

sui generis

STRAFEN GLEICHHEIT?

Gerechte Strafen ohne Gleichheit?
Eine rechtliche und empirische
Analyse der Schweizer
Strafzumessungspraxis
Luca Ranzoni

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Luca Ranzoni

Gerechte Strafen ohne Gleichheit?

**Eine rechtliche und empirische Analyse
der Schweizer Strafzumessungspraxis**

*For Caroline,
my friend, my love, my life*

Vorwort und Dank

Für einen Gerichtsschreiber kommt bei der Referatserstellung oder der Urteilsredaktion unweigerlich der Moment, in dem es die Erwägungen zur Strafzumessung zu verfassen gilt. Während die grobe Struktur und wiederwertbare Textbausteine aus früheren Urteilen übernommen und angepasst werden können, finden sich nirgends Informationen zum Wesentlichen, also zur Festlegung der Strafe als Zahl. Damit scheinen sich Gesetzgeber, Justiz- und Strafverfolgungsbehörden sowie die Wissenschaft mehrheitlich abgefunden zu haben. Das stört mich bis heute und war mein Ansporn für die vorliegende Arbeit. Sie soll frischen Wind in eine abgeflaute Diskussion bringen. Im Optimalfall ist mir das hiermit gelungen.

Im Schreibprozess hatte ich das Glück, auf eine hochkarätige Gruppe kluger Köpfe zurückgreifen zu können, deren Mitglieder zu zahlreich sind, um sie hier namentlich zu nennen. Ihnen sei deshalb nicht weniger gedankt.

Ein besonderer Dank gilt den *Damen und Herren Richterinnen und Richter* für ihre zahlreiche Teilnahme an meiner Untersuchung, allen voran *Peter Frei*, Präsident des Kreisgerichts St. Gallen, der mir bei der Erstellung der Umfrage und auch sonst beratend zur Seite stand. Ohne sie wäre diese Untersuchung weit weniger ergiebig ausgefallen.

In *Gian Ege* und *Thierry Urwyler* habe ich sodann zwei Vorbilder, grossartige Freunde und intellektuelle Sparringpartner gefunden, die zur Verbesserung dieser und anderer Ideen einen unschätzbaren Beitrag geleistet haben. Ihnen beiden sowie *Caroline Ruggli* und *Martin Seelmann* danke ich ausserdem für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Meine Mutter, *Dolores Ranzoni*, hat unermüdlich versucht, mein Deutsch zu verbessern, und dort nachgebessert, wo ich nach wie vor scheitere. Von meinem Vater, *Carlo Ranzoni*, stammt die Begeisterung fürs Strafrecht. Unsere fachlichen Interessen liegen sich so nahe, dass ich ihn in dieser Arbeit mehrmals zitieren durfte und mich regelmässig mit ihm austauschen konnte, was mich besonders freute. Mein Bruder, *Elia Ranzoni*, hat mich immer wieder aus der Bibliothek geholt und mir den nötigen Ausgleich verschafft. Allen dreien verdanke ich viel.

Tilman Altwicker sei herzlich für die zeitnahe Erstattung des Zweitgutachtens und die hilfreichen Anregungen gedankt. Ein besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater und Mentor, *Marc Thommen*, der mich schon früh und unermüdlich gefördert und mir viele Türen geöffnet hat. Zudem hat er mir meine zukünftige Frau vorgestellt, was sich als deutlich wichtiger für dieses Projekt herausstellte als jeder juristische Rat.

Caroline Rugglis ansteckende Begeisterung für mein Projekt war meine Sicherheitsleine auf diesem Hochseilakt. Wo mich auch grosse Erfolge nicht von der Qualität der eigenen Arbeit überzeugten, hat sie selbst meine kleinen gefeiert. Unsere zahlreichen Diskussionen und spätabendlichen statistischen Auswertungen waren für mich von unschätzbarem Wert. Ohne Deine liebevolle, kluge Begleitung wäre es nicht gegangen. Danke.

Abschliessend danke ich der Universität Zürich für die finanzielle Unterstützung dieses Projekts mit dem UZH Candoc Grant (Verfügung Nr. FK-22-011), der mir die notwendige Zeit und den Raum zum Schreiben verschafft hat. Auch dem Prodekanat Forschung und Nachwuchsförderung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich sei herzlich für die unkomplizierte Übernahme der Übersetzungskosten gedankt.

Neue Rechtsprechung und Literatur wurden bis Juni 2024 berücksichtigt. Rückmeldungen nehme ich gerne unter luca.ranzoni@ikmail.com entgegen. Nun wünsche ich eine gute Lektüre!

Zürich, im Oktober 2024

Luca Ranzoni

Inhaltsübersicht

Vorwort und Dank	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX

Einleitende Zusammenfassung	1
Teil 1: Grundlagen von Gleichbehandlung und Strafzumessung	2
Teil 2: Rechtliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung	5
Teil 3: Tatsächliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung	12
Teil 4: Optimierte Gleichbehandlung in der Strafzumessung	14

Teil 1: Grundlagen von Gleichbehandlung und Strafzumessung	17
--	----

Kapitel 1: Wie wird gleichbehandelt?	17
I. Gleichheitsbegriff	18
II. Gleichbehandlungsgebot	23
Kapitel 2: Wie wird Strafe zugemessen?	39
I. Gesetzliche Ausgangslage	39
II. Praktische Umsetzung	44
III. Zwischenfazit	80

Teil 2: Rechtliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung	83
--	----

Kapitel 1: Normative Wichtigkeit	84
I. Gleichheit und Verschuldensadäquanz	85
II. Unzulänglichkeit der Gesetzesbindung	95
III. Konsequenzen von Ungleichheit	101
IV. Zwischenfazit	103

Kapitel 2: Praktische Irrelevanz	104
I. Fehlende Vergleichbarkeit	105
II. Ungenügende Vergleichsgrundlage	110
III. Föderalistische Scheuklappen	129
IV. Immunisierendes Ermessen	136
V. Zwischenfazit	168

Teil 3: Tatsächliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung	171
---	-----

Kapitel 1: Strafzumessungsdisparitäten	171
---	-----

I. Analyse von Kriminalstatistiken	171
II. Identifikation von Determinanten	172
Kapitel 2: Eigene Untersuchung	179
I. Methodenwahl	180
II. Fragestellung und Hypothesen	182
III. Untersuchungsdesign	187
IV. Resultate und Diskussion	201
V. Beantwortung der Forschungsfragen	252
Kapitel 3: Zwischenfazit	256
Teil 4: Optimierte Gleichbehandlung in der Strafzumessung	259
Kapitel 1: Optimierte Justiziabilität	260
I. Strafzumessungsrechtliche Ermessensdogmatik	261
II. Vergleichendes Vorgehen	267
III. Verhältnis von Rechtsgleichheit und Ermessen	272
IV. Notwendige Entscheidungsgrundlagen	275
Kapitel 2: Optimierte Intersubjektivität	277
I. Strafzumessungsinformationssystem	278
II. Strafzumessungsrichtlinien	288
III. Strafzumessungskommission	299
Schluss	305
Anhang	307
Lokaler Anhang	307
I. Publikationspraxis der Kantone	307
II. Vergleichsfälle	312
III. Weitere Auswertungen, Abbildungen und Tabellen	322
Digitaler Anhang	337
I. Umfrage	337
II. Datensatz, Codebook und R-Script	337
III. Anzahl Strafrichterinnen und Strafrichter	338
Abkürzungsverzeichnis	339
Literaturverzeichnis	349
Materialienverzeichnis	379
Abbildungs- und Tabellenverzeichnis	385

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX

Einleitende Zusammenfassung	1
Teil 1: Grundlagen von Gleichbehandlung und Strafzumessung	2
Teil 2: Rechtliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung	5
Teil 3: Tatsächliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung	12
Teil 4: Optimierte Gleichbehandlung in der Strafzumessung	14

Teil 1: Grundlagen von Gleichbehandlung und Strafzumessung ... 17

Kapitel 1: Wie wird gleichbehandelt?

I. Gleichheitsbegriff

A. Bedeutung von «gleich» und «vergleichbar»

1. Technischer Sinn

2. Juristischer Sprachgebrauch

B. Arten von Gleichheit

II. Gleichbehandlungsgebot

A. Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung

1. In der Rechtsetzung

2. In der Rechtsanwendung

a) Ermessen

b) Föderale Schranken

c) Durchsetzung

3. Sonderkonstellationen

a) Gleichbehandlung im Unrecht

b) Praxisänderung

B. Optimierungsgebot

Kapitel 2: Wie wird Strafe zugemessen?

I. Gesetzliche Ausgangslage

II. Praktische Umsetzung

A. Strafzumessung vor Bundesgericht

1. Unklares Kognitionsverständnis

2. Anforderungen an die Strafzumessung

a) Allgemeine Anforderungen

b) Verknüpfungproblematik	53
aa) Einstieg in den Strafraumen	53
bb) Gesamtstrafenbildung	55
cc) Wahl der Straftart	57
c) Einheitlichkeit der Strafzumessung	60
B. Strafzumessung durch die Sachgerichte	63
1. Absolute Begründung	64
2. Relative Strafzumessung	69
a) Einstieg in den Strafraumen	70
b) Strafzumessung durch Vergleich	71
aa) Hypothetische Tatvarianten	72
bb) Reale Vergleichsfälle	74
cc) Strafzumessungsrichtlinien	77
III. Zwischenfazit	80

Teil 2: Rechtliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung

Kapitel 1: Normative Wichtigkeit	84
I. Gleichheit und Verschuldensadäquanz	85
A. Verschuldensproportionalität als Hauptauftrag	85
B. Strafraumen als Vorgaben zur ordinalen Proportionalität	90
C. Komparative Verschuldensbewertung	93
II. Unzulänglichkeit der Gesetzesbindung	95
A. Ungenügende Gesetzeslage	95
B. Erhebliches Ermessen	98
III. Konsequenzen von Ungleichheit	101
IV. Zwischenfazit	103

Kapitel 2: Praktische Irrelevanz	104
I. Fehlende Vergleichbarkeit	105
II. Ungenügende Vergleichsgrundlage	110
A. Nicht nachvollziehbare Strafzumessung	110
1. Versteckt vergleichendes Vorgehen	112
a) Ungenannte Vergleichsfälle	113
b) Interne Richtlinien	115
2. Aversion gegen Zahlen	116
a) Einsatzstrafe für (objektive) Tatkomponente	117
b) Hypothetische Strafe vor Strafminderung	120
3. Unklare Grundlage von Strafzumessungsrichtlinien	122
B. Dünnes Vergleichsmaterial	123

- 1. Grosszügiger Begründungsdispens 124
 - a) Im Strafbefehlsverfahren 124
 - b) Im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren 125
- 2. Ungenügende Publikationspraxis 126
- 3. Fehlende Aufbereitung 128
- III. Föderalistische Scheuklappen 129**
 - A. Regionale Differenzen als Rechtfertigung von Ungleichbehandlung? 129
 - B. Kantonal oder lokal beschränkter Gleichbehandlungsanspruch? 130
- IV. Immunisierendes Ermessen 136**
 - A. Individualisierung und Rechtsgleichheit 137
 - 1. Individuell statt gleich? 137
 - 2. Individualisierung durch Ermessen 139
 - a) Der Begriff des Ermessens 140
 - b) Ermessen in der Strafzumessung 144
 - c) Grenzen durch Ermessensrichtlinien 147
 - d) Kontrolle von Ermessen 153
 - 3. Ermessen vs. Rechtsgleichheit 154
 - a) Vorrang des Legalitätsprinzips? 155
 - b) Suche nach der goldenen Mitte 159
 - B. Rechtsgleichheit vs. richterliche Unabhängigkeit 160
 - 1. Unabhängig von früheren Urteilen? 161
 - 2. Frei von Weisungen? 164
- V. Zwischenfazit 168**

Teil 3: Tatsächliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung 171

- Kapitel 1: Strafzumessungsdisparitäten 171**
 - I. Analyse von Kriminalstatistiken 171**
 - II. Identifikation von Determinanten 172**
 - A. Urteils- und/oder Aktenanalysen 174
 - B. Vignetten-Studien (Strafzumessungssimulationen) 175

- Kapitel 2: Eigene Untersuchung 179**
 - I. Methodenwahl 180**
 - II. Fragestellung und Hypothesen 182**
 - A. Frage 1: Wie einheitlich erfolgt die Strafzumessung durch erstinstanzliche Strafrichterinnen und -richter in der Schweiz? 182

1. Hypothese 1.1: Die Standardabweichung der Strafen für denselben Fall beträgt mehr als 40 % der durchschnittlich ausgesprochenen Strafe.	183
2. Hypothese 1.2: Die Streuung der Strafen fällt bei Vermögensdelikten weniger stark aus als bei Gewaltdelikten.	183
3. Hypothese 1.3: Die Streuung der Strafen beim Tötungsdelikt ist grösser, als Richterinnen und Richter noch als vertretbar erachten.	184
4. Hypothese 1.4: Ausser beim Tötungsdelikt erreicht keine Strafoption (Strafart, Vollzugsform und Verbindungsbusse) das absolute Mehr der Antworten.	184
5. Hypothese 1.5: Die ausgefallten Strafen unterscheiden sich nach Sprachregion, Kanton und Gericht.	185
6. Hypothese 1.6: Innerhalb einzelner Kantone und Gerichte fallen die Strafen jeweils einheitlicher aus als in der nächstgrösseren Gesamtheit.	185
B. Frage 2: Wird die Strafzumessung einheitlicher, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle heranziehen?	186
1. Hypothese 2.1: Eine Mehrheit der Richterinnen und Richter orientiert sich bei der Strafzumessung auch an Vergleichsfällen.	186
2. Hypothese 2.2: Die Streuung der Strafen ist relativ zum Durchschnitt geringer, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle für die Strafzumessung beiziehen.	186
3. Hypothese 2.3: Die Wahl der Strafoption erfolgt einheitlicher, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle für die Strafzumessung beiziehen.	187
III. Untersuchungsdesign	187
A. Noise-Audit mit Fallvignetten	187
B. Zusätzliche Untersuchungselemente	193
1. Überprüfung eines möglichen Lösungsvorschlags	194
2. Weitere Elemente zur Einordnung der Ergebnisse	195
C. Erhebungsart	195
D. Teilnehmende	196
E. Limitationen	199
IV. Resultate und Diskussion	201
A. Strafzumessung für Fallvignetten	203
1. Gruppe 1 (ohne Vergleichsfälle)	203
a) Strafoptionen	204
aa) <i>Strafart</i>	204

<i>bb) Vollzug</i>	205
<i>cc) Verbindungsbusse</i>	206
b) Strafmass	207
<i>aa) Skalierung der Strafoptionen</i>	207
<i>bb) Verteilung der Strafen</i>	211
<i>cc) Regionale Unterschiede (Region, Kanton, Gericht)</i>	219
<i>dd) Kollegialgerichte</i>	225
<i>ee) Sachliche Zuständigkeit</i>	228
<i>ff) Verwendung eigener Hilfsmittel</i>	229
2. Vergleich mit Gruppe 2 (mit Vergleichsfällen)	231
a) Strafoptionen	232
b) Strafmass	235
c) Berücksichtigung möglicher Störfaktoren	239
B. Einstellungen zu Vergleichsfällen	241
C. Selbst-, Fremd- und Vertretbarkeitseinschätzungen	244
1. Eigene Punitivität	245
2. Strafzumessung der anderen Teilnehmenden	246
3. Bereich des Vertretbaren	248
V. Beantwortung der Forschungsfragen	252
A. Wie einheitlich erfolgt die Strafzumessung durch erstinstanzliche Strafrichterinnen und -richter in der Schweiz?	252
B. Wird die Strafzumessung einheitlicher, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle heranziehen?	255
<hr/>	
Kapitel 3: Zwischenfazit	256
<hr/>	
Teil 4: Optimierte Gleichbehandlung in der Strafzumessung	259
<hr/>	
Kapitel 1: Optimierte Justiziabilität	260
I. Strafzumessungsrechtliche Ermessensdogmatik	261
A. Durch das Bundesgericht	261
B. Durch den Gesetzgeber	264
II. Vergleichendes Vorgehen	267
A. Durch die Sachgerichte	269
B. Durch das Bundesgericht	271
III. Verhältnis von Rechtsgleichheit und Ermessen	272
A. Für die Sachgerichte	273
B. Für das Bundesgericht	273
IV. Notwendige Entscheidungsgrundlagen	275

Kapitel 2: Optimierte Intersubjektivität	277
I. Strafzumessungsinformationssystem	278
A. Beispiele bestehender Systeme	279
B. Zentrale Eigenschaften	283
1. Automatisierte Fallerfassung	284
2. Intelligente Suche	285
3. Freier Zugang	287
II. Strafzumessungsrichtlinien	288
A. Das britische Modell	291
B. Ausgestaltungsmöglichkeit für die Schweiz	295
1. Deliktsspezifische Richtlinien	295
2. Übergreifende allgemeine Richtlinien	297
3. Berücksichtigungspflicht anstatt Befolgungszwang	298
III. Strafzumessungskommission	299
A. Aufgaben	300
1. Information	300
2. Revision und Beratung	301
3. Monitoring	302
B. Organisation	302
1. Institutionelle Form	302
2. Zusammensetzung	303
<hr/>	
Schluss	305

Anhang	307
Lokaler Anhang	307
I. Publikationspraxis der Kantone	307
II. Vergleichsfälle	312
A. Vignette 1: einfache Körperverletzung	312
1. Ausgangsfall	312
2. Vergleichsfälle	313
a) Fall 1	313
b) Fall 2	313
c) Fall 3	314
B. Vignette 2: Diebstahl	315
1. Ausgangsfall	315
2. Vergleichsfälle	315
a) Fall 1	315
b) Fall 2	316
c) Fall 3	316
C. Vignette 3: Betrug	317
1. Ausgangsfall	317
2. Vergleichsfälle	317
a) Fall 1	317
b) Fall 2	318
c) Fall 3	319
D. Vignette 4: vorsätzliche Tötung	319
1. Ausgangsfall	319
2. Vergleichsfälle	320
a) Fall 1	320
b) Fall 2	320
c) Fall 3	321
III. Weitere Auswertungen, Abbildungen und Tabellen	322
A. Teilnehmende nach Kanton und Gericht	322
B. Vergleich der Skalierungsmethoden	324
C. Vorbedingungen für (parametrische) Gruppenvergleiche	324
1. Nach Experimentgruppe (Primärstrafen)	324
a) Normalverteilung	325
b) Varianzhomogenität	325
2. Nach Experimentgruppe (Bussenhöhe)	325
a) Normalverteilung	326
b) Varianzhomogenität	326
3. Nach Sprachregion	326
a) Normalverteilung	326

b) Varianzhomogenität	327
4. Nach Kanton und Gericht	327
D. Strafen aller Teilnehmenden zusammen	327
1. Prägnanztendenz	328
2. Verteilung der Strafen	329
E. Weitere Gruppenvergleiche	331
1. Vollzug	331
2. Verbindungsbusse	332
F. Selbsteinschätzung (Variante: Drittel)	333
G. Unterschiedliche Grundstrenge (Gruppe 1)	333
H. Ordinale Einigkeit (Gruppe 2)	336
Digitaler Anhang	337
I. Umfrage	337
II. Datensatz, Codebook und R-Script	337
III. Anzahl Strafrichterinnen und Strafrichter	338
Abkürzungsverzeichnis	339
Literaturverzeichnis	349
Materialienverzeichnis	379
Abbildungs- und Tabellenverzeichnis	385

«[D]er immanenten inhaltlichen Frage, ob die Strafungleichheiten tatsächlich systembedingt so groß sein müssen wie sie es zur Zeit sind, ob man tatsächlich alles getan hat, um Strafungleichheit zu vermeiden, [wird] regelmäßig nicht weiter nachgegangen. Das derzeitige Sein wird ohne weiteres als unüberwindbare und damit legitime Grenze des Sollens anerkannt.»¹

1 STRENG 1984, S. 14 f.

Einleitende Zusammenfassung

Wer eine Straftat begeht, erhält eine Strafe. Je schwerer die Straftat, desto 1
schwerer auch die Strafe. Doch wie schwer soll die Strafe genau sein? Das
Schweizerische Strafgesetzbuch gibt dazu nur minimale Vorgaben, je nach
Delikt einen weiten Strafraum und ein paar wenige Anweisungen dazu,
worauf bei der Beurteilung zu achten ist. Alles Weitere ist Strafzumessungs-
praxis und damit den Gerichten überlassen. Diese Vorgaben sind bewusst
offen, damit Gerichte eine den Umständen des Einzelfalls angemessene Strafe
aussprechen können. Beschuldigte sollen nicht über einen Kamm geschoren,
sondern *individuell* anhand ihrer Straftat und ihrer konkreten Umstände
beurteilt werden.²

Gleichzeitig wird von allen Akteuren eines Rechtsstaats erwartet, dass sie 2
Private rechtsgleich behandeln: «*Gleiches muss nach Massgabe seiner Gleich-
heit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behan-
delt werden.*»³ Die strafrechtliche Individualisierungsforderung findet sich
primär im Differenzierungsgebot wieder: Was ungleich ist, soll auch ungleich
behandelt werden. Die zweite Dimension der Gleichbehandlung wird dabei
zuweilen vernachlässigt. Diese einseitige Gewichtung soll vorwiegend ins Lot
gebracht werden. Beschuldigte haben bei aller berechtigten Individualisierung
auch einen Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung, und zwar nicht nur glei-
che Behandlung in gleichen Fällen, sondern nach *Massgabe* der Gleichheit und
Ungleichheit, also proportional.

In diesem Spannungsfeld zwischen Individualisierung und Gleichbe- 3
handlung muss die angemessene Strafe gefunden werden. Wird Strafe nur mit
Blick auf den Einzelfall ermessensweise ohne Seitenblick auf andere Fälle zu-
gemessen, dann wird die Strafe im Ergebnis erheblich von der entscheidenden
Person abhängen – und damit vom Zufall. Dass Bestrafung nicht entscheidend
vom Zufall abhängen darf, wird unmittelbar einleuchten. Ein solches System

2 Vgl. ARZT, recht 1994, S. 142; KIENER H., ZStrR 2007, S. 357; MATHYS 2019, N 578; MELLING-
HOFF, in: FS-Hassemer 2010, S. 504; OBERHOLZER, in: Strafen ohne Augenmass 2016,
S. 34; CR CPI-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 3 ff.; SCHINDLER 2010, S. 321 ff.;
SEELMANN 2023, S. 97; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 45; STRATENWERTH/
BOMMER 2020, § 5 N 90; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 89.

3 BGE 143 V 139, E. 6.2.3; negativ formuliert in BGE 136 11, E. 4.1; NEF 1941, S. 103.

würde die rechtsstaatlich zentrale Forderung nach rechtsgleicher Behandlung klar enttäuschen. Ein solches System wäre ungerecht.⁴

- 4 Diverse ausländische Studien legen nun allerdings nahe, dass die Strafzumessungswirklichkeit in hohem Masse zufällig ist.⁵ Anekdotische Stellungnahmen und vereinzelte empirische Erkenntnisse deuten darauf hin, dass die Schweizer Strafzumessung keine Ausnahme darstellt. Untersuchungen mit Fokus auf die Gleichbehandlung stehen hierzulande allerdings noch aus. Damit ist der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung vorgezeichnet, der mit einer einfachen Frage ausgedrückt werden kann:

Wie rechtsgleich ist die Schweizer Strafzumessung?

- 5 Dieser Frage wird im Folgenden in drei Teilen nachgegangen. Im ersten Teil werden zunächst die Grundlagen für die weiteren Überlegungen erarbeitet. In den beiden weiteren Teilen wird untersucht, wie es um die Verwirklichung von Gleichheit in der Strafzumessung auf *rechtlicher* (zweiter Teil) und *tatsächlicher* Ebene (dritter Teil) steht. Im vierten Teil werden abschliessend Verbesserungsvorschläge angebracht.

Teil 1: Grundlagen von Gleichbehandlung und Strafzumessung

- 6 Weil Rechtsgleichheitsüberlegungen die gesamte Arbeit prägen, wird zunächst in die Gleichbehandlungsdogmatik nach Art. 8 Abs. 1 BV⁶ eingeführt (*Kapitel 1*).
- 7 Als Voraussetzung eines Anspruchs auf Gleichbehandlung wird regelmässig die *Vergleichbarkeit* der Sachverhalte verlangt. Dabei zeigt sich, dass die Termini «gleich» und «vergleichbar» uneinheitlich und teilweise synonym verwendet werden. Richtigerweise markiert die «Vergleichbarkeit» zweier Sachverhalte eine niedrige Eintrittsschwelle im Sinn einer Vorbedingung, dass überhaupt sinnvoll verglichen werden kann. Wird diese Schwelle zu hoch angesetzt, wird abschlägig über Gleichbehandlung entschieden, bevor überhaupt verglichen wurde.⁷ Gleichheit oder Ungleichheit lässt sich zudem

4 Vgl. KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 53, 72 f.; SEIB, Blutalkohol 1971, S. 25; STRENG 1984, S. 17; a. A. ARZT, in: FS-Stree/Wessels 1993, S. 67 («*Unsere Strafverfolgungslotterie ist gerade deshalb gerecht, weil sie zufallsbedingt ist*»); vgl. den ähnlichen Gedanken bei BIETSCHBACH/BIBAS, Va. Law Rev. 2016, S. 1493.

5 Hinten Rz. 394 ff.

6 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

7 Hinten Rz. 54 ff.

immer nur im Hinblick auf eines oder mehrere *tertia comparationis* feststellen. Ob als Rechtsfolge arithmetisch oder proportional gleichbehandelt werden soll, ist letztlich eine normative Frage. Sie wird durch die Wahl der Vergleichseigenschaft nur insofern vorgespurt, als sich aus kategorialen *tertia comparationis* (z. B. Staatsangehörigkeit) kein Verhältnis bilden lässt und daher keine proportionale Gleichheit möglich ist.⁸

Das Gleichbehandlungsgebot in Art. 8 Abs. 1 BV richtet sich sowohl an den Gesetzgeber als auch an die rechtsanwendenden Behörden. Der Gesetzgeber muss seine Normen so ausgestalten, dass sie den rechtsanwendenden Behörden eine rechtsgleiche Behandlung ermöglichen.⁹ Im Optimalfall sind die Vorgaben dabei so präzise, dass rein aus deren richtiger Anwendung zugleich Rechtsgleichheit resultiert. Sind die Vorgaben hingegen unbestimmt und räumen sie der rechtsanwendenden Behörde Ermessen ein, vermag die Gesetzesbindung allein keine rechtsgleiche Anwendung sicherzustellen. Die rechtsanwendenden Behörden müssen dann vielmehr eine einheitliche Praxis entwickeln, wofür Präjudizien zentral sind.¹⁰ Das Gebot der gleichen Rechtsanwendung soll dabei auf den Zuständigkeitsbereich *ein und derselben Behörde* bzw. desselben Hoheitsträgers beschränkt sein. Während einleuchtet, dass sich eine kantonale Behörde nicht einer ausserkantonalen Praxis anschliessen muss, bleibt unklar, weshalb sie sich nicht einmal damit auseinanderzusetzen hätte. Nicht nachvollziehbar ist sodann, weshalb nicht wenigstens das Bundesgericht kantonale unterschiedliche Rechtsanwendungen vergleichen und vereinheitlichen muss.¹¹ Das gilt umso mehr, da das Gleichbehandlungsgebot als Verfassungsnorm auch ein *Optimierungsgebot* enthält. Rechtsanwendende Behörden sind gehalten, den Verfassungsnormen möglichst weitreichende Wirkung zu verleihen. Dabei kommt primär dem Bundesgericht als höchstes und letztinstanzliches nationales Gericht die Aufgabe zu, Rechtseinheit zu gewährleisten.¹²

Im *zweiten Kapitel* des ersten Teils wird als weiterer Grundstein der nachfolgenden Überlegungen der Status quo der Strafzumessung ermittelt. Die gesetzlichen Grundlagen der Strafzumessung sind äusserst knapp. Der Gesetzgeber hat es über weite Teile unterlassen, zentrale Weichenstellungen selbst vorzunehmen und überantwortet diese stattdessen den Gerichten.¹³

8 Hinten Rz. 59 ff.

9 Hinten Rz. 75 ff.

10 Hinten Rz. 78 ff.

11 Hinten Rz. 81 ff.

12 Hinten Rz. 94 ff.

13 Hinten Rz. 99 ff.

- 10 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist geprägt von einem weiten Verständnis des sachrichterlichen Ermessens. Dessen Ausübung prüft es nach der verwaltungsrechtlichen Dogmatik der Ermessensfehler.¹⁴ Ob eine Strafe aus dem so weit verstandenen Rahmen fällt, kann es mangels anderer Quellen nur durch eigene ermessensweise Strafzumessung beurteilen, zu der es nicht befugt ist. Entsprechend konzentriert es sich bei der Überprüfung der Strafzumessung vor allem auf die Kohärenz von Begründung und Strafe.¹⁵ Während es einzelne Vorgaben zur Begründung der Strafzumessung entwickelt hat, will es bei der zentralen Gewichtung der Strafzumessungsumstände keine Verwendung von Zahlen vorschreiben, sondern akzeptiert verbale Qualifizierungen. Ob dabei Ermessen überschritten wird, kann es jedoch nur überprüfen, wenn die Vorinstanz freiwillig Zahlen verwendet hat.¹⁶ Auch muss keine hypothetische Einsatzstrafe festgelegt werden, wenn nur eine einzelne Straftat beurteilt wird.¹⁷ Bei der Gesamtstrafenbildung und insb. der Begründung der retrospektiven Konkurrenz stellt es teilweise höhere Anforderungen, ohne dass diese konsequent zu Ende gedacht würden.¹⁸ Aufgrund des weiten Ermessensspielraums sieht sich das Bundesgericht nicht in der Verantwortung, für eine einheitliche Strafzumessung zu sorgen. Weil es ihm genügt, wenn eine Strafe im Rahmen des Ermessensspielraums festgelegt wurde, hört es Vergleiche mit anderen Fällen regelmässig nicht. Diese ablehnende Haltung macht es faktisch unmöglich, eine Gleichbehandlung in der Strafzumessung durchzusetzen. Selbst bei der getrennten Beurteilung von Mittätern sei es unbedenklich und hinzunehmen, wenn die beiden Strafen in einem Missverhältnis stehen.¹⁹
- 11 Innerhalb dieses unsicheren Rahmens müssen Sachgerichte Strafe zumessen. Sie folgen dabei grob demjenigen Prüfschema, das durch Art. 47 StGB²⁰ und die bundesgerichtliche Rechtsprechung vorgegeben ist. Gezeichnet wird ein Bild einer absoluten Strafzumessung, bei der sich aus den Umständen des Einzelfalls eine eindeutige Strafe ableiten lässt. Die Urteilsbegründungen unterscheiden sich vor allem in ihrem Ausführlichkeitsgrad und darin, an welcher Stelle im Prüfprogramm die bis dahin rein verbale Verschuldensbewertung mit einer Einsatzstrafe verknüpft wird bzw. wann der Einstieg in den

14 Hinten Rz. 114 ff.

15 Hinten Rz. 124.

16 Hinten Rz. 127 ff.

17 Hinten Rz. 132 ff.

18 Hinten Rz. 135 ff.

19 Hinten Rz. 145 ff.

20 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

Strafrahmen erfolgt.²¹ Mit Blick auf die bundesgerichtliche Skepsis wird selten ein Vergleich mit anderen Fällen abgebildet. Als Folge entspricht die Darstellung der Strafzumessung in der Urteilsbegründung häufig nicht deren Herstellung. Aus primär anekdotischen Berichten und einzelnen Urteilen mit offengelegtem Vergleich ist bekannt, dass Sachgerichte im Rahmen der Strafzumessung entgegen der Urteilsbegründung regelmässig mit früheren Fällen oder hypothetischen Tatvarianten vergleichen.²² Wo diese existieren, kann auch mit Strafzumessungsrichtlinien mit entsprechenden Referenzsachverhalten verglichen werden.²³

Teil 2: Rechtliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung

Auf der im ersten Teil erarbeiteten Grundlage wird dargelegt, wie es um die rechtliche Verwirklichung von Gleichheit in der Strafzumessung steht. Dabei wird im *ersten Kapitel* herausgearbeitet, weshalb Rechtsgleichheit für die Strafzumessung ein besonderes normatives Gewicht zukommt.

Zunächst einmal basiert bereits der Strafzumessungsvorgang an sich auf Gleichheitsüberlegungen. Strafe ist primär nach dem Verschulden zuzumessen. Es muss Verschuldensproportionalität hergestellt werden. Dazu hat der Gesetzgeber mit den gesetzlichen Vorgaben zu den Strafrahmen und Obergrenzen der Straforten die äusseren Grenzen kardinaler Proportionalität vorgegeben und die ordinale vorgespurt. Innerhalb dieser Rahmenbedingungen müssen Gerichte relative Proportionalität herstellen.²⁴ Der Strafrahmen entspricht dabei einer kontinuierlichen Schwere skala. Dabei bleibt jedoch offen, ob diese linear, degressiv oder progressiv verläuft. Das Bundesgericht scheint grundsätzlich von einem linearen Verhältnis von Verschulden und Strafe auszugehen, was sinnvoll scheint. Weil die Strafrahmen aber nicht präzise aufeinander abgestimmt sind, lässt sich dies nicht überall durchziehen. Zur Wahrung der ordinalen Proportionalität zwischen verschiedenen Delikten sind Gerichte vielmehr gezwungen, zu weite Strafrahmen teleologisch zu reduzieren und sich am unteren Ende zu orientieren.²⁵ Die Natur von Strafrahmen sollte in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur allerdings

21 Hinten Rz. 157 ff.

22 Hinten Rz. 169 ff.

23 Hinten Rz. 185 ff.

24 Hinten Rz. 200 ff.

25 Hinten Rz. 207 ff.

transparent aufgearbeitet werden. In der Lehre setzt sich immer mehr die Ansicht durch, dass für die Verschuldensbewertung ein komparatives Vorgehen notwendig ist. Die mit grossen Unsicherheiten verbundene Verschuldensbewertung soll zudem auf einen möglichst breiten Konsens abgestützt werden. Ein vergleichendes Vorgehen ersetzt dabei nicht die bestehende Strafzumessungsdogmatik, sondern ergänzt diese. Ein Anspruch auf absolute Richtigkeit wird gerade nicht erhoben. Den kann auch die herkömmliche Dogmatik nicht einlösen. Nicht zu vergleichen würde bedeuten, neben der fehlenden Garantie für absolute Richtigkeit zusätzlich auf jegliche relative Richtigkeit zu verzichten.²⁶

- 14 Der Rechtsanwendung kommt mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot zudem dann eine besonders wichtige Rolle zu, wenn die betroffene Gesetznorm selbst eine Gleichbehandlung nur unzureichend sicherstellt. Anforderungen an eine einheitliche Praxis sind umso höher, je grösser der Ermessensspielraum der entscheidenden Behörden ist. In der Strafzumessung könnten die Anforderungen an die Gerichte in Bezug auf gleiche Rechtsanwendung deshalb kaum höher sein.²⁷ In der Praxis wird jedoch zu einseitig das richterliche Ermessen priorisiert. Dieses ist zur Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zwar notwendig. Es macht die Strafzumessung allerdings auch anfällig für sachfremde Einflüsse, wodurch eine Dimension des Zufalls hinzutritt, die sich nicht mit dem Gleichheitsgebot verträgt. Entsprechend muss es im Sinn des Optimierungsgebots darum gehen, möglichst praktische Konkordanz zwischen der Individualisierung durch Ermessen und dem Gleichheitsgebot herzustellen.²⁸
- 15 Strafungleichheit schadet der Glaubwürdigkeit der Justiz. Verliert diese an Ansehen in der Gesellschaft, dann leidet auch eine positiv-generalpräventive Wirkung des Strafrechts. Auch allfällige spezialpräventive Effekte werden gefährdet. Denn Verurteilte vergleichen ihre Strafen untereinander. Wer sich hier ungleich – und damit ungerecht – behandelt fühlt, akzeptiert die eigene Strafe weniger, erlebt diese als einschneidender.²⁹
- 16 Der normativen Wichtigkeit von Gleichbehandlung in der Strafzumessung steht ihre praktische Irrelevanz gegenüber. Wird den Gründen dafür nachgegangen, zeigt sich, dass die zur Verteidigung des Status quo angeführten Argumente kaum tragfähig sind (*Kapitel 2*).

26 Hinten Rz. 214 ff.

27 Hinten Rz. 198 ff.

28 Hinten Rz. 225 ff.

29 Hinten Rz. 234 ff.

Die Ablehnung von Vergleichen im Rahmen von Gleichbehandlungsbegehren ist geprägt von der Behauptung, dass Straffälle kaum vergleichbar seien, weil sie sich immer in einzelnen Punkten unterscheiden würden.³⁰ Die Vergleichbarkeitsschwelle wird von den Gerichten regelmässig zu hoch angesetzt, damit die Gleichheitsbegehren inhaltlich gar nicht erst beurteilt werden müssen. Das vergleichende Vorgehen in der Strafzumessung durch Sachgerichte belegt jedoch gerade die grundsätzlich gute Vergleichbarkeit von Straftaten. Dies gilt insbesondere dann, wenn beide Sachverhalte dieselbe Strafnorm betreffen. Unterschiede in den Sachverhalten führen nicht zu deren Unvergleichbarkeit. Vielmehr muss Strafe proportional zu den Unterschieden zugemessen werden.

Die praktischen Schwierigkeiten beim Vergleich der Strafzumessung in verschiedenen Fällen liegen nicht in einer generell fehlenden Vergleichbarkeit von Straffällen begründet, sondern in der oftmals ungenügenden Vergleichsgrundlage.³¹ Obwohl aufgrund der offenen gesetzlichen Grundlage und des weiten Ermessens hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung zu stellen sind, ist diese häufig nicht nachvollziehbar. Erstens wird ein gezogener Vergleich oftmals nicht in der Begründung offengelegt. Eine allfällig beigezogene Vergleichsgrundlage bleibt damit im Dunkeln. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt jedoch deren Offenlegung: Es darf keine versteckten Vergleichsfälle oder internen Richtlinien geben.³² Zweitens scheint eine gewisse Aversion gegen die Verwendung von Zahlen im Rahmen des Strafzumessungsvorgangs zu bestehen. Während keine Scheinpräzision durch detaillierte Mathematisierung anzustreben ist, sind Zahlen dort zu verlangen, wo dies aus Gründen der Nachvollziehbarkeit oder Vergleichbarkeit der Strafzumessung notwendig ist. Im Optimalfall ist bereits für die objektive Tatkomponente eine hypothetische Einsatzstrafe festzulegen, die dann aufgrund der subjektiven Tatkomponente und der Täterkomponente angepasst wird.³³ Unabhängig davon, wo im Begründungsprozess in den Strafrahmen eingestiegen wird, muss der Einstieg jedenfalls vor der Berücksichtigung wesentlicher strafmindernder oder -erhöhender Umstände erfolgen, ansonsten deren Gewichtung nicht nachvollziehbar ist.³⁴ Drittens ist die Verwendung von Strafzumessungsrichtlinien als Orientierungshilfe zu begrüssen. Bestehende Modelle sind jedoch weder in einem transparenten Prozess entstanden noch

30 Hinten Rz. 244 ff.

31 Hinten Rz. 254 ff.

32 Hinten Rz. 259 ff.

33 Hinten Rz. 269 ff.

34 Hinten Rz. 280 ff.

ist deren Datengrundlage bekannt oder einsehbar, weshalb ihre Qualität nicht überprüft werden kann.³⁵

19 Die fehlende Nachvollziehbarkeit und damit fehlende Vergleichseignung anderer Urteile wird dadurch weiter verschärft, dass nur verhältnismässig wenige Strafurteile zugänglich sind.³⁶ Über 90 % aller Verurteilungen wegen Verbrechen und Vergehen ergehen in Form von Strafbefehlen, die nicht publiziert sind und regelmässig keine Begründung der Strafzumessung enthalten.³⁷ Von den gerichtlichen Verurteilungen ergeht ein wesentlicher Teil ohne schriftliche Begründung.³⁸ Von den schriftlich begründeten Strafurteilen ist wiederum nur eine beschränkte Anzahl öffentlich verfügbar. Dabei handelt es sich primär um Urteile von Berufungsgerichten; kaum ein erstinstanzliches kantonales Strafgericht publiziert überhaupt Urteile.³⁹ Diese Publikationspraxis muss im Hinblick auf das vergleichende Vorgehen bei der Strafzumessung deutlich ausgeweitet werden.⁴⁰

20 Selbst wenn taugliche Vergleichsfälle beigebracht werden können, stehen regelmässig föderalistische Scheuklappen einer rechtsgleichen Strafzumessung im Weg. Regional unterschiedliche Behandlung sei im Föderalismus angelegt und deshalb hinzunehmen. Zur Rechtfertigung der Unterschiede wird teilweise auf regionale Besonderheiten und Unterschiede im sozialen Umfeld hingewiesen. Das Strafgesetzbuch ist allerdings ein nationales. Selbst wenn in der Vergangenheit einmal von einer lokal engeren sittlichen Gemeinschaft auszugehen gewesen sein sollte, kann heute von einer solchen keine Rede mehr sein.⁴¹

21 Gewichtiger ist der bereits in der praktisch einhelligen öffentlich-rechtlichen Lehre angelegte Einwand, die justiziable Dimension von Art. 8 Abs. 1 BV beschränke sich auf ein und dieselbe Behörde. Entsprechend wird auch in der Strafzumessung betont, Gerichte seien in keiner Weise an Urteile aus anderen Kantonen gebunden. Während es gute Gründe gegen eine solche Bindung geben kann, ist jedenfalls nicht ersichtlich, wieso sich dies ohne Weiteres aus Art. 8 Abs. 1 BV ergeben sollte. Diese Auslegung lässt sich kaum mit dem klaren Wortlaut vereinbaren: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Im Ergebnis wird hier zu Unrecht eine behördenzentristische Sicht eingenommen. Richtigerweise besteht für eine rechtsanwendende Behörde

35 Hinten Rz. 286 ff.

36 Hinten Rz. 290 ff.

37 Hinten Rz. 292 f.

38 Hinten Rz. 294 ff.

39 Hinten Rz. 299 ff. und im Anhang, 670 ff.

40 Hinten Rz. 306, 607 ff. und 613 ff.

41 Hinten Rz. 307 ff.

kein Zwang, sich einer Praxis einer anderen Behörde auf gleicher Stufe anzuschliessen. Sie verletzt also das Gleichbehandlungsgebot nicht direkt, wenn sie abweichend entscheidet. Daraus ergibt sich nicht, dass Urteile anderer Behörden völlig unbeachtlich sind. Vielmehr sind diverse Konstellationen denkbar, in denen Urteile anderer Gerichte oder Kantone die beste Informationsquelle darstellen und deshalb keine guten Gründe ersichtlich sind, nicht darauf abzustellen. Zudem ist nach der urteilenden Instanz zu unterscheiden. Ein Berufungsgericht ist für das gesamte Kantonsgebiet zuständig und verletzt daher selbst das Gleichbehandlungsgebot, wenn es in der Anwendung von Bundesrecht eine unterschiedliche Praxis seiner Vorinstanzen toleriert. Dasselbe gilt eine Stufe höher für das Bundesgericht. Es hat für die einheitliche Anwendung von Bundesrecht zu sorgen und verletzt seinerseits das Gleichbehandlungsgebot, wenn es kantonale unterschiedliche Strafzumessung duldet. Insgesamt darf es den Gerichten im Lichte des Gleichbehandlungsgebots, des Optimierungsgebots und im Interesse der richtigen Rechtsanwendung nicht gleichgültig sein, wie andere Gerichte Strafe zumessen.⁴²

Sollte es einer verurteilten Person trotz aller Hürden gelingen, eine rechtsungleiche Strafzumessung darzulegen, wird der letzte Schutzschild aktiviert: Aufgrund des eingeräumten Ermessens seien die Unterschiede hinzunehmen. In der Logik des Bundesgerichts gilt das Rechtsgleichheitsgebot innerhalb des Ermessensspielraums nicht, oder anders ausgedrückt: Ermessen geht Rechtsgleichheit vor.⁴³ Bei dieser Diskussion werden Individualisierung und Ermessen regelmässig vermischt. Ermessen wird zum Zweck der Individualisierung eingeräumt und ist damit nicht synonym. Weiter wird Individualisierung undifferenziert mit Einzelfallgerechtigkeit gleichgesetzt. Individualisierung führt jedoch primär zu einer *individuellen* Strafe. Ob diese *gerecht* ist, lässt sich erst im Quervergleich ermitteln.⁴⁴

Weil Ermessen vor allem in der bundesgerichtlichen Praxis eine so grosse Bedeutung zukommt, ist umso problematischer, dass das Bundesgericht dessen Bedeutung nie herausgearbeitet hat. Der Begriff wird regelmässig überdehnt. Damit dem Ermessensbegriff überhaupt definitorische Trennschärfe zukommt, kann er nicht für jede Beurteilungsunschärfe erhalten. Vielmehr ist nur dort von Ermessen zu sprechen, wo mehrere Lösungen rechtlich gleichwertig und damit richtig sind. Es geht um eine vom Gesetzgeber eingeräumte Wahlmöglichkeit.⁴⁵

42 Z. G. hinten Rz. 311 ff.

43 Hinten Rz. 324 ff.

44 Hinten Rz. 326 ff.

45 Hinten Rz. 335 ff.

- 24 Bei der Strafzumessung besteht solches Ermessen. Mit der gewählten gesetzlichen Lösung hat der Gesetzgeber den Gerichten im Einzelfall diverse Wahlmöglichkeiten eingeräumt. Dabei muss es sich nicht um eine Verlegenheitslösung handeln. Vielmehr hält man die individuelle Bewertung durch Richterinnen und Richter für die beste Lösung, im Wissen darum, dass mehrere Lösungen richtig sein können oder zumindest keine davon einen höheren Richtigkeitsanspruch erheben kann. Deshalb muss auch der Idee einer einzig richtigen Strafe eine Absage erteilt werden und es ist von einem Spielraum richtiger Strafen auszugehen.⁴⁶
- 25 Nun liegen jedoch nicht alle Strafzumessungsfragen im gerichtlichen Ermessen und dieses ist auch nicht «frei». Vielmehr ist die Wahlfreiheit des Gerichts immer durch Ermessensrichtlinien beschränkt.⁴⁷ Im Rahmen der Auslegung der gesetzlichen Vorgaben zur Strafzumessung insbesondere auch der Bundesverfassung ergeben sich diverse Regeln für die Strafzumessung, die nicht im Ermessen der Sachgerichte liegen. So muss eine pflichtgemässe Ermessensausübung u. a. eine rechtsgleiche sein. Dazu muss die Rechtsprechung einheitliche Kriterien für die Ermessensbetätigung entwickeln (Ermessensrichtlinien). Dass die Auslegung hier nicht immer klare Antworten liefern wird, weist die zu beantwortenden Fragen nicht direkt dem sachgerichtlichen Ermessen zu. Vielmehr ist es am Bundesgericht, solche Fragen allgemeingültig zu entscheiden und ein praktisch brauchbares System von Ermessensrichtlinien zu erarbeiten.⁴⁸
- 26 Ermessen besteht nur innerhalb des durch Ermessensrichtlinien abgesteckten Bereichs. Das heisst, Vorgaben wie diejenige des Rechtsgleichheitsgebots wirken von aussen auf den Ermessenspielraum und engen die Wahlfreiheit des Gerichts ein. Unbegründetes Abweichen von Ermessensrichtlinien stellt einen qualifizierten Ermessensfehler dar. Ermessensrichtlinien grenzen also zulässige Ermessensausübung von qualifizierten Ermessensfehlern ab. Viele Ermessensrichtlinien, wie bspw. dass einem Geständnis in aller Regel mit einer Strafreduktion von einem Fünftel bis zu einem Drittel Rechnung zu tragen ist, betreffen nur Teilschritte der Strafzumessung. Auch hier muss ein unbegründetes Abweichen zur Aufhebung führen, selbst wenn die Strafe insgesamt noch als vertretbar erscheint. Denn auch eine bloss in Teilen rechtsfehlerhafte Strafzumessung verletzt Bundesrecht. Erst durch die Verwendung von Ermessensrichtlinien wird Ermessensausübung in der Strafzumessung

46 Hinten Rz. 342 ff.

47 Hinten Rz. 350 ff.

48 Hinten Rz. 351 ff.

kontrollierbar. Um seine Kontrollaufgabe ernst zu nehmen, muss das Bundesgericht eine entsprechende Strafzumessungsdogmatik entwickeln.⁴⁹

Zusammenfassend geht Ermessen einer rechtsgleichen Bestrafung nicht vor. Es verhält sich umgekehrt: Das Gebot rechtsgleicher Behandlung engt den Ermessensbereich von aussen ein. Entsprechend ist die fehlgeleitete Rechtsprechung, die in diesem Zusammenhang vom Vorrang des Legalitätsprinzips spricht, zu korrigieren.⁵⁰

Selbst in der restriktiven Auslegung des Anspruchs auf Gleichbehandlung gilt dieser innerhalb desselben Gerichts unbeschränkt. Das führt dazu, dass der mit Blick auf das Rechtsgleichheitsgebot eingeengte Ermessensspielraum je nach Sachgericht verschieden ausfällt und deshalb auch unterschiedliche Strafen zulässt. Weil das Bundesgericht die Grenzen des Ermessens allerdings nicht mit Blick auf das Rechtsgleichheitsgebot bestimmt, wird den Gerichten schweizweit ein deutlich zu grosser Spielraum zugebilligt.⁵¹

Dieses überdehnte Ermessen wird abschliessend auch noch unter den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit gestellt.⁵² Unterschiedliche Gewichtung von Strafzumessungsumständen sei auch eine Folge der richterlichen Unabhängigkeit. Zur Rechtfertigung von Strafungleichheit taugt richterliche Unabhängigkeit allerdings nicht. Weil Richterinnen und Richter uneingeschränkt dem Recht verpflichtet bleiben, kann sich die Unabhängigkeit nur auf ohnehin bestehende Kompetenzen beziehen und diese nicht materiell erweitern. Richterliche Unabhängigkeit ist zudem weder Selbstzweck noch Individualrecht der Richterschaft. Vielmehr geht es darum, sachfremde Einflüsse auf die Entscheidungsfindung zu vermeiden. Die eingeräumte Unabhängigkeit befreit nicht davon, sich mit früheren Urteilen auseinandersetzen zu müssen und zu begründen, weshalb im zu beurteilenden Fall davon abzuweichen ist.⁵³ Die richterliche Unabhängigkeit steht auch Strafzumessungsrichtlinien nicht entgegen, solange diese entweder von den Gerichten selbst oder vom Gesetzgeber bereitgestellt werden und sie die angemessene Bewertung des Einzelfalls nicht verunmöglichen.⁵⁴ Die Forderung nach innerer richterlicher Unabhängigkeit erfordert gerade, dass ansonsten rein subjektive Werturteile auf eine möglichst intersubjektive Basis abgestützt werden.⁵⁵

49 Z. G. hinten Rz. 355 ff.

50 Hinten Rz. 363 ff.

51 Hinten Rz. 368 ff.

52 Hinten Rz. 376 ff.

53 Hinten Rz. 377 ff.

54 Hinten Rz. 383 ff.

55 Hinten Rz. 390.

Teil 3: Tatsächliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung

- 30 Angesichts dieser rechtlich unbefriedigenden Ausgangslage wird im *dritten Teil* ergänzend ermittelt, wie rechtsgleich die daraus resultierende Strafzumessung tatsächlich ist.
- 31 Aufgrund von zahlreichen ausländischen Untersuchungen ist bekannt, dass bei der Strafzumessung mit erheblichen Unterschieden zwischen Regionen, Gerichten und individuellen Entscheidungsträgerinnen und -trägern zu rechnen ist. Analysen der Kriminalstatistiken in der Schweiz legen zudem nahe, dass auch hierzulande regionale Unterschiede in der Strafzumessungspraxis bestehen (*Kapitel 1*).⁵⁶
- 32 Weil keine Informationen zu den beurteilten Einzelfällen zur Verfügung stehen, lässt sich gestützt auf Kriminalstatistiken allerdings nicht ermitteln, wie gross die Unterschiede sind. Um dies näher zu ermitteln, wurde eine schweizweite Vignetten-Studie (Strafzumessungssimulation) durchgeführt (*Kapitel 2*). Erinstanzliche Strafrichterinnen und Strafrichter aus der gesamten Schweiz wurden im Rahmen einer Online-Befragung gebeten, für die jeweils gleichen Fallbeispiele eine Strafe zuzumessen.⁵⁷ Um das vergleichende Vorgehen einem ersten Performance-Test zu unterziehen, wurden einem Teil der Richterinnen und Richter Vergleichsfälle für die Strafzumessung zur Verfügung gestellt.⁵⁸ Insgesamt konnten so verwertbare Antworten von 241 Personen erlangt werden, was einer konservativ geschätzten Rücklaufquote von ca. 43 % entspricht.⁵⁹
- 33 Die Resultate der Befragung sind insgesamt ernüchternd. Zwar waren sich die Richterinnen und Richter grossmehrheitlich einig, welche Straftat zur Anwendung zu bringen ist.⁶⁰ Die tatsächlich ausgefallten Strafmasse streuen sich allerdings bei allen vier Fällen weit.⁶¹ Beim Fall eines leichten bis mittelschweren Tötungsdelikts unterscheiden sich die Strafen zweier zufällig ausgewählter Richterinnen oder Richter um durchschnittlich *mehr als drei Jahre*. Die Dimension des Zufalls ist also erheblich. Die festgestellte Uneinheitlichkeit kann sowohl auf die unterschiedliche Grundstrenge der Richterinnen und

56 Zu bisherigen Untersuchungen hinten Rz. 395 ff.

57 Hinten Rz. 412 ff.

58 Hinten Rz. 445 ff.

59 Hinten Rz. 453 ff.

60 Hinten Rz. 472 ff.

61 Hinten Rz. 485 ff.

Richter zurückgeführt werden als auch darauf, dass sie die präsentierten Fälle schlicht unterschiedlich bewerten.⁶²

Auf Ebene der Kantone lassen sich teilweise erhebliche regionale Unterschiede feststellen, wobei bei einzelnen Vignetten auffällig grosse Unterschiede zwischen den Kantonen Bern und Zürich bestehen.⁶³ Zudem ist die Strafzumessung innerhalb der Kantone nicht zuverlässig einheitlicher als im nationalen Durchschnitt. Für einen Vergleich von Gerichten war die Anzahl der Teilnehmenden hingegen zu gering. Am Beispiel des Bezirksgerichts Zürich lässt sich immerhin zeigen, dass die Strafzumessung dort tendenziell einheitlicher erfolgt als im übrigen Kanton. Ausgerechnet für das schwerste Delikt der vorsätzlichen Tötung liess sich hingegen kein Unterschied feststellen.⁶⁴ Am Beispiel desselben Gerichts konnte zudem gezeigt werden, dass die Anwendung einer einfachen Aggregierungsregelung im Kollegialgericht potenziell zu einer erheblichen Vereinheitlichung führen könnte.⁶⁵

Die Experimentgruppe, welche zusätzlich Vergleichsfälle bereitgestellt erhalten hat, hat insgesamt nur bei einer der vier Vignetten besser abgeschnitten und einheitlichere Strafen ausgefällt.⁶⁶ Das liegt nicht daran, dass die Teilnehmenden dem vergleichenden Vorgehen ablehnend gegenüberständen – ganz im Gegenteil. Beinahe 80 % halten es für wichtig oder eher wichtig, sich bei der Strafzumessung am Strafmass in vergleichbaren Fällen zu orientieren.⁶⁷ Vergleichsfälle stellen das am häufigsten verwendete Hilfsmittel dar. Das Problem lag vielmehr in den konkreten Vergleichsfällen begründet. Diese wurden im Interesse der Realitätsnähe der Versuchsanordnung aus leicht auffindbaren öffentlichen Urteilen zusammengestellt, wodurch sie teilweise nur wenig Ähnlichkeit mit den zu beurteilenden Fällen aufwiesen. In einer zukünftigen Untersuchung wäre das Experiment mit besser passenden Vergleichsfällen zu wiederholen.⁶⁸

Gestützt auf die Befragung wird zudem ein erstes Mal der Ermessensspielraum empirisch abgestützt quantifiziert. Die Richterinnen und Richter wurden beim bearbeiteten Tötungsdelikt im Anschluss an die Strafzumessung gebeten, die niedrigste und die höchste Strafe anzugeben, welche sie gerade noch für vertretbar erachten. Die so ermittelten Vertretbarkeitsrahmen liegen

62 Hinten Rz. 494 ff.

63 Hinten Rz. 500 ff.

64 Hinten Rz. 504 f.

65 Hinten Rz. 506 ff.

66 Hinten Rz. 515 ff.

67 Hinten Rz. 530 ff.

68 Hinten Rz. 536.

teilweise sehr weit auseinander.⁶⁹ Aggregiert man die Antworten zu einem durchschnittlichen Vertretbarkeitsrahmen um die durchschnittliche Strafe für das Tötungsdelikt, resultiert ein Bereich des Vertretbaren von grob plus/minus 25%. Selbst bei diesem aggregierten Vertretbarkeitsmassstab sind aus Sicht der Richterschaft *fast die Hälfte der ausgefallten Strafen nicht mehr vertretbar*.⁷⁰

37 Insgesamt ist sich die Richterschaft sowohl über die angemessenen Strafen als auch über den Rahmen der noch vertretbaren Strafen uneinig. Die dem Schweizer Strafzumessungssystem zugrundeliegende These, wonach möglichst freies gerichtliches Ermessen zu im Einzelfall gerechten Strafen führt, gerät ins Wanken. Damit ist der Optimierungsbedarf ausgewiesen.

Teil 4: Optimierte Gleichbehandlung in der Strafzumessung

38 Im vierten und letzten Teil der Arbeit wird in Form eines Ausblicks vorgezeichnet, was angesichts der beschriebenen Ausgangslage unternommen werden kann. Im *ersten Kapitel* stehen Massnahmen im Zentrum, welche die Justizialität von Ungleichbehandlung in der Strafzumessung verbessern.⁷¹

39 Die Strafzumessungsdogmatik ist auszubauen.⁷² Dafür ist einerseits ein klares Verständnis des Ermessensbegriffs notwendig. Andererseits lässt sich Ermessensausübung nur anhand von klaren Ermessensrichtlinien prüfen. Diese muss das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung ermitteln und den Mut haben, diese auch bei Unsicherheiten möglichst präzise festzulegen. Dabei ist das Verständnis der Strafzumessung als Prozess aus vielen Teilschritten zentral. Ermessen besteht nie für die gesamte Strafzumessung, sondern immer nur im Rahmen der Bewertung einzelner Aspekte. Auch eine in Teilen ermessensfehlerhafte, aber insgesamt vertretbare Strafzumessung ist rechtswidrig. Die entwickelten Ermessensrichtlinien sind zudem vom Bundesgericht selbst zu sammeln und übersichtlich zu publizieren.

40 Der Gesetzgeber hat grundlegende Weichenstellungen direkt im Gesetz vorzunehmen.⁷³ Er hat im Sinn des Optimierungsgebots dort einzugreifen, wo die Gerichte keine einheitliche Praxis zu bilden in der Lage sind, was mit Blick auf die empirische Untersuchung auf die Strafzumessung zuzutreffen

69 Hinten Rz. 544 ff.

70 Hinten Rz. 549.

71 Hinten Rz. 568 ff.

72 Hinten Rz. 569 ff.

73 Hinten Rz. 576 ff.

scheint. Insbesondere muss er die zulässigen Strafzwecke und deren Verhältnis regeln. Auch sind elementarste Anweisungen zum Prüfprogramm und der Vorgehensweise bei der Strafzumessung aufzunehmen. Schliesslich sind auch Unklarheiten bei der Interpretation der Strafraumen zu beseitigen. Der Gesetzgeber hat erstens klarzustellen, wie er die darin ausgedrückte Skala versteht, und zweitens sicherzustellen, dass die Strafraumen mindestens so aufeinander abgestimmt sind, dass Gerichte sie ausnutzen können, ohne völlig disproportionale Strafen ausfallen zu müssen.

Strafzumessung ist, wie sich gezeigt hat, ein primär vergleichender Vorgang. Diesem Umstand muss die Strafzumessungsdogmatik vermehrt Rechnung tragen.⁷⁴ Einerseits müssen Sachgerichte die Strafzumessung im Vergleich zu früheren Fällen vornehmen und den zu beurteilenden Fall «interpolieren».⁷⁵ Das Bundesgericht muss sich sodann der Strafzumessungsrealität stellen und sich mit dem vergleichenden Vorgehen seiner Vorinstanzen auseinandersetzen.⁷⁶

Ein offen vergleichendes Vorgehen eröffnet auch die Diskussion um das Verhältnis von Ermessen und Rechtsgleichheit in der Strafzumessung.⁷⁷ Dieses Verhältnis ist insofern ins Lot zu rücken, als das Gebot rechtsgleicher Behandlung von aussen auf den Ermessensbereich einwirkt und die Wahlfreiheit des Gerichts beschränkt. Wo diese Grenzen ungefähr liegen, lässt sich jeweils nur mit Blick auf andere Fälle bestimmen. Gerichte sind gehalten, primär innerhalb des eigenen Einzugsgebiets rechtsgleiche Bestrafung sicherzustellen. Sie müssen die eigene Ermessensausübung dadurch rechtfertigen, dass sie darlegen, inwiefern das übliche Strafmass beachtet wurde. Die Bringschuld der Gerichte ist umso grösser, je weniger Vergleichsmaterial den Parteien zugänglich ist. Dem Bundesgericht kommt dabei eine schwierige, doppelte Aufgabe zu.⁷⁸ Auf entsprechende Rüge hin muss es erstens überprüfen, ob ein vorinstanzliches Urteil rechtsgleich zur früheren vorinstanzlichen Praxis erfolgte. Bei vorgebrachten kantonalen Unterschieden muss es zweitens entscheiden, wie viel Uneinheitlichkeit angesichts von Art. 8 Abs. 1 BV, der das Bundesgericht national zu Gleichbehandlung verpflichtet, hinnehmbar sind. Sind die kantonalen Unterschiede zu gross, muss es Farbe bekennen und eingreifen. Damit es die kantonale Praxis überhaupt kennt und beurteilen kann, sind weitergehende Massnahmen notwendig.

74 Hinten Rz. 583 ff.

75 Hinten Rz. 587 ff.

76 Hinten Rz. 595 ff.

77 Hinten Rz. 598 ff.

78 Hinten Rz. 602 ff.

- 43 Als Voraussetzung für alle beschriebenen Massnahmen müssen die Entscheidungsgrundlage und damit im Wesentlichen die Urteilsbegründungen als Vergleichsmaterial verbessert werden.⁷⁹ Dort muss erstens das vergleichende Vorgehen offengelegt werden. Zweitens ist die Strafzumessung nur nachvollziehbar und für einen Vergleich geeignet, wenn im Begründungsprozess konkrete Zahlen für Teilschritte verwendet werden. Deshalb ist bereits auf Ebene der objektiven Tatschwere mit einer Einsatzstrafe zu operieren. Drittens können nur zugängliche Vergleichsfälle beigezogen werden. Die Publikationstätigkeit der Gerichte muss dringend ausgeweitet werden. Die vermehrte Publikation von Strafurteilen liesse sich am einfachsten dadurch realisieren, dass sie direkt in Art. 80 ff. StPO⁸⁰ vorgeschrieben würde. Deren Sammlung und Aufbereitung in einer zentralen Datenbank bedarf zudem entsprechender finanzieller Mittel, wenn der Bundesgesetzgeber sie nicht selbst übernehmen möchte.
- 44 All diese Massnahmen sind wichtig. Von ihnen allein darf sich allerdings insgesamt keine allzu grosse schweizweit vereinheitlichende Wirkung erhofft werden. Es fehlt nämlich weiterhin an einer intersubjektiv nachvollziehbaren, gemeinsamen Wertungsbasis, wenn Richterinnen und Richter eigenständig verschiedene Vergleichsfälle auswählen. Zur Aggregierung vieler Wertungsentscheide zu einem Konsens bedarf es vielmehr grösserer Würfe. In diesem Sinn sind drei Massnahmen ernsthaft zu diskutieren (*Kapitel 2*).⁸¹ Mit einem *Strafzumessungsinformationssystem* lässt sich bei guter Ausgestaltung eine Aggregierung dadurch erzielen, dass die Strafen über viele ähnliche Fälle hinweg zusammengefasst werden und so als Information für die richterliche Strafzumessung dienen können.⁸² In der Handhabung einfacher sind *Strafzumessungsrichtlinien*, mit welchen ebenfalls eine Vielzahl von Fällen zusammengezogen und durch flexible Typisierung und Segmentierung des Strafrahmens die Orientierung deutlich erleichtert wird.⁸³ Beide Aufgaben und die Betreuung des komplexen Strafzumessungssystems insgesamt sollten einer spezialisierten *Strafzumessungskommission* überantwortet werden.⁸⁴

79 Hinten Rz. 607 ff.

80 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

81 Hinten Rz. 611 ff.

82 Hinten Rz. 613 ff.

83 Hinten Rz. 628 ff.

84 Hinten Rz. 649 ff.

Teil 1:

Grundlagen von Gleichbehandlung und Strafzumessung

Zum Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV besteht eine reichhaltige öffentlich-rechtliche Praxis und Dogmatik, die teilweise kaum oder nur unpräzise in die strafrechtliche Praxis einfließt.⁸⁵ Als Ausgangspunkt dieser Arbeit soll deshalb zunächst in die öffentlich-rechtliche Gleichbehandlungsdogmatik eingeführt werden (Kapitel 1).⁸⁶

Um anschliessend über Gleichbehandlung in der Strafzumessung nachdenken zu können, muss dieser von aussen schwer zugängliche Vorgang zunächst greifbar gemacht werden. Komplementär zu den Grundlagen des Gleichbehandlungsgebots gilt es deshalb, die gesetzlichen Voraussetzungen der Strafzumessung und ihre praktische Umsetzung zu analysieren (Kapitel 2).

Kapitel 1: Wie wird gleichbehandelt?

Gleichheit ist ein Grundpfeiler jedes demokratischen Rechtsstaats.⁸⁷ Es gibt keine Gerechtigkeit ohne Gleichheit. Entsprechend wird über Gleichheit häufig im Zusammenhang mit Gerechtigkeit nachgedacht.⁸⁸ Diese Verbindung von Gerechtigkeit und Gleichheit entspricht aber auch schlicht der menschlichen Alltagserfahrung.⁸⁹

85 Vgl. hinten Rz. 241 ff.

86 Dabei wird die Frage der Diskriminierung bewusst ausgeklammert, weil vorliegend Ungleichbehandlung ungeachtet ihres Grunds interessiert.

87 Vgl. MARTENET 2003, N 1.

88 Die Verbindung von Gerechtigkeit und Gleichheit ist alt. Sie findet sich bereits bei den grossen Philosophen der Antike und zieht sich bis heute fort, vgl. BIAGGINI 2017, Art. 8 N 5; IBRIC 2022, S. 38 ff.; MAHLMANN, in: Staatsrecht 2021, S. 69 ff.; CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 10; MARTENET 2003, N 26; MELLINGHOFF, in: FS-Hassemer 2010, S. 503; NEF 1941, S. 79 ff.; WALDMANN 2003, S. 96 ff.

89 Vgl. NEF 1941, S. 69 ff.; ferner ALTWICKER 2010, S. 1.

- 48 Für das Recht formuliert die Bundesverfassung prägnant: «*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.*»⁹⁰ Doch was heisst gleich? Gleichheit lässt sich zwar abstrakt definieren (I.), das Gebot der Rechtsgleichheit wird dadurch aber kaum präzisiert (II.). Dies geschieht vielmehr anhand von konkreten Anwendungssituationen wie vorliegend der Strafzumessung (Kapitel 2).

I. Gleichheitsbegriff

- 49 Ob zwei Sachverhalte normativ gleich zu behandeln sind, hängt davon ab, inwiefern diese tatsächlich gleich sind. Eine unpräzise Verwendung der Begriffe «gleich» und «vergleichbar» führt praktisch zu Verwirrungen, die vorliegend vorweg aufgelöst werden sollen (A.). Zudem sind zwei Arten von Gleichbehandlung denkbar, die folgend auseinanderzuhalten sind: arithmetische und proportionale (B.)

A. Bedeutung von «gleich» und «vergleichbar»

- 50 Der juristische Sprachgebrauch von «gleich» und «vergleichbar» (2.), deckt sich nicht mit deren Bedeutung im technischen Sinn (1.), was teilweise zu Verwirrung führt.

1. Technischer Sinn

- 51 Um Gleichheit oder Ungleichheit beurteilen zu können, müssen zwei Vorbedingungen erfüllt sein. Erstens bedarf es *mehrerer*, also mindestens zweier Objekte der Betrachtung, die verglichen werden und die insofern unterscheidbar sind.⁹¹ Zweitens müssen die zu vergleichenden Objekte *vergleichbar* sein.⁹² Vergleichbar im technischen Sinn sind Dinge dann, wenn sie mindestens eine Eigenschaft gemein haben, die verglichen werden kann. Ist diese Eigenschaft gleich ausgeprägt, sind die zu vergleichenden Dinge in dieser Hinsicht *gleich*.⁹³ Um die Farbe von zwei Gegenständen zu vergleichen, müssen beide farbig sein. *Gleichheit* liegt vor, wenn sie dieselbe Farbe haben.⁹⁴ Selbst für

90 Art. 8 Abs. 1 BV.

91 Vgl. dazu NEF 1941, S. 3 ff.; ähnlich ARIOLI 1968, S. 3; HÄNNI 2022, S. 74; KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 590; WEBER-DÜRLER 1973, S. 24.

92 NEF 1941, S. 6 ff.

93 NEF 1941, S. 8, m. w. H.; auch ALEXY 1985, S. 362; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX 2016, N 1824.

94 Vgl. z. G. NEF 1941, S. 7 f.

den einfachsten Vergleich bedarf es deshalb dreier Elemente: die beiden zu vergleichenden Dinge und das «tertium comparationis», also die Eigenschaft, welche verglichen werden soll. Gleichheit beschreibt immer eine Beziehung zwischen zwei Objekten der Betrachtung⁹⁵ und ist damit relativ bzw. komparativ.⁹⁶ Sie kann zudem immer nur hinsichtlich eines oder mehrerer *tertia comparationis* festgestellt werden und nie «*schlechthin*»^{97, 98} da ansonsten Identität vorliegt.

Beim soeben Beschriebenen handelt es sich um Gleichheit und Vergleichbarkeit im technischen Sinn. Der juristische (und wohl auch der alltägliche) Sprachgebrauch beider Begriffe ist jedoch ein anderer.

2. Juristischer Sprachgebrauch

Der Duden führt zwei primäre Bedeutungen des Worts «gleich» an, die vorliegend relevant sind. So bedeutet «gleich» erstens «*in allen Merkmalen, in jeder Hinsicht übereinstimmend*», zweitens aber auch «*miteinander oder mit einem Vergleichsobjekt in bestimmten Merkmalen, in der Art, im Typ übereinstimmend; sich gleichend; vergleichbar*».⁹⁹ Ersteres scheint dabei ein Spezialfall der zweiten Wendung zu sein, nämlich dann, wenn die die herangezogenen *tertia comparationis* genau gleich ausgeprägt sind, ohne dass bereits Identität vorliegt (z. B. die gleiche Anzahl, das gleiche Gewicht).¹⁰⁰

Verwirrung stiftet nun aber die synonyme Verwendung von «gleich» und «vergleichbar». So bleibt in der juristischen Literatur und Praxis teilweise unklar, ob sich «vergleichbar» noch auf die *Eignung zum Vergleich* oder bereits die *Gleichheit* des Vergleichenen bezieht.¹⁰¹ Das dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass zwei Sachverhalte in Realität kaum je in allen relevanten Punkten

95 ALTWICKER 2010, S. 7f.; NEF 1941, S. 14.

96 ALTWICKER 2010, S. 8; ARIOLI 1968, S. 4; GRISSEL 2000, N 54; KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 590.

97 NEF 1941, S. 11f.

98 Dinge müssen, um sie unterscheiden zu können, mindestens örtlich verschieden sein, da es sich ansonsten um ein und dieselbe Sache handelt, wodurch eine Vorbedingung von Vergleichbarkeit entfiel, NEF 1941, S. 11f.; ferner ALEXY 1985, S. 362; ALTWICKER 2010, S. 8; ARIOLI 1968, S. 4; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX 2016, N 1824.

99 Duden, gleich.

100 Vgl. auch ALEXY 1985, S. 363; NEF 1941, S. 35ff.

101 Eher i. S. v. Eignung zum Vergleich: MARTENET 2003, N 24; OESCH 2008, S. 34f.; eher i. S. v. Gleichheit: ALTWICKER 2010, S. 175f. («*Die Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte stellt eine normative Frage dar, die erst nach einem Durchlaufen des gesamten gleichheitsrechtlichen Prüfungsprogramms und insbesondere der Rechtfertigungsebene beantwortet werden kann*»); unklar: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER 2013, N 1041; BIAGGINI 1991, S. 375 und dort Fn. 78.

gleich sind, sondern immer nur in einem gewissen Ausmass.¹⁰² Dem scheint teilweise dadurch Rechnung getragen zu werden, dass «vergleichbar» verwendet wird, wo «im Wesentlichen gleich» gemeint ist.¹⁰³

55 «Vergleichbar» wird jedoch zuweilen auch näher am technischen Sinn der Vergleichsmöglichkeit gebraucht. So orientieren sich z. B. Strafgerichte bei der Strafzumessung teilweise am üblichen Mass, an *vergleichbaren früheren Fällen*.¹⁰⁴ Damit sind nicht alle früheren Fälle des Gerichts gemeint, sondern nur jene, die sich für einen Vergleich *eignen*, und das sind aus Sicht des Gerichts wohl diejenigen mit *genügend Ähnlichkeit*.¹⁰⁵ Diese Schwelle der Vergleichseignung liegt natürlich höher als diejenige der Vergleichbarkeit im technischen Sinn, die praktisch immer gegeben sein dürfte.¹⁰⁶

56 Dieser insgesamt uneinheitliche Gebrauch von «vergleichbar» führt in der Rechtsanwendung des Gleichheitsgebots zu Unklarheiten.¹⁰⁷ Wie hier nach noch auszuführen ist, wird die Vergleichbarkeit von Sachverhalten regelmässig als *Anwendungsvoraussetzung* von Art. 8 Abs. 1 BV betrachtet.¹⁰⁸ Ob damit die A-priori-Vergleichseignung¹⁰⁹ oder aber «im Wesentlichen gleich» gemeint ist, hat potenziell weitreichende Folgen.¹¹⁰

57 Um weiterer Verwirrung vorzubeugen, wird folgende Begriffsverwendung vorgeschlagen: «Vergleichbarkeit» bezeichnet die Voraussetzung, damit zwei Sachverhalte überhaupt sinnvoll miteinander verglichen werden können, also

102 ALTWICKER 2010, S. 175 («*Grad der Vergleichbarkeit*»); MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER 2021, N 1152 («*Différent presque toujours sur un point au moins*»); CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 39 («*question de degré*»).

103 BGE 142 V 442, E. 6.2 («*Denn die beiden Sachverhalte sind nicht vergleichbar, weil in einen Fall tatsächlich vorhandenes Einkommen vorliegt, im anderen aber hypothetisches und damit nicht tatsächlich verfügbares Einkommen berücksichtigt werden soll*»); ALEXU 1985, S. 363 («*wertmäßige Gleichheit*»); NEF 1941, S. 105 («*wesentlich Gleiche*», «*ausschlaggebend*»); TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 68 f., der «*gleich*», «*einschlägig*», «*in den tatbestands-erheblichen Sachverhaltelementen [übereinstimmend]*» und «*vergleichbar*» synonym verwendet; auch WEBER-DÜRLER 1973, S. 24 f.

104 Statt vieler ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 51; vgl. die Nachweise in Fn. 549.

105 Z. B. KGer GR, SK 112 28 vom 1. November 2012, E. 4.b («*Nun ist es aber – gerade im Bereich der Strafzumessung – so, dass die zu beurteilenden Sachverhalte meist nicht identisch, sondern höchstens ähnlich bzw. vergleichbar sind und dass die jeweiligen Personen, über welche dabei zu richten ist, unterschiedliche Merkmale aufweisen*»); vgl. dazu auch hinten Rz. 535.

106 ALTWICKER 2010, S. 175 («*Es gibt keine Unvergleichbarkeit von Gegenständen, Sachverhalten und Personen a priori*»).

107 Vgl. dazu BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 22; vgl. auch CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 40 und dort Fn. 74, welcher implizit darauf hinweist, dass im Französischen bei der Verwendung von «*comparable*» ähnliche sprachliche Mehrdeutigkeiten bestehen.

108 BGE 142 V 442, E. 6.2; BIAGGINI 2017, Art. 8 N 7; MARTENET 2003, N 24; OESCH 2008, S. 34 f.

109 MARTENET 2003, N 22, spricht deshalb von «*deux situations a priori comparables*».

110 S. hinten Rz. 71.

die *Eignung* zum Vergleich.¹¹¹ Diese bedingt eine gewisse *Ähnlichkeit prima facie* und damit gemeinsame *tertium comparationis*.¹¹² Ob zwei Sachverhalte (im Wesentlichen) «gleich» (also eine Gleichbehandlung erfordernd) oder «verschieden» (eine Ungleichbehandlung rechtfertigend) sind, stellt hingegen erst das Ergebnis des Vergleichs dar.¹¹³

Je nach Ergebnis des Vergleichs ist über Gleich- oder Ungleichbehandlung zu befinden. Zwischen diesen beiden Schritten bestehen Wechselwirkungen, weil die Frage einer allfälligen Gleichbehandlung bereits auf die Wahl der relevanten Vergleichsmerkmale vorwirkt.¹¹⁴ Auch kann Gleichbehandlung Verschiedenes bedeuten, worauf sogleich einzugehen ist.

B. Arten von Gleichheit

Im Recht drehen sich Gleichheitsfragen in der Regel um die Verteilung von Rechten und Lasten.¹¹⁵ Es geht um *Gleichbehandlung*.¹¹⁶ «*Gleichbehandlung aber kann Verschiedenes bedeuten*».¹¹⁷ Üblicherweise werden zwei Arten unterschieden: *arithmetische* und *proportionale* Gleichbehandlung (im Staatsrecht *absolute* und *relative*¹¹⁸ oder *egalitäre* und *differenzierte*¹¹⁹).¹²⁰

111 Synonym dazu kann auch «einschlägig» verwendet werden. Einschlägig bedeutet gemäss Duden «zu einem bestimmten Gebiet oder Fach gehörend, dafür zutreffend» (Duden, einschlägig), drückt also eine Zugehörigkeit zu einer grösseren Gesamtmenge aus oder eine Relevanz für etwas anderes; vgl. die Aufzählung bei WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 11; so verstanden auch TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 68 f. So sind auch Vorstrafen z. B. dann einschlägig, wenn sie ein ähnliches Delikt betreffen (z. B. HÜRLIMANN/VESELY 2023, N 363). Zur Frage, ob es diesen Vergleichbarkeitstest überhaupt braucht, vgl. weiterführend ALTWICKER 2010, S. 174 ff.

112 Um das vorherige Beispiel zu wiederholen: Gemeint ist, dass zum Vergleich der Farben mehrerer Objekte diese das *tertium comparationis* «Farbigkeit» teilen müssen und nicht, dass beide dieselbe Farbe aufweisen müssen; i. d. S. auch CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 38; WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 11.

113 Dazu spielt das Ausmass der Ähnlichkeit natürlich eine entscheidende Rolle, vgl. ALTWICKER 2010, S. 173 ff., 177 («*Richtigerweise ist daher das Maß der Vergleichbarkeit von Sachverhalten und Personen als ein Bestandteil der Rechtfertigung von Ungleich- bzw. Gleichbehandlungen aufgrund eines personenbezogenen Differenzierungsgrundes zu behandeln*»).

114 So verstanden OESCH 2008, S. 54.

115 NEF 1941, S. 71.

116 ALTWICKER 2010, S. 402 f.; NEF 1941, S. 75.

117 NEF 1941, S. 92.

118 GRISEL 2000, N 54; KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 591; MOSER 2016, S. 5 f. und dort Fn. 14; OESCH 2008, S. 31 ff.; WEBER-DÜRLER 1973, S. 29 ff.

119 MOSER 2016, S. 2 f.

120 IBRIC 2022, S. 24 ff.; ALTWICKER 2010, S. 459 ff.; für weitere Begriffspaare s. WEBER-DÜRLER 1973, S. 30.

- 60 *Arithmetische* Gleichbehandlung liegt vor, wenn Personen unabhängig ihrer Eigenschaften absolut gleichbehandelt werden (z. B. alle Bürger und Bürgerinnen haben je eine Stimme). *Proportionale* Gleichbehandlung besteht dann, wenn die Behandlung *im Verhältnis* zu einer dritten Bezugsgrösse¹²¹ gleich erfolgt (z. B. Besteuerung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit)¹²². Proportionale Gleichbehandlung bedingt im Umkehrschluss auch, dass bei Unterschieden im *tertium comparationis* (wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) auch unterschiedliche Behandlung (Besteuerung) resultieren muss. Das Erzwingen von arithmetischer Gleichheit würde hier zu Ungerechtigkeit führen.¹²³ Diese Überlegung findet sich auch in der bundesgerichtlichen Gleichheitsformel wieder: «*Gleiches muss nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden.*»¹²⁴
- 61 Nun scheint kein höheres Prinzip zu existieren, das vorschreibt, welche Form der Gleichbehandlung (arithmetisch oder proportional) für welche Situationen als gerecht angesehen wird und welche *tertium comparationis* die wesentlichen sind.¹²⁵ Beides hängt vielmehr von gesellschaftlichen Wertungen ab¹²⁶ und unterliegt damit auch stetigem Wandel.¹²⁷ Allerdings sind nicht beide Formen der Gleichheit für alle Fragen geeignet.
- 62 Bei der arithmetischen Gleichheit ist das Ergebnis bereits fixiert. Alle sind genau gleich zu behandeln. Deshalb lässt sich auch jede Frage theoretisch arithmetisch gleich lösen: Jeder Mensch ist Träger von Grundrechten, jede

121 In dieser Konstellation wiederum *tertium comparationis* genannt, vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 22.

122 Ein häufig verwendetes Beispiel, statt vieler KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 591.

123 Jedenfalls unter der Annahme, dass Besteuerung gerechterweise anhand der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erfolgen soll.

124 BGE 143 V 139, E. 6.2.3; negativ formuliert in BGE 136 I 1, E. 4.1; auch NEF 1941, S. 103.

125 Vgl. NEF 1941, S. 101; auch ALEXY 1985, S. 363.

126 NEF 1941, S. 106 f. («*subjektiv bedingt*»).

127 Das lässt sich anschaulich an der Entwicklung des wahlberechtigten Personenkreises nachvollziehen, in deren Verlauf immer mehr Personen in den Kreis der «Gleichen» aufgenommen werden: So wurde am 7. Februar 1971 dieser Kreis auf Bundesebene auch auf Frauen ausgeweitet, die fortan als diesbezüglich gleich zu behandeln waren, s. Erwahrungsbeschluss Frauenstimmrecht. Weitere Personengruppen könnten in den Kreis der «Gleichen» folgen. So wird z. B. immer wieder über die Senkung des Stimmrechtsalters auf 16 Jahre diskutiert (es wurde zudem erst 1991 von 20 auf 18 gesenkt), vgl. Parlamentarische Initiative 19.415 von Sibel Arslan vom 21. März 2019 («Den jungen Menschen eine Stimme geben. Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-Jährige als erster Schritt ins aktive politische Leben») und die aktuellen Bestrebungen zusammengefasst beim Dachverband Schweizer Jugendparlamente, Stimmrechtsalter 16. Ähnliche Diskussionen werden zur Inklusion von Personen ohne Schweizer Staatsbürgerschaft geführt, vgl. Eidgenössische Migrationskommission, Panorama der politischen Rechte von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz; vgl. auch schon NEF 1941, S. 24 ff., zur Subjektivität von Gleichheit; ferner OESCH 2008, S. 39; BGE 125 I 173, E. 6.b.

Wählerin erhält eine Stimme. Entscheidend für arithmetische Gleichheit ist vielmehr, wer zum Kreis der Gleichen gehört,¹²⁸ also welches *tertium comparationis* herangezogen wird. So kann bspw. an das Menschsein an sich angeknüpft werden¹²⁹ oder auch nur an Untergruppen davon (nach Geschlecht, Alter, Nationalität etc.).

Auch proportionale Gleichheit hängt unweigerlich von der Wahl des *tertium comparationis* ab.¹³⁰ So spielt für die Besteuerung des Einkommens eine grosse Rolle, ob diese proportional zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder zum Alter der betroffenen Person erfolgt. Proportionalität lässt sich allerdings nur für dimensionale Fragen (wie viel, wie gross) und nur anhand von dimensional *tertia comparationis* (Einkommen, Alter, erreichte Punkte in einer Prüfung) herstellen. Kategoriale Fragen (Ist jemand Trägerin von Grundrechten?) lassen sich nicht proportional beantworten. Ein «Ins-Verhältnis-Setzen» bedarf eines Verhältnisses. Aus kategorialen *tertia comparationis* wie der Staatsangehörigkeit lässt sich kein Verhältnis bilden. Kategoriale Fragen können deshalb nur arithmetisch gleich beantwortet werden. Dimensionale Fragen können arithmetisch oder proportional gelöst werden. Werden sie arithmetisch gelöst, wird die Frage zu einer kategorialen. Wird z. B. die Frage danach, wie viel Geld an die Bewohner eines Landes als Covid-Hilfen verteilt werden soll, arithmetisch gleich beantwortet, dann reduziert sich die Gleichheitsfrage darauf, ob jemand als Bewohner des Landes zu betrachten ist oder nicht.

Diese Vorüberlegungen bilden den Hintergrund, vor welchem in der Folge die Dogmatik des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots von Art. 8 Abs. 1 BV betrachtet werden kann.

II. Gleichbehandlungsgebot

«Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich» heisst es in Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung.¹³¹ Dieses allgemeine Gleichbehandlungsgebot geht weiter als die für die Schweiz anwendbaren internationalen Vorgaben von Art. 14 EMRK¹³²

128 IBRIC 2022, S. 90 über Dworkin.

129 OESCH 2008, S. 31.

130 Vgl. MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER 2021, N 1136 («*choix du compareteur*»).

131 Zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung vgl. die kurze Übersicht bei BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 1 ff.

132 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (EMRK; SR 0.101).

und Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II¹³³. Letztere sind als Diskriminierungsverbote akzessorischer Natur und bieten «*nur in Verbindung mit anderen in der Konvention gewährleisteten Rechten Schutz*»^{134, 135} Im Folgenden wird deshalb Art. 8 Abs. 1 BV näher untersucht.¹³⁶

66 Das Rechtsgleichheitsgebot richtet sich sowohl an den Gesetzgeber (Gleichheit in der *Rechtsetzung*)¹³⁷ als auch an alle sonstigen staatlichen Aufgabenträger (Gleichheit in der *Rechtsanwendung*)^{138, 139} Sachlich zielt Art. 8 Abs. 1 BV auf eine «*gleiche, sachgerechte Behandlung in allen Bereichen staatlicher Aufgabenerfüllung*»¹⁴⁰ und damit auf *Ergebnisgleichheit*¹⁴¹ ab.¹⁴² Das Grundrecht auf gleiche Behandlung schützt einerseits vor unsachgerechten Differenzierungen (Ungleichbehandlung im *formellen* Sinn) und andererseits vor unsachgerechten Gleichbehandlungen (Ungleichbehandlung im *materiellen* Sinn).¹⁴³ «*Das Gleichbehandlungs- und das Differenzierungsgebot stehen gleichberechtigt nebeneinander und ergänzen sich spiegelbildlich.*»¹⁴⁴

133 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2).

134 BSKBV-WALDMANN, Art. 8 N 9.

135 Ebenso für Art. 2 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (AEMR) und Art. 2 Abs. 2 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (UNO-Pakt I; SR 0.103.1); vgl. KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 589; MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER 2021, N 1103 ff.; MÜLLER, VVDStRL 1989, S. 39; OESCH 2008, S. 10; SUMMERS 2022, S. 159 f.; BSKBV-WALDMANN, Art. 8 N 9 f., m. w. H.

136 Zur historischen Entwicklung der Rechtsgleichheitsidee vgl. OESCH 2008, S. 12 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 1 ff.; spezifisch zur Bundesverfassung s. GRISEL 2000, S. 24 ff.

137 Hinten Rz. 75 ff.

138 Hinten Rz. 78 ff.

139 BGE 61 171, E. 1; ARIOLI 1968, S. 8; BIAGGINI 2017, Art. 8 N 8; BIAGGINI 1991, S. 339; GRISEL 2000, N 62; KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 593; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH 2018, S. 426; MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER 2021, N 1122; CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 18; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012, S. 850; OESCH 2008, S. 11, m. w. H.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX 2016, N 1838; RÜTSCHKE, AJP 2013, S. 1321; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 46; TSCHANNEN/KERN/MÜLLER 2022, N 506; BSKBV-WALDMANN, Art. 8 N 20; s. auch Art. 35 Abs. 1 und 2 BV.

140 BSKBV-WALDMANN, Art. 8 N 21.

141 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER 2013, N 1032 («*égalité de résultat*»); abweichend die Neuauflage MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER 2021, N 1121.

142 Vgl. BIAGGINI 2017, Art. 8 N 6; CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 46; MÜLLER, VVDStRL 1989, S. 39; OESCH 2008, S. 23.

143 BSKBV-WALDMANN, Art. 8 N 21; vgl. auch GRISEL 2000, N 56 f., zur Unzulänglichkeit der Begrifflichkeiten.

144 OESCH 2008, S. 52.

Teile der Lehre und auch das Bundesgericht nehmen eine Unterscheidung zwischen *interner* und *externer* Ungleichbehandlung vor.¹⁴⁵ Diese Unterscheidung lässt sich nicht immer präzise vornehmen, die beiden überschneiden sich zuweilen.¹⁴⁶ Für die vorliegende Betrachtung genügt Folgendes: Bei *interner Ungleichbehandlung* geht es letztlich darum, dass der Gesetzgeber oder ausführende Behörden aus Gerechtigkeitsüberlegungen Unterscheidungen treffen, die auf der tatsächlichen Verschiedenheit der konkreten Sachverhalte beruhen (z. B. Besteuerung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit).¹⁴⁷ *Externe Ungleichbehandlungen* sind demgegenüber solche, die im Hinblick auf ein externes politisches Ziel erfolgen, welches nichts mit den konkreten Unterschieden zweier zu vergleichender Sachverhalte oder Personen zu tun hat (z. B. Geschlechterquoten).¹⁴⁸ Ungleichbehandlung ist dabei notwendiges Mittel, um das externe Regelungsziel zu verwirklichen.¹⁴⁹

Interne und externe Ungleichbehandlung folgen verschiedenen Regeln und ihre Zulässigkeit wird anhand unterschiedlicher Kriterien beurteilt.¹⁵⁰ Im Folgenden wird es deshalb einzig um die vorliegend relevante interne Ungleichbehandlung gehen. Neben dieser sogleich näher auszuführenden grundrechtlich *direkt anspruchsbegründenden Dimension* (A.) hat Art. 8 Abs. 1 BV auch *programmatische Aspekte*, auf welche im Anschluss kurz einzugehen ist (B.).

A. Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung

Der allgemeine Gleichheitssatz wird zuweilen als inhaltsleer bezeichnet, denn er gibt nicht vor, was «gleich» zu behandeln und welche Differenzierung «sachgerecht» ist.¹⁵¹ Vielmehr muss dies für konkrete Sachverhalte einzeln ermittelt werden.¹⁵² Ob das Rechtsgleichheitsgebot als atypisches Grundrecht überhaupt einen sachlichen Schutzbereich hat, ist deshalb umstritten.¹⁵³ Letztlich verbrieft Art. 8 Abs. 1 BV «*schlicht einen Schutz gegen sachlich nicht begründbare Gleich- oder Ungleichbehandlungen ohne weitere Restriktionen oder*

145 BGE 136 I 1, E. 4.3.2; OESCH 2008, S. 402 ff.; RÜTSCHKE, AJP 2013, S. 1322.

146 Weiterführend OESCH 2008, S. 230 ff.

147 RÜTSCHKE, AJP 2013, S. 1324 f.

148 RÜTSCHKE, AJP 2013, S. 1324, mit weiteren Beispielen; ferner OESCH 2008, S. 403.

149 RÜTSCHKE, AJP 2013, S. 1324.

150 Vgl. zusammenfassend OESCH 2008, S. 402 ff.; RÜTSCHKE, AJP 2013, S. 1322 ff.

151 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 24; WALDMANN 2003, S. 91; allgemein ALTWICKER 2010, S. 13 f.; schon KELSEN 1953, S. 23 ff.

152 Vgl. für besondere Gleichheitssätze WALDMANN 2003, S. 92 ff., 120 ff.

153 Vgl. OESCH 2008, S. 25 ff., m. w. H.

Relativierungen. [...] Entweder wird die Rechtsgleichheit verwirklicht oder verletzt [...]^{154,155} Es ist kein Schutzbereich im klassischen Sinn erkennbar, der nach den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden könnte.¹⁵⁶ Es kann nur um «*erlaubte oder unerlaubte Kriterien der Differenzierung*» gehen.¹⁵⁷ Für diese Beurteilung taugt das klassische Prüfprogramm von Art. 36 BV nur beschränkt.¹⁵⁸ An dessen Stelle rücken andere Vorschläge, die alle mindestens folgende zwei Ebenen enthalten: die *Vergleichbarkeit* zweier Sachverhalte und darauf aufbauend die *Rechtfertigung* ihrer Gleich- oder Ungleichbehandlung.¹⁵⁹

70 Um zu beurteilen, ob zwei Sachverhalte vergleichbar sind, muss zunächst geklärt werden, welche *tertia comparationis* relevant sind. Diese ergeben sich aus dem Zweck der Norm, im Hinblick auf welche Gleichbehandlung zu prüfen ist.¹⁶⁰ Soll also z. B. überprüft werden, ob zwei beschuldigte Personen im Lichte von Art. 47 StGB gleich oder ungleich zu behandeln sind, müssen dieser Norm ein oder mehrere relevante *tertia comparationis* entnommen werden. Vereinfacht ist das im vorliegenden Beispiel das *Verschulden* der beschuldigten Personen. Demnach sind Sachverhalte dann vergleichbar, wenn sie im Verschulden vergleichbar sind. Hierbei sind sowohl die Wahl des *tertium* oder der *tertia comparationis* als auch die Beurteilung der Vergleichbarkeit bereits wertende Entscheidungen.¹⁶¹ Sind die Sachverhalte in den als relevant befundenen *tertia comparationis* nicht vergleichbar, dann ist auch Art. 8 Abs. 1 BV nicht anwendbar.¹⁶²

154 OESCH 2008, S. 27.

155 Es ist deshalb auch von einem *modalen* Abwehrrecht die Rede, vgl. MÜLLER, VVDStRL 1989, S. 40; OESCH 2008, S. 23; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 9.

156 KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 596; OESCH 2008, S. 25; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 24; WALDMANN 2003, S. 184.

157 Botschaft BV, S. 194; OESCH 2008, S. 25, 29, 33; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 15.

158 BIAGGINI 2017, Art. 8 N 16; KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 596; MÜLLER, VVDStRL 1989, S. 40; OESCH 2008, S. 26; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 32. Hier sei noch darauf hingewiesen, dass das Prüfprogramm von Art. 36 BV bei der Beurteilung von externer Ungleichbehandlung uneingeschränkt zur Anwendung kommt, vgl. BGE 136 I 1, E. 4.3.2; MOSER 2016, S. 39; OESCH 2008, S. 221 ff.; RÜTSCHKE, AJP 2013, S. 1322; zur Abgrenzung von interner und externer Ungleichbehandlung vgl. vorne Rz. 67.

159 OESCH 2008, S. 31 und S. 76 ff. für weitere Prüfschemata; auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH 2018, S. 427; CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 31; MÜLLER, VVDStRL 1989, S. 40.

160 Vgl. OESCH 2008, S. 34; RÜTSCHKE, AJP 2013, S. 1325.

161 Vgl. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER 2021, N 1135; a. A. OESCH 2008, S. 34 («Damit erhellt, dass die Vergleichbarkeit vorerst rein deskriptiv festgestellt wird und keine normative Wertung stattfindet»).

162 BGE 142 V 442, E. 6.2; BIAGGINI 2017, Art. 8 N 7; MARTENET 2003, N 24; OESCH 2008, S. 34 f.

Hier wirken sich nun die zuvor angesprochenen begrifflichen Unschärfen aus.¹⁶³ Für die Anwendbarkeitsschwelle von Art. 8 Abs. 1 BV ist nämlich entscheidend, ob Vergleichbarkeit als *A-priori-Eignung* zum Vergleich oder als «im Wesentlichen gleich» verstanden wird. Letztere Ansicht erlaubt es Behörden weitgehend, Gleichheitsbegehren mit dem pauschalen Hinweis abzuweisen, die Sachverhalte seien nicht vergleichbar (gemeint: nicht gleich), ohne auszuführen, worin die Unterschiede liegen und inwiefern diese eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.¹⁶⁴ So beschied das Bundesgericht einem Studenten bspw., er könne sich nicht auf den Gleichheitssatz berufen, weil er sich nicht der gleichen Lage befinde wie die zum Vergleich angerufenen anderen Studierenden.¹⁶⁵ Das Gleichbehandlungsgebot umfasst jedoch ein Recht der betroffenen Person, «*die Gründe für eine gleiche oder unterschiedliche Behandlung im Vergleich zu Drittpersonen zu erfahren und deren Plausibilität gerichtlich überprüfen zu lassen*».¹⁶⁶ Deshalb muss die Schwelle der A-priori-Vergleichbarkeit tief angelegt und auf Fälle beschränkt werden, die offenkundig nicht vergleichbar sind, weil sie zentrale *tertia comparationis* nicht teilen. Die Frage der Gleich- oder Verschiedenheit ist erst im Rahmen der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu prüfen.¹⁶⁷

Sind zwei Fälle *a priori* vergleichbar, folgt in einem zweiten Schritt der eigentliche Vergleich. Bezüglich der zuvor als relevant bestimmten *tertia comparationis* sind Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszuarbeiten.¹⁶⁸ Nur bezüglich dieser müssen die Sachverhalte ähnlich oder unterschiedlich sein.¹⁶⁹

In einem dritten Schritt ist zu bewerten, ob die Sachverhalte nun gleich sind und eine Gleichbehandlung verlangen oder ob die festgestellten Unterschiede vielmehr eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. So verlangt auch das Bundesgericht für Letzteres entweder einen vernünftigen¹⁷⁰ oder sachlichen¹⁷¹ Grund, welcher nur in tatsächlichen Unterschieden der

163 Vorne Rz. 53 ff.

164 Vgl. OESCH 2008, S. 35, der treffend bemerkt, dass die Verneinung der Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte allgemein «*nicht selten einen willkommenen Ausweg [biete], die allfällige Rechtfertigung einer umstrittenen Gleich- oder Ungleichbehandlung nicht beurteilen zu müssen*»; ähnlich TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 69; für den EGMRs. ALTWICKER 2010, S. 174.

165 BGE 146 II 56, E. 9.3.

166 OESCH 2008, S. 38.

167 Vgl. OESCH 2008, S. 35, 369 f., m. H. a. BGE 125 I 166, E. 2.b.aa; BGer, 1P.772/2005 vom 6. Februar 2006, E. 3.

168 BIAGGINI 1991, S. 375 («*sorgfältige Analyse*»); MÜLLER, VVDStRL 1989, S. 40.

169 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2020, N 572, m. w. H.; WEBER-DÜRLER 1973, S. 149 f.

170 BGE 125 I 173, E. 6.b («*ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen*»).

171 BGE 132 I 68, E. 4.1 («*jede Ungleichbehandlung ist durch sachliche Gründe zu rechtfertigen*»).

Sachverhalte liegen kann.¹⁷² Es geht um ein wertendes Abwägen der Unterschiede und Gemeinsamkeiten.¹⁷³ Und genau diese Frage, ob Gleich- oder Ungleichheiten überwiegen, ist letztlich die Quintessenz des allgemeinen Gleichheitssatzes.¹⁷⁴ Was im Licht des Regelungszwecks noch als gleich oder schon als unterschiedlich zu beurteilen ist, «hängt von der zeitlichen, geographischen und kulturellen Relativität von Gerechtigkeits- und Gleichheitsvorstellungen ab»^{175, 176} ist relativ.¹⁷⁷ Zusätzlich ist hier zu beachten, dass es einen Graubereich gibt zwischen komplett gleicher und völlig unterschiedlicher Behandlung. Zwei Sachverhalte sind selten genau gleich. Je nachdem, wie ähnlich sie sind, desto grösser oder geringer darf die Abweichung sein.¹⁷⁸ Das gilt insbesondere bei dimensional *tertia comparationis*, wo im Umfang von deren Ausprägungsunterschieden auch eine unterschiedliche Behandlung erfolgen darf.¹⁷⁹ Die Behandlung darf sich dann nur proportional zur Ausprägung der Unterschiede unterscheiden.¹⁸⁰

74 Als Kehrseite des Gleichbehandlungsgebots verlangt das Differenzierungsgebot eine unterschiedliche Behandlung, wenn die tatsächlichen Verhältnisse erheblich voneinander abweichen und deshalb unterschiedlicher Behandlung bedürfen.¹⁸¹ Wiederum muss erstens die Gleichheit oder Ungleichheit hinsichtlich des oder der relevanten *tertia comparationis* ermittelt und zweitens «normativ über die angemessene Differenzierung entschieden werden».¹⁸²

1. In der Rechtsetzung

75 Lehre und Rechtsprechung beschäftigen sich schwergewichtig mit der Gleichheit in der Rechtsetzung.¹⁸³ Der Gesetzgeber hat seine Regelungen so zu gestalten, dass sie den Behörden deren rechtsgleiche Anwendung

172 Ähnlich OESCH 2008, S. 39 f., 215, m. w. H.; WEBER-DÜRLER 1973, S. 153.

173 OESCH 2008, S. 34; MARTENET 2003, N 58; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 31.

174 OESCH 2008, S. 38 f.; schon PETERS 1932, S. 52.

175 OESCH 2008, S. 42.

176 Ähnlich KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 596; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIGRANDALL/FLÜCKIGER 2021, N 1130; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 31; vgl. auch ALEXY 1985, S. 373 f.

177 TSCHANNEN/KERN/MÜLLER 2022, N 505.

178 MARTENET 2003, N 42.

179 Vgl. MARTENET 2003, N 42.

180 MARTENET 2003, N 42.

181 BGer, Urteil vom 3. Oktober 1990 in: ZBl 92/1991, S. 268, gefunden bei OESCH 2008, S. 43; gerade der zweite Teil ist wichtig, vgl. MARTENET 2003, N 54 («*commandent une telle distinction*»).

182 OESCH 2008, S. 44.

183 OESCH 2008, S. 11.

ermöglichen.¹⁸⁴ Ein Erlass verletzt das Gleichheitsgebot mithin dann, wenn er *«hinsichtlich einer entscheidewesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich auf Grund der Verhältnisse aufdrängen»*¹⁸⁵.¹⁸⁶ Im Zweifelsfall dienen dem Bundesgericht die *«herrschenden Gerechtigkeitsauffassungen und Wertungen, wie sie in der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck kommen»*, als Leitstern.¹⁸⁷

Weil die Wahl der zu beachtenden *tertia comparationis* und die Frage, ob gleiche oder ungleiche Behandlung gerecht ist, bis zu einem gewissen Grad subjektiv sind, ist für den Gesetzgeber Gleichbehandlung oft einfacher als Differenzierung.¹⁸⁸ Und weil nicht in jedem Fall für jede tatsächliche Ungleichheit eine unterschiedliche Rechtsfolge vorgesehen werden kann, ist eine Schematisierung und Typisierung im Gesetz zuweilen unabdingbar.¹⁸⁹ Dies wird von der Rechtsprechung solange akzeptiert, als daraus keine unsachgerechten und unvernünftigen Ergebnisse resultieren.¹⁹⁰

Verletzt der Bundesgesetzgeber¹⁹¹ das Gleichbehandlungsgebot, kann das Bundesgericht dies zwar feststellen, die Ungleichbehandlung u. U. jedoch nicht selbst beheben (vgl. Art. 190 BV)¹⁹².¹⁹³ In der Regel ist es am Gesetzgeber, die unzulässige Gleich- oder Ungleichbehandlung im Gesetz zu korrigieren.¹⁹⁴

184 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 28; spezifisch für das Strafrecht MELLINGHOFF, in: FS-Hassemer 2010, S. 505.

185 BGE 141 I 235, E. 7.1.

186 Ebenso BGE 138 I 321, E. 3.2; KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 595; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX 2016, N 1845 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 50; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 29, m. w. H.

187 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 34.

188 MOSER 2016, S. 137; OESCH 2008, S. 54; vgl. für Deutschland ähnlich ALEXY 1985, S. 371 (*«Der allgemeine Gleichheitssatz statuiert damit, wie oft bemerkt, eine Argumentationslast für Ungleichbehandlungen»*).

189 Grundlegend OESCH 2008, S. 405 f., der darlegt, dass Typisierungen nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig sind; ferner BIAGGINI 2017, Art. 8 N 9; KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 595; CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 18; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012, S. 856; RÜTSCHKE, AJP 2013, S. 1329; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 24; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 37; kritisch MÜLLER, VVDStRL 1989, S. 51.

190 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 37, m. w. H.

191 Vgl. zur Rechtsprechung betreffend kantonale Normen RÜTSCHKE 2002, S. 89 ff., 213 und zum Verhältnis zu Art. 190 BV, S. 314 ff.

192 BGE 137 I 128, E. 4.3; BGer, 2C_135/2009 vom 22. Januar 2010, E. 3.5.1; BSK BV-EPINEY, Art. 190 N 41; SGK BV-LOOSER, Art. 190 N 12.

193 Weiterführend MOSER 2016, S. 29 ff.; OESCH 2008, S. 23 f.; RÜTSCHKE 2002, S. 89 ff.; WEBER-DÜRLER 1973, S. 168.

194 OESCH 2008, S. 23; WALDMANN 2003, S. 183 und dort Fn. 453; vgl. ferner MOSER 2016, S. 30; RÜTSCHKE 2002, S. 89 ff.

2. In der Rechtsanwendung

78 In der Rechtsanwendung liegen die Dinge etwas anders. Grundsätzlich wird verlangt, dass das Gesetz durch die zuständige Behörde in gleichgelagerten Fällen («*situation comparable*»)¹⁹⁵ gleich angewendet wird bzw. diese Fälle *gleichbehandelt* werden.¹⁹⁶ Dies soll primär durch Einhaltung des Gesetzes geschehen. Die grundsätzlich nachvollziehbare Idee: Wenn ein genügend bestimmtes Gesetz eingehalten wird, ist eine einheitliche Anwendung mitgarantiert bzw. eine rechtsungleiche Behandlung zugleich eine Verletzung dieser Bestimmung.¹⁹⁷ Die Betonung liegt auf «genügend bestimmt»: «*Je grösser die Ermessensspielräume sind, die das Gesetz den rechtsanwendenden Behörden einräumt, desto weniger vermag die Rechtsbindung eine rechtsgleiche Behandlung der Rechtsunterworfenen zu gewährleisten.*»¹⁹⁸

a) Ermessen

79 Erst bei Ermessensspielräumen¹⁹⁹ erhält die rechtsgleiche Anwendung eine eigenständige Bedeutung.²⁰⁰ Auch bzw. gerade Ermessensspielräume sind in gleichgelagerten Fällen gleich zu gebrauchen.²⁰¹ Die Behörden sind deshalb gehalten, «*nach einheitlichen, über den Einzelfall hinaus gültigen Kriterien*

195 BGE 140 I 201, E. 6.5.1.

196 BGE 131 I 105, E. 3.1; BGE 125 I 161, E. 3.a; BIAGGINI 2017, Art. 8 N 12; KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 594; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 40.

197 Vgl. ALTWICKER 2010, S. 417; BIAGGINI 1991, S. 341; KELSEN 1953, S. 26 f.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER 2021, N 1153; CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 26; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012, S. 856 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX 2016, N 1831; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 10; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 39; WEBER-DÜRLER 1973, S. 44 ff.

198 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 39; ähnlich MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER 2021, N 1154 («*Dans ces cas, l'importance du principe de l'égalité complète – et parfois même corrige – le principe de la légalité*»). Vgl. ferner KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 594; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX 2016, N 1831, 1855; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 51; TSCHANNEN/KERN/MÜLLER 2022, N 513; WEBER-DÜRLER 1973, S. 195.

199 «Ermessen» wird an dieser Stelle noch untechnisch verwendet und meint schlicht Entscheidungsspielräume der rechtsanwendenden Behörde; vgl. zum Ermessensbegriff hinten Rz. 335 ff.

200 MARTENET 2003, N 156 («*La liberté d'appréciation des autorités constitue dès lors l'oxygène de l'égalité*»).

201 ARIOLI 1968, S. 100 («*Gleiche konkrete Sachverhalte sind auch im Bereich des Ermessens gleich zu behandeln*»); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2020, N 587; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH 2018, S. 435; MARTENET 2003, N 159 («*la liberté d'appréciation dont jouit une autorité ne lui permet pas de déroger à l'égalité*»), ebenso N 335; SCHINDLER, VVDStRL 2019, S. 177; WEBER-DÜRLER 1973, S. 196 f.

vorzugehen, mit anderen Worten eine Praxis zu bilden»^{202, 203} Dafür ist die Entwicklung von Präzedenzfällen zentral.²⁰⁴ «[J]eder Fall [bewirkt] eine Verengung des unbestimmten Bereichs, indem er nach dem Gleichheitsgebot eine Regelschafft für künftige Fälle».²⁰⁵

Ermessensausübung ist allerdings schwieriger zu überprüfen und die Gleichheitsprüfung ist notgedrungen weniger streng als bei sonstiger Rechtsanwendung.²⁰⁶ Wenn zusätzlich auch noch das *tertium comparationis* bzw. der Vergleichsmassstab nicht hinreichend im Gesetz präzisiert ist, lässt sich kaum überprüfen, ob die Ungleichbehandlung begründet ist.²⁰⁷ Entsprechend sind umso höhere Anforderungen an die Entscheidungsbegründung zu stellen, je grösser die Entscheidungsfreiheit und damit die Gefahr einer rechtsungleichen Behandlung ist.²⁰⁸

b) Föderale Schranken

Das Gebot der gleichen Rechtsanwendung soll auf den Zuständigkeitsbereich «*ein und derselben Behörde*» bzw. desselben Hoheitsträgers beschränkt sein.²⁰⁹ So hielt das Bundesgericht fest:

«Soweit sich die Beschwerdeführer schliesslich auf die Praxis in anderen Kantonen berufen, sind sie nicht zu hören, weil das Gebot rechtsgleicher Anwendung des Rechts nur verletzt ist, wenn die gleiche Behörde gleiche Sachverhalte unterschiedlich beurteilt und behandelt [...]»²¹⁰

202 BGE 125 II 152, E. 4.c.aa.

203 Vgl. BIAGGINI 2017, Art. 8 N 12; KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 594; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX 2016, N 1831; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 40.

204 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX 2016, N 1831, 1843; vgl. auch HÄNNI 2022, S. 224 ff.

205 ARIOLI 1968, S. 101.

206 MARTENET 2003, N 45 («*intensité [...] réduite*»).

207 RÜTSCHKE, AJP 2013, S. 1326.

208 WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 30, m. w. H.; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 52.

209 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 38; auch BIAGGINI 2017, Art. 8 N 9; GRISEL 2000, N 285 («*contradiction avec lui-même*»); KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 593 («*von demselben Hoheitsträger*»); KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH 2018, S. 435; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER 2021, N 1158 («*la même autorité*»); CRCst.-MARTENET, Art. 8 N 21; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012, S. 847 («*même collectivité ou de la même autorité*»); SCHINDLER, VVDStRL 2019, S. 184 f. («*durch denselben Hoheitsträger*»); SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 25; TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 67; TSCHANNEN/KERN/MÜLLER 2022, N 509 («*ein und derselben Gebietskörperschaft*»); WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 12.

210 BGE 115 Ia 81, E. 3.c.

- 82 Entsprechend liege keine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots vor, wenn kantonal eine unterschiedliche Rechtspraxis zu Bundesrecht bestehe,²¹¹ das sei dem «*föderalistischen Gesetzesvollzug inhärent*»^{212, 213} «*Es kommt nicht in Frage, dass ein Beschwerdeführer die Behörden eines Kantons durch Rechtsmittel zwingen kann, sich der Praxis eines andern Kantons anzupassen; insofern bildet der Föderalismus eine absolute Schranke des Gleichbehandlungsanspruchs.*»²¹⁴ Während einleuchtet, dass sich die Behörde nicht *zwingend* einer ausserkantonalen Praxis anschliessen muss, bleibt unklar, weshalb sie sich nicht einmal mit einer abweichenden ausserkantonalen Praxis auseinandersetzen müsste. Gänzlich unverständlich bleibt sodann, weshalb auch das Bundesgericht davon befreit sein soll, kantonal unterschiedliche Rechtsanwendung zu vergleichen und vereinheitlichen.²¹⁵
- 83 Diese föderalismusfreundliche Interpretation des Gleichheitsgebots darf als gemeinhin anerkannt gelten,²¹⁶ ist aber immerhin nicht ganz ohne Kritik geblieben. So ist es durchaus *bedenklich*, wenn dasselbe Gesetz durch verschiedene Behörden ungleich angewendet wird.²¹⁷ Das Gleichheitsgebot verlangt «*die Gleichheit vor dem Recht, nicht vor der einen oder anderen Behörde*».²¹⁸ Dessen interkantonale gerichtliche Durchsetzung ist nach aktuellem Verständnis jedoch praktisch ausgeschlossen.²¹⁹ Wie noch zu zeigen wird,²²⁰ verpflichtet der programmatische Charakter von Art. 8 Abs. 1 BV Gesetzgeber und anwendende Behörden trotzdem dazu, sich stets um eine Verbesserung der Rechtsgleichheit zu bemühen.²²¹

211 BSKBV-WALDMANN, Art. 8 N 38; auch KELLER, in: Staatsrecht 2021, S. 593; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH 2018, S. 435.

212 WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 13.

213 Vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH 2018, S. 426.

214 WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 13; vgl. auch BSKBV-WALDMANN, Art. 8 N 38.

215 Dazu hinten Rz. 311 ff. und 602 ff.

216 Vgl. die Nachweise in Fn. 209.

217 BIAGGINI 2017, Art. 8 N 15; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX 2016, N 1861; SCHINDLER, VVDStRL 2019, S. 197 («*in ihrer Pauschalität ebenso fragwürdig*»); vgl. WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 13; vgl. auch BIAGGINI 1991, S. 253, wonach «*die Verfassung ein Auseinanderklaffen der unterinstanzlichen Konkretisierungspraxis nicht ohne weiteres [dulde]*».

218 ARIOLI 1968, S. 110. Es sei deshalb auch gleiche Beantwortung derselben Rechtsfragen durch unterschiedliche Behörden zu verlangen.

219 WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 14.

220 Zum Optimierungsgebot hinten Rz. 94 ff.

221 So hielt das Bundesgericht z. B. die Behörden des Kantons Tessins in einem *obiter dictum* dazu an, «*im Interesse einer rechtsgleichen Anwendung der eidgenössischen Vorschriften*» in Zukunft wie die anderen Kantone die betreffenden Vorschriften konsequent (und damit strenger als zuvor) anzuwenden. Zudem sei es Sache des zuständigen

c) Durchsetzung

Die Durchsetzung des Anspruchs hängt vom beehrten Ergebnis ab: Gleich- 84
 behandlung oder Differenzierung. Zunächst zur Gleichbehandlung. Die
 rechtsuchende Person trifft für die Eintrittsschwelle der *Vergleichbarkeit* eine
 gewisse Beweislast.²²² Zur Durchsetzung des Anspruchs auf Gleichbehand-
 lung müssen vergleichbare Drittfälle beigebracht werden, in denen die ge-
 wünschte Rechtsfolge eingetreten ist. Grundsätzlich genügt bereits ein ein-
 ziger solcher Vergleichsfall.²²³ Drittfälle müssen dem Streitfall ähnlich genug
 sein, um nicht als auf den ersten Blick unbeachtlich abgetan zu werden.²²⁴ Sie
 müssen mindestens unter die gleiche im Streitfall anzuwendende Gesetzes-
 norm fallen.²²⁵ Wie oben dargelegt, müssen die Vergleichsfälle nach aktuell
 herrschender Anschauung grundsätzlich von derselben Behörde stammen,
 der eine Ungleichbehandlung vorgeworfen wird.²²⁶ Darüber hinaus sind je-
 doch auch Fälle übergeordneter Instanzen zuzulassen, weil untere Instanzen
 davon nur unter besonderen Voraussetzungen abweichen können.²²⁷ Grund-
 sätzlich muss sich eine obere Instanz keine Vergleichsfälle einer unteren vor-
 halten lassen, weil sie funktionsgemäss nicht an deren Rechtsprechung gebun-
 den ist.²²⁸ Eine Ausnahme besteht, wenn die zweite Instanz eine mit Verweis
 auf erstinstanzliche Vergleichsfälle gerügte rechtsungleiche Behandlung der
 ersten Instanz schützt. Dann kann sich die betroffene Person auch gegen das
 Urteil der *zweiten Instanz* mit Hinweis auf die *erstinstanzlichen Vergleichsfälle*
 wehren, ansonsten der Weg ans Bundesgericht abgeschnitten wäre.²²⁹

Bundesamts, «*in geeigneter Weise auf die bundesrechtskonforme Anwendung der Vor-
 schriften*» hinzuwirken; BGer, 6A.67/2002 vom 25. September 2002, E 3.2, gefunden
 bei WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 14 und dort Fn. 87; vgl. ferner zum Differenzierungs-
 gebot MOSER 2016, S. 138.

222 MARTENET 2003, N 34.

223 Vgl. ARIOLI 1968, S. 105; TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 66; WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 12.

224 Vgl. WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 11 («*gleich gelagerte, einschlägige oder vergleichbare
 Fälle*»); SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 22 («*im Wesentlichen
 gleich oder ähnlich*»); vgl. zur A-priori-Vergleichbarkeit vorne Rz. 57 und 71 f.

225 WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 11.

226 Vorne Rz. 81 ff.; auch TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 67.

227 Vgl. BGE 146 I 105, E. 5.2.2; sowie zur Praxisänderung hinten Rz. 91 ff.

228 So das Bundesgericht über sich selbst in BGE 146 I 105, E. 5.2.2; sowie zu unteren Instan-
 zen untereinander BGE 102 Ia 81, E. 3; ferner ARIOLI 1968, S. 111 f.; KIENER/KÄLIN/WYT-
 TENBACH 2018, S. 435; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER 2021,
 N 1158; MARTENET 2003, N 330, vgl. aber N 336 für den Fall, dass die zweite Instanz die
 Rechtsprechung einer ersten Instanz regelmässig billigt; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET
 2012, S. 849; TSCHANNEN/KERN/MÜLLER 2022, N 514.

229 BGE 98 Ia 151, E. 7.a; vgl. auch TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 67 f.

- 85 Die rechtsuchende Person hat die Fälle ausdrücklich zu nennen und konkret darzulegen, inwiefern die Vergleichsfälle in der Ausprägung der wesentlichen *tertia comparationis* dem eigenen Fall entsprechen.²³⁰ Sie muss also begründen, weshalb die Fälle im Wesentlichen gleich wie der eigene Fall sind und dieser deshalb analog zu behandeln ist.
- 86 Demgegenüber ist eine sachgerechte Differenzierung schwieriger darzusetzen.²³¹ Die Forderung muss nämlich die faktisch bestehende Vermutung zur Gleichbehandlung überwinden,²³² ist also qualifiziert rechtfertigungs- und begründungsbedürftig.²³³ Sie spielt dann eine Rolle, wenn die Behörden «von einer Regelung einen zu wenig differenzierten Gebrauch machen, insbesondere Beurteilungs- und Ermessensspielräume sowie Billigkeitsentscheidungsmöglichkeiten nicht ausnützen».²³⁴ Weil es häufig um einen nicht ausgenutzten Entscheidungsspielraum zur Individualisierung geht, erfolgen entsprechende Begehren häufig unter einem anderen Titel, z. B. indem vorgebracht wird, die übliche Lösung sei aufgrund der konkreten Umstände des streitigen Einzelfalls *nicht angemessen*.²³⁵ Grundsätzlich sind jedoch analog zum Anspruch auf Gleichbehandlung auch hier Vergleichsfälle beizubringen.²³⁶ Die Konstellation muss aber genau umgekehrt liegen. Die Fälle müssen gleichbehandelt worden sein, obwohl sie sachverhältnismässig wesentlich verschieden sind. Während es bei der Einforderung von Gleichbehandlung genügt, die Gleichheit der Sachverhalte darzulegen, muss hier neben der wesentlichen Ungleichheit zusätzlich dargelegt werden, weshalb sich aufgrund der faktischen Unterschiede auch eine normative Ungleichbehandlung aufdrängt.²³⁷

3. Sonderkonstellationen

- 87 In der Rechtsanwendung stellen sich noch zwei für die spätere Betrachtung der Strafzumessung relevante Sonderkonstellationen, welche auch die

230 WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 24, m. w. H. auf die Rechtsprechung; ähnlich betreffend den EGMR ALTWICKER 2010, S. 169; so auch BGer, 6B_16/2023 vom 17. Mai 2024, E. 5.3.1 in fine.

231 MOSER 2016, S. 133 f.; ferner OESCH 2008, S. 51.

232 OESCH 2008, S. 52.

233 Vgl. MOSER 2016, S. 38.

234 MOSER 2016, S. 131.

235 Vgl. die Kasuistik bei MOSER 2016, S. 44 ff., 141 ff., insb. 62 f., m. H. a. BGE141 IV 87, E. 1.3.2 und 1.4.2.

236 Vgl. aber OESCH 2008, S. 56, für den Differenzierungsbegehren gerade dann an Bedeutung gewinnen, wenn keine Vergleichsfälle zur Verfügung stehen, bezogen allerdings bloss auf die Rechtsetzung.

237 Hier können zusätzliche externe Regelungsziele helfen, die ebenfalls für eine Differenzierung sprechen, vgl. MOSER 2016, S. 39; zur externen Ungleichbehandlung vgl. vorne Rz. 67.

Rechtsgleichheit berühren: die Gleichbehandlung im Unrecht (a) und die Praxisänderung (b).

a) Gleichbehandlung im Unrecht

Grundsätzlich keinen Anspruch auf Gleichbehandlung gewährt die frühere unrichtige Anwendung des Gesetzes durch dieselbe Behörde. In der Regel besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.²³⁸ In diesem Zusammenhang wird auch vom Vorrang des Legalitätsprinzips gegenüber dem Rechtsgleichheitsgebot gesprochen.²³⁹

Ausnahmsweise wird ein solcher Anspruch dennoch bejaht, *«nämlich wenn eine ständige gesetzeswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke»*.²⁴⁰ MARTENET weist zu Recht darauf hin, dass fragwürdig sei, inwiefern die zukünftige Absicht einer Behörde für die in ihren Individualrechten konkret betroffene, Gleichheit suchende Person relevant sein soll.²⁴¹ Ohne expliziten Positionsbezug durch die betroffene Behörde wird sodann teilweise schlicht angenommen, sie werde die gesetzeswidrige Praxis für die Zukunft aufgeben.²⁴² Entsprechend dürfte es praktisch nur selten gelingen, eine Gleichbehandlung im Unrecht zu erreichen.²⁴³

Zum Nachweis einer gesetzeswidrigen Praxis bedarf es mehrerer (am besten vieler)²⁴⁴ Vergleichsfälle.²⁴⁵ Zudem dürfen einer Gleichbehandlung keine *überwiegenden* Gesetzmässigkeitsinteressen entgegenstehen.²⁴⁶ *«Trifft dies alles zu, weicht die Legalität der Egalität»*.^{247, 248} Dabei geht es primär darum,

238 Statt vieler BIAGGINI 2017, Art. 8 N 14.

239 BGE 135 IV 191, E. 3.3; BGE 122 II 446, E. 4.a; GRISEL 2000, N 312; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2020, N 599; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH 2018, S. 437; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012, S. 857; TSCHANNEN/KERN/MÜLLER 2022, N 520; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 42; ferner MARTENET 2003, N 164, nach welchem sich weder aus der Verfassung noch deren *travaux préparatoires* ein solcher Vorrang ableiten lasse.

240 BGE 127 I 1, E 3.a.

241 MARTENET 2003, N 167; zur faktischen Unmöglichkeit des Gegenbeweises ARIOLI 1968, S. 109.

242 BGE 122 II 446, E. 4.a (*«Äussert sich die Behörde nicht über ihre Absicht, so ist anzunehmen, sie werde aufgrund der Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils zu einer gesetzmässigen Praxis übergehen»*); vgl. aber BGE 126 V 390, E. 6.b; BGE 99 Ib 283, E. 3.a.

243 So ausnahmsweise in BGE 126 V 390, E. 6.b; ferner TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 59, 62, 66f., m. w. H.

244 Vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX 2016, N 1864, m. H. a. BGE 123 II 248, E. 3.c.

245 TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 66 und zu weiteren Hürden 72 f.

246 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2020, N 603; TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 59, 79f., m. w. H.; BGE 122 II 446, E. 4.a.

247 TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 59.

248 Ähnlich BGE 122 II 446, E. 4.a.

widersprüchliches Verhalten im Sinn von Art. 9 BV zu verhindern.²⁴⁹ Diese Interessenabwägung zeigt wiederum, dass auch bei Gleichbehandlung im Unrecht nicht von einem generellen Vorrang des Legalitätsprinzips gesprochen werden kann.²⁵⁰

b) Praxisänderung

- 91 Eine Praxisänderung bringt zwangsläufig eine gewisse rechtliche Ungleichbehandlung mit sich, weil der aktuelle Fall anders als bisherige Fälle entschieden wird. Selbstredend müssen Praxisänderungen trotzdem zulässig sein, ansonsten sich eine Rechtsprechung nicht weiterentwickeln und verbessern könnte.²⁵¹ Im Interesse einer rechtsgleichen und rechtssicheren Rechtsanwendung wird von den Behörden dabei jedoch eine gewisse Zurückhaltung erwartet.²⁵² Gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen «*ernsthafte sachliche Gründe*»²⁵³ für das Abweichen von der vorherigen Praxis vorliegen, welche bspw. in einer besseren Erkenntnis des Gesetzeszwecks, veränderten äusseren Verhältnissen oder einer gewandelten Rechtsanschauung liegen können.²⁵⁴
- 92 Im Strafrecht gelten aufgrund der Grundrechtsnähe erhöhte Anforderungen an die Begründung von Ungleichbehandlungen, weshalb mit Praxisänderungen besonders zurückhaltend umzugehen ist.²⁵⁵ Weiter ist nach überzeugender Darlegung von GRAF grundsätzlich von einem strengen Rückwirkungsverbot auszugehen, welches den Gerichten grundsätzlich untersagt, Praxisänderungen zuungunsten der betroffenen Person direkt im Anlassfall und damit rückwirkend zur Anwendung zu bringen.²⁵⁶
- 93 Nicht jeder von einem früheren abweichende Entscheid stellt jedoch eine Praxisänderung dar. Diese erhöhten Anforderungen gelten primär für

249 BSKBV-WALDMANN, Art. 8 N 42.

250 Vgl. im Detail zur Interessenabwägung MARTENET 2003, N 169 ff.; MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER 2021, N 1162.

251 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012, S. 862.

252 TSCHANNEN/KERN/MÜLLER 2022, N 516.

253 BGE 146 I 105, E 5.2.2; ferner auch BGE 144 I 181, E 5.3.1; GRAF 2011, S. 31f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2020, N 591; MARTENET 2003, N 320.

254 BGE 146 I 105, E. 5.2.2; BGE 144 I 181, E. 5.3.1; für die weiteren, hier nicht relevanten Voraussetzungen vgl. BIAGGINI 1991, S. 362 f.; GRAF 2011, S. 57 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2020, N 590 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH 2018, N 57; TSCHANNEN/KERN/MÜLLER 2022, N 518.

255 COHEN 2015, S. 34; GRAF 2011, S. 33 («In grundrechtsbedeutsamen Regelungsbereichen und daher stets auch im Strafrecht sind erhöhte Anforderungen zu stellen»).

256 GRAF 2011, S. 118. «Grundsätzlich», weil das Bundesgericht dies regelmässig dennoch tut, vgl. die Beispiele ebenda, S. 3 ff.

das Abweichen von einer *gefestigten* Praxis.²⁵⁷ Dabei kommt es auf die Art und Dauer der Praxis an.²⁵⁸ Ein einzelner nicht publizierter Bundesgerichtsentscheid macht in der Regel noch keine Praxis aus.²⁵⁹ Aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots entfaltet jedoch jeder Entscheid eine gewisse präjudizielle Wirkung,²⁶⁰ selbst ein unpublizierter.²⁶¹ Davon abweichen sollen Gerichte nur zurückhaltend, es gilt das «*Gebot des Festhaltens an Präjudizien*».²⁶² Weicht ein Gericht von einer früheren Entscheidung ab, ohne dass diese als Teil einer gefestigten Rechtsprechung zu betrachten ist, muss es darauf zumindest Bezug nehmen²⁶³ und die Abweichung im Lichte des Rechtsgleichheitsgebots begründen können.²⁶⁴

B. Optimierungsgebot

Dem Gebot rechtsgleicher Behandlung lassen sich auch Aspekte entnehmen, die nicht direkt justiziabel, sondern rein programmatischer Natur sind.²⁶⁵ Im Vordergrund steht dabei regelmässig das *Egalisierungsgebot*, welches sich als Gestaltungsauftrag primär an den Gesetzgeber richtet.²⁶⁶ Dieser hat «*soziale Ungleichheiten zwischen den Menschen abzubauen und für Chancengleichheit im Zugang zur Rechtswahrnehmung oder hinsichtlich der Verwirklichung von Lebensvorstellungen zu sorgen*».²⁶⁷ Diese Dimension ist vorliegend nicht von Bedeutung.

Gemäss GLASER ist Verfassungsnormen aufgrund ihrer hohen demokratischen Legitimation generell «*ein Optimierungsgebot an die rechtsanwendenden Stellen dahingehend zu entnehmen, dem Gehalt der Verfassungsnorm*

257 HÄNNI 2022, S. 112 f.; TSCHANNEN/KERN/MÜLLER 2022, N 515; vgl. auch GRAF 2011, S. 23, gemäss welchem nur publizierte Entscheide eine Praxis zu begründen vermögen.

258 Vgl. schon DUBS 1949, S. 174.

259 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2020, N 589, m. H. a. BGE 140 II 334. Dort wurde allerdings das Vorliegen einer Praxis nicht mit der Zahl der Urteile begründet, sondern damit, dass im angeführten Urteil keine praxisbildende grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Frage erfolgt sei, s. E. 8. Zudem ist denkbar, dass auch ein Einzelfall eine Praxis zu begründen vermag, vgl. GRAF 2011, S. 21.

260 BIAGGINI 1991, S. 370 f.; DUBS 1949, S. 177 f.

261 BIAGGINI 1991, S. 369.

262 BIAGGINI 1991, S. 370 f.

263 Schon DUBS 1949, S. 6 f.

264 ARIOLI 1968, S. 106 («*Die Behörden haben ihre Präjudizien zu beachten und dürfen nicht ohne Grund den neuen Fall anders behandeln*»); ferner DUBS 1949, S. 177 f.

265 SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 41.

266 OESCH 2008, S. 24; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 44.

267 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 43; ähnlich SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 41; zur Chancengleichheit zudem CRCst.-MARTENET, Art. 8 N 27.

möglichst weitreichende praktische Wirksamkeit zu verleihen». ²⁶⁸ Dieses Optimierungsgebot findet sich auch in der Forderung wieder, zwischen gegenläufigen Verfassungsgeboten sei praktische Konkordanz herzustellen, um ihnen «je optimal Wirksamkeit zu verschaffen». ²⁶⁹ Dieser allgemeine Auftrag lässt sich auch Art. 35 Abs. 2 BV entnehmen, wonach staatliche Aufgabenträger verpflichtet sind, zur Verwirklichung der Grundrechte «beizutragen». ²⁷⁰ Programmatisch und damit nicht direkt justiziabel bedeutet nicht weniger verbindlich. ²⁷¹ Gesetzgeber und rechtsanwendende Behörden sind auch jenseits justiziabler Individualansprüche gehalten, dem Gebot rechtsgleicher Behandlung möglichst weitreichende praktische Wirksamkeit zu verleihen. ²⁷²

96 Der Bund ist von der Verfassung noch gesondert einschlägig angesprochen. So verpflichtet Art. 49 Abs. 2 BV ihn dazu, die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone zu überwachen und nötigenfalls zu intervenieren. ²⁷³ Das beinhaltet auch die gleichmässige Umsetzung von Bundesrecht. ²⁷⁴ Die Bundesaufsicht ist «von Amtes wegen, konstant, umfassend» wahrzunehmen. ²⁷⁵

97 Nicht zum Adressatenkreis von Art. 49 Abs. 2 BV gehört das Bundesgericht. ²⁷⁶ Als höchstes und letztinstanzliches nationales Gericht gehört es jedoch zu seinen grundlegenden Aufgaben, «durch autoritative Leiturteile» ²⁷⁷ Rechtseinheit zu gewährleisten und einem «Auseinanderklaffen der unterinstanzlichen Konkretisierungspraxis» ²⁷⁸ entgegenzutreten. ²⁷⁹

268 GLASER, AJP 2014, S. 73; zur Diskussion in Deutschland und konkret zur Strafzumessung HÖRNLE, GA 2019, S. 285; KOHN 2021, S. 107; ferner STRENG 1984, S. 14 f.; zu Rechtsprinzipien als Optimierungsgebote generell ALEX 1985, S. 75 f.

269 So BIAGGINI 1991, S. 416, m. w. H.; ferner allgemein OESCH 2008, S. 125; zum Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 BV s. SGKVB-SCHINDLER, Art. 5 (Rz. 1-61) N 32; zustimmend HÄNNI 2022, S. 215; TSCHANNEN 2021, S. 69.

270 So auch HÄNNI 2022, S. 164; KIENERR. 2001, S. 324 f.

271 KIENERR. 2001, S. 325; ähnlich auch zu Art. 3 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (GG/D) HÖRNLE 1999, S. 70, wonach sich diese Einschränkung auf die gerichtliche Kontrolldichte beziehe und nicht etwa die Bindungsintensität verringere.

272 Vgl. TSCHANNEN 2021, S. 69.

273 BSKVB-WALDMANN, Art. 49 N 34.

274 BSKVB-WALDMANN, Art. 49 N 33.

275 BSKVB-WALDMANN, Art. 49 N 34.

276 BSKVB-WALDMANN, Art. 49 N 34.

277 TSCHANNEN 2021, S. 532.

278 BIAGGINI 1991, S. 253.

279 BGE 146 I 105, E. 5.2.2; HÄNNI 2022, S. 7 f.; HAUSER 1985, S. 29; KIENERR., in: Staatsrecht 2021, S. 286; KIENERR. 2001, S. 247; MARTENET 2003, N 332; TSCHANNEN 2021, S. 531 f.; ausdrücklich zum Strafrecht BIAGGINI 1991, S. 208, ferner allgemein 252 ff. Analoges gilt in gewissem Umfang auch für obere kantonale Gerichte, MARTENET 2003, N 375.

Kapitel 2: Wie wird Strafe zugemessen?

Um die Strafzumessungspraxis im Lichte der hier vor ausgebreiteten Gleich- 98
 behandlungsdogmatik betrachten zu können, soll nun zunächst der schwer
 fassbare Vorgang der Strafzumessung plastischer gemacht werden. Dazu
 werden zunächst die gesetzlichen Grundlagen der Strafzumessung umrissen
 (I.), bevor auf deren praktische Umsetzung durch die Gerichte eingegangen
 wird (II.).

I. Gesetzliche Ausgangslage

Ausgangspunkt für die Strafzumessung ist die Feststellung der urteilenden 99
 Behörde, welchen Delikts sich die beschuldigte Person *schuldig gemacht*
 hat.²⁸⁰ Das begangene Delikt gibt den anwendbaren Strafraumen vor. Bei
 einem einfachen Diebstahl beträgt der ordentliche Strafraumen bspw. *Frei-*
heitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe (Art. 139 Ziff. 1 StGB). Die *allgemei-*
nen Grenzen der Strafarten reichen bei Busse von einem bis zu CHF 10'000.-
 (Art. 106 Abs. 1 StGB),²⁸¹ bei Geldstrafe von drei bis 180 Tagessätzen à zehn bis
 CHF 3'000.- (Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB) und bei Freiheitsstrafe von drei Tagen
 bis zwanzig Jahre oder lebenslang; Letzteres nur, wenn ausdrücklich vor-
 gesehen (Art. 40 StGB).

Liegen *Strafmilderungs-* oder *Strafschärfungsgründe* vor, wird der ordent- 100
 liche Strafraumen des betreffenden Delikts nach unten (Milderung) oder oben
 (Schärfung) erweitert. Liegt ein Strafmilderungsgrund vor, ist das Gericht
 nicht an die angedrohte Mindeststrafe gebunden und kann auch auf andere
 (mildere) Strafarten erkennen (Art. 48a StGB).²⁸² Artikel 48 StGB enthält eine
 nicht abschliessende Liste von allgemeinen *Strafmilderungsgründen*.²⁸³ Wei-
 tere Strafmilderungsgründe finden sich über das Strafgesetzbuch verteilt (z. B.
 beim Versuch in Art. 22 Abs. 1 StGB oder bei verminderter Schuldfähigkeit

280 Vgl. MATHYS 2019, N 24.

281 Im Nebenstrafrecht sind andere Grenzen möglich.

282 So könnte das Gericht z. B. bei einem Raub mit ordentlichem Strafraumen von sechs
 Monaten bis zehn Jahren Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten
 oder gar eine Geldstrafe oder Busse aussprechen (Art. 48a StGB i. V. m. Art. 140 StGB).

283 Die Strafe ist z. B. zu mildern, wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen ge-
 handelt hat oder seit der Tat viel Zeit verstrichen ist und er sich seither wohl verhalten
 hat (Art. 48 lit. a Ziff. 1 und lit. e StGB).

nach Art. 19 Abs. 2 StGB).²⁸⁴ Allgemeine Strafschärfungsgründe führt das Strafgesetzbuch nur noch einen einzigen explizit auf:²⁸⁵ Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, kann das Gericht die für das schwerste verwirklichte Delikt angedrohte Maximalstrafe um *höchstens* 50 % überschreiten (Art. 49 Abs. 1 StGB). Bei Straferhöhung und Strafmilderung bleibt das Gericht in jedem Fall an das gesetzliche Höchst- und Mindestmass der jeweiligen Strafform gebunden (Art. 48a Abs. 2 und Art. 49 Abs. 1 StGB).

101 Die Ermittlung des anwendbaren Strafrahmens zählt zur Strafzumessung *im weiteren Sinn*.²⁸⁶ Mit der Strafzumessung *im engeren Sinn* soll anschliessend innerhalb des ordentlichen oder erweiterten Strafrahmens eine konkrete Strafe festgelegt werden.²⁸⁷ Vorliegend ist Letzteres gemeint, wenn von «Strafzumessung» die Rede ist.

102 Wie Strafe innerhalb des bestimmten Rahmens zuzumessen ist, wird gesetzlich nur äusserst knapp in den Art. 47 ff. StGB umschrieben.²⁸⁸ Im Zentrum steht Art. 47 StGB, der den «Grundsatz» der Strafzumessung regelt:

¹ Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters.

² Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.

284 Vgl. die ausführliche Liste bei BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 48a N3. Weitere Strafmilderungsgründe finden sich auch im Nebenstrafrecht.

285 HURTADO POZO / GODEL 2023, N1086. Bis zur Revision von 2007 galt noch Art. 67 StGB/1937, welcher eine Strafschärfung für den Rückfall vorsah; neu sei der Rückfall innerhalb des ordentlichen Strafrahmens, also strafferhöhend, zu berücksichtigen, vgl. Botschaft AT-Revision 2007, S. 2060 («Bereits nach dem Vorentwurf sollte der Rückfall (Art. 67 StGB) nicht mehr ausdrücklich im Gesetz geregelt, sondern bloss noch auf der Grundlage von Artikel 49 VE (Strafzumessungsgrundsatz) innerhalb der ordentlichen Strafrahmen berücksichtigt werden»); auch STEPHENSON, Anwaltsrevue 2010, S. 320; weitere Gründe finden sich jedoch im Besonderen Teil, z. B. in Art. 185 Ziff. 3 StGB, vgl. die beispielhafte Aufzählung bei STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N1; auch HURTADO POZO / GODEL 2023, N1087.

286 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N3; auch FRISCH 1971, S. 9.

287 Vgl. STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N2; ferner SEELMANN 2023, S. 11 f.; PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N4.

288 ALBRECHT P., ZStR 1991, S. 47.

Absatz 1 hält zunächst einmal fest, dass die Strafe primär nach dem Verschulden zu bemessen ist.²⁸⁹ Der zweite Absatz konkretisiert, nach welchen Kriterien dieses zu bewerten ist (sog. *Tatkomponente*²⁹⁰).²⁹¹ Das Gesetz orientiert sich an der Einzeltatschuld und einem klassischen Schuldbegriff.²⁹² Neben dem Freiheitsspielraum des Täters (wie leicht hätte er die Tat vermeiden können, Art. 47 Abs. 2 StGB) steht vor allem die Tatschwere, also das verwirklichte Unrecht der Tat, im Vordergrund.²⁹³ In einem weiteren Sinn muss sich das Verschulden *«auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Tat beziehen»*.²⁹⁴

Zwischen dem Verschuldensprinzip und dessen Erläuterung findet sich in Art. 47 Abs. 1 StGB noch die Beschreibung der *Täterkomponente*.²⁹⁵ Sie umfasst Strafzumessungskriterien, welche nicht unmittelbar mit der Tatbegehung zusammenhängen,²⁹⁶ wie das *«Vorleben»*, die *«persönlichen Verhältnisse»* und die *«Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters»* (Art. 47 Abs. 2 StGB).

Die Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe, die den Strafrahmen erweitern, wirken innerhalb dieses Rahmens als Strafminderungs- und Straferhöhungsgründe.²⁹⁷ Das heisst, sie vermindern oder erhöhen die konkrete Strafe, welche ohne diese Gründe auszusprechen wäre. Die gesetzliche Auflistung ist bei Weitem nicht erschöpfend.²⁹⁸ Welche Umstände und ob sie unter der Täter- oder Tatkomponente zu berücksichtigen sind, muss über weite Teile der Rechtsprechung und Literatur entnommen werden.²⁹⁹ Einzig für die (echte) Konkurrenz wird das Vorgehen vage im Gesetz beschrieben: Es ist die Strafe für das schwerste Delikt festzulegen und diese dann angemessen für die weiteren Straftaten zu erhöhen (sog. *«Asperation»*), Art. 49

289 Statt vieler STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 6 ff.

290 Statt vieler PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 2.

291 PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 20.

292 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 9; zur Frage, ob sich der klassische Schuldbegriff noch halten lässt, weiterführend ALBRECHT P., ZStrR 2017, S. 439 ff., insb. 450 ff.; SIMMLER 2018, S. 223 ff.; URWYLER/RANZONI, sui generis 2021, S. 180 ff.

293 BGE 147 IV 241, E. 3.2; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 13.

294 BGE 117 IV 112, E. 1; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 14, m. w. H.

295 Übersichtlicher wäre es gewesen, das Verschulden zusammen mit seiner Erklärung als Tatkomponente in Abs. 1 zu regeln und erst in einem zweiten Absatz die Täterkomponente.

296 So MATHYS 2019, N 34.

297 So schon DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 15.

298 Vgl. STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 17, m. w. H.

299 Ausführliche Zusammenfassung der Rechtsprechung bei MATHYS 2019, S. 29 ff., 118 ff.

Abs. 1 StGB).³⁰⁰ Wie die zahlreichen Faktoren zu gewichten sind und wie die Gesamtheit der ermittelten Umstände mit einer Strafe zu quantifizieren ist, lässt sich hingegen nirgends nachlesen.³⁰¹

106 Abschliessend gehört auch die Wahl der Sanktionsart zur Strafzumessung im engeren Sinn,³⁰² nicht hingegen der bedingte Strafvollzug.³⁰³ Die Wahl der Straftart ist vor allem im Überschneidungsbereich zwischen Geld- und Freiheitsstrafe relevant, also zwischen drei und 180 Strafeinheiten (Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 Abs. 1 StGB).³⁰⁴ Ausnahmsweise kommt noch die Möglichkeit einer Busse hinzu, wenn der Strafrahmen aufgrund eines Strafmilderungsgrunds nach unten eröffnet ist (Art. 48a Abs. 2 StGB) oder sie mit einer bedingten Strafe verbunden wird (Art. 42 Abs. 4 StGB). Die Geldstrafe geht gemäss Art. 41 StGB vor, die Verhängung einer Freiheitsstrafe bleibt *ultima ratio*.³⁰⁵ Das Gesetz sieht im Überschneidungsbereich nur spezialpräventive oder vollzugstechnische Gründe vor, um eine Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe auszusprechen (vgl. Art. 41 Abs. 1 StGB).³⁰⁶

107 Das ist alles, was das Gesetz zur Strafzumessung im engeren Sinn bereithält.

108 Auch die Entstehungsgeschichte der Strafzumessungsbestimmungen ist für die vorliegenden Zwecke rasch erzählt.³⁰⁷ Bereits in der ersten Fassung des schweizerischen Strafgesetzbuchs³⁰⁸ hatte die Regelung dasselbe Grundgerüst: (1.) eine allgemeine Bestimmung darüber, wonach die Strafe zu bemessen sei,³⁰⁹ (2.) eine Liste strafmildernder Umstände,³¹⁰ (3.) eine Erklärung, was

300 Der Vorgang der Asperation wird in dieser Arbeit nicht näher behandelt, vgl. weiterführend KOCH 2013.

301 ALBRECHT P., ZStrR 2017, S. 444; ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 50 f.; KOCH 2013, S. 139; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 3.

302 OGer ZH, SB190283 vom 3. September 2020, E. IV.2.1.

303 BGE 101 IV 103, E. 3; PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 4; vgl. auch BRUNS/GÜNTGE 2019, S. 8.

304 Im Bereich von knapp über 180 Strafeinheiten wirkt die Wahl der Straftart allenfalls bereits auf die Strafhöhe vor, vgl. BGE 147 IV 241, E. 3.2; BOMMER, ZBJV 2022, S. 638; MATHYS 2019, N 479.

305 BGE 144 IV 217, E. 3.3.3, m. w. H.

306 A. A. und *contra legem* mittlerweile wohl das Bundesgericht, BGE 147 IV 241, Regeste; BGer, 6B_93/2022 vom 24. November 2022, E. 1.3.8; dazu mehr hinten Rz. 140 ff.

307 Die ausführlichste Aufbereitung der Entstehungsgeschichte findet sich bei SEELMANN 2023, S. 44 ff.

308 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (AS 54 757), zitiert nach der Referendumsvorlage (BB1937 III 625 ff.) als StGB/1937.

309 Vgl. Art. 63 StGB/1937 und heute Art. 47 StGB.

310 Vgl. Art. 64 StGB/1937 und heute Art. 48 StGB.

Strafmilderung bedeutet,³¹¹ (4.) die Gründe für Strafschärfung³¹² und (5.) die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe³¹³.

