den weiten Entscheidungsspielraum des Richters durch detaillierte Strafzumessungskriterien kontrollieren möchten.³⁹⁸ Die meisten dieser Vorschläge zielen darauf ab, die bestehenden Bestimmungen im Bereich der Strafraumen zu reformieren.

Erstens wurde die Verengung gesetzlicher Strafraumen thematisiert.³⁹⁹ Die Strafraumen der Tatbestände des deutschen Strafrechts hätten sich als

397 Vgl. Schünemann, 1988, S. 265(265 ff.); Albrecht, 1994, S. 361 ff.

398 Vgl. Kaspar, 2018, C 104 ff.; Grosse-Wilde, ZIS 2018, S. 130(130 ff.); Streng, StV 2018, S. 593(594 ff.); Kudlich/Koch, NJW 2018, S. 2762(2763 ff.).

399 Streng, a.a.O. S.594 f.; Kudlich/Koch, S.2765; Kaspar, C 107 f.

viel zu weit erwiesen, insbesondere seien die Obergrenzen oft zu hoch.⁴⁰⁰ Dies hinterlässt dem Richter übergroße Entscheidungsspielräume. Daher erscheint es überzeugend, wenn *Kaspar* in seinem Gutachten zum 72. Deutschen Juristentages anmahnt, die „ungeheuer große Spannweite der Strafrahmen“ zu reduzieren.⁴⁰¹ Zweitens solle das richterliche Ermessen bei der Strafrahmensbestimmung eingeschränkt werden, indem der Gesetzgeber klarere Vorgaben macht und sie nicht „ohne Not“ dem richterlichen Ermessensspielraum überlässt.⁴⁰² Konkret wird gefordert, die fakultativen vertypten Strafmilderungsgründe teilweise in obligatorische Fälle umzuwandeln (z.B. die §§ 21, 23 sowie 46a StGB) und teilweise ganz abzuschaffen. Unbenannte besonders schwere Fälle, wie in § 212 Abs. 2 StGB, sollen demnach ersatzlos gestrichen werden.⁴⁰³ Diese Maßnahmen würden den weite Entscheidungsspielraum der Richter begrenzen und eine einheitlichere, vorhersehbarere Strafzumessung gewährleisten, was den Anschein von Willkür reduziert und das Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz möglicherweise stärkt, allerdings nur, sofern dann noch der Vielgestaltigkeit des Lebens und den individuellen Besonderheiten eines jeden Falles ausreichend Rechnung getragen werden kann.

In jedem Fall stellt die allgemeine Verengung des gesetzlichen Strafrahmens ein gewaltiges Gesetzesreformvorhaben dar. Wie bereits erwähnt, folgen sowohl die gesetzliche Strafbemessung als auch die richterliche Strafzumessung ähnlichen Überlegungen zur Abstufung und Rangordnung der geschützten Rechtsgüter und gehörten daher auch zum Wertungsakt.⁴⁰⁴ Die Frage, wie der Unrechtsgrad einzelner Straftaten und die entsprechenden Strafrahmen aus gesetzgeberischer Sicht neu bewertet werden, bedarf noch tiefergehender Argumentationen. Darüber hinaus hat eine Vergleichsuntersuchung zwischen dem deutschen und dem österreichischen Strafrechtssystem gezeigt, dass weder die Weite der Strafrahmen noch die absolute Obergrenze des Strafrahmens systematische Effekte auf das Ausmaß der Differenzierung im praktisch ausgeurteilten Strafmaß haben. z.B. liegt zwar die Strafrahmengrenze für einfacher Raub in Österreich bei 10 Jahren, während das deutsche Strafrecht eine Obergrenze von 15 Jahren vorsieht, dennoch wird eine solche Straftat in der österreichischen juristischen Pra-

400 Kai, 1992, S. 142 ff.; Hettinger, GA 1995, S. 399 (405 f., 418 f.).

401 Kaspar, 2018, C 107.

402 Kaspar, a.a.O. C 109.

403 Kaspar, a.a.O. C 109; Kudlich/Koch, NJW 2018, S. 2762(2765).

404 Bruns/Güntge, 2019, Kap. 4 Rn. 1.

xis härter bestraft.⁴⁰⁵ Es ist daher zweifelhaft, ob eine Verengung des Strafrahmens wirklich zu einer wesentlich besseren gesetzlichen Vorprägung der richterlichen Strafzumessung beitragen kann.⁴⁰⁶

