

Strafzumessung am Scheideweg? Legal Tech und Strafzumessung

von RA Dr. Felix Ruppert*

Abstract

Während der Siegeszug von Legal Technologies – also des Einsatzes moderner computergestützter Technologien in der Rechtsanwendung – unaufhaltsam voranschreitet, befindet sich das Strafzumessungsrecht bereits seit längerem in einer tiefen Krise. Es scheint daher naheliegend, die Strafzumessung an dem Siegeszug von Legal Tech teilhaben zu lassen und ihr dergestalt zu mehr Transparenz, Vergleichbarkeit und somit auch Akzeptanz zu verhelfen. Entsprechende Versuche der Etablierung einer Strafzumessungsdatenbank sind bereits gestartet. Doch die Entscheidung für den Einsatz entsprechender Technologien reicht weiter, als zunächst vermutet. Schließlich stellt sie erneut die Frage nach der Zukunft des Strafzumessungsrechts, welches damit am Scheideweg scheint.

While using modern computer-assisted technology and software to provide legal services – also known as legal technology – appears to be on the rise, the law of sentencing rather seems to face a persistent downswing. Therefore, sentencing by means of legal tech must be considered auspicious, since more transparency, comparability and acceptability might be achieved. Appropriate attempts seeking to implement a data base in order to collect sentencing verdicts have already been started. However, using legal technologies has more influence on sentencing than expected at first sight. In the end, it challenges the future of sentencing once again so that sentencing happens to be at the crossroads.

I. Legal Tech auf dem Vormarsch

Die durch die Digitalisierung ausgelöste digitale Transformation prägt das Bild der Gesellschaft wie nur wenige Entwicklungen zuvor.¹ Nicht zu Unrecht ist daher auch die Rede von einer derart angetriebenen vierten Stufe der industriellen Revolution.² Angesichts dessen überrascht es in einer modernen Welt nur wenig, wenn die fortschreitende Digitalisierung auch in die Rechtswissenschaften vordringt.³ Entgegen der zuhauf geäußerten Skepsis⁴ erkämpft sich Legal Technology (kurz: Legal Tech) zunehmend ihren Standort innerhalb des juristischen Systems.⁵ Dazu tragen neben dem BGH⁶ auch diverse Massenanspruchshänomene vor deutschen Gerichten bei,⁷ welche das Bedürfnis nach entsprechenden, massentauglichen Dienstleistungen vor Augen führen.⁸

Dabei wird unter Legal Tech überwiegend der Einsatz moderner, computergestützter Technologien verstanden, um Rechtsfindung, -anwendung und -zugang zu automatisieren, zu vereinfachen und zu verbessern.⁹ Der potenzielle Anwendungsbereich von Legal Tech ist der Definition entsprechend weit. So fällt darunter nicht nur die elektronische Datenverwaltung in Form von Datenbanken, sondern auch die teil- oder gar vollautomatische Prüfung spezifischer Dokumente oder Sachverhalte.¹⁰ Dergestalt können Computerprogramme algorithmenbasiert etwa Verträge, Verwaltungsakte oder tatsächliche Sachverhalte erfassen und nach bestimmten Parametern durchsuchen oder kategorisieren.¹¹ Diese Technologien sind daher in besonderem Maße dazu geeignet, Rechtsdienstleistungen anzubieten, die sich für Verbraucher und Mandanten nicht zuletzt aufgrund ihrer Massentauglichkeit oder im Vorhinein erfolgreicher Kostenrisikoprognosen samt er-

* Dr. Felix Ruppert ist Rechtsanwalt bei Trüg Habetha Rechtsanwälte, Freiburg i. Br. und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinstrafrecht der Universität Bayreuth. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Verfassers an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Dezember 2020.

¹ Zu rechtlichen Herausforderungen der Digitalisierung etwa am Beispiel des allgemeinen Zivilrechts *Wendehorst*, NJW 2016, 2609; des Gesellschaftsrechts *Teichmann*, ZfPW 2019, 247 oder des Wettbewerbsrechts *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321.

² Oder Industrie 4.0, siehe nur *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321; *Florida*, Die 4. Revolution, 2015, S. 121 ff.

³ Zur Entwicklung etwa *Fries*, NJW 2020, 193 (193 f.) und *Kilian*, ZRP 2020, 59 („Demokratisierung des Rechts“).