Merkliche Änderungen wurden vor allem in der Revision des Allgemeinen 109 Teils von 2007 vorgenommen.³¹⁴ Seither gehört (6.) noch eine Bestimmung zur Begründung der Strafzumessung im Urteil dazu (Art. 50 StGB).³¹⁵ Damit wurde allerdings nur die bestehende bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert.³¹⁶ Die zentrale Bestimmung von Art. 47 StGB wurde lediglich «verfeiner[t]».³¹⁷ Artikel 47 Abs. 1 StGB entspricht im Wesentlichen Art. 63 StGB/1937 vor der Revision.³¹⁸ Neu hinzu kam auch Art. 47 Abs. 2 StGB. Er führt aus, nach welchen Kriterien das «Verschulden» zu bemessen ist.³¹⁹ Auch hier wurde jedoch nur kodifiziert, was vorher bereits bundesgerichtliche Rechtsprechung war.³²⁰

Insgesamt ist die gesetzliche Grundlage so offen, dass jedenfalls nicht 110 gesagt werden kann, darin würden unzulässige Differenzierungen vorgenommen. Solche fehlen beinahe gänzlich. In Art. 47 StGB werden immerhin die zentralen *tertia comparationis* aufgeführt, auch wenn deren Tragweite unklar bleibt. Allfällige Ungleichbehandlungen sind also nur insofern in der

311 Vgl. Art. 65 f. StGB/1937 und heute Art. 48a StGB.

312 Vgl. Art. 68 StGB/1937 und heute Art. 49 StGB. Bis zur Revision von 2007 galt noch Art. 67 StGB/1937, welcher eine Strafschärfung für den Rückfall vorsah; neu sei der Rückfall innerhalb des ordentlichen Strafrahmens, also strafferhöhend, zu berücksichtigen, vgl. Botschaft AT-Revision 2007, S. 2060 («Bereits nach dem Vorentwurf sollte der Rückfall (Art. 67 StGB) nicht mehr ausdrücklich im Gesetz geregelt, sondern bloss noch auf der Grundlage von Artikel 49 VE (Strafzumessungsgrundsatz) innerhalb der ordentlichen Strafrahmen berücksichtigt werden»).

313 Vgl. Art. 69 StGB/1937 und heute Art. 51 StGB.

314 AS 2006 3459; Botschaft AT-Revision 2007, S. 2060 ff.

315 AS 2006 3459, S. 3474; Botschaft AT-Revision 2007, S. 2062.

316 Vgl. Botschaft AT-Revision 2007, S. 2062, welche sich ausdrücklich auf BGE 118 IV 14, BGE 117 IV 112 und BGE 116 IV 288 stützt; vgl. auch BGE 118 IV 337, E. 2.a; nach Inkrafttreten von Art. 50 StGB dann BGE 134 IV 17, E. 2.1; ferner PC CP-DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU, Art. 50 N1; KIENER H., ZStrR 2007, S. 355; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1223; MATHYS 2019, N 64. Artikel 50 StGB normiert eigentlich eine Selbstverständlichkeit: Ist ein Urteil zu begründen, so gilt dies auch für die darin vorgenommene Strafzumessung.

317 Botschaft AT-Revision 2007, S. 2060 («Eine grundsätzliche Änderung der bisherigen Strafzumessungsregel drängt sich nicht auf. Sie ist lediglich zu «verfeinern»).

318 Neu hat das Gericht ausdrücklich auch die Wirkung der Strafe auf das künftige Leben des Täters zu berücksichtigen, PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 3, und die Beweggründe wurden in den Abs. 2 verschoben, vgl. Botschaft AT-Revision 2007, S. 2060 («Wenn das Gericht die mit der Tat verfolgten Ziele berücksichtigen muss, so sind damit die Beweggründe im geltendem Recht gemeint»).

319 Botschaft AT-Revision 2007, S. 2060 («Artikel 47 Absatz 2 E nennt die Kriterien, nach welchen die Schuld zu bemessen ist»).

320 Vgl. KOCH 2013, S. 139; PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 20.

gesetzlichen Grundlage angelegt, als diese praktisch alle wesentlichen Fragen offenlässt und so eine einheitliche Praxis zumindest nicht befördert.³²¹ Die Probleme, wie Strafe konkret zuzumessen ist und wie dies rechtsgleich zu bewerkstelligen sein soll, werden den Gerichten überantwortet. Damit hat es der Gesetzgeber unterlassen, zentrale Weichenstellungen selbst vorzunehmen.³²² Ob es ihm mit dieser Lösung wie beabsichtigt gelungen ist, die Strafzumessung einer grösseren Rechtssicherheit und besseren Überprüfbarkeit zuzuführen,³²³ ist zu bezweifeln, worauf später zurückzukommen ist.³²⁴ Angesichts der gesetzlichen Vagheit ist für das Verständnis der Strafzumessung bedeutender, wie die praktische Umsetzung erfolgt.

II. Praktische Umsetzung

- 111 Für die Rechtsprechung in Strafsachen und damit für die Strafzumessung sind die Kantone zuständig (Art. 123 Abs. 2 BV).³²⁵ Dem Bundesgericht obliegt die Aufgabe, als letzte nationale Rechtsmittelinstanz eine möglichst einheitliche Anwendung von Bundesrecht zu gewährleisten.³²⁶ Obwohl Strafzumessung eine Rechtsfrage des Bundesrechts darstellt, verortet das Bundesgericht weite Teile der Einzelfallkontrolle ausserhalb seiner Kognition.³²⁷ Seit den 90er Jahren stellt es immerhin höhere Anforderungen an die Strafzumessung, kann aber weiterhin primär die Begründung und weniger die ausgefallten Strafen selbst beurteilen.³²⁸ Insofern kann es zwar über die Urteilsbegründung auf eine einheitliche Vorgehensweise hinwirken, vermag aber im Ergebnis kaum Strafgleichheit zu gewährleisten (A.).³²⁹
- 112 Für das Verständnis der Strafzumessungspraxis ergiebiger ist die kantonale Rechtsprechung. Hier zeigt sich, dass die einzelnen Kantone in der Begründung der Strafzumessung über die Minimalanforderungen des Bundesgerichts hinausgehen. Auch lässt sich feststellen, dass nicht alle kantonalen Gerichte die bundesgerichtliche Skepsis gegenüber Vergleichen mit Drittfällen teilen (B.).

321 Noch zu Art. 63 StGB/1937 aber weiterhin zutreffend: ALBRECHT P., ZStrR 2006, S. 75; auch ALBRECHT P., ZStrR 2017, S. 444.

322 Vgl. zur Problematik hinten Rz. 218 ff. und für mögliche Optimierungen hinten Rz. 576 ff.

323 Botschaft AT-Revision 2007, S. 2062.

324 Vgl. hinten Rz. 111 ff.; vgl. auch PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 3.

325 Mit Ausnahme des Zuständigkeitsbereichs des Bundesstrafgerichts.

326 Vgl. vorne Rz. 94 ff., 97.

327 Vgl. hinten Rz. 114 ff.

328 Vgl. hinten Rz. 121 ff.

329 Vgl. hinten Rz. 145 ff.

A. Strafzumessung vor Bundesgericht

Das Verhältnis des Bundesgerichts zur Strafzumessung ist kompliziert. Ihm ist es bisher nicht gelungen, ein klares Verständnis seiner eigenen Überprüfungsbefugnis im Bereich der Strafzumessung zu entwickeln (1.). Als Folge bleiben teilweise auch seine Anforderungen an die Strafzumessung und deren Begründung diffus (2.).

1. Unklares Kognitionsverständnis

Das Bundesgericht prüft Rechtsfragen grundsätzlich frei.³³⁰ Allerdings beschränkt sich diese Prüfungsbefugnis auf *Rechtsverletzungen*, «zu einer Ermessenskontrolle ist es nicht befugt».³³¹ Strafzumessung ist zwar Rechtsfrage,³³² den Sachgerichten kommt dabei jedoch ein grosser Ermessensspielraum zu.³³³ Entscheidend für die bundesgerichtliche Überprüfung ist deshalb, wann Strafzumessung Recht *verletzt*. Hier bedient sich das Bundesgericht der verwaltungsrechtlichen Dogmatik zur Kontrolle von behördlichen Ermessensentscheiden. Qualifizierte Formen der Unangemessenheit (Ermessensfehler) werden in folgenden Fällen als Rechtsverletzung behandelt:

- *Ermessensmissbrauch* liegt vor, wenn die Ermessensausübung anhand eines unsachlichen Kriteriums erfolgt;
- bei *Ermessenüberschreitung* wird der Rahmen, innerhalb dessen ein Ermessen besteht, verlassen
- und von *Ermessensunterschreitung* ist die Rede, wenn ein Ermessensspielraum nicht ausgenutzt wird.³³⁴

Wann eine Ermessenüberschreitung vorliegt, dazu hat das Bundesgericht bisher weder eine einheitliche Linie noch greifbare Kriterien entwickelt.³³⁵ Zunächst einmal scheint die Prüfungsdichte davon abzuhängen, wie ausführlich

330 SHK BGG-SEILER, Art. 95 N 16.

331 BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 (N 1-59) N 27, 12, m. w. H.; ferner BGer, 6B_368/2020 vom 24. November 2021, E. 2.3.4; auch DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS 2023, S. 462; SCHMID, ZStrR 2006, S. 188; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 236; Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege, S. 4335; noch zur alten Rechtslage: BGE 132 V 393, E. 3.3.

332 BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 13.

333 Statt vieler BGE 144 IV 313, E. 1.2 («*Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation de la peine*»).

334 Z. G. BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 (N 1-59) N 34; SHK BGG-SEILER, Art. 95 N 59; Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege, S. 4335 f.; ferner NAY, ZStrR 1994, S. 178; zur Unnötigkeit dieser Unterscheidung vgl. SCHINDLER 2010, S. 207 ff.

335 Vgl. entsprechende Kritik schon bei HAUSER 1985, S. 32.

die vorinstanzliche Begründung und die entsprechenden Rügen ausgefallen sind. So beurteilt das Bundesgericht bei ausgewiesenen Teilschritten der Strafzumessung detailliert, ob diese einzeln im Rahmen des vorinstanzlichen Ermessens erfolgten.³³⁶ Nur selten greift es ein, weil es die Strafe per se als unvertretbar mild oder streng erachtet.³³⁷ Woran es jeweils bemisst, ob die Vorinstanz insgesamt oder bei Teilschritten im Rahmen ihres Ermessens blieb, wird aus der Rechtsprechung nicht klar.³³⁸ Wenn es jedenfalls darauf verweist, die Strafe bewege sich im üblichen Rahmen oder sie sei aussergewöhnlich hoch, dann stützt es sich soweit ersichtlich nicht auf empirische Evidenz.³³⁹ Einem konkreten Vergleich mit anderen Fällen steht das Bundesgericht kritisch gegenüber.³⁴⁰ Realistischerweise kann es die Grenzen des Vertretbaren deshalb nur durch eigene ermessensweise Strafzumessung ermitteln, wozu es gerade nicht befugt ist.³⁴¹ Im Ergebnis kann es diese Grenzen –

336 Anschaulich BGer, 7B_181/2022 vom 27. September 2023, E. 2.3, wo das Bundesgericht schrittweise ausführte, die Vorinstanz sei *«in vertretbarer Würdigung der objektiven und subjektiven Tatkomponenten zu einem Strafmass von 3 Jahren und 5 Monaten Freiheitsstrafe»* gelangt. Zur Täterkomponente heisst es: *«Eine Ermessensverletzung ist nicht auszumachen»*. Auch *«[d]ie von der Vorinstanz [für die Verletzung des Beschleunigungsgebots] gewährte Strafreduktion von einem Monat liegt innerhalb ihres Ermessens»*; ähnlich BGer, 6B_1071/2022 vom 20. September 2023, E. 3.3.1 ff.; BGer, 6B_312/2023 vom 7. August 2023, E. 1.2.1 ff.

337 BGE 144 IV 217, E. 4.2 (Aufhebung jedoch primär wegen Gesamtstrafenbildung); BGE 136 IV 55, E. 5.9; BGE 121 IV 202, E. 2.d.cc; BGE 121 IV 49, E. 2.f (*«Daher erscheint eine Strafe von weniger als zehn Jahren Zuchthaus als unhaltbar milde»*); BGer, 6B_1358/2017 vom 11. März 2019, E. 3.2 und 5; BGer, 6B_343/2020 vom 14. Dezember 2021, E. 7.4.2 (*«unverhältnismässig streng»*); so auch BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 26; für Beispiele, in denen diese Schwelle nicht erreicht war, vgl. BGE 141 IV 61, E. 6.3.2 f.; BGE 134 IV 17, E. 2.3; BGE 129 IV 6, E. 6.2; BGE 123 IV 150, E. 2.b; weitere Beispiele bei PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 48.

338 Vgl. schon CORBOZ, ZBJV 1995, S. 24 (*«On peut se demander quels sont les critères qui permettent à la jurisprudence de dire qu'une peine n'est pas courante»*); ähnliche Kritik an der deutschen Rechtsprechung bei VERREL, JZ 2018, S. 814.

339 LINIGER, SJ 1996, S. 587; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 24; ähnlich zu Deutschland: NK StGB-STRENG, § 46 N 197.

340 Hinten Rz. 145 ff.

341 BGer, 6B_1278/2020 vom 27. August 2021, E. 5.4.1 (*«Das Bundesgericht hat keine eigene Strafzumessung vorzunehmen und die im kantonalen Verfahren festgesetzte Strafe nicht durch eine seines Erachtens angemessen(er)e Strafe zu ersetzen»*). Teilweise kommt es einer Angemessenheitsprüfung im Detail jedoch sehr nahe. In BGE 121 IV 49, E. 2.d.aa, schlägt es selbst eine Einsatzstrafe vor und bewertet anschliessend die vorinstanzliche Gewichtung der einzelnen Umstände im Detail, E. 3.d.bb ff. Selbst in diesem Fall wollte es der Vorinstanz aber keine Vorgaben zur Strafzumessung machen, E. 2.g. In BGer, 6B_343/2020 vom 14. Dezember 2021, E. 7.4.2 und BGer, 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018, E. 2.6 ff., nimmt es selbst eine angemessene Würdigung vor.

ohne Risiko, daran später gebunden zu sein –³⁴² beliebig festlegen.³⁴³ Dabei auferlegt es sich zu Recht Zurückhaltung.

Die Prüfung von Ermessensfehlern beantwortet nur die Frage, wann *in der Ermessensausübung selbst* eine Rechtsverletzung liegt. Strafzumessung ist jedoch ein vielschichtiger Vorgang und nicht alle Fragen liegen im Ermessen des Sachgerichts. Mit anderen Worten ist ausserhalb des Ermessensbereichs auch eine genuin rechtswidrige Strafzumessung möglich, ohne Umwege über qualifizierte Ermessensfehler.³⁴⁴ Die bundesgerichtliche Formel erweckt hingegen den Eindruck, die Kontrolle beschränke sich auf ebenjene Ermessensfehler: «[Das Bundesgericht] greift auf Beschwerde in Strafsachen hin nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat.»³⁴⁵

Wird eine Gesamtstrafe nicht nach dem bundesgerichtlich vorgeschriebenen Vorgehen gebildet, wird sie «materiell-rechtlich als bundesrechtswidrig» aufgehoben,³⁴⁶ ohne dass je von Ermessen gesprochen würde. Das entsprechende Vorgehen nach Art. 49 StGB musste es zunächst durch Auslegung bestimmen.³⁴⁷ Nichts anderes kann für die zentrale Bestimmung von Art. 47 StGB gelten. Sie enthält diverse unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Auslegung das Bundesgericht grundsätzlich frei zu prüfen hat.³⁴⁸ Keine Ermessensfrage, sondern Auslegung ist demnach die Ermittlung des Inhalts der in Art. 47 StGB verwendeten Begriffe wie «Verschulden», «Vorleben», «persönliche Verhältnisse» und «Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters». Daraus entnimmt das Bundesgericht Leitlinien, die den Sachgerichten nicht zur Disposition

342 Vgl. LINIGER, SJ 1996, S. 587.

343 Ähnlich zur Lage der revisionsgerichtlichen Kontrolle in Deutschland: VERREL, in: FS-Wolter 2013, S. 810.

344 Bis in die 80er Jahre vertrat es als Kassationshof noch die Auffassung, die Strafzumessung entziehe sich als reine Ermessensfrage im Wesentlichen seiner Überprüfung, so ausdrücklich BGE 68 IV 16, E. 4; BGE 107 IV 60, E. 2.a. Auch in den 90er Jahren hielt es noch fest, es überprüfe einzig, ob die Strafe im Ergebnis noch vertretbar scheint, vgl. BGE 121 IV 49, E. 2.a.aa; z. G. auch WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 423.

345 BGE 144 IV 313, E. 1.2; kürzlich verwendet in BGer, 6B_1054/2023 vom 19. Februar 2024, E. 5.1; vgl. die Entwicklung in den Entscheiden BGE 116 IV 4, E. 2.b; BGE 117 IV 112, E. 1; BGE 123 IV 150, E. 2.a; BGE 124 IV 286, E. 4.a.

346 Z. B. BGE 147 IV 108, E. 3.5.1.

347 Ausführlich BGE 144 IV 217, E. 3.1 ff.

348 BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 (N 1–59) N 36; SHK BGG-SEILER, Art. 95 N 61; zum Verwaltungsrecht HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2020, N 393.

stehen.³⁴⁹ Zur Verdeutlichung: Es stellt z. B. keine Ermessensfrage dar, *ob* eine mediale Vorverurteilung im Rahmen von Art. 47 StGB überhaupt Berücksichtigung finden kann,³⁵⁰ sondern ist allgemeingültig im Zuge der Auslegung mit Blick auf die Strafzwecke und das Schuldprinzip zu bestimmen. Würde eine Vorinstanz nun feststellen, eine mediale Vorverurteilung sei im Rahmen der Strafzumessung generell unbeachtlich, handelte es sich dabei nicht um einen Ermessenfehler – die Frage lag nie in ihrem Ermessen –, sondern schlicht um genuin falsche Anwendung von Art. 47 StGB.

118 Das Bundesgericht scheint im Hinblick auf Art. 47 StGB allerdings nicht explizit zwischen Ermessens- und Auslegungsfragen zu unterscheiden,³⁵¹ sondern immer von Ermessen zu sprechen. Das Beispiel der medialen Vorverurteilung würde es deshalb wohl als Ermessenfehler subsumieren und der Vorinstanz vorhalten, sie habe *wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen*.³⁵² Im Ergebnis beeinflusst das bundesgerichtliche Ermessensverständnis jedoch direkt den Umfang seiner Kognition. Anders formuliert kann es Umstände, die es nicht überprüfen will, dem Ermessen zuordnen und somit seiner eigenen Kognition entziehen bzw. sich auf eine Art Willkürprüfung zurückziehen.³⁵³

119 Ob nun eine fehlerhafte Ermessensausübung oder genuin falsche Rechtsanwendung im Raum steht, beide lassen sich kaum allein anhand der ausgefallenen Strafe erkennen. Deshalb und aufgrund der hiervor beschriebenen weiteren Schwierigkeiten bei der Beurteilung konzentriert sich das Bundesgericht auf Fehler in der Urteilsbegründung und entsprechende Diskrepanzen zum Strafmass. So muss eine Strafe ausserhalb des Üblichen auch mit aussergewöhnlichen Umständen begründet werden.³⁵⁴ Ist die Strafe nicht von der Urteilsbegründung gedeckt,³⁵⁵ schlicht fehlerhaft oder nicht nachvollzieh-

349 Vgl. zu den bundesgerichtlichen Anforderungen an die Strafzumessung hinten Rz. 121 ff.

350 Weiterführend MATHYS 2019, N 387 ff.

351 Deren Grenzen verschwimmen denn auch. So wird als Synonym für unbestimmte Rechtsbegriffe auch von «Ermessensbegriffen» gesprochen, KRAMER 2019, S. 78; zum Ermessensbegriff ausführlich hinten Rz. 333 ff. Diese Diskussion ist in den Details und vor allem im Verwaltungsrecht hochkomplex und lässt sich auch nicht vollständig auf das Strafrecht übertragen. Um vorliegend den Punkt zu machen, dass das Bundesgericht gewisse Aspekte der Strafzumessung als Auslegungsfragen rigoros prüft, andere hingegen als Ermessensfragen aussen vor lässt, genügt das einfache Bild; vgl. weiterführend SCHINDLER 2010, S. 161 ff., 187 ff.; WARDA 1962, S. 46 ff.

352 Zur Formel vorne Rz. 116.

353 Vgl. dazu hinten zum Ermessen Rz. 324 ff.

354 BGE 120 IV 136, E. 3.b («*Pour prononcer une peine sortant ainsi de l'ordinaire, la cour cantonale devait démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles*»); BGE 117 IV 401, E. 4.c.f.; CORBOZ, ZBJV 1995, S. 22 f.

355 BGE 120 IV 136, E. 3.a («*En effet, la motivation doit justifier la peine prononcée*»); CORBOZ, ZBJV 1995, S. 21.

bar,³⁵⁶ weist das Bundesgericht die Sache zur Neubeurteilung bzw. -begründung zurück, ohne Vorgaben zum Strafmass zu machen.³⁵⁷ In diesem Stadium handelt es sich oftmals nur um *potenziell* rechtswidrige Strafzumessung. Ob «*die Strafe im Ergebnis unvertretbar oder aber ihre Begründung im Urteil mangelhaft bzw. unvollständig*» ist, kann das Bundesgericht meistens nicht zweifelsfrei feststellen.³⁵⁸ Mindestens ist bei entsprechenden Diskrepanzen oder fehlender Nachvollziehbarkeit die Begründungspflicht gemäss Art. 50 StGB verletzt.³⁵⁹ Mangels entsprechender Kognition kann es solche Mängel in aller Regel nicht durch reformatorischen Entscheid heilen.³⁶⁰

Zusammenfassend kann das Bundesgericht primär die Begründung der Strafzumessung überprüfen und weniger die ausgefallte Strafe an sich. Entsprechend hebt es vorinstanzliche Urteile vor allem dann auf, wenn Entscheidungsbegründung und Strafe auseinanderfallen oder die Begründung an sich nicht nachvollziehbar ist. Einfacher ist eine Kontrolle dann, wenn das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung klare Leitlinien ermittelt hat, deren Einhaltung es in der Folge prüfen kann. Diese Leitlinien sind nun näher zu betrachten.

2. Anforderungen an die Strafzumessung

Im Rahmen der hiervor beschriebenen diffusen Kontrollfunktion, stellt das Bundesgericht seit den 90er Jahren höhere Anforderungen an die vorinstanzliche Strafzumessung.³⁶¹ Weil es Strafzumessung praktisch ausschliesslich

356 BGE 144 IV 217, E. 4.2; BGE 118 IV 18, E. 1.c.bb.

357 BGE 127 IV 101, E. 3; BGE 121 IV 49, E. 2.a.bb; BGE 117 IV 401, E. 4.d; PKStGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 41.

358 BGE 121 IV 49, E. 2.a.bb; vgl. die Unterscheidung von «*motivation défectueuse*» und «*motivation insuffisante*» bei CORBOZ, ZBJV 1995, S. 27.

359 Insofern widersprüchlich ist der Textbaustein des Bundesgerichts, wonach ein Urteil nicht rein zur Verbesserung der Begründung der Strafzumessung aufgehoben werde, BGE 127 IV 101, E. 2.c; BGE 117 IV 112, E. 1; BGE 116 IV 288, E. 2.c; anders wohl noch in BGE 63 I 264, E. 2; gefunden bei GERMANN, ZStrR 1942, S. 30 und dort Fn. 1.

360 BGER, 6B_1186/2022 vom 12. Juli 2023, E. 2.2; BGER, 6B_368/2020 vom 24. November 2021, E. 2.3.4; BGER, 6B_1323/2018 vom 12. Juni 2019, E. 2; BGER, 6B_824/2016 vom 10. April 2017, E. 15.5, nicht publiziert in BGE 143 IV 214; allgemein auch BGE 147 IV 340, E. 4.11.3; CORBOZ, ZBJV 1995, S. 17. Ausnahmen von diesem Grundsatz macht es, «*wenn eine Ermessensreduzierung auf Null gegeben ist, was kaum vorstellbar ist*», vgl. BGER, 6B_1358/2017 vom 11. März 2019, E. 5, wo die Vorinstanz das Bundesgericht direkt um reformatorischen Entscheid ersucht hatte. Es kommt aber durchaus vor, dass das Bundesgericht reformatorisch Strafe zumisst, vgl. bspw. BGER, 7B_154/2022 vom 19. Juli 2023, E. 5.1; BGER, 6B_91/2021 vom 30. Juni 2021, E. 1.4; BGER, 6B_1003/2020 vom 21. April 2021, E. 3.3.5; BGER, 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018 E. 3.1 f.; BGER, 6B_1047/2017 vom 17. November 2017, E. 3.

361 Vgl. die Entwicklung in BGE 116 IV 294, E. 2.b; BGE 117 IV 112, E. 1; BGE 118 IV 14, E. 2 («*Der Kassationshof stellt in seiner neuesten Rechtsprechung höhere Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung durch den Sachrichter und greift häufiger korrigierend in die Strafzumessung ein als früher*»); ALBRECHT P., ZStrR 2017, S. 441 («*Revolution*»);

anhand der Urteilsbegründung überprüfen kann, beziehen sich die Anforderungen häufig direkt auf die Begründung. Natürlich soll damit mindestens indirekt auch die Strafzumessung durch die Sachgerichte selbst verbessert werden.³⁶²

a) Allgemeine Anforderungen

- 122 Im Gegensatz zur Kognition bzw. Eingriffsschwelle verwendet das Bundesgericht seit der Überführung der Rechtsprechung in Art. 47 StGB keinen Textbaustein mehr, in welchem es die inhaltlichen Anforderungen an die Strafzumessung zusammenfasst, sondern gibt den Gesetzestext wieder oder verweist darauf.³⁶³ Die Strafe bemisst sich primär nach dem Verschulden.³⁶⁴ Verschulden wird dabei definiert als *«Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs»*, das *«den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat»* umfasst.³⁶⁵ Für den weiteren Begriffsinhalt wird auf Art. 47 Abs. 2 StGB³⁶⁶ verwiesen.³⁶⁷
- 123 Zum konkreten Vorgehen hat es sich nur punktuell geäußert. Ausgehend von der Tatschwere ist das Tatverschulden zu bewerten.³⁶⁸ Die Tat- und Täterkomponenten sind dabei auseinanderzuhalten.³⁶⁹ Das Tatverschulden umfasst eine objektive und eine subjektive Seite.³⁷⁰ Wie das Sachgericht die

ARZT, recht 1994, S. 142 (*«Revolutionäre Praxisänderungen»*); WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 425.

362 WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 424 (*«Der Sachrichter soll durch eine intensive Begründung des Strafmasses angehalten werden, selber sich gerade mit der Frage der Strafzumessung intensiver auseinanderzusetzen»*); ferner auch CORBOZ, ZBJV 1995, S. 19; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1221; REHBERG 2001, S. 78; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 22, m. w. H.; vgl. dazu, dass höchstrichterliche Rechtsprechung allenfalls gar nicht geeignet ist, um Herstellungsregeln für die Strafzumessung zu entwickeln, HÖRNLE 1999, S. 62, 73.

363 BGE 147 IV 241, E. 3.1; blosser Aufzählung in BGE 141 IV 61, E. 6.1.1; BGer, 7B_181/2022 vom 27. September 2023, E. 2.2.1; in neueren Urteilen teilweise auch nur Rückverweis auf frühere Urteile, die ihrerseits nur das Gesetz zitieren, BGer, 6B_1071/2022 vom 20. September 2023, E. 3.2. Vor Inkrafttreten der AT-Revision von 2007 und am Anfang der 90er Jahre hat es diese gestützt auf STRATENWERTH 1989, § 7 N 6 ff. noch selbst zusammengefasst, s. BGE 117 IV 112, E. 1; zuvor in BGE 116 IV 294, E. 2. b; dazu auch QUELOZ, ZStrR 1998, S. 145.

364 BGE 136 IV 55, E. 5.4; BGE 127 IV 101, E. 2. a.

365 BGE 134 IV 1, E. 5.3.3.

366 Pro memoria: *«Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.»*

367 BGE 136 IV 55, E. 5.2.

368 BGE 136 IV 55, E. 5.5.

369 BGer, 6B_45/2014 vom 24. April 2015, E. 1.4.1.

370 BGE 141 IV 61, E. 6.1.1.

verschiedenen Strafzumessungsumstände dabei zu bewerten und gewichten hat, bleibt in seinem Ermessen.³⁷¹ Eine verminderte Schuldfähigkeit hat es jedenfalls vor der Täterkomponente im Rahmen des Tatverschuldens zu berücksichtigen.³⁷² Auch bei Vorliegen von Strafmilderungs- und/oder Strafschärfungsgründen ist die Strafe in der Regel innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzulegen.³⁷³

Auffällig abwesend in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Anweisungen dazu, wie aus den ermittelten und gewichteten Kriterien am Schluss zu einer numerischen Strafe gelangt werden soll (sog. «*Verknüpfung-problematik*»³⁷⁴).³⁷⁵ Hinweise zum Einstieg in den Strafrahmen finden sich nur vereinzelt. Ein leichtes Verschulden soll zu einer Strafe am unteren Ende des Strafrahmens führen, ein mittleres entsprechend zu einer Strafe in der Mitte des Rahmens etc. Konkret ging das Bundesgericht davon aus, bei der vorsätzlichen Tötung mit Strafrahmen von fünf bis 20 Jahren Freiheitsstrafe (Art. 111 StGB) sei *bei mittlerem Verschulden in der Regel eine Strafe von zehn bis 15 Jahren* auszufällen (also im mittleren Drittel).³⁷⁶ Dabei scheint es sich aber weniger um eine inhaltliche Anweisung zur Strafzumessung zu handeln als um eine Aufforderung zur Kohärenz zwischen Begründung und Strafe. In seinen eigenen Worten «*drängt [das Bundesgericht] in seiner neuesten Praxis vermehrt darauf, dass Formulierung des Verschuldens und Festsetzung des Strafmasses auch begrifflich im Einklang stehen*».³⁷⁷

Was die allgemeinen Anforderungen an die Begründung anbelangt, ist klar, dass die Strafzumessung zunächst überhaupt begründet werden muss.³⁷⁸ Die Begründung muss sodann *nachvollziehbar* sein. Kann das Bundesgericht die angefochtene Strafzumessung nicht nachvollziehen, kann es sie auch

371 BGE 136 IV 55, E. 5.6 («*Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt*»); BGer, 6S.465/2004 vom 12. Mai 2005, E. 3.1 («*Die Gewichtung der zu beachtenden Strafzumessungskomponenten steht im Ermessen des Sachrichters*»).

372 BGE 136 IV 55, E. 5.7; diesbezüglich gleich BGE 134 IV 132, E. 6.1; vgl. die Kritik an diesem Vorgehen bei SUMMERS 2022, S. 11f.

373 BGE 136 IV 55, E. 5.8.

374 SEELMANN 2023, S. 284.

375 Vgl. SEELMANN 2023, S. 284 ff.; auch HAUSER 1985, S. 4 («*Verknüpfungsakt*»); TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 75.

376 BGer, 6B_86/2023 vom 7. August 2023, E. 3.3; BGer, 6B_200/2013 vom 26. September 2013, E. 12.4; vgl. aber BGer, 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3, wonach eine Einsatzstrafe von acht Jahren beim selben Strafrahmen bereits im «*mittleren*» Bereich liege.

377 BGer, 6B_1096/2010 vom 7. Juli 2011, E. 4.2; BGer, 6B_1048/2010 vom 6. Juni 2011, E. 3.2; BGer, 6B_763/2010 vom 26. April 2011, E. 4.1.

378 Vgl. die Aufhebung eines Genfer Urteils, weil die Vorinstanz die Strafzumessung *überhaupt nicht* begründet hatte, BGE 101 IV 132, E. 3.b sowie BGE 102 Ia 1, A.

nicht überprüfen und hat die Sache konsequent an die Vorinstanz zurückzuweisen.³⁷⁹ Artikel 50 StGB verpflichtet die Sachgerichte entsprechend, «*die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung*» in der Urteilsbegründung festzuhalten.³⁸⁰

126 Was darunter zu verstehen ist, hat das Bundesgericht im Wesentlichen bereits vor Einführung von Art. 50 StGB festgehalten. Zunächst müssen «*alle wesentlichen Strafzumessungskriterien in der schriftlichen Urteilsbegründung Erwähnung finden*».³⁸¹ Dazu ist in der Regel der zur Anwendung gelangende Strafrahmen zu nennen und sind die Tat- und Täterkomponenten zu erörtern.³⁸² Ersichtlich muss ebenfalls sein, wie diese Faktoren gewichtet wurden, also «*ob und in welchem Grade sie strafmindernd oder strafferhöhend in die Waagschale fielen*».³⁸³ Insgesamt muss das Sachgericht die Strafzumessung «*so gut wie möglich nachvollziehbar machen*».³⁸⁴ Dabei gilt: Je höher die Strafe desto ausführlicher die Begründung.³⁸⁵

127 Bei der Verwendung von Zahlen bleibt das Bundesgericht zurückhaltend: «*Das Gericht ist nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungskriterien berücksichtigt.*»³⁸⁶ Das Verschulden³⁸⁷ muss «*qualifiziert*» und ausdrücklich benannt werden, wobei von einer verbalen «*Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad*» auszugehen ist.³⁸⁸ Auch die Gewichtung einzelner Umstände ist mindestens verbal auszudrücken.³⁸⁹

379 CORBOZ, ZBJV 1995, S. 3.

380 Damit wurde eine bereits zuvor bestehende bundesgerichtliche Praxis kodifiziert, vgl. vorne Rz. 109 und die dortigen Nachweise.

381 BGE 117 IV 112, E. 1.

382 BGE 117 IV 112, E. 1.

383 BGE 118 IV 14, E. 2. Im Gesetzgebungsprozess war umstritten, ob die Gewichtung ausdrücklich genannt werden sollte; der Ständerat hielt diese ausdrückliche Nennung nicht für notwendig, vgl. Votum von Ständerätin Brunner («*Notre commission a considéré que l'on pouvait sans problème biffer les derniers mots de la phrase, sans s'écarter pour autant de l'obligation actuelle de motiver*»), AB 1999 SR 1119. Der Nationalrat bestand jedoch auf diesem Zusatz und hat sich schlussendlich durchgesetzt (AB 2001 NR 564, AB 2001 SR 509 f.); vgl. hierzu auch KIENER H., ZStrR 2007, S. 355.

384 BGE 121 IV 49, E. 2.a.aa.

385 BGE 144 IV 313, E. 1.2; BGE 127 IV 101, E. 2.c.

386 BGE 136 IV 55, E. 5.6; auch BGE 127 IV 101, E. 2.c.; BGE 118 IV 14, E. 2.

387 SEELMANN 2023, S. 286 f., geht mit Verweis auf BGER, 6B_1359/2016 vom 18. Mai 2017, E. 2.5.1f., davon aus, das Bundesgericht verlange dies auch bereits für das Tatverschulden. Im angeführten Urteil schliesst das Bundesgericht allerdings auch die Täterkomponente mit ein, geht also ebenfalls vom Gesamtverschulden aus.

388 BGE 136 IV 55, E. 5.7; vgl. auch BGER, 6B_1359/2016 vom 18. Mai 2017, E. 2.5.1f.; zur Problematik der verbalen Skala hinten Rz. 269 ff.

389 Vgl. BGER, 6B_45/2014 vom 24. April 2015, E. 1.4.1; BGER, 6B_417/2012 vom 14. Januar 2013, E. 4.3 («*Sie zeigt jedoch nicht auf, in welchem Umfang (leicht, stark etc.) sie die einzelnen*

Ob die Vorinstanz ihr Ermessen bei der *Gewichtung* der einzelnen Strafzumessungsumstände überschritten hat, kann allerdings nur dann wirklich überprüft werden, wenn diese dafür freiwillig Zahlen verwendet hat.³⁹⁰ Bei bloss verbaler Gewichtung bleibt die Überprüfung vage und entspricht im Wesentlichen einer Gesamtbeurteilung, ob das Strafmass im Hinblick auf die vorinstanzliche Begründung plausibel erscheint.³⁹¹

b) Verknüpfungproblematik

Weil das Bundesgericht vorinstanzliche Urteilsbegründungen in verschiedenen Ausführlichkeitsgraden akzeptiert, wird teilweise nicht klar, welche Mindeststandards es voraussetzt. So bleibt insbesondere offen, wo im Prüfprogramm die Verschuldensqualifikation erfolgen muss und wann ein Gericht spätestens in den Strafraumen einzusteigen hat, die Bewertung also ein erstes Mal mit einer Zahl versehen muss (aa). Sodann stellt es vor allem bei der Gesamtstrafenbildung erhöhte Anforderungen, deren Tragweite für Einzelstraftaten unklar ist (bb). Zur Wahl der Strafart nimmt es sodann eine widersprüchliche Position ein (cc).

aa) Einstieg in den Strafraumen

Das Bundesgericht äussert sich soweit ersichtlich nicht dazu, wie ein Gericht das bewertete Verschulden mit einer Strafe verknüpft.³⁹² Wichtig ist ihm hier nur, dass Strafe und Begründung keine Diskrepanzen aufweisen.³⁹³

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird sodann nicht gänzlich klar, wo im Prüfprogramm die zunächst verbale Verschuldensqualifikation zu erfolgen hat. So finden sich Urteile, in denen die Tatkomponente für sich bewertet wird, und solche, in denen die Gesamtbewertung des Verschuldens auch die Täterkomponente einzuschliessen scheint.³⁹⁴ Mit SEELMANN ist

Strafzumessungsfaktoren strafmindernd oder -mildernd in Rechnung stellt»). Teilweise genügt ihm aber auch, dass die Strafzumessungsfaktoren bloss aufgezählt wurden: BGer, 6S_468/2006 vom 24. Januar 2007, E. 3.4; BGer, 6S_490/2006 vom 20. März 2007, E. 3.3; gefunden bei KIENER H., ZStrR 2007, S. 356.

390 BGer, 7B_181/2022 vom 27. September 2023, E. 2.3; auch BGer, 6B_1071/2022 vom 20. September 2023, E. 3.3.2; BGer, 6B_312/2023 vom 7. August 2023, E. 1.2.1 ff.; BGer, 6B_219/2021 vom 19. April 2023, E. 8 ff.

391 Vgl. BGE 121 IV 49, E. 2. c. aa ff.

392 Treffend dazu zur früheren BGH Rechtsprechung HAUSER 1985, S. 26 («*Er geht einfach davon aus, dass der Richter abwägt und umwertet; wie das vor sich geht, interessiert den BGH offenbar nicht*»).

393 Vorne Rz. 119 f.

394 Bereits nach Tatkomponente: BGE 136 IV 55, E. 5.5 und 5.7, zumindest bei verminderter Schuldfähigkeit; so auch SEELMANN 2023, S. 286 f.; unter Einschluss der Täterkomponente: BGer, 6B_1359/2016 vom 18. Mai 2017, E. 2.5.1 f.; ausführlich hinten Rz. 157 ff.

davon auszugehen, dass im Sinn einer Mindestanforderung eine verbale Gesamtbewertung der objektiven und subjektiven Tatkomponente zu erfolgen hat, bevor sich das Gericht der Täterkomponente zuwendet.³⁹⁵ Bei verminderter Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB) ist (wiederum verbal) zu begründen, «*in welchem Umfange die Schuldfähigkeit des Täters in rechtlicher Hinsicht eingeschränkt ist und wie sich dies insgesamt auf die Einschätzung des Tatverschuldens auswirkt*».³⁹⁶ Hier ist also bereits vor Einbezug der verminderten Schuldfähigkeit das Verschulden zu qualifizieren.

132 Unklar ist ferner, zu welchem Zeitpunkt das Sachgericht das verbal qualifizierte Verschulden als numerische Strafe ausdrücken muss. So hielt das Bundesgericht fest, für das unter Einbezug der verminderten Schuldfähigkeit bewertete Verschulden sei eine entsprechende «*(hypothetische) Strafe*» (sog. «Einsatzstrafe») zu bestimmen, die «*dann gegebenenfalls in einem dritten Schritt aufgrund wesentlicher Täterkomponenten (sowie wegen eines allfälligen blossen Versuchs im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB) verändert werden [könne]*».³⁹⁷ Die Einsatzstrafe bezeichnet eine hypothetische (vorläufige) Strafe vor der Berücksichtigung weiterer Umstände.³⁹⁸ So taucht der Begriff z. B. bei der Gesamtstrafenbildung auf, wo für die schwerste Tat eine Einsatzstrafe festgelegt werden muss, die dann für die weiteren Delikte erhöht wird.³⁹⁹ Ebenfalls gemeint ist aber die von manchen Gerichten bezifferte hypothetische Einsatzstrafe für die Tatkomponente (vor Berücksichtigung der Täterkomponente) oder sogar bereits für die objektive Tatschwere (vor Berücksichtigung auch der subjektiven Tatelemente).⁴⁰⁰

133 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verschuldensbewertung und vor allem zur Verwendung von Einsatzstrafen bei einem einzelnen Delikt ist uneinheitlich. Ältere Urteile legten noch nahe, dass bereits vor dem durch die verminderte Schuldfähigkeit bedingten «Abzug» eine Einsatzstrafe auszuweisen sei.⁴⁰¹ In neueren Urteilen scheint das Bundesgericht hingegen davon auszugehen, das Sachgericht *müsse keine Einsatzstrafe festlegen*, wenn nur

395 SEELMANN 2023, S. 286 f.; ebenso HÜRLIMANN/VESELY 2023, N 324.

396 BGE 136 IV 55, E. 5.7; BGer, 6B_45/2014 vom 24. April 2015, E. 1.4.1.

397 BGE 136 IV 55, E. 5.7.

398 Vgl. auch ARZT, recht 1994, S. 235.

399 Vgl. hinten Rz. 135 ff.; BGE 147 IV 108, E. 2.2.5.

400 Für das Vorgehen durch die Sachgerichte vgl. hinten Rz. 155 ff.

401 So verstanden BGE 134 IV 132, E. 6.1. Die Einsatzstrafe kann natürlich auch implizit dadurch genannt werden, dass der Abzug in Prozenten angegeben wird, sodass sich vom Ergebnis zurückrechnen lässt, vgl. im Ergebnis BGE 123 IV 49, E. 2.c; wohl fakultativ in BGer, 6B_585/2008 vom 19. Juni 2009, E. 3.5.

eine einzelne Straftat zu beurteilen ist.⁴⁰² Selbst bei verminderter Schuldfähigkeit verlangt es keine vorgängige Einsatzstrafe.⁴⁰³

Insgesamt ist deshalb davon auszugehen, dass das Bundesgericht die Verwendung einer hypothetischen Einsatzstrafe bei Beurteilung eines einzelnen Delikts aktuell nicht vorschreibt.⁴⁰⁴ Das Gericht *muss* nicht, es *darf* aber eine Einsatzstrafe ausweisen.⁴⁰⁵ Selten empfiehlt das Bundesgericht dies dann entgegen seiner üblichen Skepsis sogar ausdrücklich. So sei z. B. bei schwereren Taten sinnvollerweise von einer Einsatzstrafe auszugehen, um die Tragweite der einzelnen Strafzumessungskriterien auszuweisen.⁴⁰⁶ Auch hat es einzelne Entscheide ohne Einsatzstrafe bereits wegen fehlender Nachvollziehbarkeit aufgehoben.⁴⁰⁷

bb) Gesamtstrafenbildung

Von der Freiheit, keine Zahlen oder Einsatzstrafen angeben zu müssen, gibt es eine gewichtige Ausnahme: die Gesamtstrafenbildung bei mehreren gleichartigen Straftaten (Art. 49 Abs. 1 StGB). Dort ist zu Beginn zwingend für das schwerste Delikt eine konkrete Einsatzstrafe festzusetzen, welche anschliessend für weitere Delikte erhöht wird.⁴⁰⁸

Unklar bleibt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ob das Gericht für die weiteren Delikte ebenfalls eine hypothetische Einsatzstrafe *ausweisen* muss, bevor es zur Asperation schreitet. Dabei muss das Gericht für verschiedene Fragen bereits konkrete Einzelstrafen vor Augen haben.⁴⁰⁹ Erstens muss es beurteilen, *ob überhaupt gleichartige Strafen* vorliegen.⁴¹⁰ Dies hat es

402 BGer, 7B_241/2022 vom 20. September 2023, E. 4.3.3; BGer, 6B_84/2022 vom 30. November 2022, E. 5.6.2.1; BGer, 6B_1192/2014 vom 24. April 2015, E. 5.4; schon BGE 121 IV 49, E. 2.a.aa; OBERHOLZER, in: Strafen ohne Augenmass 2016, S. 32; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 426.

403 Dies, obwohl der Beschwerdeführer die fehlende Nachvollziehbarkeit ausdrücklich kritisierte: BGer, 6B_1363/2019 vom 19. November 2020, E. 2.3.1f. Das Obergericht Zürich setzte in der Folge auch im zweiten Urteil keine vorgängige Einsatzstrafe fest, OGer ZH, SB200503 vom 6. Oktober 2021, E. V.3.4.2; ausführlich hierzu hinten Rz. 269 ff.

404 Ebenso KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1224 und dort Fn. 52; vgl. für die Kritik daran hinten Rz. 269 ff.

405 ARZT, recht 1994, S. 236, eine entsprechende Pflicht ablehnend; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 426; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 17.

406 BGE 121 IV 49, E. 2.a.aa; BGer, 6S.465/2004 vom 12. Mai 2005, E. 3.4; vgl. hierzu auch JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 143; KILLIAS, in: FS-Gauthier 1996, S. 41.

407 Z. B. BGer, 6S.465/2004 vom 12. Mai 2005, E. 3.4f.

408 BGE 144 IV 217, E. 3.5.3.

409 Vgl. hinten Rz. 140 ff.

410 Weiterführend BSK StGB-ACKERMANN, Art. 49 N 90 ff.

anhand der konkreten Methode zu tun, indem es zunächst für jedes Delikt eine Einzelstrafe festlegt,⁴¹¹ also entscheidet, welche Straftat *konkret* zur Anwendung gelangt. Zweitens darf die Gesamtstrafe nach der *ratio legis* des Asperationsprinzips «*die Summe der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen*».⁴¹² Um das beurteilen zu können, muss das Gericht die Summe der verwirkten Einzelstrafen kennen.⁴¹³

137 Für beide Situationen soll genügen, dass das Gericht sämtliche Einzelstrafen «gedanklich» festsetzt.⁴¹⁴ Immerhin sei «*das Gewicht, das den verwirkten Straftaten im Rahmen der Gesamtstrafe zukommt, im Urteil auszuweisen*».⁴¹⁵ Zur Beurteilung der Asperation soll aber ausreichen, wenn sich das jeweilige Gewicht der Einzelstrafen aus der konkreten (verbalen)⁴¹⁶ Straferhöhung ergebe,⁴¹⁷ selbst wenn diese gesamthaft für die weiteren Einzelstrafen erfolge.⁴¹⁸

138 Strenger ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur retrospektiven Konkurrenz: «*[D]er Richter [hat] ausnahmsweise mittels Zahlenangaben offenzulegen, wie sich die von ihm zugemessene Strafe quotenmässig zusammensetzt [...]. Um feststellen zu können, ob die Voraussetzungen für eine Zusatzstrafe gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB vorliegen, hat das Zweitgericht (zumindest bei Realkonkurrenz/Tatmehrheit) zunächst sämtliche Einzelstrafen für die von ihm neu zu beurteilenden Taten festzusetzen und zu benennen.*»⁴¹⁹ Nur so lasse sich überprüfen, ob diese einzeln und auch deren Gewichtung bei der Strafschärfung bundesrechtskonform sind.⁴²⁰ Diese Begründungsvorgaben würden für das Sachgericht zudem insgesamt keinen Mehraufwand bedeuten, denn es müsse die verlangten Schritte gedanklich ohnehin vornehmen.⁴²¹ Das Gericht sei aber

411 BGE 144 IV 217, E. 4.1; vgl. auch VON FELTEN, fp 2023, S. 222 ff. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Strafzumessung bei Deliktsmehrheit.

412 BGE 144 IV 217, E. 3.5.2.

413 Anschaulich BGer, 6B_1054/2023 vom 19. Februar 2024, E. 5.2.2.

414 Zur Gleichartigkeit BGE 144 IV 217, E. 4.1, zur Asperation E. 3.5.3; PKStGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 49 N 9.

415 BGE 144 IV 217, E. 3.5.3.

416 Vgl. KOCH 2013, S. 134.

417 BGer, 6B_1149/2020 vom 17. April 2023, E. 4.3.1; BGer, 6B_51/2016 vom 3. Juni 2016, E. 2.4.

418 BGer, 6B_1040/2022 vom 23. August 2023, E. 4.3.2.

419 BGer, 6B_1031/2019 vom 1. September 2020, E. 2.4.4 (nicht publiziert in BGE 146 IV 311); so schon BGE 142 IV 265, E. 2.3.3 und 2.4.3; BGE 132 IV 102, E. 8.3; auch BGer, 6B_382/2021 vom 25. Juli 2022, E. 2.5.

420 BGE 142 IV 265, E. 2.4.3; BGer, 6B_1031/2019 vom 1. September 2020, E. 2.4.4 (nicht publiziert in BGE 146 IV 311).

421 BGE 142 IV 265, E. 2.4.3; BGer, 6B_1031/2019 vom 1. September 2020, E. 2.4.4 (nicht publiziert in BGE 146 IV 311).

«nach wie vor nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungsgründe innerhalb der Einzelstrafen gewichtet». ⁴²²

Diese gut nachvollziehbaren und grundsätzlich zustimmungswürdigen Ausführungen lassen nur eine Frage offen: Weshalb soll dies nicht genauso für die reguläre Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 Abs. 1 StGB gelten? ⁴²³ Diese Frage scheint sich das Bundesgericht in der neueren Rechtsprechung auch zu stellen und verlangt zuweilen, das Gericht «*devait examiner pour chacune des autres infractions commises si elle justifiait concrètement une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté ou cas échéant une amende et la quotité hypothétique de dite sanction*». ⁴²⁴ Konsequenter tut es dies jedoch nicht, sondern spricht zuweilen bloss sein Bedauern über «*leider nicht ausgewiesene*» Einzelstrafen aus. ⁴²⁵ Oder es hält fest, dass die Strafzumessung mit solchen besser nachvollziehbar wäre. ⁴²⁶

cc) Wahl der Straftart

Die Diskussion um Zahlen und die Nachvollziehbarkeit der Begründung wird auch unter dem Titel der Wahl der Straftart geführt. Quasi als Ableger der Rechtsprechung zur konkreten Methode im Fall der echten Konkurrenz hat sich das Bundesgericht auch hierzu mehrfach geäußert. ⁴²⁷ Bisher war klar und praktisch unbestritten, dass die Wahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe im Überschneidungsbereich von drei bis 180 Strafeinheiten von spezialpräventiven und vollzugstechnischen Überlegungen und nicht vom Verschulden abhängt. ⁴²⁸ Das ergibt sich bereits aus Art. 41 StGB. Mit BGE 147 IV 241 hat das Bundesgericht gleich zweifach abweichend entschieden. Erstens habe das Gericht zuerst die Art der Strafe und erst dann das Strafmass zu bestimmen.

422 BGE 142 IV 265, E. 2.4.3; BGer, 6B_1031/2019 vom 1. September 2020, E. 2.4.4 (nicht publiziert in BGE 146 IV 311).

423 SEELMANN 2023, S. 165f., geht davon aus, das Bundesgericht verlange neu generell die konkrete Nennung von Einzelstrafen.

424 BGE 144 IV 313, E. 1.4; ähnlich BGE 145 IV 1, E. 1.4; in diese Richtung geht auch BGer, 6B_986/2020 vom 6. Januar 2021, E. 4.3; BGer, 6B_712/2018 vom 18. Dezember 2019, E. 3.1.

425 Anlässlich einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung BGE 147 IV 108, E. 3.5.3, ferner E. 2.2.5; KIENERH., ZStrR 2007, S. 369.

426 BGer, 6B_51/2016 vom 3. Juni 2016, E. 2.4 («*Nach der Rechtsprechung lässt sich in der Tat besser nachvollziehen, wie die Gesamtstrafe gebildet wurde, wenn eine Einsatzstrafe genannt wird, zumal sich dadurch feststellen lässt, in welchem Ausmass sich die Deliktmehrheit auswirkt*»).

427 Vgl. die Rechtsprechung bei EGE/SEELMANN, AJP 2022, S. 343 ff.

428 BGE 144 IV 313, E. 1.1.1 («*La faute de l'auteur n'est en revanche pas déterminante*»); ebenso die herrschende Lehre, zusammengetragen von EGE/SEELMANN, AJP 2022, S. 343 und dort Fn. 10; a. A. wohl JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 138.

Zweitens sei bei der Wahl der Strafart auch das Verschulden des Täters zu berücksichtigen.⁴²⁹ Diese manifeste Praxisänderung wird in der Regeste auch noch als Bestätigung der Rechtsprechung bezeichnet.⁴³⁰

141 Der Entscheid wurde bereits ausführlich und überzeugend kritisiert, worauf verwiesen wird.⁴³¹ Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt sich darüber hinaus nur in einer Gesamtschau verstehen. Erstens will das Bundesgericht den Sachgerichten in der Regel kein konkretes Vorgehen und hier speziell keine Verwendung von Zahlen vorschreiben. Das Bundesgericht scheint sich nämlich vor allem an der Forderung zu stören, es seien abstrakte Strafeinheiten («*quantum, en unités pénales*»)⁴³² festzulegen. Ein solches Vorgehen ist zwar zulässig,⁴³³ vorschreiben möchte es das jedoch nicht. Dabei scheint es sich allerdings um eine rein semantische Differenz zu handeln. Wenn sich ein Gericht in der bundesgerichtlichen Logik zunächst gestützt auf das Verschulden für eine Geldstrafe entscheidet, drückt es damit aus, dass *prima facie* eine Strafe von höchstens 180 Strafeinheiten schuldangemessen scheint, was es sich vorher überlegt haben muss. Es hätte dann aber genauso gut schreiben können, dass eine Strafe von 180 oder weniger Strafeinheiten angemessen ist. So oder so muss das Gericht flexibel bleiben und die Strafart wechseln, wenn es die Strafe z. B. aufgrund der Täterkomponente über 180 Tagessätze hinaus erhöhen will.⁴³⁴ Ansonsten könnte es durch die Wahl einer Geldstrafe jede Strafe auf 180 Strafeinheiten beschränken, was der in Art. 47 StGB verankerten Bemessung nach dem Verschulden widerspräche.⁴³⁵

142 Dieselbe Situation stellt sich bei der Gesamtstrafenbildung,⁴³⁶ wo teilweise etwas verkürzt und floskelhaft einleitend festgehalten wird: «*Hinsichtlich der Strafart kommen für die vorliegend zu beurteilenden Delikte [...] nur*

429 BGE 147 IV 241, Regeste und E. 3.2. Das stellte das Bundesgerichts bereits einmal in BGE 120 IV 67, E. 2.b fest, verwarf diese Auffassung aber anschliessend und in ständiger Rechtsprechung, vgl. EGE/SEELMANN, AJP 2022, S. 344, m. w. H.

430 EGE/SEELMANN, AJP 2022, S. 345.

431 EGE/SEELMANN, AJP 2022, S. 342 ff.; ferner BOMMER, ZBJV 2022, S. 637 ff.

432 BGE 147 IV 241, E. 3.2.

433 Auf dieser Idee beruht das aktuelle System von Geld- und Freiheitsstrafe gerade, vgl. KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1309.

434 Genauso ist in der umgekehrten Konstellation denkbar, dass eine zunächst hypothetisch festgelegte Freiheitsstrafe von über sechs Monaten aufgrund von verminderter Schuldfähigkeit oder eines Geständnisses auf unter sechs Monate gemindert wird und dann eine Geldstrafe auszusprechen ist, vgl. MATHYS 2019, N 467.

435 So BOMMER, ZBJV 2022, S. 638.

436 Dort scheint diese Rhetorik auch herzukommen, wenn es dort verlangt, dass Gerichte im Rahmen der konkreten Methode der Gesamtstrafenbildung zuerst für jede Einzeltat die Strafart bestimmen müssen, bevor eine Gesamtstrafe gebildet werden kann, vgl. z. B. BGer, 6B_93/2022 vom 24. November 2022, E. 1.3.6, m. H. a. BGE 144 IV 313, E. 1.1.1.

Geldstrafen in Frage.»⁴³⁷ Oder das Gericht nimmt die Begründung der Strafart nach Art. 41 StGB vorweg, weshalb «*vorliegend für sämtliche Straftaten eine Freiheitsstrafe auszusprechen*» sei.⁴³⁸ Gleiches findet sich auch für die Beurteilung einzelner Strafen: «*Für die Gefährdung des Lebens kommt aufgrund der Höhe des Verschuldens [...] nur eine Freiheitsstrafe in Frage.*»⁴³⁹ Damit nimmt das Gericht das Ergebnis vorweg, wenn es ihm offensichtlich scheint, dass das Verschulden ein Strafmass im einen oder anderen Bereich begründet (mehr oder weniger als 180 Strafeinheiten). Das bedingt aber zunächst trotzdem den gedanklichen Schritt, für jedes Delikt zu entscheiden, ob eine Strafe von bis zu 180 Strafeinheiten in Frage kommt oder nicht. Konsequenterweise wäre das im Urteil auch in dieser Reihenfolge zu begründen, was aber wohl aus Effizienzgründen unterbleibt.

Dass es selbst das Bundesgericht mit der umgekehrten Prüfreihefolge 143 nicht allzu ernst meint, zeigt ein Blick in die Erwägungen zum eigentlichen Thema des damaligen Leitentscheids: die Anwendung der Lex-mitior-Regelung. Der Beschuldigte wurde erstinstanzlich unter Anwendung des alten Sanktionenrechts zu einer bedingten Geldstrafe von 300 Tagessätzen verurteilt. Das Kantonsgericht befand ebenso, eine Geldstrafe reiche aus, um das Verhalten des Beschuldigten zu bestrafen. Es wendete das aus seiner Sicht mildere neue Recht an, wonach eine Geldstrafe höchstens 180 Tagessätze betragen kann, und reduzierte die Strafe auf diese 180 Tagessätze.⁴⁴⁰ Dagegen führte die Staatsanwaltschaft Beschwerde mit der Begründung, die Vorinstanz «*devrait tout d'abord fixer un nombre d'unités pénales, avant de choisir si celles-ci peuvent ou doivent être traduites en jours-amende ou en jours de privation de liberté*»,⁴⁴¹ Dem erteilte das Bundesgericht wie ausgeführt eine Absage. Den Entscheid hob es dennoch auf und gab ihn zurück an die Vorinstanz. Die Vorinstanz dürfe die Reduktion von 300 auf 180 Tagessätze nicht allein mit dem neuen Recht begründen. Nur weil unter altem Recht eine Geldstrafe schuldadäquat war, ist die schuldadäquate Strafe im neuen Recht nicht ebenfalls automatisch eine Geldstrafe. Mit anderen Worten darf es *das Strafmass gerade nicht mit der Strafart* begründen.⁴⁴²

Alles in allem bleibt es auch nach diesem Bundesgerichtsurteil beim 144 vorherigen Prüfprogramm, wonach zunächst die objektive und subjektive

437 So z. B. OGer AG, SST.2023.82 vom 20. September 2023, E. 3.3.2; OGer ZH, SB220019 vom 16. August 2022, E. IV.1.2.

438 Z. B. OGer ZH, SB220077 vom 27. September 2022, E. V.2.2; dazu auch VON FELTEN, fp 2023, S. 227.

439 OGer ZH, SB220027 vom 13. Juli 2022, E. 5.1, beziehend auf BGE 147 IV 241.

440 BGE 147 IV 241, B. und E. 2.1.

441 BGE 147 IV 241, E. 2.2.

442 Z. G. BGE 147 IV 241, E. 4.4; ebenso BGer, 6B_1308/2020 vom 5. Mai 2021, E. 4.4.

Tatkomponente und dann die Täterkomponente zu bewerten ist. Gestützt darauf ist die konkrete Strafe festzulegen, wobei die Wahl der Strafart zunächst primär vom schuldadäquaten Strafmass abhängt und nicht umgekehrt.

c) Einheitlichkeit der Strafzumessung

145 Die hiervor umrissene bundesgerichtliche Strafzumessung mündet schliesslich in einem ambivalenten Verhältnis zur Einheitlichkeit bzw. Rechtsgleichheit der Strafzumessung. Weil es die konkrete Strafe auch im Rahmen von Ermessensfehlern nur selten direkt überprüft, sieht es sich auch kaum in der Verantwortung (oder in der Lage), effektiv für eine einheitliche Strafzumessung zu sorgen. Grundsätzlich sei es durchaus Zweck der Rechtsmittel ans Bundesgericht, *«d'assurer une application uniforme du droit fédéral par les autorités cantonales de répression»*.⁴⁴³ Weil das Bundesrecht aber einen weiten Ermessensspielraum einräume, sei es nicht Aufgabe des Bundesgerichts, *«d'assurer une cohérence scrupuleuse des peines entre elles»*⁴⁴⁴ bzw. *«für eine peinlich genaue Übereinstimmung einzelner Strafmasse zu sorgen»*.⁴⁴⁵

146 Um eine rechtsungleiche Behandlung geltend zu machen, sind wie allgemein gezeigt Vergleichsfälle beizubringen.⁴⁴⁶ Wer sich vor Bundesgericht im Rahmen der Strafzumessung auf Vergleichsfälle berufen will, hat allerdings einen schweren Stand: *«Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer 1 schliesslich, wenn er mit Verweis auf die Einzelfallgerechtigkeit verlangt, Vergleiche mit anderen Fällen zu ziehen.»*⁴⁴⁷ Das umso mehr, wenn interkantonale Vergleiche versucht werden: *«Le principe de l'égalité de traitement ne peut donc jouer qu'un rôle limité sur le plan intercantonal.»*⁴⁴⁸ Nur selten liess sich das Bundesgericht bisher auf einen vorgebrachten Vergleich mit Drittfällen ein.⁴⁴⁹

443 BGE 123 IV 150, E. 2.a.

444 BGE 123 IV 150, E. 2.a.

445 BGE 135 IV 191, E. 3.1.

446 Vgl. vorne Rz. 84 ff.

447 BGer, 6B_1278/2020 vom 27. August 2021, E. 5.4.4.

448 BGE 124 IV 44, E. 2.c; vgl. aber BGer, 6B_812/2015 vom 16. Juni 2016, E. 3.1; ferner BSKBV-WALDMANN, Art. 8 N 25; vgl. dazu vorne Rz. 81.

449 BGer, 6B_101/2021 vom 22. Dezember 2021, E. 3.4.2; BGer, 6B_599/2020 vom 31. Mai 2021, E. 1.5.3; BGer, 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017, E. 4.7.3; BGer, 6B_812/2015 vom 16. Juni 2016, E. 3 ff.; BGer, 6B_99/2012 vom 14. November 2012, E. 4.9; nicht darauf eingelassen hingegen in BGE 141 IV 61, E. 6.3.2; BGer, 6B_1278/2020 vom 27. August 2021, E. 5.4.4; BGer, 6B_507/2020 vom 17. August 2020, E. 2.2.2; BGer, 6B_1265/2019 vom 9. April 2020, E. 4.3.2; BGer, 1B_238/2017 vom 5. Juli 2017, E. 2.3, jedoch zur Frage der Überhaft; BGer, 6B_316/2017 vom 7. Juni 2017, E. 3; BGer, 6B_1137/2016 vom 25. April 2017, E. 1.5; BGer, 6B_312/2016 vom 23. Juni 2016, E. 1.6.2; BGer, 6B_846/2015 vom 31. März 2016, E. 2.2.5; BGer, 6B_738/2014 vom 25. Februar 2015, E. 3.4; BGer, 6B_681/2013 vom 26. Mai 2014, E. 1.3.2.

Sind die angeführten Fälle nicht genau gleich, werden sie teilweise pauschal verworfen.⁴⁵⁰

Zur Begründung wird dreierlei angeführt: Erstens führe das weite Ermessen notwendigerweise «zu einer gewissen vom Gesetzgeber in Kaufgenommenen Ungleichheit».⁴⁵¹ Diese sei als Ausdruck unseres Rechtssystems hinzunehmen.⁴⁵² Zweitens liessen sich Fälle kaum vergleichen: «[G]leich oder ähnlich gelagerte Fälle unterscheiden sich durchwegs massgeblich in zumessungsrelevanten Punkten. Die aus diesen Umständen resultierende Ungleichheit in der Zumessung der Strafe reicht für sich allein nicht aus, um auf eine Ermessensüberschreitung zu schliessen.»⁴⁵³ Ein Vergleich mit anderen Urteilen sei nur «beschränkt aussagekräftig»⁴⁵⁴, gar «problematico»⁴⁵⁵. Vorinstanzen wurde auch schon mitgegeben, der vorgenommene Vergleich mit anderen Fällen sei «*peu approprié*» gewesen.⁴⁵⁶ Drittens könne das Bundesgericht bei den ihm zum Vergleich vorgelegten kantonalen Fällen nicht ausschliessen, dass dort qualifizierte Ermessensfehler begangen wurden, da es sie nicht selbst beurteilt habe.⁴⁵⁷

Will es jedoch ausnahmsweise einmal überprüfen, ob die Vorinstanz eine unhaltbar milde oder strenge Strafe ausgefällt hat, kommt es doch nicht darum herum, einen Vergleich zu ziehen, will es nicht nur sein eigenes Ermessen walten lassen. Hier zeigt sich ein Muster, dass auch hiernach bei der Strafzumessung durch Sachgerichte anzutreffen ist: Selbst wird bei Bedarf verglichen, sich durch andere darauf behaften lassen, will man jedoch nicht.⁴⁵⁸ So verweist das Bundesgericht teilweise auf ein übliches Mass oder ähnliche Fälle, ohne dies näher auszuführen: «Insgesamt erscheint die Strafe im Vergleich zu ähnlich gelagerten Fällen eher hoch.»⁴⁵⁹ Selten zieht es jedoch selbst einen Vergleich.⁴⁶⁰ Werden die Vergleichsfälle von der Vorinstanz zu wenig

450 BGer, 6B_1043/2016 vom 19. Juli 2017, E. 1.8.

451 BGer, 6B_1278/2020 vom 27. August 2021, E. 5.4.4.

452 BGE 135 IV 191, E. 3.1.

453 Statt vieler BGer, 6B_84/2022 vom 30. November 2022, E. 5.8.2; ferner BGE 141 IV 61, E. 6.3.2.

454 BGer, 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017, E. 4.7.2; CUENDET/GENTON, fp 2017, S. 322.

455 BGer, 6B_261/2023 vom 8. August 2023, E. 2.2.

456 BGer, 6B_111/2015 vom 3. März 2016, E. 2.6.

457 BGer, 6B_757/2020 vom 4. November 2020, E. 3.3.1; BGer, 6B_812/2015 vom 16. Juni 2016, E. 3.1; vgl. aber BGer, 6B_101/2021 vom 22. Dezember 2021, E. 3.4.2.

458 Vgl. hinten Rz. 181 ff.

459 So in BGer, 6B_1260/2019 vom 12. November 2020, E. 3.3.3; BGE 117 IV 112, E. 2.b.cc.

460 BGE 123 IV 49, E. 2.e (zur Begründung, weshalb die Strafe extrem tief sei, mit kurzer Auseinandersetzung mit anderen Urteilen); BGer, 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3 (zur Begründung, weshalb die Einsatzstrafe zu hoch ausgefallen sei, mit blossem Verweis auf Urteilsreferenzen).

detailliert beschrieben, kann der vorinstanzliche Entscheid auch einmal wegen fehlender Nachvollziehbarkeit aufgehoben werden.⁴⁶¹

149 Abgesehen von seltenen Einzelfällen zieht das Bundesgericht einen Vergleich regelmässig nur innerhalb desselben Falls in Betracht. So hörte es z. B. den Vergleich eines Beschwerdeführers mit einem anderen, ihm ebenfalls vorgeworfenen «*ähnlich gelagerten Vorfall*».⁴⁶²

150 Das Hauptbeispiel für ein vergleichendes Vorgehen ist die Strafzumessung bei Mittätern: «*Der Grundsatz der Gleichbehandlung und Gleichmässigkeit der Strafzumessung gebietet, dass sich jeder für den ihm zukommenden Anteil an der Unrechtmässigkeit der Tat zu verantworten hat.*»⁴⁶³ Das Gericht hat bei Mittätern im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen, in welchem Verhältnis die Tatbeiträge zueinanderstehen und die Strafzumessung entsprechend «*in Einklang zu bringen*».⁴⁶⁴ Wurde ein Mittäter bereits in einem separaten Verfahren verurteilt und ist nun der zweite zu beurteilen, so hat das Gericht einen hypothetischen Vergleich anzustellen. Es muss sich fragen, welche Strafe es ausfallen würde, wenn beide Mittäter gleichzeitig zu beurteilen wären. Die Strafe für den zweiten Täter muss allerdings nur mit der hypothetischen und nicht mit der tatsächlichen Strafe für den ersten in Einklang stehen. «*Es wäre mit der richterlichen Unabhängigkeit unvereinbar, müsste [das Gericht] sich gegen seine Überzeugung einem anderen Urteil anpassen.*»⁴⁶⁵ Dabei sei «*verfassungsrechtlich unbedenklich und hinzunehmen*», dass eine in einem späteren Strafverfahren festgelegte Strafe für einen Mittäter in einem Missverhältnis zur Strafe des anderen Mittäters stehe, «*solange die infrage stehende Strafe als solche angemessen [sei]*».⁴⁶⁶

151 Sodann vergleicht es zuweilen die Strafmasse der ersten und zweiten Instanz im gleichen Fall. Wenn die zweite Instanz vom Strafmass der ersten Instanz abweicht, ohne dass die Gründe dafür im Urteil ersichtlich sind, stellt dies einen Mangel dar, der zur Rückweisung führen kann.⁴⁶⁷

461 BGer, 6B_991/2015, 6B_998/2015 vom 24. Mai 2016, E. 7.4.

462 BGE 144 IV 217, E. 4.2.

463 BGer, 6B_1470/2022 vom 29. August 2023, E. 1.4.2; auch BGer, 6B_628/2015 vom 21. Dezember 2015, E. 2.3.2.

464 BGE 135 IV 191, E. 3.2; ferner BGer, 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017, E. 4.8.2; BGer, 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013, E. 2.3.5.

465 BGE 135 IV 191, E. 3.3.

466 BGer, 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013, E. 2.3.5; auch BGer, 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017, E. 4.8.2; zur Kritik hieran vgl. hinten Rz. 380 ff.

467 BGE 118 IV 18, E. 1.c.bb; BGer, 6S_596/2000 vom 22. Februar 2001, E. 2.a, gefunden bei BSKStGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 14; ferner BGer, 6B_518/2022 vom 16. Juni 2023, E. 1.4.2; BGer, 6B_846/2015 vom 31. März 2016, E. 2.2.3; anders noch BGer, 6B_1252/2014 vom 4. Mai 2015, E. 4.3; vgl. zudem MATHYS 2019, N 45; SCHMID, ZStrR 2006, S. 188.

Wenn der Vergleich in kondensierter Form über Strafzumessungsrichtlinien 152 erfolgt, drückt das Bundesgericht zuweilen ein Auge zu, betont aber, diese seien lediglich als Orientierungshilfen zulässig, solange sie das Gericht nicht binden.⁴⁶⁸ «[D]as Gericht [kann] in Literatur und Richtlinien angegebene Strafmasse als blosser Orientierungshilfe heranziehen [...], diese [sind] jedoch für Strafgerichte in keiner Weise bindend [...]»⁴⁶⁹ Erstaunlicherweise hat es dann allerdings ein Urteil kassiert, in welchem die Vorinstanz für eine Geschwindigkeitsüberschreitung eine doppelt so hohe Einsatzstrafe festgelegt hatte, als es die Empfehlungen der SSK vorgesehen hatten, ohne diese Diskrepanz zu begründen.⁴⁷⁰

Zusammenfassend spielt die Rechtsgleichheit in der bundesgerichtlichen 153 Rechtsprechung zur Strafzumessung keine grosse Rolle. Zu Vergleichen hat es eine zurückhaltende und uneinheitliche Haltung. Dies liegt teilweise in der beschränkten Kognition begründet. Wie noch zu zeigen sein wird, sind andere Probleme hingegen hausgemacht.⁴⁷¹

Unabhängig von der Zustimmungswürdigkeit bildet die hiervor beschriebene 154 Rechtsprechung zusammen mit den gesetzlichen Bestimmungen jedenfalls den Rahmen, innerhalb dessen die Sachgerichte Strafe zumessen müssen.

B. Strafzumessung durch die Sachgerichte

Der Vorgang der Strafzumessung ist Teil der geheimen Urteilsberatung des 155 Gerichts (Art. 69 Abs. 1 und Art. 348 Abs. 1 StPO). Die schriftliche Urteilsbegründung liefert immerhin Hinweise, wie die Strafzumessung zustande gekommen sein könnte.⁴⁷² Ob sie den Strafzumessungsvorgang jeweils akkurat abbildet, lässt sich von aussen allerdings nicht überprüfen.⁴⁷³ Die *Darstellung* muss nicht zwingend der *Herstellung* entsprechen.⁴⁷⁴ Die Beschreibung in den Urteilsbegründungen wird angereichert durch diverse anekdotische Berichte von publizierenden Richterinnen und Gerichtsschreibern.

Zunächst wird das Prüfprogramm der Sachgerichte dargestellt, wie es 156 sich aus dem Gesetz und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt (1.).

468 So z. B. BGer, 6B_199/2022 vom 25. April 2022, E. 4.3.1, m. w. H.

469 BGer, 6B_81/2021 vom 10. Mai 2021, E. 4.2.

470 BGer, 6B_510/2019 vom 8. August 2019, E. 4.4; FRISCHKNECHT, dRSK 2019, N 10 ff.; kritisch AKStGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 48; vgl. zur eigenen Würdigung hinten Rz. 384 ff.

471 Hinten Rz. 241 ff.

472 Vgl. KIENER H., ZStrR 2007, S. 353. Verlässliche Einblicke könnten nur mittels Feldstudie gewonnen werden.

473 Vgl. STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 88.

474 HASSEMER, ZStW 1978, S. 90 f.; KIENER H., ZStrR 2007, S. 373 f.

Während damit der Gedankengang des Gerichts in unterschiedlichen Ausführlichkeitsgraden ersichtlich ist, bleibt unklar, wie ein festgestelltes (verbal qualifiziertes) Verschulden in eine numerische Strafe umgesetzt wird. Die Praxis bedient sich eines vergleichenden Vorgehens (2.).

1. Absolute Begründung

157 Die hiernach beschriebene Strafzumessung wird als absolute bezeichnet, weil gemäss der Idealvorstellung jeder Einzelfall an einem absoluten Schuldmassstab gemessen wird und so das Verschulden und schliesslich auch die Strafe allein anhand der Kriterien des Einzelfalls festgestellt werden sollen. Durch möglichst umfassende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls soll eine gerechte und insgesamt gleichmässige Bestrafung resultieren.⁴⁷⁵ Davon scheint auch das Bundesgericht auszugehen.

158 Das Prüfprogramm zur Ermittlung des Verschuldens wird durch die gesetzlichen Vorgaben und die bundesgerichtliche Rechtsprechung in den Grundzügen vorgegeben,⁴⁷⁶ in den Details bestehen jedoch kantonale Unterschiede. Durchgesetzt hat sich immerhin der in Art. 47 StGB angelegte und bundesgerichtlich vorgegebene grobe Prüfungsaufbau. Für die vorliegenden Zwecke genügt es, den Aufbau zur Strafzumessung im engeren Sinn bei einem einzelnen Delikt zu betrachten.⁴⁷⁷ Anschliessend an die Bestimmung des Strafrahmens ist als Grobgerüst grundsätzlich in den Urteilsbegründungen der meisten Kantone folgende Prüfreihefolge anzutreffen:⁴⁷⁸

1. Tatkomponente
 - a. Objektive Tatkomponente
 - b. Subjektive Tatkomponente
2. Täterkomponente
3. Strafmass
4. Wahl der Straftat

475 So das Fazit von SUMMERS 2022, S. 181 (*«equality and indeed certainty can best be achieved by ensuring that each individual case is decided correctly on its merits»*); in eine ähnliche Richtung geht HARRIS 2022, S. 18.

476 Vgl. vorne Rz. 99 ff. und 121 ff.

477 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich das Vorgehen ändert, sobald mehrere Delikte zu beurteilen sind, vgl. zur Gesamtstrafenbildung vorne Rz. 135 ff. Innerhalb einzelner Delikte ist wiederum gleich vorzugehen, was vorliegend relevant ist.

478 Nach Kanton geordnet: OGer AG, ST.2023.193 vom 23. Januar 2024, E. 6.3.3 (zumindest implizit); OGer AR, O1S186 vom 5. März 2019, E. 2.1.4 ff.; KGer BL, 46022143 vom 13. Juni 2023, E. 4.3.4 f.; AppGer BS, SB.2022.12 vom 11. Juli 2023, E. 3.4.1 ff.; OGer BE, SK22460 vom 17. Februar 2023, E. 19 ff.; KGer FR, 5012022159 vom 5. Juni 2023, E. 2.3 ff.; GerH GE, AARP/270/2023 vom 27. Juli 2023, E. 4.2, wenn auch sehr knapp; OGer GL, OG.2022.00059 vom 30. Juni 2023, E. 2 ff.; KGer GR, SK12334 vom 18. Juli 2023, E. 4.3.1 ff.; KGer JU, CP201439 vom 13. März 2015, E. 7.1; KGer NE, CPEN.2023.35 vom 20. Oktober 2023,

Welche Strafzumessungsumstände unter den einzelnen Punkten des Prüf- 159
schemas im Detail zu berücksichtigen sind, kann in verschiedenen Sammel-
werken nachgeschlagen werden.⁴⁷⁹ Darum soll es vorliegend nicht gehen, wes-
halb im Folgenden stellvertretend nur einzelne Beispiele genannt werden.

Nachdem der anwendbare Strafraum bestimmt wurde, ist zunächst die 160
Tatkomponente zu beurteilen. Die Tatkomponente wird in Abs. 1 von Art. 47
StGB mit «*Verschulden des Täters*» umschrieben und in Abs. 2 weiter mit Inhalt
gefüllt. Für das Verschulden sind demnach relevant:

- Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts,
- Verwerflichkeit des Handelns,
- Beweggründe und Ziele und
- Ausmass, in welchem der Täter nach inneren und äusseren Umständen
in der Lage war, Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.

Die Tatkomponente wird weiter in objektive und subjektive Elemente auf- 161
geteilt.⁴⁸⁰ Zuweilen wird auch von der «*objektiven Tatschwere*»⁴⁸¹ (teilw. auch
«*objektives Verschulden*»⁴⁸²) und dem «*subjektiven Verschulden*»⁴⁸³ (auch

E. 13; OGer OW, AS12/007 vom 5. Februar 2014, E. 5.3 ff.; KGer SG, ST.2014.107 vom
16. Juni 2015, E. III.4.a; OGer SH, 50/2017/25 vom 5. November 2019, E. 5.1 ff.; OGer SO,
STBER.2022.100 vom 5. Dezember 2023, E. III.2; KGer SZ, STK 2022 57 vom 7. März 2023,
E. 2.b ff.; AppGer TI, 17.2021.219 vom 21. Dezember 2021, E. 19.f; OGer UR, S 2014 vom
19. August 2021, E. 4.3; KGer VS, P12319 vom 27. Juli 2023, E. 7.2 ff.; OGer ZG, S 2022 41 vom
27. Juni 2023, E. 3.1 ff.; OGer ZH, SB230004 vom 31. Mai 2023, E. III.3; unklar hingegen die
Kantone AI (mangels Publikation von Strafzumessungserwägungen, vgl. aber KGer AI,
K3-2021 vom 16. November 2021, E. 3.2.1), LU (kaum Strafzumessungserwägungen
publiziert, vorbildlich insofern BG Willisau [LU], 2Q4 1913 vom 20. November 2019,
E. 7 ff., angedeutet auch in OGer LU, 21 0797 vom 5. Mai 2008, E. 5.2 ff.), NW (Täterkom-
ponente als Teil des subjektiven Tatverschuldens: OGer NW, SA 2211 vom 14. Februar
2023, E. 7.3.1 f.; korrekt in OGer NW, SA 182 vom 9. Juli 2019, E. III.1.3 ff.), TG (kaum pub-
lizierte Strafzumessungserwägungen, andeutungsweise in OGer TG, SBR.2012.17 vom
4. Juni 2012, E. 2.c), VD (im Obersatz Aufzählung der Komponenten, in der Subsumtion
sehr vage: KGer VD, Jug/2023/99 vom 16. März 2023, E. 5.2.1 ff.).

479 Für die Schweiz neu grundlegend SEELMANN 2023, S. 168 ff.; ferner JOSITSCH/EGE/
SCHWARZENEGGER 2018, S. 100 ff.; MATHYS 2019, N 70 ff.; STRATENWERTH/BOMMER
2020, § 5 N 16 ff.; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 84 ff.; für Deutschland:
BRUNS/GÜNTGE 2019, S. 183 ff.; MEIER 2019, S. 189 ff.

480 MATHYS, SJZ 2004, S. 175; SEELMANN 2023, S. 249 f., m. w. H.; STRATENWERTH/BOMMER
2020, § 5 N 16; PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 2; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/
KELLER, Art. 47 N 90.

481 BGE 136 IV 55, E. 5.5; KGer FR, 501 2022 79 vom 19. Dezember 2022, E. 3.4.

482 KGer GR, SK11933 vom 3. November 2021, E. 5.4.1; OGer AR, O1S 171 vom 23. Januar
2018, E. 5.6.1. Aufgrund der subjektiven Natur des Verschuldens kann es streng ge-
nommen kein objektives Verschulden geben, vgl. hinten Rz. 277 sowie MATHYS 2019,
N 76 f.; auch ARZT, recht 1994, S. 151; BRUNS/GÜNTGE 2019, S. 193; DREHER 1947, S. 82;
GERMANN, ZStrR 1942, S. 24 f.; SEELMANN 2023, S. 254.

483 Z. B. KGer FR, 501 2022 79 vom 19. Dezember 2022, E. 3.4.

«subjektive Tatschwere»⁴⁸⁴) gesprochen.⁴⁸⁵ Als Ausgangspunkt der Strafzumessung kommt der objektiven Tatschwere und dabei dem Ausmass der Rechtsgutverletzung in der Praxis grosses Gewicht zu.⁴⁸⁶ Unter diesem Titel finden sich in Strafurteilen regelmässig Aussagen wie die folgenden:

- die deliktische Tätigkeit sei über eine «beachtliche Zeitdauer» fortgesetzt worden, was «von nicht unerheblicher krimineller Energie» zeuge und «verschuldenserhöhend» zu werten sei;⁴⁸⁷
- «die relativ grosse Deliktssumme fällt erheblich zulasten des Beschuldigten ins Gewicht»;⁴⁸⁸
- «verschuldensrelativierend» sei zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nicht besonders raffiniert vorgegangen sei.⁴⁸⁹

162 In unterschiedlichem Ausführlichkeitsgrad wird die Bewertung der objektiven Tatumstände so in der Urteilsbegründung umschrieben. Wie gesehen verlangt das Bundesgericht eine ausdrückliche (verbale) Verschuldensqualifikation erst für die Gesamtwürdigung des Tatverschuldens.⁴⁹⁰ Diverse Sachgerichte resümieren jedoch bereits hier ein erstes Mal und halten fest, die objektive Tatschwere sei insgesamt «leicht (im unteren Bereich)»⁴⁹¹, «noch leicht»⁴⁹², «nicht mehr [...] leicht»⁴⁹³, mittel⁴⁹⁴, «mittel bis schwer»⁴⁹⁵, «mittelschwer»⁴⁹⁶, «plutôt lourde»⁴⁹⁷, «schwer».⁴⁹⁸ In der Maximalvariante wird zusätzlich bereits

484 Z. B. OGer ZH, SB190499 vom 1. März 2022, E. III.5.

485 So z. B. MATHYS, SJZ 2004, S. 175; vgl. zu den Begrifflichkeiten auch hinten Rz. 277.

486 MATHYS 2019, N96 («Neben der Art und Weise des Tatvorgehens spielt der vom Täter verschuldete strafrechtliche Erfolg eine wichtige Rolle. Das Ausmass der Rechtsgutverletzung ist ein wesentlicher Anhaltspunkt, um die objektive Tatschwere einzuschätzen. Wie stark in ein Rechtsgut eingegriffen wird, indiziert das Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs und damit des Verschuldens.»).

487 OGer ZH, SB210331 vom 8. Dezember 2021, E. IV.3.1.

488 KGer BL, 4601370 vom 13. August 2013, E. 3.3.

489 OGer ZH, SB210331 vom 8. Dezember 2021, E. IV.3.1.

490 Vorne Rz. 131.

491 KGer BL, 46022143 vom 13. Juni 2023, E. 4.3.4.

492 OGer ZH, SB210331 vom 8. Dezember 2021, E. IV.3.1.

493 KGer FR, 501202279 vom 19. Dezember 2022, E. 3.4; auch KGer GR, SK11829 vom 9. Juni 2021, E. 5.2.1.

494 OGer AR, O1S186 vom 5. März 2019, E. 2.1.4; auch KGer NE, CPEN.2021.98 vom 19. Oktober 2022, E. 13.

495 KGer GR, SK11933 vom 3. November 2021, E. 5.4.1.

496 OGer AR, O1S171 vom 23. Januar 2018, E. 5.6.1.

497 KGer FR, 501201840 vom 30. November 2021, E. 6.3.

498 OGer ZH, SB220027 vom 13. Juli 2022, E. 5.2.1; für weitere Verschuldensprädikate vgl. HÜRLIMANN/VESELY 2023, N324.

eine hypothetische Einsatzstrafe festgesetzt: «[insgesamt] ist die objektive Tatschwere [...] als schwer zu taxieren und die Einsatzstrafe auf 48 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen.»⁴⁹⁹ Die Einsatzstrafe wird in diesem frühen Stadium teilweise auch bloss als Intervall angegeben, z. B. «drei bis fünf» Jahre Freiheitsstrafe.⁵⁰⁰

Anschliessend schreiten die Gerichte zur Bewertung der subjektiven 163
Tatkomponente, was bspw. wie folgt lauten kann:

- «[s]ein Tatmotiv war verwerflich, was subjektiv leicht verschuldenserhö-
hend zu berücksichtigen ist» (der Täter fand Gefallen daran, seine Frau zu
plagen);⁵⁰¹
- «[s]trafschärfend zu berücksichtigen ist aber, dass er aus purem Kontroll-
wahn und getrieben von Eifersucht gehandelt hat»;⁵⁰²
- «[i]n subjektiver Hinsicht kommt dem Berufungskläger zu Gute, dass er eine
Körperverletzung der Privatklägerin nicht angestrebt, sondern eine solche
lediglich in Kauf genommen hat» (Eventualvorsatz).⁵⁰³

Wurde das Verschulden bereits für die objektive Tatkomponente verbal oder 164
numerisch qualifiziert, dann wird die subjektive Tatkomponente häufig als
Abweichung von der zuvor getroffenen Einschätzung formuliert. So sei z. B.
das Tatverschulden aufgrund der chronisch wirkenden Suchtfaktoren von
«sehr schwer» auf «schwer bis sehr schwer» zu reduzieren.⁵⁰⁴ Wurde bereits
zuvor eine hypothetische Einsatzstrafe festgelegt, kann die Abweichung direkt
addiert oder subtrahiert werden: Die Einsatzstrafe von zwei Jahren sei «um
rund drei Achtel auf ungefähr 15 Monate zu mindern». ⁵⁰⁵ Ändert sich durch
Bewertung der subjektiven Tatkomponente nichts an der bisherigen Ein-
schätzung, findet sich häufig die Formulierung, die subjektive Tatkomponente
vermöge die objektive «nicht zu relativieren». ⁵⁰⁶ Angesichts der bundesge-
richtlichen Rechtsprechung muss ein Sachgericht spätestens an dieser Stelle
eine verbale Qualifikation des Gesamttatverschuldens vornehmen. ⁵⁰⁷

499 OGer ZH, SB220027 vom 13. Juli 2022, E. 5.2.1.

500 AppGer BS, SB.2018.34 vom 20. November 2018, E. 5.3.

501 KGer GR, SK11933 vom 3. November 2021, E. 5.4.1.

502 AppGer BS, SB.2022.12 vom 11. Juli 2023, E. 3.4.1.

503 AppGer BS, SB.2022.12 vom 11. Juli 2023, E. 3.4.1.

504 OGer OW, AS 12/007 vom 5. Februar 2014, E. 5.3.

505 KGer SZ, STK 2022 57 vom 7. März 2023, E. 2.b.bb.

506 OGer ZH, SB210165 vom 20. Mai 2021, E. 3.5; ebenso KGer GR, SK11933 vom 3. Novem-
ber 2021, E. 5.4.1; KGer SG, ST.2012.56 vom 3. Juni 2013, E. IV.5.a.bb.

507 Vorne Rz. 131. Eine reine Gesamtbeurteilung inkl. Täterkomponente dürfte entspre-
chend nicht mehr akzeptiert werden. So jedoch z. B. in den Kantonen Genf (zumindest

- 165 Weiter ist die Täterkomponente zu beleuchten. Diese umfasst das Vorleben des Täters (inkl. Vorstrafen), seine persönlichen Verhältnisse und die zu erwartende Wirkung der Strafe auf sein Leben. Wiederum hängt die Art der Begründung davon ab, ob zuvor bereits eine Einsatzstrafe festgelegt wurde. In diesem Fall kann diese direkt weiter angepasst werden:
- «Der vom [Beschuldigten] gezeigten Reue, [...], ist jedoch mit einer Reduktion der Einsatzstrafe um 2 Monate Rechnung zu tragen.»⁵⁰⁸
 - «Insgesamt erscheint es als angemessen, die nach Würdigung der Tatkomponenten festgesetzte Einsatzstrafe von 48 Monaten auf 42 Monate zu reduzieren.»⁵⁰⁹
- 166 Ohne Einsatzstrafe wird weiterhin verbal qualifiziert: «Der Beschuldigte war zum Zeitpunkt der Deliktsbegehung zweifach vorbestraft. [...] Die Vorstrafen sind leicht strafehöhend zu berücksichtigen, da der Beschuldigte keine genügende Lehre daraus gezogen hat [...]»⁵¹⁰ Verändert die Täterkomponente nichts an der bisherigen Einschätzung, wird regelmässig davon gesprochen, sie wirke sich «neutral» aus.⁵¹¹
- 167 Spätestens nach Beurteilung der Täterkomponente muss das Gericht Farbe bekennen und das zuvor allenfalls bloss verbal qualifizierte Verschulden als numerische Strafe ausdrücken.⁵¹² Wie aus der beispielhaften Gesamtschau erhellt, unterscheidet sich die Praxis der Kantone vor allem bezüglich der Ausführlichkeit und Nachvollziehbarkeit der Begründung. Insbesondere erfolgt der Einstieg in den Strafraumen unterschiedlich früh. Wird keine Einsatzstrafe verwendet,⁵¹³ dann bleibt der Rechenweg teilweise im Dunkeln.⁵¹⁴ Besser nachvollziehbar ist das vom Appellationsgericht Basel-Stadt wie folgt zusammengefasste Vorgehen:

fragwürdig knapp GerHGE, AARP/5/2024 vom 12. Dezember 2023, E. 5.2.1; GerHGE, AARP/270/2023 vom 27. Juli 2023, E. 4.2; GerHGE, AARP/400/2021 vom 13. Dezember 2021, E. 10.3.1) und Waadt (i. d. R. die Vorinstanz wiedergebend KGer VD, Jug/2023/99 vom 16. März 2023, E. 5.3; KGer VD, Jug/2023/94 vom 2. Februar 2023, E. 4.3).

508 AppGer BS, SB.2017.123 vom 17. Mai 2018, E. 3.4.4.

509 OGer ZH, SB210165 vom 20. Mai 2021, E. 3.11.

510 OGer AG, SST.2022.190 vom 22. Februar 2023, E. 3.2.3.

511 OGer AG, SST.2022.79 vom 15. November 2022, E. 7.2.3; auch KGer BL, 4601763 vom 25. Februar 2019, E. 10.1.4; OGer BE, SK 19365 vom 17. März 2021, E. 15; OGer SH, 50/2017/25 vom 5. November 2019, E. 5.5; OGer SO, STBER.2016.73 vom 4. Januar 2018, E. V.

512 So z. B. GerHGE, AARP/400/2021 vom 13. Dezember 2021, E. 10.3.1; KGer BL, 4601370 vom 13. August 2013, E. 3.9.

513 Was das Bundesgericht nicht vorschreibt, vgl. vorne Rz. 129 ff.

514 Vgl. für die Kritik daran, hinten Rz. 269 ff.; auch KIENER H., ZStrR 2007, S. 373 ff.

«In seinem Grundsatzentscheid BGE 136 IV 55 hat das Bundesgericht besonderen Wert auf die Nachvollziehbarkeit der Strafzumessung gelegt. Hierzu ist es zweckmässig, wenn das urteilende Gericht in einem ersten Schritt aufgrund des objektiven Tatverschuldens eine Einsatzstrafe festlegt. In einem zweiten Schritt ist dann eine Bewertung der subjektiven Gründe für die Deliktsbegehung im Tatzeitpunkt vorzunehmen und die Einsatzstrafe aufgrund dessen eventuell anzupassen. Schliesslich ist die so ermittelte hypothetische Strafe gegebenenfalls anhand täterrelevanter bzw. tatunabhängiger Faktoren zu erhöhen oder zu reduzieren [...]»⁵¹⁵

In dieser ausführlichen Variante lassen sich die Strafzumessungsüberlegungen der Gerichte ansatzweise nachvollziehen. Allerdings bleibt auch dort im Wesentlichen unklar, wie die Verknüpfung von Verschulden und Strafe erfolgt.⁵¹⁶ Das lässt sich im Gegensatz zu den zu berücksichtigenden einzelnen Faktoren auch nirgends sonst nachlesen.⁵¹⁷ Klar ist, dass das Verschulden im Strafraum eingeordnet werden muss.⁵¹⁸ Wie das faktisch erfolgt, wird häufig nicht offengelegt und soll nun annäherungsweise bestimmt werden.

2. Relative Strafzumessung

Wie hiervor dargelegt, erfolgt der Einstieg in den Strafraum je nach Gericht (teilweise wohl auch je nach Kammer) wahlweise nach der objektiven Tatschwere, nach der subjektiven Tatschwere oder nach der Täterkomponente als Gesamtwürdigung am Schluss der Strafzumessung. Damit ist noch nichts darüber gesagt, *wie* dieser Einstieg erfolgt.

Bei der Lektüre von Strafzumessungserwägungen entsteht zuweilen der Eindruck, das Gericht habe das konkrete Verschulden isoliert anhand der im konkreten Einzelfall vorliegenden Umstände zweifelsfrei eruieren und in ein Strafmass umwandeln können. Als sei klar, dass ein gewisser Deliktsbetrag gross oder klein, eine bestimmte Verletzung schwer oder leicht sei.⁵¹⁹ Dieser Schein trügt, denn die Bewertung von Einzelfällen, von Deliktsschwere und Verschulden ist notgedrungen relativ und erfolgt deshalb nicht im Vakuum.

515 AppGer BS, SB.2017.124 vom 2. Juli 2018, E. 2.4.1.

516 Weiterhin zutreffend DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 10; HAUSER 1985, S. 8 ff., insb. 10.

517 Weiterhin zutreffend ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 48 ff.; HAUSER 1985, S. 10 f.; STRATEN-WERTH/BOMMER 2020, § 5 N 4 ff.; TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 75.

518 MATHYS 2019, N 288 («Die dem Verschulden entsprechende Strafe hat mit der Abstufung des Unrechtsgehaltes der Straftat übereinzustimmen, wie sie durch den gesetzlichen Strafraum vorgegeben ist»).

519 Vgl. z. B. KILLIAS, in: FS-Gauthier 1996, S. 37.

a) Einstieg in den Strafrahmen

171 Das Bundesgericht geht für die Verschuldensbewertung von einer relativen *Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad* aus.⁵²⁰ Spiegelbildlich bildet auch der Strafrahmen eines Delikts eine Schwereskala der denkbaren Tatvarianten,⁵²¹ vom mildesten bis zum schwersten Fall.⁵²² Innerhalb dieses Kontinuums ist der zu beurteilende Fall einzuordnen.⁵²³ Das Bundesgericht verlangt eine gewisse Kongruenz von Verschuldensbewertung und Strafmass. Ein mittleres Verschulden soll bei einem Strafrahmen von fünf bis 20 Jahren einer Freiheitsstrafe von zehn bis 15 Jahren entsprechen.⁵²⁴ Das setzt aber voraus, dass das Sachgericht bereits weiss, dass ein mittleres Verschulden vorliegt.

172 Es existiert jedoch keine Skala, an welcher das Gericht den Einzelfall messen und ablesen könnte, wie gross das Verschulden ist.⁵²⁵ Die Ermittlung des Verschuldens ist kein empirischer Vorgang, sondern eine *Wertung*.⁵²⁶ Das Mass der Schuld «*wird nicht festgestellt, sondern zugeschrieben*». ⁵²⁷ Bei dieser Bewertung der Umstände des Einzelfalls kommt dem Sachgericht erhebliches Ermessen zu.⁵²⁸ Dazu ein Fallbeispiel, das auch im Rahmen der empirischen Untersuchung verwendet wird:

Angestellte X (weiblich, 19 Jahre, Schweizerin) arbeitete als Detailhandelsfachfrau in einem Modegeschäft. An einem ruhigen Morgen nahm sie CHF 1'620.- aus der Kasse und steckte das Geld in ihre Sporttasche.

X wird des Diebstahls gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen.⁵²⁹

520 Vorne Rz. 127 sowie SEELMANN 2023, S. 286 f.

521 MATHYS 2019, N 288; DREHER 1947, S. 62.

522 MATHYS 2019, N 288; für Deutschland: ALBRECHT H.-J. 1994, S. 96; DREHER 1947, S. 62; FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 160 f.; MAURER 2005, S. 100; MEIER 2019, S. 238.

523 SEELMANN 2023, S. 284 f., m. w. H.

524 Hierzu ausführlich hinten Rz. 207 ff.; BGer, 6B_86/2023 vom 7. August 2023, E. 3.3; BGer, 6B_200/2013 vom 26. September 2013, E. 12.4; vgl. aber BGer, 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3, wonach eine Einsatzstrafe von acht Jahren beim selben Strafrahmen bereits im «*mittleren*» Bereich liege.

525 STRATENWERTH 1972, S. 35 («*Es gibt keine wie immer geartete Skala, die gestatten würde, den Grad der Belastung oder Entlastung durch schuldrelevante Merkmale auch nur annähernd zu bemessen*»); auch FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1439 f.; ferner LEIBOVITCH, NULR 2017, S. 1215.

526 ALBRECHT P., ZStrR 2017, S. 463.

527 ALBRECHT P., ZStrR 2017, S. 463; auch ALBRECHT P., SJZ 1983, S. 267; a. A. wohl HAAG 1970, S. 60 f., der unter Messen allerdings das «*Zuordnen von Zahlen zu Objekten*» versteht.

528 Zum Begriff des Ermessens hinten Rz. 333 ff.

529 Der Fall ist inspiriert von OGer ZH, SB120548 vom 26. März 2013, und wurde in der eigenen Untersuchung als Vignette verwendet, vgl. hinten Rz. 412 ff.

Der Strafrahmen für diesen Fall lässt sich Art. 139 i. V. m. Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 Abs. 1 StGB eindeutig entnehmen: Geldstrafe von drei bis 180 Tagessätzen oder Freiheitsstrafe von drei Tagen bis fünf Jahren. Innerhalb dieses Rahmens ist die Strafe nun anhand der in Art. 47 StGB genannten Kriterien festzulegen. Zu beginnen ist gemäss Prüfprogramm mit der Tatkomponente und dort mit der objektiven Tatschwere. Das Gericht muss u. a. die Schwere der Verletzung des Rechtsguts bewerten, vorliegend das Vermögen des geschädigten Modegeschäfts. Wie schwer ist die Verletzung des Vermögens bei einem Betrag von CHF 1'620.-? Ist das viel oder wenig? Es kommt wohl darauf an, wen man fragt. Kein Betrag ist absolut gesehen «viel» oder «wenig». Das lässt sich auch nicht durch Abwägen der einzelnen Strafzumessungsumstände gegeneinander ermitteln.⁵³⁰ Dabei handelt es sich um relative Aussagen. Entsprechend lässt sich bereits die Schwere der Verletzung des Rechtsguts nicht allein anhand des Einzelfalls bestimmen.⁵³¹ Im Urteil würde das allenfalls dadurch angedeutet, dass von einem «*relativ geringen Deliktsbetrag*» die Rede wäre.⁵³² Aber relativ zu was? Das bleibt in der Begründung häufig offen. Die Antwort drängt sich allerdings auf: relativ zu anderen denkbaren Diebstählen.⁵³³

b) Strafzumessung durch Vergleich

Nach dieser Logik funktioniert auch der Strafrahmen: Er soll alle möglichen Ausprägungsgrade des Verschuldens bzw. alle möglichen Schweregrade einer Deliktsbegehung abbilden.⁵³⁴ Jedoch enthält «*[d]er Strafrahmen selbst [...] keinen Massstab für die Einordnung des konkreten Einzelfalls in ihm; innerhalb des Strafrahmens gibt es keine bestimmte Bezugsgrösse, von welcher der Richter bei der Bewertung des Sachverhalts ausgehen könnte*».⁵³⁵ Wo genau der zu beurteilende Einzelfall im Strafrahmen zu liegen kommt, lässt sich deshalb nur vergleichend ermitteln.⁵³⁶ So ist ein Fall schwerer als gewisse Delikte, aber

530 FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 169.

531 Vgl. schon PFENNINGER, SJZ 1934, S. 211; STRATENWERTH 1972, S. 35; ferner LEIBOVITCH, NULR 2017, S. 1215.

532 OGer ZH, SB120548 vom 26. März 2013, E. III.2.2.

533 Vgl. dazu allgemein MATHYS 2019, N 84 («*Um die objektive Tatschwere einzuschätzen, hat der Richter zu überlegen, wie sich die Verwerflichkeit der konkreten Tat im Vergleich zu anderen denkbaren Tatvarianten einordnen lässt*»); vgl. auch ALBRECHT H.-J. 1994, S. 105 f., der sich auf einen Durchschnittswert bezieht.

534 Vgl. hinten Rz. 207 ff.

535 NIGGLI/MAEDER, in: FS-Wiprächtiger 2011, S. 419; KILLIAS, in: FS-Gauthier 1996, S. 37.

536 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 97; ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 51; DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 22 und dort Fn. 21; GISEL-BUGNION 1978, S. 60 f.; MATHYS 2019, N 84; SEELMANN 2023, S. 287 f.; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 80, 82; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 213; für Deutschland: MEIER 2019, S. 241 f.

leichter als andere einzuordnen, wodurch die Platzierung im Strafraumen eingengt werden kann. Der Vergleich kann dabei mit hypothetisch denkbaren Tatvarianten (aa), mit realen früheren Fällen (bb) oder auch indirekt durch Abstellen auf Strafzumessungsrichtlinien (cc) erfolgen.

- 175 In vielen Urteilen wird sich keine explizite Bezugnahme auf die hiernach noch anzusprechenden Vergleichsquellen oder Vergleichsüberlegungen finden lassen. Das bedeutet erstens nicht, dass keine solchen beigezogen oder angestellt wurden. Die Darstellung der Strafzumessung muss nicht ihrer Herstellung entsprechen.⁵³⁷ Zweitens bleibt selbst eine intuitive Bewertung im vermeintlichen Vakuum eine relative. So speist sich auch die Intuition der urteilenden Personen mindestens teilweise aus vergangenen Erfahrungen in eigenen Fällen, Berichten von Kollegen und Medien, Beispielen aus der eigenen Ausbildung oder sonstiger persönlicher Vorprägung.⁵³⁸ Mit dieser Vorerfahrung wird der zu beurteilende Fall immer abgeglichen, bewusst oder unbewusst. Dieser schwer greifbare Vorgang soll indessen nicht weiter vertieft und sich stattdessen einem konkreteren relativen Vorgehen zugewendet werden.

aa) Hypothetische Tatvarianten

- 176 Weil der Strafraumen ein bestimmtes Delikt möglichst in allen Ausprägungen abbilden soll, kann die Einordnung des eigenen Falls zunächst mittels Vergleich mit hypothetisch denkbaren Tatvarianten eingegrenzt werden.

«Um die objektive Tatschwere einzuschätzen, hat der Richter zu überlegen, wie sich die Verwerflichkeit der konkreten Tat im Vergleich zu anderen denkbaren Tatvarianten einordnen lässt. Dabei ist zu fragen, ob schwerere oder leichtere Handlungsweisen vorstellbar sind.»⁵³⁹

- 177 So findet sich in den Urteilsbegründungen beim Einstieg in die Verschuldensbewertung bei der objektiven Tatschwere regelmässig allgemein gehaltene Hinweise auf hypothetische Tatvarianten:

— *«Insgesamt sind die von ihr erlittenen Verletzungen im breiten Spektrum der vom Tatbestand der einfachen Körperverletzung umfassenden Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität als leicht einzustufen.»*⁵⁴⁰

537 Vorne Rz. 155.

538 Vgl. «Vorverständnis» bei WIPRÄCHTIGER, recht 1995, S. 143f.; ferner und grundlegend KRAMER 2019, S. 366ff., insb. 377.

539 OGer AR, OIS 171 vom 23. Januar 2018, E. 5.6.1.

540 OGer AG, SST.2023.82 vom 20. September 2023, E. 3.4.2; ähnlich KGer GR, SK12334 vom 18. Juli 2023, E. 4.3.2.

- *«Der Oralverkehr ist im oberen Bereich der unter den Tatbestand fallenden möglichen sexuellen Handlungen und damit als schwerwiegend einzuordnen.»*⁵⁴¹
- *«Insgesamt gehört die von grosser Brutalität geprägte Tat des Beschuldigten innerhalb der Kategorie der Tötungsdelikte zu den objektiv schwer wiegenden Taten.»*⁵⁴²

Auch für die Verschuldensbewertung insgesamt wird zuweilen hypothetisch verglichen: *«Im breiten Spektrum der vom Tatbestand der schweren Körperverletzung erfassten Sachverhalte ist – für die vollendete Tatbegehung – von einem mittelschweren Verschulden und – in Relation zum Strafraumen von bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe – einer dafür angemessenen Freiheitsstrafe von 4 Jahren auszugehen.»*⁵⁴³

Teilweise deuten Gerichte auch konkret vorgestellte Tatvarianten an, ohne diese jedoch auszuführen:

- *«Bei der objektiven Tatschwere ist als wichtiges Kriterium vorab die Schadenshöhe von EUR 675'000.00 zu berücksichtigen. Hierbei handelt es sich zwar nicht um einen niedrigen Betrag, allerdings sind Tatvarianten des Betruges mit deutliche [sic] höheren Schadenssummen denkbar und bekannt.»*⁵⁴⁴
- *«Das Ausmass der Beeinträchtigung ist allerdings nicht als aussergewöhnlich hoch zu betrachten, sind doch andere Konstellationen denkbar, welche die Integrität weit mehr beeinflusst hätten.»*⁵⁴⁵
- *«[E]ine solche Mindeststrafe [wird] regelmässig bereits für einen einfachen Handtaschenraub ausgesprochen.»*⁵⁴⁶

Der Vergleich mit hypothetischen Szenarien kann immerhin grobe Anhaltspunkte dazu liefern, in welchem Bereich des Strafraumens die Strafe ungefähr zu liegen kommen sollte (z. B. im Sinn einer Unterteilung in leicht, mittel und schwer)⁵⁴⁷. Weniger hypothetisch und damit greifbarer ist die Einordnung anhand realer Vergleichsfälle.⁵⁴⁸

541 OGer AG, ST.2023.193 vom 23. Januar 2024, E. 6.3.3.

542 OGer ZH, SB150505 vom 3. Oktober 2019, E. V.3.1.

543 OGer AG, SST.2022.190 vom 22. Februar 2023, E. 3.2.2; ähnlich OGer BE, SK 22 198 vom 8. Juni 2023, E. 18.1.1.c, mit gleichzeitigem *«Vergleich zu ähnlich gelagerten Fällen»*.

544 OGer ZG, S 20231 vom 30. Mai 2023, E. VII.3.1.1.

545 OGer OW, AS 12/007 vom 5. Februar 2014, E. 5.6.

546 KGer GR, SK11228 vom 1. November 2012, E. 4.c. Strenggenommen werden hier hypothetische Tatvarianten mit realen Vergleichsfällen kombiniert.

547 Vgl. OGer AR, O1S 171 vom 23. Januar 2018, E. 5.6.1.

548 FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 163 (*«wesentlich einfacher»*).

bb) Reale Vergleichsfälle

- 181 Schon seit längerem ist anekdotisch bekannt, dass sich Richterinnen und Richter bei der Strafzumessung schwergewichtig an früheren Fällen orientieren.⁵⁴⁹ Auch empirische Untersuchungen legen diesen Befund nahe: In einer deutschen Untersuchung mit Strafrichterinnen und Staatsanwälten gaben fast 80 % der Befragten an, das in vergleichbaren Fällen übliche Strafmass sei mittel bis sehr wichtig für Strafzumessung im Einzelfall.⁵⁵⁰ Analoges liess sich in der vorliegenden Studie auch für die Schweiz feststellen.⁵⁵¹ Anders als das Bundesgericht scheinen Sachgerichte also einen pragmatischen Umgang mit ähnlichen Fällen zu pflegen. So geht z. B. das Kantonsgericht Graubünden davon aus, Gerichte hätten im Rahmen der Rechtsprechung «*dafür besorgt zu sein, dass ähnliche Fälle auch in etwa ähnlich beurteilt werden*».⁵⁵²
- 182 Obwohl die Strafzumessung vergleichend erfolgt, wird der Vergleich in der Urteilsbegründung nur selten offen abgebildet.⁵⁵³ Wenn sich ein Hinweis auf einen Vergleich mit anderen Fällen in der Begründung findet, dann oftmals in Form eines pauschalen Verweises.⁵⁵⁴ Dort heisst es dann z. B.: «*Angesichts*

549 ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 51; ALBRECHT P., ZStrR 2006, S. 78; BRUNS/GÜNTGE 2019, S. 13; DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 22 und dort Fn. 21; FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1439; FRISCH 1971, S. 16; HANSJAKOB, ZStrR 1997, S. 239; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1224; LEIBOVITCH, NULR 2017, S. 1207; MAURER 2005, S. 175 f.; MELLINGHOFF, in: FS-Hassemer 2010, S. 515; OSWALD 1994, S. 22; PFENNINGER, SJZ 1934, S. 212; SEELMANN 2023, S. 287 ff.; STEPHENSON, Anwaltsrevue 2010, S. 322; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 82; STRENG 1984, S. 239 ff.; TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 77.

550 STRENG 1984, S. 239 ff.; ähnlich auch eine belgische Studie: MONSIEURS / VANDERHALLEN / ROZIE, Eur. J. Criminol. 2011, S. 9.

551 Vgl. hinten Rz. 530 ff.

552 KGer GR, SK11228 vom 1. November 2012, E. 4. b, gefunden bei JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 124 und dort Fn. 340.

553 Diese Aussage stützt sich auf eine kursorische Sichtung der publizierten kantonalen (zweitinstanzlichen) Rechtsprechung. Erstinstanzliche Strafrichterinnen und Strafrichter haben wie folgt auf die Frage geantwortet, wie häufig sie in der Urteilsbegründung darauf hinweisen, dass sie Vergleichsfälle beigezogen haben (N = 223): *Nie* (16,6%), *Selten* (33,2%), *Manchmal* (32,7%), *Oft* (13,4%), *Immer* (4%); vgl. zur Einstellung zu Vergleichsfällen hinten Rz. 530 ff.

554 Von 185 erstinstanzlichen Strafrichterinnen und Strafrichter, welche zuweilen auf Vergleichsfälle abstellen und dies in der Urteilsbegründung offenlegen, gaben 81 (43,8%) an, dies würde (auch) durch allgemeine Hinweise erfolgen. Ganze 71,9% (133 Personen) wollen dies sogar mit Angabe der Urteilsreferenzen o. Ä. tun und 32,4% (60 Personen) durch Zitat der relevanten Erwägungen aus dem Vergleichsurteil. Während dieser Befund optimistisch stimmt, lässt sich mangels Publikation erstinstanzlicher Urteile nicht überprüfen, ob diese Angaben der Realität entsprechen; vgl. zur empirischen Untersuchung hinten Rz. 412 ff.

der Drogenmenge muss man mit Blick auf Vergleichsfälle jedoch im untersten Bereich der Einsatzstrafe [...] bleiben.»⁵⁵⁵ Wenn sich ein Vergleich mit konkreter Nennung anderer Urteile findet, dann zum Teil, weil er durch eine der Parteien vorgebracht wurde.⁵⁵⁶ Zuweilen gehen Gerichte auch von sich offen vergleichend vor, teilweise mit Verweis auf Urteilsreferenzen der beigezogenen Fälle,⁵⁵⁷ teilweise mit inhaltlicher Auseinandersetzung mit Vergleichsfällen.⁵⁵⁸ So bspw. das Appellationsgericht Basel-Stadt:

«Die Strafhöhe ist auch mit Blick auf Vergleichsfälle angemessen. So wurde bspw. in einem Fall, bei dem es um den Handel mit 3,9 kg Marihuana ging und bei dem der Appellant vor Appellationsgericht geständig, reuig sowie reintegriert bzw. resozialisiert war, eine Freiheitsstrafe teilbedingt von 15 Monaten, als Zusatzstrafe, ausgesprochen (AGE AS.2009.368 vom 7. Mai 2010). In einem anderen Fall, in dem es um den Anbau von 1,2 kg Marihuana ging, wovon rund die Hälfte verkauft worden war, verhängte das Appellationsgericht eine Geldstrafe von 240 Tagessätzen mit bedingtem Strafvollzug, wobei der Berufungskläger in der Zwischenzeit seine Marihuanasucht überwunden sowie mit dem Abzahlen seiner Schulden begonnen hatte und wieder in den Arbeitsprozess integriert war (AGE SB.2013.56 vom 7. Mai 2014).»⁵⁵⁹

Dass Gerichte eher selten offenlegen, wenn und wie sie vergleichend vorgegangen sind, dürfte zunächst dem Umstand geschuldet sein, dass ein solcher Drittvergleich wie schon die Berücksichtigung hypothetischer Tatvarianten oftmals *«mehr oder minder intuitiv [erfolgt], indem der einzelne Richter aus*

555 AppGer BS, SB.2017.26 vom 16. Mai 2017, E. 7.3.

556 GerH GE, AARP/270/2023 vom 27. Juli 2023, E. 4.2; KGer GR, SK11228 vom 1. November 2012, E. 4. b ff. (durch die Staatsanwaltschaft); OGer BE, SK16190 vom 24. Februar 2017, E. 10.3; OGer UR, S212 vom 11. Mai 2021, E. 3.3; OGer ZH, SB190221 vom 3. Dezember 2019, E. 2.3.2.

557 AppGer BS, SB.2017.124 vom 2. Juli 2018, E. 2.4.3; OGer GL, OG.2022.00015 vom 10. März 2023, E. VI.4.3.1.6; OGer OW, AS12/007 vom 5. Februar 2014, E. 5.8, wobei nicht ermittelt werden konnte, ob das verwiesene Urteil den Parteien zugänglich war; OGer SO, STBER.2022.7 vom 29. November 2022, E. 2.1.

558 AppGer BS, SB.2012.92 vom 24. Januar 2014, E. 6.3; AppGer BS, SB.2013.16 vom 20. Mai 2014 (AG.2014.426), E. 5.1, allerdings wegen falscher Bildung der Gesamtstrafe aufgehoben in BGer 6B_899/2014 vom 7. Mai 2015, im Ergebnis dann aber gleich in SB.2013.16 vom 2. September 2015 (AG.2015.744), nur ohne Vergleich; AppGer BS, SB.2015.34 vom 3. November 2015, E. 2.2.4; KGer GR, SK11228 vom 1. November 2012, E. 4. d; KGer SZ, STK201945 vom 14. Februar 2020, E. 2. b; OGer BE, SK16309 vom 3. Juli 2017, E. 14.2.4; OGer BE, SK15356 vom 16. März 2017, E. 18; OGer BE, SK16148 vom 28. Oktober 2016, E. 17.1; zwar kurz aber immerhin: OGer ZH, SB190221 vom 3. Dezember 2019, E. 2.3.2.

559 AppGer BS, SB.2015.34 vom 3. November 2015, E. 2.2.4.

seiner allgemeinen Erfahrung schöpft». ⁵⁶⁰ Weiter dürfte die bundesgerichtliche Skepsis gegenüber diesem Vorgehen eine abschreckende Wirkung haben. So hob das Bundesgericht ein Urteil des Obergerichts Bern auf, das zur Begründung der Einsatzstrafe auf einen nicht näher bekannten Referenzsachverhalt verwies. ⁵⁶¹ Das veranlasste das Obergericht Bern in späteren Urteilen zum Hinweis, dass ja gar keine Referenzfälle angegeben werden müssen. ⁵⁶² Damit würde es sich bloss angreifbar machen. Zudem scheinen Sachgerichte mit den wachsenden Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung auch so bereits ausgelastet zu sein. ⁵⁶³ Einige Gerichte dürften schlicht auch deshalb auf die Nennung spezifischer Vergleichsfälle verzichten, weil diese weder zugänglich noch anonymisiert sind. ⁵⁶⁴ Beides wäre jedoch erforderlich, sobald auf den jeweiligen Fall Bezug genommen wird, und würde so wiederum mehr Aufwand verursachen. Es bestehen also verschiedene Anreize dafür, Vergleichsfälle nicht offenzulegen.

184 Abschliessend sind sich die Gerichte (bzw. die Richterinnen und Richter) über den Nutzen von Vergleichsfällen auch nicht vollständig einig. So findet sich z. B. selbst in der Rechtsprechung des Obergerichts Bern, welches regelmässig Vergleiche mit anderen Fällen anstellt, trotzdem mehrfach die Aussage, *«solche Vergleiche [seien] für die Strafzumessung wenig hilfreich»*. ⁵⁶⁵ Das dürfte in der Strafjustiz allerdings eine klare Minderheitsmeinung sein. ⁵⁶⁶ Allenfalls ist dies auch symptomatisch dafür, dass Gerichte tendenziell lieber selbständig Vergleichsfälle beiziehen, um das eigene Ergebnis zu stützen, und

560 ALBRECHT P., ZStrR 2006, S. 78.

561 BGer, 6B_991/2015, 6B_998/2015 vom 24. Mai 2016, E. 7.4.

562 OGer BE, SK 16 309 vom 3. Juli 2017, E. 14.1 (*«Das Bundesgericht rügte im Urteil 6B_991/2015 vom 24.5.2016 das Vorgehen der Vorinstanz, weil sie für die Festsetzung der Einsatzstrafe von einer Referenzstrafe ausging, bei welcher die konkreten Tatumstände nicht in allen Details bekannt waren. [...] Die Gerichte sind indessen nicht verpflichtet, ihren schriftlichen Begründungen zwingend Referenzurteile zu Grunde zu legen (vgl. BGE 135 IV 191 E. 3.1)»*); das Obergericht stellt jedoch weiterhin Vergleiche an, s. im selben Urteil E. 14.2.4.

563 GERNY, NZZ vom 11. Oktober 2023, S. 9. So beantragt z. B. das Obergericht Aargau regelmässig, das Bundesgericht solle direkt reformatorisch Strafe zumessen, BGer, 6B_502/2019 vom 27. Februar 2020, E. 4, m. w. H.; BGer, 6B_1358/2017 vom 11. März 2019, Sachverhalt, C.

564 So die anekdotischen Berichte einzelner Richterinnen und Gerichtsschreiber, mit denen im Rahmen der Untersuchung gesprochen wurde; vgl. zur Publikationspraxis der Kantone hinten im Anhang, Rz. 670 ff.

565 OGer BE, SK 16 190 vom 24. Februar 2017, E. 10.3; OGer BE, SK 19 117 vom 13. November 2019, E. 10.2.

566 Von 235 erstinstanzlichen Strafrichterinnen gaben in der vorliegenden Untersuchung beinahe 80% an, die Orientierung am Strafmass in vergleichbaren Fällen sei für die Strafzumessung eher wichtig bis wichtig, vgl. dazu hinten Rz. 530 ff.

sich nur ungenau auf von den Parteien ausgewählte Vergleichsfälle behaften lassen wollen.⁵⁶⁷

cc) Strafzumessungsrichtlinien

Eine letzte besondere Art des Vergleichens sei hier noch erwähnt: Gerichte ziehen zur Ermittlung der Einsatzstrafe zuweilen Strafzumessungsrichtlinien (auch «*Orientierungshilfe[n]*»⁵⁶⁸) heran. Diese sind in der Schweiz vor allem im Bagatellbereich verbreitet und werden praktisch ausschliesslich von der Staatsanwaltschaft erlassen.⁵⁶⁹ Als einzige Ausnahme wurden diejenigen des Kantons Bern unter Beteiligung der Justiz erarbeitet.⁵⁷⁰ Auch bloss interne Richtlinien sollen existieren.⁵⁷¹ Darüber hinaus finden sich auch in der Literatur zahlreiche Empfehlungen und Richtlinien.⁵⁷²

Der Vergleichsaspekt liegt nun darin, dass teilweise von einem «Norm-Sachverhalt» (auch «Normalfall», «*Referenzsachverhalt*»⁵⁷³, «*Durchschnittsfall*»⁵⁷⁴) ausgegangen wird, mit welchem der eigene Fall verglichen werden soll.⁵⁷⁵ Als Beispiel: Für Fahren in fahruntüchtigem Zustand lautet dieser Sachverhalt in den Empfehlungen der SSK:

567 Vgl. für ähnliche Überlegungen zur bundesgerichtlichen Praxis vorne Rz. 148.

568 AppGer BS, SB.2018.34 vom 20. November 2018, E. 5. 3.

569 GStA GE, Weisung Strafzumessung; GStA VD, Weisung Strafzumessung; GStA VS, Weisungen Strafzumessung (91 SVG); OstA AG, Strafbefehlsempfehlungen; OstA SZ, Weisung Strafzumessung; OstA ZH, Strafmasseempfehlungen; SSK, Strafmasseempfehlungen (SVG); StA NE, Strafzumessungsempfehlungen; StA LU, Strafmasseempfehlungen (SVG); StASG, Strafmassrichtlinien (SVG); VBRS, Strafzumessungsrichtlinien; vgl. zum Stand von 2007: KIENER H. 2007, S. 41.

570 VBRS, Strafzumessungsrichtlinien; vgl. hierzu auch BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 230.

571 Ausdrücklich OGer UR, S 212 vom 11. Mai 2021, Regeste; vgl. die Aufstellung bei KIENER H. 2007, S. 41; bezeichnend hierfür auch die als «öffentlich» bezeichneten StA LU, Strafmasseempfehlungen (SVG); KILLIAS, in: FS-Gauthier 1996, S. 50. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung haben von 232 immerhin 58 Personen angegeben, sie würden auch *gerichtsinterne Strafzumessungsrichtlinien* beziehen, wenn sie Strafe zu messen, wobei die 58 Antworten sich auf 31 erstinstanzliche Gerichte aus 17 Kantonen verteilen. Die überwiegende Mehrheit gab allerdings an, nie auf solche abzustellen (17%) bzw. solche würden an ihrem Gericht nicht existieren (58%).

572 Zum SVG: SCHULTZ, in: Strafzumessung für Verkehrsdelikte 1969, S. 39 f.; TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 71 ff.; zum BetmG: EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, S. 237 ff.; FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1439 ff.; HANSJAKOB, ZStrR 1997, S. 233 ff.; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 47 StGB N 25 ff.; übersichtlich zum BetmG auch HUG-BEELI 2016, Art. 26 N 264 ff.; vgl. hierzu auch den «Strafzumessungsrechner für Betäubungsmitteldelikte» von Bigler Kaufmann Wendling Rechtsanwälte.

573 VBRS, Strafzumessungsrichtlinien, S. 3.

574 StA SG, Strafmassrichtlinien (SVG), Ziff. 1.

575 OstA ZH, Strafmasseempfehlungen, Ziff. 2.2.

«Eine Person mit gutem Leumund besucht mit dem Auto eine Wirtschaft und fährt nach Wirtschaftsschluss über eine Strecke von vier bis acht Kilometer nach Hause. Vorstrafen: zwei bis drei Strassenverkehrsübertretungen (ohne FINZ).»⁵⁷⁶

- 187 In den publizierten kantonalen Richtlinien findet sich soweit ersichtlich einzig im Kanton Bern ein übereinstimmender Referenzsachverhalt jedoch mit von der SSK abweichenden Strafmasseempfehlungen.⁵⁷⁷ Im Kanton Zürich fehlt im Referenzsachverhalt der Zusatz zu den Vorstrafen,⁵⁷⁸ beim Strafmass wird der SSK gefolgt.⁵⁷⁹ In den Kantonen Aargau, Luzern und St. Gallen wird dasselbe Delikt ohne Referenzsachverhalt aufgeführt, aber werden dieselben Strafen empfohlen wie im Kanton Zürich.⁵⁸⁰ Die Kantone Neuenburg, Waadt und Valais verwenden je andere Alkoholgrenzwerte und entsprechend andere Strafmasseempfehlungen.⁵⁸¹ Der Kanton Genf verwendet dieselben Alkoholgrenzwerte, liegt in den Strafmasseempfehlungen allerdings zwischen Bern und der SSK.⁵⁸² Der Kanton Schwyz verweist *in globo* auf die Empfehlungen der SSK.⁵⁸³

Tabelle 1: Alkoholgrenzwerte in kantonalen Strafmasseempfehlungen

Alkoholgrenzwerte	SSK (in TS)	BE (in SE)	GE (in SE)
ab 0,8 g/kg BAK bzw. 0,4 mg/l AAK	20	25	25
ab 1,0 g/kg BAK bzw. 0,5 mg/l AAK	30	35	35
ab 1,2 g/kg BAK bzw. 0,6 mg/l AAK	40	50	45
ab 1,4 g/kg BAK bzw. 0,7 mg/l AAK	50	60	55
ab 1,6 g/kg BAK bzw. 0,8 mg/l AAK	60	75	70
ab 1,8 g/kg BAK bzw. 0,9 mg/l AAK	80	100	85
ab 2,0 g/kg BAK bzw. 1,0 mg/l AAK	100	125	100

- 188 Selbst bei aufgrund des Alkoholwerts leicht einteilbaren Sachverhalten und trotz Empfehlungen der SSK herrscht eine gewisse Uneinheitlichkeit. Weshalb

576 SSK, Strafmasseempfehlungen (SVG), S. 2.

577 VBRS, Strafzumessungsrichtlinien, S. 16.

578 Ebenso GStA VS, Weisungen Strafzumessung (91 SVG), S. 1.

579 OStA ZH, Strafmasseempfehlungen, Ziff. 2.2.

580 OStA AG, Strafbefehlsempfehlungen, S. 36; StALU, Strafmasseempfehlungen (SVG), S. 5 (allerdings mit feinerer Abstufung); StASG, Strafmassrichtlinien (SVG), Ziff. 17.1.

581 GStA VD, Weisung Strafzumessung, S. 6f.; GStA VS, Weisungen Strafzumessung (91 SVG), S. 1; StANE, Strafzumessungsempfehlungen, S. 71.

582 GStA GE, Weisung Strafzumessung (SVG), Ziff. 5.1.

583 OStA SZ, Weisung Strafzumessung 1, Ziff. 1.

diese Differenzen bestehen, bleibt letztlich verborgen, weil nicht erkennbar ist, worauf diese Strafmassempfehlungen basieren.

Während bereits ein solcher Referenzsachverhalt beim Vergleichen helfen kann, bietet er doch nur wenig Hilfe, wenn der zu beurteilende Fall stark davon abweicht. Um die gesamte Bandbreite eines Delikts zu erfassen, sind umfassende deliktsspezifische Richtlinien zielführender. Ein prominentes Beispiel dafür sind die Strafzumessungsrichtlinien im Betäubungsmittelhandel, welche von FREI/RANZONI 1995 entworfen und 2014 von EUGSTER/FRISCHKNECHT überarbeitet wurden.⁵⁸⁴ Es handelt sich dabei um eine Systematisierung der St. Galler Praxis im Betäubungsmittelhandel zur Erleichterung des Einstiegs in den Strafraumen.⁵⁸⁵ Dadurch werden viele Vergleichsfälle zu einer Richtlinie kondensiert. Der Vergleich findet anschliessend nur noch mit diesem Kondensat statt.⁵⁸⁶

Gerichte scheinen grundsätzlich bereitwillig auf solche Richtlinien abzustellen,⁵⁸⁷ selbst auf ausserkantonale.⁵⁸⁸ Dabei wird – wie schon vom Bundesgericht – immer wieder betont, dass das Gericht nicht an die Richtlinien gebunden sei («*ne lient aucunement le juge*»⁵⁸⁹).⁵⁹⁰

Auffällig ist, dass sich die Richtlinien bzw. Empfehlungen mit Ausnahme des beschriebenen Beispiels zum Betäubungsmittelhandel nur auf den Bagatellbereich beziehen. Das ist insofern paradox, als die Vereinheitlichung der Ermessensausübung gerade im Bereich der schweren Kriminalität besonders wichtig ist.⁵⁹¹ Dort bleibt den Gerichten aktuell nur der Vergleich mit ähnlichen

584 EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, S. 327 ff.; FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1439 ff.

585 Es findet jedoch über die Kantonsgrenzen hinaus Anwendung, vgl. AppGer BS, SB.2018.34 vom 20. November 2018, E. 5.3; OGer ZH, SB210385 vom 10. Januar 2022, E. II.2.7.

586 Vgl. zu diesen Richtlinien hinten Rz. 642 ff.

587 Z. B. betreffend VBRS-Richtlinien OGer BE, SK 22 415 vom 1. März 2023, E. 27.1; betreffend EUGSTER/FRISCHKNECHT und SCHLEGEL/JUCKER: AppGer BS, SB.2021.40 vom 22. Februar 2022, E. 3.1.4; KGer GR, SK 1 21 99 vom 30. März 2023, E. 5.1; OGer ZH, SB230004 vom 31. Mai 2023, E. III.5.f.; betreffend HANSJAKOB OGer BE, SK 21 86 vom 2. Februar 2022, E. 17; OGer UR, S 21 2 vom 11. Mai 2021, Regeste. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung gaben nur 32 von 232 befragten Strafrichterinnen und Strafrichtern an, sie würden nie kantonale, gerichtsinterne Strafzumessungsrichtlinien oder diejenigen der SSK berücksichtigen; vgl. zur Untersuchung hinten Rz. 412 ff.

588 So KGer VS, P12319 vom 27. Juli 2023, E. 7.6, mit Verweis auf Zürcher und Berner Richtlinien.

589 OGer BE, SK 22 415 vom 1. März 2023, E. 27.1.

590 OGer BE, SK 22 415 vom 1. März 2023, E. 27.1.

591 KILLIAS, in: FS-Gauthier 1996, S. 42; ähnlich auch KIENER H. 2007, S. 16; MAURER 2005, S. 215. So befasste sich auch die zuständige Task Force in Uganda bei der Erstellung von Richtlinien zuerst mit der schwersten Kriminalität, vgl. KAMUZZE, Fed. Sentencing Report. 2014, S. 50.

Fällen oder hypothetischen Tatvarianten.⁵⁹² Weiter fällt auf, dass mit Ausnahme des Kantons Bern die Justiz in der Regel nicht an der Erstellung der «offiziellen»⁵⁹³ Richtlinien beteiligt war.⁵⁹⁴

III. Zwischenfazit

192 Die gesetzliche Grundlage der Strafzumessung ist knapp und vage und überlässt die wesentlichen Fragen den Gerichten. Diesen kommt die Aufgabe zu, eine generell-abstrakte Praxis zu bilden. Dem kommt das Bundesgericht seit den 90er Jahren teilweise nach, indem es höhere Anforderungen an die Strafzumessung stellt. Allerdings will es meist kein bestimmtes Vorgehen vorschreiben und konzentriert sich häufig auf eher technische Fragen wie die Gesamtstrafenbildung, wo den Vorinstanzen aufgrund der Komplexität regelmässig Fehler unterlaufen. Es zeigt dabei eine gewisse Aversion gegen die Verwendung von Zahlen für die Begründung von Teilschritten des Strafzumessungsprozesses. Es will insbesondere die Verwendung einer Einsatzstrafe für die objektive Tatschwere nicht vorschreiben, obwohl es selbst immer wieder betont, wie hilfreich ein solcher Schritt für die Nachvollziehbarkeit der Urteilsbegründung wäre. Vergleichen mit anderen Fällen steht das Bundesgericht grundsätzlich skeptisch gegenüber. Weil es den Ermessensbereich weit versteht und folglich primär die Begründung der Strafzumessung und weniger die ausgefallte Strafe überprüfen kann, spielt Rechtsgleichheit nur eine untergeordnete Rolle. Es begnügt sich damit, im Einzelfall dort einzugreifen, wo ihm die Strafe als nicht mehr vertretbar erscheint, ohne dass im Detail klar würde, wonach das Bundesgericht dies beurteilt.

193 Bei den Sachgerichten ist zwar ein vereinheitlichender Effekt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dahingehend zu spüren, dass alle Gerichte grob demselben Begründungsmuster folgen, sich zuerst zur objektiven und subjektiven Tatkomponente und dann zur Täterkomponente äussern. Die kantonale Praxis unterscheidet sich aber erheblich, was den Umfang der Begründung anbelangt. So sind Teilschritte der Strafzumessung regelmässig nur nachvollziehbar, wenn die Gerichte freiwillig zahlenmässige Angaben für die Gewichtung einzelner Schritte machen und relativ früh in der Begründung

592 Vgl. OGer BE, SK 16 148 vom 28. Oktober 2016, E. 17.1.

593 Die Richtlinien von FREI/RANZONI und EUGSTER/FRISCHKNECHT haben immerhin Bezug zur Justiz, weil die Autoren alle Gerichtsschreiber oder Richter sind. Sie sind aber insofern nicht offiziellisiert, als sie in Form privater Publikationen erfolgten.

594 So auch BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 230.

bereits eine Einsatzstrafe für die objektive Tatschwere ausweisen. Die Sachgerichte scheinen denn auch etwas eher auf Gleichheitsfragen sensibilisiert zu sein als das Bundesgericht. Regelmässig wird abweichend vom bundesgerichtlichen Verständnis der Strafzumessung ein Vergleich mit anderen Fällen gezogen, wenn dieser auch nur selten im Urteil transparent gemacht wird. Auch Strafzumessungsrichtlinien sind in einzelnen Bereichen bereits etabliert, auch wenn deren Grundlagen im Dunkeln bleiben. Die Justiz scheint insgesamt auch gerne auf Vergleichsfälle abzustellen, wenn es ihr bei der Begründung des angestrebten Ergebnisses nützt, will sich aber nur ungern von Parteien auf einen Vergleich verpflichten lassen.

Dass diese Ausgangslage der möglichst weitgehenden Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebots dient, ist zumindest *prima facie* zu bezweifeln. Im Detail gilt es nun im zweiten Teil die rechtliche Ausgangslage der Strafzumessung mit Blick auf das Rechtsgleichheitsgebot vertieft zu analysieren. Dazu ist in einem ersten Schritt darzulegen, weshalb Rechtsgleichheit gerade im Bereich der Strafzumessung ein grosses normatives Gewicht zukommt.

Teil 2:

Rechtliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung

Fehlende Gleichbehandlung führt zu Strafungleichheit. Damit sind *nicht begründbare Unterschiede in der Strafzumessung zwischen zwei oder mehreren Fällen* gemeint. Diese Ungleichheit kann einerseits darin liegen, dass zwei *im Wesentlichen gleiche Fälle* unterschiedlich bestraft werden, ohne dass dies in den strafzumessungsrelevanten Umständen der Einzelfälle begründet läge. Andererseits kann sie auch darin liegen, dass zwei unterschiedliche Fälle *nicht proportional zum Ausmass ihrer Unterschiede* bestraft werden.⁵⁹⁵

Versuche, die Strafzumessung zu rationalisieren, sie transparent zu machen, zielen letztlich immer darauf ab, dem Prozess etwas an Beliebigkeit bzw. Willkür zu nehmen, ihn berechenbarer, einheitlicher, besser überprüfbar und in seiner Anwendung rechtsgleicher auszugestalten.⁵⁹⁶ Mit diesem Problem ringen die meisten Rechtsordnungen.⁵⁹⁷ So ist die Diskussion um die Vereinheitlichung der Strafzumessung erst kürzlich in Deutschland wieder entflammt.⁵⁹⁸ Strafungleichheit steht zudem international seit längerem auch im Fokus der empirischen Justizforschung. Zahlreiche Studien belegen erhebliche Strafungleichheit für die untersuchten Rechtsordnungen.⁵⁹⁹

Sowohl die rechtliche als auch die empirische Diskussion über Strafungleichheit wird in der Schweiz jedoch verhalten geführt.⁶⁰⁰ Bestehende

595 Vgl. diese Unterscheidung bei STRENG 1984, S. 3 ff.

596 Vgl. DUBS, ZStW 1982, S. 169; DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 11.

597 SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, S. 209.

598 Sie wird allerdings aller Voraussicht nach einigermaßen ergebnislos wieder vergehen, vgl. HÖRNLE, GA 2019, S. 282 ff., 285 («*Der Reformmut [...] ist ausgeblieben*»); vgl. auch die Beiträge in AMBOS (Hrsg.), Strafzumessung 2020; sowie GROSSE-WILDE, ZIS 2019, S. 130 ff.; KASPAR 2018.

599 Vgl. hierzu hinten Rz. 394 ff.

600 So finden sich kaum empirische oder dogmatische Untersuchungen spezifisch zur Einheitlichkeit in der Strafzumessung, vgl. immerhin DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 9 ff.; GISEL-BUGNION 1978; KIENER H., ZStrR 2007, S. 351 ff.; KILLIAS, Eur. J. Crim. Policy Res. 1994, S. 19 ff.; STOECKLIN 1971; TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 71 ff.

Ungleichheiten werden akzeptiert oder zumindest resigniert hingenommen.⁶⁰¹ Nachgelesen werden können im Prinzip nur noch die Gründe, weshalb Ungleichbehandlungen hinzunehmen seien (vgl. hiernach Kapitel 2): *«Das derzeitige Sein wird ohne weiteres als unüberwindbare und damit legitime Grenze des Sollens anerkannt.»*⁶⁰² Bevor auf die dafür vorgebrachten Gründe im Einzelnen eingegangen wird, soll zunächst präzisiert werden, weshalb Rechtsgleichheit gerade in der Strafzumessung besondere Beachtung verdient (Kapitel 1).

Kapitel 1: Normative Wichtigkeit

«Auch wenn es äusserst schwierig ist, die rechtsgleiche Strafe zu bestimmen, ist es die Pflicht der Strafgerichte, diese unter Ausschöpfung aller hiefür zur Verfügung stehenden Mittel jedenfalls stets anzustreben.»⁶⁰³

- 198 Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung gilt für das Strafzumessungsrecht nicht weniger als für jeden anderen Bereich staatlichen Handelns.⁶⁰⁴ Aufgrund der Besonderheiten der Strafzumessung kommt einer gleichen Behandlung besonderes Gewicht zu.⁶⁰⁵ Erhalten Verurteilte grundlos unterschiedliche Strafen, ist dies aus verschiedenen Gesichtspunkten höchst problematisch. Bestrafung, welche nicht proportional zu den relevanten Verteilungskriterien erfolgt, ist ungerecht, und zwar unabhängig von der Wahl der Verteilungskriterien. Weil das hauptsächliche Verteilungskriterium gemäss Art. 47 StGB das Verschulden ist, muss Strafe im Wesentlichen proportional zur verschuldeten Tat zugemessen werden. Verschuldensproportionalität lässt sich nicht im Einzelfall losgelöst von anderen Fällen beurteilen. Fehlende Gleichheit führt also auch zu materiell falscher, schuldinadäquater Strafzumessung (I.)

601 BGer, 6B_18/2022 vom 23. Juni 2022, E. 2.8.1 (*«verfassungsrechtlich unbedenklich und hinzunehmen»*); ebenso BGer, 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013, E. 2.3.5; MATHYS 2019, N 578 (*«Unterschiede in der Strafzumessungspraxis [sind] als Ausdruck des schweizerischen Rechtssystems hinzunehmen»*); etwas zurückhaltender JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 124 (*«hinzunehmen, solange diese Unterschiede nicht zu extrem ausfallen»*); immerhin kritisch, jedoch ohne Lösungsvorschläge: SCHULTZ 1985, S. 165; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 424 (*«schwer erträglich»*); ferner HAUSER 1985, S. 28.

602 So schon für Deutschland STRENG 1984, S. 15; vgl. auch HÖRNLE, GA 2019, S. 286 zu Status-quo-Effekten.

603 NAY, ZStrR 1994, S. 177.

604 STRENG 1984, S. 15; PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 42 (*«Richtigerweise ist ungleiche Strafe bei gleichen Umständen ebenso wie gleiche Strafe bei ungleichen Voraussetzungen bundesrechtswidrig»*).

605 JESIONEK, in: Strafzumessung 1989, S. 317.

Der gleichen Rechtsanwendung kommt aus grundrechtlicher Sicht zudem dann besonderes Gewicht zu, wenn das Gesetz diese nur unzureichend sicherstellt und den anwendenden Behörden grosse Ermessensspielräume belässt. Beides trifft auf die Strafzumessung zu. Gleichzeitig stehen erhebliche Grundrechtseingriffe zur Disposition.⁶⁰⁶ Diese Kombination verlangt nach einem besonderen Augenmerk auf eine einheitliche Praxis (II.).⁶⁰⁷ Strafungleichheit hat zudem reale Konsequenzen, die es zu vermeiden gilt (III.).

I. Gleichheit und Verschuldensadäquanz

Bei der Strafzumessung und insb. der zentralen Verschuldensbewertung¹⁹⁹ handelt es sich um einen relativen Bewertungsprozess, der nur vergleichend erfolgen kann.⁶⁰⁸ Entsprechend ist eine möglichst rechtsgleiche Ausgestaltung dieses Prozesses nicht bloss eine abstrakte Forderung des Gleichbehandlungsgebots, sondern eine zentrale Vorbedingung einer angemessenen Strafzumessung im Einzelfall.

A. Verschuldensproportionalität als Hauptauftrag

Welche Strafe jeweils als «gerecht» angesehen wird, hängt davon ab, wonach²⁰⁰ diese zu bemessen ist und damit auch von den verfolgten Strafzwecken.⁶⁰⁹ Zu diesen schweigt sich Art. 47 StGB allerdings aus. Das hat der Rechtsprechung bisher erlaubt, mit verschiedenen Strafzwecken zu «jonglieren».⁶¹⁰ Wie BOMMER anschaulich nachgezeichnet hat, ging das Bundesgericht in seiner frühen Rechtsprechung von einem primär vergeltenden Charakter der Strafe aus, stellte dann zwischenzeitlich die Verbrechensverhütung und Resozialisierung in den Vordergrund und scheint in neueren Urteilen das vergeltende Moment wieder stärker zu betonen.⁶¹¹ Eine konsequente und

606 ALBRECHT P., ZStrR 2006, S. 71; SCHINDLER, in: Akteure der Gerichtsbarkeit 2007, S. 142; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 5.

607 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 36, 39.

608 Das Nachfolgende trifft jedoch genauso auf die spezialpräventive Individualisierung zu, zumal Risikobeurteilung sich in der Regel vergleichend auf eine bestimmte Straftäterpopulation bezieht, vgl. MAURER 2005, S. 97.

609 OBERHOLZER, in: Strafen ohne Augenmass 2016, S. 31; TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 76. Sein Verhältnis zu Gerechtigkeit legte er in einem anderen Beitrag ausführlich dar, TRECHSEL, ZStrR 2000, S. 1 ff.

610 PAREIN 2010, S. 121 («jongler»).

611 BSK StGB-BOMMER, Vor Art. 19 N 67 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung; vgl. auch PAREIN 2010, S. 121 f.

kohärente Position zu den Strafzwecken hat es bisher nicht entwickeln können,⁶¹² sondern verfolgt vielmehr einen «cafeteria approach»⁶¹³, «wonach Straftheorien wie Speisen auf einem Buffet behandelt werden, die man nach persönlichem Geschmack mit Blick auf den Einzelfall selber schöpfen kann».⁶¹⁴

201 Mit Blick auf Art. 47 StGB ist klar, dass sich Strafe primär am Verschulden zu orientieren hat.⁶¹⁵ Dieses «Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs»⁶¹⁶ bezieht sich in erster Linie auf das Unrecht der Tat,⁶¹⁷ umfasst jedoch deren gesamten Unrechts- und Schuldgehalt.⁶¹⁸ Ein retributiver Schwerpunkt lässt sich kaum von der Hand weisen: Dem Tatübel soll ein äquivalentes Strafübel gegenübergestellt werden.⁶¹⁹ Mit der «Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» sind jedoch auch spezialpräventive Zecke zwingend bereits bei der Strafzumessung im engeren Sinn zu berücksichtigen.⁶²⁰ Ohne diese Diskussion abschliessend austragen zu wollen, scheint diese Ausgangslage am besten mit der von der deutschen Lehre entwickelten Spielraumtheorie vereinbar zu sein.⁶²¹ Nach dieser Theorie steht dem Gericht «ein Spielraum zwischen der schon und der noch schuldangemessenen Strafe»⁶²² zur

612 PAREIN 2010, S. 185.

613 CONINX, recht 2016, S. 169, m. w. H.; zurückgehend auf ASHWORTH 2000, S. 62 («cafeteria system of sentencing aims»); vgl. auch ASHWORTH 2010, S. 77 («free for all approach to purposes of punishment», «the worst of pick-and-mix sentencing»).

614 CONINX, recht 2016, S. 169, m. w. H.; vgl. auch ASHWORTH 2000, S. 62 f.

615 Statt vieler STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 6 («Das Verschulden ist der Schlüssel zur Zumessung der konkreten Strafe [...]»); vgl. weiter die Nachweise bei SEELMANN 2023, S. 187.

616 BGE 134 IV 1, E. 5.3.3; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 101; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 9 («Grad des Vorwurfs»); PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 10 («Mass seiner Verantwortung»).

617 ALBRECHT P., ZStR 2017, S. 460 f.; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 10; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 13, 18.

618 BGE 134 IV 1, E. 5.3.3; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 101; SEELMANN 2023, S. 192; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 10; STEPHENSON, Anwaltsrevue 2010, S. 322; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 14; PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 10; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 14.

619 CONINX, recht 2016, S. 160; PAREIN 2010, S. 123; TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 74. Ob das Verschuldensprinzip dabei in den Dienst der Retribution oder der (retributiven) Generalprävention gestellt wird, dürfte im Ergebnis für die Praxis keine Rolle spielen, vgl. z. B. URWYLER/RANZONI, sui generis 2021, S. 179 ff.; kritisch HÖRNLE 1999, S. 93 f.

620 SEELMANN 2023, S. 224, 228; vgl. auch GERMANIER 2019, S. 93 und 105 ff.

621 GERMANIER 2019, S. 224, 228; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 118 f.; PAREIN 2010, S. 187; SEELMANN 2023, S. 227 f.; weiterführend zur deutschen Lehre kürzlich KOHN 2021, S. 83.