Wenn der Gesetzgeber den Richtern zu wenig Ermessensspielraum einräumt, kann dies außerdem dazu führen, dass die Richter bei bestimmten „unliebsamen Strafzumessungstatsachen“ in der Praxis ein Auge zudrücken und so die gesetzliche Beschränkung umgehen.⁴⁰⁷ Der Fall Hoeneß ist ein typisches Beispiel: Das LG München II verurteilte Hoeneß zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren wegen sieben tatmehrheitlicher Fälle der Steuerhinterziehung mit einer Gesamthinterziehungssumme von ca. 28,5 Millionen Euro. Aber die Kammer wich „angesichts der außerordentlichen Umstände des Einzelfalles“ von den durch den BGH in seinem Urteil vom 2. Dezember 2008 entwickelten Grundsätzen zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehung (wonach die Hinterziehungssumme ab 50.000 Euro als besonders schwerer Fall anzunehmen ist)⁴⁰⁸ in erheblichem Maße ab und verneinte das Vorliegen eines besonders schweren Falls der Steuerhinterziehung.⁴⁰⁹ Dies wurde folgendermaßen begründet: „Der Angeklagte hat sich mit seiner – überstürzten – Selbstanzeige selbst steuerstrafrechtlichen Ermittlungen ausgeliefert. Mangels einer Rechtshilfe in Fällen ‚einfacher‘ Hinterziehung direkter Steuern durch die Schweizerische Konföderation wären Ermittlungen aber voraussichtlich nicht mit einem vergleichbaren Erfolg geführt worden, wenn sich der Angeklagte durch seine - insbesondere zuletzt - rückhaltlose Kooperation nicht geradezu ‚ans Messer geliefert‘ hätte.“⁴¹⁰ Jedoch wurde der außerordentliche Strafmilderungsgrund, nämlich das Nachtatverhalten von Hoeneß, bis auf die letzten zwei Prozesstage nicht ernsthaft diskutiert.⁴¹¹ Der Fall Hoeneß und der obengenannte Fall Xuting (siehe: 2. Teil C. II.) haben deutlich gezeigt, dass zu strenge Strafzumessungskriterien die Richter dazu verleiten können, Umgehungsstrategien in der Praxis zu entwickeln, gegen die rein materiellrechtliche Normen nichts ausrichten können.

405 Vgl. Albrecht, 1994, S. 327.

406 Vgl. Streng, StV 2018, S. 593(594).

407 Grosse-Wilde, ZIS 2018, S. 130(137).

408 BGH HRRS 2009 Nr. 127, Rn. 31.

409 LG München II, wistra 2015, S. 77(80).

410 LG München II, a.a.O. S. 80; vgl. Grosse-Wilde, ZIS 2018, S. 130(137 f.).

411 Grosse-Wilde, ZIS 2018, S. 130(137).

2. Einführung neuer Strafzumessungsinstitute

Neben normativen Änderungen des geltenden deutschen Strafgesetzbuches ist die Einführung von Strafzumessungsrichtlinien nach dem Vorbild der US-amerikanischen „Sentencing Guidelines“ ein weiterer viel beachteter, aber auch umstrittener Reformvorschlag. Nach dieser Idee könnte in Deutschland eine Strafzumessungskommission eingerichtet werden, die detaillierte Strafzumessungstabellen herausgibt und den Richtern vorschreibt oder empfiehlt, die Strafe entsprechend einer Reihe bestimmter Faktoren in den Tabellen zu verhängen.⁴¹² Ziel ist es, die Transparenz des Strafzumessungsvorgangs zu erhöhen und Strafzumessungsdiskrepanzen abzubauen.