⁴ Vgl. nur *LG Köln*, MMR 2020, 56.

⁵ Bedeutend etwa *BGH*, NJW 2020, 208 sowie *LG Düsseldorf*, BeckRS 2020, 993; dazu auch *Fries*, NJW 2020, 193 (194 f.) und *Plottek/Quarch*, NZV 2020, 401.

⁶ *BGH*, NJW 2020, 208; zu resultierenden berufsrechtlichen Überlegungen *Hartung*, AnwBl 2020, 16.

⁷ Seien es aus dem sog. Abgasskandal, aus widerrufenen Verbraucherkrediten oder verspäteten Flügen resultierende Ansprüche. Vgl. auch *Römermann/Günther*, NJW 2019, 551.

⁸ Mit dem Beschluss des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt hat das Bundeskabinett am 20.1.2021 daher das offizielle Verfahren eingeleitet, um mehr Chancengleichheit zwischen Legal Tech-Anbietern und Anwaltschaft zu erzielen.

⁹ *Hartung*, in: *Hartung/Bues/Halbleib*, Legal Tech, 2018, S. 7.

¹⁰ *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (956); *Frese*, NJW 2015, 2090 (2091 f.); *Stiemerling*, CR 2015, 762 (765).

¹¹ Vgl. nur die zahlreichen Beispiele bei *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (956); *Frese*, NJW 2015, 2090 (2092); *Kaulartz/Heckmann*, CR 2016, 618 (618 f.); *Tavakoli*, ZRP 2020, 46 (48); *Stiemerling*, CR 2015, 762 (765). Zur Macht der Algorithmen auch *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321 (322).

folgsabhängigen Vergütungen als Bereicherung darstellen.¹² Zugehörige Prüfverfahren sind für Verbraucher also nicht nur risikoarm, sondern auch online und damit mühelos sowie wenig zeitintensiv in Anspruch zu nehmen. Dementsprechend wird Rechtsrat nicht nur günstiger, sondern ist auch einer breiteren Bevölkerungsgruppe zugänglich, was durch mitunter erheblich verringerten Recherche- oder Prüfaufwand des Rechtsanwalts nur potenziert wird.¹³ Es verwundert daher nur wenig, wenn der Siegeszug von Legal Tech in erster Linie aus anwaltlicher Perspektive bzw. zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche der Verbraucher diskutiert oder implementiert wird.¹⁴ Der hiesige Beitrag soll indes mit der vornehmlich zivilrechtlichen Betrachtung brechen und der Frage nachgehen, ob die Vorteile der Digitalisierung auch in das Strafrecht Einzug halten können.¹⁵ Dabei gilt die Betrachtung nicht der Auslagerung einzelner Subsumtions- oder Recherchefragen aus einem mit Arbeit belasteten Apparat, sondern vielmehr der ureigenen Aufgabe des Richters: der Festsetzung der Strafe. Denn wenn bereits mit einer mittels Legal Tech errichteten Strafzumessungsdatenbank mehr Transparenz eingefordert, diese als Hoffnung für den gesamten Strafzumessungsakt begriffen¹⁶ und darüber hinaus bereits zu implementieren versucht wird,¹⁷ ist es notwendig, die mit einem solchen Legal Tech-Einsatz einhergehenden Auswirkungen auf das Strafzumessungsrecht näher zu beleuchten. Denn der Einsatz entsprechender Technik vermag mitunter die bisherige Strafzumessungspraxis aus den Fugen zu heben.

II. Strafzumessung in der Krise

Die Verknüpfung von Legal Tech und Strafzumessung kommt dabei nicht von ungefähr. Denn während sich Legal Tech stetig steigender Beliebtheit erfreut, befindet sich der Akt der Strafzumessung seit Längerem in der Krise.¹⁸ Obwohl die Strafzumessungsentscheidung in der Regel den für den Angeklagten mit der Entscheidung über das Ausmaß eines gravierenden Grundrechtseingriffes bedeutendsten Aspekt darstellt,¹⁹ übt sich der Gesetzgeber in