622 ACKERMANN/CESAROV, fp 2022, S. 454.

Verfügung.⁶²³ Innerhalb dieses Spielraums sind alle Strafen schuldangemessen oder zumindest vertretbar,⁶²⁴ weshalb hier spezialpräventive Überlegungen (auch für das Strafmass) berücksichtigt werden können.⁶²⁵ Auch die Praxis in der Schweiz geht von einem solchen Spielraum aus.⁶²⁶

Dass mit der Spielraumtheorie gleiche Straftaten aufgrund spezialpräventiver Überlegungen unterschiedliche Strafen nach sich ziehen können, ist aus Sicht des Gleichbehandlungsgebots solange unproblematisch, wie die Bestimmung des schuldadäquaten Spielraums und der spezialpräventiv zweckmässigen Strafe innerhalb dieses Rahmens rechtsgleich erfolgt.⁶²⁷ Für die Auffindung einer konkreten Strafe im Einzelfall bietet die Spielraumtheorie jedoch keine Hilfe,⁶²⁸ da sie primär das Zusammenwirken des Schuldausgleichs mit präventiven Überlegungen regelt.⁶²⁹

Verschulden ist ein *«steigerungsfähiger Begriff»*.⁶³⁰ Es kann in unterschiedlichem Ausmass vorliegen. Genau auf diese unterschiedliche Ausprägung kommt es für die Bestimmung des Strafmasses an. Weil das zentrale *tertium comparationis* dimensional ist, kann und muss proportional dazu gleichbehandelt werden.⁶³¹ *Arithmetisch* gleiche Bestrafung findet sich denn auch nur noch im Bereich der Ordnungsbussen, wo für bestimmte Übertretungen

623 Ferner ALBRECHT H.-J. 1994, S. 38; HÖRNLE 1999, S. 24; SEELMANN 2023, S. 225; NK StGB-STRENG, § 46 N 97 ff.

624 SEELMANN 2023, S. 225, m. w. H.

625 Ausführlich SEELMANN 2023, S. 225 ff.; auch ALBRECHT H.-J. 1994, S. 38; HÖRNLE 1999, S. 25; PETERS 1932, S. 68 f.; STRENG 1984, S. 31. Die Problematik der «Unterschuldstrafe» bleibt hier aussen vor, vgl. weiterführend SEELMANN 2023, S. 240 ff.; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 71 ff.

626 Das Bundesgericht geht klarerweise von einem Spielraum der schuldadäquaten Strafen aus, vgl. nur BGE 135 IV 130, E. 5.3.1 (*«Im Rahmen der Strafzumessung steht dem urteilenden Gericht bei der Gewichtung der einzelnen Komponenten gemäss Art. 47 StGB ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu»*). Auch erstinstanzliche Strafrichterinnen und Strafrichter gingen im Rahmen der vorliegenden Untersuchung von einem Spielraum von vertretbaren Strafen aus, s. hinten Rz. 544 ff.; vgl. zudem SEELMANN 2023, S. 228 (*«Zugunsten der Spielraumtheorie kann des Weiteren ins Feld geführt werden, dass sie dem gerichtlichen Vorgang der Strafzumessung in der Praxis am ehesten entspricht»*).

627 Wie hier SEELMANN 2023, S. 232 f. (S. 233: *«Insofern kann daher nicht schon von einer Ungleichbehandlung gesprochen werden, wenn etwa bei gleichem Schuldvorwurf einer der Täter gleichzeitig stärkere Resozialisierungstendenzen vorweist»*); im Ergebnis auch GERMANIER 2019, S. 136; vgl. aber TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 76; zum damit zusammenhängenden Begriff des Ermessens vgl. hinten Rz. 333 ff.

628 HÖRNLE 1999, S. 36 ff.; ähnlich auch ALBRECHT H.-J. 1994, S. 41 (*«Im Kern handelt es sich [...] nicht um eine Strafzumessungstheorie»*).

629 HÖRNLE 1999, S. 62 f.

630 SEELMANN 2023, S. 192.

631 Ähnlich HAUSER 1985, S. 47, 85; NEF 1941, S. 96.

betragsmässig fixierte Bussen vorgesehen sind.⁶³² Abgesehen vom untersten Bagatellbereich sind absolute Strafen auch kaum zu rechtfertigen, denn sie zwingen zur Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem und verletzen daher das Differenzierungsgebot.⁶³³ Bestrafung hat also nach dem Prinzip der proportionalen Gleichheit zu erfolgen, proportional zum Verschulden, und zwar in zweifacher Hinsicht. Vor allem im englischsprachigen Raum ist dabei von der *kardinalen* und *ordinalen* Proportionalität die Rede.⁶³⁴

204 *Ordinale Proportionalität* bedeutet, dass Delikte von unterschiedlicher Schwere auch unterschiedlich schwer zu bestrafen sind.⁶³⁵ Sie ist in *vertikaler* und *horizontaler* Hinsicht zu wahren.⁶³⁶ Zunächst einmal durch den Gesetzgeber, der sein Strafsystem so auszugestalten hat, dass schwere Straftaten generell härter bestraft werden als weniger schwere, und zwar um den Faktor ihres jeweiligen Schweregrads (horizontale Dimension)^{637, 638} Oder: «*[W]enn Diebstahl strafbar ist, muß Raub umso strenger bestraft werden.*»⁶³⁹ Ordinale Proportionalität ist aber auch durch die rechtsanwendenden Behörden zu wahren, die gehalten sind, weniger schwere Straftaten auch innerhalb desselben Delikts (Strafrahmen) weniger hart zu bestrafen und umgekehrt (vertikale Dimension)^{640, 641} Die ordinale Proportionalität ist auch verletzt, wenn Personen für vergleichbare Straftaten substanziell unterschiedliche Strafen erhalten.⁶⁴² Damit entspricht die ordinale Proportionalität der relativen Gleichheit, welche durch das Gebot der rechtsgleichen Behandlung allgemein gefordert wird. Sie wird deshalb zuweilen auch *komparative oder relative Proportionalität* genannt.⁶⁴³

205 Diese relative Betrachtungsweise sagt allerdings noch nichts darüber aus, wie hoch die Strafen absolut (also z. B. in Jahren Freiheitsstrafen) auszufallen

632 Vgl. die Bussenlisten 1 und 2 der Ordnungsbussenverordnung vom 16. Januar 2019 (SR 314.11).

633 Vgl. STRENG 1984, S. 20 f.

634 DAVIES/TAKALA/TYRER, Brit. J. Criminol. 2004, S. 744 f.; DUFF, in: Tatproportionalität 2003, S. 29 f.; SUMMERS 2022, S. 233 ff.; VON HIRSCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 62 ff.; VON HIRSCH / ASHWORTH 2005, S. 138 ff.

635 Vgl. VON HIRSCH / ASHWORTH 2005, S. 138; ferner DREHER 1947, S. 26.

636 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 97.

637 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 97.

638 «*Rank-ordering*» und «*spacing*» bei VON HIRSCH / ASHWORTH 2005, S. 140; ferner Europarat, Empfehlung, Anhang, B.1.

639 NEF 1941, S. 126.

640 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 97.

641 Vgl. VON HIRSCH / ASHWORTH 2005, S. 139 f.

642 VON HIRSCH / ASHWORTH 2005, S. 139.

643 BERMAN, Crim. Law Philos. 2021, S. 377.

haben. Mit dieser Grösse befasst sich die *kardinale (bzw. absolute)*⁶⁴⁴ *Proportionalität*.⁶⁴⁵ Dabei handelt es sich um eine normative Frage. Sie hat nur insofern mit Gleichheit zu tun, als alle Taten am selben kardinalen Massstab gemessen werden sollen. Diesen Massstab hat bisher noch niemand gefunden. Kardinale Proportionalität wird denn auch nur schon zwischen den europäischen Staaten sehr unterschiedlich interpretiert.⁶⁴⁶ Das Prinzip der kardinalen Proportionalität hilft faktisch nur in Extremfällen, bei krassem Missverhältnis zwischen Straftat und Strafe.⁶⁴⁷ Ob das Strafmass zur Straftat in einem krassem Missverhältnis steht, lässt sich allerdings ebenfalls nicht ohne Blick auf andere Fälle beurteilen. Selbst kardinale Proportionalität ist unweigerlich kontextabhängig⁶⁴⁸ und damit ebenfalls relativ.

Im Schweizer Strafzumessungssystem hat der Gesetzgeber sich zur kardinalen Proportionalität geäußert, indem er für jedes Delikt individuelle Strafrahmen fixiert und die grundsätzliche Höchststrafe auf 20 Jahre Freiheitsstrafe festgelegt hat.⁶⁴⁹ Gleichzeitig hat er dadurch gewisse Wertungen hinsichtlich des Verhältnisses der einzelnen Tatbestände kommuniziert,⁶⁵⁰ die ordinale Proportionalität also vorgespurt. Gerichte müssen innerhalb dieses Rahmens die dem Einzelfall angemessene Strafe finden. Dazu lässt sich die kardinale Proportionalität kaum fruchtbar machen.⁶⁵¹ Deshalb haben sie sich auf Herstellung ordinaler Proportionalität zu konzentrieren.⁶⁵² Tun sie dies korrekt, können keine kardinal disproportionalen Strafen ausgesprochen werden, ohne dass gleichzeitig auch die Grundsätze der ordinalen Proportionalität verletzt sind.

644 BERMAN, *Crim. Law Philos.* 2021, S. 377.

645 Vgl. VON HIRSCH / ASHWORTH 2005, S. 141 ff.; auch CONINX, *recht* 2016, S. 160.

646 Vgl. z. B. AEBI et al. 2021, S. 254 ff.; zu den Limitationen des Sourcebooks KILLIAS, *ZStrR* 2018, S. 78 f.; vgl. auch EGMR [GK], 66069/09, 130/10 und 3896/10 (Vinter u. a. gg. Grossbritannien) vom 9. Juli 2013, § 105.

647 Vgl. die Zusammenfassung dieser Position bei ROBINSON 2013, S. 9 f.; auch ASHWORTH / KELLY 2021, S. 105 («*[T]here surely is such a thing as utter disproportionality, even if there is no such thing as absolute proportionality*»); DUFF, in: *Tatproportionalität* 2003, S. 30; HÖRNLE 1999, S. 155 und dort Fn. 202 sowie S. 361.

648 Vgl. zu dieser Diskussion BERMAN, *Crim. Law Philos.* 2021, S. 384 f., wenn auch mit etwas permissiverer Position zu Theorien der kardinalen Proportionalität.

649 Mit Ausnahme der lebenslangen Freiheitsstrafe für einige wenige Fälle.

650 Bestenfalls jedoch eine grobe, so auch SEELMANN 2023, S. 122 («*Grobeinteilung*»); vgl. auch *Bericht Harmonisierung*, S. 6; BOMMER, *ZStrR* 2019, S. 269; ferner MAURER 2005, S. 95; MELLINGHOFF, in: *FS-Hassemer* 2010, S. 504.

651 HÖRNLE 1999, S. 361 («*[...] für die Arbeit des Trichters lässt sich aus dem Prinzip der kardinalen Proportionalität jedoch nicht viel ableiten*»).

652 NAY, *ZStrR* 1994, S. 177 («*Jede Verbesserung in Richtung von im Quervergleich gerechteren Strafen lohnt einen entsprechenden Aufwand*»); SEELMANN 2023, S. 286 ff.; STRATEN-WERTH/BOMMER 2020, § 5 N 80.

B. Strafrahmen als Vorgaben zur ordinalen Proportionalität

- 207 Wie hiervoor gesehen, bewerten Sachgerichte in einem ersten Schritt die Tat schwere und ordnen die Tat allenfalls bereits nach der objektiven Tatkomponente ein erstes Mal im Strafrahmen ein.⁶⁵³ Einzige *absolute* Anhaltspunkte bieten dabei die Unter- und Obergrenze des anwendbaren Strafrahmens. Innerhalb des Strafrahmens stellen sich bei der Einordnung jedoch mehrere Probleme.
- 208 Die Bewertung des Verschuldens erfolgt in Bezug zu einem konkreten Tatbestand, weshalb auch bei einem Tötungsdelikt ein bloss leichtes Verschulden möglich ist.⁶⁵⁴ Allerdings ist unklar, wie innerhalb des Strafrahmens (vertikale) ordinale Proportionalität herzustellen ist, also wie sich die denkbaren Schweregrade verteilen. In Deutschland wird regelmässig von einer «*kontinuierlichen Schwereskala*»⁶⁵⁵ gesprochen.⁶⁵⁶ Diese kann nun aber linear⁶⁵⁷, degressiv oder progressiv⁶⁵⁸ kontinuierlich sein (verdeutlicht am Beispiel des Strafrahmens der sexuellen Nötigung [Art. 189 StGB]; Abbildung 1).⁶⁵⁹ Je nach gedachter Skala unterscheidet sich die Platzierung eines bspw. mittleren Verschuldens im Strafrahmen massiv.

653 Vorne Rz. 162.

654 MATHYS 2019, N 289; zu den Alternativen vgl. GIANNOULIS 2014, S. 181 ff.

655 BRUNS 1967, S. 61.

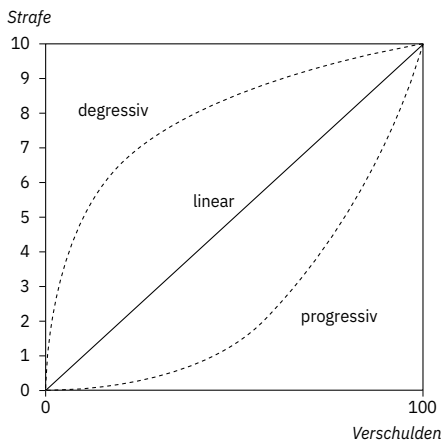
656 Vgl. SEELMANN 2023, S. 286 f. («*Schwereskala*»); ferner für Deutschland ALBRECHT H.-J. 1994, S. 97 («*kontinuierliche Schwereskala*»); BRUNS 1967, S. 61 («*kontinuierliche Schwereskala*»); BRUNS, ZStW 1982, S. 116 («*kontinuierliche Strafenstaffelung*»); FRISCH, Crim. Law For. 2017, S. 451 ff.; MAURER 2005, S. 190 ff.; MONTENBRUCK 1983, S. 33 («*kontinuierliche Schwereskala*»); SILVA SÁNCHEZ, in: FS-Hassemer 2010, S. 628 («*einer graduellen Bewertung zugängliche materielle Größen*»); kritisch STRENG 1984, S. 42 ff.; ablehnend MüKo StGB-MAIER, § 46 N 82. Zur ausführlichen Diskussion, dass dies auch anders gesehen bzw. gelöst werden kann, GIANNOULIS 2014, S. 231 ff., zudem auch zur asymmetrischen Strafrahmenssegmentierung S. 225; zu Letzterer auch schon GRASSBERGER 1932, S. 79; ferner ALBRECHT H.-J. 1994, S. 284 f., der zeigen konnte, dass der Strafrahmen wohl keine determinierende Wirkung auf das ausgefallte Strafmass hat.

657 So wohl DREHER 1947, S. 62; KÖBERER 1996, S. 110; MATHYS 2019, N 289 f.; STRENG 1984, S. 42.

658 So soll das Strafleiden mit zunehmender Dauer der Freiheitsstrafe verhältnismässig abnehmen, was für eine progressive Skala spräche, vgl. GIANNOULIS 2014, S. 230 ff., insb. 272 ff.; HAAG 1970, S. 63, 73 f. Andere hingegen gehen im Gegenteil davon aus, das Strafübel nehme kontinuierlich zu, wodurch letztlich ab einer gewissen Strafhöhe eine degressive Skala notwendig wäre, damit auf allen Stufen eine schuldadäquate Strafe resultiert, HÖRNLE 1999, S. 176 ff., m. w. H.

659 Zu diesem Problem auch MAURER 2005, S. 190 f.; offengelassen bei: FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 160 f. (zwischen linear und progressiv); HAUSER 1985, S. 48, 81 f.; SEELMANN 2023, S. 287 (zwischen linear und progressiv).

Abbildung 1: Verhältnis von Verschulden und Strafe (Varianten)



Das Bundesgericht scheint von einem linearen Verhältnis auszugehen: Ein mittleres Verschulden soll bei einem Strafraumen von fünf bis 20 Jahren einer Freiheitsstrafe von in der Regel zehn bis 15 Jahren entsprechen.⁶⁶⁰ Demgegenüber wird verschiedentlich festgestellt, dass sich Gerichte am unteren Ende der Strafraumen orientieren und nur in seltenen Konstellationen Strafen in der oberen Hälfte ausfällen würden.⁶⁶¹ Selbst wenn dies zutreffen sollte, muss dieser Umstand nicht gegen eine lineare Skala sprechen, weil durchaus anzunehmen ist, dass die häufigsten Fälle eher von geringer Schwere sind.⁶⁶² Ein mittleres Verschulden kann je nach Delikt bereits eine seltene Erscheinung sein und hat nichts mit einem durchschnittlichen Fall zu tun.

Grundsätzlich scheint aufgrund der damit zu gewinnenden Kongruenz von verbaler Bewertung (leicht, mittel, schwer) und entsprechender Einordnung im Strafraumen ein lineares Verständnis vorzugswürdig. Die gesetzliche Abstufung der Strafraumen weist allerdings eine deutlich zu geringe Präzision auf, um eine lineare Skala für alle Tatbestände gleichermassen strikt anzuwenden,⁶⁶³ was anhand des Diebstahlstatbestands verdeutlicht werden soll.

660 BGer, 6B_86/2023 vom 7. August 2023, E. 3.3; vgl. auch BGer, 7B_454/2023 vom 27. März 2024, E. 3.3.1; BGer, 6B_200/2013 vom 26. September 2013, E. 12.4; vgl. aber BGer, 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3, wonach eine Einsatzstrafe von acht Jahren beim selben Strafraumen bereits im «mittleren» Bereich liege.

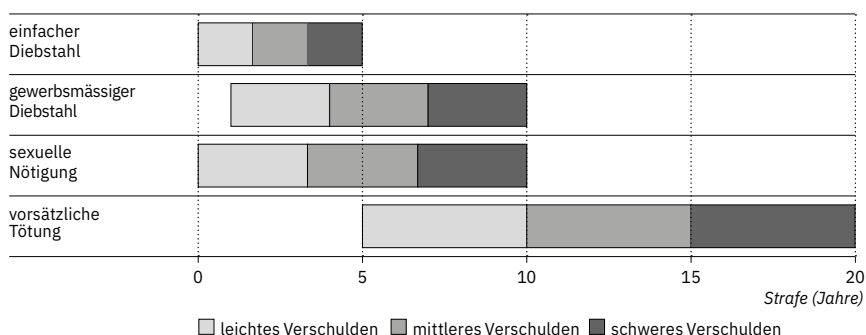
661 ALBRECHT P., ZStrR 2017, S. 467 f.; NIGGLI/MAEDER, in: FS-Wiprächtiger 2011, S. 419; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 19 f.; so auch Bericht Harmonisierung, S. 10.

662 Vgl. NIGGLI/MAEDER, in: FS-Wiprächtiger 2011, S. 419; SEELMANN 2023, S. 287; ferner allgemein HÖRNLE 1999, S. 189 und 372.

663 Vgl. die Nachweise in Fn. 650; gleich zur Lage in Deutschland: HÖRNLE, in: Das strafende Gesetz 2010, S. 120; NK StGB-STRENG, § 46 N 117.

- 211 Um vertikal-ordinale Proportionalität herzustellen, hätte ein Gericht in einem ersten Schritt den konkreten Fall anhand des Verschuldens linear im Strafrahmen einzuordnen.⁶⁶⁴ Ginge man von einer zunächst nur groben Drittelung des Strafrahmens in leicht, mittel und schwer aus, dann müsste ein schweres Verschulden beim einfachen Diebstahl zu einer Einsatzstrafe von über drei Jahren Freiheitsstrafe führen. Beim gewerbsmässigen Diebstahl entspräche ein schweres Verschulden bereits einer Strafe von über sechs Jahren. Dies mutet bereits intuitiv deutlich zu hoch an und stellt sich spätestens beim Blick auf andere Delikte auch als zu hoch heraus (Abbildung 2).

Abbildung 2: Lineare Strafrahmen im ordinalen Vergleich



- 212 Ein schwerer einfacher Diebstahl wäre nach diesem Vorgehen gleich zu bestrafen wie ein mittelschwerer gewerbsmässiger oder wie eine mittelschwere sexuelle Nötigung. Würde der Strafrahmen nun beim Diebstahl konsequent so ausgenutzt, liessen sich bei der sexuellen Nötigung kaum Strafen ausfallen, die dazu jeweils ordinal proportional wären. Mit anderen Worten konfliktieren hier die Anforderungen an vertikale und horizontale ordinale Proportionalität, weil der Strafrahmen für den Diebstahl zu weit ist und die verschiedenen Strafrahmen nicht präzise aufeinander abgestimmt sind.⁶⁶⁵ Weil nun kaum sinnvoll sein dürfte, den Strafrahmen der sexuellen Nötigung und anderer Delikte nun ihrerseits nach oben zu erweitern, und diese Option den Gerichten ohnehin nicht zur Verfügung steht, müssen sie die Verschuldensproportionalität

664 A. A. KIENERH., ZStrR 2007, S. 364, der als Negativbeispiel den Vergewaltigungstatbestand anführt, wonach für ein mittleres Verschulden dann eine Strafe im Bereich von fünfzehn Jahren festzulegen wäre; vgl. auch STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 80 («Schuld und Strafe sind nicht miteinander vergleichbar»).

665 So z. B. auch für Art. 19 Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (BetmG; SR 812.121) ALBRECHT P., in: FS-Rehberg 1996, S. 13; vgl. ferner KASPAR 2018, S. C 47 f.

anders wahren. In diesen Fällen ist es richtig und durch das Verschuldensprinzip geradezu vorgeschrieben, den horizontal-ordinal gesehen zu weiten Strafraumen nicht auszunutzen und sich am unteren Ende des Rahmens zu orientieren.⁶⁶⁶

Dazu sind drei Dinge zu bedenken. Erstens sollten sich Gerichte ganz grundsätzlich (und transparent) damit auseinandersetzen, wie sie Strafraumen verstehen,⁶⁶⁷ insbesondere dann, wenn sie diesen faktisch teleologisch reduzieren und sich auch bei mittlerem oder schwerem Verschulden in der unteren Hälfte bewegen. Zweitens sind Überlegungen wie die vorangehenden für jeden Tatbestand gesondert anzustellen. So ist eine lineare Skala beim Tatbestand der vorsätzlichen Tötung, wie sie das Bundesgericht zu verstehen scheint, nicht gleich absurd wie beim Diebstahl. Drittens sollten Gerichte hier zurückhaltend vorgehen. Die Strafraumen sind grundsätzlich verbindlich und entsprechend auch auszuschöpfen.⁶⁶⁸ Es wäre vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, die Strafraumen konsequenter am Unrechtsgehalt auszurichten und so horizontale ordinale Proportionalität zu wahren.⁶⁶⁹

C. Komparative Verschuldensbewertung

Angesichts dieser schwierigen Ausgangslage stellt sich die Frage, wie Gerichte nun die diversen Proportionalitätsanforderungen im Einzelfall erfüllen sollen. In der einschlägigen Lehre scheint sich immer mehr die Ansicht durchzusetzen, dass angesichts der Wertungsunsicherheiten ein komparativer Ansatz zu verfolgen und möglichst auf einen richterlichen Wertungskonsens

666 Vgl. HÖRNLE 1999, S. 190. Weil so in der Auslegung und Rechtsanwendung eine verschuldensadäquate Strafe gefunden werden kann, verstossen zu grosse Strafraumen nicht schon prinzipiell gegen das Verschuldensprinzip. A. A. im Hinblick auf Art. 19 BtmG ALBRECHT P., in: FS-Rehberg 1996, S. 13 («[...] die generalpräventiv überzogenen Strafraumen des Art. 19 BtmG [sind] mit dem Schuldprinzip nicht in Einklang zu bringen»).

667 Vgl. die ähnliche Forderung von HÖRNLE, in: Das strafende Gesetz 2010, S. 121.

668 GERMANN 1946, S. 74.

669 Vgl. HÖRNLE 1999, S. 185 f.; zurückhaltender jedoch dann HÖRNLE, in: FS-Philipps 2005, S. 408 f.; vgl. auch ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 57. Mit seiner Harmonisierungsvorlage hat der Gesetzgeber das zumindest kürzlich, wenn auch unbeholfen, versucht. Bedauerlicherweise hat er den Strafraumen für die qualifizierten Vermögensdelikte am falschen Ende eingeschränkt, vgl. Botschaft Harmonisierung, S. 2830; Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen vom 17. Dezember 2021 (BBl 2021 2997); ferner Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts vom 16. Juni 2023 (BBl 2023 1521); kritisch auch BOMMER, ZStrR 2019, S. 267 ff., wenn auch aus anderen Gründen. Ähnlich hat der Gesetzgeber in Deutschland die Strafraumen für Delikte gegen Leib, Leben und Freiheit erhöht, anstatt diejenigen für die Vermögensdelikte einzuschränken, vgl. NK StGB-STRENG, § 46 N 6.

abzustellen ist.⁶⁷⁰ Weil die «*angemessene Schwere des Strafübels [...] keine absolute Grösse [ist], die einer bestimmten Tat mit universellem Gültigkeitsanspruch zugeordnet werden kann [...]*»,⁶⁷¹ lässt sie sich nur «*relativ zum Schweregehalt anderer Taten*»⁶⁷² bewerten.⁶⁷³ Somit ist ein vergleichendes Vorgehen notwendig,⁶⁷⁴ wozu auch die Gerichte regelmässig schreiten.⁶⁷⁵ Hier tritt die Bedeutung rechtsgleicher Behandlung klar hervor. Weil sich die schuldadäquate Strafe nur in Relation zu anderen Straftaten finden lässt, betrifft Ungleichbehandlung nicht «bloss» das Gleichheitsgebot nach Art. 8 BV, sondern auch die Rechtsrichtigkeit nach Art. 47 StGB. Rechtsgleichheit ist mit anderen Worten *zwingende* Vorbedingung für individuell angemessene Strafzumessung im Einzelfall.

215 Gegen ein vergleichendes Vorgehen wird immer wieder vorgebracht, Gleichheit sei keine *hinreichende* Bedingung für angemessene Strafzumessung. SUMMERS bringt den Einwand auf den Punkt, wenn sie als Antwort auf den Ruf nach mehr «*consistency*» in der Strafzumessung fragt: «*but consistent with what?*»⁶⁷⁶ Eine relativ gleiche Strafzumessung garantiere keine schuldproportionale oder gerechte Strafe.⁶⁷⁷

216 So zugespitzt trifft dieser Vorwurf zu. Ein solcher Anspruch wird gar nicht erhoben. Allerdings trifft er in erhöhtem Masse auf die herkömmliche Strafrechtsdogmatik zu, welche zur Auffindung des konkret angemessenen

670 HÖRNLE 1999, S. 364 ff.; KOHN 2021, S. 341 f.; MAURER 2005, S. 206 ff.; NKStGB-STRENG, § 46 N 119 ff.; STRENG, StV 2018, S. 598.

671 HÖRNLE 1999, S. 155; ähnlich HAUSER 1985, S. 161.

672 HÖRNLE 1999, S. 155. Dabei soll hier nicht HÖRNLES Lehre der tatproportionalen Strafzumessung in Reinform übernommen werden. Vielmehr lassen sich einzelne zentrale Erkenntnisse für den verschuldensgeleiteten Teil der Schweizer Strafzumessung übertragen.

673 HÖRNLE 1999, S. 155; ferner ALBRECHT H.-J. 1994, S. 97; KOHN 2021, S. 339; LEIBOVITCH, NULR 2017, S. 1215; ROSTALSKI/VÖLKENING, KriPoZ 2019, S. 268; VERREL, in: FS-Wolter 2013, S. 802; für die ältere Schweizer Lehre vgl. die Nachweise bei HAUSER 1985, S. 34.

674 DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 22 und dort Fn. 21; GISELBUGNION 1978, S. 60 f.; HAUSER 1985, S. 160; KIENER H., ZStrR 2007, S. 362; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1202; KOHN 2021, S. 339; ROSTALSKI/VÖLKENING, KriPoZ 2019, S. 268; NKStGB-STRENG, § 46 N 119 ff.; PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 42.

675 Vorne Rz. 169 ff.

676 SUMMERS 2022, S. 16.

677 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 7; ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 53 («*Ausgeklammert bleibt also, ob die übliche auch die richtige Strafe ist*»); ARZT, in: FS-Stree/Wessels 1993, S. 57; CORBOZ, ZBJV 1995, S. 2 («*mais rien ne dit que le traitement moyen soit juste*»); KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 44; SUMMERS 2022, S. 158 («*treating people equally will not necessarily mean treating them rightly*»); TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 77.

Strafmasses bisher nur wenig beizutragen vermochte. Deshalb stellt ein vergleichendes Vorgehen auch keine Alternative dar, sondern setzt vielmehr ergänzend dort ein, wo die herkömmliche Dogmatik aufhört, nämlich bei der konkreten Bewertung des Sachverhalts im Rahmen der vagen theoretischen Vorgaben.⁶⁷⁸ Nicht zu vergleichen würde bedeuten, neben der fehlenden Garantie für absolute Richtigkeit zusätzlich auf jegliche relative Richtigkeit zu verzichten.⁶⁷⁹ Zudem dürften sich mit zunehmender Fallzahl und damit zunehmender Intersubjektivität – im Sinn einer richterlichen «*Schwarmintelligenz*»⁶⁸⁰ – auch Implikationen für die absolute Richtigkeit ergeben.⁶⁸¹ Der «*intersubjektive Kompromiss über die richtige Strafe [...] [kennzeichnet] die absolute Gerechtigkeit im Sinne von Schuldadäquanz für den fraglichen Einzelfall*»,⁶⁸² Wie der Vergleich praktisch zu ziehen ist, darauf wird im letzten Teil dieser Arbeit zurückzukommen sein.⁶⁸³

II. Unzulänglichkeit der Gesetzesbindung

Der *Rechtsanwendung* kommt mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot dann eine besonders wichtige Rolle zu, wenn die betroffene Gesetzesnorm selbst eine Gleichbehandlung nur unzureichend sicherstellt. Anforderungen an eine einheitliche Praxis sind umso höher, je grösser der Ermessensspielraum der entscheidenden Behörden ist.⁶⁸⁴ In der Strafzumessung könnten die Anforderungen an die Gerichte in Bezug auf gleiche Rechtsanwendung deshalb kaum höher sein: Erstens ist das Gesetz hochgradig unbestimmt (A.) und belässt den Sachgerichten zweitens einen grossen Ermessensspielraum (B.).

A. Ungenügende Gesetzeslage

Auch im Strafrecht ist anerkannt, dass berechenbare und vergleichbare Rechtsanwendung zunächst hinreichend bestimmte Gesetze voraussetzt.⁶⁸⁵ Entsprechend findet sich das strafrechtliche Legalitätsprinzip als eine der

678 So auch MAURER 2005, S. 152, 196 und mahndend zur Alternative auf S. 191 f.; ferner SILVA SÁNCHEZ, in: FS-Hassemer 2010, S. 630.

679 Vgl. die ähnliche Argumentation bei HAUSER 1985, S. 167.

680 KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 45.

681 Vgl. FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 162.

682 STRENG 1984, S. 306; ähnlich MAURER 2005, S. 223.

683 Hinten Rz. 587 ff.

684 Vorne Rz. 78 ff.

685 BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 45; ROXIN/GRECO 2020, § 5 N 3.

zentralsten Regeln an prominenter Stelle in Art. 1 StGB (und auch in Art. 7 Abs. 1 EMRK) wieder.⁶⁸⁶ Dem Prinzip kommt materieller Verfassungsrang zu (Art. 5 Abs. 1, Art. 9 und Art. 164 Abs. 1 lit. c BV).⁶⁸⁷ Das Bestimmtheitsgebot als Ausfluss des Legalitätsprinzips gibt vor, dass nur dasjenige Verhalten bestraft werden darf, das gesetzlich ausdrücklich (und präzise) unter Strafe gestellt ist.⁶⁸⁸

219 Sowohl die Umstände strafbaren Verhaltens als auch dessen *Folgen* müssen mit einem «den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit» erkennbar sein.⁶⁸⁹ Der geforderte Bestimmtheitsgrad hängt gemäss Bundesgericht «unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab».⁶⁹⁰ Weil sich der Bestimmtheitsgrad nicht abstrakt definieren oder klar ermitteln lässt und weil die Rechtsprechung das Bestimmtheitsgebot «mehr als Problem der Rechtsetzungsdelegation denn als eine strafrechtliche Garantie»⁶⁹¹ betrachtet, ist dessen Schutzwirkung schwach.⁶⁹² Weiter geschwächt wird es dadurch, dass das Bundesgericht mit einem Teil der Lehre auf den Sinn des Gesetzes abstellen will und nicht auf den Wortlaut der Bestimmung.⁶⁹³

220 Die Bestimmtheits-Diskussion dreht sich zudem primär um die *Tatbestandsseite*, also die Voraussetzungen der Strafbarkeit.⁶⁹⁴ Die hier im Zentrum stehenden *Rechtsfolgen* werden regelmässig bloss am Rande behandelt.⁶⁹⁵ STRATENWERTH weist immerhin und zu Recht darauf hin, dass bei Strafmilderung dem Gericht teilweise die gesamte Skala aller möglichen Strafen offen-

686 COHEN 2015, S. 1; HK StGB-WOHLERS, Art. 1 N 1; zur Geschichte vgl. CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 5 ff.; ROXIN/GRECO 2020, § 5 N 12 ff.; STRATENWERTH 2011, § 4 N 3 ff.

687 BGE 145 IV 513, E. 2.3.1; BGE 138 IV 13, E. 4.1; CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 10a; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 8; STRATENWERTH 2011, § 4 N 6; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 1; HK StGB-WOHLERS, Art. 1 N 1.

688 BGE 145 IV 513, E. 2.3.1; BGE 141 IV 279, E. 1.3.3; PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 20.

689 BGE 145 IV 513, E. 2.3.1; BGE 141 IV 279, E. 1.3.3; HK StGB-WOHLERS, Art. 1 N 7 f.

690 BGE 138 IV 13, E. 4.1.

691 BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 45.

692 Vgl. AK StGB-GRAF, Art. 1 N 18; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 45; STRATENWERTH 2011, § 4 N 10.

693 PK StGB-TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 1 N 23, m. w. H.; ferner COHEN 2015, S. 19 f., 24 f.; GRAF 2011, S. 86 ff.

694 BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 23; STRATENWERTH 2011, § 4 N 15; vgl. aber SEELMANN 2023, S. 205 ff.

695 Vgl. SUMMERS 2022, S. 22.

stehe, was auf einen Verzicht des Gesetzgebers hinauslaufe, Art und Mass der Sanktion festzulegen.⁶⁹⁶ Bei der Rechtsfolge sei das Legalitätsprinzip «*noch zahlloser [...] als ohnehin schon*».⁶⁹⁷

Andere sehen in der Unbestimmtheit auf der Rechtsfolgenseite hingegen kein Problem, denn das Legalitätsprinzip beschränke sich bezüglich der Sanktion auf die Berechenbarkeit des Entscheides *ex post*.⁶⁹⁸ Was das bedeuten soll und woraus sich dieser Schluss ergibt, bleibt unklar. Wahrscheinlich ist damit gemeint, dass es genüge, wenn eine Strafe ausgefällt wird, die gesetzlich vorgesehen ist. Weil sie gesetzlich vorgesehen ist, war *ex post* auch damit zu rechnen. Nach dieser Logik würde es jedoch auch genügen, wenn alle Delikte nur noch allgemein mit «Strafe» bedroht wären, solange ein *numerus clausus* an Straforten besteht und eine gesetzliche Unter- und Obergrenze pro Strafort festgelegt ist. Wenn das den Anforderungen an das Legalitätsprinzip, an die Erkennbarkeit der Folgen des eigenen Verhaltens genügen soll, dann ist das Prinzip für die Rechtsfolgenseite des Strafrechts heute praktisch bedeutungslos.⁶⁹⁹

Der EGMR fokussiert in seiner Rechtsprechung zu Art. 7 EMRK demgegenüber auf die Voraussehbarkeit einer Bestrafung *ex ante*.⁷⁰⁰ Was zunächst nach einem stärkeren Schutz als Art. 1 StGB klingt, wird durch diverse Einschränkungen vermindert. So genügt es gemäss EGMR bereits, wenn sich die Voraussehbarkeit erst durch eine gefestigte und zugängliche Rechtsprechung oder durch Inanspruchnahme einer juristischen Beratung ergibt.⁷⁰¹ Im Prinzip soll genügen, wenn die Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen festgesetzt wurde.⁷⁰² Das entspricht auch der Formulierung von Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK: «*Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed*». Entsprechend dürfte sich der EGMR mit der gesetzlichen Ausgangslage in der Schweiz zufriedengeben,

696 STRATENWERTH 2011, § 4 N 16; ähnlich für Deutschland ROXIN/GRECO 2020, § 5 N 80 ff.

697 BOMMER, ZStrR 2019, S. 274.

698 CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 32a; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 48.

699 Vgl. zu diesem Gedanken schon PETERS 1932, S. 54.

700 Vgl. die Urteile in Fn. 701; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 50; ferner CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 32d.

701 EGMR [GK], 42750/09 (Del Río Prada gg. Spanien) vom 21. Oktober 2013, Ziff. 77 ff., 91 ff.; EGMR, 12157/05 (Liivik gg. Estland) vom 25. Juni 2009, Ziff. 93; EGMR [GK], 21906/04 (Kafkaris gg. Zypern) vom 12. Februar 2008, Ziff. 140; EGMR, 14307/88 (Kokkinakis gg. Griechenland) vom 25. Mai 1993, Ziff. 52 und 40; CR CPI-HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Art. 1 N 14a; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 49 f.; ROXIN/GRECO 2020, § 5 N 86, die von einem «Übergangsbonus» zugunsten des Vereinigten Königreichs sprechen; SUMMERS 2022, S. 54.

702 SUMMERS 2022, S. 55, m. w. H.

solange eine Strafe innerhalb des Strafrahmens liegt, da der Strafrahmen ohne Weiteres dem Gesetz entnommen werden kann und voraussehbar ist, dass die Strafe innerhalb dieses Rahmens zu liegen kommen wird.⁷⁰³ Artikel 7 EMRK bietet somit keinen weitergehenden Schutz als Art. 1 StGB.

223 Durch die weiten Strafrahmen und die rudimentäre Regelung von Art. 47 StGB ist die Rechtsfolgeseite (Strafe) in hohem Masse unbestimmt.⁷⁰⁴ In dieser Situation bietet das Legalitätsprinzip kaum Schutz.⁷⁰⁵ *«Je unbestimmter Strafgesetze sind, umso mehr tritt das Einzelfallermessen als Urteilsgrundlage in den Vordergrund.»*⁷⁰⁶

224 Art. 47 StGB nennt immerhin die zentralen Bemessungskriterien der Strafe und damit die relevanten *tertia comparationis* für Vergleiche. Es kann aber kaum behauptet werden, der Gesetzgeber habe im Sinn des Optimierunggebots sein Möglichstes getan, den Gerichten die Voraussetzungen für eine rechtssichere und rechtsgleiche Strafzumessung bereitzustellen.⁷⁰⁷ Das hat zur Folge, dass umso höhere Anforderungen an die Rechtsanwendung zu stellen sind. Hier macht vor allem auch die Perspektive des EGMR deutlich, was sich bereits aus dem Gebot der Rechtsgleichheit ergibt: In Abwesenheit genügend bestimmter gesetzlicher Grundlagen kann nur eine rechtsgleiche (gefestigte) und transparente (zugängliche) Praxis Abhilfe schaffen.⁷⁰⁸ Das heisst die Achtung von Präjudizien ist gerade in diesem Bereich besonders wichtig.⁷⁰⁹

B. Erhebliches Ermessen

225 Die offene Natur der gesetzlichen Grundlagen hat Folgen für den gerichtlichen Beurteilungsspielraum. Wird über Strafzumessung geschrieben, dann findet sich in der Regel auch ein Hinweis auf das grosse gerichtliche Ermessen in diesem Bereich.⁷¹⁰ Dieses Ermessen ist aus der hier interessierenden Optik der Rechtsgleichheit notwendig, birgt aber gleichzeitig ein erhebliches Risiko.

703 Oder er im Fall der Tatmehrheit um maximal 50 % nach oben erweitert wird.

704 ALBRECHT P., ZStR 2017, S. 444; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 3; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 7; für die Kritik an der vergleichbaren deutschen Bestimmung, vgl. z. B. HERZ, Ger. Law J. 2020, S. 1630 f.

705 Vgl. SUMMERS 2022, S. 59.

706 BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 45.

707 Vgl. für Optimierungspotenzial durch den Gesetzgeber hinten Rz. 576 ff.

708 DUBS 1949, S. 160 (*«Forderung nach möglichst weitgehender Konstanz der Praxis»*); SCHWEIZER R. 1974, S. 21 f., 73, 79 f., 151, 159 f.; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 203.

709 DUBS 1949, S. 163; ferner BIAGGINI 1991, S. 361.

710 Statt vieler, BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 13; zum Begriff des Ermessens im Detail hinten Rz. 333 ff.

Das Risiko des Ermessens liegt darin, dass es den Entscheidungsprozess anfällig für sachfremde Einflüsse macht, ohne dass sich dies aufdecken liesse.⁷¹¹ Dadurch erhält die Entscheidung etwas Zufälliges. Zufällige Entscheide vertragen sich nicht mit den zentralen Forderungen einer rechtsgleichen und rechtssicheren Strafzumessung.⁷¹² Deshalb stehen Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit per se in einem gewissen Spannungsverhältnis mit richterlichem Ermessen.⁷¹³

Strafrichterliches Ermessen ist als eigentliche Errungenschaft zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit jedoch auch notwendig.⁷¹⁴ Ermessen verschafft dem Differenzierungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV Nachachtung, wonach dem Einzelfall «*in optimaler Weise Rechnung*» zu tragen, Ungleiches entsprechend ungleich zu behandeln ist.⁷¹⁵ Eine Strafzumessung gänzlich ohne Ermessen müsste nach Entscheidungsregeln erfolgen, die einen unvorstellbar hohen Detaillierungsgrad aufweisen müssten, um der Komplexität der real anzutreffenden Sachverhalte auch nur ansatzweise gerecht zu werden. Das ist kaum zu schaffen.⁷¹⁶ Viel wahrscheinlicher ist, dass die Strafzumessung dann nach starren, holzschnittartigen Regeln erfolgt und so im Einzelfall zu ungerechten Ergebnissen führt.⁷¹⁷

Zu einseitig ist jedoch die Position einzelner Literaturstimmen, die sich vehement dagegen wehren, richterliches Ermessen als (Mit-)Ursache für Rechtsunsicherheit zu benennen.⁷¹⁸ Das könne man nur tun, wenn man richterliches Ermessen mit Rechtsunsicherheit gleichsetze, und dann müsse man eigentlich «*das richterliche Ermessen insgesamt abschaffen*».⁷¹⁹ Damit kehre man ins Mittelalter zurück.⁷²⁰ Teilweise wird auch behauptet, die stärkere Kontrolle der Ermessensausübung im Bereich der Strafzumessung führe selbst zu Rechtsunsicherheit.⁷²¹

711 Vgl. KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 37.

712 Vgl. SCHWEIZER R. 1974, S. 26, dazu, dass die Rechtssicherheit das Zufällige überwinden will.

713 Vgl. hinten Rz. 363 ff.; HARRIS 2022, S. 29, 77 ff.

714 Vgl. KILLIAS, ZStrR 2018, S. 82.

715 SCHINDLER, in: Akteure der Gerichtsbarkeit 2007, S. 149 f.; SCHINDLER 2010, S. 321 ff.

716 PFENNINGER, SJZ 1934, S. 196.

717 Vgl. z. B. HÖRNLE, GA 2019, S. 285; KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 36 f.; SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, S. 207.

718 NIGGLI/MAEDER, in: FS-Wiprächtiger 2011, S. 422 («*ungeheuerlich*»); BSKStGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 22c.

719 NIGGLI/MAEDER, in: FS-Wiprächtiger 2011, S. 422.

720 NIGGLI/MAEDER, in: FS-Wiprächtiger 2011, S. 422.

721 SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, S. 221, welche dies mit dem Ausweichverhalten der Gerichte begründen; ohne Begründung hingegen ARZT, recht 1994, S. 143; ROXIN/GRECO 2020, § 5 N 75.

- 229 Nüchtern betrachtet muss allerdings klar festgestellt werden: Wo das richterliche Ermessen gross ist, besteht auch mehr Entscheidungsfreiheit,⁷²² mehr Raum für sachfremde Einflüsse⁷²³ und damit im Ergebnis wohl auch mehr Rechtsunsicherheit und -ungleichheit.⁷²⁴ Mit diesem Gedanken gleich die Abschaffung des richterlichen Ermessens zu verbinden, ist übertrieben. Dies wäre nur dann gerechtfertigt, wenn Rechtssicherheit das einzige, absolut zu verfolgende Ziel wäre. Das ist es aber nicht und wird auch – soweit ersichtlich – von niemandem ernsthaft behauptet. Vielmehr geht es um eine quantitative Frage: Wie viel Rechtsunsicherheit, wie viel Rechtsungleichheit ist notwendig, um eine einzelfallgerechte Strafzumessung zu ermöglichen? Wer sich für mehr Rechtssicherheit starkmacht, verlangt eine Einschränkung und engmaschigere Kontrolle richterlichen Ermessens und nicht dessen Abschaffung. Es geht um praktische Konkordanz mehrerer sich teilweise widersprechender Grundsätze.⁷²⁵
- 230 Wer ernsthaft nach der goldenen Mitte sucht – was der Staat aufgrund des Optimierungsgebots tun muss –⁷²⁶, kann nicht einseitig auf Individualisierung abstellen, ohne mindestens ebenso ernsthaft nach der Rechtsgleichheit zu fragen.⁷²⁷ Das gilt umso mehr, als sich die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht unabhängig von anderen Fällen vollziehen lässt, weil deren Bewertung relativ erfolgt.⁷²⁸ Differenzierung muss primär verschuldensproportional erfolgen.
- 231 In der Strafzumessung ist mit Blick auf die Rechtsgleichheit *«nach einheitlichen, über den Einzelfall hinaus gültigen Kriterien vorzugehen, mit anderen Worten eine Praxis zu bilden»*.⁷²⁹ Dabei genügt es nicht, dass allen Richtern und Richterinnen dieselbe Freiheit (derselbe Grad an Ermessen) bei der Strafzumessung zukommt.⁷³⁰ Gleiche Fälle sind möglichst gleich zu

722 Vgl. COHEN 2015, S. 2; STRATENWERTH 1989, § 7 N 3.

723 So auch KIENER R. 2001, S. 7; vgl. auch HAUSER 1985, S. 158.

724 Vgl. ALBRECHT P., ZStrR 2003, S. 344; HARRIS 2022, S. 61, m. w. H.; HERZ, Ger. Law J. 2020, S. 1633; HÖFER 2003, S. 153; STRENG 1984, S. 316.

725 Vgl. SCHWEIZER R. 1974, S. 79; zum Optimierungsgebot vorne Rz. 94 ff.

726 PFEIFFER H., in: Strafzumessung 1989, S. 307, die Wortmeldung von Streng zusammenfassend.

727 Abzulehnen deshalb die Ansicht von OBERHOLZER, in: Strafen ohne Augenmass 2016, S. 34, wonach ein stärkerer Fokus auf Gleichbehandlung zu mehr Ungerechtigkeit führe; vgl. die berechnete Frage von JUNG/MORSCH, in: GS-Walter 2014, S. 707: *«Wie weit kann man die Individualisierung treiben, ohne dass der generalisierende Duktus des für jedermann gleichermaßen geltenden (strafrechtlichen) Verbots verloren geht?»*

728 Vorne Rz. 169 ff. und 199 ff.

729 BGE 125 II 152, E. 4.c.aa; BIAGGINI 2017, Art. 8 N 12; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 40.

730 So aber wohl ARZT, recht 1994, S. 142; so offenbar auch die französische Doktrin PIN, GA 2015, S. 662.

bestrafen.⁷³¹ Es reicht nicht aus, dass bloss die gleiche Chance auf eine rechtsgleiche Bestrafung besteht.

Die Forderung nach rechtsgleichem Umgang mit Ermessensspielräumen wirkt sich auch auf die Entscheidungsbegründung aus. Je grösser die Entscheidungsfreiheit des Gerichts ist, desto höher sind die Anforderungen an die Begründung.⁷³² So kann erwartet werden, dass sich Gerichte aufgrund des weiten Ermessens «*permanent um eine präzisere Urteilsbegründung*» bemühen.⁷³³ Weil schwerwiegende Grundrechtseingriffe zur Disposition stehen, sind an die Begründetheit von Gleich- oder Ungleichbehandlungen zusätzlich besonders hohe Anforderungen zu stellen.⁷³⁴ Die notwendige Begründungsdichte hängt also auch von der Strafschwere (inkl. Strafart) ab.⁷³⁵ Einlässliche Begründungen sind notwendige Bedingung für eine kohärente Praxis und damit für eine rechtsgleiche Behandlung der Rechtsunterworfenen.⁷³⁶ Damit einer solchen Praxis rechtssichernde Wirkung zukommen kann, muss sie auch bekannt oder zumindest zugänglich sein.⁷³⁷

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Angesichts der unklaren gesetzlichen Grundlage und des weiten Ermessensspielraums der Sachgerichte bei der Strafzumessung bedarf es einer möglichst einheitlichen, rechtsgleichen Strafzumessungspraxis, die zugänglich ist.

III. Konsequenzen von Ungleichheit

Neben diesen rechtlichen Überlegungen hat Ungleichheit in der Strafzumessung auch handfeste Konsequenzen. Weil die Rechtsfolge als Zahl ausgedrückt wird, lassen sich Ungleichheiten auch vermeintlich gut durch Beobachtende erkennen.⁷³⁸

Richterinnen und Richter erfüllen eine austauschbare Rolle. Sie entscheiden qua Funktion und nicht qua Persönlichkeit. So erwarten Betroffene

731 KGer GR, SK112 28 vom 1. November 2012, E. 4.b; PAREIN 2010, S. 184.

732 BGE 129 I 232, E. 3.3; SGKBV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 (Rz. 1-123) N 52; WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 30, m. w. H.

733 BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 22.

734 MEYER, AJP 2010, S. 1430; OESCH 2008, S. 70.

735 BGE 144 IV 313, E. 1.2; BGE 127 IV 101, E. 2.c; BGE 117 IV 112, E. 1 *in fine*; generell bei Strafen an der unteren oder oberen Grenze BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 6; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 427.

736 Vgl. MEYER, AJP 2010, S. 1417.

737 Zur Urteilspublikation hinten Rz. 299 ff.

738 ALBRECHT P., ZStrR 2006, S. 75; SCHINDLER, in: Akteure der Gerichtsbarkeit 2007, S. 143.

auch, dass die Bewilligung eines Baugesuchs nicht erheblich von der Persönlichkeit des beurteilenden Beamten abhängt.⁷³⁹

«[D]as Strafrecht ist nur glaubwürdig, wenn es konsequent und rechtsgleich durchgesetzt wird.»⁷⁴⁰

236 Das gilt besonders für die Strafzumessung. Erhebliche unbegründete Unstimmigkeiten in der Strafzumessung verletzen die Erwartungen an die Fairness und Gleichheit der Rechtsanwendung.⁷⁴¹ Als Folge leidet das Ansehen und die Glaubwürdigkeit der Justiz und des Rechtsstaats,⁷⁴² denn in der öffentlichen Wahrnehmung dürfte das Strafmaß *die* zentrale Information eines Strafverfahrens sein.⁷⁴³

237 Verliert die Strafjustiz an Glaubwürdigkeit, dann leidet auch eine positiv-generalpräventive Wirkung des Strafrechts. Denn eine normstabilisierende Wirkung von Strafe dürfte überhaupt nur dann zu erwarten sein, wenn das Strafrecht von seinen Adressaten ernst und als gerecht wahrgenommen wird.⁷⁴⁴ Dass sich hier in der Bevölkerung⁷⁴⁵ wenig Unmut zu entwickeln scheint, dürfte vor allem daran liegen, dass Ungleichheiten in der Strafzumessung aufgrund der Intransparenz des Vorgangs kaum erkennbar sind.⁷⁴⁶

238 Die Wirkung von Strafungleichheit geht noch weiter und trifft das System an empfindlicher Stelle: bei der Spezialprävention. Das Strafmaß stellt für die Verurteilten meistens den wichtigsten Teil des Urteils dar.⁷⁴⁷ Der spezialpräventive Erfolg einer Strafe hängt wesentlich von deren Akzeptanz

739 ARZT, in: FS-Stree/Wessels 1993, S. 65.

740 Bericht Harmonisierung, S. 10; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 22 und 201; auch DROST 1930, S. 170.

741 Vgl. KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 52 f. («Noise in evaluative judgements is problematic for a different reason. In any system in which judges are assumed to be interchangeable and assigned quasi-randomly, large disagreements about the same case violate expectations of fairness and consistency»); schon HOGARTH 1971, S. 6.

742 KILLIAS, in: FS-Gauthier 1996, S. 42; KOHN 2021, S. 105 f., 110; ROSTALSKI/VÖLKENING, KriPoZ 2019, S. 266; STRENG 1984, S. 16 f.

743 BRUNS/GÜNTGE 2019, S. 16; FRISCH 1971, S. 1 f.; vgl. auch OBERHOLZER, in: Strafen ohne Augenmaß 2016, S. 33.

744 DARLEY/ALTER, in: Behavioral Foundations of Public Policy 2013, S. 184 f.; GERMANN 1960, S. 31 f.; KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 36; KOHN 2021, S. 105 f.; MAURER 2005, S. 202; ROBINSON 2013, S. 156 ff., m. w. H.; ROSTALSKI/VÖLKENING, KriPoZ 2019, S. 266; SEELMANN 2023, S. 39; STRENG 1984, S. 16 f.; ZAMIR/TEICHMAN 2018, S. 438.

745 Zumindest bei der Bevölkerung in Freiheit; zu Inhaftierten sogleich Rz. 238.

746 Vgl. den ähnlichen Gedanken bei HÖRNLE, GA 2019, S. 293; auch KOHN 2021, S. 106.

747 FRISCH 1971, S. 1 f.; HASSEMER, ZStW 1978, S. 92; NINK 2020, S. 402; OBERHOLZER, in: Strafen ohne Augenmaß 2016, S. 33; SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, S. 736.

durch die verurteilte Person ab,⁷⁴⁸ welche ihrerseits von der wahrgenommenen Verfahrensfairness abhängt.⁷⁴⁹ Dabei dürfte üblich sein, dass inhaftierte Personen ihre Strafen untereinander vergleichen.⁷⁵⁰ Wer sich hier ungleich – also ungerecht – behandelt fühlt, wird die eigene Strafe weniger akzeptieren.⁷⁵¹ Dasselbe scheint generell zuzutreffen, wenn die Strafe härter ausfällt, als die beschuldigte Person erwartet hat; sie erlebt eine Haftstrafe dann sogar als einschneidender.⁷⁵² Auch aus diesem Grund drängt sich eine Priorisierung von Gleichbehandlung und Berechenbarkeit der Strafzumessung auf. Die Akzeptanz der eigenen Strafe dürfte zudem umso leichter fallen, wenn nachvollziehbar dargelegt wurde, dass auch in ähnlichen Fällen so gestraft wurde, anstatt dass abstrakt und wenig nachvollziehbar irgendein Strafmaß begründet wird.⁷⁵³

IV. Zwischenfazit

Rechtsgleichheitsüberlegungen müssten nach dem Gesagten eine zentrale 239 Rolle in der Strafzumessung spielen. Erstens sind Gleichheit und Vergleiche zu anderen Fällen essenzieller Bestandteil von Strafzumessung, weil die Schwerebewertung des Einzelfalls ein komparativer Prozess ist. Ohne ordinale Proportionalität lässt sich keine schuldadäquate Strafe finden.⁷⁵⁴ Zweitens müssen Gerichte das Manko an gesetzlicher Sicherstellung rechtsgleicher Strafzumessung selbst durch eine möglichst rechtsgleiche Praxis ausgleichen. Das gilt umso mehr, weil den Gerichten bei der Strafzumessung erhebliche Spielräume zukommen.⁷⁵⁵ Drittens hat Strafungleichheit reale,

748 MEIER 2019, S. 248.

749 Übersichtlich ATKINS/MAGUIRE/CLEERE, IJO 2023, S. 6 ff.; ferner NGUYEN/RIDGEWAY, JQ 2024, S. 4.

750 So jedenfalls in der Befragung von Inhaftierten von BÜRKI 1963, S. 24; ferner HAUSER 1985, S. 112 f.

751 STRENG 1984, S. 17; ferner CASPER, LSR 1978, S. 246 ff., 249; HOGARTH 1971, S. 7; KOHN 2021, S. 105, 109; MAURER 2005, S. 201 f.; MIDDENDORFF, in: Strafzumessung für Verkehrsdelikte 1969, S. 11; SEIB, Blutalkohol 1971, S. 18; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 203.

752 ATKINS/MAGUIRE/CLEERE, IJO 2023, S. 14 f.; SEXTON, Pun. & Society 2015, S. 130 f. («*punishment gap*»). Umgekehrt wird die Strafe teilweise dann als gerecht empfunden, wenn sie geringer ausgefallen ist als erwartet, vgl. BÜRKI 1963, S. 20 f.

753 Vgl. ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 51 f.

754 Vgl. vorne Rz. 199 ff.

755 Vgl. vorne Rz. 217 ff.

negative Konsequenzen, die möglichst zu vermeiden sind: Sie schadet der Glaubwürdigkeit der Justiz, was sowohl die positiv-generalpräventiven als auch die spezialpräventiven Effekte der Strafe abschwächt. Daraus resultiert ein normativer Auftrag, die Voraussetzungen für eine möglichst weitgehend gleiche Strafzumessung zu schaffen.⁷⁵⁶

240 Wie die einleitende Betrachtung der Strafzumessung in der Praxis bereits vermuten lässt, kommt der Rechtsgleichheit entgegen ihrem normativen Gewicht kaum praktische Bedeutung zu. Im folgenden Kapitel sollen die Gründe dafür auf ihre Stichhaltigkeit überprüft werden.

Kapitel 2: Praktische Irrelevanz

241 Der im Wesentlichen komparative Strafzumessungsvorgang kann nur dann annäherungsweise rechtsgleich erfolgen, wenn die Bewertung einheitlich erfolgt. Weil in den meisten Bereichen ausserhalb der Bagatellkriminalität keine Richtlinien existieren und es auch sonst an vereinheitlichenden Orientierungspunkten fehlt, bleibt einem Sachgericht nur der Vergleich mit früheren Fällen, um eine rechtsgleiche Behandlung sicherzustellen. Dabei würde man erwarten, dass ein offen vergleichendes Vorgehen integraler Bestandteil jeder Strafzumessung ist, gerade weil sie auf komparativen Bewertungen fusst.

242 Die praktische Realität ist jedoch eine andere. Gerichte wollen sich häufig nicht auf einen Vergleich behaften lassen und scheinen davon auszugehen, die Strafzumessung entziehe sich im Prinzip einem justiziablen Anspruch auf Gleichbehandlung. Diese Abwehrhaltung ist in kondensierter Form zum bundesgerichtlichen Textbaustein geworden:

«Der Grundsatz der Individualisierung und der dem Sachrichter vom Gesetz bei der Strafzumessung eingeräumte weite Ermessensspielraum führen nach der Rechtsprechung notwendigerweise zu einer gewissen, vom Gesetzgeber in Kauf genommenen Ungleichheit. Unterschiedliche Gewichtungen der massgebenden Faktoren sind zudem Folge der Unabhängigkeit des Richters, der weiten Strafrahmen, der freien Beweiswürdigung sowie des erheblichen Ermessens des Sachrichters. In dieser Hinsicht ist zu beachten, dass selbst gleich oder ähnlich gelagerte Fälle sich durchwegs massgeblich in zumessungsrelevanten Punkten unterscheiden. Die aus diesen Umständen resultierende Ungleichheit in der

756 PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 6 («Höchstmass an Gleichheit»); gleiche Formulierung bei SIMMLER/WEDER, ZStR 2019, S. 203 f.; ebenso BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 10; für Deutschland HÖRNLE 1999, S. 70, m. w. H.

Zumessung der Strafe reicht für sich allein nicht aus, um auf einen Missbrauch des Ermessens zu schliessen.»⁷⁵⁷

Dabei werden verschiedene Aspekte vermischt, sodass oft nicht klar wird, was nun genau gegen eine Gleichbehandlung im Einzelfall spricht. Vielmehr wird auf diese bundesgerichtliche Erwägung verwiesen, um zu begründen, weshalb überhaupt nicht verglichen werden muss.⁷⁵⁸ In der Folge sollen die einzelnen Argumente deshalb möglichst auseinandergenommen auf ihre Tragkraft untersucht werden. Zunächst äussert sich die Abwehrhaltung praktisch häufig dadurch, dass Vergleichsfällen generell die Vergleichbarkeit abgesprochen wird, ohne dass dies näher begründet würde. Zwei Fälle seien schliesslich nie ganz gleich (I.). Damit wird jedoch häufig kaschiert, dass ein Vergleich sehr wohl angebracht wäre, er sich aber aufgrund der mangelhaften Vergleichsgrundlage kaum vollziehen lässt. Diese Probleme sind jedoch über weite Teile insofern hausgemacht, als sich Gerichte selbst keine geeignete Vergleichsgrundlage schaffen (II.). Ein Anspruch auf Gleichbehandlung soll weiter an der Kantons- oder Gerichtskreisgrenze enden. Entsprechend seien ausserkantonale Urteile per se unbeachtlich (III.). Am gewichtigsten zum Nachteil von Gleichbehandlungsbegehren dürfte sich jedoch die im bundesgerichtlichen Textbaustein angerufene vage Verbindung von Individualisierung, gerichtlichem Ermessen und richterlicher Unabhängigkeit auswirken. Dadurch wird Strafzumessung faktisch gegen Gleichbehandlungsbegehren immunisiert (IV.).

I. Fehlende Vergleichbarkeit

Der Vergleich mit konkreten Drittfällen wird in der Rechtsprechung teilweise mit der Begründung abgelehnt, dieser sei unbehilflich, weil sich Fälle letztlich nicht vergleichen liessen, denn sie würden sich immer in gewissen Punkten unterscheiden.⁷⁵⁹ Ausgangspunkt ist wiederum der bundesgerichtliche

757 BGE 135 IV 191, E. 3.1; auch BGE 123 IV 150, E. 2.a; BGer, 6B_1278/2020 vom 27. August 2021, E. 5.4.4; BGer, 6B_507/2020 vom 17. August 2020, E. 2.2.2; BGer, 6B_1265/2019 vom 9. April 2020, E. 4.3.2; BGer, 6B_1137/2016 vom 25. April 2017, E. 1.5; BGer, 6B_312/2016 vom 23. Juni 2016, E. 1.6.2; BGer, 6B_846/2015 vom 31. März 2016, E. 2.2.5; BGer, 6B_738/2014 vom 25. Februar 2015, E. 3.4; BGer, 6B_681/2013 vom 26. Mai 2014, E. 1.3.2.

758 OGer ZH, SB210165 vom 20. Mai 2021, E. 3.7; KGer FR, 5012022159 vom 5. Juni 2023, E. 2.2.

759 Vgl. hierzu TATA, in: Sentencing Guidelines 2013, S. 239, der diese Position konsequent zu Ende gedacht und zu Recht als «unlogisch» und «nihilistisch» bezeichnet («*This is the mantra that there is no such thing as consistency because every case is unique and*

Textbaustein: *«Selbst gleich oder ähnlich gelagerte Fälle unterscheiden sich durchwegs massgeblich in zumessungsrelevanten Punkten. Die aus diesen Umständen resultierende Ungleichheit in der Zumessung der Strafe reicht für sich allein nicht aus, um auf eine Ermessensüberschreitung zu schliessen»*.⁷⁶⁰ Dass Strafen dann zulässigerweise voneinander abweichen, wenn sich zwei Fälle in *zumessungsrelevanten Punkten unterscheiden*, ist jedoch eine Selbstverständlichkeit. Viel wichtiger wäre es gewesen, zu betonen, dass die Strafdifferenz dem Verhältnis der tatsächlichen Unterschiede zu entsprechen hat.⁷⁶¹

245 Die generell fehlende Vergleichbarkeit von Strafzumessungssachverhalten wird allerdings von den Gerichten immer wieder angeführt, um vorgebrachte Vergleiche pauschal abzulehnen: *«Die Vergleichbarkeit von Fällen ist auch bei gewöhnlichen Geschwindigkeitsüberschreitungen nur beschränkt gegeben, da für die Bewertung des Verschuldens immer auch die Umstände der Tat (zum Beispiel die Gegebenheiten am Tatort, Strassenverhältnisse etc.) und die Täterkomponenten (beispielsweise Vorstrafen, Verhalten im Strafverfahren etc.) massgebend sein können. Vollständig identische Fälle gibt es kaum»*.⁷⁶² Ausgerechnet im Bereich des SVG⁷⁶³, welcher sich notorisch gut für Strafzumessungsrichtlinien eignet und welcher entsprechend auch die ausführlichsten Richtlinien hervorgerufen hat,⁷⁶⁴ soll ein Vergleich kaum möglich sein.⁷⁶⁵ Mit dem angewandten Begründungsmuster bleiben die Gerichte oft hinter dem eigentlich Wesentlichen zurück. Damit wird nämlich nur erklärt, die beobachteten Strafunterschiede *könnten* auf strafzumessungsrelevante Unterschiede zurückzuführen sein. Ob dem tatsächlich so ist, wird meist gerade nicht überprüft.⁷⁶⁶

that therefore it is impossible to compare one case with another. If taken literally, this claim is as illogical as it is morally nihilistic»; ferner HARRIS 2022, S. 98.

760 BGer, 6B_84/2022 vom 30. November 2022, E. 5.8.2; ursprünglich aus BGE 135 IV 191, E. 3.1; BGE 123 IV 150, E. 2.a.

761 Das Bundesgericht meint denn auch etwas anderes: Es liegt nach seinem Dafürhalten nämlich nicht einmal dann eine Ermessensüberschreitung vor, wenn sich die Strafdifferenz nicht auf Unterschiede in zumessungsrelevanten Punkten zurückführen lässt. Dazu ausführlich zum Ermessen hinten Rz. 324 ff.

762 OGer UR, S 212 vom 11. Mai 2021, E. 3.3.

763 Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01).

764 Vgl. vorne Rz. 185 ff.

765 Das Bundesgericht betont demgegenüber: *«Das Interesse an einer rechtsgleichen Behandlung von Geschwindigkeitsüberschreitungen im Strassenverkehr ist gross»*, BGer, 6B_510/2019 vom 8. August 2019, E. 4.4.

766 Für Beispiele aus der bundesgerichtlichen Praxis vgl. Fn. 757; Beispiele aus der kantonalen Praxis: KGer FR, 5012022159 vom 5. Juni 2023, E. 2.2; OGer BE, SK 16309 vom 3. Juli 2017, E. 14.1; OGer UR, S 212 vom 11. Mai 2021, E. 3.3; OGer ZH, SB210165 vom 20. Mai 2021, E. 3.7; OGer ZH, SB150060 vom 7. Mai 2015, E. II.4.3.2.

Selbst wenn anschliessend auf Vergleichsfälle eingegangen wird, dann teilweise nur um darzulegen, dass der dortige Sachverhalt vom vorliegenden abweicht, ohne dass begründet wird, wie sich diese Abweichung auf das Strafmass auswirkt.⁷⁶⁷ Gerichte scheinen damit teilweise dem von WALDMANN allgemein monierten Fehlschluss zu unterliegen, rechtsgleiche Behandlung sei nur für *identische* Sachverhalte zu gewähren.⁷⁶⁸ OESCHS Ansicht, wonach Gerichten die Vergleichbarkeitsschwelle «*nicht selten einen willkommenen Ausweg [biete], die allfällige Rechtfertigung einer umstrittenen Gleich- oder Ungleichbehandlung nicht beurteilen zu müssen*»,⁷⁶⁹ lässt sich für die Strafzumessung bestätigen.

Wie hiervor gezeigt wurde, geht es in der Rechtsgleichheitsdogmatik jedoch nie darum, dass zwei Fälle identisch sein müssen. Vielmehr muss Strafe eben proportional gleich, unter Berücksichtigung der Unterschiede zugemessen werden.⁷⁷⁰ Fehlende Vergleichbarkeit sollte nur eine untergeordnete Filterfunktion spielen, wonach das Gericht bei völlig unterschiedlichen Fällen gar nicht erst zum Vergleich schreiten muss.⁷⁷¹ Jedoch hat es auch in diesen Fällen kurz zu begründen, weshalb der verlangte Vergleich konkret untauglich ist.⁷⁷²

Dass sich Straffälle kaum vergleichen lassen, wird durch die Praxis der oftmals vergleichend erfolgenden Strafzumessung auch selbst widerlegt. Straffälle werden regelmässig und ohne viel Aufhebens verglichen.⁷⁷³ Deutlich offener wird zudem im verwandten Bereich der Bestimmung der Höhe von Genugtuungsforderungen verglichen, wo offenbar keine Vorbehalte gegen oder Probleme mit Vergleichen bestehen.⁷⁷⁴ Auch wären kaum diverse Richtlinien in den Bereichen der Strassenverkehrs- und Betäubungsmitteldelikte sowie allgemein der Bagatellkriminalität entwickelt worden,⁷⁷⁵ wenn dort keine Vergleiche möglich wären. Vielmehr eignen sich Straffälle unter Einhaltung gewisser Anforderungen bereits aufgrund des komparativen Strafzumessungsprozesses grundsätzlich gut zum Vergleich.

767 Ausführlich z. B. OGer BE, SK16190 vom 24. Februar 2017, E. 10.3.

768 Diese Frage ist vielmehr erst bei der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu prüfen, BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 22.

769 OESCH 2008, S. 35.

770 Vorne Rz. 200 ff.; vgl. auch KGer GR, SK11228 vom 1. November 2012, E. 4. b.

771 Vorne Rz. 69 ff., 71.

772 So z. B. OGer ZH, SB140315 vom 9. Juli 2015, E. II.3.8.

773 Vorne Rz. 169 ff. und 181 ff.; Beispiele in AppGer BS, SB.2012.92 vom 24. Januar 2014, E. 6.3; KGer GR, SK11228 vom 1. November 2012, E. 4. b.

774 Vgl. z. B. KGer FR, 501 2016 148 vom 6. November 2017, E. 4. d; DUTOIT-RÄZ/RUTSCHI/SAUPE, HAVE 2023, S. 201 ff.; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1225; TRACHSEL 2018, S. 139 ff.; Genugtuungssummen will das Bundesgericht als «*Frage der Billigkeit*» sogar frei prüfen: BGer, 6B_768/2014 vom 24. März 2015, E. 3.3.

775 Vgl. vorne Rz. 185 ff.

249 Wie allgemein dargelegt wurde, bedingt Vergleichbarkeit im technischen Sinn mindestens ein gemeinsames *tertium comparationis*.⁷⁷⁶ Im rechtlichen Kontext ist eine engere Verwendung von «vergleichbar» zielführender, indem darauf abgestellt wird, ob ein Vergleichsfall *prima facie tauglich* ist zur Beurteilung des geltend gemachten Gleichbehandlungsanspruchs.⁷⁷⁷ Das heisst, damit von Vergleichbarkeit gesprochen werden kann, muss anhand des Vergleichs beurteilt werden können, ob sich aus der unterschiedlichen Ausprägung der relevanten *tertia comparationis* der Unterschied in der Bestrafung rechtfertigen lässt (sachgemässe Differenzierung) oder ob die relevanten *tertia comparationis* insgesamt so ähnlich ausgeprägt sind, dass sich eine gleiche Bestrafung trotz der Unterschiede der Sachverhalte aufdrängt (sachgemässe Gleichbehandlung).

250 Die *tertia comparationis* für die Strafzumessung sind grundsätzlich durch Art. 47 StGB vorgegeben: *Verschulden* (Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, Verwerflichkeit des Handelns, Beweggründe und Ziele des Täters, Ausmass der Möglichkeit, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden), *Vorleben, persönliche Verhältnisse* und *Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters*. Bloss schlecht oder nicht vergleichbar sind nur Fälle, welche diese relevanten *tertia comparationis* nicht teilen, also z. B. Sachverhalte, welche unterschiedliche Rechtsgüter betreffen, oder solche, wo sich vorsätzliche und fahrlässige Tatbegehung gegenüberstehen. Auch Straftaten, welche dasselbe Rechtsgut betreffen, lassen sich u. U. nur schlecht direkt miteinander vergleichen, wenn es sich um verschiedene Tatbestände handelt (Diebstahl, Sachbeschädigung, Betrug etc.). Wie gesehen muss aktuell selbst bei gleichem Strafraumen ein leichtes Verschulden beim einen Delikt nicht einem leichten Verschulden beim anderen Delikt entsprechen.⁷⁷⁸ Mit der allgemeinen Rechtsgleichheitsdogmatik ist deshalb im Normalfall vorauszusetzen, dass Vergleichssachverhalte dieselbe Strafnorm betreffen.⁷⁷⁹ Um die ordinale Proportionalität zu wahren, kann z. B. bei Delikten mit zu weiten Strafraumen jedoch auch ein Vergleich über das spezifische Delikt hinaus notwendig sein.⁷⁸⁰

251 Innerhalb desselben Tatbestands muss die Vergleichbarkeit jedoch weit verstanden werden, zumal die *tertia comparationis* und die schlussendlich

776 Vorne Rz. 51f.

777 Vorne Rz. 57.

778 Vorne Rz. 207ff.

779 Vgl. zur Rechtsgleichheit allgemein, wonach dort verlangt wird, es müsse um die Anwendung derselben Rechtsnorm gehen, vorne Rz. 84.

780 Vorne Rz. 212; BGE 120 IV 136, E. 3.b; BGE 117 IV 401, E. 4.c; PKStGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 44.

resultierende Strafe dimensional sind, und eine Gleichbehandlung im Verhältnis der Ausprägung der *tertia comparationis*, allen voran des Verschuldens, zu erfolgen hat. Das umfasst logischerweise auch bloss ähnliche oder eben vergleichbare Fälle und nicht nur gleiche. Lassen sich verschiedene, voneinander abgrenzbare Untergruppen der Tatbegehung bilden, wie bspw. der Sozialversicherungsbetrug als Untergruppe der Betrugsfälle nach Art. 146 StGB,⁷⁸¹ dann werden sich Fälle innerhalb dieser Untergruppen besonders gut vergleichen lassen. Die Bildung solcher Fallgruppen soll allerdings nicht daran hindern, andere Fälle ins Feld zu führen, die ansonsten grosse Ähnlichkeit aufweisen, sich jedoch nicht gegen eine Sozialversicherungsanstalt richten.

Innerhalb des Delikts sollen sich dann vor allem «*objektive Gesichtspunkte*»²⁵² und damit die objektive Tatschwere für Vergleiche eignen.⁷⁸² Sicherlich eignen sich diese besonders gut, wenn *quantifizierbare* Rechtsgutverletzungen zur Diskussion stehen, also z. B. Körperverletzungen, Vermögens- und Betäubungsmitteldelikte.⁷⁸³ Auch macht es Sinn, bereits für den Einstieg in den Strafraum auf Ebene der objektiven Tatschwere ein erstes Mal zu vergleichen, bevor der Vergleich aufgrund der weiteren Umstände zunehmend anspruchsvoller wird.⁷⁸⁴ Damit muss allerdings nicht automatisch einhergehen, dass sich Elemente der subjektiven Tatkomponente und der Täterkomponente weniger gut vergleichen liessen. Gerade Tötungsdelikte lassen sich nicht über die Rechtsgutverletzung quantifizieren, sondern sie unterscheiden sich neben der Art der Tatausführung primär durch die subjektive Tatkomponente, also die Beweggründe und Ziele.⁷⁸⁵ Selbstredend können diese verglichen werden, was z. B. zur Prüfung einer Mordqualifikation auch notwendig ist. Es ist also richtig, den Vergleich mit der objektiven Tatschwere zu *beginnen*. Er muss damit aber nicht *enden*.

Die praktischen Vergleichsprobleme liegen denn auch nicht in einer (regelmässig bloss vorgeschobenen) fehlenden Vergleichbarkeit von Straftaten,²⁵³ sondern im unzureichenden Vergleichsmaterial begründet. Um Strafzumessungsumstände wie die objektive Tatschwere zu vergleichen, müssen die

781 In diesem Sinn OGer ZH, SB210165 vom 20. Mai 2021, E. 3.7, welches Vergleichsfälle ablehnte, weil es sich dabei nicht um Fälle von Sozialhilfemissbrauch handle. Seit Inkrafttreten von Art. 148a StGB dürfte sich diese Untergruppenbildung allerdings verkompliziert haben.

782 KIENER H., ZStrR 2007, S. 363 («Für einen Vergleich eignen sich vor allem objektive Gesichtspunkte»); ferner GIANNOULIS 2014, S. 263; HÖRNLE 1999, S. 367.

783 MAURER 2005, S. 211.

784 KIENER H., ZStrR 2007, S. 357, spricht von der Strafe «in einem vorindividualisierten Zustand»; dazu hinten Rz. 269 ff.

785 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 104; ferner FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 176.

entsprechenden Umstände und deren Gewichtung aus dem Vergleichsurteil erkennbar sein. Weil aber häufig erst am Schluss der Begründung im Rahmen einer Gesamtbewertung eine Strafe resultiert und vorher – wenn überhaupt – verbal gewichtet wurde, lassen sich die Teilschritte nicht nachvollziehen.⁷⁸⁶ Dass die Urteilsbegründungen nicht fit für einen Vergleich sind, spricht nicht gegen einen Vergleich, sondern gegen die Begründungspraxis. Es fehlt nicht den Sachverhalten die Vergleichbarkeit, sondern die Begründungen sind nicht nachvollziehbar.

II. Ungenügende Vergleichsgrundlage

- 254 Die Durchsetzung rechtsgleicher Behandlung in der Strafzumessung wird massgeblich dadurch erschwert, dass die Vergleichsgrundlagen dürftig sind. Erstens werden Strafen kaum je nachvollziehbar begründet, weil das vergleichende Vorgehen nicht offengelegt und nicht konsequent mit hypothetischen Einsatzstrafen gearbeitet wird (A.). Dabei bemängeln Berufungsgerichte diese Ausgangslage zuweilen auch selbst: «[A]us den einzelnen Strafen von Vergleichsfällen [wird] häufig nicht klar ersichtlich [...], wie sie sich zusammensetzen, ob beispielsweise eine relativ milde Strafe durch besondere Tat- oder Täterkomponenten (wie z. B. eingeschränkte Schuldfähigkeit oder ein Geständnis) stark beeinflusst worden ist oder nicht [...]»⁷⁸⁷ Dass sie selbst für die Verbesserung der vorinstanzlichen Entscheidungsbegründung zuständig wären, wird dabei ausgeblendet. Zweitens ist das Vergleichsmaterial auch mengenmässig dünn, weil kaum begründete Strafurteile publiziert werden und diese auch nicht für einen Strafzumessungsvergleich in Datenbanken aufbereitet sind (B.).

A. Nicht nachvollziehbare Strafzumessung

- 255 Nicht nur aus Rechtsgleichheitsüberlegungen sind an die Begründung der Strafzumessung hohe Anforderungen zu stellen.⁷⁸⁸ Die Begründungspflicht trägt zur *Selbstkontrolle* der Justiz bei, denn sie verlangsamt den Entscheidungsprozess und verhindert Schnellschüsse.⁷⁸⁹ Die Begründung dient auch der

786 Vgl. sogleich Rz. 254 ff.; zudem DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 22 und dort Fn. 21; KIENER H., ZStrR 2007, S. 355.

787 OGer BE, SK 19 117 vom 13. November 2019, E. 10.2; ebenso OGer BE, SK 16 190 vom 24. Februar 2017, E. 10.3.

788 Vgl. vorne Rz. 232.

789 ASHWORTH/KELLY 2021, S. 413; MEYER, AJP 2010, S. 1418; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 6; vgl. auch BGE 129 I 232, E. 3.3; ferner KIENER R. 2001, S. 333; ZAMIR/

Fremdkontrolle, sie hat mithin «*Rechtsmittelfunktion*». ⁷⁹⁰ Nur eine nachvollziehbare Begründung macht den Entscheid für die Parteien und Rechtsmittelinstanzen überprüfbar. ⁷⁹¹ Dazu hat das Gericht «*jene Argumente aufzuführen, die tatsächlich ihrem Entscheid zugrunde liegen*». ⁷⁹² Es muss mithin «*Begründungswahrheit*» bzw. Methodenehrlichkeit herstellen. ⁷⁹³ Besonders die Ermessensausübung lässt sich ohne Darlegung der Entscheidungsgründe nicht überprüfen. ⁷⁹⁴ Verwendete Quellen sind zu zitieren. ⁷⁹⁵

Der Anspruch auf nachvollziehbare Begründung, wie er sich bereits aus Art. 29 Abs. 2 BV ⁷⁹⁶ ergibt und in Art. 50 StGB ⁷⁹⁷ konkretisiert wird, ist justiziabel. Abzulehnen ist die Ansicht des Bundesgerichts, wonach ein Urteil nicht rein zur Verbesserung der Begründung der Strafzumessung angefochten werden könne, ⁷⁹⁸ solange die Strafzumessung «*im Ergebnis*» bundesrechtskonform sei. ⁷⁹⁹ Im Lichte des Gehörsanspruchs kann nämlich nicht die Richtigkeit des Ergebnisses entscheidend sein, sondern ob der Weg dahin nachvollziehbar begründet wurde. Anders kann auch eine Rechtsmittelinstanz das Ergebnis der Strafzumessung nicht seriös beurteilen. ⁸⁰⁰ Entsprechend kann ein Strafurteil selbstverständlich rein zur Verbesserung einer unzureichenden Begründung der Strafzumessung angefochten werden. Das scheint das Bundesgericht in anderen Urteilen auch so zu sehen, wenn es bei Diskrepanzen

TEICHMAN 2018, S. 544. Insofern ist zu bezweifeln, dass es der Qualität des Urteils zuträglich ist, dieses meist noch am Verhandlungstag, spätestens am Folgetag zu eröffnen, vgl. ZAMIR/TEICHMAN 2018, S. 544 («*Allowing judges and juries more time for deliberation may increase their use of System 2 thinking, thereby reducing their susceptibility to cognitive biases (although not invariably so)*»). Bei den Verfahrensbeteiligten dürfte jedenfalls kaum der Eindruck eines wohlüberlegten Entscheids entstehen, vgl. hierzu JEKER, strafprozess.ch vom 21. Februar 2024. Denkbar wäre eine Zweiteilung der Hauptverhandlung (Schuldinterlokut), vgl. dazu z. B. BRUNS, ZStW 1982, S. 123. Diese Frage wird vorliegend nicht weiter vertieft.

790 MEYER, AJP 2010, S. 1418; BGE 148 III 30, E. 3.1.

791 MEYER, AJP 2010, S. 1418; für die Strafzumessung MATHYS 2019, N 41; ferner BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 57; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 7.

792 BGE 126 I 97, E. 2.b; BIAGGINI 2017, Art. 29 N 23; KIENER H., ZStrR 2007, S. 373 f.

793 MEYER, AJP 2010, S. 1423.

794 BGE 129 I 232, E. 3.3.

795 MEYER, AJP 2010, S. 1421.

796 Allgemein BGE 148 III 30, E. 3.1; ferner MEYER, AJP 2010, S. 1416 ff., der den Anspruch auf Begründung direkt aus Art. 29 Abs. 1 BV ableitet.

797 Vgl. vorne Rz. 125 f.

798 BGE 127 IV 101, E. 2.c; BGE 117 IV 112, E. 1; BGE 116 IV 288, E. 2.c; anders wohl noch in BGE 63 I 264, E. 2; gefunden bei GERMANN, ZStrR 1942, S. 30 und dort Fn. 1.

799 BGer, 6B_1470/2022 vom 29. August 2023, E. 1.3; BGer, 7B_4/2021 vom 28. Juli 2023, E. 2.3.2; ferner BGE 127 IV 101, E. 2.c.

800 Vorne Rz. 253.

zwischen Urteilsbegründung und ausgefallter Strafe die Sache an die Vorinstanz zurückweist, ohne Vorgaben zum auszufällenden Strafmass zu machen, weil allenfalls nicht die Strafe, sondern nur die Begründung mangelhaft ausgefallen ist.⁸⁰¹

257 Das Urteil wird dann nicht aufgehoben, wenn die Gehörsverletzung durch die Rechtsmittelinstanz geheilt werden kann. Das kommt primär dann in Frage, wenn die Rechtsmittelbehörde dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz.⁸⁰² Da das Bundesgericht die Strafzumessung nur mit beschränkter Kognition prüft, kann es eine mangelnde Begründung der Vorinstanz hier nicht selbst heilen, sondern hat das Urteil zur besseren Begründung an die Vorinstanz zurückzugeben.⁸⁰³ Ein Berufungsgericht prüft mit voller Kognition und kann deshalb selbst Strafe zumessen. Heilt es eine ungenügende Begründung der Strafzumessung der Vorinstanz, wird der betroffenen Person allerdings faktisch die Möglichkeit genommen, die Angemessenheit der Strafzumessung substanziell zu kritisieren. Gegenüber dem Berufungsgericht konnte sie es nicht, weil keine hinreichende Begründung vorlag, gegenüber dem Bundesgericht kann sie nicht, weil es die Strafzumessung inhaltlich kaum überprüft. Dieses Argument fand beim Bundesgericht bisher allerdings kein Gehör.⁸⁰⁴

258 Trotz der an sich erhöhten Anforderungen ist die Strafzumessung in Urteilsbegründungen nur eingeschränkt nachvollziehbar. So wird in der Begründung ein absoluter Schuldmassstab beschrieben, wo oftmals versteckt ein Vergleich mit anderen (realen oder hypothetischen) Fällen stattfindet (1.). Weiter zeigen die Praxis und vor allem das Bundesgericht eine gewisse Aversion gegen Zahlen, wodurch der «Rechenweg» im Dunkeln bleibt (2.). Während Strafzumessungsrichtlinien potenziell erheblich zur Einheitlichkeit der Strafzumessung beitragen können, bleiben deren Grundlagen regelmässig ebenfalls im Dunkeln (3.).

1. Versteckt vergleichendes Vorgehen

259 Die Strafzumessung im Einzelfall lässt sich nur überprüfen, wenn deren Darstellung auch deren Herstellung entspricht. Das ist wie hiavor dargelegt nicht der Fall.⁸⁰⁵ Sachgerichte gehen oftmals vergleichend vor, ohne dass dieser

801 Vorne Rz. 119; vgl. z. B. BGE 121 IV 49, E. 2.g; BGer, 6B_390/2009 vom 14. Januar 2010, E. 2.3.2; BGer, 6S.378/2002 vom 11. Februar 2003, E. 3.2; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N23.

802 SGK BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N26; BGE 147 IV 340, E. 4.11.3.

803 Vgl. aber BGE 120 IV 67, E. 2.b; BGE 120 IV 330, E. 2; LINIGER, SJ 1996, S. 588.

804 Vgl. BGer, 6B_289/2020 vom 1. Dezember 2020, E. 13.1.

805 Vorne Rz. 169 ff. Dieser Umstand liess sich auch mit der eigenen empirischen Untersuchung belegen, vgl. hinten Rz. 530 ff.; vgl. auch DREHER 1947, S. 10 f.

Vergleich in der Urteilsbegründung transparent gemacht wird. Stattdessen müssen sie viel Zeit darauf verwenden, die Begründung nach den Vorgaben des Bundesgerichts zu gestalten.⁸⁰⁶ Wie auf ein konkretes Strafmass geschlossen wird, bleibt weiterhin wenig nachvollziehbar.

Denn durch die erhöhten bundesgerichtlichen Begründungsanforderungen lässt sich primär etwas besser überprüfen: die Begründung.⁸⁰⁷ Was nach der hier vertretenen Auffassung viel zentraler wäre – die ausgefallte Strafe – hingegen kaum. Das macht die aktuelle Begründungspraxis nicht zwingend zur Makulatur. Die Erkenntnis, dass allenfalls an der Praxis vorbei «verbessert» wurde, sollte aber aufhorchen lassen.

a) Ungenannte Vergleichsfälle

Das Bundesgericht steht der Strafzumessung anhand von Vergleichsfällen im besten Fall skeptisch gegenüber.⁸⁰⁸ Entsprechend verwundert nicht, dass Sachgerichte häufig keine Vergleichsfälle nennen, obwohl sie solche berücksichtigt haben.⁸⁰⁹ Ein Gericht kann nämlich mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ohne Weiteres implizit (durch Weglassen entsprechender Hinweise auf Vergleichsfälle) behaupten, die Strafe sei ohne Vergleich zustande gekommen. Entsprechend hat das Begehren, das Gericht solle die beigezogenen Vergleichsfälle offenlegen, keine Chance, denn die Rechtsmittelinstanzen können behaupten, solche seien ja offenkundig (da nicht erwähnt) auch nicht beigezogen worden.

Für dieses Vorgehen haben vor allem Gerichte, deren Urteile nicht standardmässig veröffentlicht werden, auch gewisse Anreize. Würden sie nämlich auf andere, nicht publizierte Urteile hinweisen, dann müssten diese den Parteien zugänglich gemacht werden. Das wiederum bedingt eine vorgängige Anonymisierung und bringt damit zusätzliche Arbeit.⁸¹⁰ Weiter würden sich Gerichte dadurch auch angreifbar machen, weil das Strafmass dann tatsächlich auf Kohärenz mit anderen Urteilen überprüft werden könnte. Solange das Strafmass vordergründig absolut begründet wird, bleibt es hingegen hinter dem Schutzschild des strafgerichtlichen Ermessens und kann kaum erfolgreich angefochten werden.

806 KILLIAS, in: FS-Gauthier 1996, S. 38.

807 Vgl. HASSEMER, ZStW 1978, S. 92.

808 Vorne Rz. 145 ff.

809 Vgl. hinten Rz. 530 ff.; zum selben Problem in Deutschland KASPAR 2018, C 101 f.

810 Diesem negativen Anreiz liesse sich leicht mit einer gesetzlich vorgeschriebenen umfassenden Veröffentlichung der Rechtsprechung entgegenwirken (hinten Rz. 299 ff. und Rz. 610).

- 263 Nun trifft es zu, dass keine konkreten Vergleichsfälle anführen kann, wer sich bei der Bewertung nur intuitiv an eigenen Vorerfahrungen orientiert.⁸¹¹ Ein bloss intuitives Vorgehen wird der Tragweite der Entscheidung allerdings kaum gerecht.⁸¹² Dass der Vergleich gar nicht richtig gezogen wurde, kann kaum als Rechtfertigung für eine unzureichende Begründung herhalten. Nur wenig besser ist die Lage, wenn Gerichte allgemein auf eine «übliche» Praxis verweisen. Ein solcher Verweis müsste als Steilvorlage zur Aufhebung durch die Rechtsmittelinstanz dienen, wird dadurch doch transparent gemacht, dass verglichen wurde, ohne offenzulegen, womit.⁸¹³ Diese Begründungslücke kann auch eine Rechtsmittelinstanz nicht schliessen; sie kennt die Vergleichsgrundlage genauso wenig. Ein solches Begehren scheint aber mit Blick auf die Praxis des Bundesgerichts und seine Ablehnung eines vergleichenden Vorgehens derzeit aussichtslos.⁸¹⁴
- 264 All dies führt dazu, dass die Begründung oftmals nicht abbildet, wie die Strafzumessung zustande gekommen ist. Die dargelegten Gründe dafür und die ungünstige Anreizlage sind so verständlich wie rechtlich irrelevant. Unabhängig davon, ob ein vergleichendes Vorgehen gutgeheissen wird, ist ein Vergleich zwingend dann offenzulegen, wenn er vorgenommen wurde. Das Gericht trifft eine Bringschuld, was sich bereits aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör und aus Art. 50 StGB ergibt. Es ist auch schlicht eine Frage der «Methodenehrlichkeit».⁸¹⁵ Für die Nachvollziehbarkeit ist zudem entscheidend, dass nicht bloss auf ein abstraktes übliches Mass verwiesen wird, sondern dass konkrete (zugängliche) Vergleichsfälle angeführt werden,⁸¹⁶ mit denen sich das Gericht inhaltlich auseinandersetzt.⁸¹⁷
- 265 Die Konsequenzen der «Methodenunehrlichkeit» treffen aber auch Betroffene, die vergleichen und allenfalls eine Ungleichbehandlung darlegen möchten. Sie müssen sich aktuell gegen die offizielle Haltung durchsetzen, dass gar nicht verglichen werden könne. Bereits aus diesem Grund ist es extrem schwierig, eine rechtsungleiche Behandlung erfolgreich geltend zu machen.

811 BSKStGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 24.

812 Vgl. zur Begründung, weshalb ein vergleichendes Vorgehen vielmehr zwingend ist, hinten Rz. 583 ff.

813 Vgl. schon ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 60; vgl. auch ALBRECHT H.-J. 1994, S. 123; KIENER H., ZStrR 2007, S. 355.

814 Vorne Rz. 145 ff.

815 ALBRECHT P., in: Akteure der Gerichtsbarkeit 2007, S. 19 («mit einer inhaltsleeren Berufung auf die bisherige Rechtsprechung»); allgemein KIENER R. 2001, S. 333 f.

816 Vgl. ALBRECHT H.-J. 1994, S. 123; skeptisch MAURER 2005, S. 220.

817 Hinten Rz. 583 ff.

Zusätzlich müssen Rechtsuchende damit zurechtkommen, dass Vergleichsmaterial kaum zu beschaffen und auch inhaltlich oftmals nicht tauglich ist.⁸¹⁸

b) Interne Richtlinien

Interne Richtlinien *können* zur Verwirklichung der Rechtsgleichheit beitragen. Deren «Erfolg» hängt aber entscheidend davon ab, worauf sie basieren und wie sie angewendet werden.⁸¹⁹ Im Gegensatz zu öffentlichen Richtlinien, wo oftmals nur die Datengrundlage im Unklaren bleibt,⁸²⁰ kann hier auch die Anwendung im Einzelfall nicht überprüft werden. Denn das Bundesgericht erachtet eine Offenlegung von internen Richtlinien nur dann für notwendig, wenn diese ausdrücklich zur *Begründung* der Ermessensentscheidung angeführt werden,⁸²¹ teilweise nicht einmal dann.⁸²² Das schafft eine ungünstige Anreizlage, wonach es für Gerichte weniger Aufwand bedeutet, nicht zu erwähnen, dass auf interne Richtlinien abgestellt wurde (oder bereits deren Existenz zu verschweigen).⁸²³

Unabhängig von dieser negativen Anreizlage darf es ganz grundsätzlich keine *internen* Richtlinien geben, welche den Sachentscheid inhaltlich beeinflussen. Da von aussen weder überprüft werden kann, ob interne Richtlinien bestehen, noch ob diese im Einzelfall den Entscheid beeinflusst haben, sollten Gerichte solche Richtlinien im Bereich der Strafzumessung von vornherein öffentlich machen. «*Staatliche Geheimniskrämerei*» ist abzulehnen.⁸²⁴ Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet ohnehin deren Offenlegung, sobald darauf abgestellt wird, und zwar unabhängig davon, ob sie in der Begründung aufgeführt werden.⁸²⁵ Wenn Richtlinien bestehen, ist naheliegenderweise zu vermuten, dass sie auch zur Entscheidungsfindung beigezogen werden, ansonsten bräuchte es sie nicht.

Nicht genannte, aber berücksichtigte interne Richtlinien unterscheiden sich im Ergebnis nicht von nicht genannten, aber berücksichtigten Vergleichsfällen. Beide müssen der betroffenen Person zur Kenntnis gebracht werden, das gebietet deren Anspruch auf rechtliches Gehör.

818 Hinten Rz. 269 ff. und 290 ff.

819 Vgl. zu Strafzumessungsrichtlinien, hinten Rz. 628 ff.

820 Hinten Rz. 286 ff.

821 BGE 141 IV 465, E. 9.5.6.

822 BGer, 1B_17/2015 vom 18. März 2015, E. 2.2.

823 Ob und wie häufig sich die Anreizlage negativ auswirkt, lässt sich gerade nicht überprüfen.

824 MEYER, AJP 2010, S. 1417; ebenso MELLINGHOFF, in: FS-Hassemer 2010, S. 518.

825 Der Begründungsanspruch erstreckt sich selbstredend auch auf die Nennung der relevanten Entscheidungsgrundlagen, auch der internen Richtlinien.

2. Aversion gegen Zahlen

269 Nachvollzieh- und Vergleichbarkeit der Strafzumessung werden weiter dadurch eingeschränkt, dass wesentliche Zwischenschritte nicht beziffert werden müssen. Das Bundesgericht zeigt wie bereits dargelegt eine gewisse Abneigung gegen zahlenmässige Festlegung einzelner Teilschritte.⁸²⁶

270 Das Sachgericht muss die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren *Gewichtung* in der Begründung festhalten (Art. 50 StGB). Es muss sich also dazu äussern, auf welcher Seite der Waage (strafe erhöhend oder -mindernd) die Umstände zu berücksichtigen sind und wie schwer sie dort ins Gewicht fallen. Das Bundesgericht hält hierzu in ständiger Rechtsprechung fest, diese Gewichtung müsse nicht «*in Zahlen oder Prozenten*»⁸²⁷ erfolgen.⁸²⁸ Weil es regelmässig nur überprüfen will, ob die Strafe *im Ergebnis* vertretbar erscheint, muss es die zahlenmässige Gewichtung einzelner Teilschritte nicht kennen, so wohl die Überlegung.⁸²⁹ Auch will es eine *Mathematisierung* der Strafzumessung vermeiden, die sich nicht mit dem eingeräumten Ermessensspielraum verträglich.⁸³⁰

271 Dass das Bundesgericht detaillierte Mathematisierung ablehnt, ist insofern richtig, als «*nicht der Anschein mathematischer Präzision*» erweckt werden soll, «*wo der Richter doch durch Wertung und Schätzung die entscheidende Grundlage schafft*». ⁸³¹ Auch das wäre methodenunehrlich.

«Die berechtigte Skepsis gegen die Illusion der strikten Berechenbarkeit von Strafen muß aber nicht zur Folge haben, daß man den ganzen Strafzumessungsvorgang peinlich von Zahlen frei hält und nur mit mehr oder weniger aussagekräftigen sprachlichen Wendungen eine zureichende gedankliche Verknüpfung der Strafzumessungstatsachen zustande zu bringen sucht, um dann erst beim allerletzten Schritt die gesamten Überlegungen zwangsläufig doch in eine Zahl, in Tage, Monate, Jahre transponieren zu müssen.»⁸³²

826 Vorne Rz. 129 ff.

827 BGE 136 IV 55, E. 5.6; und zuletzt unpubliziert in BGER, 6B_16/2023 vom 17. Mai 2024, E. 5.1; BGER, 7B_249/2022 vom 18. Januar 2024, E. 9.1.2.

828 Vgl. auch BGE 144 IV 313, E. 1.2; BGE 127 IV 101, E. 2.c; BGE 120 IV 136, E. 3.a; BGE 118 IV 14, E. 2; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 16.

829 Vgl. BGE 121 IV 49, E. 2.a.aa.

830 BGE 136 IV 55, E. 5.6, zur verminderten Schuldfähigkeit; BGE 95 IV 59, E. 2 («*Eine Strafe lässt sich naturgemäss weder in ihren Teilen noch in ihrer Gesamtheit mathematisch errechnen, sondern bloss abschätzen, weshalb dem kantonalen Richter notwendig ein weitgehendes Ermessen zukommt*»).

831 DUBS, ZStW 1982, S. 171.

832 DUBS, ZStW 1982, S. 171.

Die Verwendung von Zahlen ist vielmehr dort zu verlangen, wo dies aus Gründen der Nachvollziehbarkeit oder Vergleichbarkeit der Strafzumessung notwendig ist. Diesem Ansatz scheint das Bundesgericht nicht grundsätzlich abgeneigt. So wird bei der Gesamtstrafenbildung im Rahmen der retrospektiven Konkurrenz mittlerweile verlangt, dass die Vorinstanz die Einzelstrafen vor der Asperation numerisch ausweist.⁸³³ Ansonsten könnte nämlich weder überprüft werden, wie sich diese zusammensetzt, noch ob die konkrete Methode eingehalten, noch ob vertretbar asperiert wurde. Das Bundesgericht anerkennt ebenso, dass eine noch weitergehende Verwendung von zahlenmässigen Angaben auch innerhalb der Strafzumessung zu einzelnen Delikten der Nachvollziehbarkeit der Strafzumessung zuträglich wäre, will eine solche aber nicht vorschreiben.⁸³⁴ Die Gründe dafür bleiben unausgesprochen.

In seltenen Fällen operiert jedoch sogar das Bundesgericht mit prozentualen Angaben, wenn es für das Geständnis sowie die Einsicht und Reue des Beschuldigten von einer Strafreduktion von *«einem Fünftel bis zu einem Drittel»*⁸³⁵ ausgeht.⁸³⁶

Wie der Überblick über die publizierte kantonale Rechtsprechung gezeigt hat, sind Sachgerichte in unterschiedlichem Ausmass gewillt, über das bundesgerichtlich vorgeschriebene Minimum hinaus gewisse Teilschritte zu beziffern.⁸³⁷ In der Folge sollen zwei Bereiche skizziert werden, in denen eine zahlenmässige Gewichtung im Dienst der Nachvollzieh- und Vergleichbarkeit zwingend ist.⁸³⁸

a) Einsatzstrafe für (objektive) Tatkomponente

Einzelne Sachgerichte legen bereits für die objektive Tatschwere eine hypothetische Einsatzstrafe fest, die anschliessend anhand der subjektiven Tatkomponente und der Täterkomponente angepasst wird.⁸³⁹ Damit ist die Begründung insbesondere der darauf folgenden Teilschritte offenkundig besser nachvollziehbar, als wenn bis zur Gesamtbeurteilung mit verbalen Verschuldensprädikaten gearbeitet wird.⁸⁴⁰ Aber auch für einen Vergleich

833 Vgl. vorne Rz. 135 ff.

834 BGE 121 IV 49, E. 2.a.aa.

835 BGE 121 IV 202, E. 2.d.cc.

836 Auch BGer, 6B_780/2018 vom 9. Oktober 2018, E. 5.2; kritisch MATHYS 2019, N364.

837 Vorne Rz. 157 ff.

838 Darauf aufbauend sind in Zukunft weitere Teilschritte zu beziffern. Wesentlich weiter geht der Vorschlag von KIENER H., ZStrR 2007, S. 377 ff., dessen Umsetzung allerdings noch unrealistisch scheint.

839 Vorne Rz. 157 ff.

840 Dazu hinten Rz. 280 ff.

mit anderen Fällen ist ein möglichst früher Einstieg in den Strafraumen unabdingbar.

276 Ein Vergleich ist deutlich weniger kompliziert, wenn er in einem ersten Schritt im «*vorindividualisierten*»⁸⁴¹ Zustand erfolgen kann, also auf Ebene der objektiven Tatschwere.⁸⁴² Auch dann nützt ein Vergleich für den Einstieg in den Strafraumen jedoch wenig, wenn die Tatschwere im Vergleichsfall bloss verbal als «erheblich» qualifiziert wurde. Über die Bedeutung verbaler Verschuldensprädikate besteht kaum Einigkeit («*erheblich*»⁸⁴³ oder «*beträchtlich*»⁸⁴⁴).⁸⁴⁵ Entsprechend werden die Prädikate häufig inkonsequent verwendet, was aber erst auffällt, wenn das Verschulden gleichzeitig mittels Strafe ausgedrückt wird. So werden unter dem Titel eines «schweren» Verschuldens auch Einsatzstrafen am unteren Ende des Strafraumens festgelegt.⁸⁴⁶ Auch Versuche in der Literatur, den einzelnen Begriffen feste Abschnitte der Strafraumen zuzuweisen, sind zwar löblich, erscheinen jedoch künstlich und sind im Detail teilweise nicht nachvollziehbar.⁸⁴⁷ Die genaue Abstufung wird obsolet, sobald zusätzlich eine numerische Einsatzstrafe ausgewiesen wird. Präziser als eine Strafe in Strafeinheiten kann die verbale Abstufung gar nie werden.

277 Im Interesse der Nachvollzieh- und Vergleichbarkeit der Strafzumessung sollten Gerichte deshalb möglichst früh im Bewertungsprozess eine hypothetische Einsatzstrafe festlegen. Hierzu ist auch unabhängig von der Vergleichbarkeit sinnvoll, in einem ersten Schritt auf die objektive Tatschwere

841 KIENERH., ZStrR 2007, S. 357.

842 Zwar bedingt auch deren Bewertung eine Individualisierung im Sinn einer Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Der Vergleich wird aber mit zunehmender Berücksichtigung weiterer Faktoren ungemein komplizierter; vgl. auch ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 54

843 Vgl. HUG, fp 2011, S. 365; KOCH 2013, S. 142.

844 So kann gerne der Selbstversuch gewagt werden, folgende Prädikate nach Schweregrad einzuordnen: mittel, beträchtlich, keinesfalls leicht, erheblich; teilweise Auflösung bei HÜRLIMANN/VESELY 2023, N 324. Für das Bundesgericht ist «*erheblich*» die Vorstufe von «*recht schwer*», vgl. BGer, 6B_1054/2023 vom 19. Februar 2024, E. 5.3.1.

845 ALBRECHT P., ZStrR 2017, S. 444 («*wenig aussagekräftige[...] Floskeln*»); HUG, fp 2011, S. 365 («*leere Worthülsen*»); anschaulich ferner STOECKLIN 1971, S. 109 ff.

846 BGer, 6B_1485/2022 vom 23. Februar 2023, E. 1.3.1; BGer, 6B_913/2016 vom 13. April 2017, E. 3.2.2; OGer AG, SST.2022.79 vom 15. November 2022, E. 7.2.1; weitere Beispiele bei HUG, fp 2011, S. 365; MATHYS, SJZ 2004, S. 178; MATHYS 2019, N 288; STOECKLIN 1971, S. 113 ff., der allerdings auch eine gewisse Proportionalität zwischen Verschuldensschwere und Strafe feststellen konnte, S. 112 f.; vgl. dazu auch vorne Rz. 207 ff.

847 Vgl. insgesamt zwölf Prädikate bei HÜRLIMANN/VESELY 2023, N 324 f., nach denen die leichteste Kategorie «*sehr leicht*» bei einem Strafraumen bis drei Jahre die Spanne von drei bis 60 Tagessätze umfasst, bei einem Strafraumen bis fünf Jahre hingegen nur drei bis 30 Tagessätze. Nach dieser Logik könnte ein sehr leichtes Vergehen also härter bestraft werden als ein sehr leichtes Verbrechen. Das kann nicht richtig sein.

abzustellen, weil sie regelmässig den Angelpunkt⁸⁴⁸ (bzw. die «Ausgangsbasis»⁸⁴⁹) der Strafzumessung bildet.⁸⁵⁰ Dabei ist nicht zu vergessen, dass Verschulden als «*Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs*»⁸⁵¹ immer subjektiv ist.⁸⁵² Im Rahmen der objektiven Tatschwere kann nur berücksichtigt werden, was dem Täter subjektiv angelastet werden kann.⁸⁵³ Es kann deshalb streng genommen kein *objektives Verschulden* geben, auch wenn sich dieser Terminus bereits eingebürgert hat.⁸⁵⁴ Um trotzdem eine hypothetische Einsatzstrafe für die objektive Tatschwere festlegen zu können, muss vorerst vom üblichen subjektiven Tatverschulden ausgegangen werden,⁸⁵⁵ um zu einem *objektivierten Verschulden* für die Tatschwere zu gelangen. Wenn die subjektiven Umstände in der Folge vom Üblichen abweichen, ist das objektivierte Verschulden zu relativieren.⁸⁵⁶ Klar ist auch, dass bei Delikten, welche sich nicht primär über die objektive Tatschwere abstufen lassen (z. B. Tötungsdelikte), subjektive Umstände für die Bemessung der Einsatzstrafe ausschlaggebend sein müssen.⁸⁵⁷ Die so festgelegte hypothetische Einsatzstrafe ist aufgrund der weiteren Strafzumessungsumstände weiter anzupassen.⁸⁵⁸

Im Ergebnis wird von den Gerichten nur verlangt, was einzelne von ihnen ohnehin bereits regelmässig tun und die übrigen mindestens gedanklich ebenfalls vornehmen müssen.⁸⁵⁹ Der Gedankengang von einem objektiv schweren Verschulden über eine deutliche Relativierung in subjektiver Hinsicht hin zu

278

848 Vgl. STOECKLIN 1971, S. 78, 113; zur Bedeutung der Tatschwere für das Strafmass vgl. auch die deutschen Untersuchungen von ALBRECHT H.-J. 1994, S. 334; HÖFER 2003, S. 57.

849 SEELMANN 2023, S. 253; auch HÜRLIMANN/VESELY 2023, N 323 («Ausgangspunkt»).

850 KIENER H., ZStrR 2007, S. 363; Fokus auf den verschuldeten Erfolg auch bei HÖRNLE 1999, S. 64, 367; anders DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 12, der den Fokus auf die subjektive Seite legt; FRISCHKNECHT, dRSK 2019, N 11 (Tatkomponente insgesamt).

851 BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 14.

852 MATHYS 2019, N 76.

853 GETH 2021, N 615; ferner BRUNS/GÜNTGE 2019, S. 193.

854 Vgl. dazu vorne Rz. 161.

855 Vgl. HÜRLIMANN/VESELY 2023, N 333.

856 HÜRLIMANN/VESELY 2023, N 334.

857 Vgl. BGer, 6B_1038/2017 vom 31. Juli 2018 E. 2.6.1; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 104.

858 KIENER H., ZStrR 2007, S. 363 ff.; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1228.

859 Vgl. zur kantonalen Praxis vorne Rz. 157 ff. und als Beispiele AppGer BS, SB.2018.61 vom 17. Oktober 2019, E. 2.3; AppGer BS, SB.2018.34 vom 20. November 2018, E. 5.3; AppGer BS, SB.2017.124 vom 2. Juli 2018, E. 2.4.1; KGer BL, 460 17 63 vom 25. Februar 2019, E. 10.1.4; KGer BL, 460 18 137 vom 8. Februar 2019, E. IV.AC.a; KGer SG, ST.2012.56 vom 3. Juni 2013, E. IV.4.b; ausnahmsweise auch OGer ZH, SB230004 vom 31. Mai 2023, E. III.7; OGer ZH, SB170440 vom 28. Juni 2018, E. VII.2; rein verbal hingegen in OGer ZH, SB150505 vom 3. Oktober 2019, E. V.3.1; OGer ZH, SB160097 vom 21. Juni 2016, E. IV.3.

einem sehr leichten bis leichten Tatverschulden bedingt für das objektive Verschulden bereits die Vorstellung einer *Zahl* (*Anzahl Tagessätze oder Tage/Monate/Jahre*).⁸⁶⁰ Die gedachte Einsatzstrafe wäre neu bloss in der Begründung zu offenbaren.⁸⁶¹ Jede transparent ausgewiesene Einsatzstrafe kann anschliessend wiederum selbst als Referenz herangezogen werden.⁸⁶²

279 Der Vorschlag einer Einsatzstrafe für die objektive Tatschwere ist weder neu noch revolutionär.⁸⁶³ Er stellt schlicht die nächste Entwicklungsstufe im Schweizer Strafzumessungssystem in Richtung einer nachvollziehbaren, kontrollierbaren und rechtsgleichen Strafzumessung dar.

b) Hypothetische Strafe vor Strafminderung

280 Eine Einsatzstrafe für die objektive Tatschwere hat über die bessere Vergleichbarkeit hinaus noch weitere Vorteile für die Nachvollziehbarkeit. Praktisch wichtige Strafmilderungsgründe führen im Rahmen der Strafzumessung zu einer Reduktion der Strafe. Um überprüfen zu können, in welchem Umfang den Strafmilderungsgründen Rechnung getragen wurde, muss ausgewiesen werden, welche Strafe ohne diese Gründe ausgesprochen worden wäre.⁸⁶⁴ Nur so lässt sich ermitteln, wie viel «abgezogen» wurde. Einschlägige Konstellationen ergeben sich in der Praxis regelmässig bei der verminderten Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB) und beim Versuch (Art. 22 Abs. 1 StGB). Gedanklich muss das Gericht diesen Schritt wiederum ohnehin vollziehen: *«Bei der Bewertung der objektiven Tatschwere ist, wenn es wie vorliegend beim Versuch geblieben ist, gedanklich vom vollendeten Delikt auszugehen.»*⁸⁶⁵ Dazu ein Beispiel aus der Praxis:

281 Im Zürcher Milchbuck-Fall⁸⁶⁶ hat ein Mann in stark alkoholisiertem Zustand einen Lehrling morgens um vier Uhr an der Tramhaltestelle Milchbuck

860 Andeutungsweise MATHYS, SJZ 2004, S. 177, allerdings eine verbale Skala befürwortend, S. 176. Ein Beispiel für einen absurd anmutenden verbalen Rechenweg findet sich z. B. in BGE 121 IV 49, E. 2.c.aa ff.; s. auch BGer, 6B_1054/2023 vom 19. Februar 2024, E. 5.3.1 (*«Die Vorinstanz bezeichnet das subjektive Tatverschulden des Beschwerdeführers auch zu Recht als »recht schwer«. Es ist nicht ersichtlich, dass sie ihr Ermessen verletzen würde, indem sie das Verschulden nicht bloss als »erheblich« beurteilt.»*).

861 So MATHYS 2019, N 66 zum Versuch.

862 KIENER H., ZStrR 2007, S. 369.

863 So im Grundsatz bereits DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 22; DUBS, ZStW 1982, S. 170 und dort Fn 14; ebenso EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, S. 330f.; FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1440; KIENER H., ZStrR 2007, S. 363 ff.

864 KIENER H., ZStrR 2007, S. 369.

865 OGer ZH, SB150505 vom 3. Oktober 2019, E. V.3.1.

866 BGer, 6B_1363/2019 vom 19. November 2020; OGer ZH, SB200503 vom 6. Oktober 2021; OGer ZH, SB150505 vom 3. Oktober 2019.

mit massiver Gewalt attackiert und schwer verletzt. Angeklagt war eine versuchte vorsätzliche Tötung und der Fall drehte sich primär um die Frage der Schuldfähigkeit des Beschuldigten. Das Obergericht Zürich folgte schlussendlich dem Erstgutachten und ging von einer zwar erheblich bzw. schwerstgradig verminderten Steuerungsfähigkeit zur Tatzeit aus,⁸⁶⁷ damit aber noch von einer gewissen Reststeuerungsfähigkeit. Entsprechend lag keine vollständige Schuldunfähigkeit vor und im Rahmen der Strafzumessung war die verminderte Schuldfähigkeit zu berücksichtigen.

Im ersten Anlauf stellte das Obergericht ein objektiv *schweres* Verschulden fest,⁸⁶⁸ welches durch die *schwere* bzw. *schwerstgradige* Verminderung der Schuldfähigkeit zu einem *sehr leichten bis leichten* Tatverschulden *relativiert* werde.⁸⁶⁹ Dafür erscheine eine *«hypothetische Einsatzstrafe von zwischen fünf und sechs Jahren angemessen»*.⁸⁷⁰ Wie diese fünf bis sechs Jahre zustande gekommen sind und insbesondere in welchem Umfang der verminderten Schuldfähigkeit Rechnung getragen wurde, lässt sich nicht nachvollziehen. Das sah auch der Beschuldigte so und gelangte u. a. deshalb an das Bundesgericht: *«[U]nklar sei, von welcher Strafe die Vorinstanz in Berücksichtigung des objektiven Tatverschuldens ausgehe. Nicht nachvollziehbar sei daher, in welchem Umfang sie der schweren Verminderung der Schuldfähigkeit Rechnung getragen habe.»*⁸⁷¹ 282

Das Bundesgericht ging darauf nur insofern ein, als es der Vorinstanz bei der Rückweisung auftrag, von einem nach unten geöffneten Strafrahmen auszugehen⁸⁷² – die Vorinstanz war vom ordentlichen ausgegangen. Im zweiten Anlauf unter Berücksichtigung des nach unten eröffneten Rahmens ist die Strafe insgesamt tiefer ausgefallen (hypothetische Einsatzstrafe von fünf Jahren),⁸⁷³ die Strafzumessung und insbesondere das Ausmass der Reduktion aufgrund der verminderten Schuldfähigkeit blieben jedoch weiterhin nicht nachvollziehbar. Weil aber ab diesem Zeitpunkt einmal eine Zahl im Raum stand, sind alle nachfolgenden Schritte in der Urteilsbegründung deutlich besser nachvollziehbar. So wird die Strafe in der Folge auf vier Jahre und drei Monate, also um neun Monate reduziert, weil es beim Versuch geblieben ist.⁸⁷⁴ 283

867 OGer ZH, SB200503 vom 6. Oktober 2021, E. IV.4.3.3.

868 OGer ZH, SB150505 vom 3. Oktober 2019, E. V.3.1.

869 OGer ZH, SB150505 vom 3. Oktober 2019, E. V.3.2.

870 OGer ZH, SB150505 vom 3. Oktober 2019, E. V.3.3.

871 BGer, 6B_1363/2019 vom 19. November 2020, E. 2.3.1.

872 BGer, 6B_1363/2019 vom 19. November 2020, E. 2.3.2.

873 OGer ZH, SB200503 vom 6. Oktober 2021, E. V.3.4.2.

874 OGer ZH, SB200503 vom 6. Oktober 2021, E. V.4.2.

Wäre nicht bereits eine Einsatzstrafe aufgrund der verminderten Schuldfähigkeit festgelegt worden, hätte sich auch nicht überprüfen lassen, in welchem Umfang dem Umstand Rechnung getragen wurde, dass der Erfolg ausgeblieben ist. Notwendig ist die Kenntnis der Strafe, welche für das vollendete Delikt ausgefällt worden wäre.⁸⁷⁵

284 Um die Gewichtung zentraler Strafzumessungsumstände, die zu einer Reduktion oder Erhöhung der hypothetisch feststehenden Strafe führen (z. B. verminderte Schuldfähigkeit, Versuch, Vorstrafen, Konkurrenz), beurteilen zu können, ist zwingend notwendig, dass ausgewiesen wird, von welcher Einsatzstrafe ausgegangen wird.⁸⁷⁶ Eine Addition und Subtraktion mit Begriffen, aus welcher am Ende eine Zahl resultiert,⁸⁷⁷ ist und bleibt nicht nachvollziehbar.

285 So sah es zuweilen selbst das Bundesgericht, wenn es ausführte: «*Im Interesse einer nachvollziehbaren Strafzumessung ist es sinnvoll, im Urteil in einem ersten Schritt darzutun, wie gross das Tatverschulden (und allenfalls die sich daraus ergebende hypothetische Strafe) wäre, wenn keine Verminderung vorläge.*»⁸⁷⁸ Es ist bedauerlich, dass sich diese Ansicht nicht durchgesetzt hat und zum Pflichtvorgehen erhoben wurde.⁸⁷⁹

3. Unklare Grundlage von Strafzumessungsrichtlinien

286 Wird für die Strafzumessung auf Richtlinien Bezug genommen, ist klar, worauf die konkrete Strafe oder zumindest deren Grössenordnung basiert. Das Problem der Richtlinien liegt vielmehr in der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Datengrundlage. Es lässt sich kaum überprüfen, worauf die Richtlinien selbst basieren.

287 So heisst es beispielsweise bei den Richtlinien von FREI/RANZONI und EUGSTER/FRISCHKNECHT, diese würden die Praxis der St. Galler Justiz abbilden.⁸⁸⁰ Diese Praxis ist allerdings nicht einsehbar.⁸⁸¹ Diesem Problem

875 MATHYS 2019, N 66; vgl. z. B. OGer AG, SST.2022.190 vom 22. Februar 2023, E. 3.2.2.

876 KIENERH., ZStrR 2007, S. 356 ff.; im Ergebnis ebenso KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1223.

877 FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1439 («*wie der Zauberer die Taube aus dem Hut*»).

878 BGer, 6B_585/2008 vom 19. Juni 2009, E. 3.5, für das Zitat; andeutungsweise auch BGE 134 IV 132, E. 6.1.

879 Vgl. auch KIENERH., ZStrR 2007, S. 369; Wenig überzeugend ist der Einwand, eine solche Strafe lasse sich wegen des reduzierten Verschuldens gar nicht begründen, so jedoch MATHYS 2019, N 167. Bei einer hypothetischen Einsatzstrafe wird gerade in einem ersten Schritt die Strafe ermittelt, die bei voller Schuldfähigkeit auszufallen gewesen wäre. Selbst den Gerichten, welche keine Einsatzstrafe für die objektive Tatschwere ausweisen, ist eine verbale Bewertung des objektivierten Verschuldens in diesen Fällen offenkundig bereits möglich.

880 EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, S. 333; FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1440; kritisch: ALBRECHT P., AJP 1996, S. 370.

881 Vgl. zu diesem Problem hinten Rz. 299 ff.

begegnen EUGSTER/FRISCHKNECHT immerhin dadurch, dass sie diverse Fälle im Anhang kurz zusammenfassen.⁸⁸²

Unklar bleibt hingegen, auf welcher Basis die Strafmassempfehlungen der SSK und die diversen kantonalen Richtlinien zustande gekommen sind. Soweit ersichtlich enthält keine der Richtlinien Angaben dazu.⁸⁸³ Hinweise auf den Entstehungsprozess finden sich immerhin bei HANSJAKOB, der im Auftrag der KSBS im Jahr 1993 eine Umfrage zur Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen unter den Kantonen durchführte.⁸⁸⁴ Auf diesen Rückmeldungen basiert anschliessend das Strafzumessungsmodell des Autors für den Betäubungsmittelhandel und die Strafmassempfehlungen für Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG.⁸⁸⁵ Klar wird, dass das Modell von HANSJAKOB primär auf Sekundärquellen abstellt, weil nur wenige Kantone konkrete Fälle bereitstellten.⁸⁸⁶ Die Mehrheit der Kantone hatte entweder nichts vorzuweisen oder bereits eigene Richtlinien, Weisungen und Übersichten.⁸⁸⁷

Insofern eignen sich Richtlinien zwar besser für einen Vergleich als keine Richtlinien, aber die Vergleichsgrundlage ist regelmässig von zweifelhafter Qualität. Die Basis für Richtlinien wäre im besten Fall umfassend empirisch zu erheben und dann in einem transparenten Verfahren unter Beizug der beteiligten Akteure (Gerichte, Staatsanwaltschaften, Verteidigung und Wissenschaft) normativ weiter zu verfeinern.⁸⁸⁸

B. Dünnes Vergleichsmaterial

Wie soeben gezeigt, sind Strafurteile für einen Vergleich inhaltlich häufig ungeeignet, weil keine Einsatzstrafen ausgewiesen und damit auch wesentliche Teilschritte nicht beziffert werden. Das engt das Feld tauglicher Vergleichsfälle bereits erheblich ein. Erschwerend kommt hinzu, dass die verfügbaren Vergleichsfälle durch weitere formelle und praktische Gründe mengenmässig stark eingeschränkt sind. Eine erste gewichtige Einschränkung ergibt sich aus dem Begründungsdispens (1.): Nicht alle Strafurteile werden schriftlich

882 EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, S. 337 ff.

883 Vgl. für die Kantone mit einer umfassenden Richtlinie: GStA GE, Weisung Strafzumessung; GStA VD, Weisung Strafzumessung; OStA AG, Strafbefehlsempfehlungen; OStA ZH, Strafmassempfehlungen; StA NE, Strafzumessungsempfehlungen; VBRS, Strafzumessungsrichtlinien.

884 HANSJAKOB, ZStrR 1997, S. 233 f.

885 SSK, Empfehlungen (BetmG).

886 Der Autor selbst räumt ein, dass die Datengrundlage für das Modell «relativ schmal» sei, HANSJAKOB, ZStrR 1997, S. 239.

887 HANSJAKOB, ZStrR 1997, S. 234 f.

888 Dazu hinten Rz. 628 ff.

begründet. Ein zweiter Filter entsteht durch die kantonal unterschiedlich restriktive Publikationspraxis (2.). Die publizierten Urteile sind sodann nicht in einer praktisch handhabbaren Datenbank aufbereitet (3.).

1. Grosszügiger Begründungsdispens

291 Der Wortlaut von Art. 50 StGB («*ist ein Urteil zu begründen*») weist bereits daraufhin, dass Strafurteile und damit auch die Strafzumessung nicht immer (schriftlich) zu begründen sind.⁸⁸⁹ Ausnahmen bestehen namentlich für das Strafbefehlsverfahren (a) und im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren (b).

a) Im Strafbefehlsverfahren

292 Nach aktueller Rechtslage muss das Strafmass im Strafbefehl nicht begründet werden.⁸⁹⁰ Dieser Umstand ist mit Recht zu kritisieren,⁸⁹¹ kann vorliegend aber nicht vertieft werden. Entscheidend ist, dass Strafbefehle ohne Begründung der Strafzumessung ergehen können. Im Rahmen des SNF-Projekts von THOMMEN und KUHN «Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren» hat sich zwar gezeigt, dass einzelne Staatsanwaltschaften in der schriftlichen Begründung über das gesetzlich verlangte Minimum hinausgehen und zuweilen auch die Strafzumessung begründen.⁸⁹² Wie oft das mit Bezug auf die Strafzumessung vorkommt, liess sich mit den erhobenen Informationen allerdings nicht ermitteln. Insgesamt bleibt deshalb unbekannt, wie oft die Strafzumessung in Strafbefehlen begründet wird, und auch, ob dabei Teilschritte mit konkreten Zahlen ausgewiesen werden. Im Sinn des dem Strafbefehlsverfahren zugrundeliegenden Effizienzgedankens scheint jedoch plausibel, dass eine «Ohne-Not-Praxis» verfolgt wird, wonach nicht begründet wird, was nicht begründet werden muss. Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft einer allfälligen Begründungspflicht auch mündlich nachkommen kann.⁸⁹³

293 Wie sich hiernach zeigen wird, scheiden mit Blick auf die Publikationspraxis selbst die begründeten Strafbefehle als Vergleichsgrundlage aus.⁸⁹⁴

889 Vgl. PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 50 N 5, wonach es sich hierbei um einen «*peinliche[n] Missgriff*» handle, denn jedes Strafurteil sei zu begründen.

890 THOMMEN 2013, S. 94; ebenso BSK StPO-STOHNER, Art. 82 N 1.

891 Grundlegend THOMMEN 2013, S. 94 ff.

892 So jedenfalls die Auskunft des Projekt-Teams. Entsprechende Erkenntnisse sind zum Zeitpunkt dieser Arbeit noch nicht publiziert worden; vgl. SNF-Projekt 173368, «Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren».

893 Dass dies nur selten vorkommen dürfte, legt eine Untersuchung von MATTMANN et al., ZStrR 2021, S. 254, nahe: Nur 1,6% der untersuchten Strafbefehle wurden den Beschuldigten persönlich ausgehändigt.

894 Hinten Rz. 302.

Insgesamt fallen so bereits etwa 92 %⁸⁹⁵ aller strafrechtlichen Verurteilungen für Verbrechen und Vergehen gegen Erwachsene als Vergleichsgrundlage weg.

b) Im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren

Auch die restlichen 8 % der Verurteilungen ergehen in vielen Fällen ohne schriftliche Begründung. Das erstinstanzliche Gericht kann nämlich von einer schriftlichen Urteilsbegründung absehen, wenn erstens das Urteil mündlich begründet wird, zweitens keine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren, keine Verwahrung nach Art. 64 StGB oder stationäre Behandlung nach Art. 59 Abs. 3 StGB angeordnet wird, drittens von den Parteien keine Begründung verlangt und viertens kein Rechtsmittel ergriffen wird (Art. 82 StPO). 294

Entscheidend dafür, ob das Gericht sein Urteil *schriftlich* begründen muss, sind somit primär die Sanktionshöhe und das Verhalten der Parteien. Verurteilungen von über zwei Jahren Freiheitsstrafen müssen zwingend schriftlich begründet werden. Gemäss Bundesamt für Statistik lagen die Strafen im Jahr 2022 in 1'248 von 103'156 Fällen über der Grenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe, was gerade einmal 1,2 % aller Verurteilungen (für Verbrechen und Vergehen) bzw. 15 % der gerichtlichen Verurteilungen sind.⁸⁹⁶ 295

Häufiger einschlägig dürfte deshalb die Begründungspflicht bei Weiterzug eines Urteils sein (Art. 82 Abs. 2 lit. b StPO).⁸⁹⁷ Wie häufig darüber hinaus eine Begründung verlangt, ohne dass zugleich ein Rechtsmittel erhoben wird, wissen nur die Sachgerichte selbst. In jedem Fall dürfte ein substanzieller Anteil der erstinstanzlichen Urteile ohne schriftliche Begründung ergehen. Dies bereits deshalb, weil in diversen Kantonen die Gerichtsgebühr reduziert wird, wenn keine Begründung verlangt wird.⁸⁹⁸ 296

895 Bei Verbrechen und Vergehen erfolgten 2022 nur 8'284 Verurteilungen von insgesamt 103'146 (8 %) durch ein Gericht, vgl. BFS, Verurteilungen nach Verfahrensart.

896 BFS, Verurteilungen nach Art und Dauer der Hauptstrafe.

897 Eine eigentliche Berufungsquote wird in den Rechenschaftsberichten der Gerichte regelmässig nicht ausgewiesen. Werden im Sinn eines groben Vergleichs die Erledigungszahlen der ersten Instanzen mit den Eingangszahlen der Berufungskammern verglichen (unter Vernachlässigung, dass Berufungen gegen Urteile gegen Jahresende regelmässig erst im Folgejahr eingehen), ergibt sich z. B. im Kanton Zürich eine Weiterzugsquote von ca. 40 % (OGer ZH, Rechenschaftsbericht 2022, S. 18, 38 [1'913 materielle Strafentscheide vs. 732 Eingänge bei den Berufungskammern] und OGer ZH, Rechenschaftsbericht 2023, S. 17, 37 [1'877 materielle Strafentscheide gegenüber 760 Eingängen bei den Berufungskammern]). Die eigentliche Quote dürfte darunter liegen, weil bei der Berufungskammer nicht aufgeschlüsselt wird, wie viele Eingänge auf Revisionen entfallen.

898 So bspw. um einen Drittel im Kanton St. Gallen (Art. 17 Abs. 1 der Gerichtskostenverordnung des Kantons St. Gallen; sGS 941.12); ebenso im Kanton Zürich (§ 14 Abs. 5 der Gebührenverordnung des Obergerichts; LS 211.11); vgl. zur Problematik dieser Praxis BSK StPO-STOHNER, Art. 82 N 23 f.

297 Insgesamt wird also nur ein kleiner Anteil im einstelligen Prozentbereich aller Strafurteile schriftlich begründet. Zwar müssen alle nicht schriftlich begründeten erstinstanzlichen Strafurteile mündlich begründet werden.⁸⁹⁹ Rein mündlich begründete Urteile können jedoch nicht als Vergleichsobjekte herangezogen werden.

298 Wenn es massgeblich von den Parteien abhängt, ob ein Urteil begründet wird, dann ist möglich, dass die dadurch erfolgende Selektion nicht repräsentativ für die gerichtliche Praxis ist.⁹⁰⁰ Ungeachtet solcher Effekte und der hiervor gezeigten inhaltlichen Schwierigkeiten ist der Kreis der möglichen Vergleichsfälle mengenmässig jedenfalls dadurch begrenzt, dass nur ein Bruchteil aller Strafurteile überhaupt schriftlich begründet wird.

2. Ungenügende Publikationspraxis

299 Die in der Gesamtschau betrachtete kleine Anzahl an schriftlich begründeten Fällen muss sodann durch einen weiteren Filter: Nur zugängliche Urteile können zum Vergleich herangezogen werden.⁹⁰¹ Angesprochen ist damit die Publikationspraxis der Kantone.

300 Soweit bekannt haben Gerichte in der Schweiz mit Ausnahme der eigenen internen Gerichtsdatenbank über eigene Fälle keinen besseren Zugang zu Strafurteilen anderer Gerichte oder Kantone als juristisch interessierte Privatpersonen.⁹⁰² Auch sie müssen mit der in kantonalen Entscheidungsdatenbanken publizierten Praxis vorliebnehmen oder Suchplattformen wie Swisslex und entscheidungs.ch nutzen. Besonders prekär ist diese Lage für Berufungsinstanzen und das Bundesgericht, welche auch auf die Rechtsprechung der eigenen Vorinstanzen keinen Zugriff haben,⁹⁰³ wenn die Fälle nicht an sie weitergezogen und auch sonst nicht publiziert wurden.⁹⁰⁴

899 BSK StPO-STÖHNER, Art. 82 N 3; auch HÜRLIMANN/VESELY 2023, N 18.

900 Verzerrungseffekte könnte etwa dadurch entstehen, dass eher problematische Fälle weitergezogen werden. Denkbar wäre auch, dass der Weiterzug massgeblich von den finanziellen Ressourcen der beschuldigten Person abhängt; allgemein SCHWEIZER M. 2005, S. 73; ähnliche Bedenken bei MAURER 2005, S. 140 und 212 («Auf der anderen Seite ist aber zu besorgen, daß gerade das angefochtene Strafmaß weniger repräsentativ ist als das unangefochtene, denn zur Anfechtung dürfte in vielen Fällen die eher unübliche Strafe führen»).

901 So hat das Bundesgericht auch bereits festgestellt, dass es keinen Zugang zu angeführten Vergleichsfällen hat, vgl. BGer, 6B_757/2020 vom 4. November 2020, E. 3.3.1.

902 Vgl. dazu schon zu Deutschland STRENG 1984, S. 303.

903 Vgl. z. B. OGer ZH, SB210165 vom 20. Mai 2021, E. 3.7.

904 Aufgrund des datenschutzrechtlichen «Need-to-know-Prinzips» dürften obere Gerichte jedenfalls keinen freien Zugang zu nicht publizierten, unanonymisierten Entscheidungen der Vorinstanz haben, geschweige denn zu den Verfahrensakten; vgl. zu diesem Problem allgemein und zu Deutschland auch MAURER 2005, S. 140 f.

Bundesgericht und Bundesstrafgericht publizieren mittlerweile alle ihre Endentscheide, Ersteres zusätzlich auch alle Teilentscheide.⁹⁰⁵ Bei der Bundesanwaltschaft liegen grundsätzlich alle Strafbefehle während vier Wochen öffentlich auf.⁹⁰⁶ Publiziert werden sie nicht.

In den Kantonen veröffentlichen vor allem die Berufungsgerichte ihre materiellen Strafurteile. Von den 26 Berufungsgerichten publizieren soweit ersichtlich mittlerweile 17 (AG, AR, BL, BS, BE, FR, GE, GR, NE, NW, SZ, SO, TI, VD, VS, ZG, ZH)⁹⁰⁷ einen Grossteil ihrer Sachurteile in voller Länge online, die übrigen neun nur eine Auswahl und/oder nur in Auszügen (AI, GL, JU, LU, OW, SH, SG, TG, UR).⁹⁰⁸ Insgesamt wurde damit die Publikationspraxis in den letzten zehn Jahren deutlich ausgeweitet,⁹⁰⁹ was zu begrüßen ist. Wenig getan hat sich allerdings bei den erstinstanzlichen Gerichten, von denen praktisch keines regelmässig Urteile veröffentlicht.⁹¹⁰ Zum aktuellen Zeitpunkt publiziert soweit ersichtlich auch keine Staatsanwaltschaft ihre Strafbefehle.

Da fast ausschliesslich Berufungsgerichte Strafurteile publizieren, finden sich in Kantonen mit restriktiver letztinstanzlicher Publikationspraxis kaum Vergleichsurteile. Das Gros der gerichtlichen Strafzumessung findet aber ohnehin bei den ersten Instanzen statt, weshalb vor allem dort ein Zugang zu Urteilen wichtig wäre. In den meisten Kantonen finden sich jedoch überhaupt keine erstinstanzlichen Vergleichsfälle. Erstinstanzliche Gerichte können zwar immerhin mit eigenen vergangenen Fällen vergleichen. Diese sind jedoch je nach Grösse des Gerichts und Häufigkeit des Delikts sehr limitiert und den Parteien zudem nicht zugänglich.⁹¹¹

905 Art. 27 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR173.110) i. V. m. Art. 59 Reglement für das Bundesgericht vom 20. November 2006 (BGER; SR173.110.131); Art. 63 Abs. 1 Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (StBOG; SR173.71) i. V. m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 Reglement des Bundesstrafgerichts über die Grundsätze der Information vom 24. Januar 2012 (SR173.711.33); vgl. auch HÜRLIMANN D., sui generis 2014, N 5f.

906 Vgl. Bundesanwaltschaft, Strafbefehle und Verfügungen und Art. 23 Abs. 2 lit. d und f Reglement über die Organisation und Verwaltung der Bundesanwaltschaft vom 26. Februar 2021 (SR173.712.22).

907 Vgl. auch HÜRLIMANN D., sui generis 2014, N 9.

908 Vgl. ausführlich zur Publikationspraxis der Kantone, hinten im Anhang, Rz. 670 ff.

909 Vgl. den Stand bei HÜRLIMANN D., sui generis 2014, S. 82 ff.

910 So sind im Kanton Tessin sowohl die Entscheide der Pretura penale als auch diejenigen des Tribunale penale cantonale unter www.sentenze.ti.ch abrufbar. Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrrhoden publiziert einzelne Entscheide in Auszügen in der Kantonalen Entscheidungssammlung AR GVP. Die Bezirksgerichte im Kanton Wallis publizieren einzelfallweise ganze Urteile, soweit sie «für die Kenntnis des Rechts wichtig sind», Art. 38 Abs. 1 lit. c Gesetz über die Rechtspflege des Kantons Wallis vom 11. Februar 2009 (RPfG/VS; SGS 173.1).

911 Zur Schwierigkeit, einschlägige Präjudizien zu finden: ALBRECHT P., in: «Ratio legis» 2001, S. 74; BIAGGINI 1991, S. 371.

304 Mit Blick auf das Rechtsgleichheitsgebot und die damit einhergehenden Pflichten von Behörden und Gerichten kann diese Situation nicht befriedigen. Strafgerichte haben rechtsgleich Strafe zuzumessen. Das bedingt einen professionellen Vergleich mit der bisherigen Rechtsprechung. Dazu haben Bund und Kantone die notwendigen Grundlagen zu schaffen. Ohne Zugang zu Vergleichsurteilen ist eine Überprüfung der Beurteilung auf ihre Rechtsgleichheit unmöglich. Vor allem erstinstanzliche Urteile sind für die Durchsetzung individueller Gleichbehandlungsansprüche zentral, weil aktuell nur so vor Berufungsgericht eine ungleiche Behandlung durch ebenjene erste Instanz gerügt werden kann. Sind nur Berufungsurteile publiziert, kann nur noch vor Bundesgericht versucht werden, eine Ungleichbehandlung zu plausibilisieren, was aufgrund der aktuellen Rechtsprechung beinahe aussichtslos ist.⁹¹²

305 Mit Blick auf Kantone mit restriktiver Publikationspraxis ist in einem ersten Schritt zu fordern, dass mindestens die Berufungsgerichte alle ihre Strafurteile publizieren. Um im Einzelfall sinnvoll und auf jeder Stufe des Instanzenzugs vergleichen zu können, müssen jedoch vor allem erstinstanzliche Strafurteile verfügbar gemacht werden.⁹¹³ Ein solcher Schritt liesse sich angesichts der praktisch in allen Kantonen existierenden Urteilsplattformen und des mit dem technischen Fortschritt weiter abnehmenden Anonymisierungsaufwands relativ leicht realisieren.⁹¹⁴ Wurde ein Urteil schriftlich begründet, dann ist dieses auch zu veröffentlichen. Eine kuratorische Auswahl durch die Gerichte ist abzulehnen. Es lässt sich nicht ex ante abschätzen, welche Fälle sich als relevant herausstellen werden. Zudem kann der Auswahlprozess von aussen nicht beurteilt werden, wodurch die Möglichkeit besteht, dass sich eine Praxis an publizierten Entscheiden vorbei entwickelt.⁹¹⁵

3. Fehlende Aufbereitung

306 Für eine sinnvolle Vergleichspraxis genügt es noch nicht, dass Urteile transparent und vergleichbar begründet und anschliessend publiziert werden. Sie müssen sich auch mit vertretbarem Aufwand finden und in Bezug auf die Strafzumessung auswerten lassen. Soweit ersichtlich bietet jedoch keine der

912 Vgl. vorne Rz. 145 ff.

913 So auch SEELMANN 2023, S. 308; HORSTKOTTE, in: Individualprävention und Strafzumessung 1992, S. 176.

914 Vgl. z. B. NADIG, in: Anonymisierung von Urteilen 2021, S. 59: «eine halbe bis eine Stunde» bzw. «unter fünf Prozent» des Aufwands für die Urteilsbegründung; auch HÜRLIMANN D., in: Anonymisierung von Urteilen 2021, S. 16, 19. So verwendet z. B. der Kanton Aargau bereits eine KI-basierte Anonymisierungssoftware, der Kanton Basel-Stadt testet eine solche ebenfalls, vgl. www.balo.ai und entsprechende Referenzen.

915 Vgl. zum Argumentarium gegen eine Auswahl HÜRLIMANN D., sui generis 2014, S. 94 f.

kantonalen Datenbanken eine verfeinerte Suchfunktion spezifisch für die Strafzumessung an. Wer heute Vergleichsfälle sucht, muss deshalb zunächst über die Volltextsuche den Kreis der möglichen Urteile einschränken, was bspw. über das Delikt und ein paar wenige Stichworte erfolgen kann. In den neueren kantonalen Datenbanken kann die Suche zudem auf spezifische Gesetzesartikel beschränkt werden.⁹¹⁶ Anschliessend müssen die Urteile jedoch einzeln geöffnet und die Strafzumessungserwägungen manuell angesteuert und gesichtet werden. Das macht die Suche nach Vergleichsfällen sehr zeitintensiv und nur wenige Gerichte oder Parteien werden diese Zeit aufwenden können oder wollen. Wie solche Datenbanken mit Blick auf die vergleichende Strafzumessung verbessert werden können oder eine neue Datenbank ausgestaltet werden kann, soll im vierten Teil skizziert werden.⁹¹⁷

III. Föderalistische Scheuklappen

Neben der vermeintlich fehlenden Vergleichbarkeit und der dürftigen Vergleichsgrundlage stehen auch föderalistische Scheuklappen einer rechtsgleichen Strafzumessung im Weg. In Rechtsprechung und Literatur scheint die Überzeugung vorzuherrschen, regionale oder lokale Unterschiede in der Strafzumessung seien als notwendiges Übel hinzunehmen. Notwendig einerseits, weil Gerichten Ermessen zur Findung einer einzelfallgerechten Lösung eingeräumt werde,⁹¹⁸ und andererseits, weil die Strafzumessung den *kantonalen* Gerichten obliege (vgl. Art. 123 Abs. 2 BV), unterschiedliche Behandlung also bereits im Föderalismus angelegt sei. Hier soll letzteres Argument näher betrachtet werden. 307

A. Regionale Differenzen als Rechtfertigung von Ungleichbehandlung?

Zur Rechtfertigung regional unterschiedlicher Strafzumessung wird teilweise vorgebracht: *«Regionale Differenzen des Sanktionsstils etwa können einen guten Sinn haben, wenn sie Unterschiede des sozialen Umfeldes oder der vorherrschenden Einschätzung einer bestimmten Art von Delikten widerspiegeln.»*⁹¹⁹ Teilweise wird noch zugespitzt. So habe sich z. B. eine Staatsanwaltschaft mit dem 308

916 So z. B. im Kanton Zug: www.obergericht.zg.ch.

917 Hinten Rz. 613 ff.

918 Vgl. hinten Rz. 324 ff.

919 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 5; fast wortgleich WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 456; ferner MATHYS 2019, N 578.

Argument gegen gesamtschweizerische Strafzumessungsrichtlinien ausgesprochen, es müsse die Situation im Kanton berücksichtigt werden, «*der Richter kenne eben die Besonderheiten seines Appenzellers und dessen Unterschiede zum Genfer*». ⁹²⁰

309 Selbst wenn man solche faktischen Unterschiede noch anerkennen würde, käme das Strafsystem spätestens dann ins Straucheln, wenn ein Genfer nun in Appenzell eine Straftat beginge. Diesen aufgrund seiner Herkunft abweichend zu behandeln, wäre diskriminierend. Ein Verweis auf tatsächliche regionale Unterschiede kann nicht überzeugen. Das Strafgesetzbuch ist ein *nationales*. ⁹²¹ Seit dessen Inkrafttreten sind mehr als 80 Jahre vergangen, weshalb ein Verweis auf vorherige kantonale Besonderheiten kaum mehr ausreichen kann. ⁹²² Strafen sind primär nach dem Verschulden zuzumessen. Nur weil ein Kanton stärker von Drogenkriminalität betroffen ist als ein anderer, wird dadurch nicht das Verschulden erhöht, wenn im stärker betroffenen Kanton delinquent wird. ⁹²³ Über Strafzumessung ist keine regionale Kriminalpolitik zu betreiben, dafür lässt das Bundesrecht keinen Raum.

310 Diese Argumentationslinie stammt denn wohl auch aus einer früheren Zeit, in der sie allenfalls noch eine gewisse Berechtigung hatte, wie die Überlegung von HUTH verdeutlicht: «*[A]us dem Gesichtspunkt eines Schuldstrafrechtes [ist] z. B. die Berücksichtigung der sittlichen und religiösen Vorstellungen der engeren Gemeinschaft des Kantons bei der Strafzumessung nicht schlechthin anfechtbar*». ⁹²⁴ Von einer solchen engeren kantonalen Gemeinschaft mit sittlichen und religiösen Vorstellungen kann heute kaum mehr die Rede sein. ⁹²⁵

B. Kantonal oder lokal beschränkter Gleichbehandlungsanspruch?

311 Dass Rechtsgleichheitsüberlegungen in der Strafzumessung praktisch eine geringe Rolle spielen, hängt auch damit zusammen, dass die Rechtsprechung davon auszugehen scheint, der Auftrag zur Gleichbehandlung erschöpfe sich

920 HANSJAKOB, ZStrR 1997, S. 235 und dort Fn. 5; für Deutschland ähnlich: HORSTKOTTE, in: Strafzumessung 1989, S. 283.

921 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 41.

922 So für Deutschland STRENG 1984, S. 18 f.

923 Ähnlich zu Deutschland KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 36. Empirische Untersuchungen legen allerdings nahe, dass die Unterschiede im Fallaufkommen faktisch zu Strafunterschieden führen, weil die relative Strafzumessung dadurch unterschiedlich kalibriert wird, vgl. LEIBOVITCH, NULR 2017, S. 1235 ff., m. w. H.