Trotz einiger Befürworter, die der Ansicht sind, dass gut gemachte Strafzumessungsrichtlinien „alles in allem die besondere Lösung“⁴¹³ zu sein scheinen, hat dieser Reformvorschlag doch mehr Zweifel und Kritik auf sich gezogen. Die erste Frage besteht darin, dass die US-amerikanischen Strafzumessungsrichtlinien das Produkt eines bestimmten institutionellen Kontextes sind. In den 1970er Jahren vollzog sich in den USA ein Wandel in der vorherrschenden Vorstellung über die Strafzumessung: Statt der zuvor dominierenden Orientierung an der Resozialisierung rückten zunehmend vergeltende und abschreckende Strafzwecke in den Vordergrund. Die weiten und uneingeschränkten Entscheidungsspielräume der US-Richter bei der Strafzumessung sowie die in der Praxis weit verbreitete unbestimmte Strafe („indeterminate sentencing“)⁴¹⁴ bedurften daher dringend einer Reform. Die Einführung der Strafzumessungsrichtlinien wurde seinerzeit als effektives Mittel zur Vereinheitlichung der amerikanischen Strafzumessungspraxis angesehen.⁴¹⁵ Es ist jedoch offensichtlich, dass Deutschland heutzutage vor einem ganz anderen sozialen und institutionellen Hintergrund steht und dass für so radikale Reformmaßnahmen wie Strafzumessungsrichtlinien solide Legitimationsgrundlagen fehlen.⁴¹⁶

412 Vgl. Kaspar, 2018, C 77 ff.; Grosse-Wilde, ZIS 2018, S. 130(131); Hörnle, GA 2019, S. 282(285 ff.).

413 Befürwortende Ansicht siehe z.B. Hörnle, a.a.O. S. 295.

414 Nach dieser Idee setzte der Richter innerhalb des weiten gesetzlichen Strafrahmens lediglich einen engeren fest; das zuständige Organ der Exekutive entschied dann nicht nur darüber, wann der Gefangene faktisch zur Bewährung entlassen werden sollte, sondern bestimmte auch im juristischen Sinne über das Maß der Strafe. Siehe: Damaška, ZStW 93(1981), S. 701(708).

415 Damaška, a.a.O. S. 717.

416 Vgl. Albrecht, 2017, S. 185(192 ff.); Kaspar, 2018, C 82 f.

Ein weiterer wichtiger Einwand der Kritiker besteht in der „Mathematisierung“ oder „Computerisierung“ der Strafzumessungsentscheidung. Der Versuch, den komplexen Strafzumessungsvorgang in eine aussagekräftige Gleichung zu übersetzen, dürfte kaum gelingen.⁴¹⁷ Es besteht auch die Gefahr, dass die Richter zu „Subsumtionsautomaten“ degradiert werden,⁴¹⁸ was ihrer durch Art. 92 GG garantierten Rolle nicht mehr entspricht.⁴¹⁹ In den amerikanischen Strafzumessungsrichtlinien beschränken sich die strafzumessungsrelevanten Faktoren auf nur einige Parameter (im Extremfall wird nur die Schwere der Straftat und die Vorstrafen des Straftäters berücksichtigt⁴²⁰). Sie schließen viele, nach deutschem Verständnis für die Findung eines gerechten Strafmaßes maßgebliche Umstände, aus. Eine derartige Vereinfachung birgt die Gefahr, die individuellen Besonderheiten eines jeden Falles zu stark zu verwischen. Die angestrebte Gleichheit in der Strafzumessung wird auf Kosten der Gerechtigkeit im Einzelfall erreicht. Durch rigide Richtlinien entsteht lediglich eine „vordergründige Gleichheit“⁴²¹, die tatsächlich das Risiko einer Verletzung des Gleichheitssatzes erhöht, da nicht ausreichend zwischen unterschiedlich gelagerten Fällen differenziert wird.⁴²²

Ein weiteres neues Institut, das zur Homogenisierung der richterlichen Strafzumessung beitragen könnte, ist die Schaffung einer bundesweiten Strafzumessungsdatenbank. In dieser Datenbank sollen die Urteile entsprechend der darin enthaltenen Zumessungserwägungen klassifiziert werden, sodass anhand der Merkmale des zu entscheidenden Falls die statistische Verteilung des Strafmaßes aus zahlreichen möglichst passenden Vergleichsentscheidungen ermittelt werden kann.⁴²³

Der Hauptunterschied zwischen einem solchen Institut und den Strafzumessungsrichtlinien besteht darin, dass die zugrunde liegende Methodik auf der Generierung dynamischer Strafzumessungsnormen durch den Vergleich mit ähnlichen Fällen basiert. Es handelt sich nicht um eine „Mathe-

417 Kaspar, 2018, C 99 f.

418 Streng, 2003, S. 129(133).

419 Kaspar, 2018, C 99.

420 Vgl. Kaspar, a.a.O. C 88 ff.; Kudlich/Koch, NJW 2018, S. 2762(2763); Meier, 2019, S. 477.

421 Streng, 2012, Rn. 765.

422 Kaspar, 2018, C 83; Meier, 2019, S. 477. Das aus Art 3 GG folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, findet sich auch sonst im Verfassungsrecht, vgl. etwa BVerfGE 145, 106.