Zurückhaltung bezüglich der Normierung eines konkreteren Rahmens. Auch nach mehr als 50 Jahren trägt die Hauptlast noch immer die nunmehr in § 46 StGB kodifizierte, sogenannte Grundlagenformel der Strafzumessung, welche den traditionell weiten Strafraumen mit spezifischen Anhaltspunkten zum Auffinden der angemessenen Strafe entgegentreten sollte.²⁰ Ob diese ihrer Aufgabe, die wichtigsten Strafzumessungskriterien zu normieren und so Willkür und Ungleichheit²¹ zu begegnen, gerecht wird, ist freilich zweifelhaft. Während einerseits der missglückte Versuch betont wird, die Strafzumessung anhand eines Normtextes vorhersehbar und weitgehend einheitlich zu gestalten,²² wird andererseits der Vorwurf erhoben, dass die Normen zur Strafzumessung auch im Lichte des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht bestehen könnten.²³ Demgegenüber tritt das Verdienst der Grundlagenformel, nicht nur die Diskussion um die Strafzumessung anzutreiben, sondern neben offerierten Gesichtspunkten zur Bemessung der Strafe auch die Schuld des Täters explizit zur Grundlage der Strafzumessung erklärt zu haben,²⁴ zumeist in den Hintergrund.

1. Status quo der Strafzumessung

Die Gründe für den zuhauf als defizitär umschriebenen Zustand der Strafzumessung werden neben der zentralen Strafzumessungsnorm des § 46 StGB auch in der weiten Ausgestaltung der gesetzlichen Strafraumen der Delikte des Besonderen Teils erblickt.²⁵ In der Zusammenschau wird so ein weiter, offener Strafraumen gezogen, der kaum durch konkrete Angaben zur Festlegung einer im Einzelfall angemessenen Strafe konturiert wird.²⁶ Tragen sowohl spezifische Strafraumen, als auch die Grundlagenformel jedenfalls dem Umstand Rechnung, dass ein die Spezifika des Einzelfalls berücksichtigender Rechtsfolgenanspruch angesichts der Diversität verschiedenster tatsächlicher Umstände nicht gesetzlich normiert zu werden vermag, so lässt die Weite des eröffneten Feldes doch die Frage offen, wie viel Offenheit und Unbestimmtheit möglich scheinen. Während § 46 Abs. 1 StGB mit dem Abstellen auf die Schuld noch recht vage zu Werke geht und

¹² *Hartung/Meising*, NZFam 2019, 982 (982 f.); kritisch aber *Tavakoli*, ZRP 2020, 46 (47). Im Rahmen der mittels Legal Tech vorgenommenen Prüfung der Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen wegen Flugverspätungen wird zwar mit einer quota litis von bis zu 35% im Erfolgsfalle ein beträchtliches Honorar fällig – nachdem aber nur bei erfolgreicher Durchsetzung der Ansprüche überhaupt ein Honorar zu bezahlen ist, nehmen Verbraucher dies mitunter gerne in Kauf, da sie andernfalls gänzlich von der Rechtsdurchsetzung absehen würden, eingehend *Hartung*, AnwBl Online 2019, 353.

¹³ *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (956); *Fries*, NJW 2016, 2860 (2863).

¹⁴ Vgl. nur die zahlreichen Beispiele bei *Fries*, NJW 2020, 193; *Günther*, GRUR-Prax 2020, 96; *Römermann/Günther*, NJW 2019, 551.

¹⁵ Dazu bereits *Kaspar/Höffler/Harrendorf*, NK 2020, 35 ff. und *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 ff.

¹⁶ *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (270 ff.).

¹⁷ Siehe <http://testrelaunch2020.legaltechcologne.de/ltlc-projects/> (zuletzt abgerufen am 22.1.2021).

¹⁸ Vgl. bereits *Stratenwerth*, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, S. 13; eingehend *Kaspar*, *Gutachten C zum 72. DJT*, 2018, C 60 ff.; Ferner *Radtke*, DRiZ 2018, 250 (276); *Streng*, StV 2018, 593 ff.; *Verrel*, JZ 2018, 811 ff.; zur jüngeren Kritik des Vorwurfs zu täterfreundlicher Urteile *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 ff.

¹⁹ *Kaspar*, NJW-Beil 2018, 37 (37); *Kudlich/Koch*, NJW 2018, 2762 (2762 f.).