924 HUTH, ZStrR 1942, S. 64.

925 SCHULTZ 1985, S. 165; vgl. für Deutschland auch HÖRNLE, GA 2019, S. 285; KOHN 2021, S. 104; STRENG 1984, S. 18 f.

in der beschränkt individuell justiziablen Dimension von Art. 8 Abs. 1 BV. Das Optimierungsgebot, das auch Gerichte ganz grundsätzlich dazu anhält, der Rechtsgleichheit möglichst weitgehende Geltung zu verschaffen, wird dabei ausgeblendet.⁹²⁶

Die Probleme sind bereits in der allgemeinen Rechtsgleichheitsdogmatik angelegt, wo praktisch unangefochten gilt, dass sich der (justiziable) Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung selbst beim Vollzug von Bundesgesetzen nur gegen dieselbe entscheidende Behörde richtet.⁹²⁷ Handeln verschiedene Behörden, dann soll der Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 BV schon gar nicht eröffnet sein.⁹²⁸ Das Bundesgericht überträgt dies ins Strafrecht und betont entsprechend auch bei der Strafzumessung, Gerichte seien in keiner Weise an Urteile aus anderen Kantonen gebunden:

«[L]e recourant ne cite pas d'autre décision de la Cour de cassation neuchâteloise, de sorte que l'on ne voit pas de trace d'une inégalité de traitement de la part de cette autorité. Comme cette dernière n'est en rien liée par les décisions rendues dans un autre canton, la seule question est de savoir si la peine litigieuse viole ou non le droit fédéral.»⁹²⁹

So kann das Gleichheitsproblem elegant umgangen werden: Weil zwei unterschiedliche Behörden agieren, stellt es sich gar nicht erst. Eine Rechtfertigung, weshalb sich dies aus dem Rechtsgleichheitsgebot selbst ergeben soll, sucht man vergebens.⁹³⁰ Sie ergibt sich jedenfalls nicht ohne Weiteres aus Art. 8 Abs. 1 BV, wie dies die öffentlich-rechtliche Lehre jedoch anzunehmen scheint.⁹³¹ Der Wortlaut ist klar: Alle Menschen sind *vor dem Gesetz* gleich und nicht etwa nur vor derselben Behörde.⁹³² Auch Art. 47 StGB ist als Bundesrecht aus Sicht des Rechtsgleichheitsgebots durch den Staat gleich anzuwenden, unabhängig davon, durch welche Behörden er tätig wird.⁹³³

926 NINK 2020, S. 85 spricht bei regionalen Unterschieden jenseits einer individuell-justiziablen Dimension von einem «*abstrakten Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG*»; zustimmend KOHN 2021, S. 107.

927 Vgl. vorne Rz. 81 ff.

928 BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 38.

929 BGE 124 IV 44, E. 2.c; ferner HAAG 1970, S. 40 f.; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 206.

930 Schon ARIOLI 1968, S. 110.

931 Vorne Rz. 81 ff.

932 ARIOLI 1968, S. 110.

933 SCHULTZ 1985, S. 165; vgl. auch JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 124. Zumindest wäre die alternative Auslegung (da im Wortlaut nicht angelegt und unplausibel) qualifiziert begründungsbedürftig.

- 314 Der föderalistische Gesetzesvollzug kann zwar als Begründung erhalten, weshalb es dabei zu unterschiedlicher Behandlung kommt,⁹³⁴ nicht jedoch, weshalb diese hinzunehmen wäre. Es werden immerhin Bedenken an einem uneinheitlichen kantonalen Vollzug von Bundesgesetzen angemeldet.⁹³⁵ Dem Problem könne aber kaum im Rahmen individueller Gleichbehandlungsansprüche Abhilfe geschaffen werden.⁹³⁶
- 315 Im Ergebnis wird hier zu Unrecht eine behördenzentristische Sicht eingenommen. Nicht die Einzelperson soll vor ungleicher Behandlung geschützt werden, sondern die Behörde davor, sich der Praxis eines anderen Kantons anschliessen zu müssen.⁹³⁷ Das Bundesgericht führt in diesem Zusammenhang zur Strafzumessung regelmässig aus: *«Der Grundsatz der Individualisierung und der dem Sachrichter vom Gesetz bei der Strafzumessung eingeräumte weite Ermessensspielraum führen nach der Rechtsprechung notwendigerweise zu einer gewissen, vom Gesetzgeber in Kauf genommenen Ungleichheit. Unterschiedliche Gewichtungen der massgebenden Faktoren sind zudem Folge der Unabhängigkeit des Richters [...]»*⁹³⁸ Dabei macht es sich das Bundesgericht letztlich einfach, indem es Sachgerichte von Rechtsgleichheitsüberlegungen befreit, *«solange die infrage stehende Strafe als solche angemessen»*⁹³⁹ sei. Damit drückt es implizit die Haltung aus, dass die richtige Strafe keine rechtsgleiche sein muss.⁹⁴⁰ In diesem Zusammenhang ist auch vom Vorrang des Legalitätsprinzips vor dem Grundsatz der Gleichheit die Rede.⁹⁴¹
- 316 All diese Argumente können in einem konkreten Einzelfall einem Anspruch auf Gleichbehandlung entgegenstehen. Wie Individualisierung, Legalitätsprinzip, Ermessen und richterliche Unabhängigkeit zum Gebot rechtsgleicher Behandlungen stehen, ist hiernach entsprechend noch näher zu

934 WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 13 (*«Dass es zu solchen rechtungleichen Entscheiden kommt, ist dem föderalistischen Gesetzesvollzug inhärent»*).

935 Vgl. die Nachweise in Fn. 217.

936 WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 14.

937 WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 13 (*«Es kommt nicht in Frage, dass ein Beschwerdeführer die Behörden eines Kantons durch Rechtsmittel zwingen kann, sich der Praxis eines andern Kantons anzupassen; insofern bildet der Föderalismus eine absolute Schranke des Gleichbehandlungsanspruchs»*).

938 BGE 135 IV 191, E. 3.1; ferner BGer, 6B_1278/2020 vom 27. August 2021, E. 5.4.4; BGer, 6B_507/2020 vom 17. August 2020, E. 2.2.2; BGer, 6B_1265/2019 vom 9. April 2020, E. 4.3.2; BGer, 6B_1137/2016 vom 25. April 2017, E. 1.5; BGer, 6B_312/2016 vom 23. Juni 2016, E. 1.6.2; BGer, 6B_846/2015 vom 31. März 2016, E. 2.2.5; BGer, 6B_738/2014 vom 25. Februar 2015, E. 3.4; BGer, 6B_681/2013 vom 26. Mai 2014, E. 1.3.2.

939 BGer, 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013, E. 2.3.5.

940 Was mit Blick auf die relative Natur der Verschuldensbewertung so nicht richtig sein kann, vorne Rz. 199 ff.

941 Hinten Rz. 364 ff.

beleuchten.⁹⁴² Keiner dieser Grundsätze liefert jedoch eine Begründung, weshalb der Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 BV per se auf ein und dieselbe Behörde beschränkt sein soll. Die Ansicht ist zudem mit Blick auf den gerichtlichen Instanzenzug selbst in einem engen Verständnis des Rechtsgleichheitsgebots fragwürdig.

Aus dem Gebot rechtsgleicher Behandlung ergibt sich zumindest indirekt eine Pflicht, sich mit Urteilen anderer Gerichte auseinanderzusetzen. 317
 Verschiedene erstinstanzliche Strafgerichte können nicht als dieselbe Behörde oder derselbe Hoheitsträger aufgefasst werden. Ihre Zuständigkeit beschränkt sich regelmässig auf einen ihnen exklusiv zugewiesenen Teil des Kantonsgebiets oder auf bestimmte Deliktsformen. Folgt man dem engen Verständnis des Rechtsgleichheitsgebots, dann besteht nur ein Anspruch auf gleiche Behandlung durch das konkrete erstinstanzliche Gericht und eine Ungleichbehandlung kann nur durch Urteile ebenjenes Gerichts dargelegt werden. Allerdings erweitert sich die Gebietszuständigkeit im Instanzenzug in der Regel,⁹⁴³ was eine differenzierte Betrachtung erfordert.

Weil eine Ungleichbehandlung durch eine erste Instanz erst mit Vorliegen des Entscheids erkennbar wird, kann sie faktisch auch erst vor Berufungsgericht geltend gemacht werden. 318
 Berufungsgerichte sind in allen Kantonen für das gesamte Kantonsgebiet zuständig.⁹⁴⁴ Entsprechend dieser Zuständigkeit dürfen sie keine rechtsungleiche Praxis innerhalb des eigenen Kantons dulden.⁹⁴⁵ Wird eine unterschiedliche Behandlung zwischen verschiedenen Vorinstanzen dargelegt, muss es eingreifen, will es nicht selbst das Rechtsgleichheitsgebot verletzen. Mit anderen Worten muss es entscheiden, welche Rechtsprechung seiner unteren Instanzen materiell richtig ist. Die erstinstanzliche Strafzumessung ist damit indirekt aufgrund von Art. 8 Abs. 1 BV im Vergleich mit anderen ersten Instanzen justiziabel. Dies nicht, weil die erste Instanz abweichend zu anderen Instanzen gleicher Stufe urteilt, sondern weil das Berufungsgericht selbst das Gleichbehandlungsgebot *verletzen würde*, wenn es nicht eingreift. Wollen sie nicht die Aufhebung durch die nächste Instanz riskieren, müssen sich erstinstanzliche Gerichte bereits beim eigenen Entscheid dafür interessieren, wie andere Gerichte desselben Kantons Strafe zumessen. Genau gleich verhält es sich im interkantonalen Vergleich

942 Hinten Rz. 324 ff.

943 Bei mehreren erstinstanzlichen Gerichten erweitert sich die Gebietszuständigkeit bei Weiterzug ans Berufungsgericht auf das ganze Kantonsgebiet und bei Beschwerde ans Bundesgericht auf das Gebiet der Schweiz.

944 Soweit ersichtlich verfügt kein Kanton über mehrere strafrechtliche Berufungsgerichte.

945 BGE 134 II 272, E. 4.7; vgl. auch MALINVERNI /HOTTELIER/ HERTIG RANDALL/ FLÜCKIGER 2021, N 1158.

zwischen Berufungsgerichten und Bundesgericht. Das Bundesgericht ist für das gesamte Staatsgebiet zuständig und verletzt das Gleichbehandlungsgebot, wenn es in der Anwendung von Bundesrecht eine unterschiedliche kantonale Praxis toleriert.

319 Die Realität ist allerdings eine andere. Das Risiko der Aufhebung erstinstanzlicher Urteile aus Gleichbehandlungsgründen ist aktuell denkbar klein, weil keine Vergleichsurteile verfügbar sind,⁹⁴⁶ eine Ungleichbehandlung deshalb praktisch nicht belegt werden kann. Publiziert sind teilweise immerhin die Urteile der Berufungsgerichte, auf die Bezug genommen werden kann.⁹⁴⁷ Auch das Berufungsgericht muss jedoch kaum die Aufhebung eigener Urteile fürchten, wenn es ungleiche Strafzumessung durch seine Vorinstanzen duldet. Das Bundesgericht sieht sich nicht in der Verantwortung oder in der Lage, für eine national einheitliche Strafzumessung zu sorgen.⁹⁴⁸ Zudem ist eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots durch das Bundesgericht selbst nicht justiziabel.⁹⁴⁹ Daher lässt sich eine interkantonale Ungleichbehandlung in der Strafzumessung aktuell faktisch nicht gerichtlich korrigieren.

320 Aus dem Rechtsgleichheitsgebot ergibt sich jedenfalls nicht, dass Urteile anderer Gerichte ignoriert werden dürfen. Offen bleibt die Frage, inwiefern die Gerichte in der Strafzumessung an andere Urteile *gebunden* sind. Zwischen fehlendem Befolgungszwang und völliger Unbeachtlichkeit liegen jedenfalls Grautöne, die wichtig sind. Eine pauschale Ablehnung von Vergleichen mit Urteilen anderer Gerichte lässt sich auch aus Gründen der materiellen Richtigkeit nicht halten.⁹⁵⁰ Dazu ein (bewusst zugespitztes, aber nicht unrealistisches) Beispiel: Ein kleines erstinstanzliches Strafgericht mit einer Berufsrichterin und vier Laienrichtern im Spruchkörper beurteilt erstmalig einen Fall einer vorsätzlichen Tötung. Die letzte Verurteilung für dieses Delikt im Kanton liegt 20 Jahre zurück. Die Strafzumessung wurde dort wie damals üblich nur sehr rudimentär begründet. Im Rahmen der Parteivorträge bringt die Verteidigung zur Begründung des beantragten Strafmasses drei aus ihrer Sicht ähnliche ausserkantonale Fälle vor, welche in den letzten fünf Jahren

946 Vorne Rz. 299 ff.

947 Weicht ein erstinstanzliches Gericht von einer zweitinstanzlichen Praxis ab, ohne dass dafür stichhaltige Gründe angegeben würden, dann verletzt es selbst das Gleichbehandlungsgebot. Das gilt genauso für Berufungsgerichte im Verhältnis zum Bundesgericht, vgl. BGE 146 I 105, E. 5.2.2.; a. A. WEBER-DÜRLER, ZBl 2004, S. 14 f.; SK StPO-WOHLERS, Art. 4 N 12.

948 Vorne Rz. 145 ff.

949 Gegen Entscheide des Bundesgerichts besteht kein weiteres innerstaatliches Rechtsmittel. Eine Beschwerde an den EGMR ist in solchen Konstellationen aufgrund der Natur von Art. 14 EMRK wenig sinnvoll, vgl. vorne Rz. 65.

950 Vorne Rz. 199 ff.

durch das Obergericht Zürich beurteilt wurden. Folgt man nun der eingangs skizzierten, puristischen Auffassung, könnte das urteilende Gericht die Vergleichsfälle mit einem Satz zur ausserkantonalen Herkunft beiseitewischen, vollständig ignorieren und davon losgelöst eine (völlig andere) eigene Strafe festlegen. Die Strafzumessung würde jedoch offensichtlich an Qualität gewinnen, wenn sich das Gericht mit den beigebrachten Urteilen befassen würde. Es sind schlicht keine guten Gründe ersichtlich, weshalb sich das Gericht nicht mit inhaltlich zutreffenden Vergleichen zu befassen hätte, nur weil das Vergleichsmaterial aus einem anderen Kanton stammt.

Sich damit zu befassen, heisst nicht zwingend, dem Ergebnis folgen. 321 Dem Gericht steht es nach wie vor frei, eine abweichende Strafe festzulegen. Solange der Vergleich inhaltlich stichhaltig ist, muss es diese Abweichung jedoch zumindest begründen können. Entweder kann es sich dabei auf tatsächliche Unterschiede stützen, oder es muss Farbe bekennen und festhalten, aus seiner Sicht sei das Strafniveau des anderen Gerichts zu hoch oder zu tief.⁹⁵¹ Diese Feststellung könnte schlussendlich vom Bundesgericht überprüft und allenfalls korrigiert werden, wenn sich national die Schere zu weit aufzutun droht. Doch auch unabhängig von allfälligen Anträgen der Verteidigung wäre im fiktiven Beispiel vom Gericht zu erwarten gewesen, dass es sich nach anderen Urteilen umblickt.⁹⁵² Eine Strafzumessung rein anhand der Intuition der beteiligten Personen (allenfalls auch in Verbindung mit vagen hypothetisch vorstellbaren Tatvarianten) hätte etwas Willkürliches und wäre nur dann vertretbar, wenn keine Alternativen möglich sind. Alternativen liegen heute aber mit teilweise gut begründeten, zugänglichen ausserkantonalen Urteilen vor.

Einzelne Gerichte scheinen das nicht prinzipiell anders zu sehen, wenn sie teilweise ganz selbstverständlich auf ausserkantonale Urteile abstellen, wo näheres Vergleichsmaterial fehlt.⁹⁵³ Auch das Bundesgericht legt in Einzelfällen dort die föderalistischen Scheuklappen ab, wo es selbst darlegen will, weshalb das vorinstanzliche Strafmass aus dem bundesrechtlich erlaubten Rahmen fällt.⁹⁵⁴ Was den Gerichten in der Begründung erlaubt ist, muss auch den Parteien offenstehen. 322

951 Zur Methodenehrlichkeit bei Wertungsfragen WIPRÄCHTIGER, recht 1995, S. 148f.

952 Vgl. allgemein MAURER 2005, S. 212.

953 AppGer BS, SB.2013.16 vom 20. Mai 2014, E. 5.1; OGer BE, SK 22 460 vom 17. Februar 2023, E. 19.1.1; OGer GL, OG.2022.00015 vom 10. März 2023, E. VI.4.3.1.6; OGer SO, STBER.2017.28 vom 9. November 2017, E. VI.2.1; vgl. zudem auch die empirische Untersuchung, hinten Rz. 532.

954 Vorne Rz. 148; BGE 123 IV 49, E. 2.e; BGer, 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3; BGer, 6B_812/2015 vom 16. Juni 2016, E. 3.4 ff.; auch JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 124.

- 323 Insgesamt darf es den Gerichten im Licht des Gleichbehandlungsgebots, des Optimierungsgebots und dem Interesse der richtigen Rechtsanwendung nicht gleichgültig sein, wie andere Gerichte entscheiden. Die pauschale Ablehnung von Vergleichen zwischen Gerichten hindert die Justiziabilität der Strafzumessung weit über Rechtsgleichheitsüberlegungen hinaus. Denn wer die Strafzumessung erfolgreich anfechten will, muss darlegen, dass die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten hat.⁹⁵⁵ Dies kann zur Not (und diese besteht teilweise aufgrund der dürftigen Publikationspraxis) auch anhand ausserkantonaler Urteile dargelegt werden.

IV. Immunsifizierendes Ermessen

- 324 Sollte es einer verurteilten Person trotz aller Hürden gelingen, eine rechtsungleiche Strafzumessung darzulegen, wird der letzte Schutzschild aktiviert, nämlich dass die Unterschiede unbeachtlich seien:

«Der Grundsatz der Individualisierung und der dem Sachrichter vom Gesetz bei der Strafzumessung eingeräumte weite Ermessensspielraum führen nach der Rechtsprechung notwendigerweise zu einer gewissen, vom Gesetzgeber in Kauf genommenen Ungleichheit. Unterschiedliche Gewichtungen der massgebenden Faktoren sind zudem Folge der Unabhängigkeit des Richters, der weiten Strafrahmen, der freien Beweiswürdigung sowie des erheblichen Ermessens des Sachrichters.»⁹⁵⁶

- 325 Solange das Sachgericht innerhalb des Ermessensbereichs bleibt, greift das Bundesgericht nicht ein. Innerhalb dieses Bereichs gilt also das Rechtsgleichheitsgebot nicht. Oder anders gewendet: Ermessen geht Gleichheit vor. Es steht vermeintlich über allen anderen Interessen und wird von jeglicher Kritik weitestgehend immunisiert. Gegen Vorschläge zur Herstellung von mehr Rechtsgleichheit, die auf die Einschränkung von Ermessen abzielen, wird häufig mit ähnlichen Argumenten protestiert. Es müsse individualisiert werden, wozu ein weiterer Ermessensspielraum notwendig sei, der sich rechtsgleicher Anwendung entziehe (A.). Die richterliche Unabhängigkeit verhindere zudem eine Bindung an andere, frühere Urteile (B.). Diese Argumentationsstränge gilt es näher zu prüfen.

955 Vgl. vorne Rz. 114 ff.

956 BGE 135 IV 191, E. 3.1.

A. Individualisierung und Rechtsgleichheit

Als gewichtiges Argument gegen einen Vergleich mit anderen Fällen oder eine Vereinheitlichung der Strafzumessung allgemein wird regelmässig angeführt, Gerichte dürften nicht daran gehindert werden, die Strafe im Einzelfall zu individualisieren. Unterschiede, welche aus dieser Individualisierung resultieren, seien hinzunehmen:

«Soweit die Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, gestützt auf alle wesentlichen Gesichtspunkte und im Rahmen des richterlichen Ermessens festgesetzt wurde, sind Unterschiede in der Strafzumessungspraxis innerhalb dieser Grenzen als Ausdruck unseres Rechtssystems hinzunehmen.»⁹⁵⁷

Dabei bleibt in der Diskussion oftmals unklar, was mit Individualisierung gemeint ist.⁹⁵⁸ In manchen Fällen scheint damit der Umstand angesprochen, dass jeder Einzelfall anhand der individuellen Tat- und Täterkomponente zu beurteilen ist.⁹⁵⁹ So wohl auch das Bundesgericht hiervor. Zuweilen wird die objektive Tatkomponente jedoch auch von der «Individualisierung» ausgenommen, diese sei vor einer Individualisierung zu beurteilen.⁹⁶⁰ Individualisierung in diesem Verständnis bedeutet die Anpassung der Strafe an den konkreten Täter. Vorliegend wird Individualisierung im weiteren Sinn als *Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls* verstanden.⁹⁶¹

1. Individuell statt gleich?

Aus der bundesgerichtlichen Stellungnahme lässt sich wiederum der einseitige Fokus auf Differenzierung erkennen, ohne dass eine Balance mit dem Gleichbehandlungsaspekt angestrebt würde. Im Idealfall geht diese Einseitigkeit auf: Durch Einbezug aller zulässigen Kriterien des Einzelfalls wird die festgelegte Strafe automatisch angemessen und damit gerecht.⁹⁶² Wieso dabei dieser Einbezug der Einzelfallumstände nicht möglichst rechtsgleich erfolgen

957 BGE 135 IV 191, E. 3.1; ferner MATHYS 2019, N 578.

958 Dazu auch HÖRNLE 1999, S. 330; ferner HARRIS 2022, S. 81f.

959 So verstanden ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 54; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 124; KIENER H., ZStrR 2007, S. 355; MATHYS 2019, N 426, 578; SEELMANN 2023, S. 97.

960 Vgl. KIENER H., ZStrR 2007, S. 369 ff.; ferner DROST 1930, S. 176 f.; DUBS, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 12 f.; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 3.

961 HÖRNLE 1999, S. 330; ähnlich HARRIS 2022, S. 84, jedoch mit Betonung der Täterkomponente.

962 Allgemein HARRIS 2022, S. 18; SUMMERS 2022, S. 181; ferner SEELMANN 2023, S. 223, zu dieser Idee in der Theorie der Punktstrafe.

müsste, wird daraus nicht klar. Praktisch liesse sich das Ideal nur einlösen, wenn das Strafmass allein anhand der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls präzise eruiert, also von einem Massstab abgelesen werden könnte. Ein solcher Massstab existiert jedoch nicht.⁹⁶³ Im Zweifel über die kardinal proportionale Strafe ist Gerechtigkeit nur in der ordinalen Proportionalität zu finden.⁹⁶⁴ Zwar ist Individualisierung notwendig, um dem Differenzierungsgebot Nachachtung zu verschaffen. Individualisierung allein garantiert jedoch keine Einzelfallgerechtigkeit.⁹⁶⁵ Eine individuelle Strafe ist im Ergebnis nur aber immerhin eines: individuell. Ob sie angemessen oder gerecht ist, lässt sich erst im Quervergleich ermitteln.⁹⁶⁶

329 Die Art. 47 StGB zu entnehmende Pflicht zur Individualisierung stünde allerdings Vergleichen mit anderen Fällen entgegen: «*Vergleiche finden im Prinzip der Individualisierung der Strafe ohnehin eine Grenze.*»⁹⁶⁷ Ebenso antinomisch werden auch Individualisierung und Rechtssicherheit einander gegenübergestellt: «*[...] Individualisierung kann nur auf Kosten der Rechtssicherheit erreicht werden. Deshalb kann man nicht beides haben: Individualisierte Strafzumessung und gleiche Strafzumessung [...].*»⁹⁶⁸

330 Gemäss Bundesgericht soll es deshalb nicht genügen, «*un ou deux cas où une peine clémente a été fixée*» vorzubringen, «*pour prétendre à un droit à l'égalité de traitement*».⁹⁶⁹ Begründet wird diese Behauptung nicht weiter. Sie soll sich wie beschrieben aus der Individualisierung der Strafe ergeben: «*Les disparités en cette matière s'expliquent normalement par le principe de l'individualisation des peines, voulu par le législateur.*»⁹⁷⁰

331 Diese Feststellungen widersprechen zunächst den hiervor dargelegten Grundsätzen zum Gleichbehandlungsgebot allgemein, wonach auch ein einzelner abweichender Fall genügen kann, Ungleichbehandlungen darzu-

963 NIGGLI/MAEDER, in: FS-Wiprächtiger 2011, S. 419; PETERS 1932, S. 56; PFENNINGER, SJZ 1934, S. 211; SEELMANN 2023, S. 286 ff.; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 7; STRATENWERTH 1972, S. 35; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 80; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 19.

964 MAURER 2005, S. 223; NAY, ZStrR 1994, S. 177; SEELMANN 2023, S. 288; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 80; ferner schon ENGISCH 1956, S. 129 f.; vgl. vorne Rz. 199 ff.

965 A. A. wohl OBERHOLZER, in: Strafen ohne Augenmass 2016, S. 30 («*Je grösser dabei das dem Gericht zuerkannte Ermessen ist, desto mehr besteht Gewähr, dass das Urteil dem Einzelfall gerecht wird*»).

966 Deziert anderer Meinung SUMMERS 2022, S. 181 («*Crucially, in each case, the manner in which other people have been treated (in the past) is not relevant to this determination*»).

967 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 90; auch KIENER H., ZStrR 2007, S. 357.

968 ARZT, in: FS-Stree/Wessels 1993, S. 67; ferner ALBRECHT P., ZStrR 2006, S. 78; ALBRECHT P., ZStrR 1998, S. 424; vgl. auch vorne Rz. 225 ff.

969 BGer, 6B_630/2021 vom 2. Juni 2022, E. 1.3.9.

970 BGer, 6B_630/2021 vom 2. Juni 2022, E. 1.3.9.

legen.⁹⁷¹ Auch im Vergleich zu einem oder zwei im Wesentlichen gleichen, aber milder beurteilten Fällen kann eine Ungleichbehandlung festgestellt werden. Hier werden sowohl vom Bundesgericht als auch von der Lehre verschiedene Fragen vermischt. *Ob* sich Differenzen in der Behandlung aus der Individualisierung ergeben, *also aus tatsächlichen Unterschieden in den individuellen Umständen*, wäre im Rahmen der Prüfung von Gleichheitsbegehren gerade erst zu zeigen.⁹⁷² Indem die Rechtfertigung als Prämisse vorweggenommen wird, macht es sich das Bundesgericht zu einfach. So kann eine beschuldigte Person auch im Rahmen der Individualisierung eine rechtsgleiche Behandlung verlangen. Wird in anderen Fällen z. B. für ein frühes Geständnis ein Strafabatt gewährt, dann kann die beschuldigte Person eine solche Behandlung auch für sich verlangen, wenn die Umstände des eigenen Geständnisses in den wesentlichen Punkten gleich sind.

Diese Überlegungen und die noch folgenden zeigen, dass in der Regel gar nicht *Individualisierung* gemeint ist, sondern strafgerichtliches *Ermessen* schlechthin. Nicht Individualisierung *per se*,⁹⁷³ sondern die bei der Beurteilung einzelner Umstände bestehenden Entscheidungsspielräume können bei gleichem Sachverhalt zu unterschiedlichen Strafen führen.⁹⁷⁴ An diesem Umstand können Vergleiche scheitern und die Rechtssicherheit ihre Grenzen finden. Ermessen und Individualisierung sind aber nicht dasselbe. *Ermessen wird zur Individualisierung eingeräumt.*⁹⁷⁵

2. Individualisierung durch Ermessen

Vorweg ist zu betonen, dass Beurteilungsspielräume in der Strafzumessung eine Errungenschaft darstellen, insbesondere dass die Straffolge nicht mehr gesetzlich absolut fixiert ist.⁹⁷⁶ So sahen sich Gerichte früher gezwungen, ansonsten «*unausweichlich drohende[...] drakonische Strafen*» durch ungerechtfertigte Freisprüche zu vermeiden.⁹⁷⁷ Heute kommt dem Strafgericht anerkanntermassen Ermessen bei der Strafzumessung zu. Doch was ist Ermessen?

971 Vorne Rz. 84.

972 Ähnlich MAURER 2005, S. 180.

973 So wird im Steuerrecht zuweilen stark individualisiert, ohne dass dies auf Kosten der Rechtsgleichheit erfolgen müsste. Dies weil dort in der Regel weniger Entscheidungsspielräume bei der Individualisierung bestehen.

974 Ebenfalls so verstanden BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 212.

975 Vgl. «*Einzelfallermessen*» bei SCHINDLER 2010, S. 321 ff.

976 Vgl. die Beispiele bei SEELMANN 2023, S. 46, 55; ferner DREHER 1947, S. 56 f.; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1204.

977 KILLIAS, ZStrR 2018, S. 82; ähnlich CR CPI-HURTADO POZO / ILLÁNEZ, Art. 1 N 32; ferner SEELMANN 2023, S. 55; SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, S. 207; STRENG 1984, S. 20.

334 Der Begriff des Ermessens wird im Strafrecht und vor allem im Zusammenhang mit der Strafzumessung inflationär verwendet. Das Bundesgericht spricht nie von unbestimmten Rechtsbegriffen.⁹⁷⁸ Praktisch jeder aus der unbestimmten Formulierung von Art. 47 StGB resultierende Beurteilungsspielraum der Gerichte wird als «Ermessen» bezeichnet. Wiederholt wird das grosse Ermessen betont.⁹⁷⁹ Strafzumessung sei «*im Wesentlichen eine Frage des Ermessens*».⁹⁸⁰ Das gilt grundsätzlich bis heute unangefochten, auch wenn das Gericht mittlerweile sehr viel detaillierter begründen muss, wie es sein Ermessen ausgeübt hat. Eine eigentliche Diskussion um den strafzumessungsrechtlichen Ermessensbegriff findet jedoch kaum statt. Es soll deshalb versucht werden, dem Begriff des strafzumessungsrechtlichen Ermessens schärfere Konturen zu geben, um anschliessend zu beantworten, in welchem Verhältnis es zum Gebot der rechtsgleichen Behandlung steht.

a) Der Begriff des Ermessens

335 Die Diskussion um den Ermessensbegriff stammt ursprünglich aus dem Verwaltungsrecht.⁹⁸¹ Sie dreht sich dort allerdings primär um die Frage, wo die Grenze zwischen (frei kontrollierbarer) Rechtsfindung und (nicht oder schlecht kontrollierbarem) Verwaltungsermessen genau zu ziehen ist.⁹⁸² Entsprechend lassen sich die Überlegungen nicht ohne Weiteres auf die gerichtliche Strafzumessung übertragen.⁹⁸³ So lässt sich ein allfälliges Ermessen in der Strafzumessung zwar ohne Weiteres der Typisierung von SCHINDLER als «*Einzelfallermessen*» zuordnen.⁹⁸⁴ Es bezweckt «*eine Individualisierung des gesetzgeberischen Normprogramms, d. h. eine Umsetzung, die dem Einzelfall angemessen ist*».⁹⁸⁵ Dieser Zweck legt nahe, dass zur einzelfallermessensweisen Würdigung des Sachverhalts (Strafzumessung) nur ein Gericht berufen sein kann, das diesen Sachverhalt auch umfassend feststellt. «*Ermessensausübung und Sachverhaltsfeststellung sind aufs engste miteinander*

978 Vgl. vorne Rz. 114 ff.

979 BGer, 6B_824/2016 vom 10. April 2017, E. 15.5; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 118; SEELMANN 2023, S. 4; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 37; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 13.

980 KGer GR, SK 112 28 vom 1. November 2012, E. 4. a; ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 62; PK StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. 398 N 9; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 423.

981 SCHINDLER, in: Akteure der Gerichtsbarkeit 2007, S. 145 ff.

982 SCHINDLER, in: Akteure der Gerichtsbarkeit 2007, S. 145; schon DROST 1930, S. 14.

983 Allgemein WARDA 1962, S. 46, 57 f.; auch BRUNS 1967, S. 65 f.; KASPAR 2018, S. C 93. Wo das möglich scheint, wird dies in der Folge allerdings versucht.

984 SCHINDLER 2010, S. 321 ff.

985 SCHINDLER 2010, S. 321; PFENNINGER, SJZ 1934, S. 196.

verwoben.»⁹⁸⁶ Das spricht eher gegen eine Angemessenheitsprüfung durch das Bundesgericht, dem eine Sachverhaltswürdigung im Detail verwehrt bleibt (Art. 97 Abs. 1 BGG).⁹⁸⁷ In die gleiche Richtung geht denn auch die bundesgerichtliche Feststellung, dem Sachgericht komme bei der Abgrenzung verschiedener Begriffe ein gewisses Ermessen zu, wenn diese eng mit der Sachverhaltsfeststellung verknüpft sei, wie bspw. bei der Abgrenzung der einfachen Körperverletzung von der Tötlichkeit.⁹⁸⁸ Ob dem Sachgericht hier tatsächlich Ermessen im eigentlichen Sinn zukommt, darauf ist zurückzukommen.⁹⁸⁹

In der Literatur finden sich nur wenige Arbeiten, die sich vertieft mit dem strafrechtlichen Ermessensbegriff auseinandersetzen. Sie beziehen sich fast ausschliesslich auf das deutsche Recht und sind inzwischen alt.⁹⁹⁰ Die Rechtsprechung hat zudem bisher nicht einmal im öffentlichen Recht eine wirkliche Ermessenslehre entwickelt (oder sich einer angeschlossen),⁹⁹¹ weshalb es nicht überrascht, dass sie im Strafrecht gänzlich fehlt. 336

WARDA hat schon früh dargelegt, dass Ermessen häufig über die fehlende Revisibilität durch obere Instanzen definiert wird.⁹⁹² Im Strafzumessungsrecht ist die Frage der Revisibilität zwar praktisch relevant, wenn deren Anfechtung mittels eines Rechtsmittels zur Diskussion steht. Für die Wesensbestimmung des Ermessensbegriffs tut sie jedoch wenig zur Sache. Mit WARDA ist deshalb festzuhalten, dass sich der Inhalt des richterlichen Ermessens als materiell-rechtlicher Begriff nicht aus den prozessualen Folgen ergeben kann; eine solche Herleitung ist zirkulär.⁹⁹³ Vielmehr ergeben sich aus dem Umfang des Ermessens erst die Grenzen der Revisibilität.⁹⁹⁴ Fehlende Überprüfbarkeit sagt auch nichts darüber aus, wie ein Ermessensbereich auszufüllen ist, und 337

986 SCHINDLER 2010, S. 322; vgl. auch DREHER 1947, S. 77 f.; FRISCH 1971, S. 96 ff., 261 ff.; GERMANN, in: FS-Ruck 1952, S. 180; WARDA 1962, S. 57, 60 ff. und 73 ff. Das Gewicht dieses Arguments sollte allerdings nicht überschätzt werden, vgl. FRISCH 1971, S. 267.

987 Vgl. PAREIN 2010, S. 182. Ob praktisch wirklich spürbare Unterschiede in Bezug auf die Unmittelbarkeit der Sachverhaltsfeststellung zwischen Bundesgericht und Sachgerichten bestehen, kann zumindest angezweifelt werden, s. die Untersuchung von SUMMERS/STUDER, ZStrR 2016, S. 66 f.

988 BGE 134 IV 189, E. 1.3; BGE 119 IV 25, E. 2.a.

989 Hinten Rz. 342.

990 DROST 1930, S. 1 ff.; ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 15 ff.; FRISCH 1971, S. 75 ff.; GERMANN 1946, S. 145 ff.; PETERS 1932, S. 1 ff.; WARDA 1962, S. 1 ff.; vgl. auch HARRIS 2022, S. 110 ff.

991 SCHINDLER 2010, S. 167 f.

992 WARDA 1962, S. 9 ff.

993 WARDA 1962, S. 10 («Es hiesse daher das Pferd vom Schwanz aufzäumen, wollte man den Ausgangspunkt der Untersuchung des Richterermessens in den Lehren der Revision nehmen»); ähnlicher Gedanke bei DROST 1930, S. 16; ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 26.

994 So auch RHINOW, recht 1983, S. 84, 92 f.; andeutungsweise auch FRISCH 1971, S. 80.

bedeutet nicht, dass Gerichte dabei freie Hand hätten.⁹⁹⁵ Ermessen besteht also nicht darin, dass eine Entscheidung inhaltlich durch eine nächste Instanz nicht nachgeprüft werden kann. Dies kann bloss die Folge von Ermessen sein.

338 Damit dem Ermessensbegriff überhaupt definitorische Trennschärfe zukommt, kann er nicht schon für jeden durch eine unbestimmte Norm resultierenden faktischen Beurteilungsspielraum erhalten. Vielmehr muss die Definition eng gefasst werden. Deshalb ist nur dort von Ermessen zu sprechen, wo dem Gericht eine *«individuelle Wahlmöglichkeit zwischen mehreren rechtlich gleichwertigen Ergebnissen»* zukommt.⁹⁹⁶ *Rechtlich gleichwertig* bedeutet, mehrere Lösungen sind *richtig*.⁹⁹⁷ Es geht um eine *normativ* vom Gesetzgeber eingeräumte Wahlmöglichkeit.⁹⁹⁸ Damit muss denklogisch eine subjektive Wertung verbunden sein, da sich die Wahl ansonsten anhand objektiv richtiger Kriterien eindeutig zugunsten eines einzig richtigen Ergebnisses vornehmen liesse.⁹⁹⁹ Genau diese individuelle Wertung soll abgeholt werden, weil man sie für die beste Lösung hält, um mit dem letztlich verbleibenden Entscheidungsspielraum umzugehen.¹⁰⁰⁰

339 Zuweilen wurde dies auch schon als «freies» Ermessen bezeichnet, in Abgrenzung zu einem anderen, gebundenen Ermessen,¹⁰⁰¹ was die begriffliche Aufarbeitung weiter erschwert. Es gibt kein freies Ermessen, wonach die Entscheidung im Belieben der urteilenden Person liegt.¹⁰⁰² Ermessen

995 Vgl. WARDA 1962, S. 39, zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe; PETERS 1932, S. 19f. Auch entbindet Unüberprüfbarkeit nicht von der Begründungspflicht, DROST 1930, S. 75f.

996 FRISCH, NJW 1973, S. 1345; DROST 1930, S. 29 (*«eine Wahlfreiheit unter mehreren in concreto möglichen Entscheidungen»*); PETERS 1932, S. 32 (*«rechtliche Möglichkeit verschiedenen Verhaltens»*); PFENNINGER, SJZ 1934, S. 194 (*«dem Richter bestimmte Wahlmöglichkeiten und damit in grösserem oder geringerem Umfang die Freiheit der Entscheidung gewährt»*); WARDA 1962, S. 14 (*«unter mehreren (mindestens zwei) Möglichkeiten der Entscheidung zu wählen»*), 82 (*«Wahl unter mehreren Arten des Sichverhaltens»*); allgemein, ohne Bezug zum Strafrecht auch NINK 2020, S. 181 (*«mehrere Möglichkeiten und damit Entscheidungsfreiheit»*) und S. 184 zur Strafzumessung; unklar ob von Wahlfreiheit ausgehend HARRIS 2022, S. 115 (*«[...] does not produce a single, obviously correct, result»*).

997 FRISCH, NJW 1973, S. 1346; allgemein ENGISCH 1956, S. 114 f.

998 Vgl. ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 16; ENGISCH 2018, S. 169.

999 Ähnlich PETERS 1932, S. 23 (*«individuelle Beurteilung [gibt] den Ausschlag für das Ergebnis»*); vgl. auch DROST 1930, S. 18 (*«das individuelle Urteil des Richters»*), vgl. aber auch S. 43 (*«Niemals hat das Strafrecht dem Richter eine Wahlfreiheit deshalb eingeräumt, damit er entsprechend seiner individuellen Auffassung entscheiden soll»*); GERMANN, in: FS-Ruck 1952, S. 176 (*«Entscheid auf Grund eigener, nicht aus dem positiven Recht abzuleitender Wertung»*).

1000 ENGISCH 2018, S. 172.

1001 DROST 1930, S. 42f.; PETERS 1932, S. 25f., 32.

1002 DROST 1930, S. 42f.; ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 20 und dort Fn. 14; HUTH, ZStrR 1942, S. 60; so auch RHINOW, recht 1983, S. 49, zum Verwaltungsermessen.

wird eingeräumt «*nicht im Interesse des Richters, sondern im Interesse einer sachgemäßen Behandlung der zu ordnenden Lebenssachverhalte*». ¹⁰⁰³ Es geht also nicht um ein Recht, sondern eine Pflicht, eine dem Einzelfall gerechte Entscheidung zu fällen. ¹⁰⁰⁴ Ermessen ist stets pflichtgemäss auszuüben. ¹⁰⁰⁵

Von Ermessen zu unterscheiden ist die Situation, in welcher vom Gesetzgeber grundsätzlich keine Wahlmöglichkeit eingeräumt wird, bei verschiedenen Ergebnissen aber nicht klar eruiert werden kann, welches richtig ist. Dann ist zwar normativ nur eine Antwort richtig, diese lässt sich aufgrund der beschränkten menschlichen Erkenntnisfähigkeit jedoch nicht zweifelsfrei eruieren. ¹⁰⁰⁶ Im Zweifel kann eine Rechtsmittelinstanz deshalb nicht sagen, die Vorinstanz habe mit ihrer Einschätzung Recht verletzt. Mehrere Ergebnisse sind demnach *vertretbar*. Hier scheinen die Begriffe der *Auslegungsschärfe*, *des unbestimmten Rechtsbegriffs* oder *des Beurteilungsspielraums* ¹⁰⁰⁷ passender. ¹⁰⁰⁸ Theoretisch ist damit kein Ermessen im Sinn einer *normativ eingeräumten Wahlmöglichkeit* verbunden; *faktisch* kommt dem Gericht dennoch eine Wahl «*mehrerer vertretbarer Konkretisierungsergebnisse*» ¹⁰⁰⁹ zu.

Der Unterschied ist ein gradueller, aber wichtiger. ¹⁰¹⁰ Bei Ermessen geht es um eine genuin eigene, individuelle richterliche Entscheidung. Die Entscheidung ergibt sich nicht allein aus gesetzlichen Wertungen, sondern ist in Teilen zu Recht subjektiv. Das heisst, die Entscheidung muss zwar begründet, kann (und muss) aber nicht bis ins Letzte objektiviert werden. So können auch zwei unterschiedliche Beurteilungen desselben Sachverhalts bestehen bleiben. Wird kein Ermessen eingeräumt, ist die Rechtsnorm aber unbestimmt, werden zuweilen verschiedene Konkretisierungsergebnisse *vertretbar* sein. Das Ergebnis ist zwingend objektiviert zu begründen, Raum für subjektive Wertungen besteht rechtlich nicht. ¹⁰¹¹ Im Kollisionsfall (unterschiedliche Beurteilung desselben Sachverhalts) muss sich das Gericht für eine Variante entscheiden, weil nicht beide Urteile gleichzeitig *richtig* sein können, auch wenn sie je isoliert betrachtet vertretbar scheinen. Was gilt nun für die Strafzumessung?

1003 WARDA 1962, S. 110; ähnlich PETERS 1932, S. 55.

1004 WARDA 1962, S. 110.

1005 GERMANN, ZStrR 1942, S. 21; SCHWEIZER R. 1974, S. 158; dazu hinten Rz. 351 ff.

1006 Zu diesem Problem auch PETERS 1932, S. 22 f.

1007 ENGISCH 2018, S. 170 ff.

1008 Für weitere Differenzierung dieser Terminologien vgl. ENGISCH 2018, S. 176.

1009 FRISCH, NJW 1973, S. 1348.

1010 Anders wohl PETERS 1932, S. 55, für den beides dasselbe zu sein scheint.

1011 Dass sich hier faktisch ebenfalls subjektive Wertungen als objektive kaschieren lassen, ist klar, für die Begriffsbestimmung jedoch irrelevant.

b) Ermessen in der Strafzumessung

342 Im Strafrecht können auf der Tatbestandsseite traditionell keine zwei unterschiedlichen Lösungen gleichzeitig akzeptiert werden. Dort kann deshalb kein Ermessen im eigentlichen Sinn vorliegen.¹⁰¹² Um auf das vorerwähnte Beispiel zurückzukommen: Eine Straftat kann nicht gleichzeitig richtig als Tötlichkeit und als einfache Körperverletzung eingestuft werden.¹⁰¹³ Viel mehr besteht eine Entweder-oder-Situation. Eines der beiden Urteile ist falsch; ihre Begründungen müssen sich logisch widersprechen. Nur kann im Grenzbereich wohl nicht immer zweifelsfrei ermittelt werden, welches Ergebnis falsch ist. Es handelt sich um eine klassische *Beurteilungsunschärfe* und nicht um Ermessen. Ein entsprechender Streitfall muss zugunsten einer der beiden Varianten entschieden werden.¹⁰¹⁴

343 Anders sieht es allenfalls auf der Rechtsfolgeseite, der Strafzumessung aus. Dort ist die Diskussion zwar ebenfalls dadurch gekennzeichnet, dass möglichst einfache, kategorische Lösungen gesucht werden. So wird in der Regel zu begründen versucht, weshalb in der Strafzumessung überhaupt kein Raum für Ermessen bestehe, das Strafmass durch gesetzliche Wertungen gänzlich vorgegeben sei. So sei *«das Streben, jene Lösung zu finden, die den gesetzlichen Maßstäben am ehesten gerecht wird»*, kennzeichnend für den strafrichterlichen Entscheidungsakt.¹⁰¹⁵ Dem vom Gesetzgeber übertragenen *«Auftrag zu einheitlicher Rechtsbildung liefe die gleichzeitige Pauschalbilligung mehrerer individuell wählbarer Ergebnisse klar zuwider»*.¹⁰¹⁶ Auch verbiete das Gleichbehandlungsgebot eine *«ohne sachlichen Grund erfolgende verschiedene Behandlung übereinstimmender Lebenssachverhalte»*.¹⁰¹⁷ *«Nicht der Individualität des Richters, sondern der des Täters und der Eigenart des konkreten Falles will das Strafrecht durch seine Ermessensnormen Rechnungen getragen wissen.»*¹⁰¹⁸ Diese Trennung lässt sich allerdings nicht konsequent aufrechterhalten. In den (angeblich völlig von Ermessen freien) Konkretisierungsprozess fließen nämlich *«als unvermeidliche Begleiterscheinung Subjektivitäten ein; in Grenzfällen muß der Richter sogar die Entscheidung in seinem*

1012 Vgl. zu dieser Unterscheidung ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 38 ff.; ebenso FRISCH, NJW 1973, S. 1346f.

1013 Vgl. WARDA 1962, S. 60, 64, der ein Tatbestandsermessen im Strafrecht ausschliesst.

1014 Vgl. weiterführend ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 39.

1015 FRISCH, NJW 1973, S. 1347.

1016 FRISCH, NJW 1973, S. 1347.

1017 So FRISCH, NJW 1973, S. 1347, in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG/D.

1018 DROST 1930, S. 43.

subjektiven Gerechtigkeitsgefühl suchen». ¹⁰¹⁹ Was das anderes sein soll als das zuvor verbannte Ermessen, bleibt unklar.

Mit dieser Frage verwandt ist die Diskussion darüber, ob es für jede Straftat theoretisch *eine einzig richtige Strafe* gibt. Die Schweizer Strafzumessungspraxis geht von einem *Spielraum* von schuldadäquaten Strafen aus. ¹⁰²⁰ Das scheint die realitätsnahe Ansicht zu sein. Zunächst müssen auch Anhänger der einzig richtigen Strafe anerkennen, dass deren Erkenntnis dem Menschen unmöglich ist. ¹⁰²¹ An eine solche metaphysisch existierende Strafe muss man also glauben. ¹⁰²² Sie kann damit nicht Basis für einen wissenschaftlich möglichst objektiv verankerten Ermessensbegriff sein. ¹⁰²³ Sollte der Gesetzgeber wirklich von einer einzigen richtigen Entscheidung ausgehen, «*[d]ann müßten aber schon besondere Gründe vorliegen, die trotz der Unmöglichkeit, eine einzige Entscheidung als beste herauszufinden, zu einer solchen Auslegung des Gesetzes zwingen*». ¹⁰²⁴ Völlig unklar ist auch die Tragweite der älteren Ansicht von BRUNS, wonach die dem Strafgericht eingeräumte Wahlbefugnis «*nicht materielle Entscheidungsfreiheit zwischen zwei richtigen Lösungen [bedeute], sondern lediglich eine äußere Wahlmöglichkeit, die eine richtige Strafe zu finden*». ¹⁰²⁵

Im Ergebnis scheint eine Verpflichtung zur Suche nach der einzig richtigen Strafe zu Methodenunehrlichkeit zu zwingen. Ein Gericht muss objektivierbar eine einzig richtige Strafe suchen, kann diese aber weder finden ³⁴⁵

1019 FRISCH, NJW 1973, S. 1347; vgl. auch DROST 1930, S. 76 («*Insoweit entscheidet in der Tat das individuelle Urteil des Richters, bestimmt er allein die Rechtsfolge*»); dasselbe argumentative Problem hat auch MAURER 2005, S. 189.

1020 Vorne Rz. 201.

1021 Anschaulich ALBRECHT H.-J. 1994, S. 42; ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 28 f., m. w. H.; PETERS 1932, S. 55; SILVA SÁNCHEZ, in: FS-Hassemmer 2010, S. 630 («*Plausibilitätsspielräume*»); ebenfalls übersichtlich HAUSER 1985, S. 15.

1022 ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 29; treffend auch PETERS 1932, S. 56: «*Und dabei kann auch niemand verraten, welches nun im Einzelfall die richtige Größe ist. All das wissen nur die Götter – und die schweigen!*»

1023 ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 29; ROBINSON, in: Strafen «im Namen des Volkes»? 2019, S. 34 («*gibt es keine praktische Möglichkeit, die deontologisch gerechte Strafe als Ansatz zu übernehmen*»).

1024 PETERS 1932, S. 56; sehr treffend auch ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 26: «*[W]as kann und wird sich ein Gesetzgeber verständigerweise dabei denken, daß er dem Richter für die Findung der ›richtigen‹ Strafe innerhalb des ›Spielraums‹ vorgegebener und als solcher klargestellter Bindungen eine gewisse ›Ermessensfreiheit‹ gönnt?*»; vgl. jedoch ENGISCH 2018, S. 165 ff. und dort Fn. 22.

1025 BRUNS 1967, S. 68; in der neusten, von GÜNTGE fortgeführten Auflage dann deutlich anders BRUNS/GÜNTGE 2019, S. 6: «*Der Strafzumessungsrichter ist kein menschlicher Computer und die richtige Strafe gibt es nicht.*» Unklar allerdings, wie sich dies zu den Ausführungen auf S. 64 verhält. Man kann sich des Eindrucks einer rein semantischen Differenz nicht erwehren.

noch sein Resultat objektiv begründen.¹⁰²⁶ Es muss die wahren (subjektiven) Entscheidungsgründe kaschieren. Weniger dysfunktional ist es, offen mit dem subjektiven Rest der Strafzumessung umzugehen und diesen möglichst intersubjektiv auszugestalten.¹⁰²⁷

346 Letztlich kommt man nicht um die Einsicht herum, dass der Gesetzgeber den Gerichten in der Strafzumessung *in Teilen* auch die Befugnis einer eigenen, persönlichen Wertung übertragen hat.¹⁰²⁸ Mit dem Ermessen wird die Möglichkeit eingeräumt, alle relevanten Umstände des Einzelfalls (gemäss ihrem Gewicht) «*in ihrer Individualität zu würdigen*».¹⁰²⁹ Dieses echte Ermessen ist in der Strafzumessung primär an zwei Orten zu finden: bei der *Gewichtung*¹⁰³⁰ einzelner Strafzumessungsumstände und bei der *Verknüpfung* von Verschulden und numerischer Strafe.¹⁰³¹

347 Dazu zwei Beispiele. Zunächst zur Gewichtung von Strafzumessungsumständen. Wie sich auch das Verschulden nicht messen, sondern nur im Rahmen einer Wertung zuschreiben lässt,¹⁰³² haben auch Strafzumessungsumstände kein objektives Gewicht. Dieses lässt sich nicht *messen*. Das Bundesgericht verdeutlicht das anhand der strafmindernden Berücksichtigung einer leichtgradig verminderten Schuldfähigkeit:

«Ein (objektiv) sehr schweres Tatverschulden kann sich wegen einer leichten Verminderung der Schuldfähigkeit auf ein schweres bis sehr schweres Verschulden reduzieren, bei einer mittelgradigen Beeinträchtigung auf ein mittelschweres bis schweres und bei einer schweren Einschränkung auf ein leichtes bis mittelschweres.»¹⁰³³

348 Ob sich nun ein sehr schweres Verschulden aufgrund einer mittelgradigen Verminderung der Schuldfähigkeit auf ein nur noch mittelschweres oder bloss auf ein gerade noch schweres Verschulden reduziert, ist weder eine präzise Aussage noch lässt sich diese Entscheidung wirklich objektivieren. Sie ist letztlich subjektiv und hängt davon ab, wie das Gericht die Umstände

1026 Vgl. dazu auch HAUSER 1985, S. 97f.

1027 Dazu Teil 4, hinten Rz. 564 ff.

1028 Vgl. allgemein ENGISCH 1956, S. 130; HARRIS 2022, S. 100; ablehnend im deutschen Kontext z. B. KASPAR 2018, S. C 94; MAURER 2005, S. 190.

1029 ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 30; ferner GERMANN, in: FS-Ruck 1952, S. 183; HAAG 1970, S. 17; SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, S. 204; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 5; allgemein ARIOLI 1968, S. 99; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN 2020, N 394.

1030 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 118; STRENG 1984, S. 46.

1031 ALBRECHT P., ZStrR 2003, S. 349; NKStGB-STRENG, § 46 N 26 («Wertungsunsicherheiten»).

1032 Vorne Rz. 171f.

1033 BGE 136 IV 55, E. 5.6.

der verminderten Schuldfähigkeit *bewertet*. Um solche Wertungen vornehmen zu können, *«darf der Praxis nicht die Freiheit genommen werden, den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen»*.¹⁰³⁴ Natürlich entbindet das die Gerichte nicht davon, dabei möglichst rechtsgleich vorzugehen, also klare Beurteilungskriterien herauszuarbeiten und individuelle Wertungen möglichst intersubjektiv abzustützen.

Als zweites Beispiel kann direkt an das erste angeschlossen werden. Nach der unpräzisen Rechnung mit verbalen Begriffen resultiert ein verbales «mittelschweres Verschulden». Ob das bei einem Strafraumen von drei Tagen bis fünf Jahren Freiheitsstrafe nun 30 oder 29 Monate sind, lässt sich ebenfalls nicht objektivieren, bleibt subjektive Entscheidung des Gerichts.¹⁰³⁵

Während von (möglichst objektivierten, im Kern aber) subjektiven Wertungen der beteiligten Richterinnen und Richter abhängt, ob ein Umstand gerade noch leicht oder schon nicht mehr leicht straf erhöhend ins Gewicht fällt, ist klar, dass die eröffnete Wahlfreiheit nicht gleichzeitig auch die Entscheidung umfasst, der Umstand falle ausserordentlich schwer straf erhöhend ins Gewicht. Es gibt also gewisse Grenzen der Wahlfreiheit. Ein Entscheid fällt nie *gänzlich* ins Ermessen des Gerichts,¹⁰³⁶ sodass in diesem Punkt alle denkbaren Entscheide richtig oder vertretbar sind. Vielmehr ist die Wahlfreiheit immer durch Ermessensrichtlinien beschränkt: *«Das Richtige ist das nach allen Regeln der Strafzumessungskunst eingegrenzte Richtige [...]»*¹⁰³⁷

c) Grenzen durch Ermessensrichtlinien

Wie bereits ausgeführt, ist Ermessen immer pflichtgemäss auszuüben, also *«nach der ratio legis, namentlich auch einer umfassenden systematischen Auslegung nach Sinn und Zweck»*.¹⁰³⁸ Damit sind nicht zuletzt auch die Strafzwecke angesprochen.¹⁰³⁹ Es geht um eine *«zweckgebundene Wahlfreiheit»*,¹⁰⁴⁰ eine *«Konkretisierung des gesetzlichen Werturteils und Vollziehung der gesetzlichen Ziele im Einzelfall»*.¹⁰⁴¹ Relevant sind *«alle Bestimmungen, aus denen sich ein*

1034 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 5.

1035 Ähnlich BRUNS/GÜNTGE 2019, S. 6 (*«Es macht daher die Strafzumessung nicht falsch, wenn zwei Richter denselben Sachverhalt bewerten und der eine [sic] Geldstrafe i. Höhe von 1200 €, der andere eine Geldstrafe i. Höhe von 1500 € für angebracht hält»*).

1036 PETERS 1932, S. 55.

1037 ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 30.

1038 GERMANN, in: FS-Ruck 1952, S. 178 f.; auch DROST 1930, S. 44; HAAG 1970, S. 18; WARDA 1962, S. 113 f.

1039 Für Deutschland: DROST 1930, S. 44; MEIER 2019, S. 166.

1040 DROST 1930, S. 51.

1041 WARDA 1962, S. 118.

Anhaltspunkt für seine sinngemässe Interpretation ergibt»,¹⁰⁴² allen voran die Bundesverfassung.¹⁰⁴³ Neben Billigkeitsüberlegungen spielt weiter die Gerechtigkeit eine Rolle und damit unweigerlich auch die Rechtsgleichheit.¹⁰⁴⁴ Eine pflichtgemässe Ermessensausübung ist also unter anderem eine rechtsgleiche.¹⁰⁴⁵ Die gerichtliche Wertung ist nur insofern eine eigene, als Gerichte selbst bewerten müssen, wie den verschiedenen Gesetzeszwecken im Einzelfall am besten Nachachtung verschafft wird, weil sich diese Wertung gerade nicht aus dem Gesetz ergibt.¹⁰⁴⁶ Diese Bewertung wird klarerweise durch die Persönlichkeit der urteilenden Person beeinflusst.¹⁰⁴⁷ Das gilt umso mehr, als sich Gerichte bei der Strafzumessung im Einzelfall aktuell relativ frei aus einem breiten Angebot verschiedener Strafzwecke bedienen können.¹⁰⁴⁸ Ermessen erfordert von der entscheidenden Person eine hohe Selbstdisziplin, sich nicht mittels persönlicher Werturteile über gesetzliche Wertungen hinwegzusetzen,¹⁰⁴⁹ sondern die ihr *«gewährten Handlungsspielräume gewissenhaft auszuloten und verantwortungsbewusst wahrzunehmen»*.¹⁰⁵⁰

352 Die Feststellung SCHINDLERS, dass die vom Gesetz eingeräumten Bewertungsspielräume nicht *«durch generell-abstrakte Normen oder eine einschränkende Praxis des Rechtsanwenders eingeengt»* werden dürfen,¹⁰⁵¹ steht in einem gewissen Widerspruch zu Verpflichtungen, welche sich aus dem Rechtsgleichheitsgebot ergeben. Dieses gebietet, dass rechtsanwendende Behörden *«nach einheitlichen, über den Einzelfall hinaus gültigen Kriterien [vorgehen], mit anderen Worten eine Praxis [...] bilden»*.¹⁰⁵² In Erfüllung dieser Verpflichtung ist es deshalb erforderlich, dass die Rechtsprechung möglichst klare Kriterien definiert, wie Strafe zuzumessen ist. Der Rechtsprechung kann es nicht verwehrt

1042 GERMANN, ZStrR 1942, S. 26; allgemeiner DROST 1930, S. 48.

1043 Vgl. RHINOW, recht 1983, S. 53.

1044 Vgl. allgemein GERMANN, in: FS-Ruck 1952, S. 180, der auf Art. 4 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) verweist; so wohl zur Auslegung allgemein SCHWEIZER R. 1974, S. 35; WARDA 1962, S. 112.

1045 Vgl. für das Verwaltungsrecht SCHINDLER 2010, S. 164 f., m. H. a. die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung; so auch RHINOW, recht 1983, S. 50.

1046 Anschaulich die Zusammenfassung bei PETERS 1932, S. 234; ähnlich HARRIS 2022, S. 130.

1047 PETERS 1932, S. 92.

1048 Dazu kritisch hinten Rz. 576 ff.

1049 GERMANN, ZStrR 1942, S. 30; ferner PETERS 1932, S. 48.

1050 ALBRECHT P., in: Akteure der Gerichtsbarkeit 2007, S. 15.

1051 SCHINDLER 2010, S. 323; vgl. dazu auch ASHWORTH/KELLY 2021, S. 34 f.

1052 Vgl. vorne Rz. 79 und die dortigen Nachweise; zudem BIAGGINI 1991, S. 253 (*«etwa in Form der Festlegung einheitlicher Vorgaben für die «Vervollständigung» der gesetzlichen Regeln»*); für das Strafrecht FRISCH, NJW 1973, S. 1347; GERMANN, ZStrR 1942, S. 31; vgl. auch RHINOW, recht 1983, S. 92 f.

sein, die Grenzen des subjektiven Wertungsbereichs und Richtlinien zu dessen Anwendung herauszuarbeiten und zu präzisieren. Nicht ausgeschlossen, sondern notwendig sind also Vorgaben in Form von sog. *Ermessensrichtlinien*¹⁰⁵³, von denen im Einzelfall nicht ohne Weiteres abgewichen werden darf.¹⁰⁵⁴ Ohne Ermessensrichtlinien, welchen den Ermessensbereich begrenzen, müsste davon ausgegangen werden, dass alle Strafen innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens richtig sind. Für denselben Fall der vorsätzlichen Tötung dürften dann wahlweise fünf oder zwanzig Jahre Freiheitsstrafe ausgefällt werden.¹⁰⁵⁵

Hier zeigt sich der fließende Übergang zwischen Auslegungs-¹⁰⁵⁶ und 353 Ermessensfragen oder zumindest deren enger Zusammenhang. Die Ermittlung von Ermessensrichtlinien ist keine Ermessens-, sondern eine Auslegungsfrage. Beispielsweise äussert sich das Gesetz nicht explizit zum Verhältnis der einzelnen Strafzumessungsgründe, allen voran den Strafzwecken.¹⁰⁵⁷ Welche Zwecke Strafe grundsätzlich verfolgt, ist Auslegungsfrage und keine eigene Wertung des Gerichts im Einzelfall.¹⁰⁵⁸ Die Rechtsprechung und damit letztlich das Bundesgericht muss sich mangels klarer gesetzlicher Lösung vom Einzelfall losgelöst Gedanken zum Verhältnis der Strafzwecke machen und damit insbesondere zum Verhältnis der im Gesetz genannten Kategorien der Strafzumessungsumstände *Verschulden, Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters* (Folgenberücksichtigung)¹⁰⁵⁹ etc.¹⁰⁶⁰ Diese Klärung muss soweit objektiviert werden, wie dies mittels herkömmlicher Auslegungsmethodik möglich ist, weil das Gericht *«die Maßstäbe der von ihm zu verfolgenden Kriminalpolitik niemals selbst festzulegen, sondern sich dabei an die Intentionen des*

1053 WARDA 1962, S. 98 (*«Ermessensrichtlinien»*); ferner BRUNS 1967, S. 67 (*«Ermessensrichtlinien»*); BRUNS/GÜNTGE 2019, S. 22 (*«Strafzumessungsrichtlinien»*); DROST 1930, S. 48 (*«Ermessensgrenze»*); GERMANN, ZStrR 1942, S. 22, 25, spricht ebenfalls von Richtlinien in Bezug auf a Art. 63 StGB; ebenso HUTH, ZStrR 1942, S. 56, zur strafrichterlichen Ermessensausübung generell; auch PETERS 1932, S. 24, spricht von Richtlinien; allgemein auch RHINOW, recht 1983, S. 50 ff. (*«Ermessensschranken»*).

1054 BRUNS, ZStW 1982, S. 115.

1055 Vgl. dazu DROST 1930, S. 38; PETERS 1932, S. 54 ff.

1056 PETERS 1932, S. 24 (*«Der Begriff der Auslegung setzt voraus, daß das Gesetz entschieden hat. Mithin muß im Sinne dieser Ansicht das Gesetz dort, wo Ermessen waltet, bereits entschieden haben»*).

1057 WARDA 1962, S. 125.

1058 ASHWORTH/KELLY 2021, S. 85 (*«Sentencing judges should not decide the purposes of sentencing[...] on a case-by-case basis»*); FRISCH, in: FS-Pötzt 1993, S. 21.

1059 Vgl. HÄRRI, ZStrR 1998, S. 216 ff.

1060 Vgl. SEELMANN 2023, S. 175 ff.; ähnlich auch KIENER H., ZStrR 2007, S. 371; vgl. aber ALBRECHT P., ZStrR 2003, S. 344, der dies alles dem Einzelfaller messen zuordnet.

*Gesetzgebers zu halten hat».*¹⁰⁶¹ Entsprechend stellt es auch keine Ermessensfrage dar, ob eine mediale Vorverurteilung im Rahmen von Art. 47 StGB *überhaupt* Berücksichtigung finden kann, sondern ist allgemeingültig im Zuge der Auslegung mit Blick auf die Strafzwecke und das Schuldprinzip zu bestimmen. Dass die Auslegung hierbei nicht immer klare Antworten liefert, entbindet das Bundesgericht nicht davon, solche Fragen allgemeingültig (im Sinn eines aktuellen Stands des Irrtums) zu entscheiden und ein *«theoretisch richtiges und praktisch brauchbares System von Ermessensgrundsätzen zu entwickeln».*¹⁰⁶² Das ist seine Aufgabe.

354 In diesem Sinn ist es richtig, wenn das Bundesgericht allgemein festhält, dass auch einer erheblichen Belastung durch Medienberichterstattung im Strafmaß nur geringfügig Rechnung zu tragen ist.¹⁰⁶³ Sie ist Ausdruck des Primats des Verschuldens gegenüber spezialpräventiven Überlegungen und damit bereits durch Wertungen im positiven Recht angelegt. Auch wenn die Gewichtung dieses Umstands im Kleinen Ermessensfrage bleibt, kann sein Gewicht im Grossen gegenüber anderen Umständen durchaus abstrakt im Sinn einer Ermessensrichtlinie präzisiert werden und ist keine Frage des Einzelfallermessens.

355 Ermessensrichtlinien sind so präzise wie möglich zu formulieren.¹⁰⁶⁴ So hat das Bundesgericht kürzlich festgehalten, dass eine Verbindungsbusse höchstens 20 % der angemessenen Sanktion betragen darf.¹⁰⁶⁵ Oder, das Strafbedürfnis sei aufgrund der verstrichenen Zeit seit der Tat jedenfalls dann im Sinn von Art. 48 lit. e StGB deutlich vermindert, wenn *zwei Drittel* der Verfolgungsverjährung abgelaufen seien (und sich die Person seither wohlverhalten hat).¹⁰⁶⁶ Diese Präzision ist solange zulässig (und notwendig), wie dem Sachgericht nicht verunmöglicht wird, dem Einzelfall Rechnung zu tragen.

356 Auch aus der restlichen Rechtsordnung lassen sich Ermessensrichtlinien entnehmen. Vorliegend relevant ist vor allem das Rechtsgleichheitsgebot. Demnach sind wie hiervor dargelegt ähnliche Fälle auch ähnlich zu bestrafen. Unterschiedliche Fälle sind demgegenüber proportional zur Ausprägung der relevanten Strafzumessungsumstände zu bestrafen, allen voran das Verschulden.

1061 WARD 1962, S. 58; vgl. auch ALBRECHT P., ZStrR 2003, S. 345 f.; BRUNS, ZStW 1982, S. 116; ferner HUTH, ZStrR 1942, S. 62.

1062 BRUNS, ZStW 1982, S. 115 f.; ferner ALBRECHT H.-J. 1994, S. 23; ASHWORTH/KELLY 2021, S. 426; FRISCH 1971, S. 75.

1063 BGE 128 IV 97, E. 3. b. bb; MATHYS 2019, N 388.

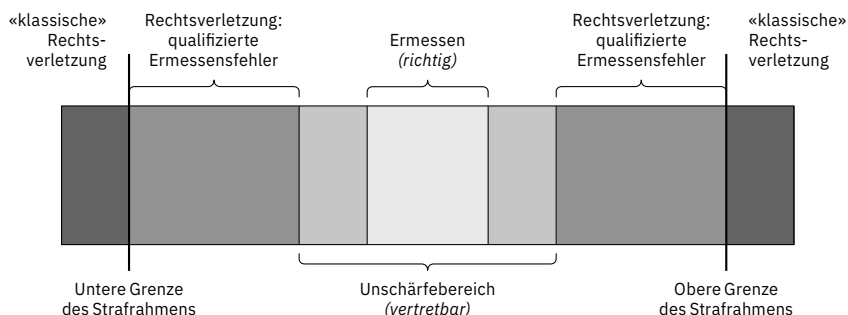
1064 Vgl. BRUNS, ZStW 1982, S. 113.

1065 BGE 149 IV 321, E. 1.3.2.

1066 BGE 132 IV 1, E. 6.2; SEELMANN 2023, S. 144.

Das Rechtsgleichheitsgebot wirkt damit von aussen auf den Bereich des Ermessens nach Art. 47 StGB und engt die Wahlfreiheit des Gerichts ein. Weil es sich aber nur um Ermessensrichtlinien handelt, kann davon abgewichen werden, wenn sich das gestützt auf den Einzelfall begründen lässt.¹⁰⁶⁷ Verfüngt diese Begründung nicht, liegt bei Abweichen ein qualifizierter Ermessensfehler vor. Ermessensrichtlinien grenzen also zulässige Ermessensausübung von qualifizierten Ermessensfehlern ab. Weil Ermessensrichtlinien häufig bloss vage formuliert sind, ergibt sich ein mehr oder weniger grosser Unschärfbereich (Abbildung 3).¹⁰⁶⁸

Abbildung 3: Ermessen, Unschärfbereich und Strafraumen



Vereinfacht ausgedrückt eröffnet echtes Ermessen einen Bereich *richtiger* 357 Entscheidungen. Weil nun aber Ermessensrichtlinien unpräzise sind, ergibt sich ein Graubereich zwischen *noch richtig* und *schon falsch*. Ob Ergebnisse dort noch als *vertretbar* betrachtet werden, hängt faktisch von der Zurückhaltung der Rechtsmittelinstanzen ab. Je näher ein Gericht an die diffusen Ränder des Ermessens heranrückt, desto eher riskiert es die Aufhebung der Entscheidung im Rechtsmittelverfahren.¹⁰⁶⁹ Nur stellt diese Abbildung die Strafzumessungsentscheidung sehr unterkomplex dar. In Realität handelt es sich nicht um einen einzigen Ermessensentscheid, der über die Strafhöhe gesamthaft gefällt wird. Vielmehr setzt sich der Entscheidungsprozess aus einer Vielzahl von Ermessens(teil)entscheiden zusammen. Für jede dieser Entscheidungen gibt es einen Bereich des *Richtigen*, einen weiteren des *noch*

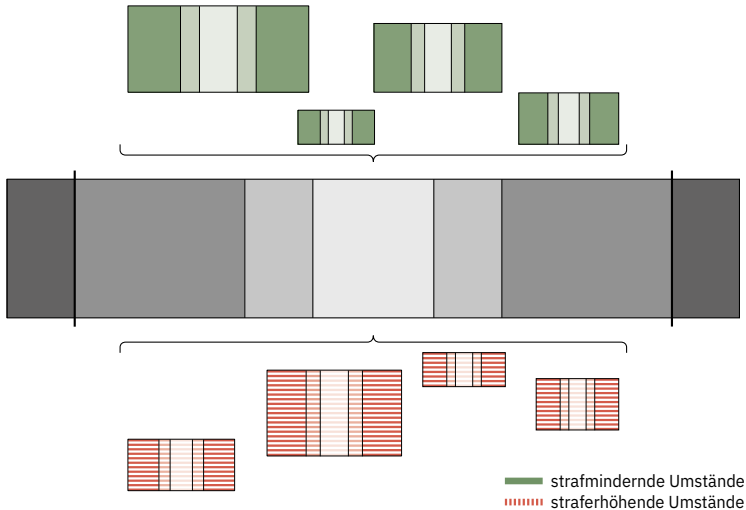
1067 Vgl. auch KIENER H., ZStrR 2007, S. 371 («gehört zur Einzelfallentscheidung und kann nicht im Voraus bestimmt werden»).

1068 Vgl. auch die Abbildung bei MAURER 2005, S. 134.

1069 Vgl. auch MAURER 2005, S. 132 f., der festhält, dass nur die Strafen vertretbar sein können, welche entweder angemessen sind oder deren Angemessenheit zweifelhaft ist.

Vertretbaren und einen solchen des *nicht mehr Vertretbaren*.¹⁰⁷⁰ Erst in Kombination ergeben sie den hiervoor gesamthaft abgesteckten Rahmen (Abbildung 4).

Abbildung 4: Strafzumessung als Vielzahl von Ermessensentscheiden



358 Bei jeder Bewertung im Rahmen der Strafzumessung sind Ermessensrichtlinien zu beachten. Teilweise gelten Ermessensrichtlinien (Strafzwecke etc.) für die Strafzumessung überhaupt, teilweise werden sie nur eine einzelne Teilentscheidung betreffen. *«Sie bilden jedenfalls das Fundament, auf das sich auch das so oft zitierte <ziemlich sichere Gefühl> des erfahrenen Praktikers stützen muß, wenn es Anspruch auf rechtliche Anerkennung erheben will.»*¹⁰⁷¹ Diese Überlegung ist sowohl für die Ausgestaltung von Ermessenrichtlinien¹⁰⁷² als auch für die Kontrolle von Ermessen zentral.

1070 Ob wertungsmässig eine Differenz zwischen «richtig» und «vertretbar» besteht, bleibt praktisch ohne Relevanz. So kommt denn z. B. auch ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 32 ff., zu keinem definitiven Ergebnis. Die Diskussion hat vorwiegend Relevanz für den Bereich, der vorliegend vom Ermessen ausgenommen ist, nämlich die Auslegungsschärfe. Dort sind mehrere Lösungen vertretbar, ohne dass mehrere richtig wären. *«Das <Vertretbare> ist vielleicht das <möglicherweise> Richtige, das <Richtige> selbst dagegen das <wahrhaft> Richtige»*, ENGISCH, in: FS-Peters 1974, S. 33.

1071 BRUNS, ZStW 1982, S. 115.

1072 Dazu hinten Rz. 570 ff.

d) Kontrolle von Ermessen

Durch Rechtsmittelinstanzen *kontrollieren* lässt sich Ermessensausübung nach der hier vertretenen Auffassung nur in der Form der *Einhaltung von Ermessensrichtlinien*.¹⁰⁷³ Innerhalb dieser Richtlinien kann die Rechtsmittelinstanz nur eine eigene Wertung vornehmen und so zu einem allenfalls abweichenden Ergebnis kommen, wie dies ein Berufungsgericht im Sinn einer «*second opinion*»¹⁰⁷⁴ tun kann bzw. muss, das Bundesgericht hingegen nicht.¹⁰⁷⁵

Letzteres nimmt seine Kontrollaufgabe nur unzureichend wahr.¹⁰⁷⁶ Wie es qualifizierte Ermessensfehler ermittelt, hat das Bundesgericht bis heute weder transparent gemacht, noch wäre dies aus der Rechtsprechung ersichtlich. Es greift primär dann ein, wenn Ergebnis und Begründung der Vorinstanz auseinanderfallen oder wenn es intuitiv davon ausgeht,¹⁰⁷⁷ die Vorinstanz habe die Grenzen des Vertretbaren überschritten.¹⁰⁷⁸ Dabei beurteilt es das Vorliegen qualifizierter Ermessensfehler regelmässig anhand des Gesamtergebnisses.¹⁰⁷⁹ Dadurch wird die Komplexität des Strafzumessungsvorgangs verdeckt.¹⁰⁸⁰ So ist ohne Weiteres denkbar, dass einem Gericht im Prozess der Strafzumessung diverse qualifizierte Ermessensfehler unterlaufen, die Strafe am Ende aber im sehr grossen Unschärfebereich zu liegen kommt und so insgesamt als vertretbar erscheint. Weil die Strafe im Ergebnis damit aus bundesgerichtlicher Optik nicht zu beanstanden ist, greift es nicht ein, obwohl die

1073 Im Ergebnis wohl gleich WARDA 1962, S. 186 f., der dies als innere Ermessenfehler bezeichnet; ebenso HUTH, ZStrR 1942, S. 56, 59 f., der von der Befolgung falscher Richtlinien spricht; so auch RHINOW, recht 1983, S. 85, für das Verwaltungsrecht.

1074 Weiterführend dazu GODENZI, ZStrR 2018, S. 1 ff.

1075 Vgl. für Deutschland WARDA 1962, S. 178 f., der die fehlende Überprüfbarkeit nicht im Ermessen, sondern in der Ausgestaltung des Überprüfungsverfahrens begründet sieht; anderer Auffassung auch FRISCH, NJW 1973, S. 1349.

1076 Auch Berufungsgerichte nehmen ihre Kontrollaufgabe zuweilen nicht wahr, vgl. GODENZI, ZStrR 2018, S. 4 f., m. H. a. KGer GR, SK11138 vom 14. Februar 2012, E. 7 und BGer, 6B_245/2015 vom 5. Mai 2015, E. 1.2; ähnlich auch KGer GR, SK11228 vom 1. November 2012, E. 4. a. In neueren Entscheidungen der Kantonsgerichte Graubünden und Waadt findet sich diese Beschränkung nicht mehr, wobei zumindest Letzteres häufig schlicht die vorinstanzliche Strafzumessung bestätigt: vgl. KGer GR, SK11933 vom 3. November 2021, E. 5.1.1 ff.; KGer VD, Jug/2023/99 vom 16. März 2023, E. 5 ff.; KGer VD, Jug/2023/94 vom 2. Februar 2023, E. 4 ff.; KGer VD, Jug/2023/68 vom 9. Dezember 2022, E. 4 ff.

1077 Anders kann es kaum beurteilen, ob die Strafe ausserhalb des Vertretbaren liegt; vgl. dieses Argument für den deutschen Kontext bei KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 47.

1078 Vorne Rz. 114 ff.

1079 Vorne Rz. 115.

1080 Vorne Rz. 357 f.

Strafe bei rechtskonformer (ermessensfehlerfreier) Bewertung der einzelnen Umstände *anders ausgefallen wäre*.¹⁰⁸¹ Auch eine auf Ermessensfehlern beruhende, insgesamt aber als vertretbar erachtete Strafe ist rechtswidrig.

361 Ob das Bundesgericht auch einmal in Teilschritte des Bewertungsprozesses eingreift, hängt aktuell entscheidend davon ab, ob die Vorinstanz die betroffenen Teilschritte nachvollziehbar begründet und zentrale Strafzumessungsumstände mittels Zahlenangaben gewichtet hat.¹⁰⁸² Wie hiervor ausgeführt, sollte das Bundesgericht strenger sein, was die Begründung der Teilschritte anbelangt.¹⁰⁸³ Dabei geht es nicht darum, dass es die Ermessensentscheidung im Detail auf Angemessenheit zu überprüfen hätte.¹⁰⁸⁴ Dazu ist es nicht befugt. Es kann allerdings die Einhaltung der eigenen Ermessensrichtlinien kaum überprüfen, wenn die Ermessensausübung nur vage begründet ist. Diese Anforderungen an die Begründung sind also nicht *«unnötig»*.¹⁰⁸⁵ Es ist vielmehr verpflichtet, die Einhaltung von Ermessensrichtlinien im Detail auch bei Teilschritten zu überprüfen. Dazu hat es von den Sachgerichten eine entsprechend nachvollziehbare Begründung einzufordern.

362 Die aktuelle bundesgerichtliche Praxis hat etwas Beliebiges. So lässt sich auch für Sachgerichte kaum voraussehen, welche Anforderungen das Bundesgericht an die Begründung der Strafzumessung aktuell stellt. Wo die Grenzen zu qualifizierten Ermessensfehlern liegen sollen, bleibt völlig unklar. Der beschriebene lockere Umgang mit Ermessen hat Folgen für die Rechtsgleichheit in der Strafzumessung.

3. Ermessen vs. Rechtsgleichheit

363 Aus dem hiervor Ausgeführten ergeben sich vorweg zwei Grundsätze für das Verhältnis von Ermessen und Rechtsgleichheit. *Erstens* eröffnet Ermessen innerhalb der diversen Ermessensrichtlinien eine echte subjektive Wahlfreiheit. Das heisst, bei identischem Sachverhalt können zwei verschiedene Ergebnisse richtig sein, was zumindest in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsgleichheit steht. *Zweitens* wird der von Art. 47 StGB national eröffnete Ermessenspielraum im Einzelfall durch das (gemäss Rechtsgleichheitsdogmatik nur für das konkrete Gericht bindende) Gebot der rechtsgleichen Rechtsanwendung eingengt. Das heisst, Sachgerichten kommt aufgrund ihrer bisherigen Praxis

1081 Im Ergebnis gleich für Deutschland GIANNOLIS 2014, S. 60 (*«Falls der Argumentationsgang für die Richtigkeit des Strafmaßes als konstitutiv angesehen wird, dann sollte sich doch ein Argumentationsdefizit desgleichen auf das Resultat der StrZ auswirken»*).

1082 Vorne Rz. 128; BGE 144 IV 217, E. 4.2; BGer, 6B_567/2017 vom 22. Mai 2018, E. 4.3.

1083 Vorne Rz. 275 ff.

1084 BGE 95 IV 59, E. 1.

1085 So aber BGE 95 IV 59, E. 1; ähnlich BGE 118 IV 14, E. 2.

gegenüber dem Bundesgericht mit nationalen Einzugsgebiet ein engerer, individueller Ermessensspielraum zu. Denn aus Rechtsgleichheitsüberlegungen lassen sich im Sinn von Ermessensrichtlinien nach oben und unten gewisse Grenzen für die Bewertung der Umstände des Einzelfalls entnehmen, deren Missachtung Rechtsverletzungen bedeuten. So gilt das Gebot der rechtsgleichen Behandlung selbst im engsten Verständnis innerhalb derselben Behörde, also desselben Gerichts, unbeschränkt. Auch die in Teilen subjektiven Wertungen müssen im Einklang mit früheren subjektiven Wertungen desselben Gerichts ausfallen, ein Abweichen zumindest transparent begründet werden.¹⁰⁸⁶ Entsprechend bilden sich über die Zeit je nach Gericht unterschiedliche, durch frühere Urteile vorgegebene Ermessensrichtlinien heraus, welche den Ermessensspielraum des Gerichts individuell einengen. Es kann also auch innerhalb des *«Ermessensspielraum[s] selber ein Verstoß gegen die Rechtsgleichheit begangen werden»*.¹⁰⁸⁷ Zum Verhältnis von Ermessen und Rechtsgleichheit in der Strafzumessung hat sich jedoch eine völlig andere Praxis etabliert.

a) Vorrang des Legalitätsprinzips?

«Es ist nicht Sache des Bundesgerichts, für eine peinlich genaue Übereinstimmung einzelner Strafmasse zu sorgen. Es hat lediglich für eine korrekte Anwendung von Bundesrecht besorgt zu sein. Soweit die Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, gestützt auf alle wesentlichen Gesichtspunkte und im Rahmen des richterlichen Ermessens festgesetzt wurde, sind Unterschiede in der Strafzumessungspraxis innerhalb dieser Grenzen als Ausdruck unseres Rechtssystems hinzunehmen.»¹⁰⁸⁸

Diese Formel wird teilweise noch durch folgenden Hinweis ergänzt: *«[D]er Grundsatz der Individualisierung und der dem Sachgericht vom Gesetz bei der Strafzumessung eingeräumte weite Ermessensspielraum [führen] notwendigerweise zu einer gewissen, vom Gesetzgeber in Kauf genommenen Ungleichheit»*.¹⁰⁸⁹

Diese Formulierung erstaunt bei genauerer Analyse aus mehreren Gründen. Erstens suggeriert sie, eine korrekte Strafzumessung liesse sich ohne Rechtsgleichheitsüberlegungen bewerkstelligen.¹⁰⁹⁰ Zweitens scheint das

1086 Dazu hinten Rz. 377 ff.

1087 GERMANN, in: FS-Ruck 1952, S. 184.

1088 BGE 135 IV 191, E 3.1; BGE 124 IV 44, E. 2.c; BGE 123 IV 150, E 2.a; weitere Nachweise bei AKStGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 45.

1089 Z. B. BGer, 6B_738/2014 vom 25. Februar 2015, E. 3.4.

1090 In die gleiche Richtung geht die Auffassung von HARRIS 2022, S. 37f., 45, wonach Gleichbehandlung nur ein Nebenprodukt korrekter Strafzumessung sei und Ungleichbehandlung nur dann ein Problem darstelle, wenn *«something has gone awry in the determination of sentence and the resultant sentence is unprincipled»* (S. 38).

Bundesgericht in der Strafzumessung, wie es teilweise in der Literatur heisst, vom generellen *Vorrang des Legalitätsprinzips* vor dem Grundsatz der Gleichheit auszugehen.¹⁰⁹¹ Es sieht sich nämlich von der Durchsetzung von Gleichbehandlung befreit, wenn das Bundesrecht Ermessen zur Individualisierung einräumt. Der weite bundesrechtliche Ermessensspielraum stecke also die Grenzen der rechtsgleichen Rechtsanwendung ab. Bleibt ein Gericht insgesamt innerhalb dieser Grenzen des bundesrechtlichen Ermessensspielraums, spielen Unterschiede in der Strafzumessung keine Rolle. Selbst plausibel gemachte Ungleichbehandlungen, die mangels Begründung durch die Vorinstanz nicht nachvollzogen werden können, werden übergangen.¹⁰⁹² Ungleichheiten innerhalb des Ermessensrahmens müssen nach dieser Auffassung nicht einmal begründet werden.

366 Die Folgeprobleme dieser Auffassung sind zahlreich. Zunächst einmal müsste der Rechtsgleichheit in der Strafzumessung aufgrund der hier vor dargelegten Gründe eine deutlich grössere Bedeutung zukommen, weil die Rechtsbindung allein aufgrund der unpräzisen gesetzlichen Grundlagen nicht ansatzweise zu deren Verwirklichung ausreicht.¹⁰⁹³ Auch eine rechtswidrige Ermessensausübung verletzt das Rechtsgleichheitsgebot. Erst bei Beurteilungsspielräumen erlangt die Rechtsanwendungsgleichheit überhaupt selbständige Bedeutung.¹⁰⁹⁴ Das heisst, es verhält sich zur bundesgerichtlichen Auffassung genau umgekehrt: Das Rechtsgleichheitsgebot schränkt den Ermessensbereich der rechtsanwendenden Behörde ein, setzt also dessen Grenzen.¹⁰⁹⁵ Der postulierte Vorrang des Legalitätsprinzips vor dem Rechtsgleichheitsprinzip stammt aus der Doktrin zur *Gleichbehandlung im Unrecht*.¹⁰⁹⁶ Dort geraten die beiden Prinzipien überhaupt erst in Konflikt: Wenn die Herstellung von Rechtsgleichheit gegen das Gesetz verstossen würde, *dann* soll das Gesetz grundsätzlich vorgehen.¹⁰⁹⁷ Indem diese Vorrangregelung auf die Strafzumessung allgemein ausgeweitet wird, wird ein an sich sinnvoller

1091 CR CPI-QUELOZ/MANTELLI-RODRIGUEZ, Art. 47 N 11; AK StGB-SIMMLER/SELMAN, Art. 47 N 45; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 203.

1092 Z. B. BGer, 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017, E. 4.8.3.

1093 Vgl. vorne Rz. 218 ff.

1094 TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 58.

1095 GRISEL 2000, N 277 («*En obligeant les organes d'exécution à interpréter la loi avec rigueur, le principe d'égalité réduit leur marge d'appréciation et complète ainsi le principe de la suprématie du droit*»); auch MALINVERNI / HOTTELLIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER 2021, N 1154 («*Il [le principe d'égalité] vient limiter la latitude de jugement des autorités qui appliquent le droit*»).

1096 Vorne Rz. 88 ff.

1097 Dabei ist nicht zu vergessen, dass beide Prinzipien grundsätzlich auf gleicher Stufe stehen und die Verfassung keine Vorrangregelung enthält, vgl. MARTENET 2003, N 164 ff.; auch MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012, S. 628 («*Et pourtant, puisqu'il y a*

Grundsatz zweckentfremdet. Zudem unterschlägt die strafrechtliche Rechtsprechung,¹⁰⁹⁸ dass die Dogmatik zur Gleichbehandlung im Unrecht auch auf das Strafrecht Anwendung findet,¹⁰⁹⁹ eine solche Gleichbehandlung also keineswegs kategorisch ausgeschlossen ist.¹¹⁰⁰

Richtig ist nur, dass innerhalb des durch Ermessensrichtlinien abgesteckten Spielraums ein Unschärfebereich (berechtigter) subjektiver Wertungen verbleibt, der sich über Vergleiche nicht mehr sinnvoll weiter einengen lässt. Innerhalb dieser Grenzen kann also tatsächlich davon gesprochen werden, dass eine gewisse Ungleichbehandlung in Kauf genommen wird. Das bedingt, dass diese Grenzen effektiv mit Blick auf das Rechtsgleichheitsgebot gezogen werden. 367

Wie das Eingangszitat zeigt, tut das Bundesgericht dies jedoch nicht. Es zieht diese Grenzen allein anhand der qualifizierten Ermessensfehler. Losgelöst von Rechtsgleichheitsüberlegungen liege eine Strafe entweder innerhalb des Ermessensbereichs oder aber es lägen qualifizierte Ermessensfehler vor. Damit betrachtet es die Frage der rechtsgleichen Behandlung als ein in das Ermessen nach Art. 47 StGB integriertes und vom Gesetzgeber pauschal zugunsten des Ermessens gelöstes Problem und weniger als ein übergeordnetes Individualrecht, das auf den Ermessensbereich im Sinn von Ermessensrichtlinien einwirkt. Dass es hier sehr unpräzise vorgeht, hat besonders aufgrund des gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung aus föderalistischen Gründen beschränkten Anwendungsbereichs¹¹⁰¹ des Rechtsgleichheitsgebots weitreichende Folgen. 368

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung führt im Ergebnis dazu, dass jedem einzelnen Gericht (innerhalb dessen das Gebot der Rechtsgleichheit unbeschränkt gilt) der gesamte nationale Ermessensspielraum zusteht. Was damit gemeint ist, soll anhand eines hypothetischen Sachverhalts verdeutlicht werden, der auch im Rahmen der eigenen empirischen Untersuchung verwendet wird: 369

X (männlich, 42 Jahre, Schweizer, Restaurantinhaber) bemerkte nach Ladenschluss beim Aufräumen im dunklen Restaurant, wie sich jemand an der Eingangstür zu schaffen machte. Er nahm daraufhin seine geladene Pistole aus dem Versteck und stürmte zur Eingangstür hinaus auf die Strasse. Obwohl der unbekannte Mann bereits die Flucht ergriffen hatte,

bien inégalité de traitement, la situation est celle d'un conflit entre deux principes fondamentaux») und 631.

1098 S. BGE 135 IV 191, E. 3.4; TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 61.

1099 Richtig noch BGE 115 Ia 81, E. 2; TSCHANNEN, ZBl 2011, S. 61.

1100 Vgl. vorne Rz. 88 ff.

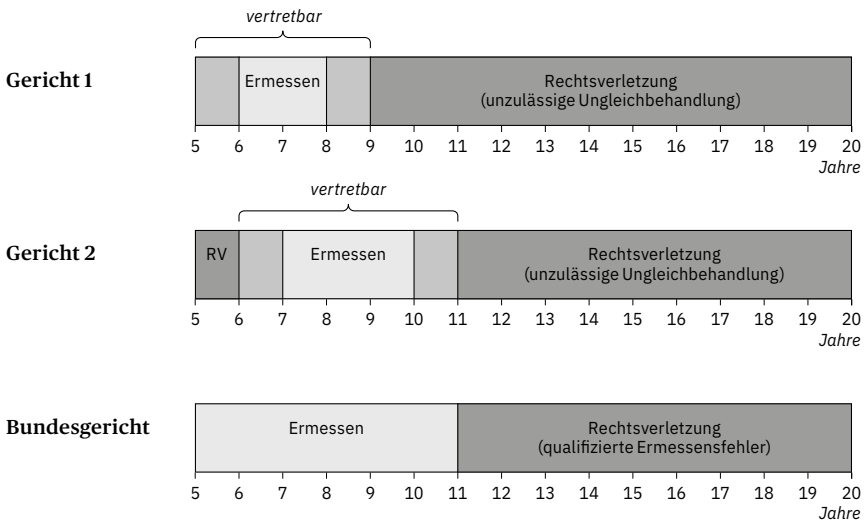
1101 Vorne Rz. 81 ff. und 311 ff.

schoss X sechs Mal in dessen Richtung. Eine Kugel traf den Hals des Flüchtlenden, worauf dieser bewusstlos zu Boden ging und innert kurzer Zeit verblutete. X nahm bei der Schussabgabe den Tod des Mannes in Kauf, handelte also eventualvorsätzlich.¹¹⁰²

370 Angenommen, es liesse sich ermitteln, dass Gericht 1 in ähnlichen Fällen bisher Strafen zwischen sechs und acht Jahren ausgefällt hat. Zu diesen eigenen Fällen hat es auch mit engem Verständnis des Rechtsgleichheitsgebots rechtsgleich Strafe zuzumessen. Diese Vergleichsfälle schränken sein Ermessen also dahingehend ein, dass es davon nicht ohne Begründung wesentlich abweichen darf. Dadurch ergibt sich ein durch das Rechtsgleichheitsgebote konkretisierter Ermessensspielraum, der sich in Realität (noch) nicht numerisch ermitteln lässt, der für das vorliegende Beispiel aber zwischen fünf und neun Jahren liegen soll.

371 Gericht 2 aus einem anderen Kanton ist nicht direkt verpflichtet, rechtsgleich wie Gericht 1 zu entscheiden. In ähnlichen Fällen hat es bisher denn auch eine strengere Praxis entwickelt und Strafen zwischen sieben und zehn Jahren ausgefällt, wodurch sich der Ermessensbereich für Gericht 2 ebenfalls unter Rechtsgleichheitsgesichtspunkten aufgrund der eigenen Präjudizien konkretisiert hat und sich für dieses Beispiel nun hypothetisch auf sechs bis elf Jahre Freiheitsstrafe beläuft (Abbildung 5).

Abbildung 5: Bundesgerichtliches Ermessensverständnis



1102 Inspiriert von KrimGer LU, KG 01 01 8 vom 29. Juni 2001, und nachfolgend als Vignette verwendet, vgl. Rz. 439. Die Täterkomponente wird weggelassen, sie spielt für den hier zu verdeutlichenden Punkt keine Rolle.

Aus bundesgerichtlicher Sicht liegen aufgrund seines weiten Ermessensbegriffs nun sowohl eine Freiheitsstrafe von fünf (unterer Vertretbarkeitsrahmen von Gericht 1) als auch eine solche von elf Jahren (oberer Vertretbarkeitsrahmen von Gericht 2) innerhalb des sachrichterlichen Ermessens für den hypothetischen Fall.¹¹⁰³ Da es Ermessensausübung als der Rechtsgleichheit vorrangig betrachtet, solange sie im Rahmen bleibt, erscheint es ihm *weder als Ermessensmissbrauch noch als Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots*, wenn nun Gericht 1 eine Freiheitsstrafe von elf Jahren ausfällt, ohne diese Abweichung zu seinen früheren Urteilen (bisher sechs bis acht Jahre) zu begründen. Während aus bundesgerichtlicher Sicht die Strafe noch im – aufgrund der föderalistischen Struktur der Strafjustiz national weiteren – Ermessensrahmen liegt und insofern keine Verletzung von Art. 47 StGB vorliegt, wäre die Strafe aus Rechtsgleichheitsgesichtspunkten richtigerweise aufzuheben, solange Gericht 1 die erhebliche Abweichung von früheren Fällen nicht hinreichend begründen kann.

Deshalb ist es falsch, in diesem Zusammenhang vom Vorrang des Legalitätsprinzips zu sprechen. Das Gegenteil ist der Fall. Das Rechtsgleichheitsgebot setzt dem weiten Ermessensspielraum erst seine Grenzen. Dass das Bundesgericht Begehren um eine tiefere Strafe mit Hinweis auf Vergleichsfälle fast ausschliesslich unter Art. 47 StGB beurteilt,¹¹⁰⁴ führt zu einer un gerechtfertigten Verkürzung des Anspruchs auf rechtsgleiche Behandlung.¹¹⁰⁵

b) Suche nach der goldenen Mitte

Oftmals werden Rechtsgleichheit und Individualisierung bzw. Einzelfallgerechtigkeit als antinomisch gegenübergestellt.¹¹⁰⁶ Man könne «*nicht beides haben: Individualisierte Strafzumessung und gleiche Strafzumessung*».¹¹⁰⁷ Eine gewisse Gegensätzlichkeit lässt sich nicht von der Hand weisen. Auch wenn sich Individualisierung durch Ermessen und Rechtsgleichheit nie gleichzeitig maximieren lassen, liegt zwischen beiden Extremen ein ganzes Spektrum, auf dem beide Ziele in unterschiedlicher Ausprägung gleichzeitig teilweise verwirklicht werden können. Und genau diese goldene Mitte zwischen maximaler Individualisierung durch möglichst freies Ermessen und absoluter Rechtsgleichheit durch starre Entscheidungsregeln gilt es gemäss Optimierungsgebots zu

1103 Dazu, dass dieser Rahmen nicht unrealistisch gross ist, vgl. hinten Rz. 544 ff.

1104 BGE 116 IV 292, E. 2.

1105 Dass die Rechtsgleichheit nicht über Art. 47 StGB hinausgehe, stimmt deshalb gerade in Bezug auf das Bundesgericht nicht; so aber zu Art. 63 StGB/1937, GRISEL 2000, N 299.

1106 So z. B. ARZT, in: FS-Stree/Wessels 1993, S. 67.

1107 ARZT, in: FS-Stree/Wessels 1993, S. 67.

finden.¹¹⁰⁸ Wie erste Schritte in diese Richtung unternommen werden könnten, wird im letzten Teil dargelegt.¹¹⁰⁹

375 Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Abwägung bei praktisch allen Streitfragen pauschal zugunsten der Individualisierung durch möglichst «freies» Ermessen ausgefallen ist. Was das für die Einheitlichkeit der Strafzumessung tatsächlich bedeutet, wird hiernach noch untersucht.¹¹¹⁰ Erst in Kenntnis des tatsächlichen Status quo kann abschliessend darüber befunden werden, wieweit Einschränkungen der Ermessensausübung angezeigt sind. Dabei darf eines nicht vergessen werden: Vereinheitlichungsmassnahmen widersprechen dem Individualisierungsauftrag nur dann, wenn sie die Berücksichtigung relevanter Umstände des Einzelfalls verunmöglichen, nicht aber bereits, wenn sie diese Berücksichtigung mit Richtlinien lenken wollen.¹¹¹¹ Vor einer solchen vereinheitlichenden Lenkung durch Rechtsgleichheitsüberlegungen wird das überdehnte Strafzumessungsermessen und damit auch die Richterschaft aktuell zu Unrecht kategorisch geschützt, was sich abschliessend auch mit Blick auf die Praxis zur richterlichen Unabhängigkeit zeigen lässt.

B. Rechtsgleichheit vs. richterliche Unabhängigkeit

376 Wenn es darum geht, Unterschiede in der Strafzumessung zu rechtfertigen oder einen Vergleich abzulehnen, wird als letztes Argument zuweilen auch auf die richterliche Unabhängigkeit verwiesen: «*Unterschiedliche Gewichtungen der massgebenden Faktoren sind zudem Folge der Unabhängigkeit des Richters [...]»*¹¹¹² Gerichte sind gemäss Art. 191c BV «*in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet*». Weil sie dem Recht uneingeschränkt verpflichtet bleiben, können sich daraus keine weitergehenden Kompetenzen ergeben, als sie das Recht ohnehin bereithält. Richterliche Unabhängigkeit taugt deshalb bereits von vornherein nur beschränkt zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlung.

1108 Vorne Rz. 94 ff.; vgl. dazu auch VERREL, JZ 2018, S. 811 («*Der richtige Weg dürfte wie so oft in der Mitte liegen [...]»*).

1109 Hinten Rz. 568 ff.

1110 Hinten Rz. 412 ff.

1111 Vgl. KIENER H., ZStR 2007, S. 365; auch GIANNOULIS 2014, S. 299; vgl. aber STRATEN-WERTH/BOMMER 2020, § 5 N 81 («*Es erscheint auch als mindestens ungewiss, ob der Gewinn an Rechtsgleichheit, den eine formalisierte Strafzumessung verspricht, nicht mit einer Schematisierung erkauft würde, bei der die Frage nach dem im Einzelfalle gerechten und vernünftigen Strafmass gar nicht mehr aufkäme*»).

1112 BGE 135 IV 191, E. 3.1.

1. Unabhängig von früheren Urteilen?

Zunächst einmal ist es entgegen dem Bundesgericht nicht die richterliche Unabhängigkeit, die eine unterschiedliche Gewichtung einzelner Strafzumessungsumstände erlaubt, sondern das mit Art. 47 StGB eingeräumte Einzelfallermessen. Über die Bewertung einzelner Umstände lässt sich streiten, mehrere Optionen können gleichermaßen richtig oder zumindest vertretbar sein.¹¹¹³ Diesen Beurteilungsspielraum schützt die richterliche Unabhängigkeit insofern, als Gerichte, dort wo sie zu einer eigenen Bewertung des Einzelfalls berufen sind, nicht die Bewertung eines anderen Gerichts übernehmen müssen (gerichtliche *Eigenständigkeit*)¹¹¹⁴.¹¹¹⁵ Das ist im isolierten Vergleich zweier Fälle auch richtig, weil ein anderes, gleichrangiges Gericht *keinen höheren Richtigkeitsanspruch* für seine Strafzumessung erheben kann als das aktuell angerufene. Der Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit steht einer strengen Verbindlichkeit im Sinn eines Befolgungszwangs von anderen Urteilen (auch übergeordneter Gerichte)¹¹¹⁶ also entgegen.¹¹¹⁷

Von diesem Grundsatz wird jedoch zur Verwirklichung anderer verfassungsmässiger Werte durchaus abgewichen, wie bspw. durch die Anforderungen an eine Praxisänderung.¹¹¹⁸ Zudem bedeutet das Fehlen eines Befolgungszwangs nicht, dass frühere Urteile unbeachtlich wären.¹¹¹⁹ Die richterliche Unabhängigkeit befreit nämlich nicht davon, die rechtsgleiche Rechtsanwendung durch Vergleich mit früheren Fällen zu gewährleisten.¹¹²⁰ Gerichte müssen sich mit früheren Urteilen auseinandersetzen.¹¹²¹ Es besteht je nach Grad der Festigung der Praxis eine beschränkte verfassungsrechtliche Befolgungs-¹¹²² bzw. Berücksichtigungspflicht.¹¹²³

1113 Vorne Rz. 342 ff.

1114 BIAGGINI 2017, Art. 191c N 3; EICHENBERGER 1960, S. 48 f.; SGKBV-SCHINDLER/SCHULER/WYSS, Art. 191c N 9, 14.

1115 Im Lichte der richterlichen Unabhängigkeit problematisch sind nur subjektive Wertungen, welche «*ausserhalb legitimer Normkonkretisierung*» stehen, vgl. KIENERR. 2001, S. 57.

1116 SKStPO-WOHLERS, Art. 4 N 12.

1117 OBERHOLZER 2020, N 152.

1118 GRAF 2011, S. 85; vorne Rz. 91 ff.; ferner GERMANN 1960, S. 38 f.; GRISEL 2000, N 306 f.; HÄNNI 2022, S. 141.

1119 Zwischen beiden Extremen liegen relevante Grautöne, vgl. vorne Rz. 320 ff.

1120 Ähnlich WALTER, Richterzeitung 2005, N 10.

1121 HÄNNI 2022, S. 141 und zum Ganzen 126 ff.; ferner ALBRECHT P., ZStrR 2003, S. 346; BIAGGINI 1991, S. 370 f.

1122 BIAGGINI 1991, S. 362.

1123 HÄNNI 2022, S. 142; vgl. auch BIAGGINI 1991, S. 359 ff.; vgl. ferner FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 162; sowie MAURER 2005, S. 198 f.

379 Die richterliche Unabhängigkeit befreit nicht davon, zu begründen, weshalb man es im konkreten Fall anders sieht als das Gericht im Vergleichsfall.¹¹²⁴ Die eingeräumte Unabhängigkeit *«ist weder Selbstzweck, noch Standesprivileg, noch dient sie den persönlichen Interessen der Richter»*.¹¹²⁵ Das unabhängige Gericht ist vielmehr Instrument, *«um richtiges Recht zu realisieren, weil [es] von jeden verfälschenden Einwirkungen freigesetzt ist, die Bevorzugung und Benachteiligung bringen»*.¹¹²⁶ Es geht darum, *«illegitime Einflüsse und Einwirkungen»* auszuschalten.¹¹²⁷ Frühere Urteile des eigenen Gerichts oder von anderen Gerichten können kaum als illegitime oder sachfremde Einflüsse bezeichnet werden. Die Rechtsauffassung anderer Behörden ist vielmehr ein Hilfsmittel bei der eigenen Auslegung bzw. Ermessensausübung.¹¹²⁸ Entscheiden übergeordneter Instanzen und einer gefestigten Praxis kommt in erhöhtem Masse eine Bindungswirkung zu.¹¹²⁹ Es geniessen jedoch auch Urteile anderer Gerichte auf gleicher Stufe eine gewisse Berücksichtigungspflicht, wobei dies für innerkantonale in grösserem Umfang gilt als für «externe».¹¹³⁰

380 Als Extrembeispiel ist an die Situation von Mittätern zu erinnern, welche in unterschiedlichen Verfahren beurteilt werden. Bei Beurteilung des zweiten Mittäters muss das Gericht einen hypothetischen Vergleich anstellen:

«Das Gericht hat sich zu fragen, welche Strafen es ausfällen würde, wenn es beide Mittäter gleichzeitig beurteilen müsste. Dabei hat es sich einzig von seinem pflichtgemässen Ermessen leiten zu lassen. Es wäre mit der richterlichen Unabhängigkeit unvereinbar, müsste sich das Gericht gegen seine Überzeugung einem anderen Urteil anpassen. Die Autonomie des Gerichts kann zur Folge haben, dass die Strafen zweier Mittäter in einem Missverhältnis stehen. Dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich und hinzunehmen, solange die in Frage stehende Strafe als solche angemessen ist. Ein Anspruch auf «Gleichbehandlung im Unrecht» besteht grundsätzlich nicht.»¹¹³¹

1124 So verstanden jedoch z. B. OGer BE, BK 22396 vom 15. März 2023, E. 9.3.

1125 BSK BV-REICH, Art. 191c N 4; ähnlich WALTER, Richterzeitung 2005, N 9; BSK StPO-WIPRÄCHTIGER/FREY, Art. 4 N 9.

1126 EICHENBERGER 1960, S. 64 und im Detail 83 ff.

1127 KIENERR. 2001, S. 6 f.; BSK BV-REICH, Art. 191c N 4; BSK StPO-WIPRÄCHTIGER/FREY, Art. 4 N 9.

1128 ARIOLI 1968, S. 111; ähnlich FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 162.

1129 Vgl. GRAF 2011, S. 284; ferner ARIOLI 1968, S. 112.

1130 Vorne Rz. 320 ff.

1131 BGer, 6B_18/2022 vom 23. Juni 2022, E. 2.8.1; schon BGE 135 IV 191, E. 3.3; gleich auch OGer ZH, SB210165 vom 20. Mai 2021, E. 3.7.

Hier vermischt das Bundesgericht Unangemessenheit mit Rechtswidrigkeit. 381 Eine Gleichbehandlung im *Unrecht* wird erst dann relevant, wenn die für den Mittäter ausgefallte Strafe derart unangemessen ist, dass darin eine Rechtsverletzung zu sehen ist.¹¹³² Selbst dann ist eine Gleichbehandlung allerdings nicht «*mit der richterlichen Unabhängigkeit unvereinbar*», sondern unter den entsprechenden Bedingungen sogar justiziabel.¹¹³³ Hält das Zweitgericht die Strafe des Erstgerichts nur für unangemessen, aber noch vertretbar, dann steht aus Sicht des Zweitgerichts eine *Gleichbehandlung in der Unangemessenheit* zur Diskussion. Aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit unterliegt das Zweitgericht *keinem grundsätzlichen Zwang*, sich dem als unangemessen empfundenen ersten Urteil anzupassen.¹¹³⁴ Damit wird die Ungleichbehandlung allerdings nicht *unbedenklich*, weder verfassungsrechtlich noch sonst.¹¹³⁵ Erstens muss eine Abweichung begründet werden, was auch das Bundesgericht einsieht: «*Allerdings ist zu verlangen, dass in der Begründung auf die Strafe des Mittäters Bezug genommen und dargelegt wird, weshalb sich diese nicht als Vergleichsgrösse eignet.*»¹¹³⁶ Zweitens steht eine «Gleichbehandlung in der Unangemessenheit» im Interesse der Rechtsgleichheit. «*Es fragt sich, ob das Zweitgericht hier nicht der Strafzumessung der erstbeurteilenden Instanz folgen sollte.*»¹¹³⁷ Richterliche Unabhängigkeit geht dem Gleichbehandlungsgebot jedenfalls nicht pauschal vor. Das Zweitgericht hat sich im Interesse der Gleichbehandlung eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen und abzuwägen, ob nicht trotz Unangemessenheit eine Strafreduktion angezeigt ist.¹¹³⁸ Dabei hat

1132 Die Rechtsmittelgerichte müssten dann Farbe bekennen, welche der beiden Strafen nicht angemessen ist. Mindestens eine von beiden muss es sein; vgl. MAURER 2005, S. 161 («*zumindest eine der Strafe [ist] fehlerhaft*»).

1133 Vorne Rz. 88 ff.

1134 OGer ZH, SB210165 vom 20. Mai 2021, E. 3.7, m. H. a. BGer, 6B_687/2016 vom 12. Juli 2017, E. 1.4.2; tendenziell gleich KIENERR. 2001, S. 177. Im Ergebnis sprechen die vorgebrachten Bedenken eher gegen die Verfahrenstrennung als gegen die präjudizielle Wirkung.

1135 A. A. mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung MATHYS 2019, N 579 («*Orientiert sich der Richter weitgehend am anderen Urteil, schränkt er seine eigene Autonomie ein. Dafür besteht kein Anlass*»).

1136 BGE 135 IV 191, E. 3.3; BGer, 6B_18/2022 vom 23. Juni 2022, E. 2.8.1; für Beispiele einer solchen Begründung vgl. OGer BE, SK 16 142 vom 14. November 2016, E. 10.1.3 und 11.3; ferner zu Deutschland KASPAR 2018, S. C 101.

1137 BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 14b; ferner HUG, fp 2011, S. 364 («*krasse Ausnahmefälle vorbehalten*»); MAURER 2005, S. 163 («*[...] die Strafe an bereits im selben Tatkomplex rechtskräftig verhängte Strafen anzupassen, wenn sonst ein auffälliges Mißverhältnis entstehen würde [...]*») sowie 217.

1138 Das muss umso mehr gelten, als Entsprechendes sogar bei einer Gleichbehandlung im Unrecht verlangt wird, vgl. vorne Rz. 88 ff.; im Ergebnis gleich KGer BL, 460 14 214 vom 5. Juni 2015, E. 3.2.l.; ähnlich BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 207, 211; vgl. auch HARRIS 2022, S. 36; MATHYS, SJZ 2004, S. 181 («*Ob er [der Richter] dann entgegen*

es sich zu vergegenwärtigen, dass es selbst für die eigene Strafzumessung auch keinen höheren Richtigkeitsanspruch erheben kann. Zudem gehört es zum täglichen Geschäft von Richterinnen und Richtern, Entscheidungen gegen die persönliche Überzeugung fällen zu müssen, nur schon, wenn sie mit der gesetzlichen Regelung nicht einverstanden sind, bei Rückweisungsentscheiden oder abweichender Praxis übergeordneter Gerichte oder auch bloss, wenn sie im Richterergremium überstimmt werden.¹¹³⁹ Entgegen dem Bundesgericht ist es keinesfalls verboten, «*die Strafe mit dem formalen Argument der fehlenden Relation zu reduzieren*».¹¹⁴⁰ Das «formale» Argument ist immerhin der verfassungsrechtlich garantierte Anspruch auf Gleichbehandlung.

382 Was für Mittäter gilt, muss auch für einen Vergleich zweier unabhängiger Verfahren gelten. Zwar sticht Ungleichbehandlung zwischen Mittätern besonders ins Auge. Sie geniessen jedoch gegenüber anderen Beschuldigten keinen qualifizierten Gleichbehandlungsanspruch.

2. Frei von Weisungen?

383 Der gerichtliche Entscheidungsbereich wird abgesehen vom Schutz gegen einen strikten Befolgungszwang anderer Urteile insofern durch die richterliche Unabhängigkeit geschützt, als Gerichte im Einzelfall weisungsfrei entscheiden können müssen (gerichtliche *Selbständigkeit*)¹¹⁴¹.¹¹⁴² Dabei geht es vor allem um Einflüsse anderer Staatsgewalten (allen voran der Exekutive)¹¹⁴³, welche die richterliche Neutralität gefährden.¹¹⁴⁴ Generellen Weisungen mit Bezügen zur Rechtsprechung steht die richterliche Unabhängigkeit dann nicht entgegen, wenn das Gericht im Einzelfall nicht daran gebunden ist.¹¹⁴⁵ Es ist deshalb zumindest unpräzise, wenn ausgeführt wird, obere Gerichte dürften unteren (mit Ausnahme von Rückweisungen im Rechtsmittelverfahren) keine verbindlichen Weisungen erteilen,¹¹⁴⁶ auch nicht über Präjudizien.¹¹⁴⁷ Einerseits ist

seiner Überzeugung allenfalls eine Anpassung der seines Erachtens «richtigen» Strafe vornehmen wird, bleibt jedoch grundsätzlich ihm und seiner Unabhängigkeit überlassen».

1139 Vgl. HUG, fp 2011, S. 364.

1140 So aber BGE 135 IV 191, E. 3.4; BGer, 6B_687/2016 vom 12. Juli 2017, E. 1.4.2.

1141 SGK BV-SCHINDLER/SCHULER/WYSS, Art. 191c N9.

1142 KIENER R., in: Staatsrecht 2021, S. 290; SGK BV-SCHINDLER/SCHULER/WYSS, Art. 191c N12.

1143 BGE 140 I 271, E. 8.4.2 («*Celui-ci doit prévenir en particulier une emprise du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire*»); SK StPO-WOHLERS, Art. 4 N8.

1144 WALTER, Richterzeitung 2005, N8; ferner KIENER R. 2001, S. 232, 235f.; OBERHOLZER 2020, N148; BSK BV-REICH, Art. 30 N12; SUMMERS 2022, S. 203.

1145 So KIENER R. 2001, S. 239, die als Beispiel Weisungen zur rechtsgleichen Anwendung von Gesetzen anführt.

1146 SK StPO-WOHLERS, Art. 4 N12.

1147 OBERHOLZER 2020, N152; WALTER, Richterzeitung 2005, N21.

es gerade Aufgabe von oberen Gerichten, möglichst präzise Ermessensrichtlinien aufzustellen. Andererseits sind Präjudizien insofern verbindlich, als obere Instanzen abweichende Urteile faktisch immer aufheben können.¹¹⁴⁸ Richtig ist jedoch, dass eine untere Instanz davon abweichen kann, wenn sich dies aus ihrer Sicht im Einzelfall rechtfertigt.¹¹⁴⁹

Ein ähnliches Problem wie bei Präjudizien stellt sich bei der Berücksichtigung von Strafzumessungsrichtlinien. Hier wird zuweilen sogar behauptet, die richterliche Unabhängigkeit verbiete es dem Gericht, sich im Sinn einer Selbstbindung an Straftaxen zu halten.¹¹⁵⁰ Dabei ist nach der erlassenden Behörde zu differenzieren.

Weil keine Unabhängigkeit vom Gesetz besteht, kann das Parlament den Gerichten durch Erlass oder Änderung von Gesetzen durchaus generell-abstrakte «Weisungen» *pro futuro* erteilen.¹¹⁵¹ So wäre mit der richterlichen Unabhängigkeit auch vereinbar, dass der Gesetzgeber im Sinn eines Strafzumessungsgesetzes verbindliche generell-abstrakte Strafzumessungsrichtlinien erlässt. Zu starre Richtlinien, welche Gerichte dazu zwingen, disproportionale Strafen zu verhängen, verletzen allenfalls die Individualrechte der betroffenen Beschuldigten, stehen aber nicht im Widerspruch mit der richterlichen Unabhängigkeit.¹¹⁵²

Die Justiz kann sich selbst so lange Richtlinien geben, wie diese mit Art. 47 StGB vereinbar sind, also solange sie eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht verunmöglichen. Es sind also auch Straftaxen zulässig, solange sie lediglich als Orientierungspunkt dienen und im Einzelfall begründet davon abgewichen werden kann.¹¹⁵³ Obere Gerichte kämen damit ihrem Auftrag nach, möglichst konkrete Ermessensrichtlinien festzulegen. Die Gerichte haben das Feld bisher allerdings den Staatsanwaltschaften überlassen.¹¹⁵⁴

Entsprechend sind heute vor allem die Strafzumessungsrichtlinien der Staatsanwaltschaften relevant. Natürlich wäre es absurd, wenn die Staatsanwaltschaft das ihr übergeordnete Gericht mit eigenen Richtlinien binden

1148 So auch AHL, CQ 2014, S. 122.

1149 Ähnlich WALTER, Richterzeitung 2005, N 23.

1150 Vgl. SCHINDLER, in: Akteure der Gerichtsbarkeit 2007, S. 153, wonach sich dies aus dem Ermessenszweck ergebe.

1151 BIAGGINI 1991, S. 211; KIENERR. 2001, S. 300; BSK BV-REICH, Art. 191c N 16; SGK BV-SCHINDLER/SCHULER/WYSS, Art. 191c N 12.

1152 Vgl. ASHWORTH/KELLY 2021, S. 30, 38 f.

1153 Vgl. SEIB, Blutalkohol 1971, S. 20; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 82; PKStGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 46; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 213; vgl. ferner MAURER 2005, S. 177.

1154 Vorne Rz. 185 ff.

könnte. Das wäre mit dem institutionellen Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit nicht zu vereinbaren.¹¹⁵⁵ Vielmehr hat die Staatsanwaltschaft ihre Richtlinien an der gerichtlichen Praxis auszurichten.¹¹⁵⁶ Zweifelhaft ist bereits, ob sich die Staatsanwaltschaft selbst überhaupt *verbindliche* Richtlinien (mit Weisungscharakter) für ihre Strafbefehlstätigkeit geben darf.¹¹⁵⁷ So wird denn in den Richtlinien oftmals auch deren Unverbindlichkeit hervorgehoben¹¹⁵⁸ oder zumindest impliziert^{1159, 1160}

388 Stellen eigene Vorinstanzen (die Staatsanwaltschaft mitgemeint) regelmässig auf Richtlinien ab, kommt ein Gericht jedoch kaum darum herum, sich eine Meinung dazu zu bilden. Ansonsten kann es Strafbefehle, geforderte Strafmasse in der Anklageschrift oder vorinstanzliche Urteile kaum beurteilen, denn das Strafmass wird regelmässig mit Verweis auf die Richtlinien begründet werden. Auch wäre es wenig sinnvoll, wenn sich im Strafbefehlsbereich innerhalb eines Kantons erheblich unterschiedliche Strafmasse zwischen Gerichten und Staatsanwaltschaft durchsetzen würden. Das Gericht soll vielmehr steuernd eingreifen, wenn es die Strafmassempfehlungen in einzelnen Bereichen für zu hoch oder zu niedrig empfindet. Genauso ist es aber auch frei, sich die Richtlinien der Staatsanwaltschaft zu eigen zu machen, wenn es mit diesen übereinstimmt.¹¹⁶¹

1155 Zudem ist plausibel, dass die Staatsanwaltschaft rollenbedingt höhere Strafen für angemessen erachtet als Gerichte, vgl. die deutsche Untersuchung von ALBRECHT H.-J. 1994, S. 361 ff.

1156 FRISCHKNECHT, dRSK 2019, N 12.

1157 Weiterführend SKStPO-WOHLERS, Art. 4 N 25.

1158 GStA VD, Weisung Strafzumessung, S. 1 («*Les procureurs peuvent s'écarter des peines figurant dans les lignes directrices*»); OStA ZH, Strafmassempfehlungen, S. 2 («*[...] von denen aufgrund konkreter Umstände durchaus abgewichen werden kann und muss*»).

1159 OstA AG, Strafbefehlsempfehlungen, S. 2; StA LU, Strafmassempfehlungen (SVG), S. 1; StA NE, Strafzumessungsempfehlungen, S. 7 («*Les peines prévues par les barèmes sont une base de réflexion. Elles doivent être adaptées en fonction des circonstances du cas d'espèce*»); StA SG, Strafmassrichtlinien (SVG), Ziff. 1 («*Das konkrete Strafmass ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der geltenden Strafzumessungsregeln zu finden*»); VBRS, Strafzumessungsrichtlinien, S. 3 («*Im Einzelfall sind die Ansätze deshalb gegebenenfalls anzupassen*»).

1160 Unklar hingegen OStA SZ, Weisung Strafzumessung 1 («*Weisung*»); sogar ausdrücklich verbindlich: GStA GE, Weisung Strafzumessung, Ziff. 10.2 («*Les procureurs ne s'écarter des peines prévues par les barèmes que lorsque des circonstances particulièrement favorables ou défavorables au prévenu résultent du dossier [...]*»); GStA VS, Weisungen Strafzumessung (91SVG), S. 2 («*Vorliegendes gilt als Weisung im Sinne von Art. 6 Abs. 4 lit. a EGStPO*»).

1161 Unter Berücksichtigung der hier vor beschriebenen Einschränkungen, was die Verbindlichkeit und Ausgestaltung anbelangt. Dass es grundsätzlich vorzuziehen wäre, dass Gerichte selbst bei der Erstellung der Richtlinien beteiligt oder sogar federführend sind, wird abschliessend in Teil 4 dargelegt.

Solche Richtlinien können Gerichten zudem als Anhaltspunkt für die Überprüfung dienen, ob ein konkretes Strafmaß einer Vorinstanz noch im Rahmen des Ermessens liegt. Wenn Strafzumessungsrichtlinien vorliegen, hat es für einmal konkrete Anhaltspunkte. Das dürfte auch der Hintergrund des Bundesgerichtsurteils 6B_510/2019 gewesen sein. Dort hat es einen vorinstanzlichen Entscheid aufgehoben, weil diese von einem leichten bis mittelschweren Verschulden ausging, dann aber eine Einsatzstrafe festsetzte, *«die um das Doppelte von dem der [sic] Strafmassempfehlungen folgenden Antrag der Staatsanwaltschaft»* abwich,¹¹⁶² und zwar ohne dass diese Abweichung begründet wurde. Das deckt sich grundsätzlich mit dem Erfordernis, dass ungewöhnlich hohe oder tiefe Strafen besonders begründungsbedürftig sind.¹¹⁶³ Um Verwirrung über die Tragweite des Entscheids zu vermeiden, wären weitere Präzisierungen (im Sinn des hiervor Gesagten) wünschenswert gewesen. Klar ist, dass Gerichte auch nach diesem Entscheid keinesfalls an staatsanwaltschaftliche Richtlinien gebunden sind. Wenn sich die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz beide an entsprechenden Richtlinien ausrichten, kann das Berufungsgericht aber zumindest *nicht ohne Begründung* erheblich davon abweichen.

Insgesamt schützt die richterliche Unabhängigkeit nur denjenigen Entscheidungsspielraum, der ohnehin existiert. Zu Unrecht wird die richterliche Unabhängigkeit teilweise als eigentliches Abwehrrecht der Richterschaft verstanden, dass gerade in der Strafzumessung unbeschränkte individuelle Entscheidungsfreiheit garantiere.¹¹⁶⁴ Sie schützt weder vor einem Vergleich mit anderen Urteilen noch vor einer Lenkung der Strafzumessung durch Richtlinien. Das Verständnis richterlicher Unabhängigkeit geht dort zu weit, wo Richterinnen und Richter *«in die Lage versetzt werden, ihre parteipolitischen, ideologischen oder anderweitig geprägten, primär persönlichen Ansichten und Wertungen an die Stelle der richtigen Anwendung des positiven Rechts zu setzen»*.¹¹⁶⁵ Gerade weil die Strafzumessung auf teilweise subjektiven Wertungen beruht, müssen sich Gerichte darum bemühen, diese Wertungen möglichst breit abzustützen und insofern intersubjektivität herzustellen. Das gilt umso mehr, als sich das annähernd richtige Ergebnis überhaupt nur im intersubjektiven Wertungskompromiss finden lässt.¹¹⁶⁶ Mangels anderer verfügbarer

1162 BGer, 6B_510/2019 vom 8. August 2019, E. 4.4.

1163 Vgl. BSKStGB-WIPRÄCHTIGER/ECHLE, Art. 50 N 14a und 16, zur erheblichen unbegründeten Abweichung vom von der Staatsanwaltschaft geforderten Strafmaß.

1164 Vgl. WALTER, Richterzeitung 2005, N 9.

1165 BSK BV-REICH, Art. 191c N 6; vgl. auch BSK StPO-WIPRÄCHTIGER/FREY, Art. 4 N 17; ferner EICHENBERGER 1960, S. 218.

1166 Vorne Rz. 216 und hinten Rz. 564 ff., 611 ff.; vgl. zudem FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 162.

Alternativen¹¹⁶⁷ muss deshalb mit anderen Fällen verglichen werden. Die so geschaffene innere Distanz von der eigenen Persönlichkeit wird auch durch die richterliche Unabhängigkeit eingefordert, die vom Gericht eine *innere* Unabhängigkeit verlangt.¹¹⁶⁸

V. Zwischenfazit

391 Selbst wer die faktischen Hürden, die sich aus den hohen Vergleichbarkeitsanforderungen, der ungenügenden Vergleichsgrundlage und den föderalistischen Scheuklappen ergeben, überwindet und konkrete Vergleichsfälle beibringt, ist zum Scheitern verurteilt. Aus der Trias Individualisierung, richterliches Ermessen und richterliche Unabhängigkeit wird in der Schweizer Strafzumessungspraxis ein beinahe undurchlässiger Schutzschild gegen jegliche Vereinheitlichungsbemühungen gebildet.¹¹⁶⁹ Diese Ausgangslage hält einer näheren Betrachtung nicht stand.

392 *Erstens* wird die fehlende Vergleichbarkeit von Straffällen häufig vorgeschoben, um sich nicht näher auf einen Vergleich einlassen zu müssen. Dabei beweist die Praxis durch ihr vergleichendes Vorgehen selbst die grundsätzlich gute Vergleichbarkeit von Straffällen.¹¹⁷⁰ Dass Gerichte bei der Strafzumessung vergleichend vorgehen, bleibt *zweitens* oftmals verdeckt, weil nach aussen ein absoluter Mess- bzw. Bewertungsvorgang dargestellt wird.¹¹⁷¹ *Drittens* wird häufig keine Einsatzstrafe festgelegt oder in Zahlen ausgewiesen, welche konkrete Strafe gemindert wird, weshalb der Rechenweg und damit die Strafe

1167 Insbesondere solange Gerichte nicht selbst Richtlinien entwerfen; vgl. für denkbare zukünftige Alternativen hinten Rz. 611 ff.

1168 KIENERR. 2001, S. 13, 326, m. w. H.; BSK StPO-WIPRÄCHTIGER/FREY, Art. 4 N 17; dazu auch ACHERMANN, Richterzeitung 2024, N 23 ff.; ferner NINK 2020, S. 103, der daraus primär Anforderungen an die Begründung ableitet («*Er [der Richter] muss sich im Vorgang der Entscheidungsfindung so weit wie (psychologisch) möglich von höchstpersönlichen Erfahrungen und Vorlieben loslösen können, mindestens notwendig ist aber eine transparente Entscheidungsbegründung als sichtbare Distanzierung bzw. Offenbarung der tatsächlichen wie rechtlichen Annahmen*»), vgl. aber dann S. 117 («*Art. 20 Abs. 3 GG gibt dem Richter hierbei auf, dass er seine Entscheidung durch die unbedingte Orientierung am Gesetz objektiviert und den Anteil seiner rein subjektiven Wertungen möglichst gering hält*»).

1169 HÖRNLE, GA 2019, S. 295 schätzt die Lage in Deutschland ähnlich ein und spricht passend von einer «*gut isolierte[n], stabile[n] Black Box*».

1170 Vorne Rz. 244 ff.

1171 Vorne Rz. 259 ff.

insgesamt nicht nachvollzogen werden können.¹¹⁷² *Viertens* sind Vergleichsurteile schwer zu beschaffen, weil nur die wenigsten Strafurteile begründet werden und *fünftens* wiederum nur ein Bruchteil davon öffentlich zugänglich ist.¹¹⁷³ Gerade die wichtigen erstinstanzlichen Urteile fehlen gänzlich. Das spärliche zugängliche Vergleichsmaterial ist sodann *sechstens* nicht aufbereitet, was einen Vergleich sowohl für Gerichte als auch Beschuldigte ressourcenintensiv macht.¹¹⁷⁴ *Siebtens* werden föderalistische Scheuklappen angelegt, sodass der Anspruch auf Rechtsgleichheit nur innerhalb eines einzelnen Gerichts gelten soll, womit zu Unrecht eine behördenzentristische Sicht eingenommen wird.¹¹⁷⁵ Diese föderalistische Einschränkung wird *achtens* dadurch *ad absurdum* geführt, dass der Rechtsgleichheit Genüge getan sei, wenn die Strafe nach den Kriterien von Art. 47 StGB und innerhalb des Ermessensrahmens festgelegt werde. Dadurch wird der durch die eigene Rechtsprechung aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots eingeeengte Ermessensbereich eines jeden Gerichts auf die Grösse des nationalen Vertretbarkeitsrahmens aufgeblasen.¹¹⁷⁶ *Neuntens* soll ein Gericht unabhängig von Präjudizien urteilen dürfen und nicht an eine (eigene oder fremde) frühere Beurteilung gebunden sein. Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit steht allerdings nur einer strikten Bindungswirkung im Sinn eines Befolgungszwangs entgegen, rechtfertigt ansonsten aber kein beliebiges Abweichen von anderen Urteilen oder Ermessensrichtlinien.¹¹⁷⁷ Weder das eingeräumte Ermessen noch die richterliche Unabhängigkeit bieten eine hinreichende Grundlage dafür, dass Gerichte von Fall zu Fall aufs Neue völlig ungebunden von eigenen früheren Entscheidungen subjektive Wertungen vornehmen.¹¹⁷⁸ Das wäre willkürlich.¹¹⁷⁹

Bei dieser Ausgangslage ist es faktisch unmöglich, eine rechtsungleiche Strafzumessung erfolgreich zu rügen. Trotz Optimierungsgebots sind keine Bemühungen erkennbar, an diesem Zustand etwas zu ändern. Was die Folgen davon sind, wird im folgenden dritten Teil untersucht. 393

1172 Vorne Rz. 269 ff.

1173 Vorne Rz. 290 ff.

1174 Vorne Rz. 306.

1175 Vorne Rz. 311 ff.

1176 Vorne Rz. 342 ff.

1177 Vorne Rz. 376 ff.

1178 Vorne Rz. 363 ff. und 377 ff.

1179 Vgl. ALBRECHT H.-J. 1994, S. 115; GERMANN 1960, S. 31.

Teil 3:

Tatsächliche Gleichbehandlung in der Strafzumessung

Die hier vor beschriebenen rechtlichen Hürden für Gleichbehandlung in der Strafzumessung müssen nicht zwingend zu Strafungleichheit führen. Klar ist nur, dass sie nicht zu deren Vermeidung beitragen. Wie es tatsächlich um die Strafungleichheit steht, soll deshalb im Folgenden empirisch untersucht werden. Dazu ist zunächst auf bisherige empirische Untersuchungen von Strafzumessungsdisparitäten einzugehen, (Kapitel 1) bevor zur eigenen Untersuchung geschritten wird (Kapitel 2). 394

Kapitel 1: Strafzumessungsdisparitäten

Die empirische Strafrechtsforschung hat sich vor allem in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eingehend mit Strafzumessungsdisparitäten beschäftigt.¹¹⁸⁰ Die Untersuchungen unterscheiden sich teilweise erheblich und grob eingeteilt danach, ob sie auf Analysen von Kriminalstatistiken, Auswertungen von realen Fällen mittels Urteils- und/oder Aktenanalyse oder Strafzumessungssimulationen mit fiktiven Fällen (sog. Vignetten) basieren.¹¹⁸¹ Selbstredend lassen sich diese Ansätze auch kombinieren.¹¹⁸² 395

I. Analyse von Kriminalstatistiken

Bereits früh wurden mittels Analysen von Kriminalstatistiken regionale Unterschiede in der Strafzumessung identifiziert.¹¹⁸³ Für die Schweiz konnte 396

1180 Vgl. die Übersichten und Zusammenfassungen bei ALBRECHTH.-J. 1994, S. 170 ff.; HARRIS 2022, S. 48 ff.; HAUSER 1985, S. 112 ff. und 122 ff.; MAURER 2005, S. 25 ff.

1181 Grundsätzlich wäre auch die teilnehmende Beobachtung zu nennen, die aber kaum praktische Relevanz zu haben scheint, vgl. ALBRECHTH.-J. 1994, S. 167 ff.; auch HAUSER 1985, S. 103; MAURER 2005, S. 14 ff.

1182 So z. B. schon HOGARTH 1971, S. 15 f.; OSWALD 1994, S. 108.

1183 LANGER 1994, S. 238 ff.; OSWALD 1994, S. 169 ff.; PFEIFFER/SAVELSBERG, in: Strafzumessung 1989, S. 38 ff.; vgl. für die ersten Untersuchungen in Deutschland Anfang des

TRECHSEL 1975 zeigen, dass für Fahren in angetrunkenem Zustand in Genf in fast 85 % der Fälle eine Busse ausgefällt wurde, in Uri und Appenzell Auserrhoden hingegen zu 100 % eine Freiheitsstrafe.¹¹⁸⁴ Solche Auswertungen wurden seither immer wieder durchgeführt, jeweils mit ähnlichen Ergebnissen.¹¹⁸⁵ Auch entsprechende Untersuchungen in anderen Ländern belegen dort vergleichbare regionale Differenzen.¹¹⁸⁶ Vorteil dieser Untersuchungsart ist der relativ geringe Ressourcenaufwand.¹¹⁸⁷ Während solche Untersuchungen eine erste Einschätzung erlauben, wie einheitlich die Strafzumessungspraxis auf der Makroebene ist, bleiben die Erkenntnisse notgedrungen abstrakt. So konnte TRECHSEL zwar festhalten, dass die Unterschiede so gross seien, «dass sie mit zufällig ungleicher Verteilung der Tatschwere nicht erklärt werden können».¹¹⁸⁸ Es lässt sich jedoch nicht sicher ermitteln, welcher Anteil der Unterschiede sich mit Abweichungen in strafzumessungsrelevanten Faktoren wie z. B. der Tatschwere erklären lässt, weil keine Informationen zu den Einzelfällen vorhanden sind.¹¹⁸⁹ Diese Untersuchungsart ist für die konkrete Ermittlung des *Ausmasses* von Strafzumessungsdisparitäten und deren *Ursachen* eher ungeeignet.

II. Identifikation von Determinanten

397 In der Untersuchungslandschaft dominierten lange Zeit Studien, die beobachtete Disparitäten auf der Mikroebene zu erklären versuchen, sie also einzelnen Umständen der Tat, der Täterin oder bspw. der RichterIn zuord-

20. Jahrhunderts MAURER 2005, S. 25 f.; für eine Übersicht der älteren englischsprachigen Studien siehe HOGARTH 1971, S. 7 ff.; ferner auch HAUSER 1985, S. 105 ff.

1184 TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 88; auch schon SCHULTZ, in: Strafzumessung für Verkehrsdelikte 1969, S. 45 ff.

1185 Vgl. DEMARTINI/KOLLER, in: Kriminalität, Strafrecht und Föderalismus 2019, S. 197 ff.; FINK, in: Alternativen 2023, S. 58 f.; FINK/KOLLER, in: Strafrecht, Freiheitsentzug, Gefängnis 2015, S. 148 ff.; FINK/KOLLER, IJCA 2012, S. 126 ff. Mittlerweile wird vom BFS eine deliktsspezifische Statistik zur Art und Dauer der Hauptstrafe publiziert, vgl. BFS, Verurteilungen nach Art und Dauer der Hauptstrafe [Auswahl].

1186 GRUNDIES, in: Kriminalsoziologie 2018, S. 301 f.; vgl. auch die Übersicht bei MAURER 2005, S. 37 ff.; für Österreich z. B. BURGSTALLER, in: Strafzumessung 1989, S. 7 ff. sowie BURGSTALLER/CSASZAR, ÖJZ 1985, S. 1 ff. und S. 43 ff. (Teil 2); geringe Unterschiede hingegen bei OSWALD 1994, S. 192.

1187 MAURER 2005, S. 25.

1188 TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 87; ebenso DRÁPAL, Eur. J. Criminol. 2020, S. 165; HARRIS 2022, S. 52 f.

1189 Vgl. z. B. MAURER 2005, S. 16 und 38 f.; allgemein auch HÖRNLE, GA 2019, S. 290; HÖRNLE 1999, S. 66; ferner schon HOGARTH 1971, S. 12. Solche Informationen könnten natürlich ebenfalls mitgeliefert werden, würden sie zuvor erhoben.

nen.¹¹⁹⁰ So findet sich mittlerweile eine Fülle von gut belegten Determinanten von Strafzumessungsdisparitäten.¹¹⁹¹ Ein prominentes Beispiel sind die Untersuchungen in den USA zur Diskriminierung in der Strafzumessung aufgrund von «racial bias».¹¹⁹² Strafzumessungsdisparitäten lassen sich grundsätzlich sowohl mittels Urteils- oder Aktenanalysen als auch mittels Vignetten-Befragungen untersuchen.¹¹⁹³ Die beiden Ansätze unterscheiden sich methodisch jedoch erheblich und haben zum Teil gegensätzliche Vor- und Nachteile.

Vereinfacht ausgedrückt werden bei Untersuchungen mit Urteils- und/oder Aktenanalysen möglichst viele Informationen zu möglichst vielen realen Fällen erhoben, bspw. zur Tat, zur Täterin und zu weiteren Umständen wie z. B. den involvierten Richterinnen und Richtern. Anschliessend wird mittels statistischer Verfahren¹¹⁹⁵ überprüft, ob und in welchem Ausmass sich die Differenzen zwischen verschiedenen Strafmassen durch die erhobenen Faktoren erklären lassen.¹¹⁹⁶

Bei Vignetten-Studien wird die Strafzumessungsentscheidung simuliert. Im Rahmen von Befragungen werden verschiedenen Richterinnen und Richtern dieselben fiktiven¹¹⁹⁷ Entscheidungsgrundlagen (bspw. eine kurze Fallbeschreibung) vorgelegt, für welche diese eine Strafe festlegen. Weil die zur Verfügung gestellten Informationen dieselben sind, müssen beobachtete Unterschiede in den Strafen andernorts begründet liegen. Soll nun die Auswirkung bestimmter Faktoren untersucht werden, können diese Informationen für einen Teil der Befragten manipuliert werden.¹¹⁹⁸ So kann z. B. das Geschlecht des Opfers in der Fallbeschreibung für die eine Hälfte als weiblich, für die andere hingegen als männlich angegeben werden.

1190 So ALBRECHT H.-J. 1994, S. 156, 162. Mittlerweile drehe sich die Forschung mehr um die Punitivität der Gesellschaft und Sanktionsentwicklungen im Längsschnitt, so ALBRECHT H.-J., in: FS-Streng 2017, S. 185.

1191 Soweit ersichtlich neuste ausführliche Übersicht bei HABERMANN 2022, S. 173 ff.

1192 Vgl. hierzu die Meta-Analyse von MITCHELLO., J. Quant. Criminol. 2005, S. 439 ff.

1193 Vgl. für die verschiedenen Vorgehensweisen ALBRECHT H.-J. 1994, S. 167; MAURER 2005, S. 14 ff.

1194 Vgl. STRENG 1984, S. 74 («[...] zu jeder berücksichtigten Deliktsart möglichst mehrere hundert Verfahren auszuwerten»).

1195 Vgl. zur multiplen Regressionsanalyse in diesem Zusammenhang ALBRECHT H.-J. 1994, S. 332 f.; MAURER 2005, S. 32 f.

1196 Neuste methodische Ansätze finden sich bspw. bei PINA-SÁNCHEZ et al., JLRM 2024, S. 54 ff.

1197 Die Entscheidungsgrundlagen können natürlich realen Fällen entsprechen. Es handelt sich aber um eine simulierte Entscheidungssituation.

1198 Vgl. SUHLING/LÖBMANN/GREVE, ZFSP 2005, S. 207 f.

A. Urteils- und/oder Aktenanalysen

400 Urteils- und Aktenanalysen versprechen in der Regel eine hohe externe Validität¹¹⁹⁹, weil reale Strafzumessungsentscheide untersucht werden, welche dadurch direkt Aussagen über die Strafzumessungsrealität zulassen. Sind genügend Ressourcen vorhanden, kann der Erklärungsgehalt beliebig dadurch erhöht werden, dass mehr potenzielle Strafzumessungsdeterminanten erhoben bzw. kontrolliert werden. Hierin liegt zugleich die Achillesferse dieser Methoden: Sie sind äusserst aufwendig, sowohl finanziell als auch methodisch.¹²⁰⁰ Zunächst müssen die zu analysierenden Dokumente beschafft werden, was je nach Digitalisierungs- und Öffentlichkeitsgrad der Justiz bereits schwierig sein kann.¹²⁰¹ Diese Fülle an Dokumenten muss anschliessend codiert, d. h., die relevanten Informationen müssen extrahiert und in einem Datensatz zusammengetragen werden. Um in der Analyse Disparitäten in der Strafzumessung zuverlässig feststellen und erklären zu können, muss zudem eine Vielzahl von Faktoren kontrolliert werden, um Vergleichbarkeit zwischen den verschiedenen Einzelfällen herzustellen und zu beurteilen, ob eine Disparität echt ist (also nicht in strafzumessungsrelevanten Unterschieden des Einzelfalls begründet) oder nicht.¹²⁰² Noch komplizierter wird es, wenn echte Differenzen einzelnen Faktoren zugeschrieben werden sollen.¹²⁰³ Auch können auf diesem Weg keine Informationen zur Richterpersönlichkeit erhoben werden, weil solche nicht Teil der Akten sind.¹²⁰⁴

1199 Unter externer Validität «*versteht man die Generalisierbarkeit oder Verallgemeinerbarkeit der Studienergebnisse*», WEISS 2019, S. 274.

1200 SCHWEIZER M. 2005, S. 74 («*die prohibitiv hohen Kosten*»); STRENG 1984, S. 74; vgl. z. B. die beeindruckende Untersuchung von NGUYEN/RIDGEWAY, JQ 2024, S. 12 ff.

1201 Für die Schweiz besteht neben den vom BFS bereitgestellten und in Bezug auf die Strafzumessung im Detail wenig informativen Daten soweit ersichtlich kein grösserer Datensatz mit Strafzumessungsinformationen. Eine Ausnahme, jedoch mit relativ geringem Fallvolumen, stellt www.ki.strafzumessung.ch dar, eine von Jonas Achermann (Richter am Kriminalgericht Luzern) betriebene Strafzumessungsunterstützungssoftware für Vermögens- und Betäubungsmitteldelikte; vgl. auch ACHERMANN, Richterzeitung 2024.

1202 Vgl. hierzu ALBRECHT H.-J. 1994, S. 249 ff.; EGLI ANTHONIOZ, RICPTS 2017, S. 447; HOGARTH 1971, S. 7; zu den statistischen Schwierigkeiten dieses Vorgehens vgl. HÖFER 2003, S. 43; MAURER 2005, S. 32 ff.; STRENG 1984, S. 61 f., 74; ferner allgemein für den englischsprachigen Raum z. B. BRUNTON-SMITH/PINA-SÁNCHEZ/LI, Brit. J. Criminol. 2020, S. 1438 ff.; CORKERY, Int. J. Sociol. Law. 1992, S. 254.

1203 Vgl. hierzu bspw. die beeindruckenden Untersuchungen von VAN WINGERDEN 2014, S. 63 ff., 106 ff.; STRENG 1984, S. 75 ff. Für vergleichbare Untersuchungen fehlt es in der Schweiz an der notwendigen Datengrundlage.

1204 So allgemein zur Analyse von realen Entscheidungen HOGARTH 1971, S. 10.

Der erhebliche Aufwand dürfte einer der Gründe sein, weshalb solche Untersuchungen für die Schweiz praktisch gänzlich fehlen.¹²⁰⁵ STOECKLIN und GISEL-BUGNION werteten schriftliche Begründungen von Strafurteilen aus.¹²⁰⁶ Ersterer führte in Basel eine quantitative Untersuchung von 130 Verurteilungen wegen Unzucht mit Kindern durch.¹²⁰⁷ Letztere sichtete 60 Urteile des Tribunal correctionnel du district de Lausanne und fasste die Strafzumessung deskriptiv zusammen.¹²⁰⁸ Für die heutige Strafzumessung können aus diesen Pionierstudien kaum mehr nennenswerte Erkenntnisse gezogen werden, da sich die Strafzumessungsbegründung aufgrund der höchststrichterlichen Praxis seither stark verändert hat.¹²⁰⁹

In Deutschland konnten mittels Urteils- und Aktenanalysen zunächst einmal erhebliche regionale Unterschiede in der Strafzumessung nachgewiesen werden.¹²¹⁰ Weiter konnte gezeigt werden, dass sich bei gewissen Delikten ein Grossteil der Strafmassvarianz (bis zu 68 % je nach Delikt) mit nur wenigen Variablen wie der Vorstrafenbelastung und der Deliktshöhe erklären lässt.¹²¹¹

Zusammengefasst eignen sich umfangreiche Urteils- oder Aktenanalysen dann besonders gut, wenn entsprechende Ressourcen vorhanden sind, eine möglichst hohe externe Validität erreicht und die Determinanten der Strafzumessung möglichst umfassend identifiziert werden sollen. Der Fokus liegt dabei auf Tat- und Täterumständen, weil über Umstände aus der Sphäre der Richterinnen und Richter in der Regel keine Informationen vorhanden sind.

B. Vignetten-Studien (Strafzumessungssimulationen)

Vignetten-Studien haben demgegenüber ein umgekehrtes Vorteil-Nachteil-Profil. Sie sind mittels Online-Befragung kostengünstig durchführbar. Weiter

1205 Vgl. die Übersicht bei HAUSER 1985, S. 112 ff.; anders hingegen in Deutschland, vgl. die Untersuchungen von ALBRECHT H.-J. 1980, S. 88 ff., 206 f.; ALBRECHT H.-J. 1994, S. 333 ff., 340, 342; weitere Beispiele bei MAURER 2005, S. 36.

1206 ESTERMANN 1984, S. 58, stellte für die Verurteilung soweit ersichtlich auf das Strafregister ab.

1207 STOECKLIN 1971, S. 83 ff., der aufgrund der damals noch sehr dürftigen Entscheidungsgründungen mit dem Datenmaterial erheblich zu kämpfen hatte, S. 108 f.

1208 GISEL-BUGNION 1978, S. 14, 81 ff., wobei nähere Informationen zur Methode fehlen.

1209 Vorne Rz. 113 ff.

1210 ALBRECHT H.-J. 1980, S. 88 ff., 206 f., konnte z. B. für die Jahre 1972 und 1975 zeigen, dass sich die Geldstrafenhöhen zwischen einzelnen Landesgerichtsbezirken von Baden-Württemberg erheblich unterscheiden, ohne dass sich dies durch Unterschiede in der Einkommensstruktur oder der Deliktsstruktur hat erklären lassen.