423 NK/Streng, § 46 Rn. 202; Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, S. 265(270); vgl. Kaspar, 2018, C 115.

matisierung“ oder „Computerisierung“ der Strafzumessung, sondern um eine Unterstützung des richterlichen Strafzumessungsakts durch ein „Decision-Support“-System, das relevante Informationen bereitstellt.⁴²⁴ Durchaus plausibel erscheint die Auffassung, dass die Existenz „lokaler Justizkulturen“ bei der Strafzumessung im Wesentlichen darauf zurückzuführen ist, dass für den Vergleich „in der Regel nur Fallmaterial aus dem eigenen Gerichtsbezirk zur Verfügung steht.“⁴²⁵ Der Sozialpsychologie zufolge wird soziales Lernen durch die Beobachtung des Verhaltens anderer im sozialen Umfeld und die Folgen dieses Verhaltens durch den Lernenden geprägt. Zwei Faktoren sind dabei wichtig, um Änderungen im Verhalten des Lernenden zu beeinflussen: Der Lernende hat reichlich Gelegenheit, das Verhalten anderer zu beobachten, zu imitieren und daraus zu lernen, und die Lernergebnisse des Lernenden werden auf bestimmte Weise verstärkt.⁴²⁶ Diese beiden Faktoren sind in der richterlichen Strafzumessungspraxis weit verbreitet, was wiederum zu einer Konvergenz der fallweisen Strafverhängung in einem bestimmten Gerichtsbezirk mit dem sozialpsychologischen Phänomen des sozialen Lernens durch Assoziation führt, bei dem die Richter, getrieben von dem Druck, der Masse zu folgen, bei ihren Entscheidungen auf die Urteile anderer Richter Bezug nehmen. Diese regionale Ungleichheit könnte daher ausgeglichen werden, wenn eine bundesweite Datenbank zur Strafzumessung eingerichtet würde.⁴²⁷

Ein wichtiger Punkt bei der Umsetzung der Strafzumessungstatsachen in ein bestimmtes Strafmaß ist es, eine Einstiegsstelle innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zu finden, wodurch die normativen Strafzumessungsfaktoren in eine mathematische Berechnung transformiert werden.⁴²⁸ In der „Black Box“ des Strafzumessungsvorgangs wird die Einstiegsstelle oft durch die persönliche Erfahrung des Richters (das „geheime Metermaß“⁴²⁹) oder die internen informellen Strafmaßtabellen⁴³⁰ bestimmt. Die Funktion der Strafzumessungsdatenbank liegt jedoch in der Transparenz des Umsetzungsprozesses, indem sie durch Vergleiche mit ähnlichen Fällen einen

424 Giannoulis, 2014, S. 309ff.; Kaspar, 2018, C 115l.

425 Meier, 2019, S.479.

426 Bandura, 1969, S.118.

427 Bandura, a.a.O. S.479.

428 Meier, 2019, S.238ff.

429 Dreher, Anm. zu OLG Stuttgart MDR 1961, S.343(344).

430 Kudlich/Koch, NJW 2018, S.2762 (2763); Meier, 2019, S. 240; Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, S.265(270). Ein Beispiel aus dem Bereich der Verkehrsdelikte findet sich bei Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017, Rn. 1720 ff.

klaren Einstiegspunkt für die richterliche Strafzumessung im Einzelfall anbietet.

Nach der Rechtsprechung darf die Tatsache, wie andere Gerichte ähnlich gelagerte Sachverhalte rechtlich beurteilt und welche Strafen sie zugemessen haben, kein Gegenstand der Beweisaufnahme werden.⁴³¹ Aus normativer Perspektive hätte eine solche Datenbank für die Richter keine Bindungswirkung, sondern würde lediglich dazu dienen, den Tatrichtern mehr Informationen für die Strafzumessung zu liefern.⁴³² Allerdings könnte die Abweichung von den Strafmaßen ähnlicher Fälle auch ein transparenter Anhaltspunkt für die revisionsrechtliche Überprüfung darstellen.⁴³³ Wenn man die richterliche Strafzumessung als einen sozialen Prozess ansieht (Siehe: 2. Teil B. III.), könnte die Einführung der Strafzumessungsdatenbank als eine „weiche“ Beschränkung der richterlichen Entscheidungsspielräume funktionieren und damit letztlich dem Zweck zur Rationalisierung und Vereinheitlichung der Strafzumessung dienen.