²⁰ Eingeführt durch das 1. StrG vom 25.6.1969 als damaliger § 13 StGB (BGBl. I 1969, S. 645); wortgleich in § 46 StGB überführt durch das 2. StrG vom 4.7.1969 (BGBl. I 1969, S. 717 ff.) und betreffend Abs. 2 S. geändert durch Art. 3 des Opferschutzgesetzes (BGBl. I 1986, S. 2496 ff.), dazu sowie zur weiteren Geschichte der Norm *Streng*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46 Rn. 1 ff.

²¹ Zur Domäne des Trichters etwa *Frisch*, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, 1971, S. 2.

²² Berühmt die Bezeichnung als gesetzgeberische Fehlleistung von besonderem Rang bei *Stratenwerth* (Fn. 18), S. 13; *Verrel*, in: FS Wolter, 2013, S. 800 (801); *Kudlich/Koch*, NJW 2018, 2762 (2763).

²³ *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 19 ff.; *Eschelbach*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2020), § 46 Rn. 13; *Dannecker*, in: FS Roxin (II), 2011, S. 285 ff.; *Kaspar/Höffler/Harrendorf*, NK 2020, 35 (36).

²⁴ So Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46 Rn. 1.

²⁵ *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 200 f.; *Freund*, GA 1999, 509 (524); *Kaspar/Höffler/Harrendorf*, NK 2020, 35 (36); so bereits *Göppinger/Hartmann/Schöch*, *Kriminologische Gegenwartsfragen*, 1972, S. 128 (128).

²⁶ Eine deutliche Konturierung der Strafraumen fordernd daher Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 72; a.A. Maier, in: MüKo-StGB, 46. Auflage (2020), § 46 Rn. 11.

einen zu bestimmenden Begriff offeriert, der nicht in feste Strafzumessungspunkte übersetzt werden kann, führt § 46 Abs. 2 StGB nicht abschließend einige Zumessungsaspekte auf, ohne diese zu gewichten.²⁷ Die Regelung wird daher nicht selten als unbrauchbar bezeichnet²⁸ und zeigt sich gerade gegenüber materiellen Strafbestimmungen als deutlich weniger konturiert.²⁹ Eine wirkliche Hilfe, wie eine gewisse Schuldschwere letztlich in eine konkrete Strafe zu übersetzen sei, wird nicht angeboten.³⁰ Die Konsequenz dieses weiten Feldes sind undurchsichtige Spielräume³¹ und erhebliche regionale Unterschiede bei der Strafzumessung in per se vergleichbaren Fällen.³² So divergiert die letztlich verhängte Strafe nicht nur bedeutend entlang der Nord-Süd-Achse, sondern mitunter von Gerichtsbezirk zu Gerichtsbezirk.³³ Zurückgeführt wird dies bisweilen auf lokal unterschiedliche Strafniveaus, welche durch den Rat erfahrener Kollegen verkörpert³⁴ oder gar in informellen Richtlinien schriftlich niedergelegt³⁵ werden. Neben der jeweiligen lokalen Strafzumessungstradition beeinflussen jedoch auch persönliche Präferenzen oder Eigenschaften der jeweiligen Richter das Strafmaß,³⁶ sodass subjektiven Empfindungen und Erfahrungswerten eine bedeutende Rolle zukommt.³⁷ Wird das materielle Recht zunehmend präzisiert oder nach dem Auftrag des *BVerfG* jedenfalls durch die Rechtsprechung bestimmbar gemacht,³⁸ so drängt sich die Frage auf, weshalb der letzte, spezifische Einsatz des schärfsten staatlichen Schwertes selbst derart mit Unschärfe behaftet bleibt und zudem Ungleichbehandlungen Tür und Tor öffnet.³⁹

Es scheint, als gründe die derzeitige Strafzumessungspraxis noch bedeutend auf der Vorstellung, dass die Strafzumessung die uneinsichtige Aufgabe des Tatgerichts sei. Bleiben jedoch die Kriterien und Ziele der Zumessungsentscheidung des Gerichts im Dunklen, so rückt eine intransparente sowie subjektiv gefärbte Entscheidung bedenklich nahe an unkontrollierbare Willkür heran. Ist nunmehr zwar anerkannt, dass die Strafzumessung an rechtliche Parameter geknüpft und somit auch revisionsrechtlich grundsätzlich überprüfbar ist,⁴⁰ so fragt sich doch, auf