1211 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 333 ff., 340, 342; zusammengefasst auch bei MAURER 2005, S. 31 ff.; zum Gewicht der Vorstrafen auch eine ältere Schweizer Untersuchung von ESTERMANN 1984, S. 88.

stellt sich das Vergleichbarkeitsproblem nicht: Die Entscheidungsgrundlagen sind entweder für alle Befragten identisch oder Variationen können über Experimentgruppen genau kontrolliert werden.¹²¹² Unterschiede zwischen den ausgefallenen Strafen der Teilnehmenden können über gezielte Variationen hinaus nicht durch Unterschiede in den zu beurteilenden Fällen erklärt werden,¹²¹³ was eine hohe interne Validität¹²¹⁴ verspricht.¹²¹⁵ Im Rahmen der Vignetten-Befragung lassen sich sodann auch Umstände aus der Sphäre der Richterpersönlichkeit erheben. Weil der Strafzumessungsvorgang anhand fiktiver Fälle bloss simuliert wird, müssen dafür wohl Abstriche bei der externen Validität hingenommen werden.¹²¹⁶ Sollen im Rahmen eines multifaktoriellen experimentellen Designs zudem gleichzeitig mehrere Variablen überprüft werden, erhöht sich die Anzahl der Sachverhaltsabwandlungen und damit auch der Experimentgruppen exponentiell. Um statistisch solide Aussagen treffen zu können, muss die Teilnehmendenzahl in jeder Experimentgruppe eine gewisse Grösse erreichen, was bei zunehmender Anzahl Gruppen eine immer grössere Gesamtanzahl an Teilnehmenden voraussetzt.¹²¹⁷

405 Trotz der Bedenken bezüglich der externen Validität ist die Befragung mittels Fallvignetten ein gut etabliertes und wichtiges¹²¹⁸ Vorgehen im Bereich der Strafzumessungsforschung.¹²¹⁹ Dazu ein Beispiel aus den USA: FRANKEL, damals selbst Richter am Federal District Court in Manhattan,¹²²⁰ veröffentlichte 1973 und damit vor der breiten Einführung von Strafzumessungsrichtlinien seine einflussreiche Kritik am US-amerikanischen Straf-

1212 HABERMANN 2022, S. 229 f.; HOOD 1972, S. 33; YAN/LAO, Vict. Offenders 2022, S. 602.

1213 Vgl. hierzu AUSTIN/WILLIAMS, JCLC 1977, S. 307; DAVIES/TAKALA/TYRER, Brit. J. Criminol. 2004, S. 741; MAGUIRE, IJSJ 2010, S. 32; MAGUIRE et al., Eur. J. Prob. 2015, S. 244; OPP/PEUCKERT 1971, S. 40; PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. 1, 18; SIMMLER et al., SZK 2017, S. 7; SUHLING/LÖBMAN/GREVE, ZFSP 2005, S. 207; YAN/LAO, Vict. Offenders 2022, S. 602.

1214 WEISS 2019, S. 274 (*«Eine Studie ist intern valide, wenn deren Ergebnisse und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen für die Personen, die an der Studie partizipierten, korrekt und nachvollziehbar sind»*).

1215 SCHWEIZER M. 2005, S. 72.

1216 Hinten Rz. 415 f.; ausführlich zu dieser Frage SCHWEIZER M. 2005, S. 70 ff.; ferner HABERMANN 2022, S. 230; JAQUIER, RICPTS 2017, S. 433; MAGUIRE et al., Eur. J. Prob. 2015, S. 245.

1217 Vgl. z. B. die diversen Gruppen bei EGLI ANTHONIOZ, RICPTS 2017, S. 446 f.; allgemein SAUER/AUSPURG/HINZ, mda 2020, S. 196 ff.

1218 Vgl. überzeugend zur Verteidigung von Simulationsstudien insbesondere zur Erforschung gerichtlicher Entscheidungen SCHWEIZER M. 2005, S. 70 ff.

1219 Vgl. JAQUIER, RICPTS 2017, S. 433; vgl. ferner die Übersicht bei MAGUIRE et al., Eur. J. Prob. 2015, S. 244; für ältere Forschung CORKERY, Int. J. Sociol. Law. 1992, S. 253 ff.

1220 GREENHOUSE, New York Times vom 5. März 2002, S. C15.

zumessungssystem.¹²²¹ Die fast gänzlich unkontrollierten und weitreichenden Befugnisse im Bereich der Strafzumessung würden in «*a wild array of sentencing judgments without any semblance of the consistency demanded by the ideal of equal justice*» resultieren.¹²²²

Aufbauend auf FRANKELS Ausführungen führten PARTRIDGE und ELDRIDGE 1974 im Auftrag des kurz zuvor eingesetzten «Second Circuit Committee on Sentencing Practices» ein Experiment durch. Den Richterinnen und Richtern des «Second Circuit» wurden insgesamt 30 «presentence reports» vorgelegt, welche entweder anonymisierten realen Fällen entsprachen oder welche speziell mit gewissen Merkmalen angereichert wurden, die als Ursache für Strafzumessungsunterschiede vermutet wurden.¹²²³ Die Resultate zeigten frappante Differenzen zwischen den einzelnen Richterinnen und Richtern.¹²²⁴ Die Strafen reichten für denselben Fall teilweise von drei bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe, bei einem Median von zehn Jahren.¹²²⁵ Was FRANKEL beschrieb und PARTRIDGE und ELDRIDGE zeigen konnten, war erhebliche Uneinheitlichkeit in der Strafzumessung des untersuchten Gerichts. Dieser Befund wurde später durch weitere Studien mit anderen Richterinnen und Richtern bestätigt.¹²²⁶

Ungefähr zeitgleich wurden auch in Deutschland Disparitätsstudien mit fiktiven Fällen durchgeführt, mit ähnlichen Ergebnissen.¹²²⁷ Viel beachtet wurde vor allem die 1984 veröffentlichte Studie von STRENG. Dieser führte eine vignettengestützte Befragung mit insgesamt 522 deutschen Strafrichterinnen und Staatsanwälten durch.¹²²⁸ Die Spannweite der zugemessenen Strafen für denselben Fall war wie bereits bei den US-amerikanischen Untersuchungen sehr gross (drei bis 180 Tagessätze Geldstrafe bei Ladendiebstahl; ein bis 18 Monate Freiheitsstrafe bei Betrug; drei Monate bis zehn Jahre Freiheitsstrafe bei

1221 FRANKEL 1973; vgl. auch LYNCH, Fed. Sentencing Report. 2009, S. 237 über Frankels Werk; ferner FREIBERG/ROBERTS, Crim. Law For. 2023, S. 87; KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 13 ff., 15.

1222 FRANKEL 1973, S. 7.

1223 PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. 2.

1224 PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. 10.

1225 PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. 5 ff.

1226 Vgl. z. B. AUSTIN/WILLIAMS, JCLC 1977, S. 308 ff.; CLANCY/BARTOLOMEO/RICHARDSON/WELLFORD, JCLC 1981, S. 534 ff.; HOOD 1972, S. 125 ff.; ZEISEL/DIAMOND, U. Chi. Law Rev. 1975, S. 121 ff.

1227 Untersuchung mit kleiner Stichprobe bei MIDDENDORFF, in: Strafzumessung für Verkehrsdelikte 1969, S. 18 ff.; erste grössere Untersuchung mit bayrischen Richterinnen und Richtern bei OPP/PEUCKERT 1971, S. 41 ff., 44; vgl. ferner die übersichtlichen Zusammenfassungen bei KOHN 2021, S. 98 ff.; MAURER 2005, S. 26 ff.

1228 STRENG 1984, S. 75 f., 78, 83.

Veruntreuung; ein bis 30 Monate Freiheitsstrafe bei einem Verkehrsdelikt; vier Monate bis lebenslange Freiheitsstrafe bei qualifizierter Vergewaltigung; ein bis 15 Jahre Freiheitsstrafe bei vorsätzlicher Tötung).¹²²⁹ Darüber hinaus analysierte STRENG den Einfluss von über 120 Variablen auf diese Disparitäten.¹²³⁰

408 Auch in der Schweiz finden sich vereinzelte Vignetten-Studien, welche den Bereich der Strafzumessung berühren. So ist zunächst die Untersuchung von SCHWEIZER hervorzuheben, der den Einfluss kognitiver Täuschungen auf die gerichtliche Entscheidungsfindung untersuchte, wobei eine der Vignetten die Strafzumessung betraf. Damit konnte er zeigen, dass für das Strafmaß deutlich entscheidender war, ob der Tötungsversuch im Erfolg mündete oder nicht, als der Umstand, ob ein aktives Tun oder Unterlassen vorlag.¹²³¹

409 Abgesehen von dieser Studie finden sich Strafzumessungsvignetten einzig in der Punitivitätsforschung. Diese konzentrierte sich in der Schweiz bisher jedoch schwergewichtig auf Studierendenpopulationen oder verglich Richterinnen mit Laien.¹²³² In letzterem Fall wurde bisher das Verhältnis der Strafen der Richterinnen zueinander jeweils nur am Rande erwähnt. So stellten z. B. KUHN et al. und SIMMLER et al. je «*differences non négligeables*»¹²³³ respektive «*eine beachtliche Streuung*»¹²³⁴ der zugemessenen Strafen der Richterinnen fest, ohne dies näher auszuführen. Immerhin lässt sich insb. der Studie von KUHN et al. entnehmen, dass sich die ausgefallten Strafen im Allgemeinen kaum nach Alter, Sprachregion oder Geschlecht der Richterinnen und Richter unterscheiden.¹²³⁵ Insgesamt schliesst KUHN: «*[...] malgré des différences individuelles non négligeables entre les juges en matière de prononcé des sanctions, il existe une certaine uniformité [...]*».¹²³⁶

1229 STRENG 1984, S. 96 ff.

1230 STRENG 1984, S. 107 ff. und der Fragebogen auf S. 350 ff.

1231 SCHWEIZER M. 2005, S. 117 ff.

1232 So auch JAQUIER, RICPTS 2017, S. 433; beschränkt auf Laien: KUNZ/BRANDENSTEIN/SCHMID, SZK 2014, S. 3 ff.; LANGUIN/WIDMER/KELLERHALS/ROBERT, Arch. pol. crim. 2003, S. 109 ff.; Richterinnen mit Laien vergleichend: KUHN/VILLETATAZ/WILLI-JAYET/WILLI, SZK 2004, S. 28 ff.; KUHN/VUILLE 2010, S. 96 ff.; SIMMLER et al., SZK 2017, S. 5 ff.

1233 KUHN, RICPTS 2017, S. 395 f.; ebenso KUHN/JAYET/VILLETATAZ 2001, S. 16; KUHN/VUILLE 2010, S. 100.

1234 SIMMLER et al., SZK 2017, S. 15.

1235 KUHN, RICPTS 2017, S. 396 f. Einzige Ausnahme bildete die Beurteilung der Diebstahls-Vignette im Jahr 2000, wobei die Westschweizer Richterinnen strenger waren als ihre Deutschschweizer Kolleginnen, KUHN/VILLETATAZ/WILLI-JAYET/WILLI, SZK 2004, S. 30 f. In der Folgestudie von 2007 ist dieser Unterschied hingegen nicht mehr statistisch signifikant, KUHN/VUILLE 2010, S. 100.

1236 KUHN, RICPTS 2017, S. 395 f.

Dieser Befund wird weiter durch das in der zweiten Wiederholungsstudie von KUHN et al. im Jahr 2015 erstmals verwendete multifaktorielle Design gestützt.¹²³⁷ So konnte für die verwendeten Vignetten gezeigt werden, dass ausländische Beschuldigte (unabhängig davon, ob sie in der Schweiz wohnen) kaum härter bestraft werden als Schweizer.¹²³⁸ Dasselbe liess sich für das Geschlecht der beschuldigten Person zeigen: Frauen und Männer wurden gleich hart bestraft.¹²³⁹ Unter Berücksichtigung der ersichtlichen, aber nicht weiter diskutierten Angaben zur Verteilung der Strafen der Richterinnen und Richter scheint es jedoch verfrüht, der Praxis Einheitlichkeit zu bescheinigen.¹²⁴⁰

Zusammenfassend kommt ein vignettengestütztes Vorgehen zunächst also dann in Frage, wenn das Ausmass von durch Analysen von Kriminalstatistiken plausibilisierten Disparitäten effizient näher ermittelt werden soll. Sodann eignet es sich besonders gut für die Untersuchung von Auswirkungen von Umständen aus der Sphäre des Richters oder der Richterin auf die Strafzumessung. Die Auswirkung einzelner Umstände des Einzelfalls lässt sich ebenfalls gut untersuchen, jedoch nicht in der Masse, sondern spezifisch fokussiert auf ganz bestimmte wenige Umstände.

Kapitel 2: Eigene Untersuchung

Wie im Kapitel hiavor dargelegt, finden sich in der Schweiz insgesamt nur wenige Studien zu Strafzumessungsdisparitäten oder mit Bezug zur Strafzumessung. Bei der Mehrheit davon handelt es sich um Analysen von Kriminalstatistiken, mit denen Disparitäten zwar grundsätzlich aufgedeckt werden können, deren Ausmass sich aber nicht näher ermitteln lässt. Diese Forschungslücke soll mit der vorliegenden Untersuchung ein Stück weit geschlossen werden.

Da entsprechende Untersuchungen bisher fehlen, rechtfertigt es sich, in einem ersten Schritt nur nach dem Ausmass allfälliger Strafzumessungsdisparitäten zu fragen und deren Determinanten aussen vor zu lassen. Es geht also nicht um Einflüsse einzelner extralegalen Faktoren wie bspw. die Hautfarbe oder das Geschlecht der beschuldigten Person. Vielmehr geht es allgemein

1237 Konkret wurde das Geschlecht und die Nationalität der beschuldigten Person in den Vignetten manipuliert, vgl. KUHN, RICPTS 2017, S. 390.

1238 EGLI ANTHONIOZ, RICPTS 2017, S. 448 ff.

1239 JAQUIER, RICPTS 2017, S. 435.

1240 Aus den Tabellen von JAQUIER, RICPTS 2017, S. 436, lässt sich entnehmen, dass auch zwischen den Richterinnen und Richtern zum Teil erhebliche Unterschiede bestanden und die Standardabweichung zuweilen ca. 50-100% der Durchschnittsstrafe betrug.

um *nicht im Einzelfall begründete Unterschiede in der Strafzumessung*.¹²⁴¹ Im Zentrum steht *Noise*, also die Entscheidungsunschärfe, die KAHNEMAN, SIBONY und SUNSTEIN in ihrem gleichnamigen Bestseller¹²⁴² umschreiben.¹²⁴³ Entscheidungsträgerinnen und -träger einer Organisation gelangen auf ein und derselben Grundlage zu teilweise drastisch unterschiedlichen Ergebnissen. Dies lässt sich für diverse Experten-Entscheidungsvorgänge empirisch belegen, so bspw. bei der Festlegung von Prämien in einem Versicherungsunternehmen¹²⁴⁴ oder der Vergabe von Patenten¹²⁴⁵.¹²⁴⁶ Verschiedene ausländische Studien belegen, dass auch der Vorgang der Strafzumessung in erheblichem Umfang «Noise» produziert.¹²⁴⁷ Für die Schweiz lassen die wenigen bisherigen Untersuchungen eine ähnliche Lage vermuten.¹²⁴⁸

I. Methodenwahl

- 414 Um herauszufinden, wie *noisy* bestimmte Entscheidungsprozesse einer Organisation sind, schlagen KAHNEMAN et al. ein «Noise Audit» vor, was einer Befragung der Entscheidungsträger mittels Fallvignetten entspricht.¹²⁴⁹ Dazu werden den jeweiligen Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträgern der zu untersuchenden Organisation die gleichen Entscheidungsgrundlagen vorgelegt, in der Regel in Form einer kurzen Fallbeschreibung. Wenn kein *Noise* im System besteht, sollten alle Entscheidungsträger zum selben Ergebnis gelangen,¹²⁵⁰ im Falle der Strafzumessung zur gleichen Strafe. Bei einem komplexen menschlichen Entscheidungsvorgang mit viel Ermessensspielraum wie der Strafzumessung ist mit Unterschieden in den ausgesprochenen Strafen zu rechnen. Entscheidend ist daher, wie gross die Unterschiede

1241 Vgl. hierzu HARRIS 2022, S. 19f.

1242 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021.

1243 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 21 («*unwanted variability in judgments that should ideally be identical*»).

1244 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 23ff.

1245 Vgl. LEMLEY/SAMPAT, Rev. Econ. Stat. 2012, S. 817ff., die zeigen konnten, dass die Entscheidung des US-amerikanischen Patent and Trademark Office bei der Vergabe von Patenten über den Beobachtungszeitraum erheblich von den zuständigen Mitarbeitenden und damit vom Zufall abhing (S. 817: «*luck of the draw*»).

1246 Für weitere Beispiele z. B. zu Asylverfahren, Personalentscheiden, Medizin etc., s. KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 6f., 399 et passim, m. w. H.

1247 Vorne Rz. 405ff.

1248 Vorne Rz. 408f.

1249 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 24ff., 69ff.

1250 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 71.

sind.¹²⁵¹ Zur Klärung dieser Frage ist eine Vignetten-Studie das effizienteste und am besten geeignete Mittel.

Auch die hier vorangetönten Bedenken bezüglich der externen Validität sind nicht unüberwindbar. Ein Teil der Bedenken betrifft das Verhalten der Richterinnen und Richter im Rahmen der Untersuchung. Es wird befürchtet, die Teilnehmenden würden die Strafzumessung weniger ernsthaft und sorgfältig vornehmen als unter Realbedingungen, weil keine echten Konsequenzen daran geknüpft seien,¹²⁵² und dass die Differenzen bei echten Fällen deshalb weniger gross wären.¹²⁵³ Andere Bedenken betreffen die Realitätsnähe der Entscheidungsgrundlagen. So könne eine knappe Fallvignette nicht alle Informationen des Falls enthalten,¹²⁵⁴ was unterschiedliche Vorstellungsbilder bei den Richterinnen und Richtern entstehen lasse.¹²⁵⁵ Um das zu vermeiden, müssten wohl vollständige Strafakten zur Verfügung gestellt werden. Das würde jedoch die zeitlichen Ressourcen der Teilnehmenden übermässig belasten und diese kaum zu einer Teilnahme motivieren.¹²⁵⁶ Und selbst bei Verwendung von Strafakten würden z. B. der persönliche Eindruck der beschuldigten Person und die Möglichkeit zur Befragung fehlen.¹²⁵⁷

Während die Bedenken verständlich sind, sind viele davon nicht stichhaltig.¹²⁵⁸ Einerseits sind Juristinnen und Juristen bereits aufgrund ihrer Ausbildung damit vertraut, schriftlich fiktive Fälle zu beurteilen.¹²⁵⁹ Zudem scheinen für die Strafzumessung im Ergebnis nur wenige Faktoren entscheidend zu sein.¹²⁶⁰ Bei grossen Ermessensspielräumen sind mit zunehmender Komplexität eher mehr Unterschiede zu erwarten als weniger,¹²⁶¹ denn dass

1251 Ähnlich DRÁPAL, Eur. J. Criminol. 2020, S. 151.

1252 KUHN/VILLETZAZ/WILLI-JAYET/WILLI, SZK 2004, S. 29; MAGUIRE et al., Eur. J. Prob. 2015, S. 245; PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. 16; SIMMLER et al., SZK 2017, S. 7; ZEISEL/DIAMOND, U. Chi. Law Rev. 1975, S. 116.

1253 So z. B. PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. 16; vgl. aber HOOD 1972, S. 126, der keinen solchen Effekt nachweisen konnte.

1254 SIMMLER et al., SZK 2017, S. 7; SPAMANN/KLÖHN, JLS 2016, S. 258 (*«less immersion in the case»*).

1255 MAURER 2005, S. 23, m. w. H.; ROBINSON 2013, S. 25 f.; ZEISEL/DIAMOND, U. Chi. Law Rev. 1975, S. 116; eher kein Problem erwartend STRENG 1984, S. 67; WOLFF, KrimJ 1970, S. 56.

1256 MAURER 2005, S. 23; vgl. SPAMANN/KLÖHN, JLS 2016, S. 255 ff. mit 55 Minuten für einen einzigen Fall.

1257 Vgl. hierzu STRENG 1984, S. 68 ff.; ZEISEL/DIAMOND, U. Chi. Law Rev. 1975, S. 116.

1258 Vgl. STRENG 1984, S. 68 ff.

1259 WOLFF, KrimJ 1970, S. 54.

1260 ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 53; ALBRECHT H.-J. 1994, S. 497; HÖFER 2003, S. 105; HOGARTH 1971, S. 347 ff.; OPP/PEUCKERT 1971, S. 35 ff.; STRENG 1984, S. 66 f.; WOLFF, KrimJ 1970, S. 55.

1261 HOOD 1972, S. 124; KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 16 f.; OPP/PEUCKERT 1971, S. 45.

beschriebene Einzelfallumstände unterschiedlich interpretiert werden, gilt natürlich auch für reale Fälle.¹²⁶² Zudem ist auch wahrscheinlich, dass aus dem persönlichen Eindruck resultierende Sympathie oder Antipathie gegenüber der beschuldigten Person wiederum zu ungleicher Strafzumessung führen würde.¹²⁶³

417 Insgesamt bleibt die Vignetten-Studie ein probates Mittel zur Untersuchung von Disparitäten in der Strafzumessung.¹²⁶⁴

II. Fragestellung und Hypothesen

418 Bevor das konkrete Untersuchungsdesign beschrieben wird, ist festzuhalten, welche Fragen damit beantwortet werden sollen. Erstens soll eine Einschätzung dahingehend erlangt werden, wie einheitlich die gerichtliche Strafzumessung in der Schweiz erfolgt (A). Zweitens stellt sich mit Blick auf das vergleichende Vorgehen in der Praxis die Frage, ob mehr Einheitlichkeit resultiert, wenn Gerichte sich an konkreten Vergleichsfällen orientieren (B). Zu jeder dieser Forschungsfragen werden Hypothesen aufgestellt, die es folgend zu prüfen gilt.

A. Frage 1: Wie einheitlich erfolgt die Strafzumessung durch erstinstanzliche Strafrichterinnen und -richter in der Schweiz?

419 Die Fragestellung nach der Einheitlichkeit beschränkt sich erstens bewusst auf die *gerichtliche* Strafzumessung und zweitens auf die *erstinstanzliche*. Der Fokus auf die Gerichte erfolgt, weil nur sie aus der vollen Palette der möglichen Strafen auswählen können und insofern über eine umfassende Strafzumessungskompetenz verfügen. Die Strafzumessungskompetenz der Staatsanwaltschaft ist qualitativ beschränkt: Sie kann nur Bussen, Geldstrafen bis 180 Tagessätze und Freiheitsstrafen bis sechs Monate ausfällen (Art. 352 Abs. 1 StPO).

420 Innerhalb der Strafzumessung durch Gerichte resultiert die Beschränkung auf die erste Instanz aus der Überlegung, dass über die erstinstanzliche Strafzumessung wenig bekannt ist, weil kaum schriftliche Urteilsbegründungen öffentlich verfügbar sind. Das Bundesstrafgericht wird sodann aufgrund seines besonderen Zuständigkeitsbereichs aussen vor gelassen.

1262 Vgl. z. B. die Studie mit kanadischen Richtern von HOGARTH 1971, S. 266 ff., zusammengefasst auf S. 375 f.

1263 Vgl. STRENG 1984, S. 297.

1264 CORKERY, Int. J. Sociol. Law. 1992, S. 268; HOOD 1972, S. 126; MAGUIRE et al., Eur. J. Prob. 2015, S. 244; OPP/PEUCKERT 1971, S. 40; SCHWEIZER M. 2005, S. 76; STRENG 1984, S. 74; WOLFF, KrimJ 1970, S. 57; ZEISEL/DIAMOND, U. Chi. Law Rev. 1975, S. 116.

1. Hypothese 1.1: Die Standardabweichung der Strafen für denselben Fall beträgt mehr als 40 % der durchschnittlich ausgesprochenen Strafe.

In der von KAHNEMAN et al. analysierten Studie von CLANCY et al. betrug die durchschnittlich ausgesprochene Strafe 7,0 Jahre, die Standardabweichung¹²⁶⁵ 3,4 Jahre.¹²⁶⁶ Das heisst, durchschnittlich wichen die Strafen um fast 50 % vom Mittelwert ab. Ähnlich grosse Unterschiede konnten in diversen Ländern mittels Vignetten-Studien festgestellt werden.¹²⁶⁷

Für die Schweizer Verhältnisse mit ihrem insgesamt tiefen Strafniveau¹²⁶⁸ sind zwar deutlich geringere *absolute* Strafunterschiede zu erwarten.¹²⁶⁹ Prima facie sind jedoch keine Gründe ersichtlich, weshalb die relativen Unterschiede kleiner ausfallen sollten. Deshalb wird erwartet, dass die Standardabweichung der Strafen auch in der vorliegenden Untersuchung im Schnitt grösser als 40 % der durchschnittlich ausgesprochenen Strafen ist.¹²⁷⁰ Bei einer durchschnittlichen Freiheitsstrafe von fünf Jahren betrüge die Standardabweichung also mehr als zwei Jahre. Je weiter die Strafen gestreut sind, desto grösser sind die Unterschiede zwischen zwei zufällig ausgewählten Richterinnen oder Richtern und damit die Dimension des Zufalls im Strafzumessungssystem.¹²⁷¹

2. Hypothese 1.2: Die Streuung der Strafen fällt bei Vermögensdelikten weniger stark aus als bei Gewaltdelikten.

Untersuchungen in Deutschland haben gezeigt, dass leicht quantifizierbare Merkmale wie der Vermögensschaden einen starken Einfluss auf die Strafzumessung haben.¹²⁷² Bei Gewaltdelikten fehlt ein solcher numerischer «Anker».

¹²⁶⁵ Die Standardabweichung bezeichnet die durchschnittliche Abweichung der Strafen vom Mittelwert. Bei einem Durchschnitt von sieben Jahren bedeutet eine Standardabweichung von 3,4 Jahren, dass die ausgefallten Strafen im Schnitt 3,4 Jahre von den sieben Jahren entfernt liegen.

¹²⁶⁶ Vgl. KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 72, mit den Daten von CLANCY/BARTOLOMEO/RICHARDSON/WELLFORD, JCLC 1981, S. 524 ff.

¹²⁶⁷ China: YAN/LAO, Vict. Offenders 2022, S. 604; USA: ASPINWALL/BROWN/TABERY, Science 2012, S. 847; SLOBOGIN/BRINKLEY-RUBINSTEIN, SLR 2013, S. 94; Deutschland: STRENG 1984, S. 95 ff.

¹²⁶⁸ Vgl. z. B. AEBI et al. 2021, S. 254 ff.

¹²⁶⁹ Bei gleicher Streuung sind die absoluten Unterschiede wesentlich kleiner, wenn die durchschnittliche Strafe z. B. fünf Jahre beträgt anstatt zehn.

¹²⁷⁰ Anders ausgedrückt wird erwartet, dass der Variationskoeffizient über alle Vignetten hinweg mehr als 0,4 beträgt.

¹²⁷¹ KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 72 f.

¹²⁷² ALBRECHT H.-J. 1994, S. 312, 334 ff.; vgl. auch MOXON, in: Strafzumessung 1989, S. 251.

Gemessen am Variationskoeffizient wird erwartet, dass dieser bei den Vignetten Diebstahl und Betrug geringer ausfällt als bei den Vignetten Körperverletzung und Tötung.

3. Hypothese 1.3: Die Streuung der Strafen beim Tötungsdelikt ist grösser, als Richterinnen und Richter noch als vertretbar erachten.

- 424 Es existieren keine verbindlichen Vorgaben dazu, wie viel Abweichung im Strafmass zwischen einzelnen Richterinnen und Richtern noch vertretbar ist. Basierend auf den Überlegungen zur Spielraumtheorie wird erwartet, dass Richterinnen und Richter von einem Bereich von vertretbaren Strafen ausgehen.¹²⁷³ Weil jedoch eine erhebliche Streuung der Strafen erwartet wird (vgl. Hypothese 1.1), scheint naheliegend, dass sich Richterinnen und Richter auch über den Rahmen des Vertretbaren uneinig sind. Entsprechend dürfte die tatsächliche Streuung der Strafen grösser ausfallen, als die Richterinnen und Richter durchschnittlich für vertretbar erachten. Um die Umfrage nicht über Gebühr zu verlängern, wird diese Hypothese nur am Beispiel des Tötungsdelikts überprüft.

4. Hypothese 1.4: Ausser beim Tötungsdelikt erreicht keine Strafoption (Strafart, Vollzugsform und Verbindungsbusse) das absolute Mehr der Antworten.

- 425 Das Strafgesetzbuch ermöglicht insgesamt zehn «Strafoptionen»: keine Strafe (Strafbefreiung), Busse, bedingte Geldstrafe, bedingte Geldstrafe mit Verbindungsbusse, unbedingte Geldstrafe, bedingte Freiheitsstrafe, bedingte Freiheitsstrafe mit Verbindungsbusse, teilbedingte Freiheitsstrafe, unbedingte Freiheitsstrafe und lebenslängliche Freiheitsstrafe. Die lebenslängliche Freiheitsstrafe wurde vorliegend aussen vorgelassen, womit den Teilnehmenden noch neun zur Auswahl standen.

- 426 Die hiervor beschriebenen Untersuchungen legen nahe, dass bei der Wahl der Strafart und der Frage des bedingten Vollzugs je nach Delikt erhebliche Uneinigkeit zwischen den Richterinnen und Richtern herrscht.¹²⁷⁴ In diese Richtung deuten auch die Analysen der Schweizer Kriminalstatistiken.¹²⁷⁵

1273 Vorne Rz. 200 ff.

1274 Vorne Rz. 396; ferner STRENG 1984, S. 95 ff., wobei sich die Teilnehmenden bei einzelnen Delikten auch einig waren: Ladendiebstahl (90,4% Geldstrafe, S. 95) und Vergewaltigung (94,7% Freiheitsstrafe, S. 99) sowie vorsätzliche Tötung (91,1% Freiheitsstrafe, S. 100).

1275 Vorne Rz. 396; FINK/KOLLER, in: Strafrecht, Freiheitsentzug, Gefängnis 2015, S. 155; TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 87 f.

Die Wahl der Strafoption dürfte zwar erheblich durch das gewünschte Strafmass determiniert sein (keine Geldstrafe bei mehr als 180 Strafeinheiten, keine bedingte Strafe über zwei Jahren, keine Verbindungsbusse bei teil- und unbedingten Strafen). Abgesehen vom Tötungsdelikt, das aufgrund des ordentlichen Strafrahmens von fünf bis 20 Jahre klar im Bereich der (unbedingten) Freiheitsstrafe liegt, scheinen bei den anderen drei Vignetten immer mehrere Strafarten oder Vollzugsformen denkbar. Entsprechend wird erwartet, dass sich dort keine Mehrheit für eine bestimmte Strafoption finden lässt.

5. Hypothese 1.5: Die ausgefallten Strafen unterscheiden sich nach Sprachregion, Kanton und Gericht.

Viele Autoren berichten anekdotisch, dass sich die Strafzumessung *«nicht nur von Kanton zu Kanton, sondern mitunter sogar von Gericht zu Gericht deutlich unterscheidet»*.¹²⁷⁶ Die Rede ist von regionalen Differenzen¹²⁷⁷, die sich auch in der Strafurteilsstatistik des Bundes widerspiegeln.¹²⁷⁸ Vorliegend soll deshalb überprüft werden, ob sich die Strafen nach Sprachregionen, Kanton oder Gericht der Teilnehmenden unterscheiden. Die Überprüfung der Hypothese wird allerdings nur für diejenigen Kantone und Gerichte mit ausreichend grosser Teilnehmendenzahl möglich sein.

6. Hypothese 1.6: Innerhalb einzelner Kantone und Gerichte fallen die Strafen jeweils einheitlicher aus als in der nächstgrösseren Gesamtheit.

Werden nur Teilnehmende einzelner Kantone und Gerichte für sich betrachtet, ist mit mehr Einheitlichkeit zu rechnen.¹²⁷⁹ Es scheint plausibel, dass sich innerhalb einzelner Gerichte und etwas weniger stark ausgeprägt auch innerhalb einzelner Kantone eine gewisse Strafzumessungspraxis gebildet hat, die dort für mehr Einheitlichkeit sorgt.¹²⁸⁰ Aufgrund der hiervoor beschriebenen

1276 Z. B. ALBRECHT P., ZStrR 2017, S. 465; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 124; PAREIN 2010, S. 236; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 4; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 424; BSKStGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 9.

1277 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 5; vgl. für Deutschland und die ältere empirische Evidenz ALBRECHT H.-J. 1994, S. 204.

1278 FINK, in: Alternativen 2023, S. 59 f.; FINK/KOLLER, in: Strafrecht, Freiheitsentzug, Gefängnis 2015, S. 155 ff.; FINK/KOLLER, IJCA 2012, S. 6 ff.; TRECHSEL, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs 1975, S. 88.

1279 Für die Sprachregionen ist hingegen nicht ersichtlich, inwiefern diese eine Einheit bilden würden, innerhalb der einheitlicher Strafe zugemessen würde. Entsprechend werden diese hier weggelassen.

1280 So z. B. für Deutschland GRUNDIES, in: Kriminalsoziologie 2018, S. 303.

Studien, die sich zumeist auf einzelne Gerichte oder Regionen beschränken, ist jedoch auch innerhalb von einzelnen Kantonen oder Gerichten mit erheblicher Streuung zu rechnen.¹²⁸¹

B. Frage 2: Wird die Strafzumessung einheitlicher, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle heranziehen?

429 Wie hiervor dargelegt, scheinen Gerichte bei der Strafzumessung vergleichend vorzugehen.¹²⁸² Mit der vorliegenden Untersuchung soll einerseits überprüft werden, ob diese bloss anekdotisch belegte These zutrifft. Weiter soll das vergleichende Vorgehen einem Performance-Test unterzogen werden: Führt es zu mehr Einheitlichkeit in der Strafzumessung, wenn Richterinnen und Richter ihren Fall bei der Strafzumessung mit denselben Vergleichsfällen abgleichen?

1. Hypothese 2.1: Eine Mehrheit der Richterinnen und Richter orientiert sich bei der Strafzumessung auch an Vergleichsfällen.

430 Publizierende Richterinnen und Richter gehen davon aus, dass Strafzumessung primär durch Vergleich mit früheren Fällen erfolgt.¹²⁸³ Mit der Untersuchung soll überprüft werden, ob sich diese Behauptung verallgemeinern lässt.

2. Hypothese 2.2: Die Streuung der Strafen ist relativ zum Durchschnitt geringer, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle für die Strafzumessung beiziehen.

431 Während mit Uneinigkeit bei den absoluten Zahlen zu rechnen ist, dürften sich die Richterinnen und Richter bei der relativen Schwere verschiedener Fälle mehrheitlich einig sein.¹²⁸⁴ So konnte z. B. gezeigt werden, dass sogar zwischen Richterinnen und Richtern verschiedener Länder grosse Einigkeit bei der Rangordnung von Fällen nach Schweregrad besteht.¹²⁸⁵ Wenn die Teilnehmenden die zu bewertenden Fälle an der gleichen Stelle zwischen die

1281 Zudem konnte gezeigt werden, dass die Unterschiede generell eher in der urteilenden Person als im Gericht angelegt sind, vgl. für Grossbritannien PINA-SÁNCHEZ/GRECH/BRUNTON-SMITH/SFEROPOULOS, Soc. Sci. Res. 2019, S. 8; ferner HÖRNLE, GA 2019, S. 283.

1282 Vorne Rz. 169 ff.

1283 Vgl. die Nachweise vorne in Fn. 549.

1284 Vgl. DAVIES/TAKALA/TYRER, Brit. J. Criminol. 2004, S. 742; SLOBOGIN/BRINKLEY-RUBINSTEIN, SLR 2013, S. 93.

1285 Vgl. z. B. DAVIES/TAKALA/TYRER, Brit. J. Criminol. 2004, S. 746.

Vergleichsfälle einordnen und insofern interpolieren, dann dürften die Strafen einheitlicher ausfallen, als wenn keine solche Vergleichsmöglichkeit bereitgestellt wird. Es ist zu erwarten, dass Menschen besser darin sind, verschiedene Fälle zu vergleichen, als sie absolut anhand einer Skala (z. B. dem Strafraumen) zu bewerten.¹²⁸⁶

3. Hypothese 2.3: Die Wahl der Strafoption erfolgt einheitlicher, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle für die Strafzumessung beiziehen.

Was für die Strafen an sich erwartet wird, sollte auch auf die Wahl der Strafoption zutreffen. Vergleichen Richterinnen und Richter ihren Fall mit denselben Drittfällen, dürfte gestützt darauf die Wahl von Strafart, bedingtem Vollzug und Verbindungsbussen einheitlicher ausfallen, als wenn keine solchen Fälle bereitgestellt werden. 432

III. Untersuchungsdesign

Im Zentrum der Untersuchung stehen Fallvignetten, für welche die Richterinnen und Richter eine Strafe festlegen sollen (A.). Als zusätzliches Untersuchungselement wird mit einer Experimentgruppe überprüft, ob ein vergleichendes Vorgehen mehr Einheitlichkeit schafft (B.). Die Erhebung findet über eine Online-Umfrage statt (C.), zu welcher alle Strafrichterinnen und Strafrichter erstinstanzlicher Gerichte der Schweiz eingeladen werden (D.). Abschliessend wird auf Limitationen des gewählten Untersuchungsdesigns hingewiesen (E.). 433

A. Noise-Audit mit Fallvignetten

Für einen Prototyp eines Noise-Audit in der Strafzumessung verweisen KAHNEMAN et al. auf die Studie von CLANCY et al. von 1981.¹²⁸⁷ Diese haben mit sehr 434

1286 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 184 («*Our ability to compare cases is much better than our ability to place them on a scale*»), 188 ff. und 194 ff. für die Festlegung der Höhe von Strafzahlungen (punitive damages) und m. H. a. GOFFIN/OLSON, *Perspect. Psychol. Sci.* 2011, S. 48 ff., jedoch zur Bewertung von Job-Performance und zu Selbst- und Fremdeinschätzung. «Comparative Judgement» als Methode wird bisher vor allem in der Literatur zur Bewertung schulischer Leistungen diskutiert, erfreut sich aber immer grösserer Beliebtheit; vgl. die Übersicht über die Literatur bei HARTELL/BUCKLEY, in: *Handbook for Online Learning Contexts* 2021, S. 289 ff.

1287 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 69 («*exceptionally detailed noise audit of sentencing*»); CLANCY/BARTOLOMEO/RICHARDSON/WELLFORD, *JCLC* 1981, S. 524 ff.

knappen Fallbeschreibungen gearbeitet, jede enthielt nur sieben Schlüsselinformationen (Abbildung 6).¹²⁸⁸

Abbildung 6: Beispiel-Vignette von Clancy et al. 1981, S. 530

TABLE 2 EXAMPLES OF CASE SCENARIOS CARD # 1	
Offense:	The offense committed was bank robbery
Age:	The offender is between 18 and 24 years old
Record:	The offender has no past criminal record
Role:	The offender was an accomplice; he was following the lead of others
Plea/Trial:	The offender entered a plea of guilty
Extent of Injury to Victim:	A weapon was used and at least one of the victims suffered serious personal injury
Dollar Amount:	The total amount involved was less than \$1,000

435 Eingängiger dürfte es sein, kurze Fallbeschreibungen mit wesentlichen Strafzumessungsinformationen zu formulieren, wie das verschiedene Autorinnen und Autoren gemacht haben.¹²⁸⁹ Der gleiche Ansatz hat sich auch in der Schweizer Punitivitätsforschung durchgesetzt.¹²⁹⁰ Fallvignetten eignen sich deshalb besonders gut, weil sich in wenigen Worten viele strafzumessungsrelevante Informationen mitteilen lassen.¹²⁹¹

436 Die frühen amerikanischen Studien verwendeten teilweise eine grosse Anzahl an Vignetten, z. B. 16¹²⁹² oder sogar 30¹²⁹³. Ein solches Vorgehen kann

1288 So auch PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. A-4 ff., jedoch mit sog. «presentence reports» anstelle reiner Fallvignetten. Ein Pendant zum «presentence report» existiert in der Schweiz nicht. In einzelnen Kantonen werden teilweise sog. «Leumundsberichte» bei der Polizei eingeholt.

1289 Vgl. bei BIJLEVELD et al., ALF 2021, S. 57 ff.; HOVEN/WEIGEND, in: Strafen «im Namen des Volkes»? 2019, S. 270; OPP/PEUCKERT 1971, S. 30 f.; SIMMLER et al., SZK 2017, S. 7 f.; STRENG 1984, S. 59 f.; eher zu ausführlich hingegen die Vignetten von HOOD 1972, S. 6 ff.

1290 Vgl. KUHN/JAYET/VILLETAZ 2001, S. 7 f., 44 f.; SIMMLER et al., SZK 2017, S. 7; ferner für Deutschland: SUHLING/LÖBMAN/GREVE, ZFSP 2005, S. 205 ff., die sich für die Verwendung von Fallvignetten anstelle von globalen Fragen und Items aussprechen.

1291 Vgl. zur Methode der fiktiven Fälle vorne Rz. 404 ff. und ausführlich OPP/PEUCKERT 1971, S. 33 ff.; SCHWEIZERM. 2005, S. 70 ff.; STRENG 1984, S. 64 ff.; WOLFF, KrimJ 1970, S. 54, 57.

1292 CLANCY/BARTOLOMEO/RICHARDSON/WELLFORD, JCLC 1981, S. 527; KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 381.

1293 PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. 1.

dann gerechtfertigt sein, wenn im Rahmen des experimentellen Designs verschiedene Sachverhaltsinformationen manipuliert werden (Geschlecht, Nationalität etc.) und die möglichen Kombinationen exponentiell ansteigen¹²⁹⁴ oder wenn das reale Fallaufkommen möglichst repräsentativ abgebildet werden soll.¹²⁹⁵ Dem ist nicht grundsätzlich zu widersprechen. Dennoch bleibt es unrealistisch, dass Schweizer Richterinnen und Richter die Zeit haben, so viele simulierte Fälle zu bearbeiten oder dafür einen halben Arbeitstag aufzuwenden.¹²⁹⁶ Diese zeitlich intensive Form der Untersuchung eignet sich besser für einzelne wenige Gerichte oder Befragungen anlässlich von Tagungen und Schulungen. Vorliegend soll es hingegen um einen möglichst breit angelegten, schweizweiten Vergleich gehen. Vor dem Hintergrund, dass z. B. PART-
RIDGE und ELDRIDGE bei allen Fällen erhebliche Differenzen zwischen den Richtern und Richterinnen feststellen konnten, ist die Anzahl der Fälle rückblickend ohnehin unnötig gross ausgefallen.¹²⁹⁷

Davon geht auch die schweizerische Punitivitätsforschung aus, die regel-
mässig mit vier bis fünf Fallvignetten arbeitet.¹²⁹⁸ Diese Forschung ist deshalb relevant, weil das Vorgehen dort im Wesentlichen dem hier vorgeschlagenen entspricht, indem den Teilnehmenden Fallbeschreibungen zur Festlegung einer Strafe unterbreitet werden. Auch diverse ausländische Disparitätsstudien mit Gerichten bewegen sich in diesem Bereich.¹²⁹⁹ 437

Eine Auswahl von wenigen Fällen kann das Tagesgeschäft erstinstanzlicher Strafgerichte nicht repräsentativ abbilden.¹³⁰⁰ Das ist für die vorliegende Untersuchung allerdings nicht entscheidend, da Strafe immer und nicht nur 438

1294 So CLANCY/BARTOLOMEO/RICHARDSON/WELLFORD, JCLC 1981, S. 530 f. und die dortige Tabelle.

1295 Vgl. PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. 1.

1296 Vgl. SCHWEIZER M. 2005, S. 73; ferner STRENG 1984, S. 77; zur notorischen Überlastung der Strafjustiz z. B. GERNY, NZZ vom 11. Oktober 2023, S. 9.

1297 PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. 9.

1298 KUHN, RICPTS 2017, S. 392 ff., mit vier Fällen; KUNZ/BRANDENSTEIN/SCHMID, SZK 2014, S. 17 ff., ausnahmsweise mit 18 Fällen, allerdings nur mit Studierenden; SIMMLER et al., SZK 2017, S. 8 f., mit fünf Fällen.

1299 Aus Deutschland: MIDDENDORFF, in: Strafzumessung für Verkehrsdelikte 1969, S. 18, mit sieben Fällen; OPP/PEUCKERT 1971, S. 30 ff., 41, mit zwei Fällen mit insgesamt sechs Variationen, vorgelegt jeweils drei; STRENG 1984, S. 91 ff., mit sechs Fällen; aus dem englischsprachigen Raum: AUSTIN/WILLIAMS, JCLC 1977, S. 307, mit fünf Fällen; HOOD 1972, S. 34, mit insgesamt 40 Fällen, wobei je nur acht vorgelegt wurden; MOXON/CORKERY/HEDDERMAN 1992, S. 3, 18 ff. und Anhang B, mit vier Fällen; weitere Beispiele bei CORKERY, Int. J. Sociol. Law. 1992, S. 261 f.; aus China: YAN/LAO, Vict. Offenders 2022, S. 598, mit vier Fällen.

1300 PARTRIDGE/ELDRIDGE 1974, S. 11 ff., 14 («It must be obvious that this selection process could not provide a sample that is representative in the sense of being a statistically valid crosssection»).

in häufigen oder typischen Fällen möglichst disparitätsfrei zuzumessen ist.¹³⁰¹ Dennoch wurde versucht, keine allzu unüblichen Fälle zu kreieren, sondern auf reale Fälle abzustellen. Um die Bandbreite von Bagatel- bis Schwerestrafkriminalität ausnutzen zu können, wurden für die vorliegende Studie vier Fallvignetten entworfen. Die Sachverhalte orientieren sich an realen Straffällen und den Strafzumessungserwägungen aus den entsprechenden Urteilen. Sie wurden so weit angepasst, dass die Teilnehmenden den zugrundeliegenden Fall nicht ohne Weiteres wiedererkennen oder auffinden können sollten.¹³⁰² Die Auswahl der Delikte wurde auf das Strafgesetzbuch beschränkt und orientiert sich an den häufigsten Delikten nach Verurteilungsstatistik des Bundes, wo dies möglich war.¹³⁰³ Dabei wurden zwei Vermögensdelikte und zwei Delikte gegen Leib und Leben gewählt. Dies alles, um möglichst zu vermeiden, dass die Richterinnen und Richter mit ihnen nicht geläufigen Delikten konfrontiert werden.¹³⁰⁴ Zudem hat sich in anderen Untersuchungen gezeigt, dass bei Gewaltdelikten grössere Uneinigkeit herrscht als bei Vermögensdelikten, vor allem im Bereich der schweren Delinquenz,¹³⁰⁵ weshalb auch ein Tötungsdelikt aufgenommen wurde.

439 Um die Verhältnisse einfach zu halten, wurde pro Vignette immer nur ein einzelnes Delikt aufgenommen. Auch wurde darauf verzichtet, Vorstrafen zu nennen, da diese zur sinnvollen Berücksichtigung in der Strafzumessung mit Angabe des Strafmasses und der Vollzugsform ausgewiesen werden müssten, was zu Ankereffekten geführt hätte, die zu vermeiden waren.¹³⁰⁶ Aus demselben Grund wurde auch kein Antrag der Staatsanwaltschaft zum

1301 Eine deutsche Untersuchung legt zudem nahe, dass Richterinnen und Richter, welche häufig bestimmte Delikte beurteilen, nicht einheitlicher Strafe zumessen als diejenigen, welche seltener solche Delikte vor sich haben. Es gilt eher das Gegenteil, vgl. OPP/PEUCKERT 1971, S. 52.

1302 Vgl. für die verwendeten Urteile hinten Rz. 439 und für die jeweilige Übersetzung hinten im Anhang, Rz. 740.

1303 Vgl. dazu BFS, Verurteilungen nach Artikeln des StGB. Schwerestrafkriminalität findet sich naturgemäss nicht in diesen häufigsten Delikten.

1304 So auch STRENG 1984, S. 81; ähnlich, wenn auch aus anderen Gründen, HOGARTH 1971, S. 269. Zu beachten ist, dass die Erfahrung mit gewissen Delikten nicht zwingend eine geringere Streuung der Strafen mit sich bringt, OPP/PEUCKERT 1971, S. 51f.

1305 Vgl. z. B. SLOBOGIN/BRINKLEY-RUBINSTEIN, SLR 2013, S. 94.

1306 Es entspricht zudem auch den Strafmassempfehlungen der Kantone, von einer Tatbegehung ohne Vorstrafen auszugehen; vgl. z. B. VBRS, Strafzumessungsrichtlinien, S. 3 («Diese Ansätze berücksichtigen damit u.a. nicht: Besondere Schwere oder Leichtigkeit der Gefährdung/Verletzung des betroffenen Rechtsguts, besondere Verwerflichkeit des Vorgehens, allfällige Einschränkungen der Schuldfähigkeit, Vorstrafen, besonders umfangreiche Geständnisse, Strafempfindlichkeit»).

Strafmass aufgenommen.¹³⁰⁷ Die verwendeten Fallbeschreibungen lauteten wie folgt:¹³⁰⁸

Fallvignette 1 (einfache Körperverletzung)¹³⁰⁹

440

X (männlich, 62, Schweizer, gelernter Zimmermann) lieferte sich mit seinem Nachbarn, zu dem seit Jahren ein schwieriges Verhältnis besteht, eine verbale Auseinandersetzung vor der gemeinsamen Wohnliegenschaft. In deren Verlauf packte X den Kopf des Nachbarn mit seinen Händen und fügte diesem dabei mit seinem Fingernagel eine längliche Wunde hinter dem rechten Ohr zu, die stark blutete und die mit vier Stichen genäht werden musste. Die Wunde verheilte innerhalb von zwei Wochen. Beim Zupacken nahm X eine Kopfverletzung des Nachbarn in Kauf. Als Grund für die Auseinandersetzung gab X in der Strafuntersuchung jahrelange Provokationen durch den Nachbarn an.

X ist nicht vorbestraft. Er lebt in Frührente zurückgezogen mit seiner pflegebedürftigen, depressiven Partnerin, deren Pflege er allein leistet. Seine Rente beträgt ca. CHF 5'000.- pro Monat.

X wird der einfachen Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen.

Fallvignette 2 (Diebstahl)¹³¹⁰

441

Angestellte X (weiblich, 19 Jahre, Schweizerin) arbeitete als Detailhandelsfachfrau in einem Modegeschäft. An einem ruhigen Morgen nahm sie CHF 1'620.- aus der Kasse und steckte das Geld in ihre Sporttasche. Dabei wurde sie zufällig von ihrem Vorgesetzten beobachtet. X befand sich nicht in einer finanziellen Notlage. Sie wollte sich mit dem Geld selbst eine Reise finanzieren. X arbeitete seit 10 Monaten in diesem Geschäft.

1307 HOVEN/WEIGEND, in: Strafen «im Namen des Volkes»? 2019, S. 272; vgl. weiterführend auch SCHWEIZER M. 2005, S. 77 ff., m. w. H.; ferner CHEEK/COE-ODESS/SCHWARTZ, JDM 2015, S. 76 ff.; ENGLISH/MUSSWEILER, J. Appl. Social. Psychol. 2001, S. 1540 f. Dieser Anker hängt zudem in der Praxis ebenfalls vom Staatsanwalt oder der Staatsanwältin ab und führt zu einer zusätzlichen Ebene von Uneinheitlichkeit.

1308 Für die italienische und französische Übersetzung vgl. hinten im Anhang, Rz. 740.

1309 Inspiriert von KGer GR, SK11251 vom 23. Januar 2013, dort allerdings noch mit einer zusätzlichen Verurteilung wegen Tätlichkeit. Die ausgesprochene Strafe belief sich in Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens auf eine Busse von CHF 1'500.- (Ersatzfreiheitsstrafe zehn Tage). Die Vorinstanz verurteilte X noch zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu CHF 160.- und einer Busse von CHF 300.- (Ersatzfreiheitsstrafe drei Tage).

1310 Inspiriert von OGer ZH, SB120548 vom 26. März 2013. Die ausgesprochene Strafe war eine bedingte Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 80.- mit einer Probezeit von zwei Jahren.

X ist nicht vorbestraft. Sie hat keine Schulden, verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von ca. CHF 4'000.- und Vermögen von rund CHF 40'000.-.

X wird des Diebstahls gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen.

442 Fallvignette 3 (gewerbsmässiger Betrug)¹³¹¹

X (männlich, 47 Jahre, türkischer Staatsangehöriger, Reinigungskraft) bezog über einen Zeitraum von zehn Jahren zu Unrecht Sozialhilfeleistungen von insgesamt CHF 320'000.-. Während dieses Zeitraumes hatte er teilweise bis zu drei Beschäftigungen gleichzeitig, wodurch er ein Einkommen von insgesamt CHF 300'000.- erzielte. Sein Einkommen liess er jeweils auf den Sozialbehörden nicht bekannte Bankkonten überweisen. Auf die mündlichen und schriftlichen Fragen der Behörden gab er stets wahrheitswidrig an, nicht zu arbeiten und über keine Einkünfte oder weitere Bankkonten zu verfügen. Zudem spielte er gegenüber Ärzten und Mitarbeitern der Sozialbehörden über mehrere Jahre gesundheitliche Beeinträchtigungen wie Rückenschmerzen und eine Depressionserkrankung vor. X ging es rein um die Erlangung finanzieller Vorteile, er handelte direktvorsätzlich. Das Geld verwendete er zur Finanzierung des kostspieligen Lebensstils von sich und seiner Familie.

X ist nicht vorbestraft. X anerkannte den Sachverhalt in der Untersuchung und zeigte anlässlich der Hauptverhandlung Reue über sein Verhalten. X ist mittlerweile arbeitslos und lebt von Sozialhilfeleistungen in Höhe von monatlich CHF 3'400.-.

X wird des gewerbsmässigen Betrugs gemäss Art. 146 Abs. 2 StGB schuldig gesprochen.

443 Fallvignette 4 (vorsätzliche Tötung)¹³¹²

X (männlich, 42 Jahre, Schweizer, Restaurantinhaber) bemerkte nach Ladenschluss beim Aufräumen im dunklen Restaurant, wie sich jemand an der Eingangstür zu schaffen machte. Er nahm daraufhin seine geladene

1311 Inspiriert von OGer ZH, SB130534 vom 2. Mai 2014. Die ausgesprochene Freiheitsstrafe betrug 30 Monate (als Einsatzstrafe, da weitere Delikte zu beurteilen waren). Y wurde der teilbedingte Vollzug gewährt (sechs Monate waren zu vollziehen).

1312 Inspiriert von KrimGer LU, KG 01 018 vom 29. Juni 2001. Die ausgesprochene Freiheitsstrafe betrug sechs Jahre (unter Einbezug, dass im realen Sachverhalt zwei Personen flüchteten und bezüglich der zweiten zusätzlich ein Tötungsversuch angenommen wurde).

Pistole aus dem Versteck und stürmte zur Eingangstür hinaus auf die Strasse. Obwohl der unbekannte Mann bereits die Flucht ergriffen hatte, schoss X sechs Mal in dessen Richtung. Eine Kugel traf den Hals des Flüchtenden, worauf dieser bewusstlos zu Boden ging und innert kurzer Zeit verblutete. X nahm bei der Schussabgabe den Tod des Mannes in Kauf, handelte also eventualvorsätzlich.

Auf den Tatzeitpunkt zurückgerechnet betrug der Blutalkoholgehalt von X zwischen 1,2 und 1,6 Gewichtspermille. In der Untersuchung gab X an, er habe sich bei der Schussabgabe weiterhin bedroht gefühlt, obwohl der Mann bereits im Wegrennen begriffen war.

X ist nicht vorbestraft. Er lebt gemeinsam mit seiner Ehefrau und den beiden schulpflichtigen Söhnen in seinem kürzlich erstellten Einfamilienhaus. X verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen aus seinem Restaurantbetrieb von ca. CHF 6'200.-.

X wird der vorsätzlichen Tötung gemäss Art. 111 StGB schuldig gesprochen.

Den Teilnehmenden standen alle Strafarten des Strafgesetzbuches zur Auswahl (mit Ausnahme der lebenslangen Freiheitsstrafe).¹³¹³ Bei Freiheitsstrafen bestand zudem die Möglichkeit, die Dauer in Tagen, Monaten und/oder Jahren anzugeben.¹³¹⁴ 444

B. Zusätzliche Untersuchungselemente

Ein Noise-Audit soll primär einmal das Ausmass des Problems ermitteln. Das Untersuchungsdesign ist nicht darauf ausgelegt, auch dessen Gründe oder mögliche Lösungen zu prüfen.¹³¹⁵ Diese Prüfung erfolgt in der Regel in Nachbearbeitung des Noise-Audit, wie KAHNEMAN et al. es angedacht haben. 445

Hier zeigt sich deshalb eine wesentliche Abweichung zum von KAHNEMAN et al. vorgeschlagenen Vorgehen. Im Idealtypus wird ein Noise-Audit partizipativ in enger Zusammenarbeit mit der zu untersuchenden Organisation 446

1313 Konkret: Strafbefreiung, Busse, bedingte Geldstrafe, bedingte Geldstrafe mit Verbindungsbusse, unbedingte Geldstrafe, bedingte Freiheitsstrafe, bedingte Freiheitsstrafe mit Verbindungsbusse, teilbedingte Freiheitsstrafe und unbedingte Freiheitsstrafe; nicht möglich war eine lebenslängliche Freiheitsstrafe, weil sie für die ausgewählten Straftaten nicht zur Anwendung gelangt.

1314 Es konnte gezeigt werden, dass die Zeiteinheit die Dauer der ausgefallenen Freiheitsstrafen beeinflussen kann: KUHN/WILLI-JAYET, Howard J. Crim. Just. 2005, S. 169 f., m. w. H.

1315 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 382, empfehlen immerhin, die Teilnehmenden danach zu fragen, welche Faktoren zur jeweiligen Antwort geführt haben.

entworfen. Da mit der vorliegenden Untersuchung nicht nur eine Organisation (ein Gericht), sondern möglichst viele Gerichte einbezogen werden sollen, ist eine gemeinsame Ausarbeitung kaum möglich. Entsprechend ist weder eine umfassende Teilnahme noch eine Bereitschaft zu Nachfolgeuntersuchungen gewährleistet. Es bietet sich deshalb an, gewisse Folgefragen direkt in die Initialuntersuchung aufzunehmen und ein «Noise Audit plus» durchzuführen.

1. Überprüfung eines möglichen Lösungsvorschlags

447 Treu der These, dass eine offen vergleichende Strafzumessung zu mehr Einheitlichkeit führt als eine vermeintlich absolute, werden die Teilnehmenden zufällig in zwei Gruppen aufgeteilt. Die eine Gruppe beurteilt die hiervoor aufgeführten vier Fallvignetten ohne bereitgestelltes Vergleichsmaterial.¹³¹⁶ Die andere Gruppe erhält zu jeder Fallvignette drei Vergleichsfälle. Diese zweite Gruppe sollte ursprünglich ebenfalls für alle vier Vignetten eine Strafe zumessen. Die Testphase der Umfrage hat allerdings gezeigt, dass der Zeitaufwand in der zweiten Gruppe ungefähr doppelt so gross ist, wenn auch dort alle vier Vignetten bearbeitet werden müssen. Dies hätte wahrscheinlich dazu geführt, dass in der Experimentgruppe die Umfrage eher abgebrochen worden wäre. Um das zu vermeiden, wurden den Teilnehmenden in Gruppe 2 nur zwei zufällig ausgewählte Vignetten der insgesamt vier vorgelegt. Die Bearbeitungszeit war so für beide Gruppen annähernd gleich (durchschnittlich 27,8 Minuten in Gruppe 1 [Median = 24,1; N = 74] und 24,2 Minuten in Gruppe 2 [Median = 20,9; N = 65]).¹³¹⁷

448 Um ein einfaches Vorgehen zu wählen, das Gerichte ebenfalls bereits anwenden könnten, wurden nur kantonale Urteile berücksichtigt, welche zum Zeitpunkt der Suche auf entscheidsuche.ch bei Eingabe einfacher Suchkombinationen unter den ersten 20 Resultaten (sortiert nach Relevanz) gelistet wurden.¹³¹⁸ Die Vergleichsfälle und die Referenzen der zugrundeliegenden Urteile finden sich im Anhang.¹³¹⁹

1316 Es wurde den Teilnehmenden überlassen, ob sie von sich aus nach Vergleichsfällen suchen möchten. Zur Kontrolle wurde erfragt, ob Hilfsmittel beigezogen wurden.

1317 Für diese Berechnung wurden nur Teilnehmende berücksichtigt, welche die Umfrage ohne Unterbrüche und vollständig bearbeitet hatten.

1318 Für die Vignette einfache Körperverletzung wurden die Sucheingaben «Streit» AND «einfache Körperverletzung» sowie «dispute» AND «lésions corporelles simples» verwendet, für die Vignette Diebstahl «Diebstahl» AND «Kasse» sowie «vol» AND «caisse», für die Vignette Betrug «Betrug» AND «Sozialhilfe» sowie «Escroquerie» AND «sociale» und für die Vignette vorsätzliche Tötung «vorsätzliche Tötung» AND «Schuss» sowie «meurtre» AND «coup de feu».

1319 Hinten im Anhang, Rz. 697 ff.

2. Weitere Elemente zur Einordnung der Ergebnisse

Zusätzlich zur Beurteilung von Fallvignetten werden die Teilnehmenden zu ihrer Praxis und dem Umgang mit Vergleichsfällen befragt. Zudem wird untersucht, wie gut Richterinnen und Richter die eigene Punitivität und die übrige Strafzumessungslandschaft einschätzen und wie viel Uneinheitlichkeit in der Strafzumessung sie für vertretbar erachten. Alles Weitere hierzu folgt direkt im Rahmen der Ergebnisse.¹³²⁰ Der vollständige Fragebogen kann im Anhang eingesehen werden.¹³²¹

C. Erhebungsart

Frühe vergleichbare Untersuchungen wurden teilweise in Interviewform durchgeführt.¹³²² Dies ist neben dem hohen Zeitaufwand für alle Beteiligten auch inhaltlich wenig geeignet, muss doch mit (unbewusster) Beeinflussung durch die interviewende Person gerechnet werden.¹³²³ Besser geeignet scheinen schriftliche Befragungen, welche bislang auf dem Postweg¹³²⁴ oder in den letzten Jahren auch online¹³²⁵ durchgeführt wurden. Die Online-Befragung ist aufgrund des deutlich geringeren logistischen Aufwands für alle Beteiligten vorzuziehen.

Um die Teilnahmebereitschaft zu erhöhen, wurde die Befragung anonym durchgeführt.¹³²⁶ Da der Tätigkeitsort zusammen mit biografischen Informationen teilweise den Schluss auf Einzelpersonen zulässt, wurde gänzlich darauf verzichtet, biografische Informationen zu erheben.¹³²⁷ Die Teilnehmenden wurden einzig gebeten, anzugeben, in welchem Kanton und an welchem Gericht sie tätig sind und wie viele Straffälle sie in den letzten zwölf Monaten materiell mitentschieden haben. Die Angabe von Gericht und Fallzahl war dabei fakultativ.

1320 Hinten Rz. 530 ff.

1321 Hinten im Anhang, Rz. 740.

1322 So z. B. CLANCY/BARTOLOMEO/RICHARDSON/WELLFORD, JCLC 1981, S. 529.

1323 MOOSBRUGGER/KELAVA, in: Testtheorie und Fragebogenkonstruktion 2020, S. 18, m. w. H.; so auch STRENG 1984, S. 80.

1324 KUHN, RICPTS 2017, S. 394; SCHWEIZER M. 2005, S. 64; ferner auch STRENG 1984, S. 80.

1325 SIMMLER et al., SZK 2017, S. 8.

1326 So auch STRENG 1984, S. 80.

1327 Dieses Problem trat im Rahmen einer früheren Untersuchung des Verfassers mit Staatsanwältinnen und Staatsanwälten mehrfach auf (nicht publiziert). Genau umgekehrt gelöst bei STRENG 1984, S. 81, der auf die Erhebung des Tätigkeitsorts verzichtete.

- 452 Die Vignetten wurden den Teilnehmenden in einer zufälligen (randomisierten) Reihenfolge präsentiert, um einer statistischen Verzerrung durch Beeinflussung durch die Reihenfolge entgegenzuwirken.¹³²⁸ Das entspricht zudem eher der Realität, wo Richterinnen und Richter ebenfalls in unterschiedlicher Reihenfolge verschiedene Fälle bearbeiten, also als letzten z. B. einen schweren oder leichten Fall beurteilt haben.¹³²⁹

D. Teilnehmende

- 453 Die vorliegende Untersuchung richtete sich an alle erstinstanzlichen Strafrichterinnen und Strafrichter der Schweiz, unabhängig vom Pensum der Anstellung. Ausgenommen waren einzig Richterinnen und Richter ohne juristische Ausbildung (sog. Laienrichterinnen und -richter).¹³³⁰ Letztere wurden deshalb nicht berücksichtigt, weil sie zwar als Teil von Kollegialgerichten die Strafzumessung mitentscheiden, mangels entsprechender Ausbildung und Erfahrung aber kaum über technische Belange der Strafzumessung Auskunft geben können.¹³³¹

- 454 Bei breit angelegten Befragungen von Justizpersonen in der Schweiz scheint die Antwortrate tendenziell abzunehmen,¹³³² was die Generalisierbarkeit der Ergebnisse erschwert (sog. «nonresponse bias»).¹³³³ Deshalb wurden folgende Massnahmen ergriffen, um die Antwortrate möglichst zu erhöhen.

1328 So z. B. SIMMLER et al., SZK 2017, S. 8; ebenfalls zu einem randomisierten Vorgehen ratend SAUER/AUSPURG/HINZ, mda 2020, S. 212; weiterführend AUSPURG/JÄCKLE, Sociol. Methods Res. 2017, S. 493 ff.; PEDNEAULT/WILLITS, Sociol. Methodol. 2022, S. 103 ff.; PETZOLD/WOLBRING, Methodology 2019, S. 20. Diese Studien betreffen jedoch Untersuchungen mit multifaktoriellem Experiment-Design, was auf die vorliegende gerade nicht zutrifft.

1329 Vgl. hierzu die Studien zum «contrast effect» bei KELMAN/ROTTENSTREICH/TVERSKY, JLS 1996, S. 294 ff.; RACHLINSKI/JOURDEN, Corn. Law Rev. 2003, S. 459 ff.; und neuere bei LEIBOVITCH, NULR 2017, S. 1218 ff. sowie dessen eigene Studie: LEIBOVITCH, JLS 2016, S. 281 ff., 303 ff.

1330 Alle Anschreiben und die Umfrage wurden in deutscher Sprache entworfen und anschliessend von der Invatrans GmbH auf Französisch und Italienisch übersetzt. Die Übersetzung wurde anschliessend vom Autor sowie von französisch- und italienischsprachigen Juristen nach Möglichkeit überprüft.

1331 So auch die telefonische Auskunft diverser Präsidien von erstinstanzlichen Strafgerichten im Juli 2023.

1332 Vgl. KUHN/JAYET/VILLET AZ 2001, S. 1 ff., noch mit 44 %; SCHWEIZER M. 2005, S. 65 f., mit 45 und 49 %; SIMMLER et al., SZK 2017, S. 8, mit 27,6 %.

1333 Statt vieler ROGELBERG/STANTON, ORM 2007, S. 195 ff., m. w. H. Neuere Untersuchungen deuten allerdings darauf hin, dass der Zusammenhang von Rücklauftrate und *non-response bias* nicht überschätzt werden sollte, vgl. z. B. HENDRA/HILL, Eval. Rev. 2019, S. 322.

Die E-Mail-Anfrage wurde gemäss den Erkenntnissen der Forschung zur Verbesserung der Rücklaufquote entworfen.¹³³⁴ Was das Inaussichtstellen einer Belohnung anbelangt, so deutet eine neuere Studie daraufhin hin, dass bei Beschäftigten des öffentlichen Sektors «weniger mehr» ist. Personen nehmen eher teil, wenn altruistische Belohnungen (Spenden) oder gar keine Belohnung versprochen werden und stattdessen ein kurzes Narrativ enthalten ist, weshalb die Teilnahme von Bedeutung ist.¹³³⁵ 455

Alle erstinstanzlichen Strafgerichte der Kantone (in der Regel deren Präsidium oder leitende Gerichtsschreibende) wurden im Juli 2023 telefonisch kontaktiert und um Verteilung der Umfrage an die übrigen Richterinnen und Richter des jeweiligen Gerichts gebeten. Von 106 Gerichten konnte so bei 89 direkt eine telefonische Zusage zur Verteilung erlangt werden. Bei den übrigen Gerichten konnte entweder keine Ansprechperson innerhalb von maximal fünf Anrufen erreicht werden, oder die jeweilige Gerichtskanzlei hat direkt um Anfrage per E-Mail gebeten. Drei Gerichte haben die E-Mail-Anfrage abschlägig beantwortet. Direkt im Anschluss an die Telefongespräche wurde jeweils die E-Mail-Einladung in der jeweiligen Primärsprache des Gerichts (Deutsch, Französisch oder Italienisch) versandt.¹³³⁶ Im August 2023 wurden all jene Gerichte an die Umfrage erinnert, welche eine Teilnahme nicht bereits definitiv abgelehnt hatten. 456

Der Zeitpunkt wurde dabei aufgrund von Vorgesprächen mit einzelnen Gerichten bewusst auf den Sommer gelegt, weil die Verhandlungslast wegen der Gerichtsferien deutlich reduziert ist, zumal viele Strafrichterinnen und -richter auch Zivilfälle bearbeiten. Die Umfrage konnte bis Mitte Oktober 2023 beantwortet werden. 457

Eine eigentliche Rücklaufquote lässt sich nur approximativ bestimmen, weil nicht abschliessend ermittelt werden konnte, wie viele (juristisch ausgebildete) Richterinnen und Richter Straffälle bearbeiten, und sich aufgrund der Weiterleitung durch die Gerichte selbst nicht genau beantworten lässt, wie viele Personen schliesslich erreicht werden konnten. KUHN et al. geben an, 2001 noch 1'390 «juges pénaux» vorgefunden zu haben.¹³³⁷ Aus einer Erhebung von OCHSENBEIN aus dem Jahr 2019 ist bekannt, dass an kantonalen erstinstanzlichen Gerichten der Zivil- und Strafrechtspflege damals ca. 458

1334 Vgl. KAPLOWITZ/LUPI/COUPER/THORP, SSCR 2012, S. 340 ff.

1335 CONN/MO/SELLERS, Soc. Sci. Q. 2019, S. 1454.

1336 Bei mehrsprachigen Gerichten jeweils in beiden Amtssprachen.

1337 Das schliesst sicherlich die zweite Instanz ein, scheint aber insgesamt trotzdem ein zu hoher Wert zu sein. Sie stützen sich dabei auf die öffentlichen Angaben der 26 Kantone von damals, die auch heute teilweise noch keinen Aufschluss darüber zulassen, ob die Personen Straffälle bearbeiten, vgl. KUHN/JAYET/VILLET 2001, S. 11.

729 Berufsrichterinnen und -richter beschäftigt waren.¹³³⁸ Davon bearbeiten nicht alle auch Straffälle. Dort, wo zwischen Zivilgerichten und Strafgerichten unterschieden wurde, halten sich die Richterstellen ungefähr die Waage, mit leichtem Übergewicht bei den Zivilgerichten.¹³³⁹ Weil aber an vielen und insbesondere kleinen Gerichten alle Personen sowohl Zivil- als auch Straffälle bearbeiten,¹³⁴⁰ dürfte die Anzahl von erstinstanzlichen Strafrichterinnen und Strafrichtern über der Hälfte liegen. Um diese Zahl weiter zu präzisieren, wurden die Teilnehmenden gefragt, wie viele Richterinnen und Richter mit juristischer Ausbildung an ihrem Gericht Straffälle bearbeiten.¹³⁴¹ Wurden pro Gericht mehrere verschiedene Zahlen angegeben, wurde auf den gerundeten Durchschnitt abgestellt oder wurden nach Möglichkeit Auskünfte beim entsprechenden Gericht eingeholt. Bei den übrigen Gerichten wurde die Anzahl aufgrund der öffentlich verfügbaren Informationen geschätzt. Daraus ergibt sich eine Schätzung von ca. 560 erstinstanzlichen Strafrichterinnen und Strafrichtern in der Schweiz.¹³⁴²

459 Insgesamt haben 403 Personen auf den Umfragelink geklickt, von denen 314 die Umfrage gestartet haben. Davon sind weitere 73 bereits bei den Einleitungsfragen (Kanton, Gericht etc.) abgesprungen, weshalb sie nicht als eigentliche «Rückläufe» gezählt werden. Insgesamt verbleiben so 241 Personen, welche mindestens erste Fragen zur Strafzumessung beantwortet und damit inhaltlich teilgenommen haben (155 vollständige Fragebögen und 86 partielle). Die so (konservativ) ermittelte Rücklaufquote von ca. 43% kommt denjenigen von früheren Untersuchungen mit Richterinnen und Richtern nahe.¹³⁴³

1338 OCHSENBEIN 2021, S. 5, 28 ff. und Anhang I.

1339 OCHSENBEIN 2021, Anhang I.

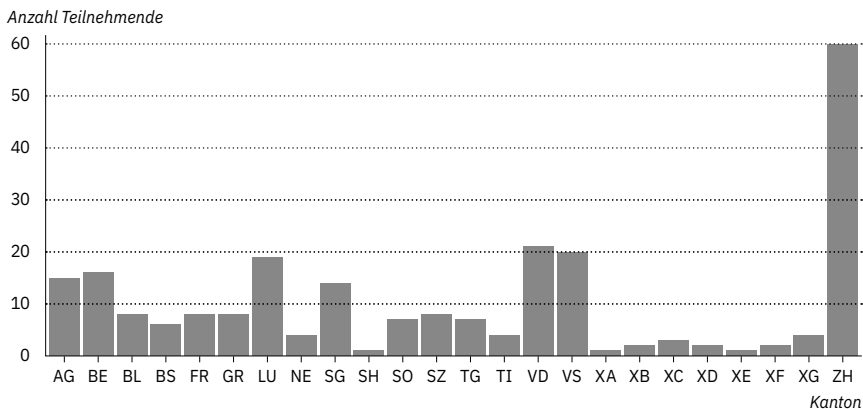
1340 So die häufige telefonische Auskunft im Rahmen der initialen Anrufe zur Umfrage-Einladung.

1341 Es wurde bewusst darauf verzichtet, das Wort «Berufsrichter» zu verwenden, weil je nach Kanton und Sprachregion unterschiedliche Bezeichnungen für erstinstanzliche Richter verbreitet sind und es primär darum ging, Laienrichter auszuschliessen. Dadurch ergaben sich teilweise Unklarheiten dahingehend, ob nun nebenamtliche Richter auch angesprochen seien. Das Strafgericht Basel-Landschaft beschäftigt z. B. sieben vollamtliche und 24 nebenamtliche, von Letzteren sind allerdings nur 20 Juristen. Die Umfrage wurde auch an diese 20 Juristen verteilt, auch wenn sie unter der offiziellen Bezeichnung «Laienrichter» fungieren.

1342 Vgl. hinten im Anhang, Rz. 742.

1343 Vgl. Nachweise in Fn. 1332. Die tatsächliche Rücklaufquote dürfte höher liegen, weil mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht alle Richterinnen und Richter erreicht wurden.

Abbildung 7: Teilnehmende nach Kanton



Die Teilnehmenden verteilen sich wie folgt auf die Sprachregionen: Deutsch 183 (76,9%), Französisch 52 (21,6%) und Italienisch sechs (2,5%).¹³⁴⁴ Die genaue Aufschlüsselung nach Kanton und Gericht kann dem Anhang entnommen werden.¹³⁴⁵ Um die Anonymität der Teilnehmenden sicherzustellen, wurden kleine Kantone und Gerichte anonymisiert, wenn ansonsten Rückschlüsse auf Einzelpersonen nicht auszuschliessen waren. Ebenso wurde die Umfragesprache aus dem Datensatz entfernt.

E. Limitationen

Zu den bereits eingangs angesprochenen Schwächen von Vignetten-Studien¹³⁴⁶ kommen weitere methodische Einschränkungen des konkret gewählten Vorgehens hinzu, auf welche kurz einzugehen ist.

Die Umfrage richtete sich nur an Strafrichterinnen und -richter. Weil sie anonym durchgeführt wurde und die Einladung in aller Regel durch eine Kontaktperson (meist eine Richterin oder einen Richter, teilweise Gerichtsschreibende oder Kanzleimitarbeitende) an die übrigen Teilnehmenden verteilt

1344 Die Werte sind gerundet. Die Umfragesprache wurde zu Anonymisierungszwecken aus dem Datensatz entfernt. Ersichtlich ist nur noch die Sprachregion. Dabei wurden die Kantone Genf, Jura, Waadt und Neuenburg gesamthaft der französischsprachigen Schweiz, der Kanton Tessin der italienischsprachigen Schweiz zugewiesen. Beide Regionen wurden gesamthaft zur lateinischen Schweiz zusammengelegt. Für die mehrsprachigen Kantone wurde für die Zuteilung jeweils auf die von den Teilnehmenden gewählte Umfragesprache abgestellt. Die Teilnehmenden aus den übrigen Kantonen wurden der Deutschschweiz zugeordnet.

1345 Hinten im Anhang, Rz. 714.

1346 Vorne Rz. 404 und 414 ff.

werden musste, lässt sich nicht überprüfen, ob einzelne Personen mehrfach oder auch solche ausserhalb der Zielgruppe an der Umfrage teilgenommen haben. Dieses Risiko ist allerdings mangels eines entsprechenden Anreizes gering.

463 Aufgrund der Anonymität gibt es zudem keine Möglichkeit zu überprüfen, ob die Stichprobe repräsentativ für alle Richterinnen und Richter ist.¹³⁴⁷ Sechsendachtzig Personen haben die Umfrage gestartet und unterwegs abgebrochen. Das ist vor allem dann problematisch, wenn diese Abbrüche nicht zufällig sind,¹³⁴⁸ sondern z. B. systematisch mit persönlichen Eigenschaften der Teilnehmenden oder dem Untersuchungsgegenstand zusammenhängen oder in einer Experimentgruppe signifikant öfter vorkommen.

464 Ersteres lässt sich aufgrund der Anonymität nicht überprüfen. Insgesamt haben in Gruppe 1 und 2 beinahe gleich viele Personen abgebrochen (42 und 44), jedoch an unterschiedlicher Stelle (Tabelle 2). Von den 86 Abbrüchen sind zwölf nach ersten allgemeinen Fragen zur Strafzumessungspraxis erfolgt, jedoch bevor Anweisungen zu den Fallvignetten erteilt wurden. Diese könnten mit dem Untersuchungsgegenstand (Strafzumessung) zusammenhängen. Die übrigen Abbrüche sind erfolgt, nachdem über das vignettengestützte Vorgehen informiert wurde. In Gruppe zwei sind die meisten Personen bei Ansicht der ersten Vignette abgesprungen. Das lässt sich wohl damit erklären, dass der Textumfang dieser Seite aufgrund der drei Vergleichsfälle erheblich und entsprechend abschreckend war. In Gruppe 1 sind die Abbrüche hingegen mehrheitlich nach der ersten Vignette erfolgt. Weil insgesamt doppelt so viele Vignetten zu beurteilen waren wie in Gruppe 2, dürfte sich die Umfrageermüdigkeit tendenziell später eingestellt haben. Dass die Abbrüche schlicht auf «survey fatigue»¹³⁴⁹ zurückzuführen sein könnten, wird auch durch die annähernd gleiche Zahl der Abbrüche in beiden Gruppen unterstützt.

Tabelle 2: Abbruchort nach Gruppen

Abbrüche	Gruppe 1	Gruppe 2
Vorfragen	6	6
Vignetten-Instruktion	4	7
erste Vignette	8	23
nach erster Vignette	24	8

1347 Allerdings sind auch keine Merkmale der Richterpopulation der Schweiz bekannt, mit welchen die eigene Stichprobe verglichen werden könnte; vgl. zum «nonresponse bias» ROGELBERG/STANTON, ORM 2007, S. 195 ff.

1348 Sog. «*differential attrition*», s. STANTCHEVA, Annu. Rev. Econ. 2023, S. 209 f.

1349 STANTCHEVA, Annu. Rev. Econ. 2023, S. 215 ff.

Insgesamt hat eine nicht zu vernachlässigende Zahl an Teilnehmenden abgebrochen, nachdem diese erfahren haben, dass für Vignetten eine Strafe zuzumessen ist. Allerdings sind keine plausiblen Gründe für die Annahme ersichtlich, dass gerade diese Gruppe homogenere Strafen zugemessen hätte als die übrigen Teilnehmenden. Daher scheint unwahrscheinlich, dass durch die Abbrüche Verzerrungen zuungunsten der Richterschaft resultieren.

IV. Resultate und Diskussion

Zunächst werden die ausgefallten Strafen für die Vignetten betrachtet und die beiden Experimentgruppen verglichen (A.). Zur weiteren Einordnung der Resultate werden die Einstellungen der Teilnehmenden zu Vergleichsfällen diskutiert (B.) und die ausgefallten Strafen mit ihren Selbst-, Fremd- und Vertretbarkeitseinschätzungen abgeglichen (C.). Dabei wird im Interesse der Lesbarkeit mit der Konvention gebrochen, zunächst nur die Resultate darzustellen und sie erst anschliessend zu besprechen. Stattdessen werden beide Schritte integriert.

Zur Interpretation der Ergebnisse ist vorab zu klären, welche Bedeutung der «statistischen Signifikanz» zukommt. Entsprechend den Konventionen der Sozialwissenschaften wird regelmässig dann von statistisch signifikanten Ergebnissen ausgegangen, wenn ein *p*-Wert von *weniger als 0,05* resultiert.¹³⁵⁰ Doch was bedeutet das? Angenommen, es soll überprüft werden, ob Unterschiede in den Strafen zwischen Teilnehmenden aus der Deutschschweiz und der lateinischen Schweiz bestehen. Die Durchschnittswerte in diesem fiktiven Beispiel sind 120 und 100 Tagessätze für die beiden Teilnehmendengruppen. Zur Überprüfung wird ein statistischer Test wie bspw. der t-Test genutzt, der zunächst annimmt (Nullhypothese), dass es keinen echten Unterschied zwischen den durchschnittlichen Strafen der beiden Gruppen gibt und die beobachtete Differenz (100 gegenüber 120 Tagessätzen) auf Zufall beruht. Der *p*-Wert gibt nun Auskunft darüber, wie wahrscheinlich es ist, solche oder noch extremere Unterschiede rein zufällig zu sehen, wenn eigentlich kein wirklicher Unterschied besteht.¹³⁵¹ Ein *p*-Wert unter 0,05 bedeutet, dass es unwahrscheinlich ist, solche Unterschiede nur durch Zufall zu beobachten (weniger als 5%). Deshalb wird bei einem *p*-Wert von weniger als 0,05 regelmässig davon ausgegangen, dass tatsächlich ein Unterschied zwischen den Gruppen existiert, die Nullhypothese (keine Unterschiede) also verworfen

1350 Teilweise auch von weniger als 0,01, vgl. dazu BORTZ/SCHUSTER 2010, S. 101.

1351 Vgl. BORTZ/SCHUSTER 2010, S. 107.

werden kann.¹³⁵² Statistisch signifikant heisst allerdings nicht zwingend auch praktisch bedeutsam.¹³⁵³

468 Während das Signifikanzniveau von 0,05 für einen einzelnen Test hinreichende Sicherheit vermittelt, ändert sich die Situation, wenn mehrere Hypothesen mit denselben Daten getestet werden. Mit zunehmender Anzahl statistischer Tests steigt auch die Chance auf falsch-positive Ergebnisse (*Alpha-fehler-Kumulierung*).¹³⁵⁴ Je mehr Tests, desto höher die Chance, dass Zusammenhänge zwischen Variablen oder Differenzen zwischen Gruppen festgestellt werden, die in Wirklichkeit gar nicht bestehen.¹³⁵⁵ Daraus ergeben sich zunächst folgende Handlungsanweisungen für die nachfolgenden Auswertungen: Erstens wird nur getestet, was zur Überprüfung der aufgestellten Hypothesen notwendig ist. Zweitens müssen die p-Werte bei mehrfachem Testen angepasst oder zumindest zurückhaltend interpretiert werden.¹³⁵⁶

469 Wenn nachfolgend die Strafen zwischen Gruppen verglichen werden, wurde zuvor immer überprüft, ob die Bedingungen für parametrische Tests eingehalten sind.¹³⁵⁷ Im Zweifel über die Vorbedingungen wurde auf eine nichtparametrische Alternative abgestellt. Anstelle des t-Tests wurde dann der Welch-t-Test (bei fehlender Varianzhomogenität) oder der Wilcoxon-Rangsummentest (bei fehlender Normalverteilung; auch Mann-Whitney-U-Test genannt)¹³⁵⁸ und anstelle von ANOVA der Kruskal-Wallis-Test verwen-

1352 Anschaulich z. G. SCHWEIZER M. 2005, S. 66 ff.

1353 BORTZ/SCHUSTER 2010, S. 112, m. w. H. Deshalb sollten wenn immer möglich zusätzlich Effektstärken berechnet werden, FIELD/MILES/FIELD 2012, S. 52.

1354 BENJAMINI/HOCHBERG, J. R. Stat. Soc. (Ser. B) 1995, S. 289 ff.

1355 Vgl. weiterführend CHEN/FENG/YI, JTD 2017, S. 1725 f. Das gilt insbesondere dann, wenn verschiedene Untergruppen derselben Stichprobe miteinander verglichen werden, vgl. SCHULZ/GRIMES, Lancet 2005, S. 1657 ff.

1356 Zur Anpassung sind grundsätzlich mehrere Methoden denkbar, wobei vorliegend auf die konservativste Korrektur nach Bonferroni abgestellt wird; vgl. zur «false discovery rate» (Falscherkennungsrate) BENJAMINI/HOCHBERG, J. R. Stat. Soc. (Ser. B) 1995, S. 289 ff. und die Gegenüberstellung der Methoden bei FIELD/MILES/FIELD 2012, S. 429; auch GROENWOLD/GOEMAN/LE CESSIE/DEKKERS, EJE 2021, S. E13.

1357 Zur Überprüfung der Normalverteilung der Variablen wurden pro Gruppe Shapiro-Wilk-Tests durchgeführt, vgl. FIELD/MILES/FIELD 2012, S. 182 ff. Die Resultate wurden anschliessend durch Betrachtung von Quantil-Quantil-Diagrammen (QQ-Plots) überprüft. Im Zweifel und aufgrund der teilweise geringen Stichprobengrösse wurde die Annahme der Normalverteilung verworfen. Zur Überprüfung der Varianzhomogenität wurden Levene-Tests durchgeführt und auf F-Tests verzichtet, vgl. BORTZ/SCHUSTER 2010, S. 128 f.; FIELD/MILES/FIELD 2012, S. 186 ff.; ferner Methodenberatung UZH, F-Test. Die Resultate dieser Vortests finden sich hinten im Anhang, Rz. 716 ff.

1358 Der t-Test für unabhängige Stichproben überprüft, ob die Mittelwerte zweier Gruppen (Stichproben) verschieden sind (vgl. Methodenberatung UZH, t-Test für unabhängige Stichproben). Neben der Unabhängigkeit der beiden Gruppen müssen die verglichenen Variablen erstens normalverteilt sein und zweitens in beiden Gruppen dieselbe

det.¹³⁵⁹ Um Zusammenhänge zwischen Variablen zu untersuchen, wurden der Pearson Chi-Quadrat-Test¹³⁶⁰ sowie Korrelationen nach Pearson und Spearman¹³⁶¹ berechnet. Die einzelnen Teststatistiken sind nachfolgend direkt bei den Resultaten oder alternativ im Anhang ausgewiesen. Alle Berechnungen wurden in der Statistik-Software «R» vorgenommen.¹³⁶²

A. Strafzumessung für Fallvignetten

In einem ersten Schritt gilt es, im Rahmen der ersten Hypothesen-Gruppe die Strafen der Teilnehmenden der Gruppe 1 näher zu analysieren (1.), bevor diese denjenigen der Gruppe 2 gegenübergestellt werden (2.). Gruppe 1 dürfte dabei ein annäherungsweise Bild davon geben, welche Strafen Richterinnen und Richter unabhängig voneinander als angemessen betrachten, weil sie nicht weiter beeinflusst wurden.¹³⁶³

1. Gruppe 1 (ohne Vergleichsfälle)

Pro memoria: Gruppe 1 hat (mit Ausnahme von zwischenzeitigen Abbrüchen) alle vier Vignetten in zufälliger Reihenfolge und ohne Vergleichsfälle beurteilt. Zunächst werden die ausgewählten Strafoptionen betrachtet (a), bevor die ausgefallten Strafen näher untersucht werden (b).

Varianz aufweisen (BORTZ/SCHUSTER 2010, S. 122). Wenn keine Normalverteilung vorliegt, sind nichtparametrische Alternativen zu prüfen (z. B. Wilcoxon-Rangsummentest [auch Mann-Whitney-U-Test], vgl. BORTZ/SCHUSTER 2010, S. 130 f.; Methodenberatung UZH, Mann-Whitney-U-Test). Wenn keine Varianzhomogenität anzunehmen ist, kann stattdessen ein Welch-t-Test durchgeführt werden, vgl. BORTZ/SCHUSTER 2010, S. 123.

1359 Der Kruskal-Wallis-Test ist eine nichtparametrische Alternative zur klassischen Varianzanalyse (ANOVA) und beantwortet die Frage, ob sich die zentralen Tendenzen einer Variable zwischen mehreren Gruppen unterscheiden, vgl. Methodenberatung UZH, Kruskal-Wallis-Test.

1360 Mit dem Pearson-Chi-Quadrat-Test wird getestet, ob zwischen zwei kategorialen Variablen ein Zusammenhang besteht. Die Nullhypothese geht davon aus, dass die Variablen unabhängig voneinander sind; vgl. übersichtlich Methodenberatung UZH, Pearson-Chi-Quadrat-Test (Kontingenztabelle); BORTZ/SCHUSTER 2010, S. 137 ff.; FIELD/MILES/FIELD 2012, S. 814 f. Bei kleiner Stichprobengröße (fünf oder weniger in einer einzelnen Zelle) wird die abgewandelte Form des exakten Fisher-Tests (Fisher-Yates-Test) empfohlen, BORTZ/SCHUSTER 2010, S. 141; FIELD/MILES/FIELD 2012, S. 816.

1361 Es handelt sich um einen verteilungsfreien Test der von ordinal skalierten Variablen ausgeht (vgl. BORTZ/SCHUSTER 2010, S. 178). Er wird entsprechend auch als nichtparametrische Alternative der Korrelation nach Pearson verwendet, vgl. FIELD/MILES/FIELD 2012, S. 223.

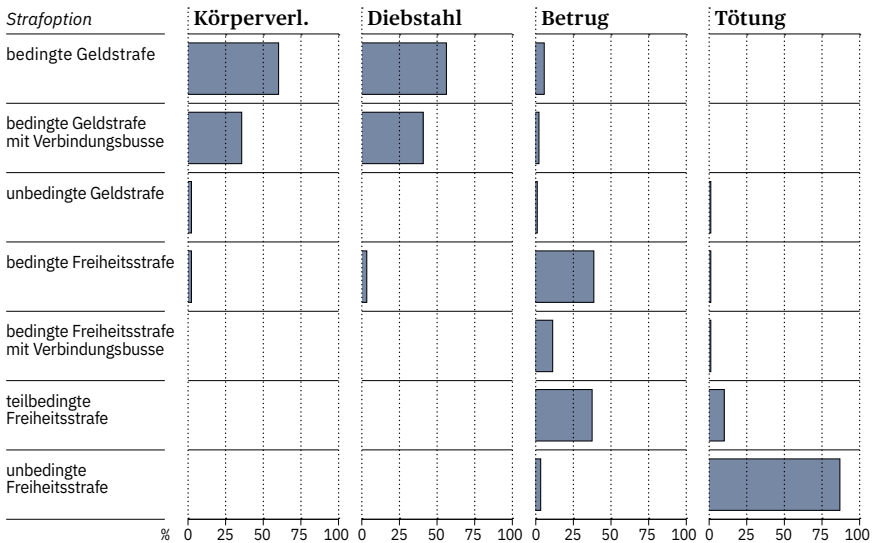
1362 Der entsprechende Code kann dem R-Skript im Anhang entnommen werden, hinten Rz. 741.

1363 Unter Berücksichtigung der Unsicherheiten im Hinblick auf die externe Validität, welche immer mit Simulationsstudien verbunden sind, vgl. vorne Rz. 404 ff.

a) Strafoptionen

- 472 Den Richterinnen und Richtern stand bei der Beurteilung der Fallvignetten die gesamte gesetzliche Auswahl der Strafen offen (mit Ausnahme der lebenslangen Freiheitsstrafe). Somit ergeben sich insgesamt neun mögliche Strafoptionen: (1.) keine Strafe (Strafbefreiung), (2.) Busse, (3.) bedingte Geldstrafe, (4.) bedingte Geldstrafe mit Verbindungsbusse, (5.) unbedingte Geldstrafe, (6.) bedingte Freiheitsstrafe, (7.) bedingte Freiheitsstrafe mit Verbindungsbusse, (8.) teilbedingte Freiheitsstrafe und (9.) unbedingte Freiheitsstrafe. Weil niemand bloss eine Busse oder gar Strafbefreiung auswählte, werden diese beiden Optionen in der folgenden Betrachtung weggelassen. Die Wahl der Strafoption ist in Abbildung 8 ersichtlich.

Abbildung 8: Strafoptionen nach Vignette (Gruppe 1)

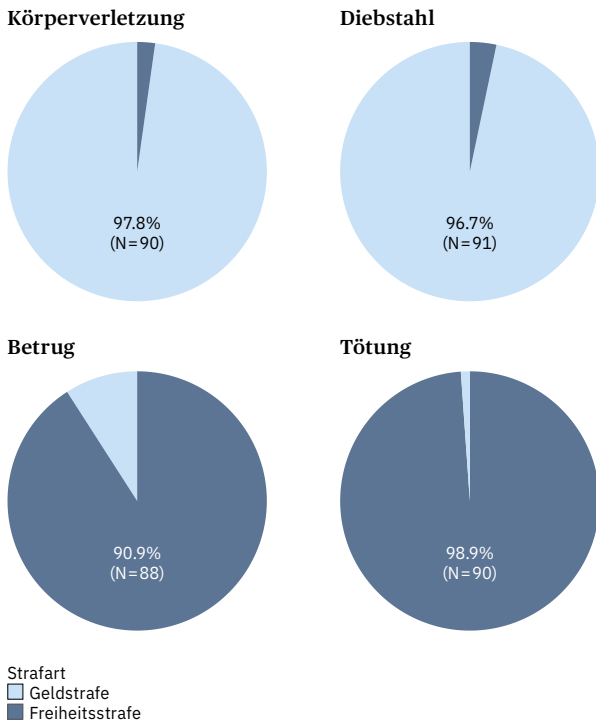


- 473 Allfällige Unterschiede in der Strafart (aa), beim Vollzug (bb) und der Frage der Verbindungsbusse (cc) werden nachfolgend näher betrachtet.

aa) Strafart

- 474 Bei der Wahl der Strafart waren sich die Teilnehmenden überwiegend einig. Je nach Vignette entschieden sich zwischen 91 % und 99 % aller Teilnehmenden für dieselbe Strafart: bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl für Geldstrafe, beim Betrug und der Tötung für Freiheitsstrafe (Abbildung 9).

Abbildung 9: Strafarten (Gruppe 1)



bb) Vollzug

Mit Ausnahme des Betrugsfalls waren sich die Teilnehmenden auch darüber einig, ob die Strafe (teil-)bedingt oder unbedingt zu vollziehen ist (Tabelle 3). Die Abweichung beim Betrug liegt primär in Differenzen über die Strafhöhe begründet.¹³⁶⁴ 475

1364 Nur fünf der insgesamt 38 Personen, welche eine teilbedingt oder unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe ausfällten, taten dies, obwohl das Strafmaß auch einen bedingten Vollzug erlaubt hätte. Bei den übrigen Teilnehmenden lag das Strafmaß über der Grenze von zwei Jahren und damit ausserhalb des bedingt ausfällbaren Bereichs.

Tabelle 3: Vollzug innerhalb häufigster Straftat (Gruppe 1)

Vignette	Straftat	bedingt	teilbedingt	unbedingt	Total
Körperverletzung	Geldstrafe	86 (97.7%)	-	2 (2.3%)	88
Diebstahl	Geldstrafe	88 (100.0%)	-	-	88
Betrug	Freiheitsstrafe	44 (55.0%)	33 (41.2%)	3 (3.8%)	80
Tötung	Freiheitsstrafe	2 (2.2%)	9 (10.0%)	79 (87.8%)	90

cc) Verbindungsbusse

- 476 Vor allem bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl bestand Uneinigkeit darüber, ob die bedingte Geldstrafe jeweils mit einer Verbindungsbusse zu verbinden ist.¹³⁶⁵ Die Mehrheit der Teilnehmenden verzichtete auf eine Verbindungsbusse (Tabelle 4).¹³⁶⁶

Tabelle 4: Bedingte Strafen mit und ohne Verbindungsbusse (Gruppe 1)

Vignette	Straftat	ohne VB	mit VB	Total
Körperverletzung	Geldstrafe	54 (62.8%)	32 (37.2%)	86
Diebstahl	Geldstrafe	51 (58.0%)	37 (42.0%)	88
Betrug	Freiheitsstrafe	34 (77.3%)	10 (22.7%)	44

- 477 Auffällig ist, dass diejenigen Teilnehmenden, welche bei beiden Vignetten eine bedingte Geldstrafe ausfällten (N = 78), bei der Frage der Verbindungsbusse tendenziell bei beiden Vignetten gleich verfahren. So legten 63 Teilnehmende entweder bei beiden (24) oder keiner der Vignetten (39) eine Verbindungsbusse fest. Lediglich 15 Personen taten dies nur bei einer der beiden Vignetten. Dies lässt sich zurückhaltend dahingehend interpretieren, dass Richterinnen und Richter tendenziell als Standardvorgehen bei bedingten Geldstrafen entweder eine Verbindungsbusse festlegen oder darauf verzichten.¹³⁶⁷ Diese Tendenz unterscheidet sich teilweise nach Kanton (Tabelle 5¹³⁶⁸).¹³⁶⁹

1365 Beim Tötungsdelikt wurden kaum bedingte Strafen ausgefällt, sodass dieses hier entfällt.

1366 Verbindungsbusse sind ausschliesslich bei *bedingten* Geld- oder Freiheitsstrafen möglich (Art. 42 Abs. 4 StGB), weshalb die Anzahl beim Betrug entsprechend geringer ausfällt und das Tötungsdelikt vernachlässigt wird.

1367 Verlässlich lässt sich eine solche Tendenz allerdings nicht anhand von bloss zwei Fällen beurteilen.

1368 VB = Verbindungsbusse.

1369 Bei den meisten Kantonen war die Teilnehmerzahl zu gering, um Tendenzen zur Verwendung von Verbindungsbusse festzustellen, weshalb nur Kantone mit mindestens fünf Antworten für die Vignetten Körperverletzung und Diebstahl aufgenommen wurden.

Tabelle 5: Kantonale Tendenzen zur Verbindungsbusse (Gruppe 1)

Kanton	Körperverletzung		Diebstahl	
	mit VB	ohne VB	mit VB	ohne VB
BE	5	3	5	3
LU	1	9	2	8
VD	4	2	3	3
VS	3	7	6	4
ZH	3	16	5	14

b) Strafmass

Um die Einheitlichkeit der Strafzumessung beurteilen zu können, müssen sich Strafen unterschiedlicher Strafarten und Vollzugsformen miteinander vergleichen lassen. Hierfür müssen sie in gleichen Einheiten ausgedrückt werden (aa).¹³⁷⁰ Anschliessend werden zunächst die ausgefallten Strafen betrachtet (bb), bevor auf regionale Unterschiede eingegangen wird (cc). Abschliessend werden die Resultate auf mögliche Störfaktoren überprüft. So würde z. B. die Vignette des Tötungsdelikts immer durch Kollegialgerichte beurteilt (dd). Teile der Vignetten lagen zudem ausserhalb der Zuständigkeit einzelner Gerichte (ee). Die Teilnehmenden haben sodann in unterschiedlichem Umfang weitere Hilfsmittel beigezogen (ff).

aa) Skalierung der Strafoptionen

Um Strafen verschiedener Strafarten in denselben Einheiten auszudrücken, sind mehrere Vorgehensweisen denkbar,¹³⁷¹ von denen zwei näher geprüft werden.¹³⁷² In der konservativen Variante wird schlicht auf die Strafeinheiten abgestellt: Ein Tagessatz Geldstrafe entspricht einem Tag Freiheitsstrafe, unabhängig davon, ob die Strafen bedingt, teilbedingt oder unbedingt zu vollziehen sind. Dieses Vorgehen hat einen zentralen Vorteil: Es entspricht der gesetzlichen Fiktion der Austauschbarkeit der Sanktionen. Die Austauschbarkeit bezieht sich zwar traditionell auf die spezialpräventive Wirkung der Strafe und fasst die kriminologische These zusammen, dass die Legalbewährung nicht wesentlich von der Sanktionsart abhängt, Letztere also austauschbar

1370 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 330; HÖFER 2003, S. 36, 44; OSWALD 1994, S. 103 ff.; ZEISEL/DIAMOND, U. Chi. Law Rev. 1975, S. 120.

1371 Vgl. HÖFER 2003, S. 36 ff.

1372 Neben den beiden Varianten finden sich noch weitere Skalen, die aber zu wenig präzise sind, um Einheitlichkeit in der Strafzumessung zu messen, weil bspw. Freiheitsstrafen von ein bis sechs Monaten alle denselben Punktwert erhalten, so z. B. ZEISEL/DIAMOND, U. Chi. Law Rev. 1975, S. 121.

sei.¹³⁷³ Der Gesetzgeber scheint die Sanktionen jedoch auch verschuldensmässig für austauschbar zu halten.¹³⁷⁴ Erstens hängt die Wahl zwischen einer Geld- und einer Freiheitsstrafe im Geldstrafenbereich (bis 180 Strafeinheiten)¹³⁷⁵ von spezialpräventiven und vollzugstechnischen Überlegungen ab und nicht vom Verschulden (Art. 41 Abs. 1 StGB).¹³⁷⁶ Bei gleichem Verschulden kann je nach spezialpräventiver Einschätzung eine Freiheits- oder eine Geldstrafe ausgefällt werden. Zweitens beträgt der gesetzliche Wechselkurs zwischen Geld- und Freiheitsstrafe 1:1. Wer seine Geldstrafe nicht bezahlt, hat eine Freiheitsstrafe zu verbüssen, «[e]in Tagessatz entspricht einem Tag Freiheitsstrafe» (Art. 36 Abs. 1 StGB).

480 Bei der Busse verhält es sich ähnlich: «Busse (im Geldsummensystem) und Geldstrafe (im Tagessatzsystem) sind qualitativ gleichwertig».¹³⁷⁷ Es wird gesetzlich zwar kein fester Umrechnungssatz von Busse zu Freiheitsstrafe festgelegt, bei Ausfällung einer Busse hat das Gericht aber zwingend eine Ersatzfreiheitsstrafe festzulegen, für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird (Art. 106 Abs. 2 StGB). Die Ersatzfreiheitsstrafe ist nach den Verhältnissen des Täters so festzulegen, dass sie seinem Verschulden entspricht, und sie kann einen Tag bis drei Monate betragen (Art. 106 Abs. 2 und 3 StGB). Wird eine bedingte Geldstrafe mit einer Busse verbunden, dann kann zur Berechnung der Ersatzfreiheitsstrafe für die Busse direkt auf den Tagessatz der Geldstrafe abgestellt werden;¹³⁷⁸ diese Kombination entspricht im Ergebnis einer

1373 ACKERMANN/CESAROV, fp 2022, S. 456, m. w. H.; BOMMER, ZStrR 2014, S. 274; FILELFI, Jusletter vom 13. Januar 2014, N 22 ff.; FINK/KOLLER, IJCA 2012, S. 8. Ob dem so ist, kann hier offenbleiben; vgl. weiterführend SINGELNSTEIN/KUNZ 2021, § 20 N 49 ff.

1374 Dazu EGE, CL 2019, S. 43 und allgemein 40 ff.; SEELMANN 2023, S. 297. Allerdings wollte der Bundesrat im Rahmen der «Harmonisierung» der Strafrahmen die Geldstrafe als Sanktion bei diversen Sexualdelikten ausschliessen, sodass einzig noch Freiheitsstrafe möglich gewesen wäre, vgl. Botschaft Harmonisierung, S. 2830. Das muss aus Sicht des Bundesrats allerdings nicht gegen Verschuldensadäquanz sprechen, denn diese Einschränkung erfolge «aus kriminalpolitischen und generalpräventiven Gründen», ebenda S. 2869. Entfernt hat der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Geldstrafe schlussendlich einzig beim neuen Tatbestand der Vergewaltigung, nArt. 190 StGB, vgl. Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts vom 16. Juni 2023, BBl 2023 1521.

1375 Für den Bereich über 180 Strafeinheiten beeinflusst das Verschulden die Wahl der Straftart insofern, als ab dieser Verschuldenshöhe von vornherein keine Geldstrafe mehr ausgesprochen werden kann (Art. 34 StGB).

1376 Kürzlich sah es das Bundesgericht in BGE 147 IV 241 unerwartet anders, wo es festhielt, dass das Gericht bei der Wahl der Straftart auch das Verschulden des Täters zu berücksichtigen habe (Regeste und E. 3.2); vgl. dazu vorne Rz. 140 ff.

1377 BGE 134 IV 82, E. 7.2.4; ferner JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 137.

1378 Im Ergebnis BGE 149 IV 321, E. 1.4.1; BGE 134 IV 60, E. 7.3.3; BGer, 6B_152/2007 vom 13. Mai 2008, E. 7.1.3; AK StGB-ACHERMANN, Art. 42 N 32; BSK StGB-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 42 N 108; HK StGB-WOHLERS, Art. 160 N 3; auch VBRS, Strafzumessungsrichtlinien, S. 44.

teilbedingten Geldstrafe.¹³⁷⁹ Diese *«umgekehrte Geldstrafenberechnung»* hat sinnvollerweise auch bei der regulären Busse stattzufinden.¹³⁸⁰ In jedem Fall muss die Ersatzfreiheitsstrafe selbst schuldadäquat sein, weshalb für die Übersetzung in Strafeinheiten direkt darauf abgestellt werden kann.

Im Ergebnis erlaubt es dieses Vorgehen also, alle vorliegend verwendeten Strafkombinationen von Busse bis 20-jähriger Freiheitsstrafe in (ein bis 7'300) neutrale Strafeinheiten zu übersetzen. Damit lassen sich statistische Auswertung ohne Weiteres bewältigen. Allerdings unterschätzt dieses Vorgehen die Varianz in den Antworten der Teilnehmenden. Eine bedingte Geldstrafe von 120 Tagessätzen unterscheidet sich doch erheblich von einer unbedingten Freiheitsstrafe von 120 Tagen.¹³⁸¹ Doch wie das Verhältnis genau liegt, ist ungeklärt. Gemäss Bundesgericht soll z. B. *«der Eingriff in die persönliche Freiheit [...] unabhängig von der Dauer der Freiheitsstrafe bzw. der Höhe des Geldstrafenbetrages stets schwerer [wiegen] als eine Vermögenssanktion»*.¹³⁸² Allerdings ist wenig plausibel, dass eine dreitägige Freiheitsstrafe immer schwerer wiegt als eine Geldstrafe von 180 Tagessätzen. Was ist, wenn die Freiheitsstrafe nur bedingt ausgefällt wird?¹³⁸³

Um solche Strafhärteunterschiede¹³⁸⁴ zwischen den Strafarten und Vollzugsformen abzubilden, werden in der Literatur zuweilen Umrechnungsfaktoren vorgeschlagen. Für die Schweiz gibt es dazu soweit ersichtlich keine empirischen Untersuchungen.¹³⁸⁵ Entsprechende Vorschläge finden sich einzig bei SIMMLER et al., die für den Vergleich von bedingten, teilbedingten

1379 So auch PCCP-DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU, Art. 42 N32; HURTADO POZO/GODEL 2023, N1100; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N1362; CR CPI-KUHN/VUILLE, Art. 42 N28.

1380 Solange die Busse überhaupt mit Blick auf das Verschulden festgelegt wurde, vgl. BGE 134 IV 60, E. 7.3.3; BSK StGB-HEIMGARTNER, Art. 106 N11 und 16; CR CPI-JEANNE-RET, Art. 106 N21; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 59, 137; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 2 N33.

1381 ACKERMANN/CESAROV, fp 2022, S. 455; BEHNSEN, MschrKrim 2020, S. 46 (*«Es ist offensichtlich, dass 30 Tagessätze Geldstrafe nicht gleich schwer wiegen wie 30 Tage verbüßte Freiheitsstrafe»*); HÖRNLE 1999, S. 171; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 4 N9 zum bedingten Vollzug und § 5 N87 zum Verhältnis von Geld- und Freiheitsstrafe; wohl auch BGE 144 IV 217, E. 3.3.3; BGE 137 IV 249, E. 3.1; BGE 134 IV 82, E. 7.2.2.

1382 BGE 144 IV 217, E. 3.3.3; BGE 137 IV 249, E. 3.1; BGE 134 IV 82, E. 7.2.2; vgl. aber zum Verhältnis von Geldstrafe und Übertretungsbusse BGE 147 IV 471, E. 5.2.

1383 Ähnlich STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N87.

1384 Für die vorliegende Untersuchung interessiert nicht primär die erlebte Strafhärte durch Verurteilte, sondern die intendierte Strafhärte durch die Richterinnen und Richter.

1385 KUHN/JAYET/VILLETZAZ 2001, S. 44 ff., umgingen das Problem dadurch, dass sie die Antwortmöglichkeiten direkt auf Freiheitsstrafen beschränkten; SCHWEIZER M. 2005, S. 118, wertete nur die Freiheitsstrafen aus.

und unbedingten Freiheitsstrafen von einem Verhältnis von 1:1,25:1,5 ausgingen.¹³⁸⁶ Dabei handelt es sich soweit erkennbar um *ad hoc* festgelegte Werte ohne nähere Begründung. Für das Verhältnis von Geld- und Freiheitsstrafe finden sich sodann keine Vorschläge.

483 Anders sieht z. B. das österreichische Strafgesetzbuch einen Umrechnungssatz von 2:1 vor: Zwei Tagessätze Geldstrafe entsprechen dort einem Tag Freiheitsstrafe (§ 19 Abs. 3 StGB/A).¹³⁸⁷ Für Deutschland liegen sodann empirische Untersuchungen von OSWALD und BEHNSEN zur Strafhärteeinschätzungen von Richterinnen und Richtern vor. Erstere stellt im Sinn eines groben Umwandlungsfaktors fest, dass die teilnehmenden Strafrichter die unbedingte Freiheitsstrafe ungefähr als doppelt so hart einschätzten als eine bedingte Freiheitsstrafe.¹³⁸⁸ Letztere legt eher ein Verhältnis von 3:1 nahe.¹³⁸⁹ Auch in der Literatur rein intuitiv festgelegte Umrechnungsfaktoren bewegen sich in diesem Rahmen: Die Mehrheit geht von einem 3:1- oder 2:1-Verhältnis zwischen unbedingten und bedingten Strafen aus.¹³⁹⁰ Auch zum Verhältnis von Geld- und Freiheitsstrafen liegen Erkenntnisse aus Deutschland dahingehend vor, dass die unbedingte Geldstrafe bei gleicher Anzahl Strafeinheiten als ungefähr gleich hart wie die bedingte Freiheitsstrafe eingeschätzt wird,¹³⁹¹ was zu einem Verhältnis von Freiheitsstrafe zu Geldstrafe von ebenfalls 3:1 oder 2:1 führt.¹³⁹²

1386 SIMMLER et al., SZK 2017, S. 9.

1387 Der Absatz lautet: «Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ist eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Ein Tag Ersatzfreiheitsstrafe entspricht dabei zwei Tagessätzen.» Im Ergebnis gleich z. B. das finnische Strafgesetzbuch, wo zwar ein Umrechnungsfaktor von 4:1 festgehalten wird, ein Tagessatz aber einen Sechzigstel des Monatseinkommens entspricht (vgl. Kapitel 2a, Abschnitte 2 und 5 finnisches Strafgesetzbuch).

1388 OSWALD 1994, S. 107.

1389 BEHNSEN, MschrKrim 2020, S. 52.

1390 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 336, für ein 3:2-Verhältnis, m. H. a BURGSTALLER/CSASZAR, ÖJZ 1985, S. 1 ff., die aber von einem 3:1-Verhältnis von Geld- und Freiheitsstrafen ausgehen, vgl. dort S. 5 («Von daher scheint uns die Fixierung des Schwereverhältnisses von bedingter und unbedingter Strafe mit 1:3 einigermassen plausibel»); HÖRNLE 1999, S. 173, für 3:1 bei Freiheitsstrafen; OPP/PEUCKERT 1971, S. 125, wohl für 2:1 bei Freiheitsstrafen; SIMMLER et al., SZK 2017, S. 9, mit 3:2; STRENG 1984, S. 90, im Ergebnis für 2:1 bei Freiheitsstrafen; vgl. für ältere Arbeiten LANGER 1994, S. 185 ff.; für eine Übersicht s. BEHNSEN, MschrKrim 2020, S. 45 ff.; GIANNOULIS 2014, S. 212 ff. Letzterer spricht sich schliesslich dafür aus, das gesetzliche Austauschverhältnis von 1:1 beizubehalten, weil sonst eine verurteilte Person im Widerrufsfall doppelt bis dreifach so hart bestraft würde, als schuldangemessen ist, ebenda S. 217 f.; vgl. ferner ACKERMANN/CESAROV, fp 2022, S. 455, zum Problem von Ersatzfreiheitstrafen, die nicht Teil der asperierten Gesamtstrafe bildeten; auch BOMMER, ZStrR 2017, S. 387 f.

1391 HÖFER 2003, S. 109; HÖRNLE 1999, S. 173; LANGER 1994, S. 189; OSWALD 1994, S. 108.

1392 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 335 f., für ein Verhältnis von unbedingter Freiheitsstrafe zu bedingter Freiheitsstrafe zu (unbedingter) Geldstrafe von 3:2:1 m. H. a BURGSTALLER/CSASZAR, ÖJZ 1985, S. 1 ff., die im Ergebnis allerdings von 6:3:1 ausgehen, da sie neben einer 3:1-Gewichtung zusätzlich die gesetzlich vorgesehene 2:1-Umrechnung von

Umrechnungsfaktoren vermögen die qualitativen Unterschiede zwischen den Strafarten und Vollzugsformen besser abzubilden als die Fiktion der Austauschbarkeit. Sie tun dies aufgrund der notwendigen Vereinfachung allerdings nur holzschnittartig und sind mit erheblichen Unsicherheiten behaftet.¹³⁹³ Sie führen zudem dazu, dass die Ergebnisse der Untersuchung nur schwer verständlich sind, weil anstelle von konkreten Strafeinheiten nur ein «*Punitivitätsscore*»¹³⁹⁴ ausgewiesen werden kann. Schliesslich beeinflusst die Wahl der Umrechnungsfaktoren die Streuungsmasse der Strafen erheblich.¹³⁹⁵ Angesichts dieser überwiegenden Nachteile wird vorliegend auf die Verwendung von Umrechnungsfaktoren verzichtet. Das bedeutet, dass bei der Analyse der ausgefallten Strafmasse nicht berücksichtigt wird, ob es sich um eine Geld- oder Freiheitsstrafe handelt und ob diese bedingt, teilbedingt oder unbedingt zu vollziehen ist.¹³⁹⁶ Damit wird die Streuung der Antworten dort unterschätzt, wo Uneinigkeit über diese Optionen bestand, was bei der Interpretation der Ergebnisse zu berücksichtigen ist.

bb) Verteilung der Strafen

Nachdem nun also alle Strafen in Strafeinheiten ausgedrückt werden können, lassen sie sich vergleichen. Bereits grafisch lässt sich eine erhebliche Streuung der Strafmasse der Teilnehmenden in Gruppe 1 erkennen (Dichteverteilung¹³⁹⁷: Abbildung 10; Box-Plot¹³⁹⁸: Abbildung 11).¹³⁹⁹

Tagessätzen in Ersatzfreiheitsstrafe einbeziehen, vgl. dort S. 6; GIANNOULIS 2014, S. 215, für 3:1 entschieden; HÖRNLE 1999, S. 171 f., für 3:1; STRENG 1984, S. 90, für 2:1.

1393 Die wenigen empirischen Untersuchungen haben gezeigt, dass das Verhältnis der Strafarten und Vollzugsformen nicht über die gesamte Skala hinweg konstant ist, sondern eher zwischen 2:1 und 3:1 variiert; vgl. die Zahlen bei BEHNSEN, MschrKrim 2020, S. 52; sowie OSWALD 1994, S. 106 ff.

1394 SIMMLER et al., SZK 2017, S. 9.

1395 Vgl. hinten im Anhang, Rz. 715.

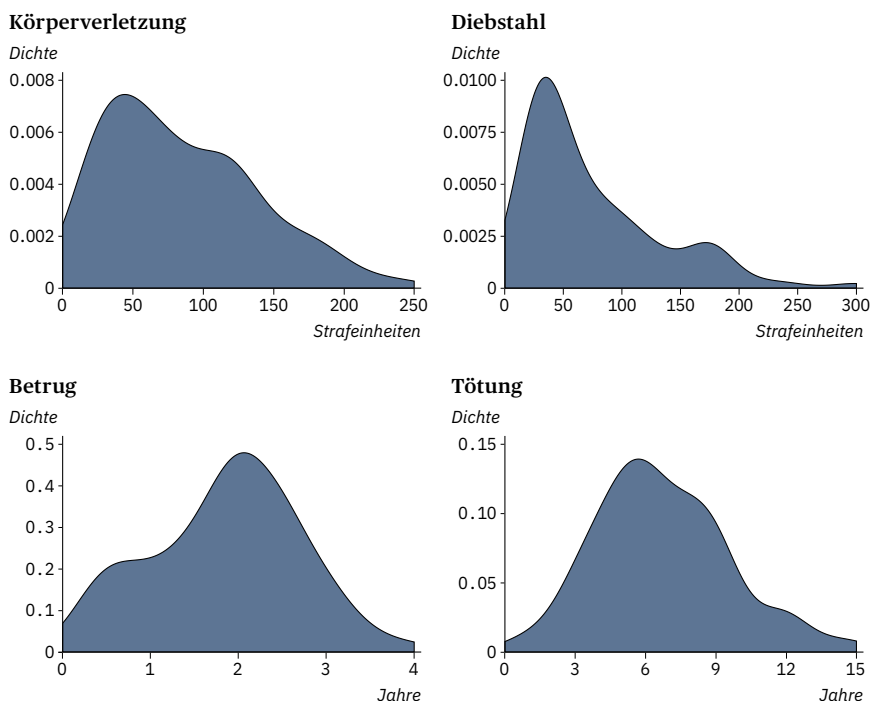
1396 Vgl. dazu GRUNDIES, in: Kriminalsoziologie 2018, S. 298.

1397 Eine Dichteverteilung ist wie folgt zu lesen: Es handelt sich um eine geglättete Version eines Histogramms und zeigt die relative Verteilung der Strafen. Der eingefärbte Bereich unter der Kurve entspricht 100 % der Antworten. Je höher der Ausschlag, desto mehr Antworten versammeln sich in diesem Bereich.

1398 Ein Box-Plot ist wie folgt zu lesen: Die Box zeigt die die mittleren 50 % der Antworten, also diejenigen vom 25. bis zum 75. Perzentil (sog. Interquartilsabstand). Die mittlere Linie zeigt den Median. Die vertikalen Linien ober- und unterhalb der Box (sog. Whisker) zeigen an, welche Werte noch innerhalb des 1,5-fachen Interquartilsabstands liegen. Werte darüber oder darunter werden i. d. R. als Extremwerte (Ausreisser) betrachtet. Die einzelnen Antworten wurden zudem als Punkte dargestellt. Deren vertikale Verteilung entspricht den ausgefallten Strafen, die horizontale Verteilung dient nur der Lesbarkeit und hat ansonsten keine Bedeutung.

1399 Die Strafen werden nach dem hier vor beschriebenen Vorgehen auf die Anzahl Strafeinheiten reduziert, wobei die Verbindungsbusse über die Anzahl Tage der Ersatzfreiheitsstrafe angerechnet wird, vgl. vorne Rz. 479 ff.

Abbildung 10: Dichteverteilung der Strafen (Gruppe 1)



486 Betrachtet man die von den Teilnehmenden ausgefüllten Strafen innerhalb der häufigsten Straftat und vor einer Hinzurechnung der Verbindungsbussen, lässt sich eine eindeutige Tendenz hin zu runden Strafmassen erkennen («Prägnanztendenz»¹⁴⁰⁰), wie sie auch schon in ausländischen Untersuchungen festgestellt werden konnte (Abbildung 12).¹⁴⁰¹ So entfallen bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl je 55 % (47 von 86) bzw. 63 % (57 von 91) der Strafen auf Vielfache von 30 Strafeinheiten. Beim Betrug wurden 65 % (51 von 79)¹⁴⁰² der Strafen entlang von Halbjahres-Schritten festgelegt und beim Tötungsdelikt sogar 85 % (70 von 82) der Strafen in ganzen Jahren ausgefällt.¹⁴⁰³

1400 ROLINSKI 1969, im Werktitel und S. 30 f.

1401 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 287 ff. («Präferenz für glatte Strafmaße»), S. 492; MAURER 2005, S. 29; ROLINSKI 1969, S. 17 ff., 30; STRENG 1984, S. 105; dazu auch KASPAR, KriPoZ 2023, S. 6; KOHN 2021, S. 121; vgl. ferner «penal clustering» bei ROBERTS/PINA-SÁNCHEZ/MARDER, Crim. Law Rev. 2018, S. 127 f. und die Resultate auf S. 129 f.

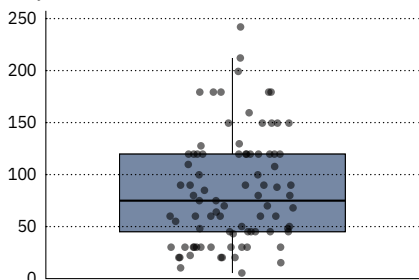
1402 Zudem entfallen sieben der acht Geldstrafen auf Vielfache von 30.

1403 Es zeigt sich dasselbe Bild, wenn alle Teilnehmenden zusammengenommen werden, vgl. hinten im Anhang, Rz. 728.

Abbildung 11: Box-Plot der Strafen (Gruppe 1)

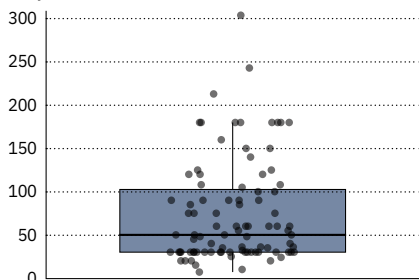
Körperverletzung

Strafeinheiten



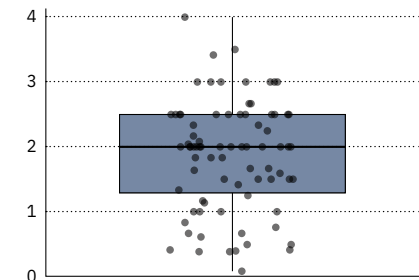
Diebstahl

Strafeinheiten



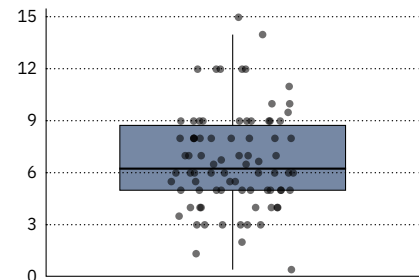
Betrug

Jahre



Tötung

Jahre



Dieser Befund wird regelmässig dahingehend interpretiert, dass die Praxis 487 das gesetzgeberisch zur Verfügung gestellte Differenzierungspotenzial nicht ausnutze und der Anspruch auf Individualisierung dadurch konterkariert werde.¹⁴⁰⁴ Das mag im Rahmen einer Analyse von realen Strafurteilen eine gewisse Berechtigung haben, lässt sich mit der vorliegenden Untersuchung jedoch kaum verlässlich feststellen. So war zu erwarten, dass bei der Beurteilung kurzer Fallvignetten eher glatte Strafmasse resultieren. Ansonsten würde eine «Scheinpräzision»¹⁴⁰⁵ suggeriert, die aufgrund der kurzen Beschreibung nicht realistisch ist.¹⁴⁰⁶ Der Präzisionsgrad nimmt dabei erwartungsgemäss mit der Strafhöhe ab.¹⁴⁰⁷

1404 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 289 und 291; KASPAR 2018, S. C 89; KOHN 2021, S. 121.

1405 Vgl. zum Begriff SCHINDLER, in: Akteure der Gerichtsbarkeit 2007, S. 149.

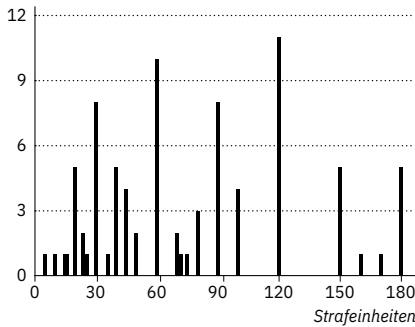
1406 Eine viel höhere Präzision wird allerdings auch bei der tatsächlichen Strafzumessung nicht anzutreffen sein, vgl. KASPAR, KriPoZ 2023, S. 6.

1407 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 291.

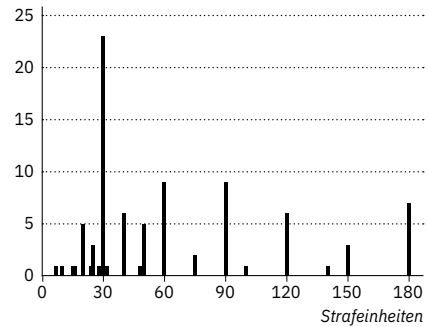
Abbildung 12: Prägnanztendenz (Gruppe 1)

Körperverletzung

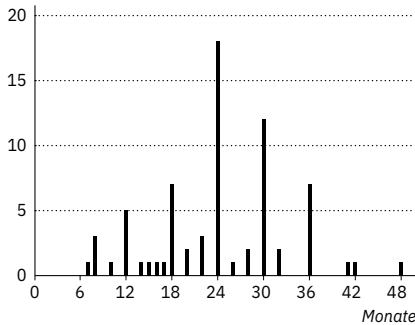
Anzahl

**Diebstahl**

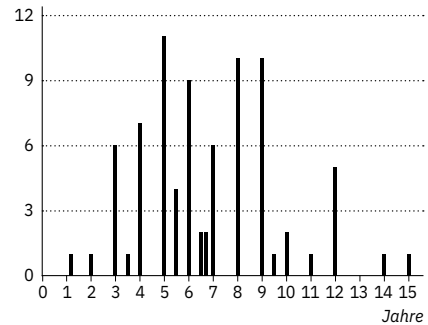
Anzahl

**Betrug**

Anzahl

**Tötung**

Anzahl



488 Beim Tötungsdelikt wurden zudem 17 von 82 Strafen unterhalb der gesetzlichen Mindeststrafe von fünf Jahren ausgefällt, was nicht grundsätzlich zu beanstanden ist, angesichts von BGE 136 IV 55 jedoch verwundert. Dort hielt das Bundesgericht fest, die Strafe sei auch bei Vorliegen von Strafmilderungsgründen in der Regel innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzulegen.¹⁴⁰⁸

489 Für eine detaillierte Analyse muss auf die konkreten Strafen und insbesondere zusammenfassende statistische Werte abgestellt werden (Tabelle 6).

1408 BGE 136 IV 55, E. 5.8; zur Kritik daran statt vieler BOMMER, ZBJV 2015, S. 355 ff.

Tabelle 6: Verteilung der Strafen (Gruppe 1)

Vignette	N ¹	Min ²	Max ³	Mittelwert ⁴	Median ⁵	SD ⁶	CV ⁷	MD ⁸
Körperverletzung	86	5	243	84.6	75	53.65	63.4	59.5
Diebstahl	91	7	304	75.1	50	59.71	79.5	61.3
Betrug	79	30	1'460	678.7	730	309.24	45.6	346.1
Tötung	82	150	5'475	2'457.8	2'281	1'039.43	42.3	1'148.0

¹ N = Anzahl Teilnehmende.

² Min = niedrigste Strafe (in Strafeinheiten).

³ Max = höchste Strafe (in Strafeinheiten).

⁴ Mittelwert = Durchschnitt aller Strafen (in Strafeinheiten).

⁵ Median = Zentralwert (in Strafeinheiten). Der Median teilt den Datensatz genau in der Mitte, sodass die eine Hälfte der Strafen gleich gross oder kleiner, die andere Hälfte gleich gross oder grösser als der Median ist.

⁶ SD = Standardabweichung (im Schnitt weichen die Strafen um diesen Betrag vom Mittelwert ab; in Strafeinheiten).

⁷ CV = Variationskoeffizient (Standardabweichung geteilt durch den Mittelwert als Prozentsatz; im Schnitt weichen die Strafen um diesen Prozentbetrag vom Mittelwert ab; in Prozent vom Mittelwert).

⁸ MD = mittlere absolute Differenz (durchschnittlicher Strafunterschied zwischen zwei zufällig ausgewählten Teilnehmenden; in Strafeinheiten).

Es lässt sich eine erhebliche Spannweite der Strafen erkennen, die bei den 490 verschiedenen Vignetten von fünf bis 243, von sieben bis 304, von 30 bis 1'460 (vier Jahre) und von 150 bis 5'475 (15 Jahre) Strafeinheiten reicht (Min und Max, Tabelle 6).¹⁴⁰⁹

Abgesehen von diesen Extremwerten lässt sich auch sonst eine erhebliche 491 Streuung ausmachen. So weichen die Strafen bei den Vignetten *Körperverletzung* und *Diebstahl* zwar im Schnitt «nur» um gerundet 54 und 60 Strafeinheiten vom Mittelwert ab (SD, Tabelle 6). Wählt man zufällig zwei Richterinnen oder Richter aus den Teilnehmenden aus, liegen deren Strafen durchschnittlich 60 bzw. 61 Strafeinheiten auseinander (MD, Tabelle 6). Was absolut nach keiner grossen Differenz klingt, erweist sich in Anbetracht der durchschnittlichen Strafen für diese Vignetten von 85 und 75 Strafeinheiten jedoch als erheblich. Relativ weichen die Richterinnen und Richter im Schnitt nämlich um 63,4 %¹⁴¹⁰ bzw. 79,5 %¹⁴¹¹ von der durchschnittlichen Strafen für diese Vignetten ab (CV, Tabelle 6).

1409 Die Spannweite ist vergleichbar mit den Resultaten der deutschen Untersuchung von STRENG, vgl. vorne Rz. 407.

1410 Bei einem mittels Bootstrapping-Verfahren ermittelten Konfidenzintervall (CI) von 95 % liegt der Wert zwischen 55,3 % und 72,3 %. Sämtliche Konfidenzintervalle wurden mittels Bootstrapping mit 1'000 Stichproben berechnet. Der Bootstrap-Algorithmus basiert auf der verzerrungsbereinigten und beschleunigten (bias-corrected and accelerated; BCa) Methode, um Verzerrungen und Asymmetrien in der Verteilung zu berücksichtigen.

1411 CI: 70,5 %, 91,5 %.

492 Bei den Vignetten *Betrug* und *Tötung* ist die relative Streuung etwas kleiner ausgefallen: Die Strafen weichen im Schnitt um 45,6%¹⁴¹² bzw. 42,3%¹⁴¹³ vom Mittelwert ab (CV, Tabelle 6). Weil aber die durchschnittlichen Strafen mit gerundet 1,9 Jahren (*Betrug*) und 6,7 Jahren (*Tötung*) deutlich höher sind, entspricht diese durchschnittliche Abweichung in absoluten Zahlen zehn Monaten (309 Strafeinheiten) beim *Betrug* bzw. 2,8 Jahren (1'039 Strafeinheiten) bei der *Tötung* (SD, Tabelle 6). Zwei zufällig ausgewählte Richterinnen oder Richter unterscheiden sich im Schnitt um 346 Strafeinheiten beim *Betrug* und 1'148 Strafeinheiten beim *Tötungsdelikt* (MD, Tabelle 6) und damit *beinahe um ein* bzw. *mehr als drei Jahre*. Hinzu kommt, dass vor allem beim *Betrug* nicht abgebildet ist, dass sich die Richterinnen und Richter auch über die Vollzugsform uneinig waren.¹⁴¹⁴

493 Während sich alle Teilnehmenden einig waren, dass das *Tötungsdelikt* das schwerste und der *Betrug* das zweitschwerste Delikt darstellen, fiel die Einordnung von *Körperverletzung* und *Diebstahl* uneinheitlich aus: Für 36% (26 von 72) war die *Körperverletzung* das leichteste Delikt, für 57% (41 von 72) hingegen der *Diebstahl*. Fünf Personen (7%) legten für beide Delikte dieselbe Strafe fest.

494 Die Gründe für die beobachtete Streuung lassen sich mit der durchgeführten Untersuchung nicht im Einzelnen ermitteln. Allerdings kann gezeigt werden, dass die Richterinnen und Richter eine unterschiedliche Grundstrenge aufweisen, was zur Streuung der Strafen beiträgt.¹⁴¹⁵ Weil strenge Personen in Einzelfällen auch sehr milde urteilen und umgekehrt, wird die Streuung noch vergrößert.¹⁴¹⁶

495 Zur Verdeutlichung der unterschiedlichen Grundstrenge kann den Teilnehmenden pro Vignette nach der Strafhöhe ein Rang zugeordnet werden. Die strengste Strafe entspricht Rang eins, die zweitstrengste Rang zwei etc. Stellt man nun auf den durchschnittlichen Rang über alle vier Vignetten hinweg ab,

1412 CI: 38,3%, 55,0%.

1413 CI: 36,8%, 50,2%.

1414 Dazu vorne Rz. 475 und 479 ff.

1415 So auch schon z. B. HOOD 1972, S. 136 f.

1416 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 70 ff., 210 ff., bezeichnen die gesamthafte Uneinheitlichkeit eines Systems wie vorliegend der Strafzumessung als «System-Noise». Dieses teilen die Autoren in «Level-Noise» (unterschiedliche Grundstrenge) und «Pattern-Noise» («Richter-Fall-Interaktion») auf. Unter Letzteres fallen sowohl «stabile» Abweichungen von der Grundstrenge (z. B. besondere Milde bei einer bestimmten Deliktsart) als auch zufällige Abweichungen im Entscheidungszeitpunkt (Tagesform, Stimmung etc.); vgl. KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 72 ff. zu CLANCY/BARTOLOMEO/RICHARDSON/WELFORD, JCLC 1981, S. 524 ff.; MIDDENDORFF, in: Strafzumessung für Verkehrsdelikte 1969, S. 21; ZEISEL/DIAMOND, U. Chi. Law Rev. 1975, S. 124.

lassen sich die Richterinnen und Richter gesamthaft in eine Rangordnung nach Strenge bringen.¹⁴¹⁷ Wären im Schnitt alle Personen annähernd gleich streng, dann würden sie alle ungefähr denselben durchschnittlichen Rang belegen.¹⁴¹⁸ Die strengste Person erreicht allerdings einen durchschnittlichen Rang von 7,8, die mildeste hingegen einen von 66,2 (Tabelle 7¹⁴¹⁹). Richterinnen und Richter unterscheiden sich also teilweise deutlich in ihrer Punitivität.

Tabelle 7: Auszug Rangliste nach Strenge (Level-Noise, Gruppe 1)

Gesamtrang	Rang KV*	Rang Diebstahl*	Rang Betrug*	Rang Tötung*	Durchschn. Rang*
1	9 (150)	3 (180)	12 (912)	7 (4'015)	7.8 (1'314)
2	9 (150)	3 (180)	12 (912)	8 (3'650)	8.0 (1'223)
3	14 (120)	14 (125)	3 (1'095)	3 (4'380)	8.5 (1'430)
...
70	66 (20)	49 (30)	56 (487)	66 (1'278)	59.2 (453)
71	54 (30)	49 (30)	68 (180)	67 (1'095)	59.5 (333)
72	72 (5)	71 (10)	72 (30)	50 (1'825)	66.2 (467)

*in Klammern findet sich jeweils die entsprechende Strafe in Strafeinheiten.

Die meisten Richterinnen und Richter sind jedoch nicht konstant streng oder mild, sondern die Positionierung hängt stark vom konkret zu beurteilenden Fall ab, was sich am besten grafisch nachweisen lässt. Abbildung 13 zeigt die jeweiligen Ränge der einzelnen Teilnehmenden pro Vignette, verbunden mit Linien. Wären die Teilnehmenden konstant streng oder mild, dann müssten die Linien tendenziell horizontal verlaufen, weil dann über alle Vignetten hinweg ungefähr derselbe Rang belegt würde. Das ist offenkundig nicht der Fall, sondern es sind erhebliche Schwankungen erkennbar.¹⁴²⁰ Viele Teilnehmende, welche bei manchen Vignetten verhältnismässig streng waren, sind bei anderen Vignetten mild und umgekehrt.

496

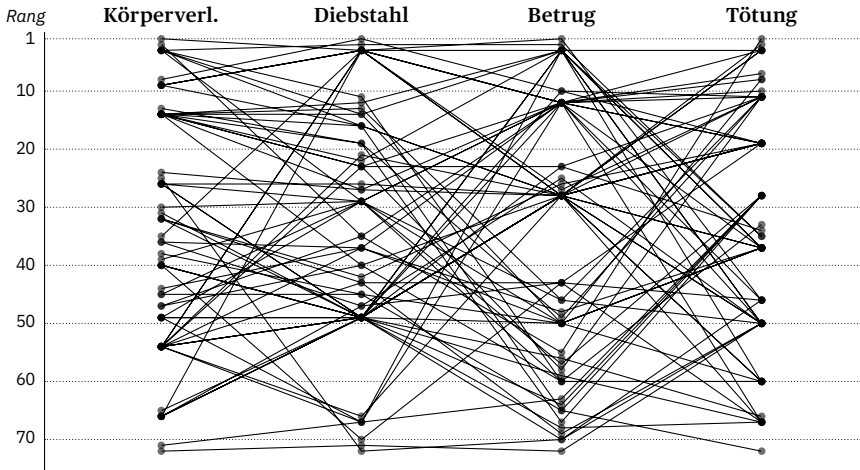
1417 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 73, stellen auf die durchschnittliche Strafe pro Richter ab, was vorliegend jedoch aufgrund der drastischen Schwereunterschiede der Vignetten dazu führen würde, dass die Strafe für das Tötungsdelikt diese Bewertung dominiert, weshalb das beschriebene Vorgehen nach Rängen gewählt wurde. Die Durchschnittsstrafe korreliert allerdings auch vorliegend stark negativ mit dem durchschnittlichen Rang, wenn auch nicht perfekt, $r_s = -0,78$, $p = 1,05 \times 10^{-15}$, $N = 72$; vgl. ferner für eine ähnliche Lösung STRENG 1984, S. 102. Für die vollständige Tabelle, s. hinten im Anhang, Rz. 737.

1418 Bei gleicher Strafe haben alle Personen denselben Rang erhalten: Folgen auf die höchste Strafe (Rang 1) zwei gleich hohe Strafen, erhalten letztere beide Rang 2. Die nächsttiefere Strafe erhält dann Rang 4.

1419 Inspiriert von Abbildung 9 von KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 70.

1420 Vgl. zum sog. «Pattern-Noise», s. Fn. 1416.

Abbildung 13: Pattern-Noise (Gruppe 1)



- 497 Im Ergebnis tragen also sowohl Unterschiede in der Grundstrenge als auch uneinheitliche Richter-Fall-Interaktion massgeblich zur gesamthaften Uneinheitlichkeit bei.¹⁴²¹ Zusammenfassend lässt sich über die Schweiz hinweg eine uneinheitliche Strafzumessung feststellen. Auf dieser nationalen Betrachtungsebene entscheidet der Zufall (die Zuteilung der Richterin oder des Richters) im Fall eines (eher leichten)¹⁴²² Tötungsdelikts über eine Strafdifferenz von durchschnittlich mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe.

1421 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 70 ff. und 76, rechnen anhand eines Beispiels vor, wie sie die verschiedenen Anteile an der gesamthaften Uneinheitlichkeit quantifizieren, wobei die absoluten Werte weniger aussagekräftig scheinen als das Verhältnis der verschiedenen Ursachen. Dieses Verhältnis drücken die Autoren mit folgender Formel aus: $\text{System-Noise}^2 = \text{Level-Noise}^2 + \text{Pattern-Noise}^2$. Zur Ermittlung von System-Noise berechnen die Autoren zunächst die durchschnittliche Varianz über alle Vignetten hinweg, ziehen davon dann die Quadratwurzel und gelangen so zur gesamthaften Standardabweichung, vgl. KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 70 und 404. So berechnet beträgt System-Noise vorliegend 517 Strafeinheiten. Um Level-Noise zu quantifizieren, muss pro Richterin und Richter sodann die durchschnittliche Strafe über alle Vignetten hinweg ermittelt werden. Level-Noise entspricht der Standardabweichung dieser durchschnittlichen Strafen und beträgt vorliegend gerundet 280 Strafeinheiten. Werden die Werte für System-Noise und Level-Noise in die obige Formel eingesetzt, lässt sich auch Pattern-Noise quantifizieren und beträgt vorliegend gerundet 435 Strafeinheiten. Damit trägt Level-Noise zu 29 % und Pattern-Noise zu 71 % zur beobachteten Uneinheitlichkeit bei. Weil bei der Berechnung mit den Strafen das Tötungsdelikt dominiert, wurden die Berechnungen mit den Rängen wiederholt, wodurch ein ausgewogeneres Verhältnis von Level- und Pattern-Noise resultiert: 44 % zu 56 %; vgl. zu ähnlichen Resultaten und weiterführend KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 212 f.

1422 Würde zur Verdeutlichung der Dimensionen die gleiche relative Verteilung bei einem schweren Tötungsdelikt mit hypothetischer Durchschnittsstrafe von 14 Jahren Freiheitsstrafe angenommen, dann betrüge die durchschnittliche Differenz zwischen

cc) Regionale Unterschiede (Region, Kanton, Gericht)

Gegen die Feststellung nationaler Uneinheitlichkeit lässt sich zunächst einwenden, dass diese Unterschiede allenfalls auf Differenzen zwischen den Sprachregionen, Kantonen oder einzelnen Gerichten zurückzuführen sein könnten. Eine beschuldigte Person sieht sich grundsätzlich nicht mit einer nationalen Zufallsauswahl aus der Richterschaft konfrontiert.¹⁴²³ Deshalb könnte die Lage besser sein, wenn die Betrachtung auf ein engeres Einzugsgebiet, wie beispielsweise die Sprachregion, den Kanton oder das Gericht eingeschränkt wird.

Um die Sprachregionen zu vergleichen, werden die französisch- und italienischsprachigen Regionen zur lateinischen Schweiz zusammengefasst.¹⁴²⁴ In der Deutschschweiz ist die Bestrafung im Schnitt über alle Vignetten hinweg strenger erfolgt. Der Unterschied ist allerdings nur bei Vignette Betrug statistisch signifikant (Tabelle 8).¹⁴²⁵ Die Streuung der Strafen unterscheidet sich nicht merklich zwischen den beiden Regionen.¹⁴²⁶ Beim Fall der Tötung ist immerhin auffällig, dass sich die Strafmasse in der lateinischen Schweiz um fünf Jahre Freiheitsstrafe sammeln (Abbildung 14).

Tabelle 8: Strafen nach Region (Gruppe 1)

Vignette	Region	N	Min	Max	Mittelwert ^a	Median	SD	CV	MD
Körperverletzung	Deutschschweiz	66	10	243	88.0	80	53.62	60.9	59.5
	Lateinische Schweiz	20	5	200	73.2	66	53.55	73.1	56.7
Diebstahl	Deutschschweiz	69	7	304	78.2	55	62.66	80.1	64.5
	Lateinische Schweiz	22	10	180	65.2	44	49.29	75.6	50.1
Betrug	Deutschschweiz	59	140	1'460	723.4	730	300.76	41.6	335.1
	Lateinische Schweiz	20	30	1'095	546.8	548	303.18	55.5	334.1
Tötung	Deutschschweiz	63	150	5'110	2'541.5	2'555	1'034.84	40.7	1'151.3
	Lateinische Schweiz	19	1'095	5'475	2'180.4	1'825	1'033.22	47.4	970.6

^aT-Test, * = p < 0.05

zwei Richterinnen und Richtern *sechseinhalb Jahre* Freiheitsstrafe (zur Berechnung wurden schlicht alle Strafen mit dem Verhältnis des hypothetischen Mittelwerts zum realen multipliziert, also mit $[14 \times 365 / 2'457,8]$).

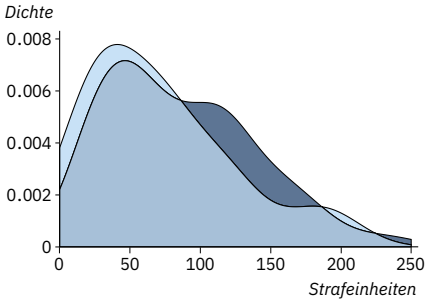
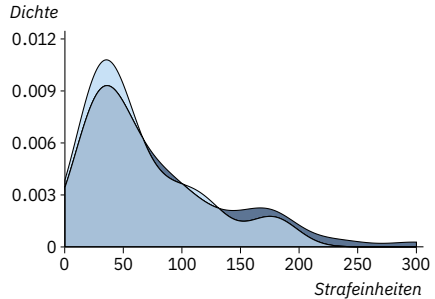
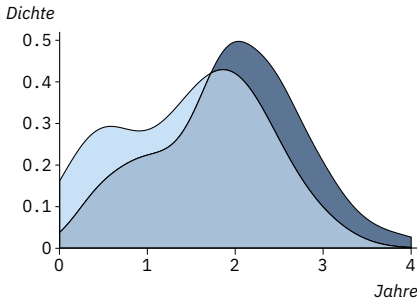
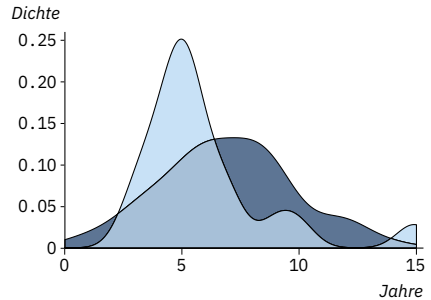
1423 Wobei mit Blick auf das Optimierungsgebot ohnehin eine national einheitliche Strafzumessung anzustreben ist, vgl. vorne Rz. 307 ff.

1424 Die Gruppe der italienischsprachigen Teilnehmenden ist mit sechs Personen im Vergleich zu den anderen beiden Gruppen zu klein für getrennte statistische Gruppenvergleiche; s. die gleiche Lösung bei KUHN/JAYET/VILLETZAZ 2001, S. 12.

1425 Bei $t(32,6) = 2,26$, $p = 0,031$, $d = 0,59$ (mittlerer Effekt). Die Strafen beim Betrug sind in beiden Gruppen approximativ normalverteilt und weisen Varianzhomogenität auf, vgl. hinten im Anhang, Rz. 724 f. Zur Kontrolle wurde ein nichtparametrischer Wilcoxon-Rangsummentest durchgeführt mit gleichem Ergebnis ($W = 778,5$, $p = 0,033$).

1426 Levene-Tests zeigten keine statistisch signifikanten Varianzunterschiede, vgl. hinten im Anhang, Rz. 725.

Abbildung 14: Dichteverteilung der Strafen nach Region (Gruppe 1)

KörperverletzungWilcoxon Rangsummentest, $W = 771$, $p = 0.26$, $n = 86$ **Diebstahl**Wilcoxon Rangsummentest, $W = 815.5$, $p = 0.6$, $n = 91$ **Betrug**T-Test, $t(32.6) = 2.26$, $p = 0.031$, $n = 79$ **Tötung**Wilcoxon Rangsummentest, $W = 770.5$, $p = 0.058$, $n = 82$ 

Region ■ Deutschschweiz
■ Lateinische Schweiz

- 500 Für Gruppenvergleiche von Kantonen und Gerichten wurden nur Organisationseinheiten mit mindestens fünf Teilnehmenden berücksichtigt.¹⁴²⁷ Wie schon im Rahmen der Hypothesen vorbehalten,¹⁴²⁸ erfüllen nur einzelne wenige diese Bedingung: die Kantone Bern, Luzern, St. Gallen, Waadt, Wallis und Zürich. Die Strafen unterscheiden sich zwischen diesen Kantonen zuweilen erheblich (Abbildung 15 und Tabelle 9).