Alle oben erwähnten Reformvorschläge, sei es die Verfeinerung der Strafzumessungsnormen im Strafgesetzbuch oder die Einführung externer, verbindlicher oder vorschlagender Referenzen wie Strafzumessungsrichtlinien und Strafzumessungsdatenbanken, zielen im Wesentlichen darauf ab, den Richtern detaillierte materielle Kriterien für ihre Strafzumessungstätigkeit an die Hand zu geben. Diese Art des Reformdenkens beruht auf einer gemeinsamen hypothetischen Prämisse, nämlich der idealisierten Annahme, dass die Strafzumessung nichts anderes als ein Prozess der Entscheidungsfindung innerhalb des normativen Raums durch unabhängige individuelle Richter ist. Die Begrenzung des Entscheidungsspielraums bei der Strafzumessung ist ein Versuch, die Denkprozesse des Richters zu simulieren und sie somit zu leiten oder zu begrenzen.

Als faktischer sozialer Prozess kann die Strafzumessung jedoch keine rein mechanische Ableitung von Normen sein. Das Erfordernis der „praktischen Rationalität“ ist ebenso in die juristische Entscheidungsfindung eingebettet.⁴³⁴ Die Tatrichter müssen auch andere praktische Informationen außerhalb der Normen berücksichtigen. Die Theorie der „focal concerns“ legt nahe, dass Richter bei der Strafzumessung drei Schlüsselfaktoren berücksichtigen: die Schuld des Täters (offender culpability), den Schutz der

431 BGH JZ 1974 340 m. Anm. Schroeder; BGH JR 1979, 381 m. Anm. Meyer-Goßner; vgl. auch BGHSt 56 262(269 f.).

432 Kaspar, 2018, C 115; Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, S. 265(270f.).

433 Kaspar, 2018, C 115.

434 Li.G., XDFX 2004, S. 26(28).

Gesellschaft (community protection) und die praktischen Begrenzungen (practical constraints).⁴³⁵ Während die ersten beiden Faktoren dem Schuldprinzip und den präventiven Strafzwecken entsprechen, bezieht sich der dritte Faktor auf die prozessuale Umgebung, in der der Entscheidungsprozess über die Strafzumessung stattfindet, und wird durch formelle oder informelle verfahrensrechtliche Normen deutlich.

II. Möglichkeiten der prozessrechtlichen Kontrolle

Nach dem „amerikanischen Verständnis“ der Rationalisierung der Strafzumessung kann der richterliche Strafzumessungsvorgang nur so kontrolliert werden, „wenn in ihr das richterliche Ermessen aufgrund der Erkenntnisse der modernen Wissenschaft strukturiert ist.“⁴³⁶ Die Strafzumessung weist jedoch auf eine komplexe Kombination von Vergeltung, Abschreckung, Resozialisierung, Normbestätigung und anderen strafrechtlichen Zwecken hin, was voraussetzt, dass sie nicht absolut im normativen Sinne rationalisiert werden kann, sondern unvermeidlich mit einem gewissen Maß an subjektiver Wertung vermischt werden muss. Wenn man eine solche Strafzumessung gegenüber dem Verurteilten und der Gesellschaft rechtfertigen will, muss sie notwendigerweise auf die Funktion des Verfahrensrechts zur Legitimierung der richterlichen Entscheidung zurückgreifen („Legitimation durch Verfahren“).⁴³⁷

Das Verhältnis zwischen dem Schuldprinzip und der Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO ist ein repräsentatives Beispiel. Bereits 1981 stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass „als zentrales Anliegen des Strafprozesses sich die Ermittlung des wahren Sachverhalts erweist, ohne den das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann.“⁴³⁸ Nach dem Schuldprinzip kann der Richter keine Strafe gegen den Täter verhängen, wenn die entsprechende Schuld nicht festgestellt wird. Diese „Ausstrahlungswirkung“ des Schuldprinzips auf den Strafprozess macht es erforderlich, dass die Strafprozessordnung Vorschriften enthält, welche das Gericht und auch die Staatsanwaltschaft dazu verpflichten, die relevanten Umstände für die Bemessung der Schuld des Angeklagten zu ermitteln.⁴³⁹