welcher rational-objektiven Grundlage eine Überprüfung erfolgen soll, zumal der letzte Wertungsakt der konkreten Straffindung noch immer als Sache des Tatrichters gilt.⁴¹ Das moderne Revisionsverständnis beschränkt sich daher noch immer auf die Frage, ob der weite Rahmen einer nach oben und unten noch gerechten Strafe im Sinne eines gravierenden Fehlgriffs missachtet wurde,⁴² wenngleich die früher geübte Zurückhaltung des Revisionsgerichts langsam einer intensiveren Überprüfung weicht.⁴³ Dass auch diese bisweilen an identen Defiziten leidet, liegt in der Natur der Sache. Daher wird die erweiterte Revision als bloßer Anschein einer Verrechtlichung und Kontrollierbarkeit begriffen.⁴⁴

2. Risiken derzeitiger Strafzumessungspraxis

Neben der Gefahr richterlicher sowie lediglich eingeschränkt revisibler Willkür bieten insbesondere jene die Strafzumessung beeinflussenden Faktoren Anlass zur Sorge, welche auf nicht normativ relevanten Umständen beruhen.⁴⁵ Ergeben sich in per se sachlich vergleichbar gelagerten Fällen erhebliche Abweichungen im Strafmaß, welche auf strafzumessungsfremde Faktoren wie Regionalität oder persönliche Empfindungen des Richters zurückzuführen sind, so schwindet die Akzeptanz des Urteils seitens des Verurteilten sowie der Gesellschaft.⁴⁶ Dementsprechend vermag die Einbeziehung sachfremder Erwägungen mitunter die Rechtssicherheit zu konterkarieren und eine derart eingriffsintensive Maßnahme wie die Strafzumessung als nur noch schwer legitimierbar erscheinen, sodass das Vertrauen in die staatliche Ordnung zu schwinden droht.⁴⁷ Ferner dürfte die Wahrnehmung eines Rechtssystems als ungerecht das Maß der eigenen Normbefolgung mindern, sodass unterschiedliche Strafen für gleich gelagerte Straftaten nicht nur ungleich und ungerecht erscheinen, sondern gar präventiv dysfunktional wirken.⁴⁸

²⁷ *Kudlich/Koch*, NJW 2018, 2762 (2763); *Stahl*, Strafzumessungstatistiken zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 28.

²⁸ Zuletzt etwa *Hörnle*, GA 2019, 282 f.

²⁹ *Kaspar* (Fn. 18), C 12; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2015, S. 161.

³⁰ *Kaspar* (Fn. 18), C 12, *Montenbruck*, Strafraumen und Strafzumessung, 1983, S. 15.

³¹ *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 1; *Verrel*, FS Wolter, 2013, S. 800 (801).

³² *Grundies*, Gleiches Recht für alle?, 2016, S. 511; *Meier* (Fn. 29), S. 257; zu den Ursachen *Maurer*, Komparative Strafzumessung, 2015, S. 45 ff.

³³ *Kaspar/Höfller/Harrendorf*, NK 2020, 35 (37); *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (266). Zu entsprechenden Befunden bereits *Exner*, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931, S. 69 ff.

³⁴ *Hörnle*, in: Frisch, Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 113 (114).

³⁵ *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 13; *Kudlich/Koch*, NJW 2018, 2762 (2763).

³⁶ *Streng*, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 131 ff. Nach einer israelischen Studie soll gar das Hungergefühl die Härte der Entscheidungen beeinflussen, *Danziger u.a.*, PNAS 2011, 6889.

³⁷ *Schöch*, in: Göppinger/Hartmann, Kriminologische Gegenwartsfragen, 1972, S. 128 (129); *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 (287).

³⁸ Vgl. zum Präzisionsgebot *BVerfGE* 126, 170 (198 f.); *BVerfG*, wistra 2016, 21; zustimmend *Cornelius*, GA 2015, 101 (115); kritisch *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 1 Rn. 20; *Rotsch*, ZJS 2008, 132 (138 f.).

³⁹ Aus verfassungsrechtlicher Perspektive generell *Kaspar* (Fn. 18), C 86 ff.

⁴⁰ Ausweichbewegungen in Form von Urteilsabsprachen feststellend *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 1.