¹⁴²⁷ Informationen über die Verteilung von Strafen von weniger als fünf Teilnehmenden statistisch oder grafisch zusammenzufassen, wäre wenig aussagekräftig und letztlich unseriös. Auch bei knapp mehr als fünf Personen sind die statistischen Auswertungen jedenfalls mit Zurückhaltung zu werten.

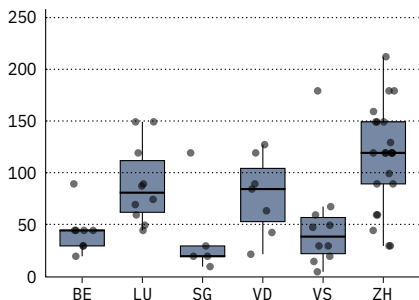
¹⁴²⁸ Vgl. vorne Rz. 427f.

Abbildung 15: Box-Plot der Strafen nach Kanton (Gruppe 1)

Körperverletzung

Kruskal-Wallis-Test, $\chi^2(5) = 23.11, p = 0.00032, n = 81$

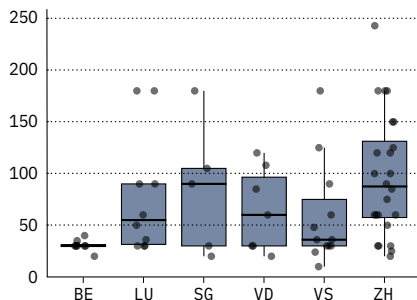
Strafeinheiten



Diebstahl

Kruskal-Wallis-Test, $\chi^2(5) = 10.6, p = 0.06, n = 81$

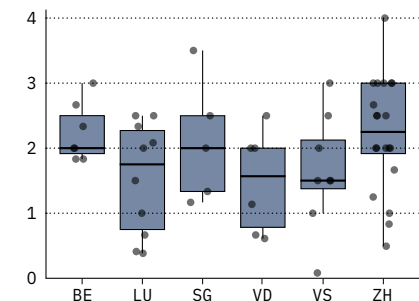
Strafeinheiten



Betrug

Kruskal-Wallis-Test, $\chi^2(5) = 7.01, p = 0.22, n = 81$

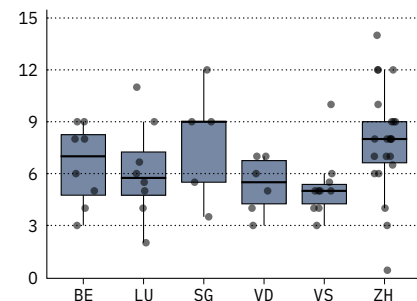
Jahre



Tötung

Kruskal-Wallis-Test, $\chi^2(5) = 10.67, p = 0.058, n = 81$

Jahre



Einzig bei der Vignette Körperverletzung unterscheiden sich die Strafen insgesamt statistisch signifikant nach Kanton ($p = 0,00032, \eta^2 = 0,24$ [starker Effekt]; Abbildung 15).¹⁴²⁹ Vergleicht man die einzelnen Kantone direkt miteinander, unterscheiden sich die Strafen aus dem Kanton Zürich von diejenigen aus den Kantonen Bern¹⁴³⁰, St. Gallen¹⁴³¹ und Wallis¹⁴³². Auch bei der

1429 Es wurde pro Vignette ein Kruskal-Wallis-Test durchgeführt. Um eine Alphafehler-Kumulierung zu vermeiden, werden grundsätzlich nur dort Paarvergleiche mittels Dunn-Tests durchgeführt, wo der Kruskal-Wallis-Test statistisch signifikant ausfiel, also nur bei der Vignette Körperverletzung (so allgemein empfohlen beim Untergruppen-Vergleich von SCHULZ/GRIMES, Lancet 2005, S. 1658 [«usually the most reliable estimate of effect for a particular subgroup is the overall effect (essentially all the subgroups combined)»]); vgl. zum multiplen Testen vorne Rz. 468 und Fn. 1356.

1430 Dunn-Test, $p = 0,012$ (Bonferroni), $p = 0,00078$ (unangepasst).

1431 Dunn-Test, $p = 0,018$ (Bonferroni), $p = 0,0012$ (unangepasst).

1432 Dunn-Test, $p = 0,011$ (Bonferroni), $p = 0,00073$ (unangepasst).

Vignette Diebstahl unterscheiden sich die Strafen der Kantone Bern und Zürich^{1433, 1434}

502 Worauf die Unterschiede insbesondere zwischen den Kantonen Bern und Zürich bei den ersten beiden Vignetten zurückzuführen sind, lässt sich mit der vorliegenden Untersuchung nicht abschliessend beantworten. Ein möglicher Grund könnte darin liegen, dass 75 % (sechs von insgesamt acht) der Teilnehmenden aus dem Kanton Bern angaben, kantonale Richtlinien beachtet zu haben, während es im Kanton Zürich nur 5 % (eine/r von 20) waren. Die Berner Richtlinien sehen für eine einfache Körperverletzung eine Referenzstrafe von 60 Strafeinheiten¹⁴³⁵ und für einen einfachen Diebstahl eine solche von 30 Strafeinheiten vor.¹⁴³⁶ Insofern scheinen die Richtlinien in Bern insbesondere beim Diebstahl zu einer deutlich geringeren Streuung als in anderen Kantonen zu führen.¹⁴³⁷ So liegen zwei zufällig ausgewählte Richterinnen oder Richter aus dem Kanton beim Diebstahl gerade einmal *fünf* Strafeinheiten auseinander, im Kanton Zürich dagegen 65. Die Zürcher Richtlinien gehen zwar für einen «Warenhausdiebstahl» ebenfalls von Strafen «ab 30 Tagessätze GS» aus.¹⁴³⁸ Sie enthalten jedoch keinen Referenzsachverhalt und wurden von den Richterinnen und Richtern gemäss eigenen Angaben auch nicht beachtet.

1433 Dunn-Test, $p = 0,03$ (Bonferroni), $p = 0,002$ (unangepasst).

1434 Weil bei den Vignetten Diebstahl und Tötung das Signifikanzniveau von 0,05 jeweils nur knapp verfehlt wurde (0,06 bzw. 0,058), rechtfertigt es sich auch dort, Post-hoc-Tests durchzuführen, zumal mit der Methode nach Bonferroni die konservativste Anpassung gewählt wurde.

1435 Der Referenzsachverhalt liegt der verwendeten Vignette relativ nahe und lautet: «Der Täter verliert bei einem verbalen Streit in einer Bar die Beherrschung und verpasst dem Opfer einen Faustschlag ins Gesicht. Dieses erleidet einen Nasenbeinbruch. Ambulante Behandlung im Spital und drei Tage Arbeitsunfähigkeit», VBRS, Strafzumessungsrichtlinien, S. 46.

1436 Der Referenzsachverhalt liegt dem hier verwendeten zumindest im Deliktsbetrag nahe und geht von einem gestohlenen Gerät im Wert von CHF 2'000.- aus (vorliegende Vignette: CHF 1'620.-): «Der Täter behändigt im Elektronik-Fachgeschäft ein Gerät im Wert von CHF 2'000.00 und verlässt das Geschäft ohne zu bezahlen», VBRS, Strafzumessungsrichtlinien, S. 47.

1437 Werden die Verbindungsbussen mitberücksichtigt, haben fünf von acht Personen genau jene 30 Strafeinheiten festgelegt und je eine Person 20, 35 und 40.

1438 OStA ZH, Strafmassempfehlungen, S. 9.

Tabelle 9: Strafen nach Kanton inkl. gesamte Schweiz (Gruppe 1)

Vignette	Kanton	N	Min	Max	Mittelwert	Median	SD	CV	MD
Körperverletzung	BE	8	20	90	43.8	45.0	21.00	48.0	19.1
	LU	10	45	150	89.8	81.5	38.37	42.7	40.4
	SG	5	10	120	40.0	20.0	45.28	113.2	36.8
	VD	7	22	128	78.9	85.0	38.75	49.1	40.7
	VS	10	5	180	50.6	39.0	49.75	98.3	44.5
	ZH	22	30	213	115.4	120.0	49.28	42.7	54.0
	CH	86	5	243	84.6	75.0	53.65	63.4	59.5
Diebstahl	BE	8	20	40	30.6	30.0	5.63	18.4	5.2
	LU	10	30	180	77.6	55.0	58.57	75.5	57.4
	SG	5	20	180	85.0	90.0	64.61	76.0	63.2
	VD	7	20	120	64.7	60.0	40.36	62.4	41.7
	VS	11	10	180	60.8	36.0	51.39	84.5	49.8
	ZH	24	20	243	96.8	87.5	59.86	61.8	65.4
	CH	91	7	304	75.1	50.0	59.71	79.5	61.3
Betrug	BE	7	669	1'095	816.9	730.0	164.21	20.1	163.9
	LU	10	140	912	561.2	639.0	313.60	55.9	333.9
	SG	5	426	1'278	766.6	730.0	345.76	45.1	340.6
	VD	6	223	912	542.2	572.5	288.06	53.1	290.1
	VS	8	30	1'095	597.0	548.0	326.77	54.7	335.5
	ZH	20	180	1'460	810.4	821.0	319.17	39.4	345.0
	CH	79	30	1'460	678.7	730.0	309.24	45.6	346.1
Tötung	BE	8	1'095	3'285	2'372.5	2'555.0	850.42	35.8	889.7
	LU	8	730	4'015	2'243.2	2'099.0	1'027.96	45.8	1'066.4
	SG	5	1'278	4'380	2'847.2	3'285.0	1'214.44	42.7	1'197.0
	VD	6	1'095	2'555	1'946.7	2'007.5	596.04	30.6	608.3
	VS	10	1'095	3'650	1'916.3	1'825.0	684.21	35.7	616.9
	ZH	22	150	5'110	2'885.3	2'920.0	1'133.85	39.3	1'204.9
	CH	82	150	5'475	2'457.8	2'281.0	1'039.43	42.3	1'148.0

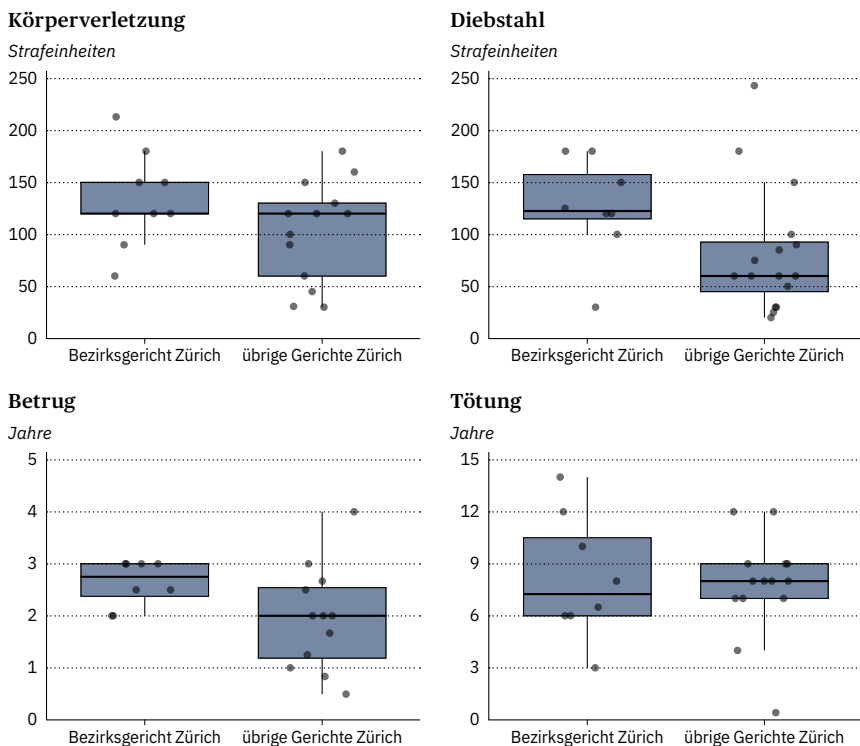
Weil die Stichproben je nach Kanton nur eine Handvoll Personen umfassen, sind die ausgewiesenen Werte und Unterschiede zurückhaltend zu interpretieren.¹⁴³⁹ Insgesamt kann jedoch nicht zuverlässig davon ausgegangen werden, das föderalistische System Sorge innerhalb seiner Einheiten für eine gewisse Einheitlichkeit. Zwar sind die Strafen innerhalb einiger Kantone teilweise absolut (SD und MD, Tabelle 9) und relativ (CV, Tabelle 9) einheitlicher ausgefallen. Je nach Vignetten und Kanton unterscheiden sich die Werte hingegen kaum vom nationalen Durchschnitt oder liegen noch darüber.

Ein Vergleich einzelner Gerichte ist sodann gar nicht möglich, weil nur vom Bezirksgericht Zürich mindestens fünf Antworten pro Vignette eingegangen

¹⁴³⁹ Bei kleiner Stichprobengrösse werden die Streuungsmasse stark durch einzelne Extremwerte beeinflusst.

sind. Diese lassen sich immerhin mit den übrigen Teilnehmenden aus dem Kanton Zürich vergleichen (Abbildung 16).¹⁴⁴⁰

Abbildung 16: Box-Plot der Strafen nach Gerichte ZH (Gruppe 1)



505 Zunächst ist erkennbar, dass sich das Strafniveau zumindest beim Diebstahl erheblich zu unterscheiden scheint. Weiter scheinen die Strafen der Teilnehmenden des Bezirksgerichts Zürich bei den ersten drei Vignetten einheitlicher als diejenigen der übrigen Teilnehmenden des Kantons Zürich. Die Ausnahme bildet ausgerechnet das Tötungsdelikt, wo die Strafen eher noch weiter gestreut sind. Dieser Befund muss im Folgenden jedoch insofern relativiert werden, als die Teilnehmenden insbesondere das Tötungsdelikt nie wie vorliegend allein, sondern immer als Teil eines Kollegialgerichts zu beurteilen hätten (Art. 19 Abs. 2 StPO *e contrario*).

1440 Auf statistische Tests und Darstellung der genauen Zahlen wird angesichts der kleinen Stichproben und der damit einhergehenden Anfälligkeit für Ausreisser sowie der Problematik des multiplen Testens verzichtet. Stattdessen werden die Gruppen anhand der grafischen Darstellung verglichen.

dd) Kollegialgerichte

Die psychologische Forschung zur Qualität von Gruppen- gegenüber Einzel- 506
entscheidungen ist komplex. So lässt sich zwar immer wieder ein gewisser
«Wisdom of crowds»-Effekt¹⁴⁴¹ nachweisen.¹⁴⁴² Die Evidenz ist allerdings
nicht eindeutig genug, um zu behaupten, Gruppenentscheide seien denje-
nigen von Einzelpersonen per se überlegen.¹⁴⁴³ Vielmehr kommt es auf die
Details des Entscheidungsprozesses an und darauf, woran die Qualität gemes-
sen wird.¹⁴⁴⁴ Gruppenentscheide scheinen resistenter gegen gewisse verzer-
rende Effekte und anfälliger für andere.¹⁴⁴⁵ Sie können auch zu schlechteren
(extremere) Entscheiden führen, z. B. weil die einzelnen Mitglieder hinter
einem Schild der Anonymität entscheiden können.¹⁴⁴⁶

Gerade wenn es um numerische Entscheidungen geht, konnte in frühe- 507
ren Studien gezeigt werden, dass in der Regel bessere Ergebnisse resultieren,
wenn die einzelnen Entscheide aggregiert werden und dann auf den Mittel-
wert oder Median abgestellt wird.¹⁴⁴⁷ Entscheidend ist jedoch, dass die einzel-
nen Personen unabhängig voneinander urteilen.¹⁴⁴⁸ Beratungen machen die
Ergebnisse gegenüber einem strikten Verfahren der Aggregation durch Ab-
stellen auf den Median uneinheitlicher.¹⁴⁴⁹ Zwar zeigen einzelne Studien, dass
Gruppen bei Uneinigkeit zuweilen zum Mittelwert bzw. Median tendieren,¹⁴⁵⁰
sich Extrempositionen so also im Optimalfall ausgleichen.¹⁴⁵¹ Dieser Effekt

1441 Dieser Effekt ist kein psychologischer, sondern beschreibt ein mathematisches Aggregat individueller Entscheidungen bzw. Schätzungen, so LORENZ/RAUHUT/SCHWEITZER/HELBING, PNAS 2011, S. 9020.

1442 Vgl. TINDALE/WINGET, in: Oxford Research Encyclopedia of Psychology 2019, S. 2, m. w. H.; auch HSIEH/FIFIĆ/YANG, CR:PI 2020, S. 2; zusammengefasst auch bei KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 94 ff.

1443 GERSHONI, J. Public Econ. 2021, S. 1; HSIEH/FIFIĆ/YANG, CR:PI 2020, S. 3.

1444 GERSHONI, J. Public Econ. 2021, S. 1, m. w. H.

1445 KUGLER/KAUSEL/KOCHER, WIREs Cogn. Sci. 2012, S. 472; TINDALE/WINGET, in: Oxford Research Encyclopedia of Psychology 2019, S. 2; ZAMIR/TEICHMAN 2018, S. 559.

1446 So gezeigt anhand von Schiedsentscheiden in den USA: GERSHONI, J. Public Econ. 2021, S. 8 ff.

1447 TINDALE/WINGET, in: Oxford Research Encyclopedia of Psychology 2019, S. 3f., m. w. H.

1448 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 272 («*Regardless of diversity, aggregation can only reduce noise if judgements are truly independent*»).

1449 So z. B. für Jury-Beratungen: SCHKADE/SUNSTEIN/KAHNEMAN, Col. Law Rev. 2000, S. 1143 («*deliberating juries produce more unpredictability than was observed for statistical juries*»); Zusammenfassung bei KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 104 ff.

1450 Vgl. übersichtlich KERR/TINDALE, Annu. Rev. Psychol. 2004, S. 634f., m. w. H.; TINDALE/WINGET, in: Oxford Research Encyclopedia of Psychology 2019, S. 9 f.; ferner CASARI/ZHANG/JACKSON, Exp. Econ. 2016, S. 766 und 780f.

1451 SPITZER/TALLEY, J. Law Econ. & Org. 2013, S. 642 ff., m. w. H.; vgl. weiterführend zu Panel-Effekten in der Justiz ENGEL, JELS 2022, S. 1181 ff.

hängt allerdings davon ab, ob ein Gegengewicht vorhanden ist. Fehlt dieses, können sich gleichgesinnte Richterinnen und Richter auch gegenseitig in die entsprechende Richtung verstärken.¹⁴⁵² Auch werden sich dominierende Persönlichkeiten eher durchsetzen.¹⁴⁵³ Wird eine Einigung erzielt, stellt sich ein psychologischer Befriedigungseffekt ein, der von den Beteiligten als Indikator für die Richtigkeit des Ergebnisses fehlinterpretiert wird.¹⁴⁵⁴ Was sich nach Einmitten anfühlt, muss also nicht zwingend Einmitten bedeuten.

508 Mit der vorliegenden Untersuchung lässt sich nicht feststellen, wie die Strafen ausgefallen wären, wenn sich die Teilnehmenden in Kollegialgerichten beraten hätten. Es ist jedoch mit Blick auf die psychologische Forschung anzunehmen, dass sich die Strafen weniger gestreut hätten, wenn in Dreiergremien entschieden worden wäre, mithin also weniger Noise anzutreffen wäre. Im Optimalfall (hinsichtlich Noise-Reduktion) würden alle Kollegialgerichte von ihren Mitgliedern zunächst eine individuelle Strafzumessung einholen und diese dann aggregieren, indem sie auf den Median (die mittlere Strafe der drei) abstellen. Soweit bekannt folgen schweizerische Strafgerichte keiner solchen Entscheidungsregel. Zum strafgerichtlichen Entscheidungsprozess regelt die StPO nur zweierlei: Erstens ist er geheim und zweitens nimmt der Gerichtsschreiber bzw. die Gerichtsschreiberin mit beratender Stimme teil (Art. 348 Abs. 1 und 2 StPO).¹⁴⁵⁵ Es dürften sich also je nach Gericht oder Kammer verschiedene Vorgehensweisen etabliert haben, die auch unterschiedlich geeignet sind, Noise zu reduzieren. Die Streuung dürfte deshalb irgendwo zwischen der Optimalvariante (Aggregation unabhängiger Einzelentscheide mittels Medians) und den vorliegenden unabhängigen Einzelentscheiden liegen.

1452 So konnte in einem natürlichen Experiment für Griechenland sogar gezeigt werden, dass dort Dreiergremien mehr Varianz produzieren als Einzelgerichte, vgl. ALYSANDRATOS/KALLIRIS, Working Paper (SSRN) 2021, S. 3, allerdings ist die Studie bisher erst als Working Paper veröffentlicht und insofern nicht peer reviewed; vgl. auch *«group polarization»* bei SUNSTEIN/SCHKADE/ELLMAN/SAWICKI 2006, zusammenfassend, S. 11f., ausführlicher S. 19 ff.; auch CROSS/TILLER, YLJ 1998, S. 2169 ff.; KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 103 ff.; ZAMIR/TEICHMAN 2018, S. 559.

1453 STRENG, StV 2018, S. 594; WALTER, Richterzeitung 2005, N 20.

1454 LORENZ/RAUHUT/SCHWEITZER/HELBING, PNAS 2011, S. 9024.

1455 Anders z. B. in Deutschland das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz vom 9. Mai 1975 (GVG/D). Dort wird erstens vorgeschrieben, in welcher Reihenfolge die Mitglieder stimmen (Berichterstatter zuerst, dann Jüngere vor Älteren, Vorsitzende zuletzt, § 197 GVG/D). Zweitens gilt bei Uneinigkeit (z. B. Strafmass) eine Entscheidungsregel, welche bei einem 3er-Gremium der Aggregation mittels Median gleichkommt (§ 196 Abs. 3 GVG/D: *«Bilden sich in einer Strafsache, von der Schuldfrage abgesehen, mehr als zwei Meinungen, deren keine die erforderliche Mehrheit für sich hat, so werden die dem Beschuldigten nachteiligsten Stimmen den zunächst minder nachteiligen so lange hinzuzurechnen, bis sich die erforderliche Mehrheit ergibt»*). Auch diese Lösung verhindert jedoch keine negativen Effekte der Gruppendynamik, vgl. ROLINSKI 1969, S. 41.

Um das maximale Vereinheitlichungspotenzial von Gremiumsentscheiden zu verdeutlichen, wird die Optimalvariante anhand des Bezirksgerichts Zürich simuliert.¹⁴⁵⁶ Dazu werden aus den acht Teilnehmenden des Bezirksgerichts Zürich in Gruppe 1 alle möglichen Dreierkombinationen (insgesamt 56) gebildet und von diesen jeweils der Median (die mittlere Strafe der drei) extrahiert. Um diese 56 simulierten Kollegialentscheide den acht tatsächlichen Teilnehmenden gegenüberzustellen, werden wiederholt zufällig acht Stichproben gezogen.¹⁴⁵⁷ Die durchschnittlichen Werte der simulierten Gremiumsentscheide können so den tatsächlichen Einzelentscheiden gegenübergestellt werden (Tabelle 10).

Tabelle 10: Simulation Kollegialgericht Bezirksgericht Zürich (Gruppe 1)

Zusammensetzung	Min	Max	Mean	Median	SD	CV
Einzeln nach Umfrage	1'095.0	5'110.0	2'988.4	2'646.0	1'315.83	44.0
Simuliertes 3er-Gremium	2'204.6	4'015.7	2'868.1	2'690.8	701.10 [292.7, 998.5]	24.2 [11.9, 33.4]

Würden Kollegialgerichte im Falle des Bezirksgerichts Zürich tatsächlich auf die Mediane der Einzelstrafen ihrer Mitglieder abstellen, dann liesse sich die Streuung der Strafen vorliegend beinahe halbieren (Tabelle 10). Dieses Ergebnis überrascht nicht, wird doch die Streuung durch dieses Vorgehen mathematisch zwingend reduziert (gemessen anhand von SD und CV),¹⁴⁵⁸ weil sowohl die niedrigste als auch die höchste Strafe nie extrahiert werden und weil höhere und tiefere Strafen generell eine geringere Chance haben, mit diesem Vorgehen als Median selektiert zu werden.¹⁴⁵⁹ Soweit bekannt wenden Gerichte nicht systematisch eine solche Aggregierungs-Regel an. Richterinnen und Richter müssten zudem unabhängig voneinander ein Strafmass festlegen,

1456 Dabei handelt es um ein Gedankenexperiment, um den mathematischen Effekt der Aggregation mittels Medians zu verdeutlichen. Allfällige Dynamiken im Kollegialorgan werden ausgeblendet.

1457 Konkret wurden aus den acht verfügbaren Einzelentscheiden des Bezirksgerichts Zürich 1000mal acht zufällige 3er-Stichproben gezogen, davon je der Median extrahiert und von diesen acht Medianen dann die SD und der CV berechnet. Damit konnten Konfidenzintervalle sowohl für SD als auch für CV berechnet werden. Mit einer Sicherheit von 95% liegt die SD der simulierten Gremiumsentscheide zwischen 292,7 und 998,5 und der CV zwischen 11,9 und 33,4. Die Werte der acht Einzelentscheide (SD = 1'315,83, CV = 44,03) liegen beide deutlich ausserhalb dieser Konfidenzintervalle, was darauf hindeutet, dass die Differenz statistisch signifikant ist.

1458 Vgl. KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 104, zum Abstellen auf den Mittelwert (*«the noise present in the independent, individual judgments is always reduced by averaging them»*).

1459 Zur Verdeutlichung: Die geringste und die höchste Strafe können bei drei Strafmassen nie die mittlere Strafe darstellen, die zweitgeringste und zweithöchste nur dann, wenn sich die geringste bzw. die höchste Strafe ebenfalls im Gremium befindet etc.

weshalb das tatsächliche Potenzial von Kollegialgerichten, Noise zu reduzieren, nicht überschätzt bzw. zunächst näher untersucht werden sollte.¹⁴⁶⁰

ee) Sachliche Zuständigkeit

- 511 In der vorliegenden Untersuchung konnte nicht verhindert werden, dass einzelne Teilnehmende Vignetten zu beurteilen hatten, für welche sie in Wirklichkeit sachlich nicht zuständig wären. Als Kontrolle soll deshalb überprüft werden, ob sich an den hiervor getroffenen Aussagen etwas ändert, wenn die Antworten von unzuständigen Teilnehmenden ausgeschlossen werden. Aufgrund der Zuständigkeit von kantonalen Spezialgerichten wären die Bezirksgerichte Luzern, Kriens, Hochdorf, Willisau (alle LU)¹⁴⁶¹ sowie Schwyz, Gersau, March, Einsiedeln, Küsnacht, Höfe (alle SZ)¹⁴⁶² und die Pretura penale (TI)¹⁴⁶³ bei den Vignetten Betrug und Tötung sachlich nicht zuständig. Die Wirtschaftsstrafgerichte in Bern und Freiburg werden sodann kaum je eine vorsätzliche Tötung beurteilen müssen.¹⁴⁶⁴ Während die Vignetten Körperverletzung und Diebstahl nicht per se in den Spezialisierungsbereich von Wirtschafts- und kantonalen Strafrichtern fallen, wird vorliegend davon ausgegangen, Spezialgerichte müssten solche Bagatelldelikte als «Beifang» zu Wirtschaftsstrafällen oder schweren Straftaten ebenfalls beurteilen können.¹⁴⁶⁵

1460 Vgl. STRENG 1984, S. 307 («Regionale und lokale Unterschiede werden ja durch das Kollegialprinzip ebensowenig beseitigt wie Unterschiede aus den sich überlappenden Zuständigkeiten verschiedener Gerichtsebenen; darüber hinaus ist nicht zu übersehen, daß wegen der kleinen Anzahl von Richtern im Kollegium der Grad an erreichbarer Inter-subjektivität bzw. Repräsentativität der Wertungen nur recht gering sein kann»).

1461 Die Beurteilung einer vorsätzlichen Tötung sowie eines Betrugs mit Deliktssumme über CHF 30'000.- fällt in Luzern in die Zuständigkeit des kantonalen Kriminalgerichts, § 33 Abs. 1 und 3 Gesetz über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren vom 10. Mai 2010 (JusG/LU, SRL Nr. 260).

1462 Im Kanton Schwyz beurteilt das kantonale Strafgericht Anklagen wegen vorsätzlicher Tötung generell und wegen Betrugs bei einem Deliktstrafbetrag ab CHF 12'000.-, vgl. § 20 Abs. 1 lit. a Justizgesetz vom 18. November 2009 (SR SZ 231.110).

1463 Die Pretura penale ist zuständig für die Beurteilung von Verbrechen und Vergehen, für welche die Staatsanwaltschaft maximal eine Freiheitsstrafe von drei Monaten beantragt, Art. 41 Abs. 1 lit. b, Legge sull'organizzazione giudiziaria des Kantons Tessin vom 16. Mai 2006 (LOG/TI, RL 177.100).

1464 Soweit ersichtlich definiert das Berner Gesetz die sachliche Zuständigkeit des kantonalen Wirtschaftsstrafgerichts nicht näher. Auf dessen Website wird der Zuständigkeitsbereich wie folgt umschrieben: «Das Kantonale Wirtschaftsstrafgericht behandelt Strafsachen mit Schwerpunkt im Vermögensstrafrecht, in der Urkundenfälschung oder in der Geldwäscherei»; der freiburgische Artikel 79 Loi sur la justice vom 31. Mai 2010 (RSF 130.1) lautet: «Le Tribunal pénal économique connaît des affaires portant, pour l'essentiel, sur des infractions contre le patrimoine ou des faux dans les titres, si leur examen requiert des connaissances économiques spéciales ou l'appréciation d'un grand nombre de moyens de preuve écrits.»

1465 So ausdrücklich für Luzern, § 33 Abs. 4 JusG/LU.

Insgesamt ändern sich die zentralen Tendenzen und die Streuungsmasse bei den Strafen für die Vignetten Betrug und Tötung kaum, wenn unzuständige Teilnehmende ausgeschlossen werden (Tabelle 11). Dies, obwohl unzuständige Teilnehmende beim Betrug deutlich tiefere Strafen ausgefällt haben (Abbildung 17).¹⁴⁶⁶

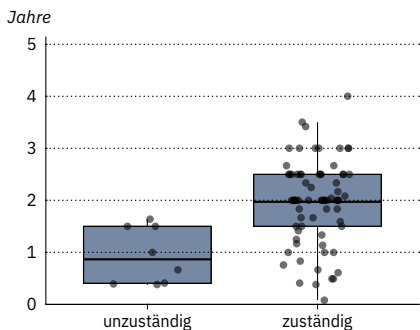
Tabelle 11: Strafen nach Zuständigkeit (Betrug & Tötung, Gruppe 1)

Vignette	Zuständigkeit	N	Min	Max	Mittelwert	Median	SD	CV	MD
Betrug	unzuständig	8	140	598	342.0	304	199.14	58.2	204.4
	zuständig	71	30	1'460	716.6	730	296.95	41.4	328.7
	alle	79	30	1'460	678.7	730	309.24	45.6	346.1
Tötung	unzuständig	7	730	2'190	1'746.9	2'008	556.16	31.8	536.3
	zuständig	75	150	5'475	2'524.2	2'464	1'051.32	41.7	1'163.6
	alle	82	150	5'475	2'457.8	2'281	1'039.43	42.3	1'148.0

Abbildung 17: Box-Plot der Strafen nach Zuständigkeit (Betrug & Tötung, Gruppe 1)

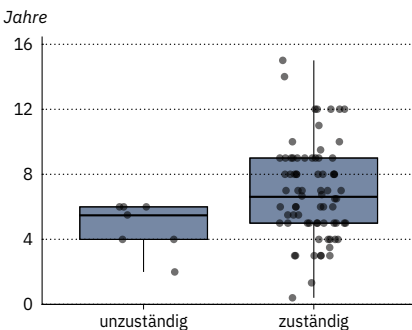
Betrug

Wilcoxon Rangsummentest, $W=81, p=0.00093, n=79$



Tötung

Wilcoxon Rangsummentest, $W=144.5, p=0.05, n=82$



ff) Verwendung eigener Hilfsmittel

Um die externe Validität nicht weiter einzuschränken, wurden die Teilnehmenden in Gruppe 1 gebeten, bei der Strafzumessung so vorzugehen, wie sie das auch in realen Fällen tun würden. Entsprechend stand es jeder RichterIn und jedem Richter offen, eigene Hilfsmittel beizuziehen. Deshalb ist es grundsätzlich nicht als Störfaktor zu betrachten, wenn einzelne Teilnehmende das getan haben und andere nicht, weil es in Realität ähnlich unterschiedlich aussehen dürfte. Dennoch muss überprüft werden, ob die beobachteten Differenzen

¹⁴⁶⁶ Wilcoxon-Rangsummentest, $W = 81, p = 0,00093, r = 0,37$ (moderater Effekt).

allenfalls durch die unterschiedliche Verwendung von Hilfsmitteln zustande gekommen sind. Die Teilnehmenden wurden nach der Strafzumessung für die Vignetten zu den verwendeten Hilfsmitteln befragt, wobei in Gruppe 1 folgende Antworten ausgewählt wurden (N = 81, Tabelle 12):

Tabelle 12: Verwendung von Hilfsmitteln (Gruppe 1)

Hilfsmittel	N	Prozent
Keine Hilfsmittel	51	63.0
Vergleichsfälle	23	28.4
Kant. Richtlinien	9	11.1
Andere	6	7.4
Literatur	3	3.7
Interne Richtlinien	2	2.5
SSK-Richtlinie	1	1.2

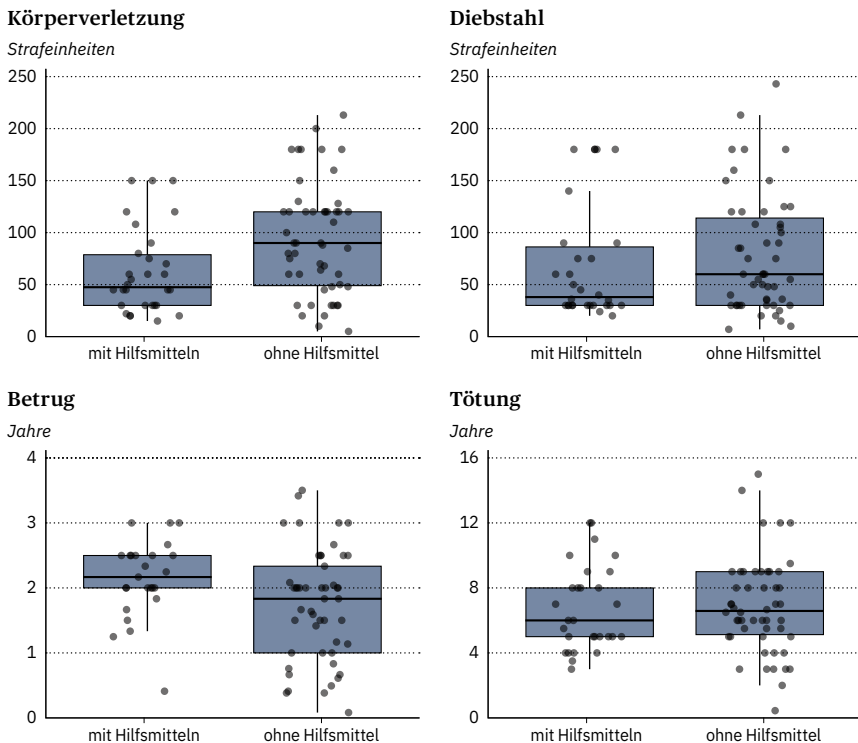
- 514 Insgesamt unterscheiden sich die Strafen zwar teilweise danach, ob eigene Hilfsmittel verwendet wurden. Allerdings scheint der Ausschluss derjenigen Teilnehmenden, welche weitere Hilfsmittel beigezogen haben, in der Tendenz nicht vorteilhafter für die Richterschaft, weil die auszuschliessenden etwas konsistenter Strafe zugemessen haben (Tabelle 13, Abbildung 18).¹⁴⁶⁷

Tabelle 13: Strafen nach Verwendung eigener Hilfsmittel (Gruppe 1)

Vignette	Hilfsmittel beigezogen?	N	Min	Max	Mittelwert	Median	SD	CV	MD
Körperverletzung	Ja	30	15	150	62.3	47.5	41.22	66.1	43.7
	Nein	51	5	213	93.7	90.0	53.85	57.5	60.4
	alle	81	5	213	82.1	70.0	51.58	62.9	57.5
Diebstahl	Ja	30	20	180	69.0	38.0	56.61	82.0	55.3
	Nein	51	7	243	78.8	60.0	56.74	72.0	61.2
	alle	81	7	243	75.1	55.0	56.54	75.2	59.9
Betrug	Ja	25	150	1'095	779.6	791.0	218.41	28.0	230.5
	Nein	49	30	1'278	634.0	669.0	311.71	49.2	350.6
	alle	74	30	1'278	683.2	730.0	290.48	42.5	324.8
Tötung	Ja	29	1'095	4'380	2'441.8	2'190.0	950.04	38.9	1'041.6
	Nein	50	730	5'475	2'543.5	2'402.5	1'034.51	40.7	1'122.7
	alle	79	730	5'475	2'506.1	2'372.0	999.37	39.9	1'101.7

¹⁴⁶⁷ So wäre bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl die relative Streuung ohne Teilnehmende, welche Hilfsmittel beigezogen haben, zwar geringer ausgefallen (CV), die absoluten Streuungsmasse jedoch leicht höher (SD, MD). Bei den Vignetten Betrug und Tötung wären sowohl die relativen als auch die absoluten Streuungsmasse höher ausgefallen.

Abbildung 18: Box-Plot der Strafen nach Verwendung eigener Hilfsmittel (Gruppe 1)



2. Vergleich mit Gruppe 2 (mit Vergleichsfällen)

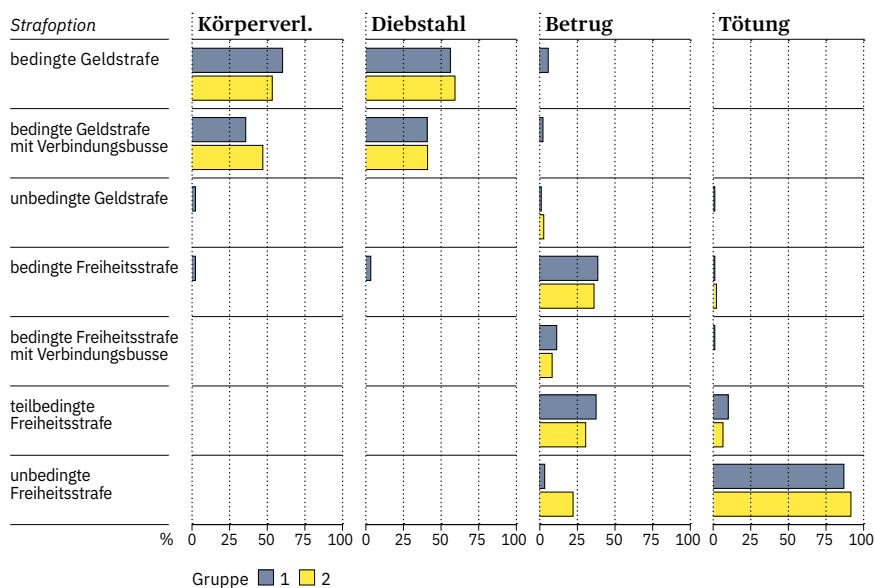
In den folgenden Kapiteln soll nun überprüft werden, ob die Experiment- 515
gruppe mit den bereitgestellten Vergleichsfällen besser abgeschnitten hat als
Gruppe 1. «Besser» bedeutet im vorliegenden Zusammenhang mehr Einigkeit
bzw. eine geringere Streuung der Strafen. Der Aufbau entspricht dabei dem
vorangehenden: Zuerst folgt ein Vergleich auf Ebene der Strafoptionen (a),
bevor die konkreten Strafen verglichen werden (b). Abschliessend wird wie-
derum überprüft, inwiefern Störfaktoren das Resultat beeinflussen (c). Pro
memoria: Teilnehmende der Gruppe 2 haben eine Zufallsauswahl von zwei
der vier Vignetten beurteilt, je mit drei Vergleichsfällen.¹⁴⁶⁸

1468 Vgl. für die Vergleichsfälle hinten im Anhang, Rz. 697 ff.

a) Strafoptionen

- 516 Die Wahl der Strafoption (Strafart, Vollzugsform und Verbindungsbusse) scheint durch die Vergleichsfälle nicht beeinflusst worden zu sein, denn es sind kaum Unterschiede auszumachen (Abbildung 19).

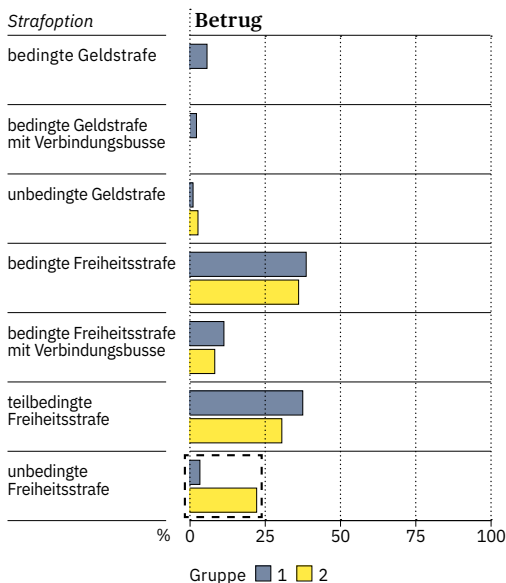
Abbildung 19: Strafoptionen alle Vignetten nach Gruppen



- 517 In Gruppe 2 ist einzig der Anteil an unbedingten Freiheitsstrafen beim Betrugsfall grösser (Abbildung 20). Dieser Umstand ist jedoch vollständig auf die im Schnitt höheren Strafmasse¹⁴⁶⁹ zurückzuführen: Alle unbedingten Freiheitsstrafen liegen über der Grenze von drei Jahren, weshalb nur der unbedingte Vollzug möglich war.

1469 Dazu hinten Rz. 520 ff.

Abbildung 20: Strafoptionen (Betrug) nach Gruppen



Bei der Verbindung einer bedingten Strafe mit einer Busse lassen sich in 518 Gruppe 2 keine abweichenden Tendenzen feststellen.¹⁴⁷⁰ Anders sieht es bei der Höhe der Bussenbeträge aus. Bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl war je ein Vergleichsfall mit Verbindungsbusse enthalten, im ersten Fall eine im Betrag von CHF 300.-, im zweiten eine von CHF 500.-.¹⁴⁷¹ Aufgrund des Ankers im Vergleichsfall sind die Beträge beim Körperverletzungsdelikt in Gruppe 2 sowohl tiefer¹⁴⁷² als auch weniger gestreut,¹⁴⁷³ während beim Diebstahl kaum Unterschiede erkennbar sind (Abbildung 21).¹⁴⁷⁴

1470 Vgl. die tabellarische Gegenüberstellung hinten im Anhang, Rz. 734. Eine Auswertung danach, ob dieselben Teilnehmenden ebenfalls eher bei beiden Vignetten gleich verfahren, lässt sich in Gruppe 2 nicht vornehmen, weil aufgrund der Zufallsauswahl von zwei Vignetten nur wenige Teilnehmende genau diese beiden Vignetten beurteilt haben (neun Personen).

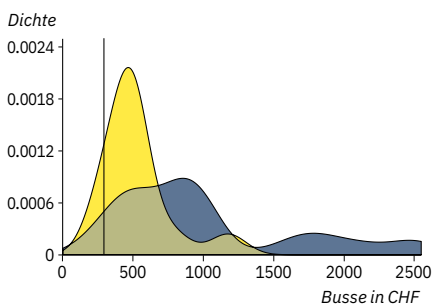
1471 Vgl. die Vergleichsfälle hinten im Anhang, Rz. 697 ff.

1472 Wilcoxon-Rangsummentest, $W = 286,5$, $p = 0,0073$, $r = 0,42$ (moderater Effekt).

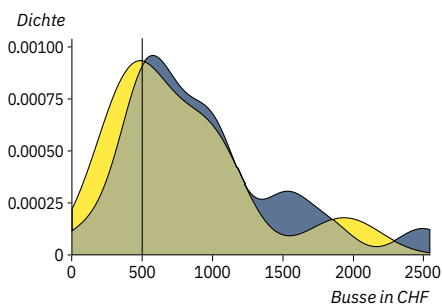
1473 Levene-Test $F(1, 40) = 5,8$, $p = 0,021$.

1474 Wilcoxon-Rangsummentest, $W = 397$, $p = 0,251$ und Levene-Test $F(1, 53) = 0,3$, $p = 0,59$; vgl. für die tabellarische Darstellung der zentralen Tendenzen und Streuungsmasse hinten im Anhang, Rz. 735.

Abbildung 21: Dichteverteilung Verbindungsbusnen nach Gruppen (mit Anker)

KörperverletzungWilcoxon Rangsummentest, $W=286.5$, $p=0.0073$, $n=42$ 

Gruppe ■ 1 ■ 2

DiebstahlWilcoxon Rangsummentest, $W=397$, $p=0.25$, $n=55$ 

- 519 Die überwiegende Mehrheit wendet zur Berechnung der Ersatzfreiheitsstrafe zudem die auch in Literatur¹⁴⁷⁵ und Strafzumessungsrichtlinien¹⁴⁷⁶ anzutreffende Faustregel an, wonach pro CHF 100.- ein Tag Ersatzfreiheitsstrafe festzulegen ist.¹⁴⁷⁷

1475 CR CPI-JEANNERET, Art. 106 N 19; mit Vorbehalt BSK StGB-HEIMGARTNER, Art. 106 N 14; ohne Positionsbezug JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 137 f.; gegen starre Umrechnungsfaktoren STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 2 N 33.

1476 GStA GE, Weisung Strafzumessung, S. 4; GStA VD, Weisung Strafzumessung, S. 1; OStA SZ, Weisung Strafzumessung 1, S. 3; OStA ZH, Strafmassempfehlungen, S. 2; StA NE, Strafzumessungsempfehlungen, S. 8 (ausnahmsweise auch CHF 50.-); StA SG, Strafmassrichtlinien (SVG), Ziff. 1.4; SSK, Strafmassempfehlungen (SVG), S. 2; VBRS, Strafzumessungsrichtlinien, S. 4.

1477 Körperverletzung: 27 von 41 (66%), Diebstahl: 39 von 55 (71%) und Betrug: sechs von zwölf (50%). Dies, obwohl je (rudimentäre) Informationen zu den finanziellen Verhältnissen vorhanden waren, vgl. die Vignetten vorne Rz. 439.

b) Strafmass

Beim Strafmass lassen sich Unterschiede im Strafniveau zwischen den Gruppen feststellen (Tabelle 14 und Abbildung 22). Die Gruppe mit den Vergleichsfällen hat bei der Vignette Körperverletzung leicht milder geurteilt,¹⁴⁷⁸ bei den Vignetten Betrug und Tötung hingegen moderat strenger als Gruppe 1 ohne Vergleichsfälle.¹⁴⁷⁹ Bei der Diebstahls-Vignette war Gruppe 2 wie bei der Körperverletzung milder, die Strafunterschiede sind hier allerdings nicht statistisch signifikant.¹⁴⁸⁰

Tabelle 14: Strafen nach Gruppen

Vignette	Gruppe	N	Min	Max	Mittelwert ^a	Median ^b	SD ^c	CV ^d	MD
Körperverletzung	1	86	5	243	84.6	*75.0	**53.65	63.4	59.5
	2	29	10	150	55.5	*50.0	**33.68	60.7	36.2
Diebstahl	1	91	7	304	75.1	50.0	**59.71	*79.5	61.3
	2	44	15	120	57.9	49.5	**29.06	*50.2	32.2
Betrug	1	79	30	1'460	**678.7	730.0	309.24	45.6	346.1
	2	34	180	1'825	**898.7	791.0	399.45	44.5	442.2
Tötung	1	82	150	5'475	**2'457.8	2'281.0	1'039.43	42.3	1'148.0
	2	44	1'095	5'840	**3'175.8	2'920.0	1'284.55	40.5	1'440.1

^aWelch-T-Test, * = p < 0.05, ** = p < 0.01.

^bWilcoxon Rangsummentest, * = p < 0.05, ** = p < 0.01.

^cLevene-Test, * = p < 0.05, ** = p < 0.01.

^dAsymptotischer Test der Gleichheit der Variationskoeffizienten von Feltz & Miller, * = p < 0.05, ** = p < 0.01.

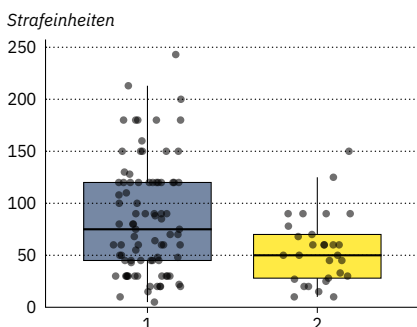
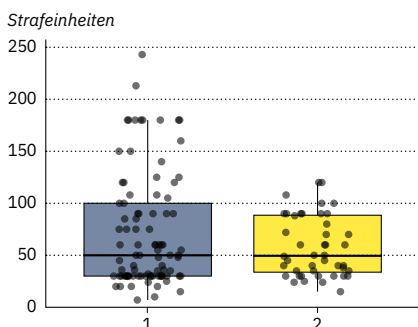
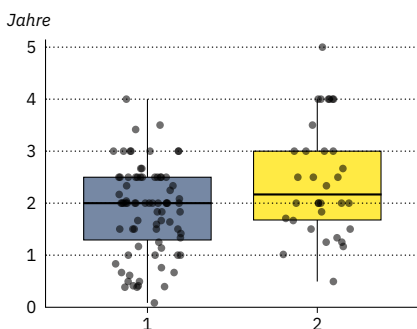
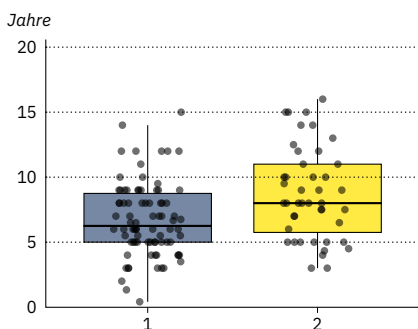
1478 Wilcoxon-Rangsummentest, W = 1628, p = 0,014, r = 0,26 (kleine Effektstärke).

1479 Beim Betrug unterscheiden sich die Mittelwerte (Gruppe 1 = 678,7, Gruppe 2 = 898,68) hochsignifikant: Welch-T-Test t(50,78) = -2,86, p = 0,0061, d = 0,62 (moderate Effektstärke); ebenso bei der Tötung: Welch-T-Test t(73,69) = -3,19, p = 0,0021, d = 0,61 (moderate Effektstärke).

1480 Bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl konnten mangels approximativer Normalverteilung der Daten nur deren Verteilung, nicht aber die Mittelwerte verglichen werden. Die Strafen bei den Vignetten Betrug und Tötung sind für beide Gruppen annähernd normalverteilt, die Hypothese der Varianzhomogenität konnte allerdings nur knapp beibehalten werden (vgl. die Testwerte hinten im Anhang, Rz. 717 ff.), weshalb Welch-T-Tests angewendet wurden. Zur Kontrolle wurde bei beiden auch ein Wilcoxon-Rangsummentest durchgeführt, welcher keine abweichenden Resultate ergab:

Vignette	T-Statistik	p-Wert	W-Statistik	p-Wert
Körperverletzung			1628	0.014
Diebstahl			2120	0.579
Betrug	-2.863	0.006	970	0.019
Tötung	-3.189	0.002	1237	0.0036

Abbildung 22: Box-Plot der Strafen nach Gruppen

KörperverletzungWilcoxon Rangsummentest, $W=1628$, $p=0.014$, $n=115$ **Diebstahl**Wilcoxon Rangsummentest, $W=2120$, $p=0.58$, $n=135$ **Betrug**Welch-T-Test, $t(50.79) = -2.86$, $p=0.0061$, $n=113$ **Tötung**Welch-T-Test, $t(73.69) = -3.19$, $p=0.0021$, $n=126$ 

Gruppe ■ 1 ■ 2

- 521 Die Strafunterschiede dürften mangels anderer Stimuli auf die zur Verfügung gestellten Vergleichsfälle zurückzuführen sein. Die dort angegebenen Strafen fungierten als Anker für die Richterinnen und Richter (Tabelle 15).¹⁴⁸¹

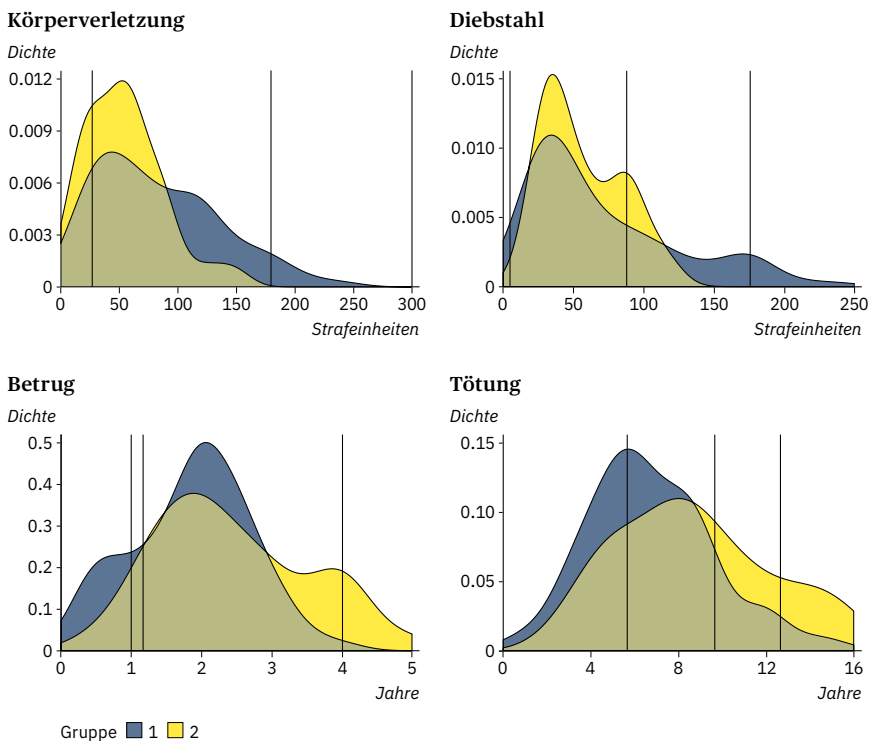
Tabelle 15: Ankerwerte für Gruppe 2 (in Strafeinheiten)

Vignette	Kleinster Anker	Mittlerer Anker	Grösster Anker
Körperverletzung	27	180	300
Diebstahl	5	90	180
Betrug	365	(14 M.) 426	(4 J.) 1'460
Tötung	(6 J.) 2'190	(10 J.) 3'650	(13 J.) 4'745

1481 Für die Vignetten im Detail vgl. hinten im Anhang, Rz. 697 ff.

Vereinzelte Studien zu den Effekten von mehreren Anker gleichzeitig deuten darauf hin, dass selbst diejenigen Informationen Ankereffekte hervorrufen, welche für die Teilnehmenden erkennbar unnützlich sind.¹⁴⁸² Deshalb ist damit zu rechnen, dass die Vergleichsfälle die Teilnehmenden beeinflusst haben, unabhängig davon, wie nützlich bzw. vergleichbar ihnen die einzelnen Fälle vorkamen. Es lassen sich im Vergleich zur Verteilung der Strafen in Gruppe 1 Tendenzen hin zu einzelnen Vergleichsfällen erkennen (Abbildung 23).¹⁴⁸³ Teilweise haben die Teilnehmenden auch das Strafmass eines Vergleichsfalls übernommen.¹⁴⁸⁴

Abbildung 23: Dichteverteilung der Strafen nach Gruppen (mit Anker)



1482 ENGLISH, ZFSP 2005, S. 221; WHYTE/SEBENIUS, OBHDP 1997, S. 82; ZAMIR/TEICHMAN 2018, S. 541, m. w. H.

1483 Bei der Körperverletzung hin zum tiefsten Anker, beim Diebstahl hin zum mittleren Anker, beim Betrug hin zum höchsten Anker und bei der Tötung hin zum mittleren Anker.

1484 Bei der Körperverletzung eine von 29, beim Diebstahl acht von 44, beim Betrug sieben von 34 und bei der Tötung sechs von 44.

523 Während sich die Strafen bei den Vignetten Körperverletzungen, Diebstahl und Tötung grossmehrheitlich im Bereich des mittleren Ankers und darunter befinden, liegen beim Betrugsfall fast alle Strafen zwischen den beiden höheren Ankern. Das dürfte auch daran liegen, dass die beiden unteren Anker beim Betrug nahe aufeinanderlagen (zwölf und 14 Monate), sodass faktisch nur zwei verschiedene numerische Anker wirken konnten.

524 Weiter ist die ordinale Einordnung der Fallvignetten zwischen den Vergleichsfällen hervorzuheben. Während sich die Teilnehmenden bei den ersten drei Vignetten mehrheitlich einig waren, an welcher Stelle zwischen den Vergleichsfällen der eigene Fall einzuordnen war, wurde er beim Tötungsdelikt wahlweise an erster, zweiter, dritter oder letzter Stelle eingeordnet. Hier kann kaum von ordinaler Einigkeit gesprochen werden.¹⁴⁸⁵

525 Wird nun die Verteilung der Strafen betrachtet, ist entscheidend, auf welche Werte abgestellt wird. Stellt man auf die Standardabweichung ab, dann ist die Streuung der Strafen in der Gruppe mit Vergleichsfällen bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl deutlich geringer, bei den Vignetten Betrug und Tötung hingegen deutlich grösser ausgefallen (Tabelle 16).¹⁴⁸⁶ Die Standardabweichung ist vorliegend aber ungeeignet zum Vergleich der Gruppen, weil sie abhängig von der durchschnittlichen Strafe ist, die in beiden Gruppen unterschiedlich hoch ausfiel. Sinnvollerweise wird zum Vergleich der Streuung deshalb der Variationskoeffizient (CV¹⁴⁸⁷) herangezogen. Er beantwortet folgende Frage: Um wie viel Prozent weichen die Strafen im Schnitt vom Mittelwert ab? Hier zeigt sich, dass die relative Streuung der Strafen in Gruppe 2 zwar durchwegs kleiner ausgefallen ist als in Gruppe 1 (Tabelle 16). Dieser Unterschied ist allerdings selbst mit unangepassten p-Werten nur in Bezug auf den Diebstahl statistisch signifikant.¹⁴⁸⁸

1485 Eine mögliche Erklärung dafür könnten unterschiedliche Interpretationen der bereitgestellten Informationen sein. So gaben 15 von 44 Personen an, ihnen hätten bei der Vignette Tötung Informationen gefehlt. Bei den anderen Vignetten hingegen nur jeweils sieben von 29 (Körperverletzung), neun von 44 (Diebstahl) und sieben von 34 (Betrug); vgl. für die detaillierten Zahlen zur Einordnung zwischen die Vergleichsfälle hinten im Anhang, Rz. 738.

1486 Die Strafen weichen im Schnitt um 34 bzw. 29 Strafeinheiten vom Durchschnitt ab, gegenüber 54 bzw. 60 in der Gruppe ohne Vergleichsfälle. Beim Betrug hingegen um 399 bzw. 1'285 gegenüber 309 und 1'039. Die Unterschiede in der Varianz sind allerdings nur in Bezug auf die Vignetten Körperverletzung und Diebstahl statistisch signifikant (Levene-Test): Vignette Körperverletzung ($F[1, 113] = 8,01, p = 0,0055$), Diebstahl ($F[1, 133] = 6,86, p = 0,0098$), Betrug ($F[1, 111] = 3,68, p = 0,058$) und Tötung ($F[1, 124] = 2,34, p = 0,13$).

1487 Zur besseren Verständlichkeit wurde der ursprüngliche Wert mit 100 multipliziert und ist nun als Prozentsatz des Mittelwerts zu verstehen.

1488 Zum Vergleich der Variationskoeffizienten wurde das R-Package «cvequality» von BEN MARWICK und KALIMUTHU KRISHNAMOORTHY von 2019 verwendet, welches auf

Tabelle 16: Strafen nach Gruppen (Vergleich SD und CV)

Vignette	Gruppe	N	Min	Max	Mittelwert	Median	SD ^a	CV ^b	MD
Körperverletzung	1	86	5	243	84.6	75.0	**53.65	63.4	59.5
	2	29	10	150	55.5	50.0	**33.68	60.7	36.2
Diebstahl	1	91	7	304	75.1	50.0	**59.71	*79.5	61.3
	2	44	15	120	57.9	49.5	**29.06	*50.2	32.2
Betrug	1	79	30	1'460	678.7	730.0	309.24	45.6	346.1
	2	34	180	1'825	898.7	791.0	399.45	44.5	442.2
Tötung	1	82	150	5'475	2'457.8	2'281.0	1'039.43	42.3	1'148.0
	2	44	1'095	5'840	3'175.8	2'920.0	1'284.55	40.5	1'440.1

^a Levene-Test, * = p < 0.05, ** = p < 0.01.

^b Asymptotischer Test der Gleichheit der Variationskoeffizienten von Feltz & Miller, * = p < 0.05, ** = p < 0.01.

Insgesamt fällt das Ergebnis deshalb ernüchternd aus. Zwar fallen die relativen Streuungswerte bei allen Vignetten in der Experimentgruppe geringer aus. Jedoch kann bei keiner Vignette zuverlässig ausgeschlossen werden, dass die Differenz rein zufällig ist. In der Tendenz scheint ein allfälliger vereinheitlichender Effekt jedenfalls beim Diebstahl am grössten zu sein.¹⁴⁸⁹ Bei den absoluten Strafunterschieden (SD, MD) geht es unentschieden aus: bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl sind sie deutlich kleiner, beim Betrug und der Tötung tendenziell noch grösser, wenn Vergleichsfälle verwendet wurden. Weshalb der vereinheitlichende Effekt insgesamt bescheiden ausgefallen ist, soll nachfolgend näher eruiert werden.

c) Berücksichtigung möglicher Störfaktoren

Werden bei den Vignetten Betrug und Tötung diejenigen Teilnehmenden ausgeschlossen, deren Gerichte sachlich unzuständig sind, ändert sich das Verhältnis der Gruppen kaum (Tabelle 17; Werte ohne Ausschlüsse in Klammern). Dieser Störfaktor ist vorliegend deshalb vernachlässigbar.

dem asymptotischen Test für die Gleichheit von Variationskoeffizienten von beliebig vielen Populationen von FELTZ/MILLER, Statist. Med. 1996, S. 647 ff. basiert. Für den Diebstahl: D'AD = 5,15, p = 0,023. Würde der p-Wert mittels Bonferroni-Methode für die weiteren durchgeführten Tests (Wilcoxon-Rangsummentest und Levene-Test) angepasst, wäre auch dieser Wert nicht länger signifikant (p = 0,069).

1489 Dies könnte allenfalls am numerischen Anker des Deliktsbetrags liegen, vgl. dazu vorne Rz. 423.

Tabelle 17: Gruppenvergleich ohne unzuständige Gerichte (Betrug und Tötung)

Vignette	Gruppe	N	Min	Max	Mittelwert	Median	SD	CV	MD
Betrug	1	71	30	1'460	716.6	730	296.95 (309.24)	41.4 (45.6)	328.7 (346.1)
	2	33	370	1'825	920.5	852	384.60 (399.45)	41.8 (44.5)	424.6 (442.2)
Tötung	1	75	150	5'475	2'524.2	2'464	1'051.32 (1'039.43)	41.7 (42.3)	1'163.6 (1'148.0)
	2	41	1'095	5'840	3'247.9	2'920	1'294.46 (1'284.55)	39.9 (40.5)	1'455.5 (1'440.1)

Vorherige Werte ohne Ausschlüsse in Klammern.

- 528 Werden alle Teilnehmenden ausgeschlossen, die irgendwelche Hilfsmittel ausserhalb derjenigen der Untersuchung beigezogen haben, ändert sich das Verhältnis der beiden Experimentgruppen bei einzelnen Vignetten nicht wesentlich (Tabelle 18). Insgesamt bleiben erhebliche Unterschiede zwischen den Gruppen bestehen, ohne dass eine grössere Einheitlichkeit in Gruppe 2 resultieren würde.

Tabelle 18: Gruppenvergleich ohne Verwendung eigener Hilfsmittel

Vignette	Gruppe	N	Min	Max	Mittelwert	Median	SD	CV	MD
Körper- verletzung	1	51	5	213	93.7 (84.6)	90.0 (75.0)	53.85 (53.65)	57.5 (63.4)	60.4 (59.5)
	2	21	10	125	54.5 (55.5)	50.0 (50.0)	31.99 (33.68)	58.7 (60.7)	35.4 (36.2)
Diebstahl	1	51	7	243	78.8 (75.1)	60.0 (50.0)	56.74 (59.71)	72.0 (79.5)	61.2 (61.3)
	2	27	24	120	61.0 (57.9)	60.0 (49.5)	28.09 (29.06)	46.0 (50.2)	31.1 (32.2)
Betrug	1	49	30	1'278	634.0 (678.7)	669.0 (730.0)	311.71 (309.24)	49.2 (45.6)	350.6 (346.1)
	2	20	180	1'460	806.9 (898.7)	730.0 (791.0)	371.70 (399.45)	46.1 (44.5)	404.6 (442.3)
Tötung	1	50	730	5'475	2'543.5 (2'457.8)	2'402.5 (2'281.0)	1'034.51 (1'039.43)	40.7 (42.3)	1'122.7 (1'148.0)
	2	33	1'095	5'475	3'307.1 (3'175.8)	3'285.0 (2'920.0)	1'184.27 (1'284.55)	35.8 (40.5)	1'323.9 (1'440.1)

Vorherige Werte ohne Ausschlüsse in Klammern.

- 529 Die Gründe für den insgesamt geringen vereinheitlichenden Effekt der vorliegend verwendeten Vergleichsfälle sind also andernorts zu suchen. Möglicherweise sind Richterinnen und Richter gegenüber Vergleichsfällen skeptisch eingestellt und haben sie deshalb nicht verwendet.

B. Einstellungen zu Vergleichsfällen

Dass der vereinheitlichende Effekt der Vergleichsfälle nur bescheiden ausgefallen ist, liegt nicht daran, dass die Richterinnen und Richter ein vergleichendes Vorgehen generell ablehnen würden. Im Gegenteil: Von insgesamt 235 erstinstanzlichen Strafrichterinnen und Strafrichtern gaben 184 und damit 78,3% an, die Orientierung am Strafmass in vergleichbaren Fällen sei *eher wichtig* (57%) oder *wichtig* (21,3%). Nur eine Person fand eine Orientierung am Üblichen *unwichtig*, 17 *eher unwichtig* (Tabelle 19).

Tabelle 19: Wichtigkeit des üblichen Strafmasses (alle Teilnehmenden)

Wichtigkeit	Anzahl	Prozent*
unwichtig	1	0.4%
eher unwichtig	17	7.2%
weder wichtig noch unwichtig	33	14.0%
eher wichtig	134	57.0%
wichtig	50	21.3%
Total	235	100.0%

Frage: Wenn Sie Strafe zumessen, wie wichtig ist dabei die Orientierung am Strafmass in vergleichbaren Fällen?
 *Werte gerundet.

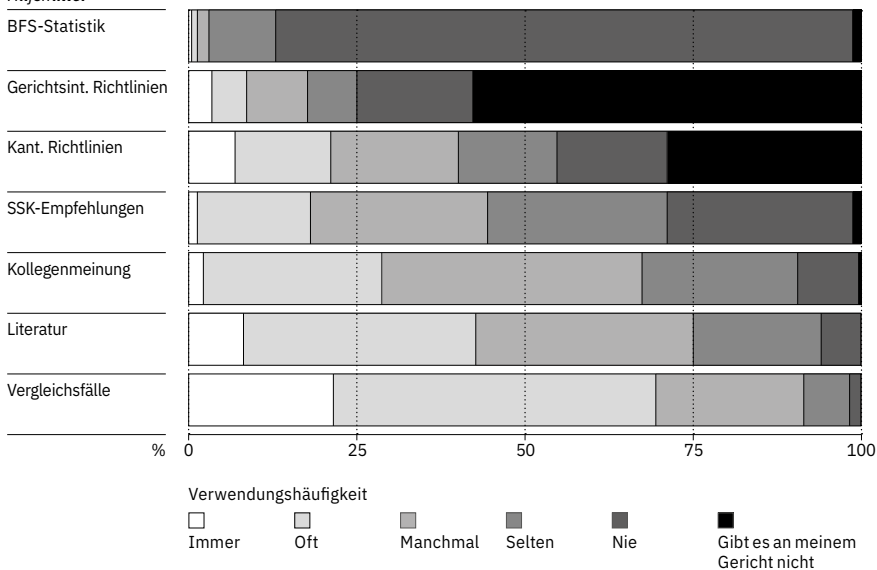
Über 98% (N = 232) der Teilnehmenden gaben zur eigenen Strafzumessungspraxis an, sie würden auch einmal Vergleichsfälle beiziehen, 69% sogar *oft bis immer*.¹⁴⁹⁰ Von den erfragten Hilfsmitteln waren Vergleichsfälle das am häufigsten verwendete, *noch vor der Berücksichtigung von Literatur und der Meinung von Kolleginnen und Kollegen* (Abbildung 24).

1490 Die Verteilung der Antworten auf die Frage, wie häufig die Teilnehmenden vergleichbare frühere Fälle (sog. Referenz- oder Vergleichsfälle) bei der Strafzumessung beiziehen, präsentierte sich wie folgend (N = 232): *Gibt es an meinem Gericht nicht* (0%), *Nie* (1,7%), *Selten* (6,9%), *Manchmal* (22%), *Oft* (47,8%) und *Immer* (21,6%).

Abbildung 24: Verwendungshäufigkeit von Hilfsmitteln (alle Teilnehmenden)

Frage: Wie häufig ziehen Sie folgende Hilfsmittel bei, wenn Sie Strafe zumessen?

Hilfsmittel



- 532 Gesucht werden Vergleichsfälle meistens in den eigenen vergangenen Fällen, häufig auch in publizierten Urteilen des eigenen Kantons oder nationaler Gerichte. Immerhin 43 % greifen auch auf Urteile ausserkantonaler Gerichte zurück (Tabelle 20).

Tabelle 20: Suchort Vergleichsfälle (alle Teilnehmenden)

Quelle	Anzahl
Eigene frühere Fälle	191 (84.1 %)
Publizierte Urteile des eigenen Kantons	173 (76.2 %)
Publizierte Urteile nationaler Gerichte	167 (73.6 %)
Gerichtsinterne Falldatenbank	149 (65.6 %)
Publizierte Urteile anderer Kantone	98 (43.2 %)

Frage: Wenn Sie Vergleichsfälle für die Strafzumessung beiziehen wollen, wo suchen sie diese?

- 533 Werden Vergleichsfälle beigezogen, wird dies von den meisten Teilnehmenden nach eigenen Angaben bloss selten oder manchmal in der Urteilsbegründung offengelegt (Tabelle 21).

Tabelle 21: Hinweisfrequenz auf Vergleichsfälle (alle Teilnehmenden)

Häufigkeit	Anzahl	Prozent*
Nie	37	16.6 %
Selten	74	33.2 %
Manchmal	73	32.7 %
Oft	30	13.5 %
Immer	9	4.0 %
Total	223	100.0 %

Frage: Wenn Sie Vergleichsfälle bei der Strafzumessung beigezogen haben, wie häufig weisen Sie in der schriftlichen Urteilsbegründung darauf hin?

*Werte gerundet.

Wird offengelegt, dass Vergleichsfälle beigezogen wurden, dann verweisen über zwei Drittel der Teilnehmenden auf konkrete Urteilsreferenzen. Knapp ein Drittel zitiert aus den Strafzumessungserwägungen der Vergleichsurteile (Tabelle 22). 534

Tabelle 22: Art des Hinweises auf Vergleichsfälle (alle Teilnehmenden)

Art des Hinweises	Anzahl	Prozent*
Urteilsreferenzen	133	71.9 %
Allgemeiner Verweis	81	43.8 %
Zitat der Strafzumessungserwägungen	60	32.4 %

Frage: Wie weisen Sie in der schriftlichen Urteilsbegründung auf Vergleichsfälle hin?

*Werte gerundet.

Im Anschluss an die Bearbeitung der vier Vignetten in der vorliegenden Studie wurden die Teilnehmenden der Gruppe 1 danach gefragt, ob Vergleichsfälle für die Strafzumessung hilfreich gewesen wären, was 79 % bejahten (N = 80). Am relevantesten für die vorliegende Interpretation ist allerdings, wie Gruppe 2 die konkret bereitgestellten Vergleichsfälle beurteilte. Die Frage, ob die zur Verfügung gestellten Vergleichsfälle bei der Strafzumessung im Ausgangsfall geholfen haben, bejahten dort bloss 30,5 % der Teilnehmenden uneingeschränkt, während die Mehrheit (62,5 %) diese bloss als «teilweise» hilfreich empfanden (N = 75). Am häufigsten bemängelt wurden die fehlende Vergleichbarkeit (69 %) und fehlende Informationen (19 %).¹⁴⁹¹ Am hilfreichsten war für die Teilnehmenden die Nennung der ausgefallten Strafe (61 von 70), gefolgt vom Sachverhalt (55 von 70) und den gerichtlichen Überlegungen 535

¹⁴⁹¹ N = 52, fünfmal «Nein» und 47-mal «Teilweise». Dies deckt sich auch mit den Freitext-Antworten zur Frage, was an den Vergleichsfälle zu verbessern wäre.

zur Strafzumessung (41 von 70). Nur eine Person hielt Vergleichsfälle generell nicht für hilfreich.

536 Das Problem dürfte deshalb nicht primär im vergleichenden Vorgehen liegen, sondern im konkret bereitgestellten Vergleichsmaterial. Die verwendeten Vergleichsfälle liegen weit auseinander und ähneln den zu beurteilenden Vignetten teilweise kaum.¹⁴⁹² Entsprechend war von vornherein nur ein moderater vereinheitlichender Effekt zu erwarten. Zudem scheint plausibel, dass weit auseinanderliegende (extreme) Anker die Antworten der Teilnehmenden auseinanderziehen, je nachdem in welche Richtung diese ohnehin tendieren.¹⁴⁹³ In einer zukünftigen Untersuchung wären Vergleichsfälle deshalb näher an den zu beurteilenden Fällen zu wählen, um zu überprüfen, ob sich der vereinheitlichende Effekt so verbessern liesse. Der Blick auf diejenigen Vignetten, bei denen die Vergleichsfälle näher am Ausgangsfall lagen (Körperverletzung und Diebstahl), lässt jedenfalls auf eine weitergehende vereinheitlichende Wirkung hoffen. Ebenso der Vergleich zwischen den Kantonen Bern und Zürich im Bereich, für welchen in Bern einigermaßen passende Referenzfälle in den Strafzumessungsrichtlinien bestehen.¹⁴⁹⁴

C. Selbst-, Fremd- und Vertretbarkeitseinschätzungen

537 Wollten Richterinnen und Richter die hiervoor beschriebenen Unterschiede in der Grundstrenge verringern und sich einem mittleren Strafniveau annähern, müssten sie zunächst die eigene Punitivität richtig einschätzen. Ansonsten bleibt unklar, in welcher Richtung sich die Mitte befindet (1.). Adäquate Selbsteinschätzung hängt im Falle der Strafzumessung mit entsprechender Fremdeinschätzung der anderen Richterinnen und Richter zusammen (2.). Ob überhaupt eine gegenseitige Annäherung anzustreben ist, hängt letztlich davon ab, wie viel Uneinheitlichkeit im Strafzumessungssystem vertretbar ist (3.).

1492 Dieser (bewusst in Kauf genommene) Umstand liegt darin begründet, dass auf einfach auffindbare Vergleichsfälle abgestellt wurde, um selbst ein Vorgehen zu wählen, das Richterinnen und Richter ihrerseits bereits umsetzen können (vgl. vorne Rz. 448). Die so erlangte praktische Umsetzbarkeit kam offenkundig zum Preis der Vergleichbarkeit der bereitgestellten Fälle. Wie hiervoor ausführlich dargelegt, lassen sich aktuell kaum passende Vergleichsfälle auffinden, vorne Rz. 290 ff.

1493 Vgl. die Erkenntnisse von KELMAN/ROTTENSTREICH/TVERSKY, JLS 1996, S. 294 ff.; ferner RACHLINSKI/JOURDEN, *Corn. Law Rev.* 2003, S. 462 f.

1494 Vgl. vorne Rz. 502.

1. Eigene Punitivität

Zur Einschätzung wurden die Teilnehmenden zu jeder beurteilten Vignette 538 gefragt: «Wie schätzen Sie die Schwere der von Ihnen ausgefallten Strafen im Vergleich mit den übrigen Umfrageteilnehmenden ein?»¹⁴⁹⁵ Den Teilnehmenden standen pro Vignette fünf Antwortmöglichkeiten zur Verfügung: «milde Strafe», «eher milde Strafe», «mittlere Strafe», «eher strenge Strafe» und «strenge Strafe». Die Antworten aller Teilnehmenden zusammen präsentieren sich wie folgt (Abbildung 25; Tabelle 23):

Abbildung 25: Selbsteinschätzung der Punitivität (alle Teilnehmenden)

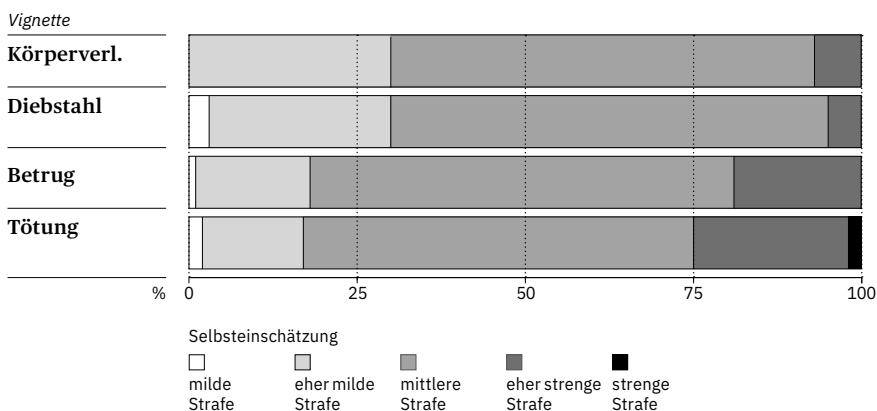


Tabelle 23: Selbsteinschätzung der Punitivität (alle Teilnehmenden)

Vignette	mild	eher mild	mittel	eher streng	streng	Total
Körperverletzung	0 (0.0%)	30 (30.3%)	62 (62.6%)	7 (7.1%)	0 (0.0%)	99
Diebstahl	3 (2.7%)	30 (27.0%)	72 (64.9%)	6 (5.4%)	0 (0.0%)	111
Betrug	1 (1.0%)	18 (17.5%)	64 (62.1%)	20 (19.4%)	0 (0.0%)	103
Tötung	2 (1.8%)	17 (15.0%)	67 (59.3%)	25 (22.1%)	2 (1.8%)	113

1495 Dabei wurde *pro memoria* folgender Hinweis gegeben: «Die Umfrage richtet sich an alle erstinstanzlichen Strafrichterinnen und -richter der Schweiz.» Zugleich wurde den Teilnehmenden noch einmal angezeigt, welche Strafen sie konkret für welche Vignette ausgefällt hatten.

- 539 Die meisten Teilnehmenden (59 bis 65% je nach Vignette) schätzten die eigene Strafe als mittelschwer ein. Werden die Schweregrade je als Gruppen von einem Fünftel¹⁴⁹⁶ der Teilnehmenden verstanden, ist klar, dass viele mit dieser Einschätzung falsch liegen.¹⁴⁹⁷ Konkret haben je nach Vignetten und Gruppe nur zwischen 14 und 26 % der Teilnehmenden die eigene Strafe richtig eingeschätzt (Tabelle 24).¹⁴⁹⁸

Tabelle 24: Trefferquote Selbsteinschätzung Punitivität (nach Gruppen)

Vignette	Gruppe	richtig eingeschätzt	falsch eingeschätzt	Total
Körperverletzung	1	14 (20.0%)	56 (80.0%)	70
	2	4 (13.8%)	25 (86.2%)	29
Diebstahl	1	13 (18.8%)	56 (81.2%)	69
	2	7 (16.7%)	35 (83.3%)	42
Betrug	1	18 (25.7%)	52 (74.3%)	70
	2	9 (27.3%)	24 (72.7%)	33
Tötung	1	18 (25.7%)	52 (74.3%)	70
	2	9 (20.9%)	34 (79.1%)	43

- 540 Zusammengefasst gelang es den Teilnehmenden in der vorliegenden Untersuchung nur schlecht, das eigene Strafniveau relativ zu anderen Richterinnen und Richtern richtig einzuschätzen.¹⁴⁹⁹

2. Strafzumessung der anderen Teilnehmenden

- 541 Um die Fähigkeit zur Fremdeinschätzung zu überprüfen, sollten die Teilnehmenden schätzen, welche Strafe von den anderen Teilnehmenden durch-

1496 Zum Vergleich wurden dieselben Berechnungen mit einer Einteilung in drei Gruppen vorgenommen, wobei die Optionen «mild» und «eher mild» sowie «streng» und «eher streng» je zusammengenommen wurde. Dadurch erhöht sich die Trefferquote leicht und liegt zwischen 35,9% und 43,1%, vgl. dazu hinten im Anhang, Rz. 736.

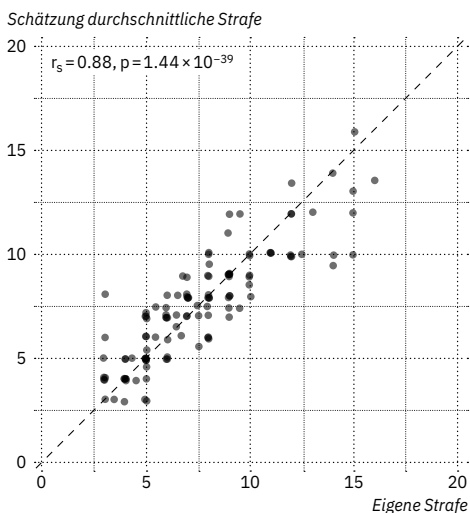
1497 Zur Überprüfung wurde wiederum auf die Rang-Platzierung pro Vignette abgestellt. Die höchste Strafe pro Vignette erhielt dabei die Platzierung eins, die zweithöchste zwei etc. Anschließend wurden die Teilnehmenden anhand dieser Platzierung in fünf möglichst gleich grosse Gruppen geteilt. Anhand dieser liess sich die Übereinstimmung von Selbsteinschätzung und Realität überprüfen.

1498 Die Strafen korrelieren in Gruppe 1 nur der bei Vignette Tötung statistisch signifikant mit der Selbsteinschätzung (Rangkorrelation nach Spearman, $r_s = 0,3$, $p = 0,0082$), in Gruppe 2 immerhin beim Betrug und der Tötung ($r_s = 0,35$, $p = 0,043$ bzw. $r_s = 0,32$, $p = 0,039$).

1499 Vgl. MAURER 2005, S. 220, der dies (deutschen) Richterinnen und Richtern ohne Weiteres zutraut («Generell «gnädige» oder «strenge» Richter sind doch als solche unter Kollegen regelmäßig bekannt und auch in bezug auf einzelne Entscheidungen würde die Richterschaft wohl unterschätzt, wenn man davon ausginge, daß sie sich ihrer relativen Milde oder Schärfe nicht bewußt wäre»).

schnittlich für das Tötungsdelikt ausgesprochen wurde.¹⁵⁰⁰ Hier schlossen die Teilnehmenden direkt von der eigenen Strafe auf die Gesamtheit (Abbildung 26¹⁵⁰¹).¹⁵⁰² Konsistent damit, dass knapp zwei Drittel der Teilnehmenden annahmen, sie hätten mittlere Strafen ausgefällt, erwarteten die meisten Teilnehmenden, die durchschnittliche Strafe liege relativ nahe an der eigenen.¹⁵⁰³

Abbildung 26: Korrelation eigene Strafe und geschätzte Durchschnittsstrafe (Tötung)



Entsprechend unterscheiden sich die Schätzungen im Durchschnitt nicht erheblich von den tatsächlich zugemessenen Strafen. Beachtenswert ist jedoch, dass die Schätzung tendenziell einheitlicher ausfiel als die eigene Strafzumessung (Tabelle 25). 542

1500 In Gruppe 2 wurde diese Frage nur denjenigen Teilnehmenden angezeigt, welche selbst das Tötungsdelikt zu beurteilen hatten.

1501 Die horizontale Position der Punkte entspricht der jeweils für die Vignette Tötung ausgesprochenen Strafe, die vertikale der Schätzung der Durchschnittsstrafe. Je näher diese Punkte an der diagonalen Linie liegen, desto näher liegen sich die beiden Werte. Um sich überlappende Punkte sichtbar zu machen, wurden die Werte minimal verwackelt (jitter); je mehr Punkte sich überlagern, desto dunkler.

1502 Schätzung und eigene Strafe weisen über alle Teilnehmenden hinweg eine starke Korrelation auf, $r_s = 0,88$, $p = 1,44 \times 10^{-39}$.

1503 Im Durchschnitt platzierten die Teilnehmenden ihre Schätzung 368 (Gruppe 1) bzw. 502 Strafeinheiten (Gruppe 2) von der eigenen Strafe entfernt. In Wirklichkeit war die Abweichung mit 1'039 (Gruppe 1) und 1'285 Strafeinheiten (Gruppe 2) zweieinhalb- bis fast dreimal so gross.

Tabelle 25: Geschätzte vs. tatsächliche Strafzumessung beim Tötungsdelikt (nach Gruppen)

Gruppe	Strafen	N	Min	Max	Mittelwert	Median	SD	CV	MD
1	geschätzt	77	1'095	5'110	2'539.2	2'555	840.14 (2.3 J.)	33.1	920.7 (2.5 J.)
	tatsächlich	82	150	5'475	2'457.8	2'281	1'039.43 (2.8 J.)	42.3	1'148.0 (3.1 J.)
2	geschätzt	44	1'095	5'840	3'094.2	3'285	1'079.33 (3.0 J.)	34.9	1'207.8 (3.3 J.)
	tatsächlich	44	1'095	5'840	3'175.8	2'920	1'284.55 (3.5 J.)	40.5	1'440.1 (3.9 J.)

543 Zusätzlich lagen die Schätzungen auch näher am tatsächlichen Durchschnitt von gerundet 6,7 Jahren.¹⁵⁰⁴ Das deutet wiederum darauf hin, dass sich Richterinnen und Richter zumindest in der Tendenz bewusst sind, in welche Richtung sie vom Durchschnitt entfernt liegen. Weiter lässt sich für zukünftige Untersuchungen die These formulieren, dass Richterinnen und Richter etwas einheitlicher Strafe zumessen würden, wenn sie intersubjektiv denken, sich also vergegenwärtigen, wie ihre Kolleginnen und Kollegen wohl urteilen würden, und sich entsprechend anpassen.¹⁵⁰⁵

3. Bereich des Vertretbaren

544 Wie hiervor dargelegt, findet Strafzumessung innerhalb eines Spielraums des Vertretbaren statt.¹⁵⁰⁶ Wie gross dieser ist, stellt keine empirische, sondern eine normative Frage dar, weshalb die Einschätzung der Richterinnen und Richter selbst von erheblicher Bedeutung ist. Anschliessend an die Schätzung der durchschnittlichen Strafe für das Tötungsdelikt wurden die Teilnehmenden deshalb gefragt, welches die niedrigste und höchste Strafe wäre, die sie *«gerade noch für vertretbar erachten»*.¹⁵⁰⁷ Wie die Schätzung der durchschnittlichen Strafe aller Teilnehmenden korrelieren auch die normativ noch vertretbaren Mindest- und Maximalstrafen stark mit der von den Teilnehmenden selbst zugemessenen Strafe (Abbildung 27¹⁵⁰⁸).¹⁵⁰⁹

1504 In der ersten Gruppe lagen die Schätzungen durchschnittlich 674, in der zweiten Gruppe 884 Strafeinheiten vom tatsächlichen Durchschnitt entfernt. Sie lagen damit deutlich näher als die eigenen Strafen, welche im Schnitt 1'039 (Gruppe 1) und 1'285 Strafeinheiten (Gruppe 2) vom Durchschnitt entfernt waren.

1505 Der vereinheitlichende Effekt eines intersubjektiven Denkens allein darf allerdings nicht überschätzt werden. Wie gesehen bildet die unterschiedliche Grundstrenge nur einen Teil der Uneinheitlichkeit ab, vgl. vorne Rz. 494 ff.

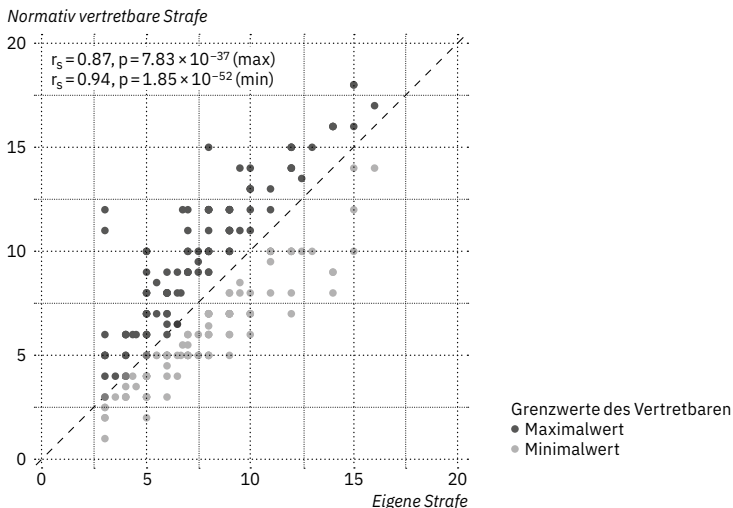
1506 Vgl. vorne zum Ermessen, Rz. 342 ff.

1507 Inspiriert von OPP/PEUCKERT 1971, S. 42 (*«Was ist Ihrer Ansicht nach die härteste Strafe, die Sie bei diesem Fall für gerechtfertigt halten?»* und *«Was ist Ihrer Ansicht nach die mildeste Strafe, die Sie bei diesem Fall für gerechtfertigt halten?»*).

1508 Um sich überlappende Punkte sichtbar zu machen, wurden die Werte minimal verwackelt (jitter).

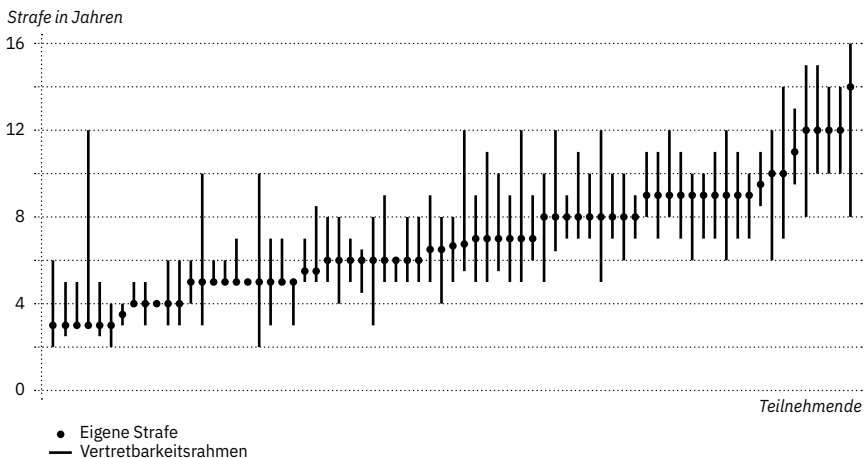
1509 Vgl. die Werte in Abbildung 27.

Abbildung 27: Korrelation zwischen eigener und normativ vertretbarer Strafe (alle Teilnehmende)



Nachfolgend kommt es wiederum auf die konkret ausgefüllten Strafen an, weshalb die Betrachtung auf Gruppe 1 eingeschränkt wird. Wie die zugemessenen Strafen unterscheiden sich auch die Rahmen der als noch vertretbar erachteten Strafen erheblich (Abbildung 28).

Abbildung 28: Individuelle Vertretbarkeitsrahmen (Tötung, Gruppe 1)



546 Durchschnittlich haben die Teilnehmenden der Gruppe 1 einen Rahmen von 3,7 Jahren angegeben, innerhalb dessen die Strafen noch vertretbar seien (N = 71).¹⁵¹⁰ In Anbetracht des Umstands, dass die Richterinnen und Richter durchschnittlich eine Strafe von 6,7 Jahren zugemessen haben, ist diese Spannweite erheblich. Bereits optisch lässt sich erkennen, dass viele der Strafen ausserhalb dessen liegen, was andere Richterinnen und Richter für vertretbar erachten. Im Schnitt halten die Teilnehmenden gerade einmal 36 der 82¹⁵¹¹ in Gruppe 1 zugemessenen Strafen für das Tötungsdelikt für vertretbar.¹⁵¹² Aus Sicht des durchschnittlichen Richters bzw. der durchschnittlichen Richterin sind also trotz der grossen Rahmen mehr als die Hälfte (56 %) aller ausgefüllten Strafen für das Tötungsdelikt nicht einmal vertretbar. Selbst die insofern grosszügigste Person umfasst «nur» 94 % aller Strafen, wozu eine *Spannweite von neun Jahren* notwendig war, die übertrieben gross scheint.

547 Ein Vertretbarkeitsrahmen muss eine Mitte aufweisen. Die Uneinheitlichkeit sowohl in der Strafzumessung als auch bei den Vertretbarkeitsrahmen erschwert es, diese einzugrenzen. KAHNEMAN et al. schlagen im Rahmen ihres Noise-Audit vor, auf den Mittelwert über alle Richterinnen und Richter hinweg als Annäherungswert der richtigen Strafe abzustellen.¹⁵¹³ Dieser scheint vorliegend auf den ersten Blick jedoch wenig als Konsenswert geeignet: Bei 55 % (39 von 71) der Teilnehmenden lag die Durchschnittsstrafe von 6,7 Jahren nicht einmal innerhalb des Vertretbarkeitsrahmens (in Rot, Abbildung 29).¹⁵¹⁴

1510 In Gruppe 2 betrug der durchschnittliche Vertretbarkeitsrahmen sogar 4,7 Jahre.

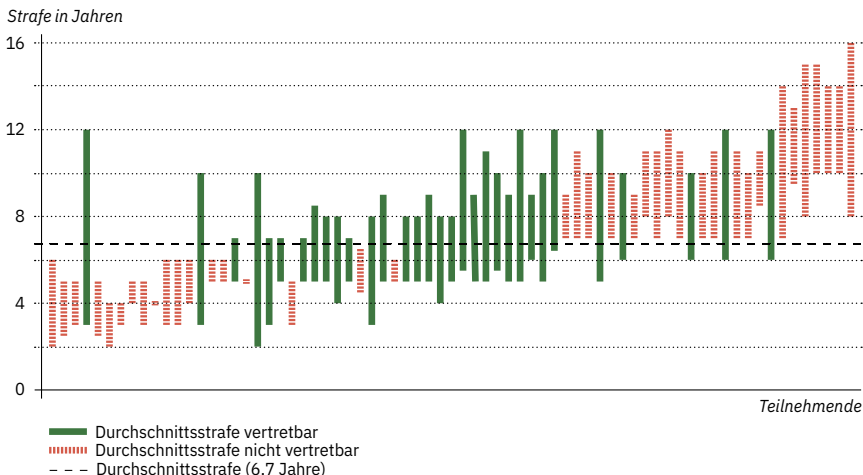
1511 Von den 82 Personen, welche für die Vignette mit dem Tötungsdelikt eine Strafe festgelegt haben, haben elf keinen Vertretbarkeitsrahmen angegeben oder die Umfrage abgebrochen.

1512 Zur Berechnung wurde für alle Teilnehmenden einzeln ermittelt, welcher Prozentsatz der 82 Strafen in den angegebenen Vertretbarkeitsrahmen fällt. Der Durchschnitt dieser Prozentsätze entspricht den angegebenen 42 %.

1513 KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN 2021, S. 71, die allerdings auch auf die Problematik von Bias hinweisen.

1514 Gleich steht es im Übrigen um den Median von -6,25 Jahren.

Abbildung 29: Durchschnittsstrafe als angemessene Strafe? (Gruppe 1)



Sucht man nach derjenigen Strafe, welche von der grösstmöglichen Anzahl an 548
 Teilnehmenden noch als vertretbar erachtet wird, resultiert eine Strafe von
 exakt sieben Jahren (2'550 Strafeinheiten). Diese halten 44 von 71 Personen
 (62%) für vertretbar. Diese Strafe scheint nur deshalb konsensfähiger zu sein
 als der Durchschnitt, weil viele Personen den Vertretbarkeitsrahmen in gan-
 zen Jahren angaben und dabei exakt sieben Jahre als Minimal- oder Maximal-
 strafen auswählten. Insgesamt liegt der Durchschnitt relativ nahe am «bes-
 ten» Wert. Dass viele Teilnehmenden diesen Wert für unvertretbar erachteten,
 spricht nicht gegen den Durchschnittswert als Orientierungsgrösse, sondern
 ist vor allem Ausdruck der erheblichen Streuung in der Strafzumessung.

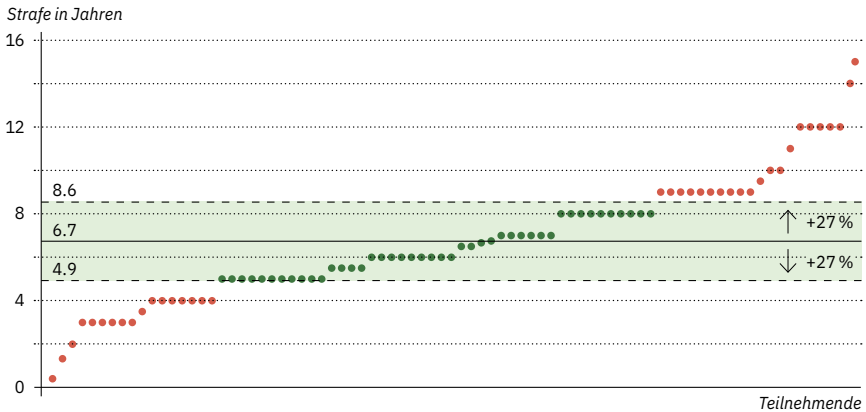
Aufbauend auf der Durchschnittsstrafe soll deshalb versucht werden, den 549
 Bereich des Vertretbaren aus den Antworten der Richterinnen und Richtern zu
 aggregieren. Der durchschnittliche Vertretbarkeitsrahmen betrug 3,7 Jahre,¹⁵¹⁵
 was gerundet 54,6% der Durchschnittsstrafe entspricht. Die meisten Teilneh-
 menden haben den Vertretbarkeitsrahmen zudem symmetrisch um die eigene
 Strafe gelegt.¹⁵¹⁶ Vereinfachend liesse sich deshalb ein Vertretbarkeitsrahmen

1515 Vorne Rz. 546. Die Teilnehmenden waren sich hier allerdings sehr uneinig, die Standardabweichung des Vertretbarkeitsrahmens in Gruppe 1 beträgt 1,91 Jahre

1516 Die Mehrheit der Teilnehmenden in Gruppen 1 (47 von 71, also 66%) wählten einen symmetrischen oder beinahe symmetrischen Rahmen um die eigene Strafe. Verglichen wurde je der Abstand von der eigenen Strafe zur unteren und oberen Vertretbarkeitsgrenze. Unterschieden sich die Abstände um maximal ein Jahr (z. B. zwei Jahre bis zum unteren und drei Jahre bis zum oberen), wurde dies als annähernd symmetrisch gewertet.

von plus/minus 27% um die Durchschnittstrafe legen.¹⁵¹⁷ Vorliegend wären damit nach der durchschnittlichen Ansicht der Teilnehmenden für das Tötungsdelikt alle Strafen von 4,9 bis 8,6 Jahren noch vertretbar.¹⁵¹⁸ Selbst in diesem über alle Teilnehmenden hinweg eingemitteten Vertretbarkeitsverständnis ist fast die Hälfte (38 von 82) der ausgefallten Strafen nicht mehr vertretbar (Abbildung 30).

Abbildung 30: Aggregierter Bereich des Vertretbaren (Tötung, Gruppe 1)



V. Beantwortung der Forschungsfragen

550 Um die Ergebnisse zusammenzufassen, werden die eingangs aufgestellten Hypothesen aufrechterhalten oder verworfen und die Forschungsfragen beantwortet.¹⁵¹⁹

A. Wie einheitlich erfolgt die Strafzumessung durch erstinstanzliche Strafrichterinnen und -richter in der Schweiz?

551 Hypothese 1.1 (*die Standardabweichung der Strafen für denselben Fall beträgt mehr als 40 % der durchschnittlich ausgesprochenen Strafe*) hat sich in der vorliegenden Untersuchung für alle vier Vignetten bestätigt. Die Standard-

1517 MAURER 2005, S. 216, geht für Deutschland von plus/minus 25% aus, ohne dass jedoch gänzlich klar wird, worauf diese Schätzung basiert.

1518 Das sind 44 der ausgefallten 82 Strafen bzw. 54%. Gerechnet wurde mit den ungerundeten Zahlen.

1519 Vgl. die Forschungsfragen und Hypothesen vorne Rz. 418 ff.

abweichung betrug jeweils zwischen 42,3 und 79,5% der durchschnittlichen Strafe. Bei den Vignetten Betrug und Tötung reicht das 95%-Konfidenzintervall allerdings bis 38,3% bzw. 36,8%, weshalb der Wert dort auch leicht darunter liegen könnte.¹⁵²⁰

Nicht bestätigen liess sich Hypothese 1.2 (*die Streuung der Strafen fällt bei Vermögensdelikten weniger stark aus als bei Gewaltdelikten*). Im Gegenteil fiel die Streuung beim Diebstahlsfall am grössten aus.¹⁵²¹

Hypothese 1.3 (*die Streuung der Strafen beim Tötungsdelikt ist grösser, als Richterinnen und Richter noch als vertretbar erachten*) liess sich klar bestätigen. Im Schnitt lagen nur 44% aller Strafen für das Tötungsdelikt innerhalb des von den Teilnehmenden angegebenen Rahmens der noch vertretbaren Strafen.¹⁵²² Wird als Annäherung an den Bereich der angemessenen Strafen ein Vertretbarkeitsbereich aus den Wertungen der Teilnehmenden aggregiert, resultiert ein Rahmen von knapp plus/minus 27% um die Durchschnittsstrafe. Selbst nach diesem aggregierten Vertretbarkeitsverständnis erweist sich bloss etwas mehr als die Hälfte (ca. 55%) der ausgefallten Strafen als vertretbar.¹⁵²³ Ob sich dieser von den Richterinnen und Richtern gesteckte Vertretbarkeitsrahmen auch auf andere Delikte übertragen lässt, wäre mit weiteren Untersuchungen zu überprüfen.¹⁵²⁴ Die vorliegenden Erkenntnisse können zumindest als Ausgangspunkt für eine zukünftige Diskussion über die Grösse des Ermessensspielraums dienen.

Aufgrund der breiten Streuung der Strafen müsste auch mit Uneinigkeit bei der Wahl der Strafoptionen zu rechnen sein. Entgegen dieser Vermutung muss Hypothese 1.4 (*ausser beim Tötungsdelikt erreicht keine Strafoption [Strafart, Vollzugsform und Verbindungsbusse] das absolute Mehr der Antworten*) mehrheitlich verworfen werden. Bei allen Vignetten wählten über 90% der Teilnehmenden dieselbe Strafart. Unterschiede finden sich bei der Frage, ob zusätzlich zu einer bedingten Strafe eine Verbindungsbusse auszusprechen (Körperverletzung, Diebstahl und Betrug) und ob die Strafe bedingt, teilbedingt oder unbedingt zu vollziehen war (Betrug). Ausser beim Betrug fand sich jedoch bei allen Vignetten eine Mehrheit für eine Strafoption.¹⁵²⁵

Unterschiede zwischen den Sprachregionen liessen sich kaum nachweisen. Einzig bei der Betrugs vignette wurden in der Deutschschweiz tendenziell

1520 Vorne Rz. 489 ff.

1521 Vorne Rz. 489 ff.

1522 Vorne Rz. 544 ff.

1523 Vorne Rz. 549.

1524 Vgl. dazu auch HÖRNLE, in: FS-Philipps 2005, S. 399.

1525 Vorne Rz. 472 ff.

höhere Strafen ausgefällt.¹⁵²⁶ Zwischen einzelnen Kantonen bestanden jedoch zuweilen erhebliche Unterschiede.¹⁵²⁷ Ein Vergleich einzelner Gerichte konnte aufgrund zu kleiner Stichprobengrößen nicht durchgeführt werden. Insgesamt lässt sich Hypothese 1.5 (*die ausgefallten Strafen unterscheiden sich nach Sprachregion, Kanton und Gericht*) deshalb nur im Hinblick auf die Kantone klar bestätigen. Für die Sprachregionen lässt sie sich nur für den Betrugsfall bestätigen.¹⁵²⁸ Für die Ebene der Gerichte lässt sie die aufgestellte Hypothese weder verwerfen noch bestätigen.

556 Hypothese 1.6 (*innerhalb einzelner Kantone und Gerichte fallen die Strafen jeweils einheitlicher aus als in der nächstgrösseren Gesamtheit*) liess sich mit Bezug auf die Kantone weder klar verwerfen noch bestätigen. In Teilen fielen die Strafen innerhalb einzelner Kantone erwartungsgemäss einheitlicher aus als im nationalen Durchschnitt, in anderen unterschied sich die Streuung hingegen nicht vom nationalen Durchschnitt.¹⁵²⁹ Anhand des Bezirksgerichts Zürich konnte gezeigt werden, dass innerhalb des Gerichts für drei Vignetten einheitlicher Strafe zugemessen wird als im übrigen Kanton. Beim Tötungsdelikt waren die Strafen allerdings nicht einheitlicher als im nationalen Durchschnitt.¹⁵³⁰ Jedenfalls kann nicht zuverlässig von einem vereinheitlichenden Effekt der kantonalen oder gerichtlichen Strafzumessungspraxis ausgegangen werden.

557 Zusammenfassend lässt sich die erste Forschungsfrage (*wie einheitlich erfolgt die Strafzumessung durch erstinstanzliche Strafrichterinnen und -richter in der Schweiz*) wie folgt beantworten: Die Strafen der Teilnehmenden sind in der vorliegenden Untersuchung für alle Vignetten weit gestreut. Die Richterinnen und Richter sind sich darüber hinaus auch weitgehend uneinig, welche Strafen noch vertretbar scheinen. Die Strafzumessung durch erstinstanzliche Strafrichterinnen und -richter kann deshalb nur als uneinheitlich bezeichnet werden. Diese Uneinheitlichkeit liegt sowohl darin begründet, dass Richterinnen und Richter die in den Vignetten beschriebenen Straffälle schlicht unterschiedlich beurteilten, und als auch darin, dass sie grundsätzlich unterschiedlich streng sind.¹⁵³¹ *Wählt man zufällig zwei Richterinnen und Richter aus, unterscheiden sich ihre Strafen bei der Vignette des Tötungsdelikts*

1526 Vorne Rz. 498 f.

1527 Vorne Rz. 500 ff.

1528 Die Abwesenheit von statistisch signifikanten Unterschieden belegt allerdings nicht, dass tatsächlich keine Unterschiede bestehen.

1529 Vgl. die Hinweise bei HÖRNLE 1999, S. 65, auf ähnliche Resultate in Deutschland.

1530 Vorne Rz. 504 f.

1531 Vorne Rz. 494 ff.

*um mehr als drei Jahre.*¹⁵³² Damit ist die beobachtete Dimension der Zufälligkeit im System erheblich. Der Faktor Zufall wird auch nicht zuverlässig kleiner, wenn nur einzelne Kantone betrachtet werden, teilweise wird er noch grösser.¹⁵³³ Hier besteht klarerweise Handlungsbedarf.

B. Wird die Strafzumessung einheitlicher, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle heranziehen?

Es konnte gezeigt werden, dass erstinstanzliche Strafrichterinnen und Strafrichter regelmässig Vergleichsfälle beiziehen. Hypothese 2.1 (*eine Mehrheit der Richterinnen und Richter orientiert sich bei der Strafzumessung auch an Vergleichsfällen*) hat sich bestätigt. Über 98% der Richterinnen und Richter ziehen auch einmal Vergleichsfälle bei, 69% sogar *oft bis immer*. Vergleichsfälle sind damit das am häufigsten beigezogene Hilfsmittel bei der Strafzumessung.¹⁵³⁴ 558

Die zentrale Hypothese 2.2 (*die Streuung der Strafen ist relativ zum Durchschnitt geringer, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle für die Strafzumessung beziehen*) erhält nur geringfügige Unterstützung aus der vorliegenden Untersuchung. Die Vergleichsfälle haben das Strafniveau substantiell beeinflusst. Die Streuung der Strafen ist relativ gesehen zum Mittelwert bei allen Vignetten leicht kleiner ausgefallen, wenn Vergleichsfälle zur Verfügung standen. Der Unterschied war allerdings nur bei der Diebstahls-Vignette (knapp) statistisch signifikant.¹⁵³⁵ Beim Tötungsdelikt bestand zudem erhebliche Uneinigkeit darüber, wo der eigene Fall ordinal zwischen die Vergleichsfälle einzuordnen war.¹⁵³⁶ 559

Weil die Wahl der Strafort in beiden Gruppen einheitlich erfolgte, liess sich Hypothese 2.3 (*die Wahl der Strafoption erfolgt einheitlicher, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle für die Strafzumessung beziehen*) weder bestätigen noch verwerfen. Die Gruppen unterschieden sich bei der Wahl der Strafoption nur bei der Betrugs-Vignette leicht. Die Teilnehmenden der Gruppe 2 haben sich dort häufiger für einen unbedingten Vollzug ausgesprochen, was sich allerdings vollständig mit dem höheren Strafniveau erklären lässt.¹⁵³⁷ 560

1532 Vgl. vorne Rz. 492.

1533 Vorne Rz. 503.

1534 Vorne Rz. 530 ff.

1535 Vorne Rz. 525.

1536 Vorne Rz. 524.

1537 Vorne Rz. 516f.

- 561 Die zweite Forschungsfrage («Wird die Strafzumessung einheitlicher, wenn Richterinnen und Richter Vergleichsfälle heranziehen?») kann deshalb nur zurückhaltend bejaht werden. Es liess sich nur ein geringfügiger vereinheitlichender Effekt feststellen, der sich im Wesentlichen auf den Diebstahlsfall beschränkte. Wie bereits ausgeführt, werden die Gründe dafür allerdings eher im gewählten Vergleichsmaterial als in einem vergleichenden Vorgehen an sich vermutet.¹⁵³⁸

Kapitel 3: Zwischenfazit

- 562 Die vorliegende Untersuchung zeigt empirisch, dass die Strafzumessung in der Schweiz uneinheitlich erfolgt. Wird gestützt auf die Einschätzung der Richterinnen und Richter dazu, welche Mindest- und Höchststrafen für das verwendete Tötungsdelikt gerade noch vertretbar sind, ein Vertretbarkeitsrahmen aggregiert, verstärkt sich dieser Eindruck. Auch wenn mit den Teilnehmenden so von einem Vertretbarkeitsspielraum von plus/minus 27 % um die Durchschnittsstrafe ausgegangen wird, legen Richterinnen und Richter Strafen fest, die für viele ihrer Berufskolleginnen und -kollegen nicht nur nicht angemessen, sondern nicht einmal vertretbar sind. Das allein ist Grund zur Sorge und belegt Handlungsbedarf. Erhebliche Uneinigkeit über die vertretbare – geschweige denn die angemessene Strafe – bringt die zentrale Annahme aus Lehre und Rechtsprechung ins Wanken, wonach möglichst freies Ermessen zu einer dem Einzelfall angemessenen Strafe führe. Auch kann nicht zuverlässig davon ausgegangen werden, dass innerhalb einzelner Kantone oder Gerichte einheitlicher Strafe zugemessen wird. Insgesamt ist aufgrund der vorliegenden Untersuchung stark daran zu zweifeln, dass das Schweizer Strafzumessungssystem rechtsgleiche Bestrafung produziert.¹⁵³⁹
- 563 Was einen möglichen Verbesserungsvorschlag anbelangt, fiel das durchgeführte Experiment mit Vergleichsfällen ernüchternd aus, weil kaum ein vereinheitlichender Effekt zu beobachten war. Es wäre deshalb verfehlt, den Beizug leicht auffindbarer (und entsprechend wenig ähnlicher) Vergleichsfälle als Allheilmittel anzupreisen. Dies umso mehr, weil in der vorliegenden Untersuchung allen Teilnehmenden der Experimentgruppe die gleichen drei Fälle zum Vergleich vorgegeben wurden, Vergleichsfälle in Realität aber

1538 Vorne Rz. 530 ff.

1539 Hinzu kommt, dass das gerichtliche Strafurteil am Ende eines mehrgliedrigen Prozesses steht, der selbst mit erheblichem Noise behaftet sein dürfte, vgl. BIETSCHBACH/BIBAS, Va. Law Rev. 2016, S. 1495 ff.

von jeder Richterin und jedem Richter individuell gesucht und ausgewählt würden.¹⁵⁴⁰ Das führt allerdings nicht zur Empfehlung, das vergleichende Vorgehen aufzugeben, sondern nur zur Einsicht, dass keine einfache Lösung zum Ziel führen wird. In der Folge soll der Lösungsvorschlag entsprechend ausgebaut werden.

1540 Womit regelmässig ein noch geringerer bzw. kein vereinheitlichender Effekt einhergehen dürfte, vgl. STRENG 1984, S. 241; vgl. auch ZAMIR/TEICHMAN 2018, S. 534 («*However, judges' familiarity with other cases is a cause of concern when different judges are exposed to different sets of cases*»).

Teil 4:

Optimierte Gleichbehandlung in der Strafzumessung

«Reform, reform. Don't talk to me about reform.
We are in enough trouble already.»¹⁵⁴¹

Spätestens seitdem sich auch der Europarat mit Strafzumessungsdisparitäten 564 befasst und 1992 verschiedene Empfehlungen zu deren Eindämmung verabschiedet hat,¹⁵⁴² war entsprechender Handlungsbedarf auch für die Schweiz erkennbar. Dieser Handlungsbedarf konnte mit der vorliegenden Arbeit konkretisiert werden: Die Verwirklichung von Gleichheit in der gerichtlichen Strafzumessung ist sowohl rechtlich als auch tatsächlich mangelhaft. Aufgrund des Optimierungsgebots sind Gesetzgeber und Gerichte verpflichtet, sich vermehrt um eine rechtsgleiche Strafzumessung zu bemühen.¹⁵⁴³

Klar ist dabei, dass aufgrund des notwendigen Einzelfallermessens immer ein gewisser Entscheidungsspielraum verbleiben wird. Wie gross dieser sein darf, ist eine kaum beantwortete Wertungsfrage.¹⁵⁴⁴ Obwohl sie letztlich zentral für die Ermessenskontrolle ist, wurden bisher soweit ersichtlich keine dogmatischen oder empirischen Anstrengungen zu ihrer Beantwortung unternommen. Wie die Analyse der Rechtsprechung ergeben hat, fühlt sich das Bundesgericht trotzdem in der Lage, zu beurteilen, ob eine Strafe noch innerhalb des Rahmens des Vertretbaren liegt. Weil es nicht selbst Strafe zumisst, kann es hierbei nicht die eigenen Strafurteile als Massstab für die Grenzen des Unschärfebereichs heranziehen. Vielmehr muss es sich bis zu einem gewissen Grad daran orientieren, was die Sachgerichte im Schnitt als 565

1541 MILLER, in: *Future of Imprisonment 2004*, S. 121, Norval Morris zitierend.

1542 Europarat, *Empfehlung*; Europarat, *Memorandum*.

1543 So für Deutschland: HÖRNLE, *GA 2019*, S. 285; ähnlich schon STRENG 1984, S. 14 f.

1544 Für HARRIS 2022, S. 47, sind Unterschiede von 100 % jedenfalls zu gross (es können demnach nicht gleichzeitig vier und acht Jahre vertretbar sein). Beim hier vor ermittelten Rahmen ist die höchste Strafe (8,6 Jahre) allerdings um 75 % höher als die tiefste (4,9 Jahre) und damit nicht weit davon entfernt. MAURER 2005, S. 168, schätzt den vom deutschen BGH tolerierten Abweichungsbereich auf ca. plus/minus 50 % ein, schlägt selbst aber einen Rahmen von plus/minus 25 % um den Mittelwert vor (S. 216).

vertretbar erachten. Ein solches Urteil müsste damit grundsätzlich auf einer Gesamtschau der Schweizer Strafzumessung fussen. Für eine solche fehlt aktuell jedoch die notwendige Datengrundlage. Mangels besserer Informationen muss sich das Bundesgericht deshalb im Ergebnis auf die Intuition der aktuellen Gerichtsbesetzung verlassen.

566 Mit der vorliegenden Untersuchung konnte am Beispiel eines Tötungsdelikts ein erstes Mal ein konkreter Vertretbarkeitsrahmen plausibilisiert werden. Dabei ist sich die Richterschaft uneinig über dessen Grösse. Werden die Einschätzungen aggregiert, resultiert ein Vertretbarkeitsrahmen von ca. plus/minus 27% um die Durchschnittsstrafe.¹⁵⁴⁵ Ob sich diese Größenordnung auf andere Delikte übertragen lässt, wäre erst noch zu untersuchen. Unabhängig davon, wo die Vertretbarkeitsgrenze genau angelegt wird, liegen in der vorliegenden Untersuchung jedenfalls diverse Strafen ausserhalb dieses Rahmens. Das Ziel muss deshalb sein, die Streuung der Strafen zu verringern.¹⁵⁴⁶

567 Mögliche Massnahmen dazu werden im Folgenden skizziert. In einem ersten Schritt sollen diejenigen diskutiert werden, die primär darauf abzielen, die Justiziabilität von Gleichbehandlung in der Strafzumessung zu verbessern. Dabei steht ein offenes vergleichendes Vorgehen im Zentrum (Kapitel 1). Durch direkten Fallvergleich und Justiziabilität im Einzelfall lässt sich die Strafzumessung jedoch kaum national vereinheitlichen. Vielmehr stellen die im ersten Kapitel vorgeschlagenen Massnahmen die Voraussetzung für weitergehende Massnahmen dar, welche auf eine Aggregation vieler Einzelwertungen und den Aufbau intersubjektiver Bewertungsgrundlagen abzielen. Diese weitergehenden Massnahmen werden im Sinn eines Ausblicks vorgezeichnet (Kapitel 2).

Kapitel 1: Optimierte Justiziabilität

568 Wie dargelegt, stehen aktuell zahlreiche Hürden zwischen einer betroffenen Person und der Durchsetzung ihres Gleichbehandlungsanspruchs in der Strafzumessung.¹⁵⁴⁷ Keine der Hürden erscheint unüberwindbar. In diesem Kapitel werden bezugnehmend auf die Überlegungen im zweiten und dritten Teil einzelne zentrale Massnahmen hervorgehoben, mit denen die Justiziabilität

1545 Vorne Rz. 544 ff. Dieser Wert liegt nahe am von MAURER 2005, S. 216, für schwere Kriminalität vorgeschlagenen Rahmen, vgl. vorne Fn. 1544.

1546 Vgl. dazu auch NGUYEN/RIDGEWAY, JQ 2024, S. 25 («*At the very least, moving judges at the tail end closer to the collective norm judges have established can improve equity and reduce sentencing disparities that undermine distributive justice*»).

1547 Vorne Rz. 241 ff.

ungleicher Strafzumessung verbessert bzw. überhaupt erst ermöglicht wird. Im Zentrum stehen dabei vier Forderungen an eine bessere Strafzumessung. Erstens muss die strafzumessungsrechtliche Ermessensdogmatik grundlegend neu aufgearbeitet werden (I.). Ermessensausübung lässt sich nur anhand der Einhaltung von vorgängig durch Auslegung zu ermittelnden und möglichst klar zu formulierenden Ermessensrichtlinien kontrollieren. Mit anderen Worten bedarf es möglichst klarer Regelungen der Strafzumessung. Zweitens muss diese Dogmatik auf dem praktisch sehr relevanten komparativen Vorgehen aufbauen (II.). Das beinhaltet drittens ein neues Verständnis des Verhältnisses von Rechtsgleichheit und Ermessen mit einer Akzentverschiebung hin zu Ersterer (III.). Viertens muss sich die Rechtsprechung selbst auch die notwendigen Entscheidungsgrundlagen zur Professionalisierung der eigenen Praxis schaffen (IV.).

I. Strafzumessungsrechtliche Ermessensdogmatik

Die eigene empirische Untersuchung legt nahe, dass die beobachtete Uneinheitlichkeit sowohl in der unterschiedlichen Beurteilung der Umstände der präsentierten Einzelfälle als auch in der unterschiedlichen Grundpunitivität von Richterinnen und Richtern begründet liegt.¹⁵⁴⁸ Strafzumessung bedarf deshalb einer engeren Anleitung, um verschiedene Interpretationen und Bewertungen einer gemeinsamen Linie anzunähern. Im Sinn einer hiervoor vorgezeichneten Ermessensdogmatik,¹⁵⁴⁹ ist dringend ein konkretes Regelwerk von Ermessensrichtlinien aufzubauen, deren Verletzung im Einzelfall gerügt werden kann. Realistischerweise fällt diese Aufgabe dem Bundesgericht zu (A.). Für zentrale Weichenstellungen und vor allem für die hiernach angedachten Massnahmen zur Herstellung intersubjektiver Entscheidungsgrundlagen¹⁵⁵⁰ ist jedoch auch der Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen (B.).

A. Durch das Bundesgericht

Weil vom Gesetzgeber auf absehbare Zeit keine ausführlichere Regelung der Strafzumessung zu erwarten ist, kommt den Gerichten und vor allem dem Bundesgericht eine zentrale Rolle zu. Letzteres muss dringend eine eigene Ermessensdogmatik für das Strafrecht und spezifischer für das Strafzumessungs-

1548 Vorne Rz. 494 ff.

1549 Vorne Rz. 351 ff.

1550 Hinten Rz. 611 ff.

recht entwickeln. Dafür muss es seine Zurückhaltung in Strafzumessungsfragen aufgeben.

571 Ermessen muss eng definiert und klar von Auslegungsfragen abgegrenzt werden. Zur adäquaten Bewertung der Umstände des Einzelfalls wird Gerichten vom Gesetzgeber in Teilen eine Wahlfreiheit zwischen mehreren richtigen Ergebnissen eingeräumt. Dabei handelt es sich um eigentliches Ermessen. Weil die Grenzen dieser Wahlfreiheit nicht scharf gezogen werden können, sind diverse weitere Ergebnisse vertretbar, ohne dass sie strenggenommen von der Wahlfreiheit umfasst werden.¹⁵⁵¹

572 Entgegen der teilweise in der Rechtsprechung durchscheinenden Auffassung liegt nicht etwa die Strafzumessung insgesamt im Ermessen des Sachgerichts, solange sich nur das Ergebnis innerhalb des Vertretbaren hält. Vielmehr besteht bei vielen Teilschritten im Bewertungsprozess Ermessen innerhalb eines spezifischen Teilrahmens.¹⁵⁵² So hat das Bundesgericht z. B. für den Teilschritt der Berücksichtigung eines Geständnisses festgehalten, einer Strafreduktion sei üblicherweise im Umfang von «*einem Fünftel bis zu einem Drittel*» Rechnung zu tragen.¹⁵⁵³ Reduziert ein Gericht die Strafe für ein Geständnis nun um die Hälfte, ohne dies besonders zu begründen, dann begeht es einen qualifizierten Ermessensfehler, auch wenn die schlussendlich ausgefallte Strafe aus Sicht des Bundesgericht vertretbar scheint.¹⁵⁵⁴ Erstens bringen Ermessensrichtlinien wenig, wenn sie einfach übergangen werden können. Zweitens lässt sich nicht verlässlich feststellen, ob eine Strafe im Ergebnis angemessen oder vertretbar ist. Darüber ist sich – das hat die vorliegende Untersuchung gezeigt – auch die Richterschaft uneins.¹⁵⁵⁵

573 Will das Bundesgericht seiner Aufgabe als Rechtskontrollinstanz nachkommen, dann kommt es nicht darum herum, ein Regel-Ausnahme-System von Ermessensrichtlinien aufzubauen. Anders lässt sich eine so komplexe Materie kaum willkürfrei eindämmen. Dabei sind Ermessensrichtlinien nicht als unüberwindbare Grenzen zu verstehen. Ein solches Verständnis liesse sich nicht mit dem Zweck des Individualisierungsermessens vereinbaren.¹⁵⁵⁶ Ermessensrichtlinien regeln vielmehr die grosse Mehrheit der Fälle und stehen einem ausnahmsweisen und begründeten Abweichen nicht entgegen.

1551 Vorne Rz. 335 ff.

1552 Vorne Rz. 357 f.

1553 BGE 121 IV 202, E. 2.d.cc; auch BGer, 6B_780/2018 vom 9. Oktober 2018, E. 5.2. Dabei lässt sich natürlich darüber streiten, ob und wie viel ein Geständnis strafreduzierend berücksichtigt werden soll, vgl. z. B. SUMMERS 2022, S. 71 ff.

1554 Z. G. vorne Rz. 351 ff.; im Ergebnis ähnlich GIANNOLIS 2014, S. 60.

1555 Vorne Rz. 544 ff.

1556 Vorne Rz. 342 ff.

In diesem Sinn sollte das Bundesgericht z. B. seine Rechtsprechung zur verminderten Schuldfähigkeit überdenken. So ging es früher eher von einer linearen Reduktion der Strafe bei verminderter Schuldfähigkeit aus, weichte diese klare Logik später aber wieder auf und sorgte damit für erhebliche Verwirrung.¹⁵⁵⁷ Zuzustimmen ist dem Bundesgericht dahingehend, dass keine fixe Umrechnungsregel in Form von einer 25%-, 50%- und 75%-Reduktion für leicht-, mittel- und schwergradig verminderte Schuldfähigkeit aufgestellt werden darf.¹⁵⁵⁸ Diese wäre zu starr, würde eine umfassende Berücksichtigung des Einzelfalls vereiteln und wäre damit im Licht von Art. 47 und Art. 19 Abs. 2 StGB unzulässig. Nicht einzusehen ist jedoch, wieso nicht als Grundsatz festgelegt werden kann, dass einer leichten Verminderung der Schuldfähigkeit mit einer Strafreduktion von maximal einem Drittel Rechnung zu tragen ist, einer mittelgradigen Verminderung mit einer Reduktion von einem bis zwei Dritteln und einer schwergradigen Verminderung mit einer Reduktion von über zwei Dritteln.¹⁵⁵⁹ Ermessensrichtlinien können und müssen nicht nur in Form von strikten Grenzen definiert werden, sondern sie können auch einen Bereich vorgeben, der nur ausnahmsweise verlassen werden kann. Grobe Grundsätze sind besser als keine. Es geht hier nicht an, dass die Auflösung von Unsicherheiten über Auslegungsfragen dem sachrichterlichen Einzelfallermessen zugewiesen wird, wenn klarerweise eine möglichst allgemeingültige Lösung notwendig ist.¹⁵⁶⁰

Um Ermessensausübung anhand dieser von der Rechtsprechung entwickelten Richtlinien ausrichten und überprüfen zu können, müssen diese sinnvollerweise gesammelt und übersichtlich dargestellt werden. Hier ist das Verdienst derjenigen Autorinnen und Autoren hervorzuheben, die sich diesen Aufwand eigeninitiativ machen.¹⁵⁶¹ Weil das Bundesgericht seine eigenen

1557 SEELMANN 2023, S. 149 ff., m. w. H.; vgl. insbesondere den berichtigten BGE 136 IV 55.

1558 BGE 136 IV 55, E. 5.3.

1559 Ähnlich SEELMANN 2023, S. 150, allerdings mit den Kategorien 0-25 % (leicht), 25-75 % (mittel) und 75-100 % (schwer).

1560 Als weiteres Beispiel ist hier die Asperation im Rahmen der Gesamtstrafenbildung zu nennen. Es ist nicht einzusehen, weshalb keine grundsätzliche Regelung dazu aufgestellt werden soll, in welchem Umfang weitere Straftaten zur Einsatzstrafe hinzuzurechnen sind. Weil dies aktuell fast vollständig dem Ermessen des Sachgerichts überlassen wird, kann eine erste Instanz Einzelstrafen von insgesamt 13 Jahren im Umfang von fünf Jahren anrechnen, die zweite Instanz im selben Verfahren Einzelstrafen von insgesamt viereinhalb Jahren mit drei Jahren; vgl. z. B. BG Meilen (ZH), DG160012 vom 29. Juni 2017, E. VII.3.3.6 und OGer ZH, SB210368 vom 31. Mai 2022, E. IV.2.4.

1561 Z. B. GISEL-BUGNION 1978, S. 72 ff.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER 2018, S. 100 ff.; MATHYS 2019, S. 29 ff.; PAREIN 2010, S. 125 ff.; SEELMANN 2023, S. 168 ff.; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 6 ff.; PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 9 ff.; BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 84 ff.

Richtlinien nicht privater Literatur entnehmen sollte, hätte es diese jedoch selbst zu sammeln und systematisiert darzustellen. Als Vorlage könnten allenfalls die vom EGMR auf seiner Webseite publizierten Guides zu einzelnen Artikeln oder spezifischen Themen dienen.¹⁵⁶²

B. Durch den Gesetzgeber

576 Obwohl das Bundesgericht in Teilen versucht, die offenen Strafzumessungsbestimmungen mit Inhalt zu füllen,¹⁵⁶³ bleiben Grundfragen der Strafzumessung offen.¹⁵⁶⁴ Der Gesetzgeber muss im Sinn des Optimierungsgebots dort eingreifen, wo die Gerichte keine einheitliche Praxis zu bilden in der Lage sind, was mit Blick auf die eigene empirische Untersuchung auf die Strafzumessung zuzutreffen scheint. Er hat zentrale Weichenstellungen für den Ermessensgebrauch in der Strafzumessung direkt im Gesetz vorzunehmen.

577 Zunächst hat der Gesetzgeber die zulässigen Strafzwecke als grundlegende Ermessensrichtlinien klar zu definieren.¹⁵⁶⁵ Der Europarat empfahl seinen Mitgliedstaaten bereits 1992, sowohl die Strafzwecke als auch deren Verhältnis zu regeln.¹⁵⁶⁶ So liesse sich ein *numerus clausus* der Strafzwecke ins Gesetz aufnehmen.¹⁵⁶⁷ Mit einer Auflistung der zulässigen Strafzwecke würde immerhin geklärt, welche Strafzwecke allenfalls *nicht* zu berücksichtigen sind. Ansonsten ist damit allerdings noch wenig gewonnen.¹⁵⁶⁸ Vielmehr muss sich der Gesetzgeber auch zum Verhältnis der Strafzwecke äussern, konkret vor allem dazu, wie sich die Spezialprävention zur Vergeltung

1562 EGMR, ECHR-KS.

1563 Vorne Rz. 121 ff.

1564 Vorne Rz. 200 ff.; vgl. zur gleichen Problematik im deutschen Recht STRENG 1984, S. 26 ff.

1565 So sieht es auch der Europarat, vgl. Europarat, *Empfehlung*, Anhang A.1; Europarat, *Memorandum*, Ziff. II.11.i; vgl. auch FRISCH, in: FS-Pötz 1993, S. 21; HERZ, *Ger. Law J.* 2020, S. 1644 f.; KASPAR 2018, S. C 96 und zum Reformvorschlag für § 46 StGB/D, S. C 104 ff.; PFENNINGER, *SJZ* 1934, S. 214; STRENG 1984, S. 286. Vgl. aber ALBRECHT H.-J. 1994, S. 495, der die Festlegung der Strafzwecke für wirkungslos hält, obwohl er mit seinem Modell nur 50 % der Strafzumessungsvarianz erklären konnte, über die übrigen 50 % als letztlich nichts aussagen kann.

1566 Europarat, *Empfehlung*, Anhang A.1; Europarat, *Memorandum*, Ziff. II.11.i und III.A.1 ff.

1567 Vgl. für einen solchen *numerus clausus* (allerdings ohne Konfliktregelung) Abschnitt 57 § 2 des Sentencing Act vom 22. Oktober 2020 (GB-EAW) («*The court must have regard to the following purposes of sentencing: (a) the punishment of offenders, (b) the reduction of crime (including its reduction by deterrence), (c) the reform and rehabilitation of offenders, (d) the protection of the public, and (e) the making of reparation by offenders to persons affected by their offences*»); ähnlich auch Sentencing Council (GB-SCT), *Sentencing Guideline*, S. 4.

1568 Vgl. die Kritik an obiger Bestimmung bei ASHWORTH/KELLY 2021, S. 83 f.; HARRIS 2022, S. 155 f.; ähnlich zu Kanada BERGER, in: *Strafzumessung* 2020, S. 258.

bzw. zur Verschuldensstrafe verhält. Dazu muss er festlegen, wonach sich die Strafe primär bemisst.¹⁵⁶⁹ Ebenso hat er klarzustellen, inwiefern anderen, sekundären Strafzwecken Rechnung getragen werden kann.¹⁵⁷⁰ Er sollte also eine Konfliktregelung für die verschiedenen Zwecke vorsehen.¹⁵⁷¹ Dass er das im Hinblick auf seinen früheren Umgang mit der Strafzumessung wie bspw. im Rahmen der Revision von 2007¹⁵⁷² aktuell wohl kaum befriedigend lösen würde, ändert daran nichts.

Weiter sollte die Vorgehensweise bei der Strafzumessung bzw. das Prüfprogramm im Gesetz verankert werden. Hier wäre auch ein gesetzgeberischer Positionsbezug zum vergleichenden Vorgehen und der Bedeutung einer rechtsgleichen Strafzumessung wünschenswert.¹⁵⁷³ Solche zentralen Fragen können nicht den Gerichten zur alleinigen Beantwortung überlassen werden. Ansonsten wird zugelassen, dass sich dort Abweichungen ergeben wie bspw. zur Frage, in welcher Reihenfolge¹⁵⁷⁴ Strafart und Strafeinheiten zu bestimmen sind oder zu welchem Zeitpunkt im Prüfprogramm der Einstieg in den Strafraum zu erfolgen hat.¹⁵⁷⁵ Es ist nicht ersichtlich, wieso diese Fragen dem Gericht im Einzelfall zur Disposition stehen sollten. Vielmehr liesse sich in groben Zügen generell-abstrakt festschreiben, wie Sachgerichte bei der Strafzumessung vorzugehen haben.

1569 ASHWORTH/KELLY 2021, S. 84; STRENG 1984, S. 264 f.

1570 Vgl. auch ASHWORTH/KELLY 2021, S. 65 ff.; ferner HAAG 1970, S. 38, ohne ihm inhaltlich zustimmen zu wollen.

1571 Vgl. die entsprechende Empfehlung des Europarats (Europarat, Empfehlung, Anhang A.2 f.); a. A. wohl BOMMER, CL 2019, S. 38 («Schliesslich ist – abgesehen von den genannten Taten der Schwerstkriminalität – der Zielkonflikt zwischen Generalprävention auf der einen Seite und Schuldausgleich auf der anderen beim Gericht besser aufgehoben als beim Gesetzgeber: Der Einzelfall soll einzelfallweise und nicht losgelöst davon entschieden werden.»); zurückhaltend auch ALI, MP/CS, S. 337.

1572 So PAREIN 2010, S. 185 («l'insouciance avec laquelle se sont opérées les modifications législatives de 2007»).

1573 So beginnt z. B. der erste Abschnitt des für die Strafzumessung relevanten Kapitels 29 des schwedischen Strafgesetzbuchs mit folgender Formulierung: «Taking into consideration the interest of uniform application of the law [...]». Ähnlich auch Rules of Procedure and Evidence, Regel 101(B)(iii) («In determining the sentence, the Trial Chamber shall take into account [...] the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia [...]»), gefunden bei MONSIEURS / VANDERHALLEN / ROZIE, Eur. J. Criminol. 2011, S. 7. Während ein solches Vorgehen durch das Rechtsgleichheitsgebot grundsätzlich bereits vorgegeben ist, könnte die zusätzliche Verankerung auf Gesetzesstufe zu einer wichtigen Akzentverlagerung führen. Gleichzeitig wären damit Gerichte auch deutlicher zu einem vergleichenden Vorgehen angehalten.

1574 Vorne Rz. 140 ff.

1575 Vorne Rz. 130 ff.

579 Als letztes Element dieses kurzen Abrisses über gesetzgeberischen Handlungsbedarf bei der Anleitung des strafzumessungsrechtlichen Ermessens sind die Strafraumen anzusprechen. Deren Verkleinerung hat der Gesetzgeber jüngst als Mittel entdeckt, um für mehr Einheitlichkeit in der Strafzumessung zu sorgen.¹⁵⁷⁶ So geht zumindest der Bundesrat im Rahmen der «Harmonisierung der Strafraumen» davon aus, durch das Anheben von Mindeststrafen liesse sich die Strafzumessung vereinheitlichen.¹⁵⁷⁷ Dass er dafür keine Belege beibringt, vor allem keine empirischen, ist weder überraschend noch akzeptabel.¹⁵⁷⁸

580 Ein Vergleich der Bestrafung und Strafraumen diverser Delikte in Deutschland und Österreich von ALBRECHT legt nahe, dass die Strafraumen nur wenig geeignet sind, die Strafzumessung im Einzelfall wesentlich zu beeinflussen.¹⁵⁷⁹ Die Strafzumessungspraxis scheint demnach kaum sensibel für geringfügige Änderungen am Strafraumen zu sein. Das dürfte auch daran liegen, dass die im Strafraumen kommunizierte Schwere skala nur sehr lose beachtet wird. Denkbar ist auch, dass sich durch zu enge Strafraumen die Frage der Einzelfallgerechtigkeit schlicht auf die Tatbestandsprüfung verlagert.¹⁵⁸⁰ Die Evidenz zur Wirkung von Strafraumenänderungen ist allerdings zu dürftig, um hier definitive Schlüsse zu ziehen.

581 Anstatt vereinzelt Mindeststrafen anzuheben, wären die Strafraumen stärker an der ordinalen Proportionalität auszurichten,¹⁵⁸¹ sodass Gerichte die gesamte Bandbreite nutzen können, ohne dabei ordinal disproportionale Strafen ausfallen zu müssen. Dazu sind insbesondere zu grosse Strafraumen durch Senkung der Höchststrafe zu verkleinern.¹⁵⁸²

582 Unabhängig davon, ob eine Verengung der Strafraumen ein probates Mittel zur Vereinheitlichung darstellt, sollte der Gesetzgeber klarstellen, wie

1576 Vorliegend soll es primär um die Eignung zur Erzielung einer einheitlicheren Strafzumessungspraxis gehen. Dass Mindeststrafen generell fragwürdig sind, wurde verschiedentlich bereits dargelegt, vgl. z. B. BOMMER, CL 2019, S. 34 ff.; SEELMANN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2018, S. 743 ff.; SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, S. 199 ff.

1577 Gerichte würden die Strafraumen nämlich «*bei Weitem nicht ausschöpfen*», Bericht Harmonisierung, S. 10; Botschaft Harmonisierung, S. 2829 («*Das Strafrecht ist nur glaubwürdig, wenn es konsequent und rechtsgleich durchgesetzt wird*»); weiterführend dazu, dass Mindeststrafen mit Art. 47 StGB in Konflikt geraten, BOMMER, CL 2019, S. 34 ff.

1578 Vgl. deutlich NIGGLI/MAEDER, in: FS-Wiprächtiger 2011, S. 416 ff. Das zugrundeliegende Postulat 09.3366 von NR Jositsch hatte noch eine «*Studie*» gefordert, «*in der evaluiert wird, inwiefern die Strafgerichte die vom Gesetzgeber vorgesehenen Strafraumen ausschöpfen*», was durchaus Anlass für eine empirische Untersuchung gegeben hätte.

1579 ALBRECHT H.-J. 1994, S. 280.

1580 SIMMLER/WEDER, ZStrR 2019, S. 218 f.

1581 Vgl. z. B. BOMMER, ZStrR 2019, S. 269.

1582 Vorne Rz. 207 ff.

mit den von ihm festgelegten Strafraumen umzugehen ist. Bleibt nämlich offen, ob er die darin kommunizierte Schwere skala linear, degressiv oder progressiv versteht, dürften der Strafraumen und auch Änderungen daran nur unzuverlässig die beabsichtigte Wirkung erzielen. Die Natur der Schwere skala hat weitreichende Konsequenzen für die Strafraumen.¹⁵⁸³ Ein Positionsbezug durch den Gesetzgeber würde diesbezügliche Unsicherheiten in der Praxis beseitigen.

II. Vergleichendes Vorgehen

Eine ausgebauten Ermessensdogmatik muss sodann die komparative Natur der Strafzumessung berücksichtigen. Die Verschuldensbewertung und die Einordnung der Straftat im Strafraumen ist ein inhärent vergleichender Vorgang. Entsprechend überrascht nicht, dass auch eine überwiegender Mehrheit der erstinstanzlichen Strafrichterinnen und Strafrichter regelmässig auf Vergleichsfälle abstellt und die Orientierung am üblichen Strafmass für wichtig hält.¹⁵⁸⁴ Auch in der Literatur wird die Wichtigkeit eines vergleichenden Vorgehens betont: *«Zu den wichtigsten Entscheidungen in Einzelfällen gehört die Bestimmung der Strafe, in deren konkrete Bemessung die bisherige (Praxis), also das Strafmass in (vergleichbaren) Fällen einfließen soll.»*¹⁵⁸⁵ *«[D]ie Orientierung an vergleichbaren Fällen [stellt] einen fundamentalen Erkenntnisschritt im Rahmen der Rechtsfindung dar.»*¹⁵⁸⁶ Je mehr verschiedene Fälle dabei verglichen und dadurch in eine Rangordnung gebracht werden, desto eher lässt sich aus relativen Urteilen eine absolute Strafgrösse ableiten.¹⁵⁸⁷ Dabei ist klar, dass keine zwei Fälle identisch sind. Sie sind unter Beachtung ihrer Gemeinsamkeiten und Unterschiede jedoch in Bezug zu setzen.¹⁵⁸⁸

1583 Vorne Rz. 207 ff.

1584 Vorne Rz. 530 ff.

1585 KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1202; ebenso ALBRECHT P., ZStrR 1991, S. 58; PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, Art. 47 N 42 (*«Lebhaft zu begrüßen ist der vorbildliche Hinweis auf Strafen in vergleichbaren Fällen [...]»*); allgemein zur Rechtsfindung: HÄNNI 2022, S. 123; für Deutschland BRUNS/GÜNTGE 2019, S. 13 (*«Das wichtigste Mittel, die Strafzumessungspraxis zu vereinheitlichen, ist aber der Vergleich mit ähnlichen Fällen, die Gegenüberstellung bestimmter Strafmasse, die sich umso brauchbarer erweist, je breiter die Vergleichsbasis gezogen wird»*); KASPAR 2018, S. C 89; MAURER 2005, S. 94, 221; MEIER 2019, S. 245.

1586 HÄNNI 2022, S. 123.

1587 Vgl. zu diesem Gedanken ROBINSON 2013, S. 533.

1588 HÄNNI 2022, S. 123.

584 Obwohl eine Orientierung am bisher üblichen Strafmass keine angemessene Strafe garantiert, ist sie richtig.¹⁵⁸⁹ Erstens stellt die bisherige Praxis die aktuell beste Erkenntnisquelle für die angemessene Strafe dar. Wenn verschiedene Gerichtskompositionen über längere Zeit alle ungefähr dasselbe Strafmass für angemessen gehalten haben, ergibt sich daraus zumindest eine Vermutung des ungefähr angemessenen Strafmasses.¹⁵⁹⁰ Zweitens verlangt das Gebot rechtsgleicher Behandlung, dass nicht unbegründet von einer früheren Beurteilung abgewichen wird. Drittens bedeutet die Orientierung am Üblichen nicht, dass dieses für immer unverrückbar festgeschrieben steht. Vielmehr kann – wie auch sonst bei Rechtsprechungsänderungen – aufgrund besserer Erkenntnisse oder gewandelter Anschauungen vom Bisherigen abgewichen werden. Dieser Schritt soll in Zukunft nur bewusster und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Vergangenes erfolgen und nicht von Fall zu Fall unkontrolliert variieren.

585 Nur scheint niemand deutlich ausdrücken zu wollen, was das bedeutet: Konsequenz zu Ende gedacht führen die vorangehenden Überlegungen zu Rechtsgleichheit und materiell richtiger Verschuldensbewertung zur Einsicht, dass Strafzumessung mangels besserer Erkenntnisquellen vergleichend erfolgen *muss*. Hierbei kann es nicht genügen, dass Richterinnen und Richter intuitiv mit eigenen Vorstellungsbildern vergleichen, sondern sie haben konkrete reale Vergleichsfälle beizuziehen. Zur Nutzung dieser intersubjektiveren Entscheidungsgrundlage gegenüber der persönlich gefärbten Intuition verpflichtet auch die zu wahrende innere richterliche Unabhängigkeit.¹⁵⁹¹

586 Ein vergleichendes Vorgehen soll die herkömmliche Strafzumessungsdogmatik nicht vollständig ersetzen. Es entbindet das Gericht insbesondere nicht davon, sich Gedanken zur Richtigkeit der beigezogenen Urteile und der eigenen Bewertung zu machen.¹⁵⁹² Vielmehr wird die Bewertung um eine relevante Dimension erweitert. Es handelt sich um einen Mittelweg zwischen Individualisierung, die weiterhin möglich bleibt, und Einheitlichkeit, die über eine vergleichende Individualisierung gewährleistet werden soll.¹⁵⁹³ Darauf unter Berufung auf das eigene Ermessen zu verzichten, ist willkürlich.

1589 MAURER 2005, S. 178, m. w. H.; ferner KASPAR, KriPoZ 2023, S. 6; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 5 N 82; WIPRÄCHTIGER, ZStrR 1996, S. 454.

1590 Hinten Rz. 611 ff.

1591 Vorne Rz. 390; in diese Richtung, jedoch ohne sich auf die richterliche Unabhängigkeit zu beziehen KOHN 2021, S. 123.

1592 FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 164.

1593 Vgl. MEIER 2019, S. 242.

A. Durch die Sachgerichte

Wie haben Sachgerichte beim Vergleich vorzugehen? Auszugehen ist von einer 587 konkreten Einsatzstrafe für die objektive Tatschwere des Delikts.¹⁵⁹⁴ Diese Einstufung hat komparativ im Vergleich zu anderen Fällen, subsidiär zu hypothetisch denkbaren Tatbestandsvarianten zu erfolgen und kann zunächst verbal («leicht», «mittel», «schwer» etc.) qualifiziert, muss anschliessend aber als konkrete Einsatzstrafe *quantifiziert* werden. Um dies zu tun, ist zunächst gedanklich zu unterstellen, die weiteren Strafzumessungsumstände würden sich neutral auswirken.¹⁵⁹⁵

Dazu müssen in der Urteilsbegründung wie bis anhin zunächst die Umstände 588 der Tatkomponente umschrieben werden,¹⁵⁹⁶ was anhand der in der Rechtsprechung entwickelten Ermessensrichtlinien erfolgt und noch keinen konkreten Fallvergleich beinhaltet.¹⁵⁹⁷ Anschliessend sind gestützt auf diese Umstände Vergleichsfälle in einer entsprechenden Falldatenbank zu suchen. Solange dabei keine Vorgaben bestehen, welche aus den so gefundenen Fällen heranzuziehen sind, insbesondere keine Leitentscheide durch ein oberes Gericht hervorgehoben werden oder entsprechende Richtlinien bestehen,¹⁵⁹⁸ wird es in einem ersten Schritt genügen müssen, dass Gerichte die konkret aufgefundenen Urteile verwenden und damit nicht zwingend dieselben wie andere Gerichte.¹⁵⁹⁹ Die Auswahl der Vergleichsfälle ist grundsätzlich Aufgabe des Gerichts.¹⁶⁰⁰ Es hat sich jedoch ohne Scheuklappen an möglichst passenden Vergleichsfällen zu orientieren.¹⁶⁰¹ Neuere Urteile haben

1594 Vorne Rz. 275 ff.; FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 176.

1595 Ähnlich FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 177; dieses Problem ausblendend KIENER H., ZStR 2007, S. 363 ff.