435 Steffensmeier/Ulmer/Kramer, 1998, S. 763(764 ff.); Wu.Y., FZYSHFZ 2024, S. 91(94).

436 Damaška, ZStW 93(1981), S. 701(704).

437 Luhmann, 2021, S. 116. vgl. auch Machura, Soziale Systeme 2017, S. 331(332).

438 BVerfGE 57, 250(275)

439 Frisch, in: FS-Streng, 2017, S. 689.

Zusätzlich zu ihrer instrumentellen Funktion, der Legitimierung von Strafzumessungsverhängungen, kann das Verfahrensrecht selbst äußere Grenzen für die Entscheidungsspielräume der Richter setzen, die sich von materiellrechtlichen Normen unterscheiden. Frase argumentierte in seinen rechtsvergleichenden Betrachtungen des amerikanischen und europäischen Strafzumessungsrechts, dass der Grund, warum die detaillierten materiellen Kriterien der Strafzumessung im Stil der Sentencing Guidelines in Europa nicht weit verbreitet sind, darin liegt, dass das europäische Justizsystem bereits über einige Schutzmechanismen gegen Ungleichheiten bei der Strafzumessung verfügt (z.B. hochgradig in bürokratische Strukturen eingebundene Richter und Staatsanwälte, Begründungspflicht, revisionsrechtliche Überprüfung).⁴⁴⁰

Die Argumentation von Frase zeigt, dass die Entwicklung sowohl materiellrechtlicher als auch verfahrensrechtlicher Kriterien den institutionellen Zweck der Vereinheitlichung der Strafzumessung erfüllen kann. Die begrenzte Leistungsfähigkeit der materiellen Kontrolle wird besonders dort deutlich, wo abstrakte rechtliche Vorgaben lediglich als allgemeine Richtlinien dienen und eine spezifische Anwendung auf den Einzelfall ohne die Beteiligung des jeweiligen Rechtsanwenders undenkbar ist.⁴⁴¹ Je weniger konkrete Vorgaben das materielle Recht bieten, desto entscheidender wird die Gestaltung des Verfahrens und die Beachtung der Verfahrensgarantien, um zu einem gerechten Ergebnis zu gelangen.⁴⁴²

Die verfahrensrechtlichen Normen, insbesondere das Institut der Revisionskontrolle der Strafzumessung⁴⁴³, sind in der Diskussion um die Strafzumessungsreform in Deutschland nicht unbeachtet geblieben. Obwohl die Strafzumessung in früheren Jahren als ausschließlicher Ermessensspielraum des Richters angesehen wurde, wird sie heute immer häufiger als ein Entscheidungsprozess betrachtet, bei dem Rechtsanwendung und Werturteile vermischt werden und der somit der Überprüfung durch die Revisionsinstanz unterliegt.⁴⁴⁴ Wie Börner hervorhebt: „Die grundgesetzliche Bindung des Richters an das materielle Recht engt den Richter bei weitem nicht vollständig in seinen Entscheidungsmöglichkeiten ein, sondern bietet

440 Frase, in: Jackson/Langer/Bohlander (Hrsg.), 2008, p.358.

441 Murmann, GA 2004, S. 65(72).

442 Murmann, a.a.O. S. 65(73).

443 Dazu noch einmal näher Teil 6 C. III (Seiten 306 ff.)

444 BGH NJW 2008, 672. Vgl. BVerfG, NJW 2007, 2977; vgl. Streng, 2012, Rn. 657 m.w.N.

seiner Entscheidung lediglich die Grundlage.⁴⁴⁵ Im Vorschlag zur Einführung einer Strafzumessungsdatenbank bleibt die Einschränkung richterlicher Entscheidungsspielräume in normativer Hinsicht weiterhin an die revisionsrechtliche Überprüfung gebunden. Das bedeutet, dass der durch die Datenbank ermöglichte Fallvergleich lediglich als eines von mehreren Argumenten in der Revisionsinstanz dient, um eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch unangemessene Strafzumessung zu belegen.⁴⁴⁶ Auch in Deutschland wird argumentiert, dass dieses flexible, „weiche“ Modell der Strafzumessungskontrolle wünschenswerter ist als harte, starre materielle Normen wie Strafzumessungsrichtlinien.⁴⁴⁷