⁴¹ *Gericke*, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 337 Rn. 32; *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, 2019, § 337 Rn. 110 m.w.N.; vgl. *BGH*, NJW 1995, 407 (408).

⁴² Vgl. *BGH*, NSTZ 1985, 415; NSTZ-RR 2009, 343; NJW 2011, 2819, 2821; *Schneider*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2020), § 46 Rn. 320; *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, § 337 Rn. 111.

⁴³ *Gericke*, in: KK-StPO, § 337 Rn. 32; *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, § 337 Rn. 114; *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 188; *Goydke*, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 541 (542 ff.).

⁴⁴ *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 1; *Strate*, NSTZ 2010, 362 (364 ff.); *Maurer* (Fn. 32), S. 45 ff.

⁴⁵ So schon *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (265 f.); zur gebotenen Vorsicht bei der entsprechenden Einordnung aber *Albrecht*, ZStW 102 (1990), 596, 598 f.

⁴⁶ *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 (290).

⁴⁷ *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (266); zur (gefährdeten) öffentlichen Wahrnehmung von Strafurteilen auch *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 (285 ff.).

⁴⁸ So *Kaspar/Höfller/Harrendorf*, NK 2020, 35 (36) m.w.N.

3. Spannungsfeld des Strafzumessungsrechts

Gleichwohl vermag ein breites Reaktionsinstrumentarium dem Grunde nach als Vorzug des deutschen Systems begriffen zu werden.⁴⁹ Ferner ist es gerade dem deutschen Recht immanent, sich der abstrakt-generellen Regelungstechnik zu bedienen,⁵⁰ sodass sich bereits diesbezüglich eine allzu konkret normierte, punkttähnliche Strafe erheblich von der üblichen Regelungscharakteristik abheben und – systemfremd – dem case law zuwenden dürfte. Ferner bestünden Schwierigkeiten, die Besonderheiten des Einzelfalles entsprechend gesetzlich abzubilden sowie andererseits die Gefahr, mittels einer typisierten, gesetzlich gar vorgegebenen Simplifizierung der entsprechenden Entscheidungen das Strafniveau ohne weitere Kontrolle zu verfestigen.⁵¹ Selbst unverbindlich vorgegebene Regelstrafen mit bloßem Empfehlungscharakter würden aufgrund der damit einhergehenden Pauschalisierung einer gebotenen Würdigung des Einzelfalles anhand der für diesen relevanten Umstände bereits entgegenstehen.⁵² Es droht eine schlichte Mathematisierung der Strafzumessung, welche die Besonderheiten von Tat und Täter außer Acht lassen würde.⁵³

4. Lösungsansätze für das Strafzumessungsrecht

Es zeigt sich also, dass der Spagat, das Strafzumessungsrecht zwischen weitem Regelungsinstrumentarium und nachvollziehbarer Strafzumessung transparenter sowie nachvollziehbarer zu gestalten, ein weiter ist. Daher werden unterschiedliche Lösungsvorschläge unterbreitet, von denen hier zwar nur ein Ausschnitt wiedergegeben werden kann, welcher jedoch seinerseits für das Verständnis des darauffolgenden Zusammenspiels zwischen Legal Tech und Strafzumessungsrecht unentbehrlich scheint.

a) Reform innerhalb des bisherigen Systems

Ein Vorschlag zur praktischen, wenn auch nicht methodischen Eingrenzung weitreichender Strafraumen sieht eine Reform der Strafraumen des Besonderen Teils vor.⁵⁴ Entsprechend des Ziels sollen danach zunächst die großen Spannweiten der Strafraumen reduziert werden, indem einige in der Praxis kaum genutzte Obergrenzen abgesenkt werden sollen.⁵⁵ Dies scheint auf den ersten Blick freilich dort sinnvoll, wo empirische Befunde belegen, dass die

Strafzumessungspraxis ohnehin auf eine Ausreizung des Strafraumens nach oben hin verzichtet. Unbesehen einer von einer derartigen Obergrenze möglicherweise ausgehenden Signalwirkung⁵⁶ stellt sich jedoch die Frage, ob im Falle ohnehin nicht ausgeschöpfter Strafraumen die Korrektur rein kosmetischer Natur wäre, ist die Bedingung für deren Einschränkung doch deren praktisch kaum gegebener Gebrauch, sodass jedenfalls in faktischer Hinsicht kaum eine Einschränkung gewonnen wäre. Während die gleichsam vorgeschlagene Abschaffung unbenannter besonders schwerer Fälle den Strafraumen im Einzelfall spürbar einschränkte,⁵⁷ dürfte die Abschaffung einzeln ausgestalteter minder schwerer Fälle zugunsten einer allgemeinen, in § 49 StGB zu integrierenden Regelung, welche bei erheblichem Überwiegen mildernder Umstände eine Strafraumenmilderung ermögliche,⁵⁸ jedenfalls den eigentlichen Strafraumen nicht einschränken, sondern gar erweitern.