1596 Damit werden gleichzeitig alle für die Strafzumessung nicht relevanten Umstände vom Vergleich ausgeschlossen, vgl. dazu MAURER 2005, S. 180.

1597 MAURER 2005, S. 210.

1598 Ein konkreter Vergleich ist immer dort besonders wichtig, wo sich aus der Rechtsprechung keine verallgemeinerbaren Prinzipien destillieren lassen, vgl. GERMANN 1960, S. 24 f.; MAURER 2005, S. 196.

1599 So auch MAURER 2005, S. 210 («Es dürfte daher für ein ohnehin unscharfes Ergebnis unschädlich sein, wenn sich die Praxis der üblichen Strafe nicht methodisch einwandfrei, sondern eben nur mit den dem einzelnen Richter zur Verfügung stehenden Mitteln nähert»).

1600 Natürlich ist es Parteien unbenommen, eigens gefundene Vergleichsfälle beizubringen.

1601 Sinnvollerweise ist von einer Art Kaskade auszugehen, wonach zunächst eigene Urteile und solche von übergeordneten Instanzen zu berücksichtigen sind und erst anschliessend solche anderer Gerichte gleicher Ebene, vgl. vorne Rz. 311 ff. Die propagierte kantonale Abschottung ist jedenfalls aufzugeben, zumal 43 % der befragten Richterinnen und Richter bereits heute auch mit ausserkantonalen Urteilen vergleichen, vorne Rz. 532.

höheres Gewicht als ältere.¹⁶⁰² Das muss nur schon gelten, um zu vermeiden, dass veraltete Wertungen zementiert und Gerichte an der Rechtsfortbildung gehindert werden.¹⁶⁰³

589 Die zum Vergleich herangezogenen Fälle sind klar identifizierbar in der Urteilsbegründung zu nennen. Der eigene Fall muss anschliessend in die Reihe der Vergleichsfälle eingeordnet werden, ist also als schwerer als die einen und weniger schwer als die anderen zu bezeichnen. Das Gericht muss «interpolieren».¹⁶⁰⁴ Massgebend ist hier die Tatkomponente und nicht die Einsatzstrafe, da sonst eine zirkuläre Einordnung anhand des beabsichtigten Ergebnisses erfolgt. Diese Einordnung ist anschliessend zu begründen, indem dargelegt wird, inwiefern sich der vorliegende Fall von den Vergleichsfällen unterscheidet.

590 Erst dann ist auf die Einsatzstrafen der Vergleichsfälle einzugehen. Ergibt sich ein Intervall zwischen dem direkt milderen und dem direkt schwereren Vergleichsfall, ist die Strafe in der Regel innerhalb dieses Intervalls festzulegen. Im Optimalfall lässt sich so eine Einsatzstrafe zwischen denjenigen der Vergleichsfälle finden, weil sich der vorliegende Fall durch ein strafe erhöhendes Element vom unteren Vergleichsfall und durch ein Fehlen eines weiteren strafe erhöhenden Elements vom oberen Vergleichsfall abgrenzen lässt.

«Der Sachverhalt, der sich von einem anderen (nur) durch das Hinzukommen eines bestimmten unrechtserhöhenden Umstands unterscheidet, erhält ceteris paribus auch die höhere Strafe; diese bleibt andererseits hinter der Strafe für einen Fall zurück, bei dem – im übrigen wieder ceteris paribus – der entsprechende unrechtserhöhende Sachverhalt noch stärker ausgeprägt ist.»¹⁶⁰⁵

591 Innerhalb des Intervalls ist wiederum möglichst zu begründen, weshalb der eigene Fall näher auf der einen oder anderen Seite eingeordnet wird. Gleich ist im Übrigen zu verfahren, wenn anstelle von Vergleichsfällen auf Referenzfälle in Strafzumessungsrichtlinien abgestellt werden kann.¹⁶⁰⁶

592 Weil die bisherige Strafzumessung keinesfalls einheitlich sein wird, wird sich zuweilen das Problem stellen, dass die hypothetischen Einsatzstrafen

1602 Vgl. DUBS 1949, S. 178; KÖBERER 1996, S. 116; MAURER 2005, S. 212 f.

1603 Auch MAURER 2005, S. 181 f.

1604 Allgemein BIAGGINI 1991, S. 369 f. («Auch hier ist der Richter prinzipiell gehalten, nach Massgabe des Rechtsgleichheitssatzes vorzugehen und den neuen Fall in die Reihe der Präjudizien «einzupassen», gleichsam «Interpolationsarbeit» zu leisten»); HAAG 1970, S. 92.

1605 FRISCH, in: FS-Pötz 1993, S. 29.

1606 So auch KIENER H., ZStrR 2007, S. 363 ff., der von einer Referenzstrafe ausgeht.

nicht der Einteilung nach Strafschwere entsprechen, der «mildere» Vergleichsfall also eine höhere Einsatzstrafe aufweist als der «schwerere». Gerade deshalb sollen immer mehrere Fälle beigezogen werden.¹⁶⁰⁷ In dieser Situation ist auf die weiteren Vergleichsfälle zu blicken und der Befund zu interpretieren. Allenfalls muss das Gericht Farbe bekennen, welche der Vergleichsfälle es als unangemessen beurteilt ansieht. Im Regelfall wird es genügen müssen, die Strafe dennoch im Intervall zwischen den Einsatzstrafen der ähnlichsten Fälle festzulegen.

Die so ermittelte Einsatzstrafe ist anschliessend anhand der weiteren Strafumessungsumstände weiter nach oben oder unten zu verfeinern.¹⁶⁰⁸ *«[D]ie adäquate Endstrafgrösse [wird also] über eine mehr oder weniger lange Reihe von Zwischenergebnissen in der Relation zum Bewertungsergebnis des Ausgangsfalles bzw. gewisser Ausgangsfälle entwickelt.»*¹⁶⁰⁹ Davon ist auch die Berücksichtigung der Täterkomponente und sonstiger spezialpräventiver Überlegungen nicht ausgenommen.¹⁶¹⁰ Dabei ist konkret in Zahlen anzugeben, wie sich strafmindernde und -erhöhende Umstände auswirken.¹⁶¹¹ Es ist schrittweise vorzugehen, sodass in späteren Urteilen wiederum auch auf Teilschritte in Vergleichsfällen Bezug genommen werden kann.¹⁶¹²

Dieser Vorschlag ist weder neu noch revolutionär. Einige Sachgerichte gehen zumindest teilweise so vor. In Zukunft wären jedoch alle Sachgerichte auf dieses Vorgehen zu verpflichten und zu einer entsprechenden Offenlegung anzuhalten. Der Ausführlichkeitsgrad der komparativen Begründung wird dabei weiterhin von der Schwere der Strafe abhängen: je schwerer desto ausführlicher.¹⁶¹³ Zudem können die Begründungsanforderungen beim komparativen Vorgehen dann gelockert werden, wenn es den Parteien möglich ist, die Beachtung des üblichen Strafmasses selbst zu überprüfen.¹⁶¹⁴

B. Durch das Bundesgericht

Während primär die Sachgerichte für den direkten Fallvergleich zuständig sind, kommt auch dem Bundesgericht eine wesentliche Rolle zu. Am wichtigsten

1607 Vgl. MAURER 2005, S. 193.

1608 KIENER H., ZStrR 2007, S. 369 f.; ferner FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 177; FRISCH, in: FS-Pötz 1993, S. 32 ff.

1609 FRISCH, in: FS-Pötz 1993, S. 34.

1610 FRISCH, in: FS-Pötz 1993, S. 34.

1611 Ähnlich, mit Möglichkeiten zur Abkürzung FRISCH, in: FS-Pötz 1993, S. 34.

1612 FRISCH, in: FS-Pötz 1993, S. 37.

1613 Vorne Rz. 126.

1614 Hinten Rz. 599 f.

ist hier, dass es sich der Strafzumessungsrealität stellt und ein vergleichendes Vorgehen ins Zentrum seiner Strafzumessungsdogmatik rückt. Entsprechend hat es ein vergleichendes Vorgehen einzufordern, was auch Auswirkungen auf die Qualität der Entscheidungsgrundlagen hat.¹⁶¹⁵

596 Wenn Sachgerichte ihre Strafzumessung in Zukunft vor dem Hintergrund ihrer eigenen üblichen Praxis in der Urteilsbegründung rechtfertigen, folgen daraus für das Bundesgericht zwei Dinge. Erstens muss es gestützt auf die ihm so zur Kenntnis gebrachte Praxis Überlegungen dazu anstellen, wie viel Uneinheitlichkeit innerhalb eines Kantons hinzunehmen ist bzw. wie viel Spielraum den Gerichten innerhalb der durch das Rechtsgleichheitsgebot vorgegebenen Grenzen verbleibt.¹⁶¹⁶ Zweitens muss es die Praxis verschiedener Kantone *vergleichen*. Weil es für die Wahrung der Rechtseinheit zuständig ist und im Sinn des Optimierungsgebots zur Verwirklichung der Rechtsgleichheit beizutragen hat,¹⁶¹⁷ muss es durch entsprechende Leiturteile vorgeben, in welche Richtung sich die verschiedenen kantonalen Strafniveaus anzugleichen haben.

597 Dieser Prozess wird notgedrungen langsam voranschreiten, denn aktuell verfügt das Bundesgericht kaum über die notwendigen Informationen. Erst wenn zu einzelnen Delikten diverse komparativ begründete Strafurteile bis vor Bundesgericht gelangt sind, kann es eine nationale Vereinheitlichung in Angriff nehmen. Ohne eine zur Aggregierung fähige nationale Urteilsdatenbank wird dies allerdings ein schwieriges Unterfangen bleiben.¹⁶¹⁸

III. Verhältnis von Rechtsgleichheit und Ermessen

598 Mit diesem Vorverständnis eines weitgehenden Konkretisierungs- und Systematisierungsauftrags ist zudem das Verhältnis von Individualisierung und Rechtsgleichheit in der Strafzumessung ins Lot zu rücken. Denn auch Individualisierung hat möglichst rechtsgleich zu erfolgen. Aus dem Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung ergeben sich für Gerichte wiederum Ermessensrichtlinien, *welche von aussen auf den Bereich vertretbarer Entscheidungen einwirken, diesen Bereich also begrenzen*.¹⁶¹⁹ Wo diese Grenzen liegen und ob diese im Einzelfall beachtet wurden, lässt sich nur mit Blick auf andere Urteile

1615 Hinten Rz. 607 ff.

1616 Dazu hinten Rz. 598 ff.

1617 Vorne Rz. 95 ff.

1618 Hinten Rz. 613 ff.; so schon STRENG 1984, S. 303, für die deutschen Revisionsgerichte.

1619 Vorne Rz. 356.

abschätzen. Deshalb müssen sich Gerichte aller Instanzen in Zukunft ernsthaft auf vorgebrachte Vergleiche einlassen. Daraus ergeben sich unterschiedliche Konsequenzen für die Sachgerichte (A.) und das Bundesgericht (B.).

A. Für die Sachgerichte

Jedes Gericht ist primär für die rechtsgleiche Bestrafung innerhalb des eigenen Einzugsgebiets zuständig. Frühere Fälle aus diesem Einzugsgebiet schränken den Ermessensspielraum direkt dahingehend ein, dass nur mit entsprechender Begründung davon abgewichen werden kann. Weil die Urteilsbegründungen einen solchen Vergleich aktuell nur schwer zulassen und von ersten Instanzen ohnehin kaum welche verfügbar sind, trifft die Gerichte hier eine Bringschuld. Sie müssen ihre Ermessensausübung durch transparent vergleichendes Vorgehen rechtfertigen, indem sie darlegen, inwiefern sich die Strafe innerhalb des Üblichen bewegt (und damit rechtsgleich ist) oder weshalb davon abzuweichen ist.¹⁶²⁰

Berufungsgerichte sind für das gesamte Kantonsgebiet zuständig und damit auch in der Verantwortung, rechtsgleiche Strafzumessung zwischen ihren Vorinstanzen zu gewährleisten. Sie müssen bei entsprechend vorgebrachten Vergleichen Farbe bekennen und vorgeben, in welche Richtung die Angleichung der unterschiedlichen erstinstanzlichen Praxis zu erfolgen hat. Wie erste Instanzen muss es seine eigene Ermessensausübung komparativ rechtfertigen. Das Ausmass der Bringschuld hängt hier davon ab, inwiefern die übliche Praxis durch Parteien selbst überprüft werden kann, also davon, ob Urteile publiziert sind und diese inhaltlich zum Vergleich taugen.¹⁶²¹

Sowohl erste Instanzen als auch Berufungsgerichte müssen sich auch für Vergleiche mit Urteilen aus dem nächstgrösseren Einzugsgebiet interessieren, weil jene für die eigene Rechtsmittelinstanz relevant sind. Im Hinblick auf entsprechende Rechtsmittelverfahren sollten Gerichte vorgebrachte Vergleiche inhaltlich beantworten und darlegen, weshalb die eigene Lösung die richtige ist. In dieser zugegebenermassen idealistischen Vorstellung sind enge föderalistische Scheuklappen nicht gerechtfertigt.

B. Für das Bundesgericht

Wie Berufungsgerichte muss sich auch das Bundesgericht um eine möglichst einheitliche Strafzumessung seiner Vorinstanzen bemühen. Im Gegensatz zu

¹⁶²⁰ Vorne Rz. 583 ff.

¹⁶²¹ Hinten Rz. 607 ff.

Berufungsgerichten ist es jedoch direkt verpflichtet, Beschuldigte *national* gleichzubehandeln.

603 Dazu hat es sich zunächst vom falsch verstandenen *Vorrang des Legalitätsprinzips* zu verabschieden.¹⁶²² Denn das Legalitätsprinzip geht nur dort vor, wo ein Gericht aus Gleichbehandlungsüberlegungen gezwungen wäre, eine nicht mit Art. 47 StGB vereinbare Strafe auszufällen, nur weil dies in der Vergangenheit bereits so erfolgte. Wo es jedoch bloss um unterschiedliche angemessene Strafen innerhalb des Rahmens des Vertretbaren geht, genießt Art. 47 StGB keine Vorrangstellung vor Art. 8 Abs. 1 BV. Daher sollte das Bundesgericht anerkennen, dass das Rechtsgleichheitsgebot die von Art. 47 StGB eröffneten Ermessensspielräume von aussen her einengt. Entsprechend kann bspw. eine ungleiche Bestrafung zweier Mittäter nicht einfach mit dem Hinweis auf Art. 47 StGB beiseitegewischt werden. Wie weit nämlich die eröffnete Wahlfreiheit des Gerichts mit Blick auf das Rechtsgleichheitsgebot reicht, ist eine normative Frage, die es im Einzelfall zu klären gilt. Zwischen Rechtsgleichheit und Ermessensausübung ist praktische Konkordanz herzustellen, wobei im Zweifel über die angemessene Strafe vom Günstigeren auszugehen ist.¹⁶²³ Aufgrund der föderalistischen Struktur der Strafjustiz und weil die Vorinstanzen des Bundesgerichts ihrerseits nur innerhalb ihres Einzugsgebiets (Kanton) Rechtsgleichheit zu wahren haben, ist die Rechtskontrolle der Strafzumessung jedoch komplex.

604 Erstens kann als Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots vor Bundesgericht gerügt werden, dass eine Berufungsinstanz im Vergleich zu anderen Urteilen desselben Kantons ungleich Strafe zugemessen hat. Davon ist sowohl umfasst, dass das Berufungsgericht eine unterschiedliche Praxis seiner Vorinstanzen toleriert, als auch, dass es selbst von seinen eigenen Urteilen ohne hinreichende Begründung abweicht. Die Schwierigkeit ist offenkundig: Wie soll das Bundesgericht überprüfen, ob sich ein Berufungsgericht an die eigene kantonale Praxis hält? Es braucht Daten, worauf sogleich zurückzukommen ist.¹⁶²⁴

605 Zweitens kann die Strafzumessung beim Bundesgericht wegen Verletzung von Art. 47 StGB gerügt werden, wenn sie erheblich von derjenigen in anderen Kantonen abweicht. Sind kantonale Unterschiede dargetan, muss das Bundesgericht Farbe bekennen, weil es selbst zu national rechtsgleicher Behandlung verpflichtet ist. Hier muss es sich einerseits damit auseinander-

1622 Vorne Rz. 364 ff.

1623 Vorne Rz. 380f. In die gleiche Richtung geht letztlich die Forderung, das Gericht habe sich am unteren Ende des Spielraums zu orientieren, vgl. SEELMANN 2023, S. 220f.

1624 Hinten Rz. 606.

setzen, wie gross der Ermessensspielraum tatsächlich ist, also wie viel Abweichung zwischen Gerichten rein aufgrund unterschiedlicher Ermessensausübung hinzunehmen ist. Sind die Unterschiede zu gross, muss es entscheiden, welcher Lösung der Vorzug zu geben ist. Dieser Pfad führt indirekt zur Justiziabilität interkantonaler Ungleichbehandlung, weil zwar der Vorinstanz keine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 BV vorgeworfen werden kann (sie ist nicht direkt zur Achtung ausserkantonaler Praxis verpflichtet), bei zu grossen Abweichungen jedoch mindestens eine der Rechtsprechungen ausserhalb des von Art. 47 StGB eröffneten Ermessensbereichs liegt und damit rechtsfehlerhaft ist.

Ob das Bundesgericht nun die Einordnung eines vorinstanzlichen Urteils in die bisherige Praxis des betroffenen Kantons oder die Einheitlichkeit der Praxis verschiedener Kantone überprüfen muss, für beides braucht es Kenntnis der kantonalen Praxis. Informationen drüber gelangen nach der hier vorgezeichneten Vision in Zukunft auf unterschiedlichen Wegen bis ans Bundesgericht. Einerseits nimmt es zwangsläufig vermehrt Kenntnis von der kantonalen Praxis, wenn die Vorinstanzen ihre Strafzumessung komparativ begründen.¹⁶²⁵ Andererseits sollen zukünftig vermehrt Urteile publiziert und entsprechend in Datenbanken aufbereitet werden.¹⁶²⁶ Durch Aggregation einer Vielzahl von kantonalen Urteilen – ähnlich wie in der vorliegenden Untersuchung – soll das Bundesgericht in Zukunft den Ermessensspielraum möglichst empirisch fundiert normativ festlegen. Zumindest würde ein solches Vorgehen eine ernsthafte Diskussion überhaupt erst ermöglichen.

IV. Notwendige Entscheidungsgrundlagen

Der Vollständigkeit halber soll hier noch einmal daran erinnert werden, dass eine sinnvolle Vergleichsbasis zunächst aktiv hergestellt werden muss.¹⁶²⁷ Zuerst muss die Urteilsbegründung verbessert werden, indem das vergleichende Vorgehen offengelegt wird.¹⁶²⁸ Diese Forderung wird aktuell nur unzureichend erfüllt. Wie gezeigt, gaben die meisten befragten Richterinnen und Richter an, sie würden eher selten oder bloss manchmal in der Urteilsbegründung offenlegen, dass Vergleichsfälle beigezogen wurden.¹⁶²⁹ Diese

¹⁶²⁵ Vorne Rz. 596f.

¹⁶²⁶ Hinten Rz. 609f. zur Publikation und 613ff. zu Strafzumessungsinformationssystemen.

¹⁶²⁷ Vgl. vorne Rz. 254ff.

¹⁶²⁸ Vgl. vorne Rz. 259ff. und für einen Vorschlag für das konkrete Vorgehen Rz. 587ff.

¹⁶²⁹ Vgl. vorne Rz. 533f.

Diskrepanz zwischen Herstellung und Darstellung der Strafzumessung ist dringend zu beheben.¹⁶³⁰

608 Für die konkrete Vergleichbarkeit zweier Urteile ist noch wichtiger, dass der Gedankengang so gut wie möglich mittels Zahlen ausgewiesen wird.¹⁶³¹ Dafür muss der Einstieg in den Strafraumen bereits auf Ebene der objektiven Tatschwere anhand einer Einsatzstrafe erfolgen.¹⁶³² Ist dies erst einmal flächendeckend umgesetzt, ist nicht ausgeschlossen, auch die weitere Individualisierung zu vereinheitlichen, wie dies z. B. KIENER bereits 2007 vorgeschlagen hat.¹⁶³³ In jedem Fall ist bei wesentlichen Teilschritten der Strafzumessung wie der Berücksichtigung einer verminderten Schuldfähigkeit zwingend auszuweisen, von welcher Strafe ohne diese Einschränkung ausgegangen wird.¹⁶³⁴ Auch hier wäre es am Bundesgericht, die Sachgerichte auf ein einheitliches Vorgehen zu verpflichten. Um greifbare Ermessensrichtlinien zu definieren, muss es zudem seine eigene Aversion gegen Zahlen überwinden.

609 Zu guter Letzt helfen bessere Urteilsbegründungen wenig, wenn diese nicht zugänglich sind. Für einen sinnvollen Vergleich durch Justiz- und Strafverfolgungsbehörden und Betroffene gleichermaßen müssen dringend und möglichst umfassend erstinstanzliche Strafurteile publiziert werden.¹⁶³⁵ Die vorliegende Untersuchung deutet zudem darauf hin, dass es nicht genügt, Vergleichsfälle beizuziehen, die nur wenige Gemeinsamkeiten mit dem zu beurteilenden Fall aufweisen. Vielmehr scheinen Vergleichsfälle vorzugswürdig, welche mit Letzterem möglichst nahe übereinstimmen. Die Chance, einen solchen zu finden, erhöht sich selbstredend mit der Anzahl publizierter Urteile (und mit einer Öffnung des Einzugsgebiets):

«Je mehr Vergleichsurteile ein solcher «Pool» nämlich enthält, umso eher lässt sich ein wirklicher Vergleich mit möglichst vielen übereinstimmenden Zumessungskomponenten verwirklichen.»¹⁶³⁶

610 Hier können die Gerichte selbst Abhilfe schaffen, indem sie ihre Publikations-tätigkeit ausweiten bzw. eine solche aufnehmen. Um eine flächendeckende Publikation zu gewährleisten, könnte eine solche für ohnehin schriftlich be-gründete Strafurteile direkt durch den Bundesgesetzgeber in Art. 80 ff. StPO

1630 Vgl. KIENERH., ZStrR 2007, S. 373 f.

1631 Vgl. vorne Rz. 269 ff.

1632 Vgl. vorne Rz. 275 ff.

1633 KIENERH., ZStrR 2007, S. 370 ff.

1634 Vgl. vorne Rz. 280 ff.

1635 Vgl. vorne Rz. 290 ff.

1636 SEELMANN 2023, S. 308; weiterführend der ähnliche Gedanke bei MONTENBRUCK 1983, S. 35.

vorgeschrieben werden. Eine damit allenfalls einhergehende Informationsüberflutung ist kein spezifisches Problem der Urteilspublikation, sondern des digitalen Zeitalters allgemein und lässt sich nicht vermeiden. Die Lösung liegt nicht in einer restriktiven Publikationspraxis, sondern in einer modernen Datenaufbereitung.¹⁶³⁷

Kapitel 2: Optimierte Intersubjektivität

Eine greifbarere Ermessensdogmatik, ein konsequentes Vergleichen mit früheren Fällen, eine Akzentverschiebung hin zur Rechtsgleichheit sowie die geforderten Verbesserungen der Urteilsbegründung und Publikationspraxis sind Grundvoraussetzungen für justiziable Gleichbehandlung in der Strafzumessung. Mit diesen Massnahmen allein kann jedoch kaum eine national einheitliche Strafzumessung erreicht werden. Ziel ist es dabei nicht, Strafzumessung von jeglichen Wertungsentscheiden und daraus resultierenden Unterschieden zu befreien. Eine solche Lösung ist weder ersichtlich noch erstrebenswert. Vielmehr muss es darum gehen, die notwendigen Wertungen möglichst intersubjektiv nachvollziehbar zu treffen. Wenn schon auf persönliche Wertungen abgestellt werden muss, dann wenigstens *«auf einen Konsens in der Rechtsgemeinschaft, auf Intersubjektivität»*.¹⁶³⁸ Möglichst hohe Intersubjektivität ist zentraler Bestandteil eines berechenbaren und kontrollierbaren Vorgehens.¹⁶³⁹ Der direkte Fallvergleich ist jedoch nur beschränkt geeignet, um eine Vielzahl von Einzelwertungen zu aggregieren und so eine möglichst breit abgestützte Wertungsbasis zu bilden.¹⁶⁴⁰ So fiel auch das vorliegende Experiment mit Vergleichsfällen ernüchternd aus.¹⁶⁴¹

Im Sinn eines Ausblicks sollen deshalb drei weitere Massnahmen vorgezeichnet werden, die je für sich genommen zu einer einheitlicheren Strafzumessung beitragen könnten, die jedoch vor allem in Kombination ihr Potenzial entfalten.¹⁶⁴² Als Grundlage aller vereinheitlichenden Massnahmen, auch eines vergleichenden Vorgehens, braucht es eine Strafzumessungsdatenbank. Um wirksam zur Vereinheitlichung beizutragen, kann sich diese jedoch nicht in der reinen Sammlung und Bereitstellung von Vergleichsfällen erschöpfen,

1637 Ähnlich HÜRLIMANN D., *sui generis* 2014, S. 95 und hinten Rz. 613 ff.

1638 STRENG 1984, S. 299 für das Zitat und ferner S. 304; auch KASPAR 2018, S. C102f.

1639 Vgl. HAAG 1970, S. 41, 67. Insofern zu kurz greift NINK 2020, S. 101, der die subjektive Entscheidung einzig über die nachträgliche Begründung objektivieren möchte.

1640 MAURER 2005, S. 191.

1641 Vorne Rz. 520 ff.

1642 Vgl. dazu SCOTT, *Utah Law Rev.* 2013, S. 358.

sondern muss im Sinn eines Strafzumessungsinformationssystems statistisch aggregierte Informationen bereitstellen (I.). Aufbauend auf einer umfassenden Erhebung der Strafzumessungsrealität liessen sich weiter nach britischem Vorbild tatbestandsspezifische Richtlinien entwerfen, welche die Ermessensausübung anleiten, ohne die einzelfallweise Betrachtung zu verhindern (II.). Beides wird sinnvollerweise einer Strafzumessungskommission überantwortet, die als Fachgremium unter Justizbeteiligung am besten für diese grosse Aufgabe geeignet ist (III.).

I. Strafzumessungsinformationssystem

- 613 Für einen effizienten Vergleich von Fällen genügt es nicht, dass eine Vielzahl von Urteilsbegründungen in verschiedenen kantonalen Sammlungen publiziert und mittels Volltextsuche durchsuchbar sind. So bleibt der Vergleich im Detail zu aufwendig.¹⁶⁴³ Auch ist kein starker und vor allem kein national vereinheitlichender Effekt zu erwarten, wenn sich alle Richterinnen und Richter individuell in kantonalen Urteilsdatenbanken bewegen. Sinnvollerweise muss deshalb eine nationale Urteilsdatenbank aufgebaut werden.¹⁶⁴⁴ Urteile lediglich zu sammeln und zur Verfügung zu stellen, führt allerdings nur beschränkt zu Intersubjektivität. Die Lösung muss deshalb als eigentliches Strafzumessungsinformationssystem über ein blosses Dokumentationssystem hinausgehen.¹⁶⁴⁵ Gerichte (und andere Interessierte) müssen erfahren können, wie ein bestimmtes Delikt üblicherweise bestraft wird.¹⁶⁴⁶

1643 Vgl. auch SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 372.

1644 In Ansätzen HÄNNI 2022, S. 145; so auch die Mehrheit der Anwesenden am 72. Deutschen Juristentag 2018, vgl. KASPAR, KriPoZ 2023, S. 2 f.; zudem HERZ, Ger. Law J. 2020, S. 1645; ROSTALSKI/VÖLKENING, KriPoZ 2019, S. 270; ferner schon HOGARTH 1971, S. 391 f.; MIDDENDORFF, in: Strafzumessung für Verkehrsdelikte 1969, S. 36; STRENG 1984, S. 303, 309 ff.; vgl. zudem ALRC, *Same Crime*, Empfehlung 21-1.

1645 Vgl. zu dieser Unterscheidung STRENG 1984, S. 310 («Die Fähigkeit zur Auswertung der Informationen kennzeichnet ein Informationssystem im Gegensatz zu einem bloßen Dokumentationssystem [...]»); zustimmend MAURER 2005, S. 219; ähnlich schon GERMANN 1946, S. 58.

1646 KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 47; SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 353 ff.; LEIBOVITCH, NULR 2017, S. 1250; VERREL, in: FS-Wolter 2013, S. 811 f. Das ist nur schon zur richtigen Einschätzung der eigenen Punitivität notwendig, vgl. vorne Rz. 538 ff. Nur so kann zur Mitte gestrebt werden, vgl. dazu KASPAR, in: GS-Tröndle 2019, S. 286 ff.; NGUYEN/RIDGEWAY, JQ 2024, S. 2 f.; zudem NINK 2020, S. 443 («Eine vollständige oder zumindest vollständigere, umfassende Datensammlung ermöglicht zum einen, juristische Annahmen intersubjektiv überprüfbar zu machen»).

A. Beispiele bestehender Systeme

Eine solche Lösung muss nicht völlig neu erfunden werden, sondern kann sich 614 an ausländischen Beispielen orientieren. Beispielsweise bietet New South Wales (AUS)¹⁶⁴⁷ ein umfassendes «Judicial Information Research System» (JIRS) an, welches Richtlinien mit einer Präjudiziendatenbank und aufbereiteten Strafzumessungsinformationen kombiniert.¹⁶⁴⁸ In diesem Tool findet sich eine Fülle von strafzumessungsrelevanten Informationen wie eine Urteilsdatenbank, Zusammenfassungen neuer Urteile («case digest») und neuer Gesetze («legislation digest»), ausführliche allgemeine und deliktsspezifische Richtlinien («bench books»), Hinweise auf relevante wissenschaftliche und behördliche Publikationen und Weiterbildungsmaterial in Form von Podcasts. Für jedes Delikt kann zudem eine detaillierte Statistik geöffnet werden, die einerseits die Häufigkeit der ausgefallten Sanktionsformen und dann bspw. bei Auswahl nur der Freiheitsstrafen detailliert die Verurteilungen nach Monaten aufschlüsselt (Abbildungen 31 und 32). Zu jeder Statistik lässt sich das zugrundegelegte Fallmaterial in zusammengefasster Form abrufen (Abbildung 33).¹⁶⁴⁹ In dieser Datenbank kann allerdings nur über eine Volltextsuche nach spezifischen Strafzumessungsumständen gesucht werden.¹⁶⁵⁰

1647 Für einen Überblick über die australischen Bemühungen s. ALRC, *Same Crime*, S. 526 f. Die 2006 ins Leben gerufene nationale Datenbank scheint Ende 2023 mangels Finanzierung eingestellt worden zu sein, vgl. National Judicial College of Australia, *Commonwealth Sentencing Database*.

1648 Judicial Commission (AUS-NSW), *Judicial Information Research System (JIRS)* («*Quantitative reference material is available in the form of comprehensive and dynamic sentencing statistics, which provide a guide to the pattern of sentences imposed by the courts for criminal offences and are located by reference to the sections of relevant legislation. The sentencing statistics allow investigation of various case characteristics which may form the basis of relevant comparative material by drilling down to a table of case details showing summary information of related cases and links to judgments where they are available*»); ferner auch MAURER 2005, S. 92 und dort Fn. 156; sowie die Beschreibung bei MILLER, in: *Future of Imprisonment* 2004, S. 133.

1649 Das Tool ist allerdings nur gegen eine erhebliche Abonnement-Gebühr von AUD 1'780.- pro Jahr erhältlich, vgl. Judicial Commission (AUS-NSW), *Judicial Information Research System (JIRS)*. Der Verfasser konnte das System über einen Test-Zugang während einer Woche im April 2024 testen.

1650 Vgl. zu den Alternativen hinten Rz. 622 ff.

Abbildung 31: Beispiel statistische Informationen JIRS (alle)

Judicial Information Research System (JIRS)
 Crimes Act 1900 (NSW)
 s 94(a) – robbery

NSW Local Court – as at Feb 2024
 Sentences from Oct 2019 to Sep 2023

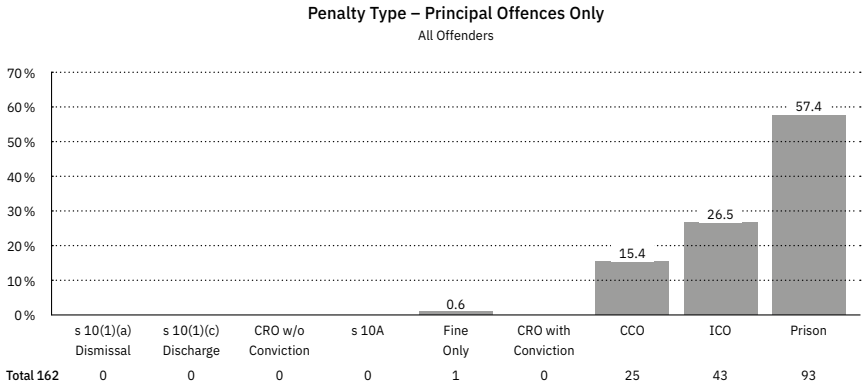


Abbildung 32: Beispiel statistische Informationen JIRS (Strafdauer)

Judicial Information Research System (JIRS)
 Crimes Act 1900 (NSW)
 s 94(a) – robbery

NSW Local Court – as at Feb 2024
 Sentences from Oct 2019 to Sep 2023

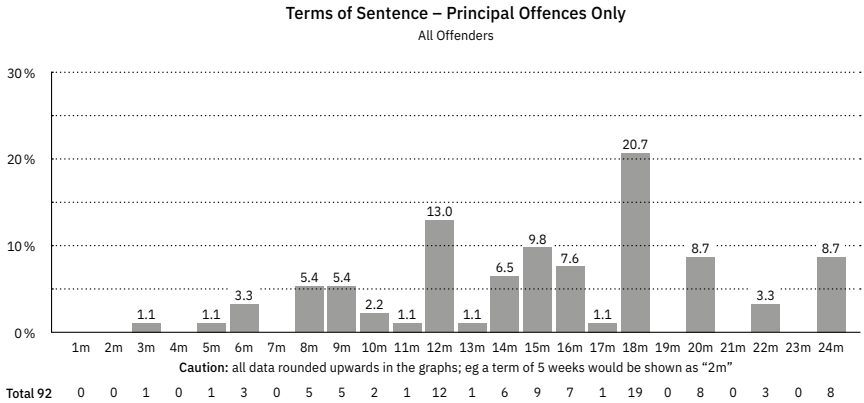


Abbildung 33: Beispiel Fallbeschreibung JIRS

Summary Table				JusticeLink Case Number: XXX	
#	Term	Total	%	Sentence Date: 14/02/2023	
1	1 Month	0	0	Offence Date: 26/12/2020	
2	2 Months	0	0	Case Characteristics:	
3	3 Months	1	1.1	Individual	
4	4 Months	0	0	1 count of this section	
5	5 Months	1	1.1	1 count of other sections	
6	6 Months	3	3.3	Priors: different type	
7	7 Months	0	0	Plea: guilty	
8	8 Months	5	5.4	Age: 31 to 40 Years	
9	9 Months	5	5.4	No domestic violence offences	
10	10 Months	2	2.2	Counts of Other Sections:	
11	11 Months	1	1.1	1 x Crimes Act 1900 (NSW) s 61 – Common assault prosecuted by indictment	
12	12 Months	12	13.0	Prior Offences: The offender had a prior record for:	
13	13 Months	1	1.1	• Acts intended to cause injury (with custody)	
14	14 Months	6	6.5	• Unlawful entry with intent/burglary, break and enter (with custody)	
15	15 Months	9	9.8	• Theft and related offences (with custody)	
16	16 Months	7	7.6	• Fraud, deception and related offences (with custody)	
17	17 Months	1	1.1	• Illicit drug offences	
18	18 Months	19	20.7	• Property damage and environmental pollution	
19	19 Months	0	0	• Public order offences (with custody)	
20	20 Months	8	8.7	• Offences against justice procedures, government security and government operations (with custody)	
21	21 Months	0	0	Sentence – Principal Offence:	
22	22 Months	3	3.3	Term of Sentence/Indicative Sentence 12 months	
23	23 Months	0	0	Sentence – Aggregate/Effective:	
24	24 Months	8	8.7	Imprisonment 14 months – NPP 9 months	
		92	100		

Neuere Entwicklungen finden sich zudem im asiatischen Raum.¹⁶⁵¹ Japanische Gerichte verwenden teilweise ein Präjudiziensuchsystem. So können dort im (nicht öffentlich zugänglichen)¹⁶⁵² System mittels Dropdown-Menüs einige Strafzumessungsumstände¹⁶⁵³ des eigenen Falls ausgewählt und die Präjudizien entsprechend danach gefiltert werden. Diese gefundenen Fälle werden

1651 Vgl. zu einer ebenfalls vielversprechenden Lösung in Malaysia KOHN 2021, S. 162 f., m. w. H.

1652 Staatsanwaltschaft und Verteidigung können ebenfalls auf das System zugreifen, was diese auch zu tun scheinen, vgl. KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 48.

1653 KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 48 («Erfasst werden spezifische Tatumstände (bspw. Taterfolg, Verhalten des Täters oder der Täterin, Beweggründe) sowie allgemeine Umstände (z. B. Reue, Wiedergutmachung, Vorstrafen), die von dem zuständigen Gericht in das System eingegeben werden»).

zudem zusammengefasst.¹⁶⁵⁴ Das bisherige Strafniveau wird zudem *als* «Bal-kendiagramm mit der Verteilung der jeweiligen Strafmasse»¹⁶⁵⁵ grafisch aufbereitet.¹⁶⁵⁶ Auch chinesische Gerichte setzen eigene Software-Lösungen ein, die durch Zugriff auf eine grosse Menge an früheren Fällen sicherstellen sollen, dass ähnliche Fälle ähnlich beurteilt werden.¹⁶⁵⁷ So werden dort deskriptive statistische Informationen zu früheren Verurteilungen wegen desselben Delikts angezeigt, mit der Möglichkeit, ähnliche Fälle einzusehen.¹⁶⁵⁸ So soll eines der Tools bereits in der Lage sein, die Strafzumessungsinformationen automatisch aus den Strafurteilen zu extrahieren.¹⁶⁵⁹ Über die Details ist allerdings zu wenig bekannt, als dass die Lösungen beurteilt werden könnten.¹⁶⁶⁰

616 Diverse Strafzumessungskommissionen in den USA bieten zwar kein eigentliches Strafzumessungsinformationssystem an, berichten jedoch transparent über ihre Arbeit und stellen ausführliche Strafzumessungsinformationen zur Verfügung.¹⁶⁶¹ Vielversprechend scheint ein kürzlich im Rahmen einer Studie mit Daten aus dem US-Bundesstaat Pennsylvania getesteten «Sentencing Feedback Systems».¹⁶⁶² Dabei wird Richterinnen und Richtern

1654 KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 48 («Daneben zeigt das System eine Übersichtstabelle mit den einzelnen Fällen und ihren Merkmalen an, u. a. die ausgeworfene Strafe, den Strafantrag durch die Staatsanwaltschaft und eine kurze Zusammenfassung des Sachverhalts mit einem Umfang von bis zu 100 Wörtern. Der Datenbank kann auch entnommen werden, welche Umstände im jeweiligen Fall zur Annahme eines milder- oder besonders schweren Falles geführt haben. Entscheidend für die Suche nach vergleichbaren Fällen ist auch die Einordnung in den jeweiligen Typ der Deliktsbegehung. So wird beim Totschlag etwa unterschieden zwischen der Tatbegehung aus finanziellen Streitigkeiten, aus zufälligem Streit oder aus Erschöpfung über die langfristige Pflege kranker Verwandter»).

1655 KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 48.

1656 So KASPAR, KriPoZ 2023, S. 3, der sich die Funktionsweise vor Ort hat zeigen lassen.

1657 SHI/SOURDIN/LI C., IJCA 2021, S. 9f.; SHI J., Crim. Law For. 2022, S. 125. Die Extraktion der Informationen und ihre entsprechende Kategorisierung erfolgt anscheinend automatisch, wobei keine Informationen zur detaillierten Wirkweise gefunden werden konnten. Allerdings sei der Algorithmus nur unvollständig dazu in der Lage, das Gewicht der Strafzumessungsfaktoren zu erfassen, vgl. SHI J., Crim. Law For. 2022, S. 128, 130 f. Zudem sei die Qualität der zugrundegelegten Urteile oft mangelhaft, ebenda S. 135 ff.

1658 SHI J., Crim. Law For. 2022, S. 127

1659 KOHN 2021, S. 154, m. w. H.

1660 So auch KASPAR, KriPoZ 2023, S. 4; vgl. immerhin die Beschreibung bei KOHN 2021, S. 150 ff.

1661 Z. B. Sentencing Commission (US), *Interactive Data*; Sentencing Commission (US-PA), *Research and Data*. Im US-Bundesstaat Missouri können Gerichte und Rechtsbeistände online durch Eingabe von zentralen Strafzumessungsfaktoren «*recommended, aggravated, and mitigated sentencing options*» erhalten, SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 356. Die Webseite der Missouri Sentencing Advisory Commission scheint aus der Schweiz jedoch nicht abrufbar.

1662 NGUYEN/RIDGEWAY, JQ 2024, S. 1 ff. und das Beispiel auf S. 16. Besten Dank an Prof. Dr. Altwicker für diesen wertvollen Hinweis.

basierend auf eine grosse Zahl erhobener Fälle mitgeteilt, in welchen Aspekten sie bei der Strafzumessung von ihren Kolleginnen und Kollegen abweichen und so zu Strafzumessungsdisparitäten beitragen.¹⁶⁶³ Ziel ist auch hier eine Verringerung der Streuung und somit Annäherung zur Mitte.¹⁶⁶⁴

Es finden sich noch weitere Beispiele von nützlichen Urteilsdatenbanken mit reduzierterem Funktionsumfang, wovon einzelne jedoch wieder aufgegeben worden sind¹⁶⁶⁵ und worauf hier nicht im Detail eingegangen wird.¹⁶⁶⁶

B. Zentrale Eigenschaften

Der Blick auf ausländische Lösungen zeigt, was schon möglich ist bzw. was vor einigen Jahren bereits möglich war.¹⁶⁶⁷ Angesichts der aktuell rasant fortschreitenden technischen Entwicklung von KI-Applikationen dürften heute deutlich komplexere Lösungen möglich sein oder demnächst möglich werden.¹⁶⁶⁸ Ohne auf die technischen Voraussetzungen im Detail einzugehen, wird nachfolgend eine zukünftige Lösung beschrieben, die Richterinnen und Richter bei der Strafzumessung möglichst effektiv unterstützen soll.¹⁶⁶⁹ Gleichzeitig soll sie auch der Öffentlichkeit ermöglichen, sich über die Strafpraxis zu informieren, und den Zugang der Wissenschaft zu Strafzumessungsdaten verbessern.¹⁶⁷⁰

1663 Die Entwicklung eines solchen Systems war allerdings nur dank eines beeindruckenden, durch die Strafzumessungskommission von Pennsylvania bereitgestellten Datensatzes über vergangene Verurteilungen möglich, ebenda, S. 8.

1664 NGUYEN/RIDGEWAY, JQ 2024, S. 2 («*Shifting judges whose sentencing practices considerably deviate from their peers closer to the norm is critical to maintaining the legitimacy of the criminal justice system and ensuring that defendants convicted of similar crimes will receive similar sentences*»).

1665 Schottland verfügte früher ebenfalls über eine vielversprechende Datenbank, vgl. MILLER, in: Future of Imprisonment 2004, S. 132 f., m. w. H.; TATA, in: Sentencing Guidelines 2013, S. 246. Das System wurde jedoch mit der Zeit nicht mehr gepflegt und ist eingegangen, ASHWORTH/KELLY 2021, S. 431 f.; TATA, in: Sentencing Guidelines 2013, S. 247. Ähnlich sollte in den Niederlanden die bestehende Datenbank ausgeweitet werden; die Bemühungen scheinen versandet zu sein und in beiden Ländern wurden seither Richtlinien eingeführt, vgl. hinten Rz. 628 ff.; vgl. auch zu erfolglosen Versuchen, ein solches System in Kanada einzuführen, MILLER, in: Future of Imprisonment 2004, S. 130 f., m. w. H.; TATA, in: Sentencing Guidelines 2013, S. 245, m. w. H.

1666 Irland hat im Januar 2024 einen ersten rudimentären Datensatz zu Strafzumessungsentscheidungen publiziert, vgl. Judicial Council (IE), Database of Court of Appeal decisions; vgl. für ältere Lösungen SCHILD/ZELEZNIKOW, JDS 2008, S. 533 ff.

1667 Vgl. dazu auch KOHN 2021, S. 357 ff.

1668 Vgl. nur schon ACHERMANN, Richterzeitung 2024, N 19 f.

1669 Ansonsten wird das System nicht gebraucht und geht ein, vgl. für entsprechende Beispiele SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 386 ff. und 392 («*No system can survive for long if its users – judges and their court staff – find it cumbersome, confusing, or unhelpful*»).

1670 Hinten Rz. 626.

1. Automatisierte Fallfassung

619 Bereits entschiedene und vor allem neue Fälle müssen nach Möglichkeit automatisch erfasst werden, und zwar in zweifacher Hinsicht.¹⁶⁷¹ Einerseits müssen die Urteile nach Publikation in kantonalen Datenbanken in die nationale Datenbank integriert werden.¹⁶⁷² Andererseits müssen sich Urteile auch spezifisch nach Strafzumessungsinformationen durchsuchen lassen, um relevante Vergleichsurteile zu finden. Dazu müssen sie entsprechend erfasst und kategorisiert werden. Dafür sind grundsätzlich zwei Herangehensweisen vorstellbar.

620 Die erste Möglichkeit läge darin, die Gerichte die relevanten Informationen selbst erfassen zu lassen. Denkbar wäre hier, im Anschluss an ein Urteil ein Formular zur Strafzumessung auszufüllen.¹⁶⁷³ Dieser mit entsprechendem Mehraufwand verbundene Vorschlag wird allerdings kaum auf Gegenliebe bei den Gerichten stossen; sie sind auch so gut ausgelastet.

621 Besser ist es deshalb, die Datenbank insofern intelligent auszugestalten, dass Urteile anhand der Urteilsbegründung automatisch erfasst und die relevanten Strafzumessungsinformationen extrahiert werden.¹⁶⁷⁴ Ein entsprechendes Tool muss erstens innerhalb einer Urteilsbegründung die *Erwägungen zur Strafzumessung zuverlässig erkennen* können.¹⁶⁷⁵ Aus diesen Erwägungen muss es zweitens *die erwähnten Strafzumessungsumstände und deren Gewicht entnehmen*.¹⁶⁷⁶ Dabei müssen Umstände drittens *kontextabhängig richtig kategorisiert* werden (z. B. dass das Ausmass der Verletzungen des Opfers als

1671 Damit die Datenbank das Fallaufkommen repräsentativ erfasst, ist die Publikation erstinstanzlicher Urteile unabdingbar, vorne Rz. 299; vgl. zu diesem Problem auch NINK 2020, S. 442 f.

1672 Dies ist bereits mit verhältnismässig bescheidenen finanziellen Mitteln möglich, wie bspw. entscheidsuche.ch belegt. Mittlerweile hat auch Swisslex nachgezogen und ermöglicht einen zentralisierten Zugriff auf kantonale Urteile.

1673 So erhob z. B. die Sentencing Commission (GB-EAW) während mehrerer Jahre ihre Daten, vgl. GUILFOYLE/MARDER, Comm. Law W. Rev. 2021, S. 113; vgl. auch den frühen Vorschlag von HOGARTH 1971, S. 392; ferner FRISCH, Crim. Law For. 2017, S. 466.

1674 Das Legal Tech Lab Cologne der Universität Köln arbeitet seit 2019 an der Entwicklung einer solchen Lösung, vgl. ROSTALSKI/VÖLKENING, KriPoZ 2019, S. 265 ff.; dazu auch KOHN 2021, S. 226 f.; konkrete veröffentlichte Erkenntnisse liegen soweit ersichtlich noch nicht vor, vgl. Legal Tech Lab Cologne, *Smart Sentencing*. Als eine Art Zwischenlösung werden in den USA auf Bundesebene die Unterlagen zu einer Verurteilung direkt an die Sentencing Commission (USA) gesendet, die wiederum teilautomatisiert die relevanten Informationen erfasst, vgl. GUILFOYLE/MARDER, Comm. Law W. Rev. 2021, S. 113 f.

1675 So auch ROSTALSKI/VÖLKENING, KriPoZ 2019, S. 271.

1676 Letzteres hängt offenkundig davon ab, dass solche Informationen auch in der Begründung anzutreffen sind, vgl. vorne Rz. 269 ff. und 607 ff. Zudem muss dazu vorgängig

Element der objektiven Tatschwere angeführt wurde).¹⁶⁷⁷ Viertens muss *es die relevanten Umstände des Vergleichsfalls möglichst akkurat und kurz zusammenfassen* können,¹⁶⁷⁸ um den Gerichten in der Präsentation der Vergleichsfälle eine schnelle Triage zu ermöglichen.

2. Intelligente Suche

Um der Urteilsflut Herr zu werden, müssen Vergleichsfälle möglichst detailliert nach relevanten Strafzumessungsumständen gefiltert werden können. Im Optimalfall können in einem ersten Schritt mindestens die Umstände der objektiven Tatschwere des eigenen Delikts ausgewählt werden und die Datenbank sortiert die Fälle nach Ähnlichkeit zu diesen Merkmalen.¹⁶⁷⁹ Angesichts der Unterschiede in den Urteilsbegründungen ist zudem eine semantische Suche zu integrieren, die im Gegensatz zur üblichen Volltextsuche auch Inhalte mit ähnlicher Bedeutung findet, wenn die Formulierungen nicht übereinstimmen.¹⁶⁸⁰ Zur effizienten Triage sollte die Fallzusammenfassung bereits auf der Ebene der Suchresultate ersichtlich sein.¹⁶⁸¹

Wie bereits ausgeführt, ist im Interesse einer Aggregation vieler subjektiver Wertungen zudem zentral, dass statistische Informationen zur Strafzumessung bereitgestellt werden. Der Europarat hat den Mitgliedstaaten bereits 1992 empfohlen, eine offizielle Strafzumessungsstatistik aufzubauen. Sie soll Richterinnen und Richter insbesondere über übliche Bestrafung für bestimmte Delikte informieren und Uneinheitlichkeit in der Strafzumessung entgegenwirken.¹⁶⁸² Solche Vorschläge sind auch anlässlich der kürzlich in

(SO MILLER, in: Future of Imprisonment 2004, S. 138) oder zumindest begleitend entschieden werden, welche Kriterien zu entnehmen sind. Hier bedarf es erheblicher Vorarbeit von im Bereich der Strafzumessung spezialisierten Juristinnen und Juristen.

1677 Aufgrund der grossen Anzahl an möglichen Faktoren ist diese Kategorisierung sehr komplex, vgl. SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 370 f.; über den möglichen Einsatz sog. «Fuzzy-Logik» GIANNOULIS 2014, S. 368 ff. und KOHN 2021, S. 169 ff. sowie 171 f. zu neuronalen Netzen, zudem S. 337; ROSTALSKI/VÖLKENING, KriPoZ 2019, S. 270 («Die eigentliche Schwierigkeit liegt vielmehr in der Sammlung und Klassifizierung einer hinreichenden Menge an Vergleichsmaterial»); ferner SCHWARZE/ROBERTS, in: Sentencing and Artificial Intelligence 2022, S. 213 f.

1678 Dass dies bereits möglich ist, zeigt bspw. eine Studie der ETH Zürich – jedoch zu US-amerikanischen Urteilen: BAUER/STAMMBACH/GU/ASH, in: LIRAI 2023 2023, S. 10 ff.

1679 Vgl. schon STRENG 1984, S. 299, 309. Dabei muss die Strafzumessung detailliert erfasst werden, ansonsten das System kaum von Nutzen ist, vgl. HERZ, Ger. LawJ. 2020, S. 1646.

1680 So arbeiten soweit bekannt aktuell z. B. entscheidsuche.ch und auch Weblaw bereits an der Implementierung einer fortschrittlichen semantischen Suche; zu den Limitationen der Volltextsuche bereits SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 371.

1681 Bei Bedarf muss allerdings die vollständige Begründung eingesehen werden können, FRISCH, Crim. Law For. 2017, S. 466.

1682 Europarat, Empfehlung, Anhang, J.1 ff. («counter inconsistency in sentencing»).

Deutschland wieder aufgeflammten Debatte um Strafzumessungsreformen erneut vorgebracht worden.¹⁶⁸³ Anders als über solche Informationen lässt sich kaum beurteilen, welche Strafen noch im Rahmen des Üblichen oder des Vertretbaren liegen.¹⁶⁸⁴ Ein Strafzumessungsinformationssystem hilft also nicht nur den Sachgerichten bei der Strafzumessung, sondern auch Rechtsmittelgerichten bei deren Kontrolle.¹⁶⁸⁵

624 ACHERMANN hat für die Schweiz einen ersten Prototyp eines solchen Strafzumessungsinformationssystems veröffentlicht.¹⁶⁸⁶ Anhand von Urteilen des Obergerichts Zürich hat er ein Präjudizientool für Betäubungsmittel- und Wirtschaftskriminalität entwickelt, das sich anhand einiger Eckpunkte des eigenen Falls nach ähnlichen Urteilen durchsuchen lässt.¹⁶⁸⁷ Das Tool listet die ähnlichsten Fälle auf und zeigt dabei mittels Rot-Grün-Codierung an, welche Elemente mit den eigenen Angaben übereinstimmen. Zudem wird basierend auf den gefundenen Urteilen ein Rahmen der wahrscheinlichen Strafen berechnet («Das KI-Modell sagt eine bedingte Freiheitsstrafe zwischen 6 und 9 Monaten voraus»¹⁶⁸⁸). Dabei geht es nicht darum, dass eine künstliche Intelligenz die Strafzumessung für das Gericht vornehmen soll. Vielmehr wird so schlicht das übliche Strafmass über eine grössere Anzahl Fälle hinweg zusammengefasst, was zu einer einheitlicheren Strafzumessung beitragen kann.¹⁶⁸⁹ Hierzu ist auch entscheidend, dass das Tool kein bestimmtes Strafmass empfiehlt, was erhebliche Suggestivwirkung hätte.¹⁶⁹⁰ Besser wäre die Darstellung eines Intervalls, das eine überwiegende Mehrheit der Fälle enthält.¹⁶⁹¹

1683 HÖRNLE, GA 2019, S. 288.

1684 ROSTALSKI/VÖLKENING, KriPoZ 2019, S. 272; STRENG 1984, S. 303; ähnlich SCHWARZE/ROBERTS, in: Sentencing and Artificial Intelligence 2022, S. 219 f.; ferner KOHN 2021, S. 304 f.

1685 KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 47.

1686 Der Prototyp kann unter <https://ki.strafzumessung.ch/> getestet werden; vgl. auch ACHERMANN, Richterzeitung 2024, N 20.

1687 Wie die Ähnlichkeit berechnet wird, hat der Autor auf der Webseite ebenfalls umschrieben, vgl. KI-Strafzumessung, Wie die vorliegend eingesetzten KI-Systeme funktionieren.

1688 Auswahl von Veruntreuung, Deliktssumme von CHF 5'000.-, mehrfacher Tatbegehung und (nicht einschlägiger) Vorstrafe, vgl. KI-Strafzumessung, Strafprognose bei Wirtschaftsdelikt vornehmen und Präjudizien anzeigen.

1689 Vgl. z. B. SCHWARZE/ROBERTS, in: Sentencing and Artificial Intelligence 2022, S. 217.

1690 KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 50 f.; so wohl auch SCHWARZE/ROBERTS, in: Sentencing and Artificial Intelligence 2022, S. 214; ferner KOHN 2021, 255 f.; allgemein zum «automation bias» NINK 2020, S. 295 f. und spezifisch in der Justiz S. 424 ff.

1691 So der Vorschlag von SCHWARZE/ROBERTS, in: Sentencing and Artificial Intelligence 2022, S. 214 («For example, the program might recommend a sentence of 18 months, with a 95% confidence interval running from 15 to 25 months and a midpoint of 20 months, which captures 95% of the custodial sentences imposed for this offense»).

Jederzeit muss erkennbar sein, welche Faktoren bei der Berechnung der Ähnlichkeit berücksichtigt wurden und vor allem welche nicht.¹⁶⁹² Das Tool von ACHERMANN weist in die richtige Richtung und ist sehr zu begrüßen. Es steht allerdings noch am Anfang. So müssen Fälle aktuell manuell erfasst werden, weshalb erst eine geringe Anzahl Urteile berücksichtigt werden konnte. Zudem können nur wenige Strafzumessungsfaktoren ausgewählt werden, wobei der Betreiber den Umfang laufend auszubauen scheint.

3. Freier Zugang

Zu guter Letzt muss eine solche Datenbank öffentlich zugänglich sein. Zwar wäre es denkbar, den Zugang auf Parteien, Anwältinnen o. Ä. zu beschränken. Dafür sind aber keine guten Gründe ersichtlich.¹⁶⁹³ Vielmehr ist es im Sinn einer demokratischen Kontrolle der Strafzumessungspraxis wünschenswert, dass die Öffentlichkeit transparent informiert wird. Zudem ist der Zugang der Wissenschaft zu Strafzumessungsdaten aktuell dürftig.¹⁶⁹⁴ Diese müssen faktisch selbst bei den Gerichten erhoben werden, was für beide Seiten erheblichen Aufwand verursacht. Durch zentrale Sammlung, Aufbereitung und Bereitstellung von Strafzumessungsinformationen würde die wissenschaftliche Begleitung der Strafzumessung erheblich erleichtert.¹⁶⁹⁵

Ein niederschwelliger Zugang hat neben den inhärenten Werten von staatlicher Transparenz auch eine potenziell entlastende Dimension für Gerichte. Wenn auch die Parteien einfachen Zugriff auf dieselben Daten haben, dann liegt es bis zu einem gewissen Grad auch an ihnen, entsprechende Vergleichsfälle vorzubringen.¹⁶⁹⁶ Nur so kann das notwendige vergleichende Vorgehen praktisch gelingen.¹⁶⁹⁷

1692 Ansonsten wird Ähnlichkeit angenommen, wo erhebliche Unterschiede vorliegen können, und insofern wieder Ungleichheit produziert; vgl. zu diesem Problem SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 364; vgl. auch KOHN 2021, S. 307.

1693 So allgemein zu Urteilsdatenbanken HÜRLIMANN D., sui generis 2014, S. 90.

1694 Die statistischen Informationen des BFS weisen regelmässig einen zu geringen Detaillierungsgrad auf, um Erkenntnisse zur Strafzumessungspraxis daraus zu ziehen. Sie basieren denn auch auf dem Strafregister, welches abgesehen von der ausgefallten Strafe und früheren Verurteilungen kaum Strafzumessungsinformationen enthält. Eingetragen werden nur diejenigen Daten zur Strafe, welche sich aus dem Urteilsdispositiv ergeben, und ob eine Zusatz- oder Gesamtstrafe ausgesprochen wurde, vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. c und f Bundesgesetz über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA vom 17. Juni 2016 (SR 330).

1695 MILLER, in: Future of Imprisonment 2004, S. 143.

1696 SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 399 («Open access would ease the burden on judges by transferring much of the case-matching legwork to the lawyers. In their briefs and at sentencing hearings, the parties could take the lead in identifying potentially relevant cases»).

1697 Vgl. auch SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 400.

II. Strafzumessungsrichtlinien

- 628 Auch unter Verwendung eines Strafzumessungsinformationssystems bleibt der konkrete Fallvergleich im Detail ein arbeitsintensives Unterfangen. Es könnte sich deshalb lohnen, die bestehende Praxis auf Basis einer solchen Datenbank zusammenzuziehen und in einfacher zu handhabende Richtlinien zu giessen.¹⁶⁹⁸ Dabei liessen sich bereits existierende Ermessensrichtlinien integrieren, die ohnehin zu systematisieren und auszubauen sind.¹⁶⁹⁹ Dadurch würde im Unterschied zum direkten Fallvergleich sichergestellt, dass alle Gerichte mit denselben Referenzwerten vergleichen, und diejenige Varianz ausgeschlossen, die aus unterschiedlichen Vergleichsfällen resultiert.¹⁷⁰⁰ Natürlich schliessen Richtlinien die Verwendung eines Strafzumessungsinformationssystems nicht aus; beide Massnahmen ergänzen sich.¹⁷⁰¹
- 629 Ob Richtlinien zu mehr Einheitlichkeit führen, lässt sich regelmässig nur überprüfen, wenn auch der Zustand vor deren Einführung hinreichend detailliert erhoben wurde.¹⁷⁰² Wenn solche Studien unternommen werden, wird häufig ein positiver Effekt der Richtlinien festgestellt.¹⁷⁰³ Mit der vorliegenden

1698 Das haben auch diverse Länder getan, die eine aufgebaute Datenbank wieder aufgeben oder zumindest zusätzlich Richtlinien entwickelt haben, weil die Datenbank alleine nicht ausreichend für Einheitlichkeit gesorgt hat, z. B. in Schottland oder New South Wales (AUS), vgl. dazu SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 388 f. In jedem Fall sind für die Erstellung von Richtlinien ausführliche Informationen zur Strafzumessungspraxis notwendig, die ohne entsprechende Datenbanken oder Erhebungen nicht verfügbar sind, vgl. hierzu GUILFOYLE/MARDER, Comm. Law W. Rev. 2021, S. 105 ff.

1699 Vorne Rz. 570 ff.

1700 Vgl. KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1224; auch ALI, MPCs, S. 8.

1701 MILLER, in: Future of Imprisonment 2004, S. 143; TATA, in: Sentencing Guidelines 2013, S. 248 («*There is no reason why the two approaches cannot be developed in parallel. Indeed they can be complimentary and mutually beneficial*»); allgemein in Bezug auf den Einsatz von KI in der Strafzumessung SCHWARZE/ROBERTS, in: Sentencing and Artificial Intelligence 2022, S. 221 ff.

1702 So FRASE, Crime Justice 2019, S. 102.

1703 Für England und Wales: PINA-SÁNCHEZ, in: Exploring Sentencing Practice 2015, S. 81 ff., 89 f.; PINA-SÁNCHEZ/BRUNTON-SMITH/LI, Criminol. & Crim. Justice 2020, S. 280 f. («*[...] these results suggest that consistency in sentencing and judicial discretion are not mutually exclusive goals. In fact, it seems that England and Wales may be doing a reasonable job of reconciling them*»); ROBERTS, in: Sentencing Guidelines 2013, S. 109 f., wobei eine zu hohe Befolgungsrate auch darauf hindeuten kann, dass die Rahmen zu weit sind, vgl. ebenda S. 110; ROBERTS/HARRIS, in: Handbook on Sentencing 2020, S. 79, m. w. H.; ferner auch HARRIS 2022, S. 276; für die USA: FRASE, Crime Justice 2019, S. 102 f., m. w. H.; für die Niederlande: MONSIEURS/VANDERHALLEN/ROZIE, Eur. J. Criminol. 2011, S. 8, m. w. H.; TAK, in: Transnational Perspective 2012, S. 145 f.; zurückhaltender in Bezug auf «*high-tech crime*» HARTEL/VAN WEGBERG/VAN STAALDUINEN, Eur. J. Crim. Policy Res. 2023, S. 594.

Studie liess sich zumindest am Beispiel des Kantons Bern plausibilisieren, dass hierzulande Richtlinien ebenfalls zu einer einheitlicheren Strafzumessung beitragen könnten bzw. bereits beitragen.¹⁷⁰⁴ Die positiven Effekte von Richtlinien müssen sich allerdings nicht auf erhöhte Einheitlichkeit beschränken. Sie erleichtern es nicht nur den Gerichten und Staatsanwaltschaften, das angemessene Strafmass zu finden, sondern sie helfen auch der beschuldigten Person dabei, die zu erwartende Strafe abzuschätzen.¹⁷⁰⁵

Wie Strafzumessungsrichtlinien für die Schweizer Justiz auszugestalten wären, kann im Rahmen dieser Untersuchung nur grob umrissen werden, bedarf im Detail jedoch der Bearbeitung durch ein entsprechendes Fachgremium.¹⁷⁰⁶ Dieses kann sich an bestehenden Vorbildern orientieren und die Lösung an die Verhältnisse der Schweiz anpassen. Die Beispiele sind zahlreich, denn immer mehr Länder setzen auf Strafzumessungsrichtlinien, um die Strafzumessung zu vereinheitlichen.¹⁷⁰⁷ Deren Beliebtheit geht dabei auch über Common-Law-Jurisdiktionen hinaus.¹⁷⁰⁸ Sie sind auch dem Schweizer Strafzumessungssystem nicht gänzlich fremd.¹⁷⁰⁹ Die hiesigen Richtlinien werden bisher jedoch primär durch Staatsanwaltschaften oder privat in Eigenregie entworfen.¹⁷¹⁰ Unabhängig davon, ob ein eigens dafür zuständiges Fachgremium gebildet wird, sind Strafzumessungsrichtlinien in Zukunft jedenfalls nicht mehr nur den Staatsanwaltschaften zu überlassen. Gerichte sollten ihre Praxis selbst in Richtlinien zusammenfassen.

1704 Vorne Rz. 502.

1705 O'MALLEY, in: Sentencing Guidelines 2013, S. 229. Diese Erwartung ist auch für die spezialpräventive Wirkung der Strafe von Bedeutung, vgl. vorne Rz. 234 ff.

1706 Hinten Rz. 649 ff.

1707 S. die Nachweise in Fn. 1720 und ferner FREIBERG/ROBERTS, *Crim. Law For.* 2023, S. 98 f.; HERZ, *Ger. Law J.* 2020, S. 1626 f. Neue Strafzumessungsrichtlinien nehmen auch eine wichtige Rolle im neuen «Model Penal Code: Sentencing» (MPCS) ein, den das American Law Institute 2017 nach 15-jähriger Erarbeitung verabschiedet hat, vgl. REITZ/KLINGELE, *Crime Justice* 2019, S. 256.

1708 Vgl. z. B. die Strafzumessungsrichtlinien der Niederlande, «Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken» (Fassung vom Dezember 2023) und diejenigen in Nordmazedonien (weiterführend LAZETIC BUZAROVSKA / TUPANCESKI / MUJOSKA, *ESJ* 2016, S. 87 ff.). Insgesamt bleiben die Vorbehalte in Kontinentaleuropa gegen Richtlinien jedoch gross, vgl. FREIBERG/ROBERTS, *Crim. Law For.* 2023, S. 123.

1709 Beispiele vorne Rz. 185 ff. und hinten Rz. 642 ff.

1710 Dazu hinten Rz. 649 ff. Auch von staatsanwaltschaftlichen Richtlinien kann grundsätzlich ein vereinheitlichender Effekt der gerichtlichen Praxis ausgehen. So für die Niederlande TAK, in: *Transnational Perspective* 2012, S. 144 ff., insb. 145 f. («*All in all, uniform requests by the prosecution service on the basis of these sentencing guidelines have led to more uniform sentences by the courts*»); s. auch MONSIEURS / VANDERHALLEN / ROZIE, *Eur. J. Criminol.* 2011, S. 8. Trotzdem sollten diese direkt auf Gerichte zugeschnitten werden.

- 631 International lassen sich Strafzumessungsrichtlinien grob danach unterscheiden, ob sie dem US-amerikanischen oder dem britischen Vorbild folgen. Die US-amerikanischen Richtlinien, sowohl die berüchtigten Federal Sentencing Guidelines als auch diejenigen der Bundesstaaten,¹⁷¹¹ lassen sich überwiegend durch *deliktsübergreifende* zweidimensionale Raster charakterisieren, wonach sich Straftaten anhand von Strafschwere und Vorstrafen in eng umrissene Kategorien einteilen lassen.¹⁷¹² Die Strafzumessungsrichtlinien in England und Wales sind demgegenüber «*offence specific*» also «tatbestandspezifisch», d. h., es wurden Richtlinien für einzelne Straftaten entwickelt.¹⁷¹³ Anhand der Schwere der Verletzung des Rechtsguts («harm») und dem Verschulden («culpability») wird dann ein engerer Strafraum innerhalb des Delikts ermittelt, wofür jeweils eine Einsatzstrafe («starting point») angegeben ist, welche den Gerichten als Ausgangspunkt für die weitere Strafzumessung dienen soll.¹⁷¹⁴
- 632 Wenn im deutschsprachigen Raum das Modell der Strafzumessungsrichtlinien diskutiert wird, erfolgt dies oft allein anhand der US-amerikanischen Federal Sentencing Guidelines,¹⁷¹⁵ die «*wohl das denkbar schlechteste Beispiel weltweit*»¹⁷¹⁶ darstellen.¹⁷¹⁷ Weil diese zu starr sind und insbesondere zu überhöhten Strafen führen, endet die Diskussion häufig in der Ablehnung von Strafzumessungsrichtlinien überhaupt.¹⁷¹⁸ Dabei wird vernachlässigt, dass

1711 ALI, MPCs, S. 325 («[...] *most American guidelines jurisdictions have favored a two-dimensional grid*»); ROBERTS/PADFIELD, in: Strafzumessung 2020, S. 76.

1712 FRASE, Crime Justice 2019, S. 88 f.; ROBERTS, Crime Justice 2019, S. 188; für Ausnahmen vgl. ALI, MPCs, S. 331.

1713 FREIBERG/ROBERTS, Crim. Law For. 2023, S. 107; ROBERTS/HARRIS, in: Handbook on Sentencing 2020, S. 76; ROBERTS/PADFIELD, in: Strafzumessung 2020, S. 76.

1714 Im Detail zum britischen Modell, hinten Rz. 633 ff.

1715 Z. B. KASPAR 2018, S. C 76 ff.

1716 GROSSE-WILDE, ZIS 2019, S. 131; ähnlich HESTER, in: Strafzumessung 2020, S. 154 («*policy train wreck*»).

1717 Ähnlich FREIBERG/ROBERTS, Crim. Law For. 2023, S. 108 («*icon of undesirable sentencing guideline systems*»); GROSSE-WILDE, in: Strafzumessung 2020, S. 237; HÖRNLE, GA 2019, S. 286 f. Sie sind zudem nicht einmal für das US-Strafzumessungssystem repräsentativ, das auf Ebene der Bundesstaaten divers ausgestaltet ist, vgl. GROSSE-WILDE, ZIS 2019, S. 132; HESTER, in: Strafzumessung 2020, S. 154 («*A message often repeated, but seldom received, is that the federal guidelines are an unrepresentative monument of the guideline movement*»); HÖRNLE, GA 2019, S. 286 f.; weiterführend zu den US-Strafzumessungssystemen FRASE, Crime Justice 2019, S. 80 ff.; HESTER, in: Strafzumessung 2020, S. 155 ff.

1718 Soz. B. anlässlich des 72. Deutschen Juristentags 2018, der unter dem Titel «*Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?*» stattfand; vgl. das Gutachten von KASPAR 2018, S. C 76 ff. und insb. C 82 ff.; dazu auch HERZ, Ger. Law J. 2020, S. 1647.

das britische Modell deutlich besser mit der hiesigen Strafzumessungspraxis zu vereinbaren ist.¹⁷¹⁹ Die Richtlinien von England und Wales haben international mittlerweile denn auch zahlreiche Nachahmer gefunden.¹⁷²⁰

A. Das britische Modell

Vorweg ist klarzustellen, dass es kein Strafzumessungsmodell für das gesamte Vereinigte Königreich gibt.¹⁷²¹ Vielmehr gelten die bekannten Strafzumessungsrichtlinien nur für England und Wales. 2018 hat jedoch auch Schottland eine erste allgemeine Richtlinie veröffentlicht.¹⁷²²

Der Sentencing Council (GB-EAW) hat diverse tatbestandsspezifische Richtlinien verabschiedet.¹⁷²³ Wo keine spezifische Richtlinie existiert, greift eine allgemeine Richtlinie mit einem zehnstufigen Vorgehen (sog. «*steps*»)¹⁷²⁴. Darin wird u. a. festgehalten, das Gericht müsse sich überlegen, welche der aufgezählten Strafzwecke es im Einzelfall verfolge, und diese gegeneinander abwäge.¹⁷²⁵

1719 HERZ, Ger. Law J. 2020, S. 1647.

1720 So ist im benachbarten Schottland am 26. November 2018 die erste Strafzumessungsrichtlinie in Kraft getreten, welche sich mit den Grundprinzipien der Strafzumessung beschäftigt, vgl. Sentencing Council (GB-SCT), *Sentencing Guideline*, S. 1ff. Weitere Richtlinien sind in Arbeit, Sentencing Council (GB-SCT), *Guidelines in development*. Auch in China (vgl. ROBERTS/PEI, *Crim. Law For.* 2016, S. 4 ff.), Südkorea (Sentencing Commission [KOR], *Sentencing Guidelines*; ferner ROBERTS, *Crime Justice* 2019, S. 189), Uganda (eher rudimentär und die diesbezüglich Rechtsprechung des Supreme Court zusammenfassend, vgl. Chief Justice [UGA], *Sentencing Guidelines* und weiterführend KAMUZZI, *Fed. Sentencing Report*. 2014, S. 47 ff., 50), Nigeria (vgl. FCTHC [NGA], *Sentencing Guidelines 2020*; FCTHC [NGA], *Sentencing Guidelines 2016*), Jamaica (JMISC, *Sentencing Guidelines*), Tansania (ROBERTS/HOSEAH, *J. Afr. Law* 2023, S. 97 ff.; *Judiciary of Tanzania, Sentencing Manual*) und in einzelnen Golfstaaten finden sich abgewandelte Versionen der englischen Richtlinien; vgl. die Zusammenstellung von Law Library of Congress, *Jurisdictions with Sentencing Guidelines*; zudem HESTER, in: *Strafzumessung 2020*, S. 180 f.; ROBERTS, *Crime Justice* 2019, S. 188; ROBERTS/PINA-SÁNCHEZ/MARDER, *Crim. Law Rev.* 2018, S. 126.

1721 TATA, in: *Sentencing Guidelines* 2013, S. 237.

1722 Sentencing Council (GB-SCT), *Sentencing Guideline*; vgl. dazu ASHWORTH/KELLY 2021, S. 66.

1723 Im Gegensatz zu den US-amerikanischen Modellen, die vorwiegend mit einem deliktsübergreifenden Strafzumessungsraster («*sentencing grid*») arbeiten, ALI, *MPCS*, S. 325, für die abweichenden Bundesstaaten, vgl. S. 331; FRASE, *Crime Justice* 2019, S. 89 f.; FREIBERG/ROBERTS, *Crim. Law For.* 2023, S. 107; ROBERTS/HARRIS, in: *Handbook on Sentencing* 2020, S. 76.

1724 Sentencing Council (GB-EAW), *Overarching principles*; ausführlich HARRIS 2022, S. 242 ff.

1725 Es werden aufgezählt: «*The punishment of offenders*», «*The reduction of crime (including its reduction by deterrence)*», «*The reform and rehabilitation of offenders*», «*The protection of the public*» und «*The making of reparation by offenders to persons affected by their offences*», s. Sentencing Council (GB-EAW), *Overarching principles*.

Daneben finden sich weitere allgemeine, übergreifende Richtlinien («*overarching guidelines*») zur Strafzumessung bei Strafmehrheit,¹⁷²⁶ zur Berücksichtigung von «*guilty pleas*»¹⁷²⁷ sowie zur Strafzumessung bei Kindern und Jugendlichen¹⁷²⁸ oder Personen mit psychischer Störung oder anderen Einschränkungen.¹⁷²⁹ Weil die Richtlinien Schritt für Schritt erklären, wie vorzugehen ist, werden sie auch als «narrativ» bezeichnet (in Abgrenzung zu den Raster-Richtlinien der USA).¹⁷³⁰

635 Im Folgenden soll als Beispiel die Richtlinie zur Strafzumessung beim Sozialhilfebetrug («*Benefit Fraud*») dienen,¹⁷³¹ wobei diese vereinfacht dargestellt wird. In der Variante der unehrlichen Angaben zur Erlangung von Sozialversicherungsleistungen ist vorweg eine Maximalstrafe von sieben Jahren Freiheitsstrafe festgelegt.

636 Nachdem das Gericht die Strafbarkeit und die Anwendbarkeit der Richtlinie festgestellt hat, folgt der eigentliche Schritt eins, die Festlegung der Tat-kategorie («*offence category*»). Die Kategorie bestimmt sich anhand von zwei Faktoren: der Schuld («*culpability*») und der Schwere der Verletzung des Rechtsguts («*harm*»). Die Schuld wird in drei Unterkategorien aufgeteilt: hoch (A), mittel (B) und gering (C), wobei für die einzelnen Unterkategorien Kriterien festgelegt sind, wie die Rolle des Täters oder die Komplexität der Tat und der Planung. So spricht für Kategorie A, wenn der Täter eine Macht- oder Vertrauensposition missbraucht oder andere zur Teilnahme drängt/veranlasst. Für geringe Schuld spricht, wenn der Täter nur eine beschränkte Rolle unter Weisung eines anderen innehatte. Die Schwere der Rechtsgutverletzung wird anhand der Deliktssumme in sechs Unterkategorien gegliedert (jeweils in GBP): 500'000 – 2 Mio. (1), 100'000 – 500'000 (2), 50'000 – 100'000 (3), 10'000 – 50'000 (4), 2'500 – 10'000 (5) und weniger als 2'500 (6). Aus diesen beiden Kriterien ergibt sich folgende Drei-mal-sechs-Matrix (Abbildung 34):

1726 Sentencing Council (GB-EAW), *Offences taken into consideration*.

1727 Sentencing Council (GB-EAW), *Guilty plea*.

1728 Sentencing Council (GB-EAW), *Children and Young People*.

1729 Sentencing Council (GB-EAW), *Disorders*.

1730 Z. B. HERZ, *Ger. Law J.* 2020, S. 1638f.

1731 Sentencing Council (GB-EAW), *Benefit Fraud*.

Abbildung 34: Sentencing-Matrix Sozialversicherungsbetrug

Harm	Culpability		
	A	B	C
Category 1 £500,000 or more	Starting point 5 years 6 months' custody	Starting point 4 years' custody	Starting point 2 years 6 months' custody
Starting point based on £1 million	Category range 4 years' – 6 years 6 months' custody	Category range 2 years 6 months' – 5 years' custody	Category range 15 months' – 3 years 6 months' custody
Category 2 £100,000–£500,000	Starting point 4 years' custody	Starting point 2 years 6 months' custody	Starting point 1 year's custody
Starting point based on £300,000	Category range 2 years 6 months' – 5 years' custody	Category range 15 months' – 3 years 6 months' custody	Category range 26 weeks' – 2 years 6 months' custody
Category 3 £50,000–£100,000	Starting point 2 years 6 months' custody	Starting point 1 year's custody	Starting point 26 weeks' custody
Starting point based on £75,000	Category range 2 years' – 3 years 6 months' custody	Category range 26 weeks' – 2 years 6 months' custody	Category range High level community order – 36 weeks' custody
Category 4 £10,000–£50,000	Starting point 18 months' custody	Starting point 36 weeks' custody	Starting point Medium level community order
Starting point based on £30,000	Category range 36 weeks' – 2 years 6 months' custody	Category range Medium level community order – 21 months' custody	Category range Low level community order – 26 weeks' custody
Category 5 £2,500–£10,000	Starting point 36 weeks' custody	Starting point Medium level community order	Starting point Low level community order
Starting point based on £5,000	Category range Medium level community order – 18 months' custody	Category range Low level community order – 26 weeks' custody	Category range Band B fine – Medium level community order
Category 6 Less than £2,500	Starting point Medium level community order	Starting point Low level community order	Starting point Band A fine
Starting point based on £1,000	Category range Low level community order – 26 weeks' custody	Category range Band A fine – Medium level community order	Category range Discharge – Band B fine

Der «starting point» bezeichnet jeweils die Einsatzstrafe der Kategorie, von welcher für die Strafzumessung auszugehen ist. Die «category range» zeigt den Strafrahmen innerhalb der Kategorie an. Wer also bei mittlerer Schuld einen Deliktsbetrag von 50'000 – 100'000 (je in GBP) erlangt, fällt in die Kategorie B3, für welche eine Freiheitsstrafe von einem halben bis zu zweieinhalb Jahren vorgesehen ist, wobei die Einsatzstrafe ein Jahr beträgt. Zu den einzelnen Strafarten und der Vollzugsform der Freiheitsstrafe gibt es wiederum einzelne Guidelines, die bei Bedarf konsultiert werden können.¹⁷³²

1732 Vgl. bspw. Sentencing Council (GB-EAW), Community and custodial sentences.

638 Nachdem so Einsatzstrafe und Strafraumen festgelegt wurden, listet die Richtlinie diverse Straferhöhungs- («*factors increasing seriousness*»)1733 und Strafminderungsgründe («*factors reducing seriousness or reflecting personal mitigation*»)1734 auf. Viele Faktoren wurden sodann mit ausführlichen Auslegungshilfen versehen.1735 Unter Berücksichtigung dieser Faktoren ergibt sich schliesslich die Strafe innerhalb des Kategorienstrafrahmens.

639 In den weiteren Schritten geht es um besondere Strafzumessungsüberlegungen, wie die Berücksichtigung von «*guilty pleas*», Verhältnismässigkeitsaspekte bei der Beurteilung mehrerer Delikte («*totality principle*»), Weisungen, Einziehung etc., deren Berücksichtigung ebenfalls angeleitet wird.1736

640 Insgesamt regeln die britischen Richtlinien den Strafzumessungsvorgang sehr viel ausführlicher, als dies in der Schweiz der Fall ist, ohne dass dabei dem Gericht die Möglichkeit genommen wird, eine angemessene Strafe auszufällen. Die britischen Richtlinien sind öffentlich verfügbar und zudem in der Literatur ausführlich besprochen.1737 Damit sind sie einem

1733 Straferhöhend wirken sich folgende Umstände aus: «*Previous convictions*», Tat «*whilst on bail*», «*Claim fraudulent from the outset*», «*Proceeds of fraud funded lavish lifestyle*», «*Length of time over which the offending was committed*», «*Number of false declarations*», «*Attempts to conceal/dispose of evidence*», «*Failure to comply with current court orders*», «*Offence committed on licence or post sentence supervision*», «*[other] offences taken into consideration*», «*Failure to respond to warnings about behaviour*», «*Blame wrongly placed on others*» und «*Damage to third party [for example as a result of identity theft]*», Sentencing Council (GB-EAW), *Benefit Fraud*.

1734 Strafmindernd kann Folgendes berücksichtigt werden: «*No previous convictions or no relevant/recent convictions*», «*Remorse*», «*Good character and/or exemplary conduct*», «*Serious medical condition requiring urgent, intensive or long term treatment*», «*Legitimate entitlement to benefits not claimed*», «*Little or no prospect of success*», «*Age and/or lack of maturity where it affects the responsibility of the offender*», «*Lapse of time since apprehension where this does not arise from the conduct of the offender*», «*Mental disorder or learning disability*», «*Sole or primary carer for dependent relatives*», «*Offender co-operated with investigation, made early admissions and/or voluntarily reported offending*», «*Determination and/or demonstration of steps having been taken to address addiction or offending behaviour*» und «*Offender experiencing significant financial hardship or pressure at time fraud was committed due to exceptional circumstances*», Sentencing Council (GB-EAW), *Benefit Fraud*.

1735 So steht zur Berücksichtigung von Reue z. B.: «*The court will need to be satisfied that the offender is genuinely remorseful for the offending behaviour in order to reduce the sentence (separate from any guilty plea reduction). Lack of remorse should never be treated as an aggravating factor. Remorse can present itself in many different ways. A simple assertion of the fact may be insufficient, and the offender's demeanour in court could be misleading, due to nervousness, a lack of understanding of the system, a belief that they have been or will be discriminated against, peer pressure to behave in a certain way because of others present, a lack of maturity etc. If a PSR has been prepared it may provide valuable assistance in this regard*», Sentencing Council (GB-EAW), *Benefit Fraud*.

1736 Vgl. vorne, Rz. 634.

1737 Z. B. FREIBERG/ROBERTS, *Crim. Law For. 2023*, S. 87 ff.; ROBERTS/HARRIS, in: *Handbook on Sentencing 2020*, S. 68 ff.

Wissenstransfer auf die Schweizer Verhältnisse grundsätzlich gut zugänglich. Wie bereits ausgeführt, können an dieser Stelle nur einige Eckpunkte vorgezeichnet werden.¹⁷³⁸

B. Ausgestaltungsmöglichkeit für die Schweiz

Das Beispiel der eigenen Studie legt nahe, dass Richtlinien mit Referenzsachverhalten zumindest bei einfachen Verhältnissen zur Vereinheitlichung der Strafzumessung beitragen können.¹⁷³⁹ Gleichzeitig hat das durchgeführte Experiment gezeigt, dass die Orientierung an Referenzsachverhalten wenig nützt, wenn diese kaum Ähnlichkeit mit dem zu beurteilenden Fall aufweisen.¹⁷⁴⁰ Um also die Strafzumessung für ein bestimmtes Delikt vereinheitlichen zu können, wird es nicht genügen, einen oder mehrere Referenzfälle zu definieren.¹⁷⁴¹ Zielführender ist es, deliktsspezifische Richtlinien nach britischem Vorbild zu entwerfen, welche den Einstieg in den Strafraumen durch Unterteilung in engere Kategorien systematisieren. Dabei sind deliktsspezifische Richtlinien (1.) mit allgemeinen, wie sie zur Konkretisierung der Ermessensausübung ohnehin notwendig sind, zu verbinden (2.).¹⁷⁴²

1. Deliktsspezifische Richtlinien

Für die Ausarbeitung von deliktsspezifischen Richtlinien kann auch innerhalb der Schweiz auf Bestehendem aufgebaut werden. Den soeben beschriebenen britischen Richtlinien nicht unähnlich ist das schweizerische Strafzumessungsmodell für den Betäubungsmittelhandel von FREI/RANZONI bzw. EUGSTER/FRISCHKNECHT.¹⁷⁴³ Darin teilen die Autoren die möglichen Deliktformen des Betäubungsmittelhandels in verschiedene Hierarchiestufen auf:

«Diese bilden einen groben Raster zur Einordnung des konkreten Einzelfalles im Gesamtgefüge des Drogenhandels. Innerhalb der einzelnen Kategorien dienen ein gedachter (wenn auch nicht zwangsläufig durchschnittlicher) Regelfall und eine diesem zugeordnete Einsatzstrafe als

1738 Vorne Rz. 630.

1739 Vgl. vorne Rz. 502 zu den Unterschieden zwischen den Kantonen Bern und Zürich bei den Vignetten Diebstahl und Körperverletzung.

1740 Vorne Rz. 515 ff.

1741 Vgl. jedoch KIENER H., ZStrR 2007, S. 381, der die Verwendung eines einzigen Referenzfalls vorschlägt.

1742 HARRIS 2022, S. 297.

1743 Entworfen von FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1439 ff. und überarbeitet durch EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, S. 237 ff.

Ausgangspunkt der Strafzumessung. Im Anwendungsfall wird bei der Bemessung der Freiheitsstrafe nach Massgabe eines Vergleichs der konkreten Umstände mit den dort festgelegten Kriterien nach unten oder nach oben von der Einsatzstrafe abgewichen.»¹⁷⁴⁴

- 643 Für eine Tat in der untersten «*Hierarchiestufe 5: Einsatzstrafe objektives Tatverschulden bis 3 Jahre*» lässt sich folgende Beschreibung entnehmen:

«(Süchtige) Täter in der Endverbraucherszene, v. a. Gassendealer

Keine nähere Kenntnisse der Organisationsstruktur, Kontakt nur zum direkten Auftraggeber der Stufe 4 (in Ausnahmefällen der Stufe 3)

Selber nicht Mitglied der Organisation, daher auch keine Unterstellte

Keine Vertrauensstellung

Weisungsgebundene Hilfsdienste ohne Selbständigkeit oder Entscheidungsbefugnis (insbesondere süchtige oder schlecht entlohnte Läufer und «Einmal-Kuriere»)

In der Regel kein direkter Zugriff auf grössere Mengen in durchschnittlicher Konsumqualität, vor allem keine bedeutenden Vorräte

Sofortige Weitergabe der erhaltenen Verkaufserlöse

Exposition gegen aussen (Frontperson)

Leicht auswechselbar bei Enttarnung, kein bedeutender finanzieller oder organisatorischer Aufwand für Sicherheitsvorkehrungen (in Ermangelung von Kenntnissen über die Organisation kein Sicherheitsrisiko)

Geringer (meist pauschaler) Verdienst

Qualifikation bloss über Menge; üblicherweise weder Gewerbs- noch Bandenmässigkeit gegeben.»¹⁷⁴⁵

- 644 Für Taten dieser Hierarchiestufe wird als Ausgangspunkt eine Einsatzstrafe von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe vorgeschlagen, die dann anhand der Abweichungen des zu beurteilenden Sachverhalts nach oben oder unten angepasst wird.¹⁷⁴⁶ Dieser Ansatz weist in die richtige Richtung. Ob sich diese Art der Typisierung für andere Delikte mit heterogeneren Delikterscheinungen

1744 FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1440; EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, S. 335.

1745 EUGSTER/FRISCHKNECHT, AJP 2014, S. 336 f.; vormalig FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1442.

1746 FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1442.

umsetzen lässt, bleibt abzuwarten. Dort könnte man sich allenfalls näher am britischen Modell orientieren.

Als Grundlage für Richtlinien bedarf es in jedem Fall *«deliktsspezifisch ausgestaltete[r] Liste[n] an objektiven und subjektiven Tatumständen»*.¹⁷⁴⁷ Weiter müssen detaillierte Informationen über die bestehende Strafzumessungspraxis erhoben werden.¹⁷⁴⁸ Um bei der Übersetzung vom qualitativen Sachverhalt in eine quantitative Strafe von Nutzen sein zu können, müssen Strafzumessungsrichtlinien mit konkreten Einsatzstrafen operieren, von welchen im Einzelfall auszugehen ist.¹⁷⁴⁹ Zur Ermittlung der Einsatzstrafen für bestimmte Delikte gibt es jedoch kein Standardvorgehen.¹⁷⁵⁰ Sinnvollerweise ist zunächst einmal vom Status quo auszugehen und empirisch durch Auswertung vergangener Urteile eine mittlere Strafe für bestimmte Konstellationen zu ermitteln. Alternativ oder kumulativ könnten den Schweizer Richterinnen und Richtern auch Referenzstraffälle zur Beurteilung vorgelegt werden, wie dies in der vorliegenden Studie erfolgte. Die so ermittelten Ausgangswerte können anschliessend in einem möglichst pluralistischen Prozess normativ überarbeitet werden. Um die Entwicklung von Richtlinien nicht zu überladen, wird sich die Arbeit zu Beginn auf einzelne wenige Delikte konzentrieren müssen und kann erst nach und nach auf weitere Delikte ausgeweitet werden.¹⁷⁵¹ Für diesen längeren Entwicklungsprozess ist umso wichtiger, dass parallel allgemeine Richtlinien zur Verfügung gestellt werden, an denen sich Gerichte insbesondere auch dann orientieren können, wenn noch keine deliktsspezifischen existieren.

2. Übergreifende allgemeine Richtlinien

Wie für das Strafgesetzbuch mit dem Allgemeinen Teil lassen sich auch für die Strafzumessung allgemeine Überlegungen *«vor die Klammer»*¹⁷⁵² ziehen. Dieser «Allgemeine Teil» der Strafzumessung umfasst all jene Ermessens-

1747 HÖRNLE, GA 2019, S. 289; ferner GIANNOLIS 2014, S. 296. Diese wird ohnehin auch für den Aufbau eines Strafzumessungsinformationssystems benötigt, weil Fälle ja möglichst anhand dieser Kriterien kategorisiert werden sollten, so im Ergebnis KOHN 2021, S. 332; vgl. KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 48 zum entsprechenden Vorgehen in Japan.

1748 GUILFOYLE/MARDER, Comm. Law W. Rev. 2021, S. 111; vgl. zur unklaren Datengrundlage der Richtlinien für den Betäubungsmittelhandel vorne Rz. 287.

1749 KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1228.

1750 So auch ALI, MPCs, S. 8.

1751 Vgl. z. B. ROBERTS/HARRIS, in: Handbook on Sentencing 2020, S. 75; ROBERTS/PADFIELD, in: Strafzumessung 2020, S. 76.

1752 So HK StGB-WOHLERS, Vorb. Art. 10 ff. N 7, zur Rolle des Allgemeinen Teils des StGB.

richtlinien, welche sich nicht auf ein bestimmtes Delikt beziehen. Nach britischem Vorbild und im Sinn der hierauf aufgestellten Forderung an das Bundesgericht, wonach es möglichst bestimmte Ermessensrichtlinien aufstellen und systematisch gesammelt publizieren sollte,¹⁷⁵³ sind diese in Form von deliktsübergreifenden, allgemeinen Richtlinien zur Verfügung zu stellen. Diese Richtlinien müssten sich bspw. zur Frage der Strafzwecke und zum einheitlichen (vergleichenden) Vorgehen äussern, aber auch zur Behandlung deliktsunabhängiger Strafzumessungsumstände wie z. B. das Geständnis der beschuldigten Person, aber auch Vorstrafen, Versuch, verminderte Schuldfähigkeit und Deliktsmehrheit.¹⁷⁵⁴

3. Berücksichtigungspflicht anstatt Befolgungszwang

- 647 Um die Individualisierung anhand des Einzelfalls weiterhin zu ermöglichen und dem Differenzierungsgebot Nachachtung zu verschaffen, ist mit Blick auf Art. 47 StGB klar, dass Richtlinien keine *strikte* Bindungswirkung zukommen darf.¹⁷⁵⁵ Sie müssen inhaltlich so flexibel sein, dass dem Einzelfall hinreichend Rechnung getragen werden kann. Hier sollte analog zum vorgeschlagenen Umgang mit Präjudizien gelten, dass sich ein Gericht zwar damit auseinandersetzen hat, im Ergebnis aber keinem Befolgungszwang unterliegt.¹⁷⁵⁶ Demzufolge muss unter Angabe einer entsprechenden *Begründung* auch von Richtlinien abgewichen werden können.¹⁷⁵⁷ So betont auch der breit abgestützte Reformvorschlag für das US-amerikanische Sanktionensystem vom ALI¹⁷⁵⁸ die Wichtigkeit von Strafzumessungsrichtlinien *unter gleichzeitiger*

1753 Vorne Rz. 573 ff.

1754 Vgl. vorne Rz. 639.

1755 So auch die Empfehlung des Europarats (Europarat, *Empfehlung*, Anhang B.3.c); Europarat, *Memorandum*, Ziff. III.B.3; ebenso die niederländischen Richtlinien MONSIEURS / VANDERHALLEN / ROZIE, Eur. J. Criminol. 2011, S. 8; vgl. zudem GIANNOULIS 2014, S. 394. Die Richtlinien in England und Wales scheinen jedenfalls nicht zu weniger Individualisierung zu führen, vgl. ROBERTS/PINA-SÁNCHEZ/MARDER, Crim. Law Rev. 2018, S. 122 ff.

1756 Vorne Rz. 377 ff.

1757 Vgl. KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1228; so auch der MPCS, vgl. REITZ/KLINGELE, Crime Justice 2019, S. 257; ebenfalls zu den USA SCOTT, Utah Law Rev. 2013, S. 353; vgl. für die Kritik an den niedrigen Begründungsanforderungen in England und Wales REITZ, in: Sentencing Guidelines 2013, S. 197 f.

1758 REITZ/KLINGELE, Crime Justice 2019, S. 256 («*It is meant to collect best practices of the past and also to be aspirational – to propose reforms to push the law forward*»); vgl. auch ALI, Frequently Asked Questions. An dessen Erstellung waren zahlreiche Expertinnen und Experten beteiligt, vgl. ALI, MPCS, S. ii ff.

*Aufrechterhaltung des richterlichen Ermessens.*¹⁷⁵⁹ Die Möglichkeit, von den Richtlinien abzuweichen, sei gerade notwendig, um das Ziel von Einheitlichkeit zu erreichen.¹⁷⁶⁰ *«Um die Ausnahme nicht zur Regel werden zu lassen, bedarf es allerdings eines Begründungszwanges.»*¹⁷⁶¹

Zusammenfassend sollen und dürfen Richtlinien den Gerichten nicht verunmöglichen, eine dem Einzelfall angemessene Strafe festzulegen. Vielmehr dienen sie (inkl. allfälliger engerer Strafraumen und Einsatzstrafen) als *«Regelvermutung»*¹⁷⁶² und damit als Ausgangspunkt der Strafzumessung.¹⁷⁶³ Ermessen soll nicht aufgehoben, sondern in die richtigen Bahnen gelenkt werden.¹⁷⁶⁴

III. Strafzumessungskommission

Wie die Strafzumessung selbst sind auch die hier vorgeschlagenen Optimierungen und Verbesserungen im Detail kompliziert und lassen sich nur schwer im Rahmen der Rechtsprechung anhand einzelner Fälle realisieren. Die hier vor beschriebenen Massnahmen sind deshalb keinesfalls als zwingend oder umfassend zu verstehen. Während sich gewisse Forderungen hiervor an den Gesetzgeber und/oder die Gerichte richten, fehlt ihnen die notwendige Gesamtschau der nationalen Strafzumessung für eine gesamthafte Überarbeitung des Systems – und die Zeit.¹⁷⁶⁵ *«Vor diesem Hintergrund wäre ernsthaft*

1759 ALI, MPCs, S. 13 ff.

1760 ALI, MPCs, S. 15 (*«To protect against idiosyncratic decisions, departing trial courts must give reasons for their actions, which are then reviewable»*). Entgegen der weit verbreiteten Meinung sind viele der US-amerikanischen Richtlinien nicht «verbindlich» und Abweichungen davon in unterschiedlichem Ausmass möglich, vgl. REITZ, in: Sentencing Guidelines 2013, S. 193 f.

1761 HÖFER 2003, S. 154; damit muss nicht zwingend ein insgesamt erhöhter Begründungsaufwand einhergehen, vgl. KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1226. Auch das ALI empfiehlt allerdings, wenn immer möglich «presumptive» Guidelines zu erlassen, worunter ein Mittelweg zwischen strikter rechtlicher Bindung und blosser Empfehlung verstanden wird. Die Ausführungen lassen sich so auslegen, dass Gerichte Richtlinien nach diesem Vorschlag berücksichtigen müssen, davon aber in begründeten Fällen abweichen können; vgl. z. G. ALI, MPCs, S. 325.

1762 JUNG/MORSCH, in: GS-Walter 2014, S. 722.

1763 Vgl. auch ASHWORTH/KELLY 2021, S. 17; MELLINGHOFF, in: FS-Hassemer 2010, S. 518.

1764 HARRIS 2022, S. 300 (*«a gentle hand on the shoulder, rather than a straightjacket or harness»*).

1765 Vgl. HÖRNLE, GA 2019, S. 287 f. (*«Eine Strafzumessungskommission könnte bessere Entscheidungen treffen als der Gesetzgeber und als Strafrichter. Individuellen Richtern fehlt auch dann, wenn sie sich im Kollegenkreis umfassend erkundigen, die Breite des Überblicks»*).

zu erwägen, die Verantwortung für Details eines verbesserten Strafzumessungsrechts einer Kommission zu übertragen.»¹⁷⁶⁶

A. Aufgaben

650 Neben einem Fokus auf Einheitlichkeit in der Strafzumessung können einer Strafzumessungskommission natürlich auch andere Aufgaben übertragen werden. Ihre Nützlichkeit erschöpft sich nicht darin, Strafzumessungsrichtlinien zu entwerfen oder ein Informationssystem aufzubauen.¹⁷⁶⁷ Vielmehr kommen ihr unabhängig von der genauen Ausrichtung drei zentrale Aufgaben zu. Erstens muss sie die Informationslage zur Strafzumessung verbessern (1.).¹⁷⁶⁸ Erst auf einer soliden empirischen Grundlage kann sie zweitens konkrete Empfehlungen an den Gesetzgeber und die Praxis abgeben (2.). Nur wenn der Status quo bekannt ist, kann anschliessend drittens beurteilt werden, ob die ergriffenen Massnahmen die erwünschte Wirkung erzielen (3.).

1. Information

651 Zur Verbesserung der Informationslage könnte eine Kommission in einem ersten Schritt auf eine Verfeinerung der Strafurteilsstatistik des Bundes hinwirken.¹⁷⁶⁹ Da sich diese aus dem Strafregister speist,¹⁷⁷⁰ müsste entweder dort der Katalog der zu erhebenden Informationen erweitert oder aber müssten separat entsprechende Informationen direkt von Gerichten bereitgestellt werden. Jedenfalls muss der Detaillierungsgrad hoch genug sein, um damit nützliche Aussagen über die Strafzumessung treffen zu können.¹⁷⁷¹ Komplementär sind eigene Erhebungen direkt bei den Gerichten oder anhand von Urteilsbegründungen durchzuführen.¹⁷⁷²

1766 HÖRNLE, GA 2019, S. 288; ferner HERZ, Ger. Law J. 2020, S. 1640, 1646; KASPAR 2018, S. C 113 f.; KOHN 2021, S. 329. So spricht sich auch das American Law Institute deutlich für eine Fachkommission aus, ALI, MPCs, S. 262; vgl. REITZ/KLINGELE, Crime Justice 2019, S. 257; dazu auch FRASE, Crime Justice 2019, S. 85.

1767 Vgl. FREIBERG/ROBERTS, Crim. Law For. 2023, S. 89.

1768 ASHWORTH/KELLY 2021, S. 433; GISEL-BUGNION 1978, S. 58.

1769 Zustimmend HÖRNLE, GA 2019, S. 288.

1770 Anhang 88 der Verordnung über die Durchführung von statistischen Erhebungen des Bundes vom 30. Juni 1993 (Statistikerhebungsverordnung; SR 431.012.1).

1771 Vgl. Europarat, Empfehlung, Anhang, J.1 ff. Wie hiervor angesprochen, scheint eine automatisierte Lösung allerdings realistischer, vorne Rz. 619 ff.

1772 Dabei kann es sich letztlich auch um konkrete Aufträge im Rahmen von laufenden Gesetzesprojekten handeln, wie dies Art. 3 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung vom 29. September 2018 (SIRG, SR 425.1) auch für das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung vorsieht.

Die so gewonnenen Erkenntnisse sind anschliessend in möglichst sinnvoll 652
aufbereiteter Form publik zu machen. Das kann auch in simplerer Form als
durch ein Strafzumessungsinformationssystem erfolgen.¹⁷⁷³ Wenn allerdings
schon eine Kommission ins Leben gerufen wird, dann sollte diese auch mit den
Mitteln ausgestattet werden, um möglichst gute Lösungen entwickeln zu
können.¹⁷⁷⁴ Eine solche Kommission wäre deshalb die geeignete Stelle für den
Aufbau und die Betreuung des beschriebenen Informationssystems.¹⁷⁷⁵

Selbst wenn sich die Arbeit der Kommission auf die Erhebung und Bereit- 653
stellung von Strafzumessungsinformationen beschränken würde, wäre damit
für die Praxis, die Wissenschaft und letztlich für die Öffentlichkeit bereits viel
gewonnen. So könnten Gerichte auch entsprechende Auskünfte einholen und
Rechtsgutachten erstellen lassen.¹⁷⁷⁶

2. Revision und Beratung

Mit einem auf Informationsbereitstellung beschränkten Auftrag würde man 654
die versammelte und letztlich bezahlte Expertise allerdings nur unzureichend
nutzen. Vielmehr bestünde eine weitere zentrale Aufgabe darin, den Gesetz-
geber in Strafzumessungsfragen zu beraten. Im Sinn der vorliegenden Arbeit
sollte ein Fokus dabei auf Verbesserung der Einheitlichkeit bzw. der Gleich-
behandlung in der Strafzumessung liegen. Ob dies mittels einer spezialisierten
Datenbank, Strafzumessungsrichtlinien oder anderer Massnahmen erreicht
werden soll, wäre durch eine solche Kommission erst in einem offenen Ver-
fahren zu prüfen. Die Umsetzung allfälliger Reformideen sollte angesichts
der Komplexität der Materie jedenfalls unter Federführung dieser ständigen
Fachkommission erfolgen. Ob zusätzlich eine einzelfallweise Beratung von
Gerichten erwünscht oder sinnvoll ist, wäre in Zusammenarbeit mit diesen
zunächst zu eruieren.¹⁷⁷⁷

1773 Vgl. z. B. die US-amerikanischen Datenportale hiervor in Fn. 1661.

1774 Hinten Rz. 656 ff.; vgl. auch die entsprechenden Empfehlungen ALI, MPCs, §6A.05.(2)(C)
«[...] develop computerized information systems to track criminal cases entering the
court system; the effects of offense, offender, victim, and case-processing characteristics
upon sentences imposed and served; sentencing patterns for the state as a whole and for
geographic regions within the state [...]»).

1775 Vorne Rz. 613 ff.

1776 Nach dem Vorbild von Art. 3 Abs. 1 lit. c SIRG.

1777 Vgl. z. B. die entsprechende Funktion des SIR, Art. 3 Abs. 1 lit. c SIRG («Es erteilt Gerich-
ten und kantonalen Behörden Auskünfte und erstellt für sie Rechtsgutachten»).

3. Monitoring

- 655 Umgesetzte Massnahmen müssen auf ihre Wirksamkeit überprüft und allenfalls angepasst werden.¹⁷⁷⁸ Sinnvollerweise wird dieses Monitoring vom selben Gremium übernommen, das auch die Massnahmen entworfen hat.¹⁷⁷⁹ Wie das zu erfolgen hat, hängt von den konkret ergriffenen Massnahmen ab, weshalb weiterführende Überlegungen dazu an dieser Stelle allzu hypothetisch würden.¹⁷⁸⁰ Wichtig ist vor allem, dass Massnahmen langfristig begleitet werden, was letztlich nur dann gewährleistet ist, wenn diese Aufgabe einem ständigen Organ übertragen und dieses wiederum unterhalten wird.¹⁷⁸¹

B. Organisation

- 656 Zur möglichen Organisation sollen nur einzelne zentrale Eckpunkte zur institutionellen Form und Besetzung der Kommission hervorgehoben werden.¹⁷⁸² Ihre Ausgestaltung im Detail hängt primär von den konkret übertragenen Aufgaben ab.

1. Institutionelle Form

- 657 Einer Strafzumessungskommission muss zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben bereits institutionell eine gewisse Unabhängigkeit zukommen.¹⁷⁸³ Als Vorbild könnte das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR) dienen, welches als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes inkorporiert ist.¹⁷⁸⁴ Analog zu Art. 5 SIRG muss auch einer Strafzumessungskommission wissenschaftliche Unabhängigkeit gesetzlich garantiert

1778 Vgl. Europarat, *Empfehlung*, Anhang J.3. Ein solches Monitoring ist insbesondere bei neueren Kommissionen explizit vorgesehen, z. B. in Irland (vgl. GUILFOYLE/MARDER, *Comm. Law W. Rev.* 2021, S. 111) und Schottland (Sentencing Council [GB-SCT], *Research and engagement*).

1779 So ist der Sentencing Council (GB-EAW) verpflichtet, die Wirkung der Strafzumessungsrichtlinien zu überprüfen, vgl. dazu ASHWORTH/ROBERTS, in: *Sentencing Guidelines* 2013, S. 10; in die gleiche Richtung geht der ALI, MPCs, S. 265 («*Continual self-evaluation and improvement*»).

1780 Vgl. zu den Schwierigkeiten der Wirksamkeitsüberprüfung bei Richtlinien PADFIELD, in: *Sentencing Guidelines* 2013, S. 45 ff.; zum laufenden Anpassungsbedarf von Strafzumessungsinformationssystemen GIANNOULIS 2014, S. 398 f.

1781 Ansonsten erodieren Datenbanken, Richtlinien oder andere Massnahmen letztlich wieder, vgl. vorne zu Datenbanken Rz. 616 und zu Richtlinien z. B. ALI, MPCs, S. 262.

1782 Weiterführend ALI, MPCs, S. 270 ff.; GIANNOULIS 2014, S. 406 ff.

1783 Vgl. ASHWORTH/KELLY 2021, S. 44 («*expert and independent body*»).

1784 Art. 1 Abs. 1 SIRG.

werden.¹⁷⁸⁵ Ebenso wären die Aufgaben der Kommission direkt im Gesetz zu definieren.¹⁷⁸⁶

Eine effektive Strafzumessungskommission kostet¹⁷⁸⁷ und ist auf eine langfristige Finanzierung angewiesen.¹⁷⁸⁸ Strafzumessungsreform braucht Zeit, von der Datenerhebung über die Ausarbeitung von Lösungsvorschlägen bis zum Monitoring. Ihre Arbeit ist grundsätzlich nie zu Ende, weil die Strafzumessung stetem Wandel unterliegt. Angesichts der jährlichen Gesamtkosten für den Strafvollzug und die Rechtsprechung (alle Rechtsbereiche) von national mehr als CHF 2,5 Mia.¹⁷⁸⁹ dürften die Kosten einer Strafzumessungskommission jedoch nicht allzu schwer ins Gewicht fallen.¹⁷⁹⁰

2. Zusammensetzung

Entscheidender als die Rechtsform scheint die personelle Zusammensetzung. Wer ist geeignet, ein Strafzumessungsinformationssystem oder Strafzumessungsrichtlinien zu entwerfen?¹⁷⁹¹ Im Sinn einer möglichst guten, umsichtigen Lösung sollten verschiedene Perspektiven einbezogen werden.¹⁷⁹² Im Kontext der Strafzumessung wären das z. B. und nicht abschliessend Vertreterinnen und Vertreter der Justiz, der Strafverfolgungsbehörden, der Verteidigung, des Justizvollzugs, der Bundesverwaltung, der Strafrechtswissenschaft

1785 Zur Unabhängigkeit auch ALI, MPCs, S. 263; HERZ, Ger. Law J. 2020, S. 1640.

1786 Analog zu Art. 3 SIRG; vgl. auch die entsprechende Empfehlung im ALI, MPCs, S. 263.

1787 New South Wales (AUS) verfügt über ungefähr gleich viele Einwohner wie die Schweiz und stattet ihre Sentencing Commission mit jährlich AUD 6,6 Mio. aus (ca. CHF 4 Mio. bei 8,2 Mio. Einwohnern; Judicial Commission [AUS-NSW], Annual Report 2022-2023, S. 87 ff.). Mit deutlich weniger müssen die britischen Kommissionen auskommen, die mit je GBP 1,8 Mio. bei fast 60 Mio. Einwohnern (Sentencing Council [GB-EAW], Annual Report 2022/23, S. 67) und GBP 0,75 Mio. bei 5,4 Mio. Einwohnern (Sentencing Council [GB-SCT], Annual Report 2022-23, S. 32) arbeiten; dazu auch GUILFOYLE/MARDER, Comm. Law W. Rev. 2021, S. 118; für die US-amerikanischen Kommissionen vgl. die Aufstellung bei ALI, MPCs, S. 284 f. Zum Vergleich: Das SIR beschäftigt ca. 40 Mitarbeitende bei einem Budget von jährlich CHF 8 Mio., vgl. EFK, Audit SIR 2023, S. 6.

1788 FRASE, Crime Justice 2019, S. 113 f.; GUILFOYLE/MARDER, Comm. Law W. Rev. 2021, S. 117 («*This will require significant and ongoing investment*»).

1789 So jedenfalls der Stand im Jahr 2010, vgl. Bericht Postulat Rickli, S. 8. Die Kosten dürften seither eher noch gestiegen sein.

1790 FRASE, Crime Justice 2019, S. 114 («*Given the huge costs and impacts of criminal punishment, creating and retaining a well-funded sentencing commission is money well spent*») sowie vorne Fn. 1787.

1791 Vgl. SCHINDLER, in: Akteure der Gerichtsbarkeit 2007, S. 155.

1792 Ebenfalls den Ausgleich verschiedener Interessen betonend ALI, MPCs, S. 264 («*roundtable function*») und S. 270 ff.; KASPAR/HÖFFLER/HARRENDORF, NK 2020, S. 49; ferner GIANNOULIS 2014, S. 298; KIENER H., ZStrR 2007, S. 382 («*erfahrene Strafrechtspraktiker unter Beizug der Lehre*»).

und allenfalls der Straftäter- und Opferpopulation.¹⁷⁹³ Damit die Arbeitsergebnisse für die Strafzumessungspraxis auch nutzbar sind und von den Gerichten akzeptiert werden, ist eine Beteiligung der Justiz unabdingbar.¹⁷⁹⁴ So werden z. B. im Sentencing Council (GB-EAW) acht der 14, in der Judicial Commission (AUS-NSW) sechs von zehn und im Sentencing Committee (IE) acht der 13 Sitze an Vertreterinnen und Vertreter aus der Justiz vergeben.¹⁷⁹⁵

660 Ob eine so hohe Justizbeteiligung notwendig ist,¹⁷⁹⁶ kann hier offenbleiben.¹⁷⁹⁷ Jedenfalls wird man eine Balance zwischen Pluralisierung und Justizbeteiligung finden müssen.¹⁷⁹⁸ Eine substantielle Justizbeteiligung ist auch abgesehen von der akzeptanzstiftenden Wirkung sinnvoll. So sind Datenerhebungen über die Strafzumessungspraxis kaum ohne Mitarbeit der Justiz möglich.¹⁷⁹⁹ Zudem können diejenigen Personen, welche Strafe täglich zumessen müssen, die Praktikabilität von entworfenen Richtlinien oder Empfehlungen am besten beurteilen.

1793 Vgl. die Zusammensetzung des britischen Sentencing Council bei ASHWORTH/KELLY 2021, S. 41. Ähnlich pluralistisch ist die südkoreanische Kommission besetzt, vgl. Sentencing Commission (KOR), *Commissioners*; weiterführend ALI, MPCs, S. 8, 264, 271, 275; FREIBERG/ROBERTS, *Crim. Law For.* 2023, S. 104 f.; MITCHELL K. 2017, S. 3; ähnlich schon die Forderung von HAUSER 1985, S. 159.

1794 Vgl. für dieses Argument ASHWORTH/KELLY 2021, S. 41, Lord Justice Holroyde zitierend; FREIBERG/ROBERTS, *Crim. Law For.* 2023, S. 119 f.; HERZ, *Ger. Law J.* 2020, S. 1641; MONSIEURS/VANDERHALLEN/ROZIE, *Eur. J. Criminol.* 2011, S. 8; ROBERTS/PEI, *Crim. Law For.* 2016, S. 10; YOUNG/KING, in: *Sentencing Guidelines* 2013, S. 205 f.

1795 Zum Sentencing Council (GB-EAW) weiterführend ASHWORTH/KELLY 2021, S. 41; Judicial Commission (AUS-NSW), *Our members*; Sentencing Committee (IE), *Guideline Development Procedure*, S. 1. Auch der ALI, MPCs, S. 263, empfiehlt *«a strong contingent of members from the state courts»*.

1796 Kritisch YOUNG/KING, in: *Sentencing Guidelines* 2013, S. 206.

1797 Die Erarbeitung von Richtlinien primär der Justiz überlassen wollen KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS 2017, N 1228 (*«Am zweckmäßigsten würden dies zumindest in der Schweiz wohl die Gerichte selber an die Hand nehmen, hierin unterstützt allenfalls durch Vorarbeiten von Richtervereinigungen und unter Beizug einiger Hochschulinstitute»*); ähnlich KIENER H., *ZStrR* 2007, S. 382 (*«Die Richtlinien werden durch erfahrene Strafrechtspraktiker unter Beizug der Lehre in Berücksichtigung bisheriger Zumessungspraxis aufgestellt»*). Für Deutschland gehen GIANNOLIS 2014, S. 297 und KOHN 2021, S. 331 davon aus, aus Gründen der richterlichen Unabhängigkeit dürften nur Vertreterinnen und Vertreter der Justiz mit Stimmrecht ausgestattet sein.

1798 Vgl. zu diesem Problem auch GUILFOYLE/MARDER, *Comm. Law W. Rev.* 2021, S. 117.

1799 Vgl. dazu GUILFOYLE/MARDER, *Comm. Law W. Rev.* 2021, S. 116.

Schluss

Die aufgezeigte Lage der Schweizer Strafzumessung ist unbefriedigend. Obwohl Gleichbehandlung bei der Strafzumessung besonders wichtig wäre, kommt ihr in der Praxis kaum Bedeutung zu. Betont wird vielmehr das grosse richterliche Ermessen, dem zu Unrecht eine Vorrangstellung eingeräumt wird. Entsprechend darf es nicht überraschen, dass Richterinnen und Richter für dieselben Fälle erheblich unterschiedliche Strafen ausfällen. Insgesamt kann weder rechtlich noch tatsächlich von einer rechtsgleichen Strafzumessung gesprochen werden. Zwar sind Strafunterschiede auch die logische Folge der mit dem Ermessen eingeräumten Wahlmöglichkeiten. Mit der vorliegenden Studie liegen jedoch erste Hinweise vor, dass die Uneinheitlichkeit in der Schweizer Strafzumessung weit über dasjenige Mass hinausgeht, das normativ im Interesse der Individualisierung noch vertretbar ist. Es ist zu bezweifeln, dass möglichst freies Ermessen zu einer dem Einzelfall angemessenen Strafe führt. 661

Dabei geht es nicht darum, Ermessen auszuschalten. Dieses ist notwendige, jedoch nicht hinreichende Bedingung für eine dem Einzelfall angemessene Strafzumessung. Vielmehr ist die goldene Mitte zwischen ermessensweiser Einzelfallbeurteilung und rechtlicher Gleichbehandlung zu finden. Die angemessene Strafe kann letztlich nur im Quervergleich zu anderen Fällen und damit relativ proportional gefunden werden. 662

Das hier im Fokus stehende vergleichende Vorgehen stellt allerdings kein Allheilmittel gegen Ungleichheit in der Strafzumessung dar.¹⁸⁰⁰ Der Anspruch ist bescheiden. Mit einem offen vergleichenden Vorgehen soll ein erster Schritt in Richtung einer einheitlicheren Strafzumessung getan werden. Die Teile der Strafzumessung, welche sich gut vergleichen lassen, müssen verglichen und vergleichbar begründet werden. Das lässt weiterhin viel Raum für einzelfallspezifische Abweichungen, denn die frühere Praxis wird kaum homogen sein.¹⁸⁰¹ Ein fallweiser Vereinheitlichungsprozess über alle Gerichtsinstanzen hinweg braucht zudem Zeit.¹⁸⁰² Insgesamt darf der vereinheitlichende Effekt davon allein auch nicht überschätzt werden. Mit einem transparenten vergleichenden Vorgehen gehen allerdings wichtige Neuerungen einher. 663

1800 So auch der Tenor bei MAURER 2005, S. 220 f.

1801 FRISCH, in: Tatproportionalität 2003, S. 165.

1802 MAURER 2005, S. 148.

664 Erstens ist damit ein eigentlicher Kulturwandel verbunden. Der Vergleich mit eigenen und «fremden» Urteilen zwingt zu intersubjektivem Denken. Das wiederum öffnet den Dialog für eine Auseinandersetzung mit dem strafzumessungsrechtlichen Ermessen und dessen Verhältnis zum Gleichbehandlungsgebot.

665 Zweitens wird mit einem transparent vergleichenden Vorgehen die Strafzumessung an sich besser überprüfbar und der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung eher durchsetzbar. Wo vorher beim Einstieg in den Strafrahmen die «*Taube aus dem Hut*»¹⁸⁰³ gezaubert wurde, sind bei einem vergleichenden Vorgehen die Bezugsgrößen ausgewiesen und können diskutiert werden. In der Folge nehmen auch Rechtsmittelinstanzen breiter Kenntnis von der vorinstanzlichen Praxis. Nur so können sie überprüfen, ob die Strafzumessung rechtsgleich erfolgte.

666 Drittens werden als Begleiteffekte die Grundlagen geschaffen,¹⁸⁰⁴ die es für diejenigen weitergehenden Vereinheitlichungsmassen braucht, die auf die Aggregierung einer grossen Anzahl an Urteilen setzen. Vorschläge von Strafzumessungsrichtlinien oder anderen Systematisierungsvorhaben konnten bislang vor allem deshalb als unrealistisch abgetan werden, weil sich die Strafjustiz dafür selbst die notwendigen Grundlagen nicht schafft.

667 Etwas weiter in die Zukunft gedacht und mit dem Ziel eines möglichst intersubjektiven Wertungskonsenses vor Augen, ist angesichts der Komplexität der systemischen Probleme der Strafzumessung ernsthaft zu diskutieren, ob «*systematischeres Nachdenken in einer Strafzumessungskommission [...] und gut gemachte Strafzumessungsrichtlinien*» gegenüber dem Status quo nicht «*alles in allem die bessere Lösung*» wären.¹⁸⁰⁵

1803 FREI/RANZONI, AJP 1995, S. 1439.

1804 Vgl. KIENER H., ZStrR 2007, S. 351 ff. und vorne Rz. 611 ff.

1805 HÖRNLE, GA 2019, S. 295.

Anhang

Weil die Grundlagen der empirischen Untersuchung, insb. der Fragebogen, 668
der Datensatz und die statistische Auswertung, kaum sinnvoll in Buchform
abgedruckt werden können, werden diese nur digital zur Verfügung gestellt
(hiernach Digitaler Anhang). Der übrige Anhang ist nachfolgend abgedruckt
(Lokaler Anhang).

Lokaler Anhang

Anhang I legt dar, worauf die Einschätzung der Publikationspraxis der Kan- 669
tone basiert.¹⁸⁰⁶ Anhang II enthält die deutsche Fassung aller in der Richter-
befragung verwendeten Fallvignetten und Vergleichsfälle mit Hinweisen auf
die zugrundeliegenden Gerichtsurteile.¹⁸⁰⁷ In Anhang III werden der Voll-
ständigkeit halber zusätzliche statistische Auswertungen, Abbildungen und
Tabellen aufgeführt, die im Interesse der Lesbarkeit nicht in den Hauptteil
aufgenommen wurden.

I. Publikationspraxis der Kantone

Weil für die vorliegende Untersuchung ein ungefährender Überblick über die 670
Publikationspraxis der Kantone genügt, wurde darauf verzichtet, die Ge-
richte direkt anzufragen. Die Publikationspraxis wurde anhand der kanto-
nalen gesetzlichen Grundlagen, der Internetseiten der Gerichte und einer
Grobdurchsicht der kürzlich publizierten Entscheide beurteilt. Die nachfol-
genden Informationen beziehen sich auf strafrechtliche Sachentscheide.

Aargau: Seit 2022 publiziert der Kanton Aargau neben Leitentscheiden 671
zusätzlich «weiterführende Entscheide» des Obergerichts.¹⁸⁰⁸ Soweit ersichtlich

1806 Vorne Rz. 299 ff.

1807 Die französische und italienische Übersetzung kann den Druckversionen der Um-
frage entnommen werden (hinten im digitalen Anhang, Rz. 740).

1808 AG, Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (AGVE) und AG, Systemati-
sche Sammlung; ferner § 6 Informationsreglement des Kantons Aargau vom 19. Feb-
ruar 2016 (SAR 155.616).

werden alle materiellen Strafentscheide vollumfänglich in anonymisierter Form veröffentlicht. Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.¹⁸⁰⁹

672 *Appenzell Ausserrhoden*: Das Obergericht Appenzell Ausserrhoden «veröffentlicht in der Regel alle materiellen Entscheide [...] im Internet». ¹⁸¹⁰ Soweit ersichtlich werden alle materiellen Strafentscheide vollumfänglich in anonymisierter Form veröffentlicht. Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert. Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden publiziert in Ausnahmefällen einzelne Entscheide in Auszügen in der kantonalen Entscheidungssammlung ARGVP.¹⁸¹¹

673 *Appenzell Innerrhoden*: Appenzell Innerrhoden publiziert jährlich «ausgewählte Entscheide der Gerichte» im Anhang des Geschäftsberichts der Gerichte, und zwar in Auszügen.¹⁸¹² Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.

674 *Basel-Landschaft*: Die Strafabteilung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft publiziert «einen wesentlichen Teil» ihrer Urteile.¹⁸¹³ Für 2022 hat es laut Amtsbericht 61 Sachentscheide in Berufungsverfahren gefällt,¹⁸¹⁴ auf der Webseite sind unter «Strafrecht» für diesen Zeitraum deren 37 abrufbar. Nicht beurteilen lässt sich, ob sich diese Differenz durch die gerichtsinterne Fallerfassung ergibt (z. B. eine Fallnummer pro beschuldigte Person). Soweit ersichtlich werden materielle Strafentscheide vollumfänglich in anonymisierter Form veröffentlicht. Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.

675 *Basel-Stadt*: Seit 2014 sind alle Urteile des Appellationsgerichts vollumfänglich in anonymisierter Form online verfügbar.¹⁸¹⁵ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.¹⁸¹⁶

676 *Bern*: Das Obergericht Bern publiziert alle Sachentscheidungen der Strafabteilung vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸¹⁷ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.

1809 Der Wortlaut von § 6 Informationsreglement/AG würde dies zulassen.

1810 AR, Rechtsprechung der Gerichte und AR, Rechtsprechung.

1811 AR, Rechtsprechung der Gerichte.

1812 Vgl. z. B. AI, Geschäftsbericht 2022 der Gerichte, Gerichtsentscheide, S. 13 ff.

1813 Vgl. BL, Rechtsprechung.

1814 KGer BL, Amtsbericht 2022, S. 41 f.

1815 BS, Rechtsprechung und BS, Rechtsprechung Gerichte; § 7 Abs. 1 Medien- und Informationsreglement der Gerichte des Kantons Basel-Stadt vom 6. Juli 2016 (SG 154.115) und § 28 Abs. 1 Organisationsreglement des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 14. März 2017 (SG 154.150).

1816 § 7 Abs. 2 Medien- und Informationsreglement der Gerichte/BS würde dies erlauben.

1817 BE, Rechtsprechung und BE, Entscheide der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit; vgl. auch Art. 22 Abs. 2 Gesetz über die Information der Bevölkerung des Kantons Bern vom 2. November 1993 (BSG 107.1).

Freiburg: Laut Internetseite werden die «wichtigsten Urteile und Grundsatzentscheide» des Kantonsgerichts Freiburg publiziert.¹⁸¹⁸ Im entsprechenden Reglement wird dann allerdings die Publikation aller «materiellen End- und Teilentscheide» vorgesehen, wobei die Publikation in anonymisierter Form zu erfolgen hat und das Urteil gekürzt werden kann.¹⁸¹⁹ Soweit ersichtlich werden die Urteile jedoch ungekürzt veröffentlicht. Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.

Genf: Der Cour de Justice publiziert alle seine Urteile vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸²⁰ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.¹⁸²¹

Glarus: Gemäss Internetseite seien die Strafurteile des Obergerichts sowie des Kantonsgerichts Glarus abrufbar.¹⁸²² Soweit ersichtlich wurde in den letzten 10 Jahren allerdings nur ein einziges erstinstanzliches Urteil veröffentlicht.¹⁸²³ Beim Obergericht bleibt zweifelhaft, ob alle materiellen Berufungsurteile publiziert werden.¹⁸²⁴ Wird publiziert, dann jedenfalls vollumfänglich in anonymisierter Form.¹⁸²⁵

Graubünden: Gesetzlich vorgeschrieben ist die Veröffentlichung «wichtige[r]» Entscheidungen bzw. Urteile in anonymisierter Form.¹⁸²⁶ Das Kantonsgericht veröffentliche jedoch «in der Regel» alle seiner Erkenntnisse online.¹⁸²⁷ Soweit ersichtlich, trifft dies zu.¹⁸²⁸ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert. Ab 1. Januar 2025 wird das Kantonsgericht im Rahmen der «Justiz-

1818 FR, Rechtsprechung des Kantonsgerichts.

1819 Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 lit. Reglement des Kantonsgerichts über die Information der Öffentlichkeit in Gerichtssachen des Kantons Freiburg vom 21. Juni 2012 (SGF 17.53) und FR, Tribuna Publication.

1820 «Les décisions sont publiées intégralement», Kanton Genf, Contenu de la collection de la Cour de justice; vgl. zudem Art. 9 Abs. 1 Règlement du pouvoir judiciaire sur l'accès aux documents et aux données personnelles vom 1. November 2021 (RADPJ/GE; rsGE E 2 05.52): «Les arrêts de la Cour de justice sont publiés sur le site Internet du pouvoir judiciaire.»

1821 Artikel 9 Abs. 2 RADPJ/GE würde dies erlauben.

1822 GL, Entschaiddatenbank der Gerichte.

1823 KGer GL, SG.2016.00082 vom 8. März 2017.

1824 So wurden in Jahren 2021 und 2022 gemäss Tätigkeitsbericht 16 bzw. 21 Berufungsverfahren erledigt (vgl. GL, Tätigkeitsbericht 2022, S. 121). Für diesen Zeitraum finden sich allerdings nur fünf Berufungsurteile in der Entschaiddatenbank.

1825 Vgl. GL, Findinfo.

1826 Vgl. Art. 16 Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Graubünden vom 16. Juni 2010 (GOG/GR; BR 173.00) und Art. 42 Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts Graubünden vom 14. Dezember 2010 (BR 173.100).

1827 Justiz GR, Rechtsprechung.

1828 Gemäss Geschäftsbericht wurden im Jahr 2022 insgesamt 57 Berufungsverfahren materiell erledigt (Justiz GR, Geschäftsberichte 2022, S. 13 f.). Eine Suche in der Entschaiddatenbank (GR, Entschaidsuche) fördert 51 Berufungsurteile zu Tage, womit mehr oder weniger alle Berufungsurteile publiziert sein dürften.

reform 3» mit dem Verwaltungsgericht neu zum «Obergericht» zusammengeführt und die aktuell weitergehende Publikationspraxis wird gesetzlich verankert.¹⁸²⁹ Die Regionalgerichte sollen fortan Entscheide von «*öffentlichem Interesse*» publizieren.¹⁸³⁰

681 *Jura*: Das Kantonsgericht Jura publiziert nur eine Auswahl seiner Entscheide online, diese soweit ersichtlich immerhin vollumfänglich und in anonymisierter Form.¹⁸³¹ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.

682 *Luzern*: Das Kantonsgericht Luzern publiziert eine Auswahl an Leitescheiden und mehrheitlich in Form von kurzen Auszügen.¹⁸³² Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.¹⁸³³

683 *Neuenburg*: Das Kantonsgericht Neuenburg publiziert soweit ersichtlich einen Grossteil seiner Strafurteile vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸³⁴ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.¹⁸³⁵

684 *Nidwalden*: Soweit ersichtlich publiziert das Obergericht Nidwalden seit dem 1. Januar 2021 alle seine Strafurteile vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸³⁶ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.

685 *Obwalden*: Das Obergericht Obwalden publiziert in unregelmässigen Abständen einzelne «Grundsatzentscheide» in Auszügen.¹⁸³⁷ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.

686 *Schaffhausen*: Das Obergericht Schaffhausen veröffentlicht eine «*Auswahl seiner Entscheide*» in Auszügen.¹⁸³⁸ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.¹⁸³⁹

1829 Vgl. Justiz Graubünden, Geschäftsberichte 2022, S. 6 und nArt. 17 Abs. 2 GOG/GR.

1830 Vgl. nArt. 17 Abs. 3 GOG/GR.

1831 Vgl. JU, Tribunal cantonal («*arrêts importants récemment*») und JU, Tribuna Publication.

1832 Vgl. LU, Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide. Anders eingeteilt bei HÜR-LIMANN D., *sui generis* 2014, N 9.

1833 In der Datenbank lässt sich spezifisch nach Urteilen erstinstanzlicher Gerichte filtern. Seit 1991 finden sich so drei materielle Strafurteile.

1834 Vgl. NE, *Jurisprudence du Tribunal cantonal*, wo zwar von «*principaux arrêts*» gesprochen wird. Gemäss Geschäftsbericht wurden im Jahr 2022 insgesamt 100 Berufungsverfahren erledigt, wobei nicht klargestellt wird, wie viele davon materiell (KGer NE, Jahresbericht 2022, S. 36). Für den gleichen Zeitraum sind 40 Berufungsurteile über die Datenbank auffindbar.

1835 Eine Suche eingeschränkt auf Strafurteile der erstinstanzlichen Gerichte fördert insgesamt gerade einmal sechs Urteile zu tage.

1836 Vgl. NW, *Rechtsprechung*, wonach das Obergericht «*einen grossen Teil*» seiner Sachentscheide publiziert. Soweit ersichtlich werden jedoch alle materiellen Strafurteile publiziert.

1837 OW, *Rechtsprechung*; vgl. auch OW, *Entscheidpublikation*.

1838 SH, *Obergerichtsentscheide*.

1839 Die Datenbank heisst «*Obergerichtsentscheide*», bietet keinen Code für erstinstanzliche Urteile an und solche lassen sich auch nicht auffinden.

Schwyz: «[S]eit ca. März 2017» publiziert das Kantonsgericht Schwyz sämtliche Strafentscheide vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸⁴⁰ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert. 687

Solothurn: Seit 1. September 2016 veröffentlicht das Obergericht Solothurn alle Strafentscheide vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸⁴¹ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert. 688

St. Gallen: Das Kantonsgericht St. Gallen publiziert Strafurteile nur in seltenen Fällen und nur in knappen Auszügen.¹⁸⁴² Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert. 689

Tessin: Der Kanton Tessin publiziert soweit ersichtlich als einziger alle schriftlich begründeten erst- und zweitinstanzlichen Strafurteile vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸⁴³ 690

Thurgau: Das Obergericht Thurgau veröffentlicht nur grundsätzliche Entscheide, dies nur als Teil seines jährlichen Rechenschaftsberichts und in knappen Auszügen.¹⁸⁴⁴ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert. 691

Uri: Das Obergericht Uri publiziert nur selten materielle Strafurteile und nur in knappen Auszügen.¹⁸⁴⁵ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert. 692

Waadt: Das Kantonsgericht Waadt publiziert «[t]outes les décisions» vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸⁴⁶ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert. 693

Wallis: Das Kantonsgericht Wallis publiziert alle Teil- und Endentscheide in der Sache vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸⁴⁷ Während zwar 694

1840 Vgl. KGer SZ, Rechtsprechung; KGer SZ, Medienmitteilung.

1841 Vgl. SO, Rechtsprechung; Urteilsdatenbank der Gerichte und SO, Gerichtsentscheide; vgl. ferner §18^{bis} Abs. 1 Geschäftsreglement des Obergerichts des Kantons Solothurn und der ihm angegliederten Spezialgerichte vom 11. September 1998 (BGS 125.71).

1842 Für das Jahr 2023 hat die Strafkammer ein einziges Urteil in Auszügen publiziert (KGer SG, ST.2021.60 vom 18. August 2023), vgl. SG, Rechtsprechung und SG, Rechtsprechung Gerichte.

1843 So sind im Kanton Tessin sowohl die Entscheide des Corte di Appello als auch der Pretura penale und des Tribunale penale cantonale unter TI, Sentenze e decisioni abrufbar; vgl. auch Art. 27 Abs. 1 LOG/TI («Le autorità giudiziarie procedono alla pubblicazione delle loro sentenze cresciute in giudicato. La pubblicazione avviene per principio in forma anonimizzata»).

1844 Vgl. TG, Rechtsprechung.

1845 Vgl. UR, Rechtsprechung.

1846 Vgl. VD, Jurisprudence du Tribunal cantonal et du TRIPAC. Die Publikation der Urteile liegt grundsätzlich in der Disposition des Kantonsgerichts (Art. 16 Abs. 1 Règlement de l'ordre judiciaire sur l'information vom 13. Juni 2006 [BLV 170.21.2]).

1847 Vgl. Art. 38 Abs 1 lit. a RPfG/VS.

noch lange nicht alle erstinstanzlichen Strafurteile publiziert werden, finden sich doch diverse in der Entscheiddatenbank.¹⁸⁴⁸

695 *Zug*: Als jüngstes Mitglied in dieser Liste publiziert das Obergericht Zug seine Urteile seit dem 1. Januar 2022 vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸⁴⁹ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.

696 *Zürich*: Das Obergericht Zürich publiziert alle Strafurteile vollumfänglich in anonymisierter Form online.¹⁸⁵⁰ Erstinstanzliche Urteile werden keine publiziert.

II. Vergleichsfälle

697 Die Nummerierung der Vignetten und der Vergleichsfälle entspricht der Erfassungsreihenfolge im Umfragetool und auch der Nummerierung im Datensatz. Bei Beantwortung der Umfrage war die Reihenfolge sowohl der Vignetten als auch der Vergleichsfälle für die Teilnehmenden randomisiert. Die «Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts» bei den Vergleichsfällen konnten von den Teilnehmenden in Gruppe 2 mittels Mausklick angezeigt werden. Die französische und italienische Übersetzung der Vignetten können den übersetzten Fragebögen im digitalen Anhang entnommen werden.¹⁸⁵¹

A. Vignette 1: einfache Körperverletzung

1. Ausgangsfall¹⁸⁵²

698 X (männlich, 62, Schweizer, gelernter Zimmermann) lieferte sich mit seinem Nachbarn, zu dem seit Jahren ein schwieriges Verhältnis besteht, eine verbale Auseinandersetzung vor der gemeinsamen Wohnliegenschaft. In deren

1848 Vgl. VS, Rechtsprechung. Gemäss Art. 38 Abs. 1 lit. c RPfG/VS sind denn auch diejenigen Entscheide der erstinstanzlichen Gerichte zu veröffentlichen, die für die Kenntnis des Rechts wichtig sind.

1849 ZG, Entscheiddatenbank des Obergerichts und ZG, Entscheide des Obergerichts.

1850 § 6 Informations- und Akteneinsichtsverordnung der obersten kantonalen Gerichte vom 12. Juli 2021 (LS 211.15) («Die obersten kantonalen Gerichte veröffentlichen ihre Entscheidungspraxis in anonymisierter Form im Internet und bei Bedarf zusätzlich in Fachzeitschriften. Sie können entsprechende Reglemente erlassen»).

1851 Hinten Rz. 740.

1852 Inspiriert von KGer GR, SK112 51 vom 23. Januar 2013, dort allerdings noch mit einer zusätzlichen Verurteilung wegen Tätlichkeit. Die ausgesprochene Strafe belief sich in Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens auf eine Busse von CHF 1'500.- (Ersatzfreiheitsstrafe zehn Tage). Die Vorinstanz verurteilte X noch zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu CHF 160.- und einer Busse von CHF 300.- (Ersatzfreiheitsstrafe drei Tage).

Verlauf packte X den Kopf des Nachbarn mit seinen Händen und fügte diesem dabei mit seinem Fingernagel eine längliche Wunde hinter dem rechten Ohr zu, die stark blutete und die mit vier Stichen genäht werden musste. Die Wunde verheilte innerhalb von zwei Wochen. Beim Zupacken nahm X eine Kopfverletzung des Nachbarn in Kauf. Als Grund für die Auseinandersetzung gab X in der Strafuntersuchung jahrelange Provokationen durch den Nachbarn an.

X ist nicht vorbestraft. Er lebt in Frührente zurückgezogen mit seiner pflegebedürftigen, depressiven Partnerin, deren Pflege er allein leistet. Seine Rente beträgt ca. CHF 5'000.- pro Monat.

X wird der einfachen Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen.

2. Vergleichsfälle

a) Fall 1¹⁸⁵³

X und Y verwickelten sich im Restaurant A zuerst in einen verbalen Disput, der sich in der Folge vor dem Lokal fortsetzte. X packte Y dann am Jackenkragen und verpasste ihm einen Fusstritt gegen den Unterschenkel. Y erlitt dadurch eine ärztlich attestierte Überdehnung des Aussenbandes am rechten Knie. X wird wegen einfacher Körperverletzung (leichter Fall, Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) zu einer bedingten Geldstrafe von 27 Tagessätzen, bei einer Probezeit von 2 Jahren, und zu einer Busse von CHF 300.- verurteilt; die Ersatzfreiheitsstrafe für die Busse beträgt 3 Tage.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- Die Folgen der Tat waren vergleichsweise gering;
- X war alkoholisiert;
- insgesamt ist das Verschulden eher leicht;
- es ist eine bedingte Geldstrafe – praxisgemäss mit einer Verbindungsbusse – auszusprechen.

b) Fall 2¹⁸⁵⁴

X und Y befanden sich in der Silvesternacht im Club A. X hat sich dabei aufdringlich an Y «herangetanzt», woraufhin ihn diese weggestossen hat. X leerte ihr dann seinen Champagner über den Kopf, woraufhin sie ihn noch heftiger wegsties. Als Reaktion schlug X ihr das leere Champagnerglas gegen den Kopf, sodass es zerbrach. Anschliessend verpasste er ihr einen Faustschlag

1853 AppGer BS, SB.2012.90 vom 4. Juni 2014.

1854 AppGer BS, SB.2015.76 vom 29. November 2017.

gegen den Hinterkopf. Y erlitt eine Platzwunde an der linken Stirnseite. Die Wunde musste nicht genäht werden und verheilte ohne Narben. X hat eine nicht einschlägige Vorstrafe (grobe Verletzung der Verkehrsregeln). X wird wegen einfacher Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB) zu einer bedingten Geldstrafe von 300 Tagessätzen verurteilt, bei einer Probezeit von 2 Jahren.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- Obwohl die Privatklägerin keine allzu schwerwiegenden Verletzungen erlitten hat, wiegt das Verschulden des Berufungsklägers doch eher schwer, weil sich der Schlag gegen eine sensible Kopfpattie richtete;
- eine Geldstrafe von 300 Tagessätzen scheint angemessen.

c) Fall 3¹⁸⁵⁵

- 701 Auf der Baustelle A kam es zu einer verbalen Auseinandersetzung zwischen X und Y über ein fehlendes Bauteil. Y hatte X mehrfach nach dem entsprechenden Verbindungsstück gefragt, worauf dieser ihn aus der Wohnung ins Treppenhaus schob. Als Y sich ihm wieder zuwandte, schlug X mit der rechten Faust voller Wucht gegen dessen linke Wange, wodurch Y einen doppelten Kieferbruch erlitt. X ging anschliessend zurück in die Wohnung. Der untere Knochenbruch musste operativ behandelt werden. Das Gelenk wurde ohne operativen Eingriff behandelt, was eine längere Nachsorge mit sich zog. X hat keine relevanten Vorstrafen. X wird wegen einfacher Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) zu einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen verurteilt, bei einer Probezeit von 2 Jahren.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- Der doppelte Kieferbruch von Y stellt im Spektrum der einfachen Körperverletzung eine ziemlich gravierende Verletzung dar;
- der Faustschlag ins Gesicht birgt die Gefahr erheblicher Verletzungen;
- das objektive Tatverschulden ist insgesamt nicht mehr leicht;
- das subjektive Tatverschulden ist ebenfalls als nicht mehr leicht zu bezeichnen und führt nicht zu einer Relativierung des objektiven Verschuldens;
- die Einsatzstrafe beträgt 180 Tage bzw. Tagessätze;
- die Täterkomponente ist strafzumessungsneutral, es ist eine Geldstrafe von 180 Tagessätzen auszusprechen.

B. Vignette 2: Diebstahl

1. Ausgangsfall¹⁸⁵⁶

Angestellte X (weiblich, 19 Jahre, Schweizerin) arbeitete als Detailhandelsfach- 702
frau in einem Modegeschäft. An einem ruhigen Morgen nahm sie CHF 1'620.-
aus der Kasse und steckte das Geld in ihre Sporttasche. Dabei wurde sie zu-
fällig von ihrem Vorgesetzten beobachtet. X befand sich nicht in einer finan-
ziellen Notlage. Sie wollte sich mit dem Geld selbst eine Reise finanzieren. X
arbeitete seit 10 Monaten in diesem Geschäft.

X ist nicht vorbestraft. Sie hat keine Schulden, verfügt über ein monatliches
Nettoeinkommen von ca. CHF 4'000.- und Vermögen von rund CHF 40'000.-.

X wird des Diebstahls gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen.

2. Vergleichsfälle

a) Fall 1¹⁸⁵⁷

Über einen Zeitraum vom 13 Monaten entnahm X dem Geldversteck seiner 703
Arbeitgeberin (CAG) bei insgesamt 27 Gelegenheiten Bargeld im Gesamtbetrag
von CHF 22'000.-. Bei 25 Malen handelte es sich um kleinere Geldbeträge von
durchschnittlich ein paar hundert Franken. Einmal entnahm er CHF 3'500.-
und beim letzten Mal CHF 6'700.-. Als Mitarbeiter hatte X Zugang zum Geld-
versteck und begab sich jeweils zu Randzeiten (frühmorgens, über Mittag,
spätabends) zum Geldversteck. X arbeitete seit über 20 Jahren bei der CAG.
X war mit seiner Entlohnung unzufrieden und hat auch schon mehr Lohn
für sich gefordert. X wird wegen gewerbsmässigen Diebstahls (Art. 139 Ziff. 2
StGB) zu einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen verurteilt, bei einer
Probezeit von 2 Jahren.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- Obwohl X eine grosse Anzahl von Diebstählen beging, war die Ausbeute
vergleichsweise gering;
- das objektive Tatverschulden wiegt verglichen mit anderen Fällen ge-
werbsmässigen Diebstahls gering;
- X handelte direktvorsätzlich und aus egoistischen, finanziellen Motiven,
was das objektive Tatverschulden nicht relativiert;
- insgesamt sind 180 Strafeinheiten angemessen;
- die Täterkomponente wirkt sich neutral aus.

1856 Inspiriert von OGer ZH, SB120548 vom 26. März 2013. Die ausgesprochene Strafe war eine
bedingte Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 80.- mit einer Probezeit von zwei Jahren.

1857 OGer BE, SK 19365 vom 17. März 2021.

b) Fall 2¹⁸⁵⁸

- 704 X war in der A GmbH dafür zuständig, am Ende ihrer Arbeitsschicht jeweils den Kasseneinsatz im Tresor zu verstauen. Bei zwei Gelegenheiten steckt sie dabei je CHF 100.- ein. X ist nicht vorbestraft. Aktuell bezieht X Arbeitslosentaggeld von monatlich um die CHF 2'000.-. Sie ist Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses (Eigenmietwert CHF 28'000.-, Erträge aus Vermietung CHF 17'000.-). Ihre Privatschulden machten zum Beurteilungszeitpunkt CHF 370'000.- aus. X wird wegen mehrfachen geringfügigen Diebstahls (Art. 139 Ziff. 1 i. V. m. Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB) zu einer Busse von CHF 500.- verurteilt; die Ersatzfreiheitsstrafe beträgt 5 Tage.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- Der Deliktsbetrag (je CHF 100.-) ist im mittleren Bereich anzusiedeln (die Geringfügigkeitsschwelle liegt bei CHF 300.-);
- X hat das ihr von der Arbeitgeberin entgegengebrachte Vertrauen missbraucht;
- X handelte aus rein egoistischen, finanziellen Beweggründen;
- das Tatverschulden ist leicht bis mittel.

c) Fall 3¹⁸⁵⁹

- 705 X war als Kellner in einem Restaurant angestellt. Während der Betriebsferien im Sommer wurde X mit der Verwaltung der Kassen und der Überweisung der Einnahmen an die Bank betraut. Dazu erhielt er auch den Code für den Tresor, in welchem die Kassen bei Schichtende deponiert wurden. Während dieser Zeit entwendete X CHF 6'200.- aus den Kassen. Den entwendeten Betrag hatte er zudem in der Excel-Abrechnung manuell abgezogen, damit das Buchhaltungstotal mit dem im Tresor verbleibenden Bargeld übereinstimmte. X lebt von seiner IV-Rente von ca. CHF 2'000.- und ist nicht vorbestraft. X wird wegen Diebstahls (Art. 139 Ziff. 1 StGB) zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagesstrafen verurteilt, bei einer Probezeit von 2 Jahren.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- Das Verschulden von X ist nicht unerheblich;
- der entwendete Betrag ist angesichts des kurzen Zeitraums relativ hoch;
- relativierend ist zu beachten, dass X Ersttäter ist und seine finanzielle Situation bescheiden.