Wie bereits zuvor erläutert, sollte der richterliche Spielraum bei der Strafzumessung jedoch nicht nur im Sinne eines Ermessens verstanden werden, sondern vielmehr so, dass er alle potenziellen Entscheidungsspielräume jeder Stufe des Strafzumessungsvorgangs umfasst. Ebenso umfasst das traditionelle System „Ermessen – Begrenzung – Revisionskontrolle“ nicht alle Möglichkeiten der prozessualen Kontrolle der Strafzumessung. Nach der chinesischen Auffassung liegt der Wert des Verfahrens zur Kontrolle der Strafzumessung darin, durch die Interaktion zwischen dem Richter, den Parteien und der Öffentlichkeit die Fähigkeit des Richters zur rationalen und gerechten Strafzumessung zu verbessern und den Missbrauch der Entscheidungsspielräume zu verhindern. Mit anderen Worten ist das Verfahren sowohl ein Hilfsmittel des Richters als auch ein Überwachungsinstrument.⁴⁴⁸ Dies ist der grundlegende Weg, wie das Verfahrensrecht die Strafzumessung zu gestalten vermag. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass jede Regelung, die den richterlichen Entscheidungsspielraum einschränken könnte, nur unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerechtfertigt werden darf. Andernfalls würde sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit der Richter gemäß Art. 97 Abs. 1 GG widersprechen.⁴⁴⁹ Ein Gegenbeispiel hierfür wäre der unangemessene Einfluss der durch Medienberichte geschürten öffentlichen Emotionen auf die Strafzumessungsentscheidung des Richters. Alle Beschränkungsmaßnahmen haben sowohl ihre Vorteile als auch potenziellen Risiken. Ohne eine sorgfältige und umfassende Berücksichtigung jeder vorgeschlagenen Maßnahme ist es nicht möglich, die richtige Richtung

445 Börner, 2014, S. 30.

446 Streng, 1984, S. 312; Kaspar, 2018, C 115; Streng, StV 2018, S. 593(600).

447 Gross-Wilde, a.a.O. S. 143.

448 Lan, J., XDFX 2013, S. 92(96).

449 SSW-StGB/Eschelbach, § 46 Rn. 61.

für die Weiterentwicklung des Strafzumessungsrechts zu bestimmen. Wie *Schünemann* sagt, ist es „auf dieser Ebene Aufgabe der Rechtswissenschaft, die konkurrierenden Alternativvorschläge herauszuarbeiten und dem Gesetzgeber mit Argumenten garniert („topologisch“) vorzustellen und zu empfehlen.“⁴⁵⁰

Aus der Perspektive der Machtkontrolle lassen sich die verfahrensrechtlichen Beschränkungsinstitute in die folgenden drei Kategorien einteilen, die auch einen Ankerpunkt für die in den folgenden Teilen der Arbeit eingehende Vergleichung der verfahrensrechtlichen Kontrollmechanismen der Strafzumessung zwischen China und Deutschland bilden:

- (1) Regelungen zur Transparenz: Diese Regelungen sollen die Tätigkeit der Richter bei der Strafzumessung so transparent wie möglich machen und die „Black Box“ dem Licht der Öffentlichkeit aussetzen, wodurch eine willkürliche Ausübung des Entscheidungsspielraums oder ein entsprechender Anschein vermieden wird. Dazu gehören der Grundsatz der Öffentlichkeit, die Beweisaufnahme und die wechselseitigen Erörterungen über die Straffrage in der Hauptverhandlung, der Begründungszwang des Richters sowie die Veröffentlichung der Urteile. (4. Teil)
- (2) Regelungen zur Beteiligung der Prozessparteien: Diese Regelungen gewährleisten das Mitwirkungsrecht der anderen Prozessbeteiligten an der Strafzumessung und schaffen dadurch eine innerprozessuale Machtbalance. Die Perspektiven des Staatsanwalts, des Angeklagten bzw. des Opfers werden dabei betrachtet und die Auswirkungen von Absprachen auf das traditionelle Strafzumessungsmodell werden besonders berücksichtigt. (5. Teil)
- (3) Regelungen zur innergerichtlichen Gewaltenteilung: Diese Regelungen zielen darauf ab, die Strafverhängung von einzelnen Richtern und Gerichten zu homogenisieren und zu kontrollieren. Zu den verfahrenstechnischen Mechanismen gehören das Kollegium anstelle des Einzelrichters, die Mitwirkung von Laienrichtern und auch die Fehlerkontrolle durch das Rechtsmittelsystem. (6. Teil)

450 Schünemann, in: FS-Streng, 2017, S. 755(757).