Können diese Vorschläge isoliert betrachtet den eigentlichen Akt wertender Strafzumessung nur wenig konturieren, so wird kumuliert oder alternativ eine entsprechende Reform der allgemeinen Zumessungsnorm des § 46 StGB vorgeschlagen. Von ausdifferenzierten Lösungsvorschlägen⁵⁹ bis zur Empfehlung, anstelle der Schuld des Täters das verschuldete Unrecht in den Mittelpunkt der Betrachtung des § 46 Abs. 1 StGB zu rücken,⁶⁰ finden sich zuhauf Vorschläge, deren Umsetzung bislang jedoch nicht weiter angestrebt wurde.

b) Komparative Strafzumessung

Einen anderen Weg verfolgt demgegenüber die vergleichende Strafzumessung. Angespornt durch regionale Unterschiede und Ungleichheiten versucht diese, einen Ausweg aus dem Spagat zwischen offenem Strafzumessungssystem und starr gebundener, konkreter Strafvorgabe zu finden, indem sie die Technik des Vergleichs der Strafhöhenbemessung als notwendig sowie verbesserungsbedürftig begreift.⁶¹ Dem liegt die Auffassung zugrunde, dass ein Mittelwert früherer Entscheidungen die gesellschaftlichen Wertvorstellungen verkörpere und so einen Fixpunkt darstelle, von dem aus jedenfalls in den Zumessungsvorgang gestartet werden könne.⁶² Entsprechende Abwei-

⁴⁹ Freund, GA 1999, 509 (515); Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (267).

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 13, 225 (229); 25, 371 (396); Larenz/Canaris, Methodenlehre, 1995, S. 71 f.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtslehre, 2015, Rn. 219, 756 ff.; Heinrich, AT, 6. Aufl. (2019), Rn. 135 ff.

⁵¹ Zur drohenden lediglich vordergründigen Gleichheit der Strafen, die eine notwendige Form der Individualisierung von Strafe verhindere Streng in: NK-StGB, § 46 Rn. 199; die Gefahr einer Erhöhung des Strafniveaus mit einem Blick auf die Vereinigten Staaten darlegend Kaspar, NJW-Beil. 2018, 37 (39).

⁵² Maier, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 11.

⁵³ Hoven, KriPoZ 2018, 287 (289); Streng, StV 2018, 593 (600).

⁵⁴ So Kaspar, NJW-Beil. 2018, 37 (40); ders., (Fn. 18), C107; dazu Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765).

⁵⁵ Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 200; Kaspar, NJW-Beil. 2018, 37 (40); für Fälle, in denen die Praxis regelmäßig auf einen minder schweren Fall zurückgreift bejahend auch Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765); a.A. jedoch Maier, in: MüKo-StGB/, § 46 Rn. 11.

⁵⁶ Ein solches Signal annehmend Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765).

⁵⁷ Für eine Streichung bereits Hirsch, in: FS Gössel, 2002, 287 (98 ff.); eingehend zur Methode Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, S. 433 f.

⁵⁸ Kaspar, NJW-Beil. 2018, 37 (40); ders., (Fn. 18), C 109 ff.; zustimmend Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765).

⁵⁹ Kaspar, NJW-Beil. 2018, 37 (39 f.); ders., (Fn. 18), C 104 ff.; ferner Kulhanek, NSTZ 2020, 65 (66 ff.).

⁶⁰ So die strafrechtliche Abteilung des 72. Deutschen Juristentags, näher dazu Epik, StV 2019, 489 (491 ff.).

⁶¹ Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (267 ff.); dahingehend auch Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 201: „Was übrig bleibt, ist demnach die Orientierung am Üblichen für vergleichbare Taten, also die Berücksichtigung richterlicher Strafraumen“.