1858 OGer SO, STBER.2016.73 vom 4. Januar 2018.

1859 KGer VD, Jug/2013/271 vom 28. Oktober 2013.

C. Vignette 3: Betrug

1. Ausgangsfall¹⁸⁶⁰

X (männlich, 47 Jahre, türkischer Staatsangehöriger, Reinigungskraft) bezog über einen Zeitraum von zehn Jahren zu Unrecht Sozialhilfeleistungen von insgesamt CHF 320'000.-. Während dieses Zeitraumes hatte er teilweise bis zu drei Beschäftigungen gleichzeitig, wodurch er ein Einkommen von insgesamt CHF 300'000.- erzielte. Sein Einkommen liess er jeweils auf den Sozialbehörden nicht bekannte Bankkonten überweisen. Auf die mündlichen und schriftlichen Fragen der Behörden gab er stets wahrheitswidrig an, nicht zu arbeiten und über keine Einkünfte oder weitere Bankkonten zu verfügen. Zudem spielte er gegenüber Ärzten und Mitarbeitern der Sozialbehörden über mehrere Jahre gesundheitliche Beeinträchtigungen wie Rückenschmerzen und eine Depressionserkrankung vor. X ging es rein um die Erlangung finanzieller Vorteile, er handelte direktvorsätzlich. Das Geld verwendete er zur Finanzierung des kostspieligen Lebensstils von sich und seiner Familie.

X ist nicht vorbestraft. X anerkannte den Sachverhalt in der Untersuchung und zeigte anlässlich der Hauptverhandlung Reue über sein Verhalten. X ist mittlerweile arbeitslos und lebt von Sozialhilfeleistungen in Höhe von monatlich CHF 3'400.-.

X wird des gewerbsmässigen Betrugs gemäss Art. 146 Abs. 2 StGB schuldig gesprochen.

2. Vergleichsfälle

a) Fall 1¹⁸⁶¹

X bezog während 7,5 Jahren unberechtigt IV-Leistungen und Hilflosenentschädigung im Gesamtbetrag von ca. CHF 350'000.-. Wäre X nicht durch eine Observation aufgefliegen, hätte der Schaden bis zur Erreichung des Pensionsalters ca. CHF 600'000.- betragen. X spielte während der gesamten Zeit diversen Arztpersonen und Mitarbeitern der Sozialversicherungen zahlreiche Beschwerden vor, unter anderem einen gelähmten Arm, schwerwiegende Schmerzen, eine Depression und Schwindelanfälle. Dazu bediente er sich verschiedener Realien, wie einer Halskrause oder einer Schlinge, in welcher er seinen Arm stets bewegungslos und körpernah trug. Des Weiteren suchte er

1860 Inspiriert von OGer ZH, SB130534 vom 2. Mai 2014. Die ausgesprochene Freiheitsstrafe betrug 30 Monate (als Einsatzstrafe, da weitere Delikte zu beurteilen waren). Y wurde der teilbedingte Vollzug gewährt (sechs Monate waren zu vollziehen).

1861 KGer BL, 460 1599 vom 29. September 2015.

insgesamt über 250-mal seinen Hausarzt auf, schilderte ihm immer mehr Beschwerden und verlangte hierbei regelmässig nach Medikamenten, namentlich starken Schmerzmitteln. X wird wegen gewerbmässigen Betrugs (Art. 146 Abs. 2 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren verurteilt.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- X handelte mit einer äusserst grossen kriminellen Energie, Skrupellosigkeit und Dreistigkeit;
- X handelte aus rein finanziellen Überlegungen um des persönlichen Profites willen;
- insgesamt ist das Verschulden von X erheblich und damit eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren angemessen.

b) Fall 2¹⁸⁶²

708 X hat über einen Zeitraum von 8 Jahren zusammen mit ihrem Ehemann IV- und Ergänzungsleistungen in Höhe von insgesamt CHF 380'000.- bezogen. Während der gesamten Zeit war sie Eigentümerin einer 4-Zimmer-Wohnung in Istanbul und erhielt während der letzten 5 Jahre eine türkische Rente auf ihr türkisches Konto ausbezahlt. Gegenüber den Behörden gab X schriftlich und mündlich immer wieder an, über keine ausländischen Vermögenswerte oder Renten zu verfügen. Insgesamt bezog X so unberechtigt Sozialversicherungsleistungen in Höhe von CHF 155'000.-. X wird wegen Betrugs (Art. 146 Abs. 1 StGB) zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 14 Monaten verurteilt, bei einer Probezeit von 2 Jahren.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- Das Verschulden ist mittelschwer, womit sich die hypothetische Einsatzstrafe im Bereich zwischen 20 und 40 Monaten Freiheitsstrafe bewegt;
- subjektiv handelte X aus rein egoistischen Beweggründen – allerdings bezüglich der Bereicherungsabsicht nur mit Eventualvorsatz;
- insgesamt ist das Tatverschulden als «gerade noch nicht mehr leicht» zu taxieren;
- hypothetische Einsatzstrafe ist 16 Monate Freiheitsstrafe;
- Reduktion auf 14 Monate wegen teilweiser Wiedergutmachung des Schadens.

c) Fall 3¹⁸⁶³

X hat über einen Zeitraum von eineinhalb Jahren gemeinsam mit seiner Frau 709 unberechtigt Sozialhilfe in Höhe von insgesamt CHF 72'000.- bezogen. Dabei gaben sie jeweils an, über kein Einkommen zu verfügen, obwohl sie in dieser Zeit vom Arbeitgeber von X, von einer Versicherung und von Dritten insgesamt CHF 85'000.- erhielten. Während dieser Zeit wechselten sie mehrfach das Konto, auf welche diese Beträge einbezahlt wurden, um sie vor den Sozialbehörden geheim zu halten. X weist diverse Vorstrafen für Strassenverkehrsdelikte sowie je eine Verurteilung wegen Diebstahls und Betrugs auf. Die Vorstrafen betragen jeweils zwischen 5 und 100 Tagessätzen Geldstrafe. X wird wegen gewerbmässigen Betrugs (Art. 146 Abs. 2 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten verurteilt.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- X hat das ertrogene Geld zwar für Glücksspiele verschleudert, es liegt aber keine strafzumessungsrelevante Glücksspielsucht vor;
- das Tatverschulden ist als gerade noch leicht einzustufen, wofür eine Einsatzstrafe von 10 Monaten Freiheitsstrafe angemessen ist;
- die diversen Vorstrafen rechtfertigen eine deutliche Erhöhung des Strafmasses, die Strafe wird auf 12 Monate Freiheitsstrafe erhöht.

D. Vignette 4: vorsätzliche Tötung**1. Ausgangsfall¹⁸⁶⁴**

X (männlich, 42 Jahre, Schweizer, Restaurantinhaber) bemerkte nach Ladenschluss beim Aufräumen im dunklen Restaurant, wie sich jemand an der Eingangstür zu schaffen machte. Er nahm daraufhin seine geladene Pistole aus dem Versteck und stürmte zur Eingangstür hinaus auf die Strasse. Obwohl der unbekannte Mann bereits die Flucht ergriffen hatte, schoss X sechs Mal in dessen Richtung. Eine Kugel traf den Hals des Flüchtenden, worauf dieser bewusstlos zu Boden ging und innert kurzer Zeit verblutete. X nahm bei der Schussabgabe den Tod des Mannes in Kauf, handelte also eventualvorsätzlich. 710

Auf den Tatzeitpunkt zurückgerechnet betrug der Blutalkoholgehalt von X zwischen 1,2 und 1,6 Gewichtspromille. In der Untersuchung gab X an,

1863 OGer BE, SK 20 282 vom 1. September 2021.

1864 Inspiriert von KrimGer LU, KG 01 018 vom 29. Juni 2001. Die ausgesprochene Freiheitsstrafe betrug sechs Jahre (unter Einbezug, dass im realen Sachverhalt zwei Personen flüchteten und bezüglich der zweiten zusätzlich ein Tötungsversuch angenommen wurde).

er habe sich bei der Schussabgabe weiterhin bedroht gefühlt, obwohl der Mann bereits im Wegrennen begriffen war.

X ist nicht vorbestraft. Er lebt gemeinsam mit seiner Ehefrau und den beiden schulpflichtigen Söhnen in seinem kürzlich erstellten Einfamilienhaus. X verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen aus seinem Restaurantbetrieb von ca. CHF 6'200.-.

X wird der vorsätzlichen Tötung gemäss Art. 111 StGB schuldig gesprochen.

2. Vergleichsfälle

a) Fall 1¹⁸⁶⁵

- 711 X begab sich nachts in die Wohnung seiner Ex-Freundin Y. Als diese mit einer Freundin gegen 5 Uhr aus dem Ausgang nach Hause kam, versteckte er sich im Kleiderschrank. Nachdem er dort entdeckt wurde, kam es zu einer verbalen und dann tätlichen Auseinandersetzung zwischen ihm und den beiden Frauen. Im Verlauf des Streits behändigte X eine Pistole und schoss seiner Ex-Freundin aus einer Distanz von ein bis zwei Metern in die Schulter, wobei er deren Tod mindestens in Kauf nahm. Y wurde noch gleichentags operiert und hat abgesehen von einer Narbenbildung keine bleibenden Schäden davongetragen. X wird wegen versuchter vorsätzlicher Tötung (Art. 111 i. V. m. Art. 22 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren verurteilt.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- Für die vollendete Tötung wäre eine Einsatzstrafe von 15 Jahren angemessen gewesen;
- keine verminderte Schuldfähigkeit;
- Vorstrafen im Ausland ebenfalls wegen Gewalt gegen Frauen (Vergewaltigung, Verurteilung zu Freiheitsstrafe von 5 Jahren und 6 Monaten).

b) Fall 2¹⁸⁶⁶

- 712 X und ihr Freund Y führten zum Tatzeitpunkt bereits eine längere dysfunktionale Beziehung, während derer X wiederholt von Y beschimpft, bedroht und tätlich angegriffen wurde. Der Tattag begann wiederum mit einem Streit über das Telefon. Als X dann zu Y in die Wohnung ging, nahm sie zum Selbstschutz im Falle eines Angriffs durch Y ihre Pistole mit. Es kam zu einem verbalen Streit und als X die Wohnung verlassen wollte, wurde Y handgreiflich

1865 OGer ZH, SB110267 vom 14. Oktober 2011.

1866 OGer ZH, SB170440 vom 28. Juni 2018.

und verbal massiv ausfällig. Daraufhin zog X ihre Pistole und richtete sie auf Y, um ihn auf Distanz zu halten. Y liess sich davon nicht beeindrucken und kam auf X zu. X gab daraufhin fünf Schüsse auf Y ab. Y erlag innert weniger Minuten seinen Verletzungen. X handelte in Überschreitung ihres Notwehrrechts (Notwehrexzess nach Art. 16 Abs. 1 StGB). X wird wegen vorsätzlicher Tötung (Art. 111 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren verurteilt.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- Einsatzstrafe von 14 Jahren für mittelschweres objektives Verschulden (erhebliche Gefährdung geschaffen durch Mitnahme einer Schusswaffe);
- keine verminderte Schuldfähigkeit;
- Tötung jedoch durch den unmittelbar bevorstehenden massiven Angriff des Opfers verursacht;
- starke Relativierung des objektiven Verschuldens durch das Mitverschulden des Opfers und die subjektive Komponente: Einsatzstrafe reduziert auf 7 Jahre;
- Reduktion um ein weiteres Jahr für Geständigkeit und Kooperation sowie die grosse Belastung durch das sechsjährige Verfahren.

c) Fall 3¹⁸⁶⁷

In der Bar A kam es zwischen X und Y zu Spannungen aufgrund ihrer gemeinsamen früheren Vergangenheit in der rechtsradikalen Szene. X folgte Y später gegen 2 Uhr, in der Absicht diesen zu konfrontieren, zum McDonalds, wo es zu einer tätlichen Auseinandersetzung kam, in deren Verlauf X seine Pistole zog und Y aus einer Distanz von maximal 60 bis 80 cm in den Oberkörper schoss. Dabei wurde die Lunge sowie die sechste Rippe von Y durchschlagen. Bereits im Flüchten begriffen, feuerte X ein zweites Mal in die Richtung von Y, verfehlte diesen aber. Y befand sich aufgrund seiner Verletzungen in akuter Lebensgefahr und konnte nur durch einen notfallmässigen chirurgischen Eingriff gerettet werden. X leidet an einer dissozialen Persönlichkeitsstörung (ICD-10 F60.2), welche die Schuldfähigkeit im Tatzeitpunkt leichtgradig verminderte. X wird wegen versuchter vorsätzlicher Tötung (Art. 111 i. V. m. Art. 22 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von 13 Jahren verurteilt.

Strafzumessungsüberlegungen des Gerichts:

- X hat die Auseinandersetzung gesucht, Schuss hat Herz nur knapp verfehlt, Projektil steckt weiterhin im Körper von Y, objektive Tatschwere «eher schwer»;

- Einsatzstrafe für vollendetes Delikt wäre 15 Jahre gewesen;
- Reduktion auf 13,5 Jahre aufgrund leichtgradig vermindelter Schuldfähigkeit;
- Weitere Reduktion auf 12 Jahre, da es bei einem Versuch blieb (allerdings nur dank notfallmässiger chirurgischer Intervention);
- Erhöhung auf 13 Jahre aufgrund der diversen einschlägigen Vorstrafen und der erneuten Delinquenz während des laufenden Verfahrens.

III. Weitere Auswertungen, Abbildungen und Tabellen

A. Teilnehmende nach Kanton und Gericht

- ⁷¹⁴ Tabelle 26 können die Teilnehmendenzahlen aufgeschlüsselt nach Kanton und Gericht entnommen werden. Zur Wahrung der Anonymität der Teilnehmenden wurden einzelne Gerichte und Kantone anonymisiert.

Tabelle 26: Teilnehmende nach Kanton und Gericht (alle Teilnehmenden)

Kanton	Gericht	Anzahl	Kanton	Gericht	Anzahl
AG	Bezirksgericht Aarau	3	SZ	Gericht SZ_1	2
	Bezirksgericht Baden	1		Gericht SZ_2	1
	Bezirksgericht Bremgarten	2		Gericht SZ_3	1
	Bezirksgericht Brugg	1		Gericht SZ_4	1
	Bezirksgericht Kulm	1		Gericht SZ_5	1
	Bezirksgericht Laufenburg	1		Gericht SZ_6	1
	Bezirksgericht Lenzburg	2		Gericht SZ_7	1
	Bezirksgericht Muri	1	Total	8	
	<i>keine Angabe</i>	3	TG	Bezirksgericht Arbon	1
	Total	15		Bezirksgericht Frauenfeld	2
		Bezirksgericht Keuzlingen		2	
BE	Regionalgericht Bern-Mittelland	5	<i>keine Angabe</i>	2	
	Regionalgericht Berner Jura-Seeland	5	Total	7	
	Regionalgericht Oberland	3	TI	Pretura penale	2
	Wirtschaftsstrafgericht Bern	1		<i>keine Angabe</i>	2
<i>keine Angabe</i>	2	Total		4	
Total	16	VD	Tribunal d'arrondissement Broye et Nord vaudois	6	
BL	Strafgericht Basel-Landschaft		8	Tribunal d'arrondissement Est vaudois	4
	Total		8	Tribunal d'arrondissement Lausanne	9
BS	Strafgericht Basel-Stadt		6	<i>keine Angabe</i>	2
	Total	6	Total	21	
FR	Gericht FR_1	1	VS	Andere	1
	Gericht FR_2	2		Gericht VS_1	3
	Gericht FR_3	1		Gericht VS_2	1
	Gericht FR_4	1		Gericht VS_3	2
	Gericht FR_5	1		Gericht VS_4	3
	Gericht FR_6	1		Gericht VS_5	2
	<i>keine Angabe</i>	1		Gericht VS_6	2
	Total	8		Gericht VS_7	3
GR	Gericht GR_1	2	<i>keine Angabe</i>	3	
	Gericht GR_2	1	Total	20	
	Gericht GR_3	1	XA	Gericht XA_1	1
	Gericht GR_4	1		Total	1
	<i>keine Angabe</i>	3	XB	Gericht XB_1	2
Total	8	Total		2	
LU	Bezirksgericht Hochdorf	4	XC	Gericht XC_1	3
	Bezirksgericht Kriens	2		Total	3
	Bezirksgericht Luzern	2	XD	Gericht XD_1	2
	Bezirksgericht Willisau	3		Total	2
	Kriminalgericht Luzern	7	XE	Gericht XE_1	1
	<i>keine Angabe</i>	1		Total	1
Total	19	XF	Gericht XF_1	2	
			Total	2	
NE	Tribunal régional des Montagnes et du Val-de-Ruz	1	XG	Gericht XG_1	4
	Tribunal régional du Littoral [...], Boudry	1		Total	4
	Tribunal régional du Littoral [...], Neuchâtel	1	ZH	Bezirksgericht Affoltern	2
	<i>keine Angabe</i>	1		Bezirksgericht Bülach	6
Total	4	Bezirksgericht Dielsdorf		3	
		Bezirksgericht Dietikon		2	
SG	Kreisgericht Rheintal	2	Bezirksgericht Hinwil	2	
	Kreisgericht Rorschach	1	Bezirksgericht Horgen	3	
	Kreisgericht See-Gaster	1	Bezirksgericht Meilen	5	
	Kreisgericht St. Gallen	4	Bezirksgericht Pfäffikon	1	
	Kreisgericht Toggenburg	3	Bezirksgericht Uster	1	
	Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland	1	Bezirksgericht Winterthur	9	
	Kreisgericht Wil	2	Bezirksgericht Zürich	24	
	Total	14	<i>keine Angabe</i>	2	
SH	Kantonsgericht Schaffhausen	1	Total	60	
	Total	1			
SO	Gericht SO_1	1	Total	241	
	Gericht SO_2	3			
	Gericht SO_3	1			
	Gericht SO_4	2			
	Total	7			

B. Vergleich der Skalierungsmethoden

- 715 Probeweise wurde für alle Teilnehmenden gesamthaft ausgerechnet, wie sich die verschiedenen Umrechnungsfaktoren auf die zentralen Tendenzen und Streuungsmasse der ausgefallten Strafen auswirken (Tabelle 27).¹⁸⁶⁸ Dabei ist unschwer erkennbar, dass die Wahl dieser Faktoren erheblichen Einfluss auf die hier interessierenden Werte des Variationskoeffizienten (CV) hat.

Tabelle 27: Strafeskalierung, Vergleich der Berechnungsmethoden (alle Teilnehmenden)

Vignette	Verhältnis	Min ¹	Max ²	Mittelw. ³	Median ⁴	SD ⁵	CV ⁶	MD ⁷	Einheit
Körperverletzung	1:1	5	243	77.2	60	50.85	65.8	55.8	SE (neutral)
	2:1	5	486	86.2	68	70.90	82.3	67.5	TS (äquiv. bedingte GS)
	3:1	5	729	95.1	70	97.89	102.9	80.3	TS (äquiv. bedingte GS)
Diebstahl	1:1	7	304	69.5	50	52.25	75.2	52.9	SE (neutral)
	2:1	7	608	79.0	60	79.95	101.2	65.9	TS (äquiv. bedingte GS)
	3:1	7	912	88.5	60	113.64	128.4	79.6	TS (äquiv. bedingte GS)
Betrug	1:1	30	1'825	744.9	730	351.97	47.3	390.3	SE (neutral)
	2:1	15	3'650	995.0	730	751.09	75.5	766.7	Tage (äquiv. bedingte FS)
	3:1	10	5'475	1'247.8	730	1'170.40	93.8	1'143.5	Tage (äquiv. bedingte FS)
Tötung	1:1	150	5'840	2'708.5	2'555	1'177.21	43.5	1'307.0	SE (neutral)
	2:1	75	5'840	2'682.6	2'555	1'217.54	45.4	1'353.8	Tage (äquiv. unbedingte FS)
	3:1	50	5'840	2'673.9	2'555	1'232.25	46.1	1'369.6	Tage (äquiv. unbedingte FS)

FS = Freiheitsstrafe, GS = Geldstrafe, SE = Strafeinheiten, TS = Tagessätze

¹ Min = niedrigste Strafe.

² Max = höchste Strafe.

³ Mittelwert = Durchschnitt aller Strafen.

⁴ Median = Zentralwert. Der Median teilt den Datensatz genau in der Mitte, sodass die eine Hälfte der Strafen gleich gross oder kleiner, die andere Hälfte gleich gross oder grösser als der Median ist.

⁵ SD = Standardabweichung (im Schnitt weichen die Strafen um diesen Betrag vom Mittelwert ab).

⁶ CV = Variationskoeffizient (Standardabweichung geteilt durch den Mittelwert als Prozentsatz: im Schnitt weichen die Strafen um diesen Prozentbetrag vom Mittelwert ab).

⁷ MD = mittlere absolute Differenz (durchschnittlicher Strafunterschied zwischen zwei zufällig ausgewählten Teilnehmenden).

C. Vorbedingungen für (parametrische) Gruppenvergleiche

- 716 Nachfolgend werden die Testresultate für die Normalverteilung und die Varianzhomogenität der jeweiligen Strafen in den verglichenen Untergruppen ausgewiesen.

1. Nach Experimentgruppe (Primärstrafen)

- 717 Pro Vignette wurde die Verteilung der Strafen für beide Experimentgruppen auf Normalverteilung (a) und Varianzhomogenität (b) überprüft.

a) Normalverteilung

Gemäss Shapiro-Wilk-Test muss die Annahme der Normalverteilung bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl statistisch signifikant verworfen werden (Tabelle 28).¹⁸⁶⁹

Tabelle 28: Shapiro-Wilk-Tests (Experimentgruppen, Strafen)

Vignette	Gruppe	W ¹	p ²
Körperverletzung	1	0.9380	4.56e-04
	2	0.9312	5.90e-02
Diebstahl	1	0.8327	9.49e-09
	2	0.9128	2.76e-03
Betrug	1	0.9712	7.10e-02
	2	0.9485	1.11e-01
Tötung	1	0.9729	8.03e-02
	2	0.9558	9.03e-02

¹W = Teststatistik des Shapiro-Wilk-Tests.

²p = p-Wert des Shapiro-Wilk-Tests.

b) Varianzhomogenität

Für die Vignetten Körperverletzung und Diebstahl muss zudem die Annahme der Varianzhomogenität statistisch signifikant verworfen werden (Tabelle 29).

Tabelle 29: Levene-Tests (Experimentgruppen, Strafen)

Vignette	df1	df2 ¹	Statistik ²	p ³
Körperverletzung	1	113	8.0077	0.0055
Diebstahl	1	133	6.8590	0.0098
Betrug	1	111	3.6756	0.0578
Tötung	1	124	2.3430	0.1284

¹df = Freiheitsgrade.

²Statistik = Teststatistik des Levene-Tests.

³p = p-Wert des Levene-Tests.

2. Nach Experimentgruppe (Bussenhöhe)

Pro Vignette wurde die Verteilung der Bussenhöhen bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl für beide Experimentgruppen auf Normalverteilung (a) und Varianzhomogenität (b) überprüft.

1869 Für die QQ-Plots s. das R-Skript hinten im digitalen Anhang, Rz. 741.

a) Normalverteilung

- 721 Gemäss Shapiro-Wilk-Test muss die Annahme der Normalverteilung der Busenbeträge bei beiden Vignetten statistisch signifikant verworfen werden (Tabelle 30).

Tabelle 30: Shapiro-Wilk-Tests (Experimentgruppen, Bussenhöhe)

Vignette	Gruppe	W ¹	p ²
Körperverletzung	1	0.8632	0.001437
	2	0.7059	0.000636
Diebstahl	1	0.8989	0.002739
	2	0.8401	0.005927

¹W = Teststatistik des Shapiro-Wilk-Tests.

²p = p-Wert des Shapiro-Wilk-Tests.

b) Varianzhomogenität

- 722 Für die Vignetten Körperverletzung muss zusätzlich die Annahme der Varianzhomogenität statistisch signifikant verworfen werden (Tabelle 31).

Tabelle 31: Levene-Tests (Experimentgruppen, Bussenhöhe)

Vignette	df ¹	df ²	Statistik ²	p ³
Körperverletzung	1	40	5.7997	0.0207
Diebstahl	1	53	0.2959	0.5887

¹df = Freiheitsgrade.

²Statistik = Teststatistik des Levene-Tests.

³p = p-Wert des Levene-Tests.

3. Nach Sprachregion

- 723 Pro Vignette wurde die Verteilung der Strafen innerhalb von Gruppe 1 für beide Sprachregionen auf Normalverteilung (a) und Varianzhomogenität (b) überprüft.

a) Normalverteilung

- 724 Gemäss Shapiro-Wilk-Test muss die Annahme der Normalverteilung bei allen Vignetten ausser dem Betrug statistisch signifikant verworfen werden (Tabelle 32).¹⁸⁷⁰

¹⁸⁷⁰ Für die QQ-Plots s. das R-Skript hinten im digitalen Anhang, Rz. 741.

Tabelle 32: Shapiro-Wilk-Tests (Sprachregionen)

Vignette	Region	W ¹	p ²
Körperverletzung	Deutschschweiz	0.9424	4.17e-03
	Lateinische Schweiz	0.9043	4.96e-02
Diebstahl	Deutschschweiz	0.8371	3.13e-07
	Lateinische Schweiz	0.8295	1.51e-03
Betrug	Deutschschweiz	0.9733	2.19e-01
	Lateinische Schweiz	0.9451	2.99e-01
Tötung	Deutschschweiz	0.9823	5.01e-01
	Lateinische Schweiz	0.7898	8.15e-04

¹W = Teststatistik des Shapiro-Wilk-Tests.

²p = p-Wert des Shapiro-Wilk-Tests.

b) Varianzhomogenität

Hingegen muss für keine Vignette die Hypothese der Varianzhomogenität 725 verworfen werden (Tabelle 33).

Tabelle 33: Levene-Tests (Sprachregionen)

Vignette	df1	df2 ¹	Statistik ²	p ³
Körperverletzung	1	84	0.1695	0.6816
Diebstahl	1	89	0.8278	0.3654
Betrug	1	77	0.1026	0.7496
Tötung	1	80	1.1514	0.2865

¹df = Freiheitsgrade.

²Statistik = Teststatistik des Levene-Tests.

³p = p-Wert des Levene-Tests.

4. Nach Kanton und Gericht

Aufgrund der kleinen Stichproben pro Gruppe wurde darauf verzichtet, die 726 Voraussetzungen parametrischer Tests zu prüfen, und wurden stattdessen direkt nichtparametrische Alternativen verwendet.

D. Strafen aller Teilnehmenden zusammen

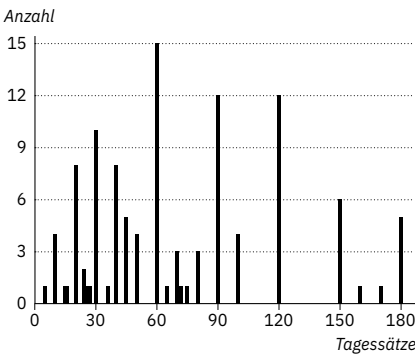
Der Vollständigkeit halber werden nachfolgend die zentralen Abbildungen und 727 Tabellen zur Strafzumessung aller Teilnehmenden zusammengenommen zur Verfügung gestellt.

1. Prägnanztendenz

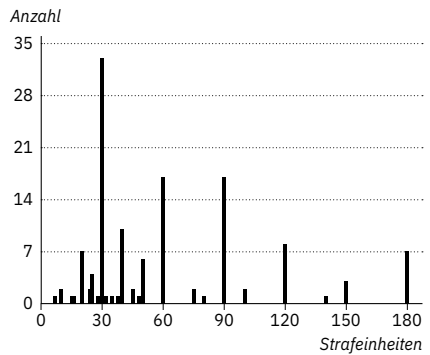
728 Werden alle Teilnehmenden zusammengenommen, wird die Dimension der Prägnanztendenz deutlich (Abbildung 35). So entfallen bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl je 52 % (60 von 115) bzw. 63 % (85 von 135) der Strafen auf Vielfache von 30. Beim Betrug wurden 67 % (76 von 113)¹⁸⁷¹ der Strafen entlang von Halbjahres-Schritten festgelegt und beim Tötungsdelikt sogar 84 % (106 von 126) der Strafen in ganzen Jahren ausgefällt.

Abbildung 35: Prägnanztendenz (alle Teilnehmenden)

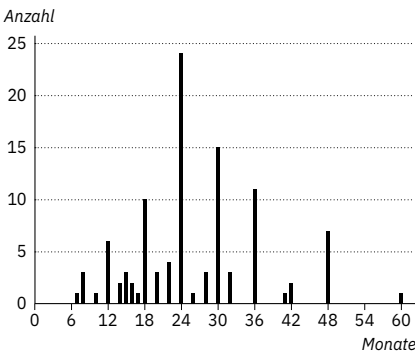
Körperverletzung



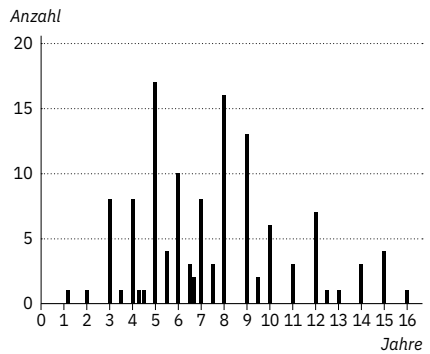
Diebstahl



Betrug



Tötung



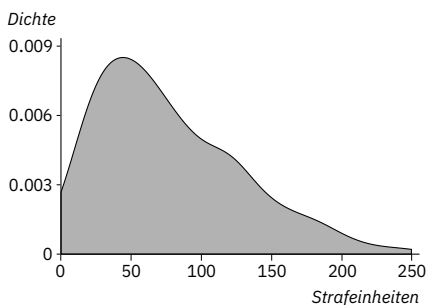
1871 Von den neun Geldstrafen entfielen zudem acht auf Vielfache von 30.

2. Verteilung der Strafen

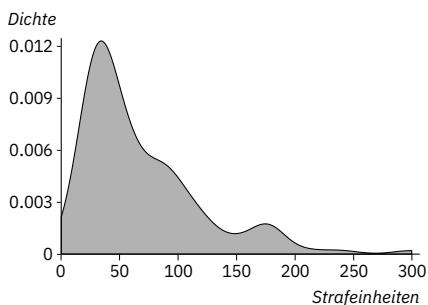
Werden die Strafen in neutrale Strafeinheiten übersetzt (also insbesondere die Verbindungsbusen über die Ersatzfreiheitsstrafe angerechnet) und alle Teilnehmenden zusammengenommen, lässt sich die Verteilung der Strafen wie folgt grafisch und tabellarisch darstellen (Abbildungen 36 und 37; Tabelle 34). Zur besseren Lesbarkeit sind die Strafeinheiten in den grafischen Abbildungen für die Vignetten Betrug und Tötung jeweils in Jahren angegeben.

Abbildung 36: Dichteverteilung der Strafen (alle Teilnehmenden)

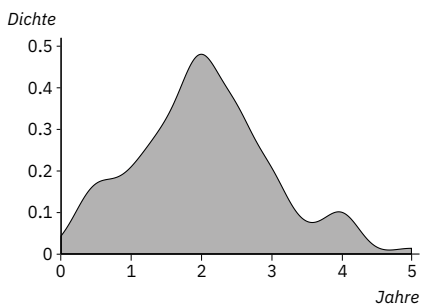
Körperverletzung



Diebstahl



Betrug



Tötung

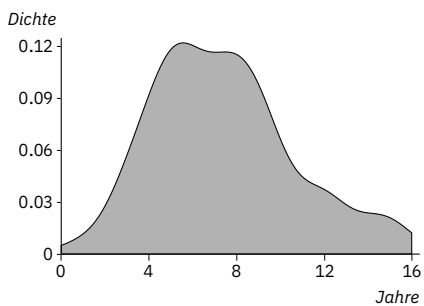
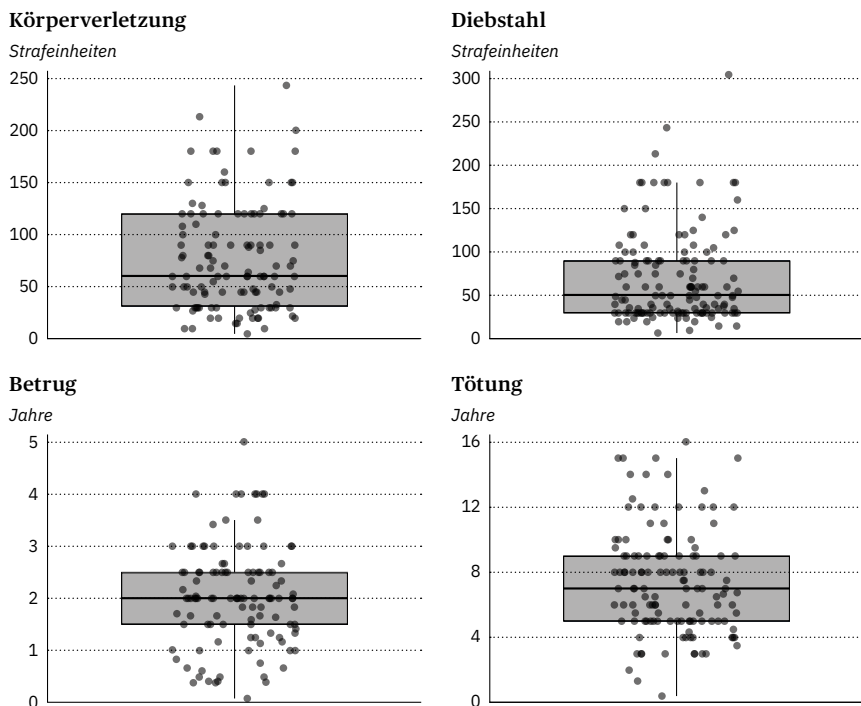


Abbildung 37: Box-Plot der Strafen (alle Teilnehmenden)



- 730 Die Abbildungen sowie die Werte der Standardabweichung (SD), des Variationskoeffizienten (CV) und der mittleren absoluten Differenz (MD) weisen eine erhebliche Streuung der Strafen aus. Wählt man aus allen Teilnehmenden zwei zufällige Richterinnen oder Richter aus, dann weichen ihre Strafen im Schnitt um den Wert der Spalte MD ab. Allerdings ist diese gesamthafte Betrachtung dadurch verzerrt, dass die Teilnehmenden in Gruppe 2 durch die Vergleichsfälle beeinflusst wurden.¹⁸⁷²

1872 Die dargestellte Streuung ist auch in dieser Gesamtbetrachtung Grund zur Sorge, weil trotz Beeinflussung durch Vergleichsfälle immer noch alle Richterinnen und Richter identische Fallvignetten zu beurteilen hatten.

Tabelle 34: Verteilung der Strafen insgesamt (alle Teilnehmenden)

Vignette	N ¹	Min ²	Max ³	Mittelwert ⁴	Median ⁵	SD ⁶	CV ⁷	MD ⁸
Körperverletzung	115	5	243	77.2	60	50.85	65.8	55.8
Diebstahl	135	7	304	69.5	50	52.25	75.2	52.9
Betrug	113	30	1'825	744.9	730	351.97	47.3	390.3
Tötung	126	150	5'840	2'708.5	2'555	1'177.21	43.5	1'307.0

¹ N = Anzahl Teilnehmende.

² Min = niedrigste Strafe (in Strafeinheiten).

³ Max = höchste Strafe (in Strafeinheiten).

⁴ Mittelwert = Durchschnitt aller Strafen (in Strafeinheiten).

⁵ Median = Zentralwert (in Strafeinheiten). Der Median teilt den Datensatz genau in der Mitte, sodass die eine Hälfte der Strafen gleich gross oder kleiner, die andere Hälfte gleich gross oder grösser als der Median ist.

⁶ SD = Standardabweichung (im Schnitt weichen die Strafen um diesen Betrag vom Mittelwert ab; in Strafeinheiten).

⁷ CV = Variationskoeffizient (Standardabweichung geteilt durch den Mittelwert als Prozentsatz; im Schnitt weichen die Strafen um diesen Prozentbetrag vom Mittelwert ab; in Prozent vom Mittelwert).

⁸ MD = mittlere absolute Differenz (durchschnittlicher Strafunterschied zwischen zwei zufällig ausgewählten Teilnehmenden; in Strafeinheiten).

E. Weitere Gruppenvergleiche

Hier werden diejenigen Abbildungen und Tabellen zum Vergleich der beiden Experimentgruppen aufgeführt, die oben zur Leserfreundlichkeit weggelassen wurden. 731

Aufgeschlüsselt nach Vollzugsform und Wahl einer Verbindungsbusse verteilen sich die Antworten innerhalb der häufigsten Primärstrafart wie folgt auf die beiden Gruppen (Tabelle 35). 732

Tabelle 35: Vollzug und Verbindungsbusse innerhalb häufigster Strafart nach Gruppen

Vignette	Gruppe	Strafart	bedingt	bedingt mit VB	teilbedingt	unbedingt	Total
Körperverletzung	1	Geldstrafe	54 (61.4%)	32 (36.4%)	-	2 (2.3%)	88
	2		17 (53.1%)	15 (46.9%)	-	-	32
Diebstahl	1	Geldstrafe	51 (58.0%)	37 (42.0%)	-	-	88
	2		26 (59.1%)	18 (40.9%)	-	-	44
Betrug	1	Freiheitsstrafe	34 (42.0%)	10 (12.3%)	33 (40.7%)	4 (4.9%)	81
	2		13 (36.1%)	3 (8.3%)	11 (30.6%)	9 (25.0%)	36
Tötung	1	Freiheitsstrafe	1 (1.1%)	1 (1.1%)	9 (10.0%)	79 (87.8%)	90
	2		1 (2.2%)	-	3 (6.5%)	42 (91.3%)	46

1. Vollzug

Tabelle zur Wahl des bedingten, teilbedingten oder unbedingten Vollzugs innerhalb der primären Strafart aufgeschlüsselt nach Experimentgruppen (Tabelle 36). 733

Tabelle 36: Vollzug innerhalb häufigster Straftart nach Gruppen

Vignette	Gruppe	Straftart	bedingt	teilbedingt	unbedingt	Total
Körperverletzung	1	Geldstrafe	86 (97.7 %)	-	2 (2.3 %)	88
	2		32 (100.0 %)	-	-	32
Diebstahl	1	Geldstrafe	88 (100.0 %)	-	-	88
	2		44 (100.0 %)	-	-	44
Betrug	1	Freiheitsstrafe	44 (55.0 %)	33 (41.2 %)	3 (3.8 %)	80
	2		16 (45.7 %)	11 (31.4 %)	8 (22.9 %)	35
Tötung	1	Freiheitsstrafe	2 (2.2 %)	9 (10.0 %)	79 (87.8 %)	90
	2		1 (2.2 %)	3 (6.5 %)	42 (91.3 %)	46

2. Verbindungsbusse

- 734 Tabellarische Darstellung der Kombinationen von bedingten Strafen mit einer Verbindungsbusse innerhalb der primären Straftart aufgeschlüsselt nach Experimentgruppen, wobei das Tötungsdelikt aufgrund der geringen Anzahl bedingter Strafen hier weggelassen wird (Tabelle 37).

Tabelle 37: Wahl einer Verbindungsbusse nach Gruppen

Vignette	Gruppe	Straftart	ohne VB	mit VB	Total
Körperverletzung	1	Geldstrafe	54 (62.8 %)	32 (37.2 %)	86
	2		17 (53.1 %)	15 (46.9 %)	32
Diebstahl	1	Geldstrafe	51 (58.0 %)	37 (42.0 %)	88
	2		26 (59.1 %)	18 (40.9 %)	44
Betrug	1	Freiheitsstrafe	34 (77.3 %)	10 (22.7 %)	44
	2		13 (81.2 %)	3 (18.8 %)	16

- 735 Die zentralen Tendenzen und Streuungsmasse der Beträge der Verbindungsbusen bei den Vignetten Körperverletzung und Diebstahl präsentieren sich wie folgt (Tabelle 38).

Tabelle 38: Beträge der Verbindungsbusen nach Gruppen

Vignette	Gruppe	N	Min	Max	Mittelwert	Median	SD	CV	EFS*	Tagessatz**
Körperverletzung	1	29	200	2'600	1'029.0	810	662.91	64.4	10.1	101.4
	2	13	300	1'200	530.8	500	239.39	45.1	5.9	91.7
Diebstahl	1	37	6	2'500	921.8	800	565.60	61.4	9.9	95.8
	2	18	200	2'000	769.4	600	493.23	64.1	8.7	92.3

* Durchschnittliche Ersatzfreiheitsstrafe in Tagen.

** Durchschnittlicher Umrechnungssatz (Busenbetrag durch Anzahl Tage Ersatzfreiheitsstrafe).

F. Selbsteinschätzung (Variante: Drittel)

Werden die Antwortoptionen auf die Frage nach der eigenen Strafschwere («mild», «eher mild», «mittel», «eher streng», «streng») anstatt als Fünftel von je 20 % als Drittel aufgefasst («mild» und «eher mild» gemeinsam als «mild» und «eher streng» und «streng» gemeinsam als «streng», zusammen mit «mittel»), dann erhöhen sich die «Trefferquoten» bei allen Vignetten auf über einen Drittel (Tabelle 39). 736

Tabelle 39: Trefferquote Selbsteinschätzung Punitivität nach Gruppen (Drittel)

Vignette	Gruppe	richtig eingeschätzt	falsch eingeschätzt	Total
Körperverletzung	1	29 (41.4 %)	41 (58.6 %)	70
	2	10 (34.5 %)	19 (65.5 %)	29
Diebstahl	1	26 (37.7 %)	43 (62.3 %)	69
	2	15 (35.7 %)	27 (64.3 %)	42
Betrug	1	29 (41.4 %)	41 (58.6 %)	70
	2	14 (42.4 %)	19 (57.6 %)	33
Tötung	1	29 (41.4 %)	41 (58.6 %)	70
	2	19 (44.2 %)	24 (55.8 %)	43

G. Unterschiedliche Grundstrenge (Gruppe 1)

In Tabelle 40 sind alle Teilnehmenden in Gruppe 1 aufgelistet, welche für alle vier Vignetten eine Strafe zugemessen haben (N = 72), geordnet nach durchschnittlichem Rang. In Klammern ist jeweils angegeben, wie viele Strafeinheiten für die jeweilige Vignette festgelegt wurden. 737

Tabelle 40: Unterschiedliche Grundstrenge (Gruppe 1, vollständig)

RichterIn	Rang KV	Rang Diebstahl	Rang Betrug	Rang Tötung	Durchschn. Rang
1	9 (150)	3 (180)	12 (912)	7 (4'015)	7.8 (1'314)
2	9 (150)	3 (180)	12 (912)	8 (3'650)	8.0 (1'223)
3	14 (120)	14 (125)	3 (1'095)	3 (4,380)	8.5 (1'430)
4	8 (160)	1 (243)	10 (973)	19 (2'920)	9.5 (1'074)
5	3 (180)	2 (213)	2 (1'247)	35 (2'372)	10.5 (1'003)
6	9 (150)	16 (120)	28 (730)	2 (5'110)	13.8 (1'527)
7	14 (120)	12 (150)	3 (1'095)	35 (2'372)	16.0 (934)
8	3 (180)	16 (120)	28 (730)	19 (2'920)	16.5 (987)
9	26 (90)	29 (60)	12 (912)	3 (4'380)	17.5 (1'360)
10	9 (150)	3 (180)	3 (1'095)	60 (1'460)	18.8 (721)
11	35 (75)	3 (180)	27 (760)	11 (3'285)	19.0 (1'075)
12	14 (120)	22 (100)	3 (1'095)	37 (2'190)	19.0 (876)
13	24 (108)	27 (75)	12 (912)	19 (2'920)	20.5 (1'003)
14	1 (213)	3 (180)	12 (912)	67 (1'095)	20.8 (600)
15	14 (120)	27 (75)	28 (730)	19 (2'920)	22.0 (961)
16	3 (180)	29 (60)	46 (608)	11 (3'285)	22.2 (1'033)
17	14 (120)	19 (108)	49 (581)	11 (3'285)	23.2 (1'023)
18	2 (200)	35 (55)	55 (517)	1 (5'475)	23.2 (1'561)
19	14 (120)	40 (48)	28 (730)	11 (3'285)	23.2 (1'045)
20	14 (120)	23 (90)	23 (852)	34 (2'433)	23.5 (873)
21	47 (48)	35 (55)	12 (912)	10 (3'468)	26.0 (1'120)
22	14 (120)	23 (90)	58 (426)	11 (3'285)	26.5 (980)
23	54 (30)	21 (105)	28 (730)	3 (4'380)	26.5 (1'311)
24	3 (180)	11 (160)	60 (365)	33 (2'464)	26.8 (792)
25	66 (20)	3 (180)	1 (1'278)	46 (2'008)	29.0 (871)
26	26 (90)	26 (85)	28 (730)	37 (2'190)	29.2 (773)
27	49 (45)	49 (30)	10 (973)	11 (3'285)	29.8 (1'083)
28	32 (80)	42 (45)	26 (791)	19 (2'920)	29.8 (959)
29	40 (60)	49 (30)	28 (730)	3 (4'380)	30.0 (1'300)
30	26 (90)	49 (30)	28 (730)	19 (2'920)	30.5 (942)
31	14 (120)	13 (140)	46 (608)	50 (1'825)	30.8 (673)
32	14 (120)	16 (120)	65 (243)	28 (2'555)	30.8 (759)
33	13 (128)	19 (108)	67 (223)	28 (2'555)	31.8 (753)
34	3 (180)	14 (125)	50 (548)	60 (1'460)	31.8 (578)
35	40 (60)	49 (30)	3 (1'095)	37 (2'190)	32.2 (843)
36	44 (55)	37 (50)	12 (912)	37 (2'190)	32.5 (801)
37	39 (64)	29 (60)	12 (912)	50 (1'825)	32.5 (715)
38	45 (50)	29 (60)	50 (548)	8 (3'650)	33.0 (1'077)
39	54 (30)	23 (90)	12 (912)	46 (2'008)	33.8 (760)
40	54 (30)	3 (180)	28 (730)	50 (1'825)	33.8 (691)

RichterIn	Rang KV	Rang Diebstahl	Rang Betrug	Rang Tötung	Durchschn. Rang
41	54 (30)	49 (30)	23 (852)	11 (3'285)	34.2 (1'049)
42	54 (30)	3 (180)	28 (730)	60 (1'460)	36.2 (600)
43	66 (20)	49 (30)	12 (912)	19 (2'920)	36.5 (970)
44	26 (90)	49 (30)	28 (730)	50 (1'825)	38.2 (668)
45	36 (70)	47 (35)	25 (820)	50 (1'825)	39.5 (687)
46	54 (30)	43 (40)	43 (669)	19 (2'920)	39.8 (914)
47	36 (70)	37 (50)	50 (548)	37 (2'190)	40.0 (714)
48	71 (10)	67 (20)	12 (912)	11 (3'285)	40.2 (1'056)
49	49 (45)	49 (30)	28 (730)	37 (2'190)	40.8 (748)
50	49 (45)	29 (60)	57 (456)	28 (2'555)	40.8 (779)
51	54 (30)	66 (25)	28 (730)	19 (2'920)	41.8 (926)
52	66 (20)	49 (30)	3 (1'095)	50 (1'825)	42.0 (742)
53	32 (80)	49 (30)	50 (548)	37 (2'190)	42.0 (712)
54	49 (45)	67 (20)	3 (1'095)	50 (1'825)	42.2 (746)
55	38 (68)	45 (36)	50 (548)	37 (2'190)	42.5 (710)
56	54 (30)	37 (50)	48 (598)	37 (2'190)	44.0 (717)
57	30 (88)	29 (60)	60 (365)	60 (1'460)	44.8 (493)
58	40 (60)	49 (30)	64 (277)	28 (2'555)	45.2 (730)
59	32 (80)	43 (40)	69 (150)	50 (1'825)	48.5 (523)
60	54 (30)	49 (30)	28 (730)	67 (1'095)	49.5 (471)
61	40 (60)	70 (15)	43 (669)	46 (2'008)	49.8 (688)
62	65 (22)	49 (30)	28 (730)	60 (1'460)	50.5 (560)
63	31 (85)	49 (30)	59 (415)	67 (1'095)	51.5 (406)
64	47 (48)	40 (48)	60 (365)	60 (1'460)	51.8 (480)
65	54 (30)	67 (20)	63 (304)	28 (2'555)	53.0 (727)
66	49 (45)	49 (30)	70 (140)	46 (2'008)	53.5 (555)
67	25 (100)	72 (7)	70 (140)	50 (1'825)	54.2 (518)
68	66 (20)	47 (35)	43 (669)	67 (1'095)	55.8 (454)
69	45 (50)	45 (36)	65 (243)	72 (730)	56.8 (264)
70	66 (20)	49 (30)	56 (487)	66 (1'278)	59.2 (453)
71	54 (30)	49 (30)	68 (180)	67 (1'095)	59.5 (333)
72	72 (5)	71 (10)	72 (30)	50 (1'825)	66.2 (467)

H. Ordinale Einigkeit (Gruppe 2)

738 Im Detail haben sich die Teilnehmenden in Gruppe 2 wie folgt zwischen die in den Vergleichsfällen angegebenen Strafmasse eingeordnet:

Tabelle 41: Ordinale Einreihung zwischen die Vergleichsfälle (Gruppe 2)

Vignette	N	< Anker 1	Anker 1 – Anker 2	> Anker 2 – Anker 3	> Anker 3
Körperverletzung	29	6 (20.7%)	23 (79.3%)	0 (0.0)	0 (0.0%)
Diebstahl	44	0 (0.0%)	39 (88.6%)	5 (11.4%)	0 (0.0%)
Betrug	34	1 (2.9%)	0 (0.0%)	33 (97.1%)	1 (2.9%)
Tötung	44	11 (25.0%)	21 (47.7%)	6 (13.6%)	6 (13.6%)

Digitaler Anhang

Um den Umfang des Buchs nicht unnötig zu vergrößern und weil sich die Online-Umfrage und der Code für die statistische Auswertung nur unzureichend im Buchlayout abbilden lassen, wurde darauf verzichtet, diese hier abzdrukken. Um eine möglichst langfristige Verfügbarkeit zu garantieren und nötigenfalls nachträglich eingreifen zu können, stehen die digitalen Anhänge gesammelt unter www.linktr.ee/diss.ranzoni oder über den QR-Code zum Download zur Verfügung. Sollten die Links trotz entsprechender Massnahmen nicht mehr funktionieren, können die Anhänge jederzeit beim Autor unter [luca.ranzoni\[at\]ikmail.com](mailto:luca.ranzoni[at]ikmail.com) bezogen werden. 739



I. Umfrage

Die durchgeführte Online-Umfrage kann in den drei Sprachversionen Deutsch, Französisch und Italienisch als PDF-Ausdruck bezogen werden. Zusätzlich steht eine Demoversion des Fragebogens in der ursprünglichen Webversion zur Verfügung.¹⁸⁷³ 740

II. Datensatz, Codebook und R-Script

Der aus der Umfrage generierte Datensatz mit Codebook und RScript wird open access auf Zenodo zur Verfügung gestellt.¹⁸⁷⁴ Im Fall weiterer Updates ist dort jeweils die neuste Version verfügbar. Der Datensatz enthält die bereinigten Antworten der Teilnehmenden der Online-Befragung und kann im .csv-Format bezogen werden. Das Codebook beschreibt die im Datensatz enthaltenen Variablen. Es dient der Nachvollzieh- und Reproduzierbarkeit der Berechnungen. Das R-Script enthält sodann den Code für alle hiervoor beschriebenen Berech-

1873 Die Betreiber-Firma der Umfragesoftware konnte allerdings keine längerfristige Verfügbarkeit zusichern.

1874 RANZONI, Swiss Sentencing Dataset Ranzoni, Zenodo 2025.

nungen und Grafiken (Abbildungen und Tabellen). Dort finden sich auch neu erstellte Variablen, welche nicht im Datensatz enthalten sind.

III. Anzahl Strafrichterinnen und Strafrichter

- 742 Die Schätzung der Anzahl erstinstanzlicher Strafrichterinnen und Strafrichter (mit juristischer Ausbildung) ist online als [Excel-Tabelle](#) abrufbar.

Abkürzungsverzeichnis

Im Interesse der fachfremden Leserschaft wurde im Haupttext auf diejenigen Abkürzungen verzichtet, die primär Juristinnen und Juristen geläufig sind. In den Fussnoten wurden sie verwendet.

A	Österreich
a. A.	anderer Ansicht
AAK	Atemalkoholkonzentration
aArt	alter Artikel
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948
AG	Kanton Aargau; Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (AG)
AI	Kanton Appenzell Innerrhoden
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (CH)
AK StGB	Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020
ALF	Amsterdam Law Forum (NL)
ALI	American Law Institute
ALRC	Australian Law Reform Commission
Annu. Rev. Econ.	Annual Review of Economics (USA)
Annu. Rev. Psychol.	Annual Review of Psychology (USA)
ANOVA	Varianzanalyse (engl. analysis of variance)
AppGer	Appellationsgericht
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
Arch. pol. crim.	Archives de politique criminelle (F)
AR GVP	Sammlung der Ausserrhodischen Gerichts- und Verwaltungspraxis (AR)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	Allgemeiner Teil
AUD	Australischer Dollar
Aufl.	Auflage
AUS	Australien
AUS-NSW	New South Wales (Australien)

BAK	Blutalkoholkonzentration
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BE	Kanton Bern
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (SR 812.121)
BFS	Bundesamt für Statistik
BG	Bezirksgericht
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGerR	Reglement für das Bundesgericht vom 20. November 2006 (SR 173.110.131)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung (SO)
BL	Kanton Basel-Landschaft
BLV	Base législative vaudoise (VD)
BR	Bündner Rechtsbuch (GR)
Brit. J. Criminol.	British Journal of Criminology (GB)
BS	Kanton Basel-Stadt
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung (BE)
BSK BGG	Niggli Marcel A. / Uebersax Peter / Wiprächtiger Hans / Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018
BSK BV	Waldmann Bernhard / Belser Eva M. / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015
BSK StGB	Niggli Marcel A. / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019
BSK StPO	Niggli Marcel A. / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CI	Konfidenzintervall

CL	ContraLegem (CH)
CN	China
Col. Law Rev.	Columbia Law Review (USA)
Comm. Law W. Rev.	Common Law World Review (GB)
Corn. Law Rev.	Cornell Law Review (USA)
CQ	China Quarterly (GB)
CR CPI	Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Moreillon Laurent / Roth Robert (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Basel 2017
CR Cst.	Martenet Vincent / Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021
CR:PI	Cognitive Research: Principles and Implications (USA)
Crim. Law For.	Criminal Law Forum (NL)
Crim. Law Philos.	Criminal Law and Philosophy (NL)
Crim. Law Rev.	Criminal Law Review (GB)
Crime Justice	Crime and Justice (USA)
Criminol. & Crim. Justice	Criminology & Criminal Justice (GB)
CV	Variationskoeffizient (engl. coefficient of variation)
D	Deutschland
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
dRSK	Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar (CH)
E.	Erwägung(en)
ECHR-KS	ECHR Knowledge Sharing platform
EKF	Eidgenössische Finanzkontrolle
EFS	Ersatzfreiheitsstrafe
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJE	European Journal of Endocrinology (GB)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101)
ESJ	European Scientific Journal (MK)
et al.	et alii/aliae
etc.	et cetera
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
Eur. J. Crim. Policy Res.	European Journal on Criminal Policy and Research (NL)
Eur. J. Criminol.	European Journal of Criminology (GB)
Eur. J. Prob.	European Journal of Probation (GB)

Eval. Rev.	Evaluation Review (USA)
Exp. Econ.	Experimental Economics (NL)
F	Frankreich
f./ff.	und folgende(r)
FCTHC	Federal Capital Territory High Court (NGA)
Fed. Sentencing Report.	Federal Sentencing Reporter (USA)
Fn.	Fussnote(n)
fp	forumpoenale (CH)
FR	Kanton Freiburg
FS	Festschrift; Freiheitsstrafe
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (D)
GB-EAW	England und Wales
GB-SCT	Schottland
GBP	Pfund Sterling (britisches Pfund)
GE	Kanton Genf
Ger. Law J.	German Law Journal (GB)
GerH	Gerichtshof
gg.	gegen
GG/D	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GK	Grosse Kammer
GL	Kanton Glarus
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOG/GR	Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Graubünden vom 16. Juni 2010 (BR 173.00)
GR	Kanton Graubünden
GS	Gedächtnisschrift; Geldstrafe
GStA	Generalstaatsanwaltschaft
GVG/D	Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz vom 9. Mai 1975
HK StGB	Wohlers Wolfgang / Godenzi Gunhild / Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020
Howard J. Crim. Just.	Howard Journal of Criminal Justice (GB)
Hrsg.	Herausgeber / Herausgeberin(nen)
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinn
i. S. v.	im Sinn von
i. V. m.	in Verbindung mit
IE	Irland

IJCA	International Journal for Court Administration
IJO	International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology (USA)
IJSJ	Irish Judicial Studies Institute Journal (IE)
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
Int. J. Sociol. Law.	International Journal of the Sociology of Law (GB)
ISDC	Institut suisse de droit comparé = SIR
IStGHJ	Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien
J. Afr. Law	Journal of African Law (GB)
J. Appl. Social. Psychol.	Journal of Applied Social Psychology (USA)
J. Law Econ. & Org.	Journal of Law, Economics, and Organization (GB)
J. Public Econ.	Journal of Public Economics (NL)
J. Quant. Criminol.	Journal of Quantitative Criminology (NL)
J. R. Stat. Soc. (Ser. B)	Journal of the Royal Statistical Society Series B (Statistical Methodology; GB)
JCLC	Journal of Criminal Law and Criminology (USA)
JDM	Judgement and Decision Making (GB)
JDS	Journal of Decision Systems (GB)
JELS	Journal of Empirical Legal Studies (GB)
JIRS	Judicial Information Research System
JLS	Journal of Legal Studies (USA)
JMSC	Supreme Court of Jamaica
JQ	Justice Quarterly (USA)
JTD	Journal of Thoracic Disease (CN)
JU	Kanton Jura
JusG/LU	Gesetz über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren des Kantons Luzern vom 10. Mai 2010 (SRL Nr. 260)
JZ	JuristenZeitung (D)
KGer	Kantonsgericht
KI	Künstliche Intelligenz
KOR	Südkorea
KrimGer	Kriminalgericht
KrimJ	Kriminologisches Journal (D)
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift (D)
KSBS	Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz

LIRAI	Legal Information Retrieval meets Artificial Intelligence
lit.	litera
LOG/TI	Legge sull'organizzazione giudiziaria des Kantons Tessin vom 16. Mai 2006 (177.100)
LU	Kanton Luzern
LS	Loseblattsammlung (ZH)
LSR	Law & Society Review (USA)
m. H. a.	mit Hinweis auf
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
MD	mittlere absolute Differenz
mda	methods, data, analyses (D)
Mia.	Milliarden
Mio.	Millionen
MK	Nordmazedonien
MPCS	Model Penal Code: Sentencing
M SchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (D)
MüKo StGB	Erb Volker / Schäfer Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2020
N	Note (Literaturnachweis)
n/N	Anzahl Teilnehmende (statistische Auswertungen)
nArt	neuer Artikel
NE	Kanton Neuenburg
NGA	Nigeria
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (D)
NK	Neue Kriminalpolitik (D)
NK StGB	Kindhäuser Urs / Neumann Ulfrid / Paeffgen Hans-Ullrich / Saliger Frank (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch: StGB, 6. Aufl., Baden-Baden 2023
NL	Niederlande
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NULR	Northwestern University Law Review (USA)
NW	Kanton Nidwalden
NZZ	Neuer Zürcher Zeitung (CH)
o. ä. / o. Ä.	oder ähnlich(en/em) / oder Ähnliche(s)
OBHDP	Organizational Behavior and Human Decision Process (USA)

OBV	Ordnungsbussenverordnung vom 16. Januar 2019 (SR 314.11).
OFK BetmG	Schlegel Stephan / Jucker Oliver (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, BetmG, 4. Aufl., Zürich 2022
OGer	Obergericht
ORM	Organizational Research Methods (USA)
OStA	Oberstaatsanwaltschaft
OW	Kanton Obwalden
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (A)
PC CP	Dupuis Michel et al. (Hrsg.), Petit commentaire, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences (USA)
PK StGB	Trechsel Stefan / Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB), 4. Aufl., Zürich / St. Gallen 2021
PK StPO	Schmid Niklaus / Jositsch Daniel (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2018
Pun. & Society	Punishment & Society (GB)
QQ-Plot	Quantil-Quantil-Abbildung
RADPJ/GE	Règlement du pouvoir judiciaire sur l'accès aux documents et aux données personnelles vom 1. November 2021 (rsGE E 2 05.52)
Rev. Econ. Stat.	Review of Economics and Statistics (USA)
RICPTS	Revue international de criminologie et de police technique et scientifique (CH)
RL	Raccolta delle Leggi (TI)
RPfIG/VS	Gesetz über die Rechtspflege des Kantons Wallis vom 11. Februar 2009 (SGS 173.1)
RSF	Recueil systématique (FR)
rsGE	Recueil systématique de la législation genevoise
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
s.	siehe
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SD	Standardabweichung
SE	Strafeinheit(en)
SG	Kanton St. Gallen; Systematische Gesetzesammlung (BS)

SGF	Systematische Gesetzessammlung (FR)
SGK BV	Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023
SGS	Systematische Gesetzessammlung (VS)
SH	Kanton Schaffhausen
SHK BGG	Seiler Hansjörg / von Werdt Nicolas / Güngerich Andreas / Oberholzer Niklaus (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Bern 2015
SIR	Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung = ISDC
SIRG	Bundesgesetz über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung vom 29. September 2018 (SR 425.1)
SJ	La Semaine judiciaire (CH)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (CH)
SK StPO	Donatsch Andreas / Lieber Viktor / Summers Sarah J. / Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020
SLR	Stanford Law Review (USA)
SNF	Schweizerischer Nationalfonds
SO	Kanton Solothurn
Soc. Sci. Q.	Social Science Quarterly (USA)
Soc. Sci. Res.	Social Science Research (USA)
Sociol. Methodol.	Sociological Methodology (USA)
sog.	sogenannt(e)
SR	Ständerat; Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung (LU)
SRSZ	Systematische Gesetzessammlung (SZ)
SSCR	Social Science Computer Review (USA)
SSK	Schweizerische Staatsanwaltschaftskonferenz
StA	Staatsanwaltschaft
Statist. Med.	Statistics in Medicine (USA)
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (SR 173.71)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

StGB/1937	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (AS 54 757), zitiert nach der Referendumsvorlage (BBl 1937 III 625 ff.)
StGB/A	Österreichisches Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen
StGB/D	Deutsches Strafgesetzbuch vom 13. November 1998
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
StV	Strafverteidiger (D)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SZ	Kanton Schwyz
SZK	Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (CH)
TG	Kanton Thurgau
TI	Kanton Tessin
TS	Tagessatz / Tagessätze
u. a.	unter anderen/m; und andere
U. Chi. Law Rev.	University of Chicago Law Review (USA)
u. U.	unter Umständen
UGA	Uganda
Uno-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.1).
Uno-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.2)
UR	Kanton Uri
US-PA	Pennsylvania (USA)
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
Utah Law Rev.	Utah Law Review (USA)
Va. Law Rev.	Virginia Law Review (USA)
VB	Verbindungsbusse
VBRS	Verband Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte
VD	Kanton Waadt
vgl.	vergleiche
Vict. Offenders	Victims & Offenders (USA)

VOSTRA	Strafregister-Informationssystem
vs.	versus
VS	Kanton Wallis
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (D)
WIREs Cogn. Sci.	Wiley Interdisciplinary Reviews. Cognitive Science (USA)
YLJ	Yale Law Journal (USA)
z. B.	zum Beispiel
z. G.	zum Ganzen
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (CH)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (CH)
ZFSP	Zeitschrift für Sozialpsychologie (CH)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (D)
zit.	zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (CH)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (D)

Literaturverzeichnis

Literatur wird grundsätzlich mit Nachnamen der Autorenschaft und Publikationsjahr zitiert, bei Zeitschriftenbeiträgen zusätzlich mit der Abkürzung der Zeitschrift und bei Sammelbänden mit Hinweis auf die Sammelpublikation. Kommentare werden mittels Kürzel zitiert (z. B. XX StGB-AUTORENSCHAFT, Art. ... N...).

ACHERMANN JONAS, Strafzumessung mit Hilfe künstlicher Intelligenz?, «Justice – Justiz – Giustizia» (Richterzeitung) 2024

ACKERMANN JÜRIG-BEAT / CESAROV MARKO, Täterkomponenten und Strafartenwahl bei der Gesamtstrafenbildung, *forumpoenale* 2022, S. 451 ff.

AEBI MARCELO F. / CANEPPELE STEFANO / HARRENDORF STEFAN / HASHIMOTO YUJI Z. / JEHLE JÖRG-MARTIN / KHAN TARA S. / KÜHN OLIVIA / LEWIS CHRIS / MOLNAR LORENA / SMIT PAUL / ÞÓRISDÓTTIR RANNVEIG / ESB NETWORK OF NATIONAL CORRESPONDENTS, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, 6. Aufl., Göttingen 2021

AHL BJÖRN, Retaining Judicial Professionalism: The New Guiding Cases Mechanism of the Supreme People's Court, *China Quarterly* 2014, S. 121 ff.

ALBRECHT HANS-JÖRG,

- Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems, *Die Geldstrafe im System strafrechtlicher Sanktionen*, Berlin 1980
- Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmasses, Berlin 1994
- Empirische Strafzumessungsforschung, in: Safferling/Kett-Straub/Jäger et al. (Hrsg.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2017, S. 185 ff.

ALBRECHT PETER,

- Schuld und Strafzumessung aus der Sicht des Richters, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 1983, S. 262 ff.
- Die Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1991, S. 45 ff.
- Die strafrechtlichen Sanktionen unter dem Druck der Betäubungsmittel-delinquenz, in: Donatsch/Schmid (Hrsg.), *Strafrecht und Öffentlichkeitsarbeit*, *Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag*, Zürich 1996, S. 11 ff.

- Ein Strafzumessungsmodell für die Drogenjustiz?, Aktuelle Juristische Praxis 1996, S. 369 ff.
- Neue Wege der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten?, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1998, S. 418 ff.
- Das Geheimnis der «ratio legis» aus der Sicht eines erstinstanzlichen Strafrichters, in: Kolloquium der Juristischen Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Die Bedeutung der «Ratio legis», Basel et al. 2001, S. 69 ff.
- Die persönliche Einstellung des Richters zum Gesetz als dominanter Faktor der Urteilsfindung, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2003, S. 336 ff.
- Probleme der Strafgerechtigkeit aus der Sicht des Richters, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2006, S. 68 ff.
- Was zeichnet gute Richterinnen und Richter aus?, in: Schindler (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Ein Handbuch zur Justizverfassung, Zürich/ St. Gallen 2007, S. 1 ff.
- Strafzumessung ohne individuelle Tatschuld?, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2017, S. 439 ff.

ALEXY ROBERT, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl., Baden-Baden 1985

ALTWICKER TILMANN, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Heidelberg 2010

ALYSANDRATOS THEODORE / KALLIRIS KONSTANTINOS, Is one judging head the same as three: a natural experiment on individuals vs teams, Working Paper (SSRN) 2021, S. 1 ff.

ARIOLI SILVIO, Das Verbot der willkürlichen und der rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung, Basel/ Stuttgart 1968

ARZT GUNTHER,

- Dynamisierter Gleichheitssatz und elementare Ungleichheiten im Strafrecht, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 49 ff.
- Strafzumessung – Revolution in der Sackgasse, recht 1994, S. 141 ff.
- Strafzumessung – Revolution in der Sackgasse 2. Teil, recht 1994, S. 234 ff.

ASHWORTH ANDREW,

- Sentencing & Criminal Justice, 3. Aufl., London 2000
- Sentencing and Criminal Justice, 5. Aufl., Cambridge 2010

- ASHWORTH ANDREW / KELLY ROY, *Sentencing and Criminal Justice*, 7. Aufl., Oxford et al. 2021
- ASHWORTH ANDREW / ROBERTS JULIAN V., *The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales*, in: Ashworth/Roberts (Hrsg.), *Sentencing Guidelines, Exploring the English Model*, Oxford 2013, S. 1 ff.
- ASPINWALL LISA G. / BROWN TENEILLE R. / TABERY JAMES, *The Double-Edged Sword: Does Biomechanism Increase or Decrease Judges' Sentencing of Psychopaths?*, *Science* 2012, S. 843 ff.
- ATKINS DEIRDRE / MAGUIRE NIAMH / CLEERE GERALDINE, *Experiences of Sentencing and the Pains of Punishment: Prisoners' Perspectives*, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 2023, S. 1 ff.
- AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux*, 3. Aufl., Bern 2013
- AUSPURG KATRIN / JÄCKLE ANNETTE, *First Equals Most Important? Order Effects in Vignette-Based Measurement*, *Sociological Methods & Research* 2017, S. 490 ff.
- AUSTIN WILLIAM / WILLIAMS THOMAS A., *A Survey of Judges' Responses to Simulated Legal Cases: Research Note on Sentencing Disparity*, *Journal of Criminal Law and Criminology* 1977, S. 306 ff.
- BAUER EMMANUEL / STAMMBACH DOMINIK / GU NIANLONG / ASH ELLIOTT, *Legal Extractive Summarization of U.S. Court Opinions*, in: Wehnert/Fiorelli/Picca et al. (Hrsg.), *Legal Information Retrieval meets Artificial Intelligence 2023, Proceedings of the 1st Legal Information Retrieval meets Artificial Intelligence Workshop (LIRAI 2023)* 2023, S. 10 ff.
- BEHNSEN MIRA, *Strafhärteskalierung, Ein empirischer Lösungsansatz im Bereich hoher Freiheits- und Jugendstrafen*, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 2020, S. 45 ff.
- BENJAMINI YOAV / HOCHBERG YOSEF, *Controlling the False Discovery Rate: A Practical and Powerful Approach to Multiple Testing*, *Journal of the Royal Statistical Society* 1995, S. 289 ff.
- BERGER BENJAMIN L., *Judicial Discretion and the Rise of Individualization: The Canadian Sentencing Approach*, in: Ambos (Hrsg.), *Strafzumessung, Angloamerikanische und deutsche Einblicke*, Göttingen 2020, S. 249 ff.

BERMAN MITCHELL N., Proportionality, Constraint, and Culpability, *Criminal Law and Philosophy* 2021, S. 373 ff.

BIAGGINI GIOVANNI,

- Verfassung und Richterrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Basel 1991
- BV, Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017

BIETSCHBACH RICHARD A. / BIBAS STEPHANOS, What's Wrong With Sentencing Equality?, *Virginia Law Review* 2016, S. 1447 ff.

BIJLEVELD CATRIEN / AUGUSTINIS JULIANA / LIM DE SHENG / ELBERS NIEKE / APOSTOLOU PINELOPI / AVRAMENKO ANASTASIA / BAYRAMOĞLU ÇAĞATAY / CEBAKS EDGARS / VAN DOUWEN KERI / GJALTEMA NOUR / KARG TAMARA / KLONOWSKA KLAUDIA / LAUWERS AMBER / MÎRZA NICOLETA / RANZIYN NINA / STEFANOVIĆ DAVID / THALER JACOB / TOSUN SÜLEYMAN / TRUIJENS ANGEЛИQUE / WECHT JOHANNA / VAN DER WEIJDE LISANNE / WENNEKES LAURA, *Sentencing Matters, Factors Determining Sentence Type and Length: an Exploratory Study*, *Amsterdam Law Forum* 2021, S. 57 ff.

BOMMER FELIX,

- Zur dritten Änderung des Sanktionenrechts – Weshalb schon wieder eine Reform?, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2014, S. 271 ff.
- Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 2015, S. 350 ff.
- Neuerungen im Sanktionenrecht: Geldstrafe und Freiheitsstrafe, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2017, S. 365 ff.
- Anmerkungen zum Versuch der Strafrahenharmonisierung, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2019, S. 267 ff.
- Mindeststrafen und Strafzwecke, *ContraLegem* 2019, S. 34 ff.
- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum materiellen Strafrecht im Jahr 2021, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 2022, S. 627 ff.

BORTZ JÜRGEN / SCHUSTER CHRISTOF, *Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler*, 7. Aufl., Berlin/Heidelberg 2010

BRUNS HANS-JÜRGEN,

- Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, Köln et al. 1967
- Grundprobleme des Strafzumessungsrecht, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1982, S. 111 ff.

- BRUNS HANS-JÜRGEN / GÜNTGE GEORG-FRIEDRICH, *Das Recht der Strafzumessung*, 3. Aufl., Köln 2019
- BRUNTON-SMITH IAN / PINA-SÁNCHEZ JOSE / LI GUANGQUAN, *Reassessing the Consistency of Sentencing Decisions in Cases of Assault: Allowing for Within-Court Inconsistencies*, *British Journal of Criminology* 2020, S. 1438 ff.
- BURGSTALLER MANFRED, *Regionale Unterschiede der Strafzumessung in Österreich*, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), *Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog internationales Symposium*, 9.-12. März 1988 in Lüneburg, Stuttgart 1989, S. 7 ff.
- BURGSTALLER MANFRED / CSASZAR FRANZ, *Zur regionalen Strafenpraxis in Österreich*, *Österreichische Juristen-Zeitung* 1985, S. 1 ff.
- BÜRKI PETER, *Die Stellungnahme von Vermögensdelinquenten zu ihrer strafrechtlichen Verurteilung*, Bern 1963
- CASARI MARCO / ZHANG JINGJING / JACKSON CHRISTINE, *Same process, different outcomes: group performance in an acquiring a company experiment*, *Experimental Economics* 2016, S. 764 ff.
- CASPER JONATHAN D., *Having Their Day in Court: Defendant Evaluations of the Fairness of Their Treatment*, *Law & Society Review* 1978, S. 237 ff.
- CHEEK NATHAN N. / COE-ODESS SARAH / SCHWARTZ BARRY, *What have I just done? Anchoring, self-knowledge, and judgments of recent behavior*, *Judgement and Decision Making* 2015, S. 76 ff.
- CHEN SHI-YI / FENG ZHE / YI XIAOLIAN, *A general introduction to adjustment for multiple comparisons*, *Journal of Thoracic Disease* 2017, S. 1725 ff.
- CLANCY KEVIN / BARTOLOMEO JOHN / RICHARDSON DAVID / WELLFORD CHARLES, *Sentence Decision Making: The Logic of the Sentence Decisions and the Extent and Sources of Sentence Disparity*, *Journal of Criminal Law and Criminology* 1981, S. 524 ff.
- COHEN EMANUEL, *Im Zweifel für die Strafe?*, Zürich 2015
- CONINX ANNA, *Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht*, recht 2016, S. 157 ff.
- CONN KATHARINE M. / MO CECILIA HYUNJUNG / SELLERS LAURA M., *When Less Is More in Boosting Survey Response Rates*, *Social Science Quarterly* 2019, S. 1445 ff.

- CORBOZ BERNARD, La motivation de la peine, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 1995, S. 1 ff.
- CORKERY JOHN MARTIN, The Use of Vignettes in Sentencing Studies of English Magistrates, *International Journal of the Sociology of Law* 1992, S. 253 ff.
- CROSS FRANK B. / TILLER EMERSON H., Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals, *Yale Law Journal* 1998, S. 2155 ff.
- CUENDET ISABELLE / GENTON CÉDRIC, La fixation de la peine et le sursis à l'aune du nouveau droit des sanctions, *forumpenale* 2017, S. 320 ff.
- DARLEY JOHN M. / ALTER ADAM L., Behavioral Issues of Punishment, Retribution, and Deterrence, in: Shafir (Hrsg.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton 2013, S. 181 ff.
- DAVIES MALCOLM / TAKALA JUKKA-PEKKA / TYRER JANE, Sentencing Burglars and Explaining the Differences Between Jurisdictions, Implications for Convergence, *British Journal of Criminology* 2004, S. 741 ff.
- DEMARTINI LUISELLA / KOLLER CHRISTOPHE, Sanctions pénales et pratiques cantonales, Diversités – disparités – fédéralisme, in: Fink/Arnold/Genilod-Villard et al. (Hrsg.), *Kriminalität, Strafrecht und Föderalismus*, Bern 2019, S. 197 ff.
- DONATSCH ANDREAS / LIEBER VIKTOR / SUMMERS SARAH J. / WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO*, 3. Aufl., Zürich et al. 2020 (zit. SK StPO-AUTORENSCHAFT)
- DONATSCH ANDREAS / SUMMERS SARAH J. / WOHLERS WOLFGANG, *Strafprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich/Genf 2023
- DRÁPAL JAKUB, Sentencing disparities in the Czech Republic: Empirical evidence from post-communist Europe, *European Journal of Criminology* 2020, S. 151 ff.
- DREHER EDUARD, *Über die gerechte Strafe*, Heidelberg 1947
- DROST HEINRICH, *Das Ermessen des Strafrichters*, Berlin 1930
- DUBS HANS,
– Praxisänderung, Eine methodologische Untersuchung über die Stellung des Richters zum eigenen Präjudiz auf Grund von Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1949

- Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung, in: Juristische Fakultät der Universität Basel/Basler Juristenverein (Hrsg.), Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, Basel 1963, S. 9 ff.
- Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in der Schweiz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1982, S. 161 ff.

DUFF ANTONY, Was ist Tatproportionalität, und warum ist dieses Prinzip wichtig?, in: Frisch / von Hirsch / Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Heidelberg 2003, S. 23 ff.

DUPUIS MICHEL / MOREILLON LAURENT / PIGUET CHRISTOPHE / BERGER SÉVERINE / MAZOU MIRIAM / RODIGARI VIRGINIE (Hrsg.), Petit Commentaire, CP Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. PC CP-AUTORENSCHAFT)

DUTOIT-RÄZ CHRISTINE / RUTSCHI CHRISTOPH / SAUPE BENEDIKT, Das haftpflichtrechtliche Genugtuungssystem der Schweiz ist gut so wie es ist, Haftung und Versicherung 2023, S. 199 ff.

EGE GIAN, «Auf direktem Weg ins Gefängnis»? Eine kritische Auseinandersetzung mit den vorgeschlagenen Strafraumen im Sexualstrafrecht, ContraLegem 2019, S. 39 ff.

EGE GIAN / SEELMANN MARTIN, Die (un-)gefestigte Rechtsprechung zur Wahl der Strafart, Kritische Gedanken zu BGE 147 IV 241, Aktuelle Juristische Praxis 2022, S. 342 ff.

EGLI ANTHONIOZ NICOLE M., Peines prononcées par les juges suisses selon l'origine et le domicile des condamnés, Revue international de criminologie et de police technique et scientifique 2017, S. 445 ff.

EHRENZELLER BERNHARD / EGLI PATRICIA / HETTICH PETER / HONGLER PETER / SCHINDLER BENJAMIN / SCHMID STEFAN G. / SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGKBV-AUTORENSCHAFT)

EICHENBERGER KURT, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960

ENGEL CHRISTOPH, Lucky you: Your case is heard by a seasoned panel – Panel effects in the German Constitutional Court, Journal of Empirical Legal Studies 2022, S. 1179 ff.

ENGISCH KARL,

- Einführung in das juristische Denken, Zürich/Wien 1956

- Karl Peters und der Ermessensbegriff, in: Baumann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 15 ff.
 - Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 2018
- ENGLISH BIRTE, «Geben Sie ihm doch einfach fünf Jahre!», Einflüsse parteiischer Zwischenrufer auf richterliche Urteile, Zeitschrift für Sozialpsychologie 2005, S. 215 ff.
- ENGLISH BIRTE / MUSSWEILER THOMAS, Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom, Journal of Applied Social Psychology 2001, S. 1535 ff.
- ERB VOLKER / SCHÄFER JÜRGEN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2020 (zit. MüKo StGB-AUTORENSCHAFT)
- ESTERMANN JOSEF, Strafgefangene, Selektive Sanktionierung, Definition abweichenden Verhaltens und Klassenjustiz, Frankfurt a. M. 1984
- EUGSTER LUZIUS / FRISCHKNECHT TOM, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, Aktuelle Juristische Praxis 2014, S. 237 ff.
- FELTZ CAROL J. / MILLER G. EDWARD, An Asymptotic Test for the Equality of Coefficients of Variation from k Populations, Statistics in Medicine 1996, S. 647 ff.
- FIELD ANDY P. / MILES JEREMY / FIELD ZOË, Discovering statistics using R, London / Thousand Oaks 2012
- FILELFI CAROLINA, La courte peine privative de liberté et sa justification, Jusletter vom 13. Januar 2014
- FINK DANIEL, Taux de récidive et équivalence des peines, in: Ajil/Kuhn/Schwarzenegger et al. (Hrsg.), Alternativen: Von der alternativen Sanktion zur alternativen Kriminologie, Basel 2023, S. 49 ff.
- FINK DANIEL / KOLLER CHRISTOPHE,
- Justice and Court Administrations, Their Workings and Efficiency in Switzerland: Aspects of Sentencing and Its Outcome in Swiss Cantons, International Journal for Court Administration 2012, S. 1 ff.
 - Sanktionspraxis: grosse kantonale Unterschiede, in: Fink/Schulthess (Hrsg.), Strafrecht, Freiheitsentzug, Gefängnis, Ein Handbuch zur Entwicklung des Freiheitsentzuges in der Schweiz, kurz, prägnant, aktuell, Bern 2015, S. 148 ff.
- FRANKEL MARVIN E., Criminal Sentences, Law Without Order, New York 1973

FRASE RICHARD S., Forty Years of American Sentencing Guidelines: What Have We Learned?, *Crime and Justice* 2019, S. 79 ff.

FREI PETER / RANZONI CARLO, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, *Aktuelle Juristische Praxis* 1995, S. 1439 ff.

FREIBERG ARIE / ROBERTS JULIAN V., *Sentencing Commissions and Guidelines: A Case Study in Policy Transfer*, *Criminal Law Forum* 2023, S. 87 ff.

FRISCH WOLFGANG,

- Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, Eine Untersuchung über die Struktur und Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung, Köln et al. 1971
- Ermessen, unbestimmter Begriff und «Beurteilungsspielraum» im Strafrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 1973, S. 1345 ff.
- Straftatsystem und Strafzumessung, Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, in: Wolter/Frisch (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, Heidelberg 1993, S. 1 ff.
- Massstäbe der Tatproportionalität und Veränderung des Sanktionenniveaus, in: Frisch / von Hirsch / Albrecht (Hrsg.), *Tatproportionalität, Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg 2003, S. 155 ff.
- From Disparity in Sentencing Towards Sentencing Equality: The German Experience, *Criminal Law Forum* 2017, S. 437 ff.

FRISCHKNECHT TOM, Verbindliche Vorgaben der Staatsanwaltschaft bei der Strafzumessung?, *Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar* 2019

GERMANIER FABIENNE, *Angehörigeninteressen in der Strafzumessung*, Zürich 2019

GERMANN OSCAR A.,

- Das Ermessen des Richters auf Grund des schweizerischen Strafgesetzbuches, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1942, S. 21 ff.
- *Methodische Grundfragen*, Basel 1946
- Zur Problematik der Ermessensentscheide, in: *Juristische Fakultät der Universität Basel* (Hrsg.), *Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Erwin Ruck*, Basel 1952, S. 173 ff.
- Präjudizien als Rechtsquelle, Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung, Stockholm et al. 1960

- GERNY DANIEL, Der Justiz geht die Luft aus, In vielen Kantonen kommt die Strafverfolgung an die Belastungsgrenze, Verfahren dauern mitunter Jahre, Neue Zürcher Zeitung vom 11. Oktober 2023, S. 9 ff.
- GERSHONI NAOMI, Individual vs. group decision-making: Evidence from a natural experiment in arbitration proceedings, *Journal of Public Economics* 2021, S. 104479 ff.
- GETH CHRISTOPHER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Basel 2021
- GIANNOULIS GEORGIOS, Studien zur Strafzumessung, Ein Beitrag zur Dogmatik, Rechtstheorie und Rechtsinformatik mit Vertiefung in den Eigentums- und Vermögensdelikten, Tübingen 2014
- GISEL-BUGNION MONIQUE, L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité, Genf 1978
- GLASER ANDREAS, Direktdemokratisch legitimierte Grundrechtseinschränkungen, Kantonales, bundesstaatliches und internationales Recht im Zusammenspiel, *Aktuelle Juristische Praxis* 2014, S. 60 ff.
- GODENZI GUNHILD, «Second opinion»? Die Aufgabe des Berufungsgerichts im Strafprozess, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2018, S. 1 ff.
- GOFFIN RICHARD D. / OLSON JAMES M., Is It All Relative? Comparative Judgments and the Possible Improvement of Self-Ratings and Ratings of Others, *Perspectives on Psychological Science* 2011, S. 48 ff.
- GRAF DAMIAN K.,
– Praxisänderung im Strafrecht, Zürich 2011
– (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, Bern 2020 (zit. AKStGB-AUTORENSCHAFT)
- GRASSBERGER ROLAND, Die Strafzumessung, Wien 1932
- GREENHOUSE STEVEN, Marvin Frankel, Federal Judge and Pioneer of Sentencing Guidelines, Dies at 81, *New York Times* vom 5. März 2002, S. C15 ff.
- GRISEL ETIENNE, Egalité, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bern 2000
- GROENWOLD ROLF H. H. / GOEMAN JELLE J. / LE CESSIE SASKIA / DEKKERS OLAF M., Multiple testing: when is many too much?, *European Journal of Endocrinology* 2021, S. E11-E14 ff.

GROSSE-WILDE THOMAS,

- Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?, Gedanken anlässlich der Diskussion in der Strafrechtsabteilung des 72. Deutschen Juristentages in Leipzig 2018, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2019, S. 130 ff.
- Strafzumessung in Kanada und Deutschland: Recht ohne Ordnung? – Ein Kommentar aus deutscher Sicht, in: Ambos (Hrsg.), *Strafzumessung, Angloamerikanische und deutsche Einblicke*, Göttingen 2020, S. 227 ff.

GRUNDIES VOLKER, Regionale Unterschiede in der gerichtlichen Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland. Eine empirische Analyse, in: Hermann/Pöge (Hrsg.), *Kriminalsoziologie, Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, Baden-Baden 2018, S. 295 ff.

GUILFOYLE EOIN / MARDER IAN D., Using data to design and monitor sentencing guidelines: The case of Ireland, *Common Law World Review* 2021, S. 103 ff.

HAAG KARL, Rationale Strafzumessung, Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrichterlichen Entscheidung, Köln et al. 1970

HABERMANN JULIA, Partnerinnentötungen und deren gerichtliche Sanktionierung, Eine vergleichende Urteilsanalyse zu Partnerinnentötungen als Form des Femizids, Wiesbaden 2022

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich / St. Gallen 2020

HÄNNI JULIA, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, Zur Präjudizienrezeption als Methodik gerichtlicher Entscheidungsfindung unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte, Zürich et al. 2022

HANSJAKOB THOMAS, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen – eine Umfrage der KSBS, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1997, S. 233 ff.

HÄRRI MATTHIAS, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1998, S. 212 ff.

HARRIS LYNDON, *Achieving consistency in sentencing*, Oxford 2022

HARTEL PIETER / VAN WEGBERG ROLF / VAN STAALDUINEN MARK, Investigating sentence severity with judicial open data, A case study on sentencing high-tech crime in the Dutch criminal justice system, *European Journal on Criminal Policy and Research* 2023, S. 579 ff.

- HARTELL EVA / BUCKLEY JEFFREY, Comparative Judgement: An Overview, in: Marcus-Quinn/Hourigan (Hrsg.), Handbook for Online Learning Contexts: Digital, Mobile and Open, Policy and Practice, Cham 2021, S. 289 ff.
- HASSEMER WINFRIED, Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1978, S. 64 ff.
- HAUSER GABI, Die Verknüpfungsproblematik in der Strafzumessung, Freiburg(CH) 1985
- HENDRA RICHARD / HILL AARON, Rethinking Response Rates: New Evidence of Little Relationship Between Survey Response Rates and Nonresponse Bias, Evaluation Review 2019, S. 307 ff.
- HERZ CLARA, Striving for Consistency: Why German Sentencing Needs Reform, German Law Journal 2020, S. 1625 ff.
- HESTER RHYS, Sentencing in US-American Jurisdictions, in: Ambos (Hrsg.), Strafzumessung, Angloamerikanische und deutsche Einblicke, Göttingen 2020, S. 151 ff.
- HÖFER SVEN, Sanktionskarrieren, Eine Analyse der Sanktionshärteentwicklung bei mehrfach registrierten Personen anhand von Daten der Freiburger Kohortenstudie, Freiburg i. Br. 2003
- HOGARTH JOHN, Sentencing as a Human Process, Toronto/Buffalo 1971
- HOOD ROGER, Sentencing the motoring offender, A study of magistrates' views and practices, London 1972
- HÖRNLE TATJANA,
- Tatproportionale Strafzumessung, Berlin 1999
 - Vorüberlegungen zu Decision-Support-Systemen aus der Sicht des Strafzumessungsrechts, in: Schünemann/Tinnefeld/Wittmann (Hrsg.), Gerechtigkeitwissenschaft, Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps, Berlin 2005, S. 393 ff.
 - Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 15. Symposium der Kommission: «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart», Berlin 2010, S. 105 ff.
 - Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland, Goltdammer's Archiv 2019, S. 282 ff.

HORSTKOTTE HARTMUTH,

- Praktische Konsequenzen der Strafzumessungsforschung, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, internationales Symposium, 9.-12. März 1988 in Lüneburg, Stuttgart 1989, S. 281 ff.
- Gleichmäßigkeit und Schuldangemessenheit der Strafzumessung, in: Jehle (Hrsg.), Individualprävention und Strafzumessung, Ein Gespräch zwischen Strafjustiz und Kriminologie, Wiesbaden 1992, S. 151 ff.

HOVEN ELISA / WEIGEND THOMAS, Strafzumessung in den Augen der Bevölkerung, Empirische Forschung und rechtspolitische Überlegungen, in: Kaspar/Walter (Hrsg.), Strafen «im Namen des Volkes»? Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, Baden-Baden 2019, S. 263 ff.

HSIEH CHENG-JU / FIFIĆ MARIO / YANG CHENG-TA, A new measure of group decision-making efficiency, Cognitive Research: Principles and Implications 2020, S. 45 ff.

HUG MARKUS, Der Trend des Bundesgerichtes zu härteren Strafen, insbesondere im Lichte von BGE 136 IV 55 zur verminderten Schuldfähigkeit, forumpoenale 2011, S. 361 ff.

HUG-BEELI GUSTAV, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz (BetmG), Basel 2016

HÜRLIMANN DANIEL,

- Publikation von Urteilen durch Gerichte, sui generis 2014, S. 82 ff.
- Was kostet die Anonymisierung von Urteilen?, in: Hürlimann/Kettiger (Hrsg.), Anonymisierung von Urteilen, Basel 2021, S. 15 ff.

HÜRLIMANN REGULA / VESELY THOMAS, Redaktion des Strafurteils und weiterer Entscheide in Strafsachen, Zürich / St. Gallen 2023

HURTADO POZO JOSÉ / GODEL THIERRY, Droit pénal général, Théorie, tableaux synoptiques, méthodologie de résolution de cas pratiques, lexique pénal, répertoire des termes allemands, 4. Aufl., Genf 2023

HUTH MAX, Zur bundesgerichtlichen Überprüfung der Durchsetzung eidgenössischen Strafrechts in den Kantonen, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1942, S. 35 ff.

IBRIC SAMRA, Dworkin und Aristoteles Über die Ungerechtigkeit, Führt der Fokus auf die Ungerechtigkeit zu «gerechteren» Gerechtigkeitstheorien?, Zürich 2022

- JAQUIER VÉRONIQUE, Le genre devant la justice pénale, Des stéréotypes aux inégalités de traitement, *Revue international de criminologie et de police technique et scientifique* 2017, S. 425 ff.
- JEKER KONRAD, Nachtschicht am Obergericht TG, *strafprozess.ch* vom 21. Februar 2024
- JESONEK UDO, Über die Situation der Richter und die Notwendigkeit, den Konnex zwischen Praxis und Lehre zu intensivieren, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), *Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*, internationales Symposium, 9.-12. März 1988 in Lüneburg, Stuttgart 1989, S. 317 ff.
- JOSITSCH DANIEL / EGE GIAN / SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen*, 9. Aufl., Zürich et al. 2018
- JUNG HEIKE / MORSCH ANKE, Gleichheit und Strafjustiz, in: Neubacher/Kubink (Hrsg.), *Kriminologie – Jugendkriminalrecht – Strafvollzug*, Gedächtnisschrift für Michael Walter, Berlin 2014, S. 707 ff.
- KAHNEMAN DANIEL / SIBONY OLIVIER / SUNSTEIN CASS R., *Noise, A Flaw in Human Judgment*, London 2021
- KAMUZZE JULIET, An Insight into Uganda's New Sentencing Guidelines, *Federal Sentencing Reporter* 2014, S. 47 ff.
- KAPLOWITZ MICHAEL D. / LUPI FRANK / COUPER MICK P. / THORP LAURIE, The Effect of Invitation Design on Web Survey Response Rates, *Social Science Computer Review* 2012, S. 339 ff.
- KASPAR JOHANNES,
– Sentencing Guidelines statt freies tatrichterliches Ermessen – brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?, Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag, München 2018
– Wege zur Strafgleichheit, in: Beckmann/Duttge/Gärditz et al. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*, Berlin 2019, S. 279 ff.
– Digitalisierung als Chance für die Strafzumessung, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 2023, S. 1 ff.
- KASPAR JOHANNES / HÖFFLER KATRIN / HARRENDORF STEFAN, Datenbanken, Online-Votings und künstliche Intelligenz – Perspektiven evidenzbasierter Strafzumessung im Zeitalter von «Legal Tech», *Neue Kriminalpolitik* 2020, S. 35 ff.

- KELLER HELEN, §38, Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot, in: Biaggini/Gächter/Kiener et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2021, S. 588 ff.
- KELMAN MARK / ROTTENSTREICH YUVAL / TVERSKY AMOS, Context-Dependence in Legal Decision Making, *Journal of Legal Studies* 1996, S. 287 ff.
- KELSEN HANS, Was ist Gerechtigkeit?, Wien 1953
- KERR NORBERT L. / TINDALE R. SCOTT, Group performance and decision making, *Annual Review of Psychology* 2004, S. 623 ff.
- KIENER HANSPETER,
- Den Tarif durchgeben?, Die zahlenmässige Gewichtung von Strafzumessungsfaktoren als Mittel zur Herstellung von Vergleichbarkeit und Transparenz, dargestellt anhand ausgewählter Delikte mittlerer und schwerer Kriminalität, Luzern 2007
 - Den Tarif durchgeben?, Die zahlenmässige Gewichtung von Strafzumessungsfaktoren als Mittel zur Herstellung von Vergleichbarkeit und Transparenz, dargestellt anhand ausgewählter Delikte mittlerer und schwerer Kriminalität, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2007, S. 351 ff.
- KIENER REGINA,
- Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001
 - §21, Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in: Biaggini/Gächter/Kiener et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2021, S. 285 ff.
- KIENER REGINA / KÄLIN WALTER / WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KILLIAS MARTIN,
- Sentencing reform – from rhetorics to reducing sentencing disparity, *European Journal on Criminal Policy and Research* 1994, S. 19 ff.
 - De la difficulté de quantifier la fixation de la peine, Ou en quoi le droit pénal pourrait s’inspirer des acquis du droit civil et du droit fiscal, in: Schmid/Killias (Hrsg.), *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l’honneur du Professeur Jean Gauthier*, Bern 1996, S. 33 ff.
 - «Wissenschaftliche» Strafzumessung?, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2018, S. 77 ff.
- KILLIAS MARTIN / MARKWALDER NORA / KUHN ANDRÉ / DONGOIS NATHALIE, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, 2. Aufl., Bern 2017

- KINDHÄUSER URS / NEUMANN ULFRID / PAEFFGEN HANS-ULLRICH / SALIGER FRANK / ESCHELBACH RALF (Hrsg.), *NomosKommentar, Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit. NK StGB-AUTORENSCHAFT)
- KÖBERER WOLFGANG, *Iudex non calculat, Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren*, Frankfurt a. M. et al. 1996
- KOCH SONJA, *Asperationsprinzip und retrospektive Konkurrenz*, Zürich et al. 2013
- KOHN BENEDIKT, *Künstliche Intelligenz und Strafzumessung, Wie der Einsatz technischer Hilfsmittel für eine gerechtere Sanktionspraxis im digitalen Zeitalter sorgen könnte*, Baden-Baden 2021
- KRAMER ERNST A., *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl., München et al. 2019
- KUGLER TAMAR / KAUSEL EDGAR E. / KOCHER MARTIN G., *Are groups more rational than individuals? A review of interactive decision making in groups*, *Wiley Interdisciplinary Reviews. Cognitive Science* 2012, S. 471 ff.
- KUHN ANDRÉ,
– *La juste peine selon la population et selon les juges, Résultats d'une triple étude empirique*, *Revue international de criminologie et de police technique et scientifique* 2017, S. 392 ff.
– *La punitivité des juges correspond-elle à celle désirée par le public?*, *Revue international de criminologie et de police technique et scientifique* 2017, S. 388 ff.
- KUHN ANDRÉ / JAYET ALINE / VILLET AZ PATRICE, *La punitivité et le rôle de l'unité de sanction dans le quantum de la peine*, Lausanne 2001
- KUHN ANDRÉ / VILLET AZ PATRICE / WILLI-JAYET ALINE / WILLI FLORIAN, *Öffentliche Meinung und Strenge der Richter, Vergleich zwischen den von schweizerischen Richtern ausgesprochenen Strafen und den von der Öffentlichkeit gewünschten Sanktionen*, *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie* 2004, S. 28 ff.
- KUHN ANDRÉ / VUILLE JOËLLE, *La justice pénale, Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique*, Lausanne 2010
- KUHN ANDRÉ / WILLI-JAYET ALINE, *Doing Time and Marking Time 25 Years Later: A Swiss Confirmation of a British Hypothesis*, *Howard Journal of Criminal Justice* 2005, S. 167 ff.

- KUNZ KARL-LUDWIG / BRANDENSTEIN MARTIN / SCHMID SOPHIE, Punitivität von Studierenden, Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie 2014, S. 3 ff.
- LANGER WOLFGANG, Staatsanwälte und Richter, Justitielles Entscheidungsverhalten zwischen Sachzwang und lokaler Justizkultur, Stuttgart 1994
- LANGUIN NOËLLE / WIDMER ÉRIC D. / KELLERHALS JEAN / ROBERT CHRISTIAN-NILS, Comment sanctionner le crime?, Archives de politique criminelle 2003, S. 109 ff.
- LAZETIC BUZAROVSKA GORDANA / TUPANCESKI NIKOLA / MUJOSKA ELENA, Mandatory Sentencing Guidelines: The Case Of Macedonia, European Scientific Journal 2016, S. 87 ff.
- LEIBOVITCH ADI,
– Relative Judgments, Journal of Legal Studies 2016, S. 281 ff.
– Punishing on a Curve, Northwestern University Law Review 2017, S. 1205 ff.
- LEMLEY MARK. A. / SAMPAT BHAVEN, Examiner Characteristics and Patent Office Outcomes, Review of Economics and Statistics 2012, S. 817 ff.
- LINIGER MIRANDA, Le contrôle de la fixation de la peine dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, La Semaine judiciaire 1996, S. 565 ff.
- LORENZ JAN / RAUHUT HEIKO / SCHWEITZER FRANK / HELBING DIRK, How social influence can undermine the wisdom of crowd effect, Proceedings of the National Academy of Sciences 2011, S. 9020 ff.
- LYNCH GERARD E., Marvin Frankel: A Reformer Reassessed, Federal Sentencing Reporter 2009, S. 235 ff.
- MAGUIRE NIAMH, Consistency in Sentencing, Irish Judicial Studies Institute Journal 2010, S. 14 ff.
- MAGUIRE NIAMH / BEYENS KRISTEL / BOONE MIRANDA / LAURINAVICIUS ALFREDAS / PERSSON ANDERS, Using vignette methodology to research the process of breach comparatively, European Journal of Probation 2015, S. 241 ff.
- MAHLMANN MATTHIAS, § 5, Staat – Recht – Gerechtigkeit, in: Biaggini/Gächter/Kiener et al. (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich / St. Gallen 2021, S. 67 ff.
- MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL / HERTIG RANDALL MAYA / FLÜCKIGER ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021

- MARTENET VINCENT, *Géométrie de l'égalité*, Zürich 2003
- MARTENET VINCENT / DUBEY JACQUES (Hrsg.), *Constitution fédérale, Commentaire Romand*, Basel 2021 (zit. CR Cst.-AUTORENSCHAFT)
- MATHYS HANS,
– Zur Technik der Strafzumessung, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 2004, S. 173 ff.
– Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl., Basel 2019
- MATTMANN JASCHA / ESCHLE DAVID / RADER FRANZISKA / WALSER SIMONE / THOMMEN MARC, *Heimliche Verurteilungen, Empirische Erkenntnisse und konventionsrechtliche Bedenken zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2021, S. 253 ff.
- MAURER MATTHIAS, *Komparative Strafzumessung, Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts*, Berlin 2005
- MEIER BERND-DIETER, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2019
- MELLINGHOFF RUDOLF, *Strafgleichheit*, in: Herzog/Neumann/Bae (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer, Zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, Heidelberg 2010, S. 503 ff.
- MEYER KILIAN, *Die gerechte Begründung*, *Aktuelle Juristische Praxis* 2010, S. 1416 ff.
- MIDDENDORFF WOLF, *Das Seminar über Strafzumessung*, in: *Bund gegen Alkohol im Strassenverkehr e.V. (Hrsg.), Strafzumessung für Verkehrsdelikte, 6. Tagung für Richter und Staatsanwälte*, Freiburg i. Br. 1969, S. 8 ff.
- MILLER MARC L., *Sentencing Reform: «Reform» through Sentencing Information Systems*, in: Tonry (Hrsg.), *The Future of Imprisonment*, Oxford 2004, S. 121 ff.
- MITCHELL KELLY LYN, *Sentencing Commissions and Guidelines By the Numbers, Cross-Jurisdictional Comparisons Made Easy By the Sentencing Guidelines Resource Center*, Minneapolis 2017
- MITCHELL OJMARRH, *A Meta-Analysis of Race and Sentencing Research: Explaining the Inconsistencies*, *Journal of Quantitative Criminology* 2005, S. 439 ff.

- MONSIEURS ANNEMIE / VANDERHALLEN MIET / ROZIE JOËLLE, Towards greater consistency in sentencing: Findings from a survey of Belgian magistrates, *European Journal of Criminology* 2011, S. 6 ff.
- MONTENBRUCK AXEL, *Strafrahmen und Strafzumessung*, Berlin 1983
- MOOR PIERRE / FLÜCKIGER ALEXANDRE / MARTENET VINCENT, *Droit administratif*, 3. Aufl., Bern 2012
- MOOSBRUGGER HELFRIED / KELAVA AUGUSTIN, Qualitätsanforderungen an Tests und Fragebogen («Gütekriterien»), in: Moosbrugger/Kelava (Hrsg.), *Testtheorie und Fragebogenkonstruktion*, Berlin 2020, S. 13 ff.
- MOREILLON LAURENT / MACALUSO ALAIN / QUELOZ NICOLAS / DONGOIS NATHALIE (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code pénal I – Art. 1-110 CP*, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. CR CPI-AUTORENSCHAFT)
- MOSER WERNER, Das Differenzierungsgebot, Das in Art. 8 Abs. 1 BV mitenthaltene Verbot, alle und alles «über einen Leisten zu schlagen», «über einen Kamm zu scheren» oder «in den gleichen Topf zu werfen», in der *Rechtsprechung*, Zürich / St. Gallen 2016
- MOXON DAVID, Der Einfluss von Straftätermerkmalen auf die Strafzumessung, Erste Ergebnisse einer Auswertung von Strafverfahren in England im Jahre 1987, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), *Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*, internationales Symposium, 9.-12. März 1988 in Lüneburg, Stuttgart 1989, S. 249 ff.
- MOXON DAVID / CORKERY JOHN MARTIN / HEDDERMAN CAROL, *Developments in the use of compensation orders in magistrates' courts since October 1988*, London 1992
- MÜLLER GEORG, *Der Gleichheitssatz, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1989, S. 37 ff.
- NADIG WERNER, Praxisbericht aus dem Kanton St.Gallen zur Anonymisierung von Gerichtsurteilen, in: Hürlimann/Kettiger (Hrsg.), *Anonymisierung von Urteilen*, Basel 2021, S. 51 ff.
- NAY GIUSEP, Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des Kassationshofes des Bundesgerichts, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1994, S. 170 ff.
- NEF HANS, *Gleichheit und Gerechtigkeit*, Zürich 1941

- NGUYEN VIET / RIDGEWAY GREG, Judges on the Benchmark: Developing a Sentencing Feedback System, Justice Quarterly 2024, S. 1 ff.
- NIGGLI MARCEL A. / HEER MARIANNE / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK StPO-AUTORENSCHAFT)
- NIGGLI MARCEL A. / MAEDER STEFAN, Strajustiz in der Mediengesellschaft – die sogenannte «Harmonisierungs-Novelle», Richterbild, Strafmasse und das richterliche Ermessen, in: Heer/Heimgartner/Niggli et al. (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 411 ff.
- NIGGLI MARCEL A. / UEBERSAX PETER / WIPRÄCHTIGER HANS / KNEUBÜHLER LORENZ / AEMISEGGER HEINZ / ARNOLD PETER (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BGG-AUTORENSCHAFT)
- NIGGLI MARCEL A. / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-AUTORENSCHAFT)
- NINK DAVID, Justiz und Algorithmen, Berlin 2020
- OBERHOLZER NIKLAUS,
– Wert und Bedeutung des gerichtlichen Ermessens in Zeiten der Verschärfung des Strafrechts, in: Riklin (Hrsg.), Strafen ohne Augenmass, Genf et al. 2016, S. 25 ff.
– Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020
- OCHSENBEIN NINA, Richterinnen an Schweizer Gerichten, Bern et al. 2021
- OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung, Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Bern 2008
- O'MALLEY TOM, Living without Guidelines, in: Ashworth/Roberts (Hrsg.), Sentencing Guidelines, Exploring the English Model, Oxford 2013, S. 218 ff.
- OPP KARL-DIETER / PEUCKERT RÜDIGER, Ideologie und Fakten in der Rechtsprechung, Eine soziologische Untersuchung über das Urteil im Strafprozess, München 1971
- OSWALD MARGIT E., Psychologie des richterlichen Strafens, Stuttgart 1994
- PADFIELD NICOLA, Exploring the Success of Sentencing Guidelines, in: Ashworth/Roberts (Hrsg.), Sentencing Guidelines, Exploring the English Model, Oxford 2013, S. 31 ff.

- PAREIN LOÏC, *La fixation de la peine, De l'homme coupable à l'homme capable*, Basel 2010
- PARTRIDGE ANTHONY / ELDRIDGE WILLIAN B., *The Second Circuit Sentencing Study, A Report to the Judges of the Second Circuit*, Washington, D.C. 1974
- PEDNEAULT AMELIE / WILLITS DALE W., *Asking about the Worst First: An Examination of Contextual Effects in Factorial Vignettes*, *Sociological Methodology* 2022, S. 103 ff.
- PETERS KARL, *Die Kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*, Berlin/Heidelberg 1932
- PETZOLD KNUT / WOLBRING TOBIAS, *What Can We Learn From Factorial Surveys About Human Behavior?*, *Methodology* 2019, S. 19 ff.
- PFEIFFER CHRISTIAN / SAVELSBERG JOACHIM J., *Regionale und altersgruppenbezogene Unterschiede der Strafzumessung*, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), *Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*, internationales Symposium, 9.-12. März 1988 in Lüneburg, Stuttgart 1989, S. 17 ff.
- PFEIFFER HARTMUT, *Zusammenfassung der Plenumsdiskussion*, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), *Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*, internationales Symposium, 9.-12. März 1988 in Lüneburg, Stuttgart 1989, S. 303 ff.
- PFENNINGER HANS F., *Die Freiheit des Richters in der Strafzumessung*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 1934, S. 193 ff.
- PIN XAVIER, *Gleichheit im Strafrecht*, *Goltdammer's Archiv* 2015, S. 659 ff.
- PINA-SÁNCHEZ JOSE, *Defining and Measuring Consistency in Sentencing*, in: Roberts (Hrsg.), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, London 2015, S. 76 ff.
- PINA-SÁNCHEZ JOSE / BRUNTON-SMITH IAN / LI GUANGQUAN, *Mind the step: A more insightful and robust analysis of the sentencing process in England and Wales under the new sentencing guidelines*, *Criminology & Criminal Justice* 2020, S. 268 ff.
- PINA-SÁNCHEZ JOSE / GENELETTI SARA / VEIGA ANA / MORALES ANA / GUILFOYLE EOIN, *Can ethnic disparities in sentencing be taken as evidence of judicial discrimination?*, *Journal of Legal Research Methodology* 2024, S. 54 ff.

- PINA-SÁNCHEZ JOSE / GRECH DIANA / BRUNTON-SMITH IAN / SFEROPOULOS DIMITRIOS, Exploring the origin of sentencing disparities in the Crown Court: Using text mining techniques to differentiate between court and judge disparities, *Social Science Research* 2019, S. 102343 ff.
- QUELOZ NICOLAS, Commentaire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation et de motivation de la peine, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1998, S. 136 ff.
- RACHLINSKI JEFFREY J. / JOURDEN FOREST, The Cognitive Components of Punishment, *Cornell Law Review* 2003, S. 457 ff.
- REHBERG JÖRG, Strafen und Massnahmen, *Jugendstrafrecht*, 7. Aufl., Zürich et al. 2001
- REITZ KEVIN R., Comparing Sentencing Guidelines, Do US Systems Have Anything Worthwhile to Offer England and Wales?, in: Ashworth/Roberts (Hrsg.), *Sentencing Guidelines, Exploring the English Model*, Oxford 2013, S. 182 ff.
- REITZ KEVIN R. / KLINGELE CECELIA M., Model Penal Code: Sentencing – Workable Limits on Mass Punishment, *Crime and Justice* 2019, S. 255 ff.
- RHINOW RENÉ,
– Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken (1. Teil), *recht* 1983, S. 41 ff.
– Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken (2. Teil), *recht* 1983, S. 83 ff.
- RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS / UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2016
- ROBERTS JULIAN V.,
– Complying with Sentencing Guidelines, Latest Findings from the Crown Court Sentencing Survey, in: Ashworth/Roberts (Hrsg.), *Sentencing Guidelines, Exploring the English Model*, Oxford 2013, S. 104 ff.
– The Evolution of Sentencing Guidelines in Minnesota and England and Wales, *Crime and Justice* 2019, S. 187 ff.
- ROBERTS JULIAN V. / HARRIS LYNDON, Sentencing Guidelines Outside the United States, in: Spohn/Brennan (Hrsg.), *Handbook on Sentencing Policies and Practices in the 21st Century*, New York/London 2020, S. 68 ff.
- ROBERTS JULIAN V. / HOSEAH EDWARD, Sentencing Reform in Tanzania: Moving from Uhuru to Ubuntu?, *Journal of African Law* 2023, S. 97 ff.

- ROBERTS JULIAN V. / PADFIELD NICOLA, Sentencing in England and Wales, in: Ambos (Hrsg.), Strafzumessung, Angloamerikanische und deutsche Einblicke, Göttingen 2020, S. 71 ff.
- ROBERTS JULIAN V. / PEI WEI, Structuring Judicial Discretion in China: Exploring the 2014 Sentencing Guidelines, *Criminal Law Forum* 2016, S. 3 ff.
- ROBERTS JULIAN V. / PINA-SÁNCHEZ JOSE / MARDER IAN D., Individualisation at sentencing: the effects of guidelines and preferred numbers, *Criminal Law Review* 2018, S. 123 ff.
- ROBINSON PAUL H.,
- Intuitions of Justice and the Utility of Desert, Oxford 2013
 - Ein «Waffenstillstand» im Krieg der Straftheorien?, Die empirisch ermittelte verdiente Strafe, moralische Glaubwürdigkeit und die Verinnerlichung von gesellschaftlichen Normen, in: Kaspar/Walter (Hrsg.), Strafen «im Namen des Volkes»?, Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, Baden-Baden 2019, S. 13 ff.
- ROGELBERG STEVEN G. / STANTON JEFFREY M., Introduction: Understanding and Dealing With Organizational Survey Nonresponse, *Organizational Research Methods* 2007, S. 195 ff.
- ROLINSKI KLAUS, Die Prägnanztendenz im Strafurteil, Eine Untersuchung über die Bevorzugung und die Benachteiligung von Strafhöhen und über die Bedeutung von Merkmalen der Täterpersönlichkeit für die Strafzumessung auf statistischer Grundlage, Hamburg 1969
- ROSTALSKI FRAUKE / VÖLKENING MALTE, Smart Sentencing, Ein neuer Ansatz für Transparenz richterlicher Strafzumessungsentscheidungen, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 2019, S. 265 ff.
- ROXIN CLAUDIUS / GRECO LUÍS, Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020
- RÜTSCHKE BERNHARD,
- Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Basel 2002
 - Die Rechtsgleichheit in Bewegung: Dogmatische Fortbildung von Art. 8 Abs. 1 BV, *Aktuelle Juristische Praxis* 2013, S. 1321 ff.

- SAUER CARSTEN / AUSPURG KATRIN / HINZ THOMAS, Designing Multi-Factorial Survey Experiments: Effects of Presentation Style (Text or Table), Answering Scales, and Vignette Order, methods, data, analyses 2020, S.195 ff.
- SCHILD URI J. / ZELEZNIKOW JOHN, Comparing Sentencing Decision Support Systems for Judges and Lawyers, Journal of Decision Systems 2008, S. 523 ff.
- SCHINDLER BENJAMIN,
– Zum richterlichen Ermessen, in: Schindler (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Ein Handbuch zur Justizverfassung, Zürich / St. Gallen 2007, S.133 ff.
– Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Baden-Baden et al. 2010
– Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2019, S. 167 ff.
- SCHKADE DAVID / SUNSTEIN CASS R. / KAHNEMAN DANIEL, Deliberating about Dollars: The Severity Shift, Columbia Law Review 2000, S. 1139 ff.
- SCHLEGEL STEPHAN / JUCKER OLIVER (Hrsg.), BetmG, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz sowie zu Bestimmungen des StGB und OBG mit weiteren Erlassen, 4. Aufl., Zürich (zit. OFK BetmG-AUTORENSCHAFT)
- SCHMID NIKLAUS, Die Strafrechtsbeschwerde nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht – eine erste Auslegeordnung, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2006, S. 160 ff.
- SCHMID NIKLAUS / JOSITSCH DANIEL (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2018 (zit. PKStPO-AUTORENSCHAFT)
- SCHULTZ HANS,
– Die Strafzumessung bei Verkehrsdelikten in der Schweiz, in: Bund gegen Alkohol im Strassenverkehr e.V. (Hrsg.), Strafzumessung für Verkehrsdelikte, 6. Tagung für Richter und Staatsanwälte, Freiburg i. Br. 1969, S. 38 ff.
– Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1985
- SCHULZ KENNETH F. / GRIMES DAVID A., Multiplicity in randomised trials II: subgroup and interim analyses, Lancet 2005, S. 1657 ff.

- SCHWARZE MATHIS / ROBERTS JULIAN V., Reconciling Artificial and Human Intelligence, Supplementing Not Supplanting the Sentencing Judge, in: Ryberg/Roberts (Hrsg.), Sentencing and Artificial Intelligence, New York 2022, S. 206 ff.
- SCHWEIZER MARK, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Eine empirische Studie, Zürich 2005
- SCHWEIZER RAINER J., Über die Rechtssicherheit und ihre Bedeutung für die Gesetzgebung, Basel 1974
- SCOTT RYAN W., The Sceptic's Guide to Information Sharing at Sentencing, Utah Law Review 2013, S. 345 ff.
- SEELMANN MARTIN, Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot, Zürich 2023
- SEELMANN MARTIN / WIPRÄCHTIGER HANS, Ausgekuschelt!?, Der Drang zu härteren Strafen und der Grundsatz des individuellen Verschuldens, Aktuelle Juristische Praxis 2018, S. 734 ff.
- SEIB HERBERT, Gleichmäßigkeit des Strafens, ein Prüfstein der Gerechtigkeit, Blutalkohol 1971, S. 18 ff.
- SEILER HANSJÖRG / VON WERDT NICOLAS / GÜNGERICH ANDREAS / OBERHOLZER NIKLAUS (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. SHKBGG-AUTORENSCHAFT)
- SEXTON LORI, Penal subjectivities: Developing a theoretical framework for penal consciousness, Punishment & Society 2015, S. 114 ff.
- SHI CHANGQING / SOURDIN TANIA / LI BIN, The Smart Court – A New Pathway to Justice in China?, International Journal for Court Administration 2021, S. 1 ff.
- SHI JIAHUI, Artificial Intelligence, Algorithms and Sentencing in Chinese Criminal Justice: Problems and Solutions, Criminal Law Forum 2022, S. 121 ff.
- SILVA SÁNCHEZ JESÚS-MARÍA, Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik, in: Herzog/Neumann/Bae (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, Heidelberg 2010, S. 625 ff.
- SIMMLER MONIKA, Normstabilisierung und Schuldvorwurf, Berlin/Bern 2018
- SIMMLER MONIKA / GRENACHER NADJA / HUWILER SEREINA / PERANDRES SARA / STEFFEN ALINE, Disparität in der Strafzumessung: Ergebnisse einer Studie zur punitiven Einstellung von RichterInnen und StudentInnen, Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie 2017, S. 5 ff.

- SIMMLER MONIKA / WEDER REGINA, Zum Sinn und Unsinn von Mindeststrafen, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2019, S. 199 ff.
- SINGELNSTEIN TOBIAS / KUNZ KARL-LUDWIG, Kriminologie, Eine Grundle-
gung, 8. Aufl., Bern 2021
- SLOBOGIN CHRISTOPHER / BRINKLEY-RUBINSTEIN LAUREN, Putting Desert
in its Place, Stanford Law Review 2013, S. 77 ff.
- SPAMANN HOLGER / KLÖHN LARS, Justice Is Less Blind, and Less Legalistic,
than We Thought: Evidence from an Experiment with Real Judges, Jour-
nal of Legal Studies 2016, S. 255 ff.
- SPITZER MATHEW / TALLEY ERIC, Left, Right, and Center: Strategic Informa-
tion Acquisition and Diversity in Judicial Panels, Journal of Law, Econo-
mics, and Organization 2013, S. 638 ff.
- STANTCHEVA STEFANIE, How to Run Surveys: A Guide to Creating Your Own
Identifying Variation and Revealing the Invisible, Annual Review of Eco-
nomics 2023, S. 205 ff.
- STEPHENSON JEREMY, Die Strafzumessung im schweizerischen Strafprozess,
Anwaltsrevue 2010, S. 319 ff.
- STOECKLIN LUKAS M., Untersuchung über das Gewicht der einzelnen Straf-
zumessungsgründe, Analyse der Basler Gerichtspraxis (1961-1963) zu
Art. 191 StGB, Basel/Stuttgart 1971
- STRATENWERTH GÜNTER,
– Tatschuld und Strafzumessung, Tübingen 1972
– Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnah-
men, Bern 1989
– Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl.,
Bern 2011
- STRATENWERTH GÜNTER / BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, All-
gemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 3. Aufl., Bern 2020
- STRENG FRANZ,
– Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, Eine Untersuchung zu
rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher
Strafzumessung, Heidelberg 1984
– Perspektiven für die Strafzumessung, Strafverteidiger 2018, S. 593 ff.

SUHLING STEFAN / LÖBMANN REBECCA / GREVE WERNER, Zur Messung von Strafeinstellungen, *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 2005, S. 203 ff.

SUMMERS SARAH J., *Sentencing and Human Rights, The Limits on Punishment*, Oxford / New York 2022

SUMMERS SARAH J. / STUDER DAVID, Fairness im Strafverfahren? Eine empirische Untersuchung, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2016, S. 45 ff.

SUNSTEIN CASS R. / SCHKADE DAVID / ELLMAN LISA M. / SAWICKI ANDRES, Are judges political?, An empirical analysis of the federal judiciary, Washington, D.C. 2006

TAK PETER J. P., The Dutch Prosecutor: a Prosecuting and Sentencing Officer, in: Luna/Wade (Hrsg.), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford 2012, S. 135 ff.

TATA CYRUS, The Struggle for Sentencing Reform, Will the English Sentencing Guidelines Model Spread?, in: Ashworth/Roberts (Hrsg.), *Sentencing Guidelines, Exploring the English Model*, Oxford 2013, S. 236 ff.

THOMMEN MARC, *Kurzer Prozess – fairer Prozess?, Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit*, Bern 2013

TINDALE R. SCOTT / WINGET JEREMY R., Group Decision-Making, in: Tindale/Winget (Hrsg.), *Oxford Research Encyclopedia of Psychology* 2019

TRACHSEL JOHN, *Die Bemessung der Genugtuung*, Zürich 2018

TRECHSEL STEFAN,

- Strafzumessung bei Verkehrsstrafsachen, insbesondere bei SVG Art. 91 Abs. 1, in: Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern (Hrsg.), *Rechtsprobleme des Strassenverkehrs, Berner Tage für die Juristische Praxis* 1974, Bern 1975, S. 71 ff.
- Gerechtigkeit im Fehlurteil, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2000, S. 1 ff.

TRECHSEL STEFAN / PIETH MARK (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 4. Aufl., Zürich / St. Gallen 2021 (zit. PK StGB-AUTORENSCHAFT)

TSCHANNEN PIERRE,

- Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 2011, S. 57 ff.
- *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5. Aufl., Bern 2021

- TSCHANNEN PIERRE / KERN MARKUS / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022
- URWYLER THIERRY / RANZONI LUCA, Schulddogmatik in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Zugleich Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 6B 1363/2019 vom 19. November 2020, *sui generis* 2021, S. 179 ff.
- VAN WINGERDEN SIGRID, Sentencing in the Netherlands, Taking risk-related offender characteristics into account, Den Haag 2014
- VERREL TORSTEN,
- Die normative Kraft des Faktischen, Plädoyer für eine konsequentere empirische Fundierung der Strafzumessung, in: Zöller/Hilger/Küper et al. (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Berlin 2013, S. 799 ff.
 - Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?, *JuristenZeitung* 2018, S. 811 ff.
- VON FELTEN ROLF, Strafzumessung bei Deliktsmehrheit nach Art. 49 Abs. 1 StGB: Entwicklung der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, *forum poenale* 2023, S. 222 ff.
- VON HIRSCH ANDREW, Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen, in: Frisch/von Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Heidelberg 2003, S. 47 ff.
- VON HIRSCH ANDREW / ASHWORTH ANDREW, Proportionate sentencing, Exploring the principles, Oxford 2005
- WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003
- WALDMANN BERNHARD / BELSER EVA MARIA / EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-AUTORENSCHAFT)
- WALTER HANS PETER, Interne richterliche Unabhängigkeit, «Justice – Justiz – Giustizia» (*Richterzeitung*) 2005
- WARDA GÜNTER, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln et al. 1962

WEBER-DÜRLER BEATRICE,

- Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Eine Untersuchung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bern 1973
- Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 2004, S. 1 ff.

WEISS CHRISTEL, Basiswissen Medizinische Statistik, 7. Aufl., Berlin/Heidelberg 2019

WHYTE GLEN / SEBENIUS JAMES K., The Effect of Multiple Anchors on Anchoring in Individual and Group Judgment, Organizational Behavior and Human Decision Process 1997, S. 75 ff.

WIPRÄCHTIGER HANS,

- Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen, recht 1995, S. 143 ff.
- Strafzumessung und bedingter Strafvollzug – eine Herausforderung für die Strafbehörden (Zur neueren Praxis des Bundesgerichts), Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1996, S. 422 ff.

WOHLERS WOLFGANG / GODENZI GUNHILD / SCHLEGEL STEPHAN (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. HK StGB-AUTORENSCHAFT)

WOLFF JÖRG, Zur Diskussion um die Verwendung fiktiver Fälle zur Erforschung von Richterverhalten, Kriminologisches Journal 1970, S. 54 ff.

YAN SHI / LAO JIAQI, Sex Disparities in Sentencing and Judges' Beliefs: A Vignette Approach, Victims & Offenders 2022, S. 597 ff.

YOUNG WARREN / KING ANDREA, The Origins and Evolution of Sentencing Guidelines, A Comparison of England and Wales and New Zealand, in: Ashworth/Roberts (Hrsg.), Sentencing Guidelines, Exploring the English Model, Oxford 2013, S. 202 ff.

ZAMIR EYAL / TEICHMAN DORON, Behavioral Law and Economics, Oxford 2018

ZEISEL HANS / DIAMOND SHARI SELDMAN, Sentencing Councils: A Study of Sentence Disparity and its Reduction, University of Chicago Law Review 1975, S. 109 ff.

Materialienverzeichnis

Die Materialien sind nach Urheberschaft in inländische und internationale unterteilt.

Schweiz

Bericht des Bundesrates zum Postulat Rickli 10.3693 vom 27. September 2010;
Kosten des Strafvollzugs in der Schweiz vom 17. Mai 2013 (zit. Bericht
Postulat Rickli)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996,
BBl1997I1 (zit. Botschaft BV)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine
Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Mili-
tärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht
vom 21. September 1998, BBl1999II1979 (zit. Botschaft AT-Revision 2007)

Botschaft zur Harmonisierung der Strafraumen und zur Anpassung des
Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht vom 25. April 2018,
BBl20182827 (zit. Botschaft Harmonisierung)

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001,
BBl20014202 (zit. Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege)

Bundesamt für Statistik,

- Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach
Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz und Kantone [ab 2008]
vom 16. Oktober 2023, je-d-19.03.01.02.03.01.02a (zit. BFS, Verurteilungen
nach Artikeln des StGB)
- Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Art
und Dauer der Hauptstrafe, Schweiz und Kantone [ab 2018] vom 16. Okto-
ber 2023, je-d-19.03.03.02.02.01.02a (BFS, Verurteilungen nach Art und
Dauer der Hauptstrafe)
- Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Art
und Dauer der Hauptstrafe für eine Auswahl an Straftaten [ab 2018] vom
16. Oktober 2023, je-d-19.03.03.02.02.01.02a (zit. BFS, Verurteilungen nach
Art und Dauer der Hauptstrafe [Auswahl])
- Erwachsene: Verurteilungen von Erwachsenen wegen eines Vergehens
oder Verbrechens, nach Verfahrensart vom 16. Oktober 2023, je-d-
19.03.01.02.01.01.01 (zit. BFS, Verurteilungen nach Verfahrensart)

- Bundesbeschluss betreffend die Erhaltung des Ergebnisses der Volksabstimmung vom 7. Februar 1971 über die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts in eidgenössischen Angelegenheiten vom 16. März 1971, AS 1971 325 (zit. Erhaltungsbefehl Frauenstimmrecht)
- Eidgenössische Finanzkontrolle, Audit de la mise en œuvre de la révision de loi et des objectifs stratégiques, Institut suisse de droit comparé vom 29. März 2023 (zit. EFK, Audit SIR 2023)
- Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht vom 8. September 2010 (zit. Bericht Harmonisierung)
- Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Genf,
– Directive B.2: Sanctions et barèmes vom 19. September 2012, Stand 7. April 2022 (zit. GStA GE, Weisung Strafzumessung)
– Directive B.5: Barème LCR vom 10. Dezember 2012, Stand 5. Oktober 2023 (zit. GStA GE, Weisung Strafzumessung [SVG])
- Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Waadt, Directive n° 1.5: Fixation des peines et harmonisation des sanctions vom 1. September 2018, Stand 17. November 2023 (zit. GStA VD, Weisung Strafzumessung)
- Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Wallis, Weisung betreffend die Fixierung des Strafmasses beim Fahren in angetrunkenem Zustand (Art. 91 SVG) vom 12. September 2016 (zit. GStA VS, Weisungen Strafzumessung [91 SVG])
- Justiz Graubünden, Geschäftsberichte 2022 vom März 2023 (zit. Justiz GR, Geschäftsberichte 2022)
- Kanton Appenzell Innerrhoden, Geschäftsbericht 2022 der Gerichte an den Grossen Rat des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 21. Juni 2023 (zit. AI, Geschäftsbericht 2022 der Gerichte)
- Kanton Glarus, Tätigkeitsbericht 2022 (zit. GL, Tätigkeitsbericht 2022)
- Kantonsgericht Basel-Landschaft, Amtsbericht des Kantonsgerichts an den Landrat des Kantons Basel-Landschaft über die Tätigkeit im Jahr 2022 vom April 2023 (zit. KGer BL, Amtsbericht 2022)
- Kantonsgericht Neuenburg, Rapport de la commission administrative des autorités judiciaires et du Conseil de la magistrature, Exercice 2022 vom 31. März 2023 (zit. KGer NE, Jahresbericht 2022)

Kantonsgericht Schwyz, Medienmitteilung «Kantons- und Verwaltungsgericht Schwyz publizieren ihre Entscheide online» vom 11. April 2018 (zit. KGer SZ, Medienmitteilung)

Obergericht des Kantons Zürich,

- Rechenschaftsbericht 2022 vom März 2023 (zit. OGer ZH, Rechenschaftsbericht 2022)
- Rechenschaftsbericht 2023 vom März 2024 (zit. OGer ZH, Rechenschaftsbericht 2023)

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau, Strafbefehlsempfehlungen 2023 vom 1. April 2017, Stand 1. Oktober 2023 (zit. OStA AG, Strafbefehlsempfehlungen)

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Schwyz, Weisung Nr 7.1: Strafzumessung 1 vom 1. Januar 2017 (zit. OStA SZ, Weisung Strafzumessung 1)

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Strafmassempfehlungen vom 23. November 2023 (zit. OStA ZH, Strafmassempfehlungen)

Schweizerische Staatsanwaltschaftskonferenz,

- Empfehlungen BetmG vom 7. März 2012 (zit. SSK, Empfehlungen [BetmG])
- Strafmassempfehlungen SVG vom 24. November 2016 (zit. SSK, Strafmassempfehlungen [SVG])

Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern, Öffentliche Strafmassempfehlungen SVG vom 1. Juli 2021 (zit. StA LU, Strafmassempfehlungen [SVG])

Staatsanwaltschaft des Kantons Neuenburg, Recommandations en matière de fixation de peine vom Mai 2023 (zit. StA NE, Strafzumessungsempfehlungen)

Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Strafmassrichtlinien für Strassenverkehrsdelikte vom Januar 2024 (zit. StA SG, Strafmassrichtlinien [SVG])

Verband Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, Richtlinien für die Strafzumessung vom 8. Dezember 2006, Stand 1. Januar 2023 (zit. VBRS, Strafzumessungsrichtlinien)

International

American Law Institute, Model Penal Code: Sentencing, Final Draft vom 10. April 2017 (zit. ALI, MPCS)

Australian Law Reform Commission, Report 103: Same Crime, Same Time vom April 2006 (zit. ALRC, Same Crime)

Chief Justice of Uganda, The Constitution (Sentencing Guidelines for Courts of Judicature) (Practice) Directions 2013 (zit. Chief Justice [UGA], Sentencing Guidelines)

Europarat, Ministerkomitee,

- Recommendation No. R. (92) 17 of the Committee of Ministers to Member States concerning Consistency in Sentencing vom 19. Oktober 1992 (zit. Europarat, Empfehlung)
- Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (92) 17 of the Committee of Ministers to member states concerning Consistency in Sentencing vom 19. Oktober 1992 (zit. Europarat, Memorandum)

Federal Capital Territory High Court of Nigeria,

- Federal Capital Territory Courts (Sentencing Guidelines) Practice Directions vom 19. Oktober 2016 (zit. FCTHC [NGA], Sentencing Guidelines 2016)
- Consolidated Federal Capital Territory Courts (Custodial and Non-Custodial Sentencing) Practice Directions vom 2. November 2020 (zit. FCTHC [NGA], Sentencing Guidelines 2020).

Judicial Commission of New South Wales, Annual Report 2022-2023 vom 7. November 2023 (zit. Judicial Commission [AUS-NSW], Annual Report 2022-2023)

Judiciary of Tanzania, Sentencing Manual for Judicial Officers vom Januar 2020 (zit. Judiciary of Tanzania, Sentencing Manual)

Law Library of Congress, Jurisdictions with Sentencing Guidelines vom Dezember 2023 (zit. Law Library of Congress, Jurisdictions with Sentencing Guidelines)

Scottish Sentencing Council,

- Principles and purposes of sentencing, Sentencing guideline vom 26. November 2018 (zit. Sentencing Council [GB-SCT], Sentencing Guideline)
- Annual Report 2022-23 vom Oktober 2023 (zit. Sentencing Council [GB-SCT], Annual Report 2022-23)

Sentencing Commission of Korea, 2021 Sentencing Guidelines vom November 2021 (zit. Sentencing Commission [KOR], Sentencing Guidelines)

Sentencing Council for England and Wales,

- Benefit Fraud vom 1. Oktober 2014 (zit. Sentencing Council [GB-EAW], Benefit Fraud)
- General guideline: overarching principles vom 1. Oktober 2019 (zit. Sentencing Council [GB-EAW], Overarching principles)
- Imposition of community and custodial sentences vom 1. Februar 2017 (zit. Sentencing Council [GB-EAW], Community and custodial sentences)
- Offences taken into consideration vom 11. Juni 2012 (zit. Sentencing Council [GB-EAW], Offences taken into consideration)
- Reduction in sentence for a guilty plea vom 1. Juni 2017 (zit. Sentencing Council [GB-EAW], Guilty plea)
- Sentencing Children and Young People vom 1. Juni 2017 (zit. Sentencing Council [GB-EAW], Children and Young People)
- Sentencing Council Annual report 2022/23 vom Juli 2023 (zit. Sentencing Council [GB-EAW], Annual Report 2022/23)
- Sentencing offenders with mental disorders, developmental disorders, or neurological impairments vom 1. Oktober 2020 (zit. Sentencing Council [GB-EAW], Disorders)

Sentencing Guidelines and Information Committee of Ireland, Guideline Development Procedure vom 24. Mai 2023 (zit. Sentencing Committee [IE], Guideline Development Procedure)**Supreme Court of Jamaica, Sentencing Guidelines for Use by Judges of the Supreme Court of Jamaica and the Parish Courts vom Dezember 2017 (zit. JMSC, Sentencing Guidelines)**

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis

Abbildungen

Abbildung 1: Verhältnis von Verschulden und Strafe (Varianten)	91
Abbildung 2: Lineare Strafrahmen im ordinalen Vergleich	92
Abbildung 3: Ermessen, Unschärfebereich und Strafrahmen	151
Abbildung 4: Strafzumessung als Vielzahl von Ermessensentscheiden	152
Abbildung 5: Bundesgerichtliches Ermessensverständnis	158
Abbildung 6: Beispiel-Vignette von Clancy et al. 1981, S. 530	188
Abbildung 7: Teilnehmende nach Kanton	199
Abbildung 8: Strafoptionen nach Vignette (Gruppe 1)	204
Abbildung 9: Straffarten (Gruppe 1)	205
Abbildung 10: Dichteverteilung der Strafen (Gruppe 1)	212
Abbildung 11: Box-Plot der Strafen (Gruppe 1)	213
Abbildung 12: Prägnanztendenz (Gruppe 1)	214
Abbildung 13: Pattern-Noise (Gruppe 1)	218
Abbildung 14: Dichteverteilung der Strafen nach Region (Gruppe 1)	220
Abbildung 15: Box-Plot der Strafen nach Kanton (Gruppe 1)	221
Abbildung 16: Box-Plot der Strafen nach Gerichte ZH (Gruppe 1)	224
Abbildung 17: Box-Plot der Strafen nach Zuständigkeit (Betrug & Tötung, Gruppe 1)	229
Abbildung 18: Box-Plot der Strafen nach Verwendung eigener Hilfsmittel (Gruppe 1)	231
Abbildung 19: Strafoptionen alle Vignetten nach Gruppen	232
Abbildung 20: Strafoptionen (Betrug) nach Gruppen	233
Abbildung 21: Dichteverteilung Verbindungsbussen nach Gruppen (mit Anker)	234
Abbildung 22: Box-Plot der Strafen nach Gruppen	236
Abbildung 23: Dichteverteilung der Strafen nach Gruppen (mit Anker)	237
Abbildung 24: Verwendungshäufigkeit von Hilfsmitteln (alle Teilnehmenden)	242
Abbildung 25: Selbsteinschätzung der Punitivität (alle Teilnehmenden)	245
Abbildung 26: Korrelation eigene Strafe und geschätzte Durchschnittsstrafe (Tötung)	247
Abbildung 27: Korrelation zwischen eigener und normativ vertretbarer Strafe (alle Teilnehmende)	249
Abbildung 28: Individuelle Vertretbarkeitsrahmen (Tötung, Gruppe 1)	249

Abbildung 29: Durchschnittsstrafe als angemessene Strafe? (Gruppe 1) ...	251
Abbildung 30: Aggregierter Bereich des Vertretbaren (Tötung, Gruppe 1)	252
Abbildung 31: Beispiel statistische Informationen JIRS (alle)	280
Abbildung 32: Beispiel statistische Informationen JIRS (Strafdauer)	280
Abbildung 33: Beispiel Fallbeschreibung JIRS	281
Abbildung 34: Sentencing-Matrix Sozialversicherungsbetrug	293
Abbildung 35: Prägnanztendenz (alle Teilnehmenden)	328
Abbildung 36: Dichteverteilung der Strafen (alle Teilnehmenden)	329
Abbildung 37: Box-Plot der Strafen (alle Teilnehmenden)	330

Tabellen

Tabelle 1: Alkoholgrenzwerte in kantonalen Strafmassempfehlungen ...	78
Tabelle 2: Abbruchort nach Gruppen	200
Tabelle 3: Vollzug innerhalb häufigster Straftat (Gruppe 1)	206
Tabelle 4: Bedingte Strafen mit und ohne Verbindungsbusse (Gruppe 1)	206
Tabelle 5: Kantonale Tendenzen zur Verbindungsbusse (Gruppe 1)	207
Tabelle 6: Verteilung der Strafen (Gruppe 1)	215
Tabelle 7: Auszug Rangliste nach Strenge (Level-Noise, Gruppe 1)	217
Tabelle 8: Strafen nach Region (Gruppe 1)	219
Tabelle 9: Strafen nach Kanton inkl. gesamte Schweiz (Gruppe 1)	223
Tabelle 10: Simulation Kollegialgericht Bezirksgericht Zürich (Gruppe 1)	227
Tabelle 11: Strafen nach Zuständigkeit (Betrug & Tötung, Gruppe 1)	229
Tabelle 12: Verwendung von Hilfsmitteln (Gruppe 1)	230
Tabelle 13: Strafen nach Verwendung eigener Hilfsmittel (Gruppe 1)	230
Tabelle 14: Strafen nach Gruppen	235
Tabelle 15: Ankerwerte für Gruppe 2 (in Strafeinheiten)	236
Tabelle 16: Strafen nach Gruppen (Vergleich SD und CV)	239
Tabelle 17: Gruppenvergleich ohne unzuständige Gerichte (Betrug und Tötung)	240
Tabelle 18: Gruppenvergleich ohne Verwendung eigener Hilfsmittel ...	240
Tabelle 19: Wichtigkeit des üblichen Strafmasses (alle Teilnehmenden)	241
Tabelle 20: Suchort Vergleichsfälle (alle Teilnehmenden)	242
Tabelle 21: Hinweisfrequenz auf Vergleichsfälle (alle Teilnehmenden) ...	243
Tabelle 22: Art des Hinweises auf Vergleichsfälle (alle Teilnehmenden)	243
Tabelle 23: Selbsteinschätzung der Punitivität (alle Teilnehmenden) ...	245
Tabelle 24: Trefferquote Selbsteinschätzung Punitivität (nach Gruppen)	246
Tabelle 25: Geschätzte vs. tatsächliche Strafzumessung beim Tötungsdelikt (nach Gruppen)	248

Tabelle 26: Teilnehmende nach Kanton und Gericht (alle Teilnehmenden)	323
Tabelle 27: Strafskalisierung, Vergleich der Berechnungsmethoden (alle Teilnehmenden)	324
Tabelle 28: Shapiro-Wilk-Tests (Experimentgruppen, Strafen)	325
Tabelle 29: Levene-Tests (Experimentgruppen, Strafen)	325
Tabelle 30: Shapiro-Wilk-Tests (Experimentgruppen, Bussenhöhe)	326
Tabelle 31: Levene-Tests (Experimentgruppen, Bussenhöhe)	326
Tabelle 32: Shapiro-Wilk-Tests (Sprachregionen)	327
Tabelle 33: Levene-Tests (Sprachregionen)	327
Tabelle 34: Verteilung der Strafen insgesamt (alle Teilnehmenden)	331
Tabelle 35: Vollzug und Verbindungsbusse innerhalb häufigster Strafart nach Gruppen	331
Tabelle 36: Vollzug innerhalb häufigster Strafart nach Gruppen	332
Tabelle 37: Wahl einer Verbindungsbusse nach Gruppen	332
Tabelle 38: Beträge der Verbindungsbusen nach Gruppen	332
Tabelle 39: Trefferquote Selbsteinschätzung Punitivität nach Gruppen (Drittel)	333
Tabelle 40: Unterschiedliche Grundstrenge (Gruppe 1, vollständig)	334
Tabelle 41: Ordinale Einreihung zwischen die Vergleichsfälle (Gruppe 2)	336

Über den Autor:

Luca Ranzoni ist Gerichtsschreiber am Bundesgericht und Herausgeber von *sui-generis.ch*. Er studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Zürich (MLaw) und Maastricht (LL.M.). Nach Anwalts- und Gerichtspraktika erlangte er das Anwaltspatent im Kanton St. Gallen, wo er für kurze Zeit als Gerichtsschreiber am Kantonsgericht tätig war. Seine Dissertation verfasste er während seiner Assistenzzeit bei Prof. Dr. Marc Thommen an der Universität Zürich.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

- 059 – Delphine Brun: **Dangerosité : du juge influencé par l’expert au juge indépendant**
- 058 – Olga Uehlinger: **Auswirkungen des BEPS-Projekts der OECD auf die Steuerordnung der Schweiz: Umsetzung des Aktionspunkts 5**
- 057 – Dana Mareckova: **Blockchain and Collective Rights Management of Copyright and Related Rights at the Global Level**
- 056 – Saskia Thomi: **Die Verantwortungsgemeinschaft**
- 055 – Sena Hangartner: **Strafrechtliche Dopingbekämpfung in der Schweiz**
- 054 – Sonja Mango-Meier: **Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters bei geringfügigen Widerhandlungen gegen das schweizerische Strassenverkehrsrecht durch eine unbekannte Täterschaft**
- 053 – Yannick Weber: **Die Nichtigkeit im öffentlichen Recht**
- 052 – Arezoo Sang Bastian: **Between Islamic and Secular Law**
- 051 – APARIUZ XXIV: **Der Prozess**
- 050 – Ricarda Stoppelhaar: **Die Indirekte Stellvertretung**
- 049 – Martin Seelmann: **Strafzumessung und Doppelverwertung**
- 048 – Benjamin Clément: **Die strafbare Unterlassung der allgemeinen Lebensrettungspflicht**
- 047 – Luca Ruggiero: **Effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations horizontales européen**
- 046 – Miriam Lüdi: **Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und Siedlungsverdichtung**
- 045 – Corina Ingold: **Das Kompensationsprinzip im Schweizer Raumplanungsrecht**
- 044 – Alex Attinger: **Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und Dogmatik**

- 043 – Myriam Christ: Le profilage dans le cadre d'une procédure d'embauche entre particuliers
- 042 – Andreas Wehowsky: Expedited Procedures in International Commercial Arbitration
- 041 – Lukas Valis: Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer ex-ante Regulierung?
- 040 – Constance Kaempfer: Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses
- 039 – Ruedi Ackermann: Der Mietvertrag mit mehreren Mietern
- 038 – Lukas Hussmann: International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände
- 037 – Nils Reimann: Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory
- 036 – Jeremias Fellmann: Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht
- 035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen
- 034 – Nora Camenisch: Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen
- 033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: 20 ans de la transparence à Genève
- 032 – Nicolas Leu: Kritik der objektiven Zurechnung
- 031 – Martin Klingler: Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren
- 030 – Christoph Mettler: Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014
- 028 – APARIUZ XXIII: Recht in der Krise
- 027 – Maja Łysienia: Seeking Convergence?
- 026 – Marc Thommen: Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)
- 025 – Severin Meier: Indeterminacy of International Law?
- 024 – Marina Piolino: Die Staatsunabhängigkeit der Medien
- 023 – Reto Pfeiffer: Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendungsmisbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)
- 022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft

- 021 – Roger Plattner: **Digitales Verwaltungshandeln**
- 020 – Raphaël Marlétaz: **L’harmonisation des lois cantonales d’aide sociale**
- 019 – APARIUZ XXII: **Unter Gleichen**
- 018 – Kristin Hoffmann: **Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren**
- 017 – Monika Pfyffer von Altishofen: **Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen**
- 016 – Valentin Botteron: **Le contrôle des concentrations d’entreprises**
- 015 – Frédéric Erard: **Le secret médical**
- 014 – Stephan Bernard: **Was ist Strafverteidigung?**
- 013 – Emanuel Bittel: **Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht**
- 012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: **Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht**
- 011 – Lorenz Raess: **Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration**
- 010 – David Henseler: **Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private**
- 009 – Dominik Elser: **Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben**

Die Bücher 001–008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 21. März 2025

© 2025 Luca Ranzoni

*Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität
Zürich genehmigten Dissertation.*

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers
erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen
Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-60-5

DOI: 10.38107/060

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

Zentrales Auslieferungslager in der EU ist die GVA Göttingen,
Anna-Vandenhoeck-Ring 36, 37081 Göttingen, info@gva-verlage.de

sui generis Verlag, Viaduktstrasse 21, 8005 Zürich
www.suigeneris-verlag.ch, info@suigeneris-verlag.ch

GERECHTE OHNE GLEICH

Gerichte müssen bei der Strafzumessung im Spannungsfeld zwischen Individualisierung und Gleichbehandlung eine angemessene Strafe finden. Die vorliegende Dissertation zeigt im dogmatischen Teil auf, dass dabei der Individualisierung in der Rechtsprechung zu Unrecht eine Vorrangstellung eingeräumt wird. Die Folgen wurden im Rahmen der eigenen empirischen Untersuchung mit knapp 240 Strafrichterinnen und -richtern deutlich: Zwischen ihnen bestehen erhebliche Unterschiede in der Strafzumessung. Dass möglichst freies Ermessen zu angemessenen Strafen führt, muss damit zumindest in Zweifel gezogen werden. Die Arbeit zeigt abschliessend Massnahmen auf, um die Einheitlichkeit der Strafzumessung zu verbessern, ohne eine Einzelfallbeurteilung zu verunmöglichen.

sui generis

ISBN 978-3-907297-60-5

DOI 10.38107/060