⁶² Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (268); so bereits Freund, GA 1999, 509 (536); a.A. (angemessen sei kein Mittelwert, sondern der untere Rand der aufgefundenen Strafen) Grasnack, JA 1990, 81 (87).

chungen von diesem Fixpunkt bedürften in der Folge jedoch der Begründung.⁶³ Schließlich tendiere die Rechtsprechung ohnehin im Einzelfall zu einem derartigen Vorgehen, liege doch ein revisibler Rechtsfehler (nur) vor, wenn eine verhängte Strafe im Vergleich zu dem nicht näher konkretisierten üblichen Strafmaß außergewöhnlich hoch erscheine.⁶⁴ Daneben sei die Orientierung an Erwägungen in vergleichbaren Fällen nicht nur im Bereich der Massenkriminalität zulässig,⁶⁵ sondern entspreche ohnehin oftmals dem Vorgehen des einzelnen Richters, der sich an einem typischen Testfall orientiere⁶⁶ oder schlicht im Vertrauen auf zugrundeliegende Erfahrungswerte dem staatsanwaltlichen Antrag folge⁶⁷. Dies legt jedenfalls eine stetig immanent vergleichende Strafzumessung nahe.⁶⁸ Bedenkt man die Verbreitung regionaler informeller Richtlinien, so dürfte dieser Befund jedenfalls nur schwerlich von der Hand zu weisen sein, was letztlich auch durch den Maßstab der Revision unterstrichen wird, der sich an dem Verhältnis zu anderen vergleichbaren Fällen bemisst.⁶⁹

Gleichwohl hält auch die Judikatur fest, dass der Vergleich mit anderen Urteilen den Richter de lege lata nicht von der Pflicht entbinde, den spezifischen Fall anhand dessen konkreter Parameter zu beurteilen.⁷⁰ Zudem verlangt die im Lichte des § 46 StGB gebotene umfassende Würdigung die Berücksichtigung sämtlicher Nuancen des Einzelfalles,⁷¹ welche in einem bloßen Vergleich verloren gehe. Dies dürfte letztlich auch § 267 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 StPO unterstreichen, wonach nicht sämtlich relevante Strafzumessungsgesichtspunkte geschildert werden müssen,⁷² sodass die Vergleichbarkeit zweier Fälle bereits daher nur unzureichend zu beurteilen sein dürfte.⁷³ Doch auch unbeschrieben wird oftmals dargelegt, dass zahlreiche Zumessungsaspekte erstmalig bei der Urteilsabsetzung formuliert werden, um die zuvor festgelegte Strafe im Nachhinein revisionsfest zu gestalten.⁷⁴ Mithin divergiert bereits die materielle und formelle Identität derselben Entscheidung. So aufwändig die Suche nach einem

jeweils tauglichen Vergleichsfall seitens Vertretern der komparativen Strafzumessung auch ist,⁷⁵ so belegt dies doch die kaum zu leugnende Nähe zu einem den Einzelfall erhöhenden case law, welches den individuellen Täter und die gesetzlich gebotene einzelfallspezifische Würdigung vernachlässigt.

c) Strafzumessungsrichtlinien

Den einer komparativen Handhabung entgegenstehenden Umstand, dass Strafzumessungserwägungen routinemäßig an Aspekten orientiert sind, die in der Strafzumessungsbegründung keinerlei Erwähnung finden, umgehen jedenfalls Ansätze, die – in unterschiedlichen Nuancen – ausdifferenzierte Strafzumessungsrichtlinien fordern.⁷⁶ Das Modell solcher Richtlinien ist insbesondere aufgrund der dem US-amerikanischen Recht der 1980er Jahre entstammenden *Sentencing Guidelines* bekannt,⁷⁷ sodass sich die Betrachtung oftmals entsprechend darauf konzentriert.⁷⁸ In den *Federal Sentencing Guidelines* wird der Strafraum selbst durch zwei Faktoren bestimmt. So wird zunächst auf einer Skala von 1-43 der Tatschwerewert ausgewählt, welcher durch die verschiedenen Umstände und Merkmale der Tat modifiziert werden kann,⁷⁹ bevor sodann auf einer Skala von 1-6 der Vorstrafenbelastungswert gewählt wird.⁸⁰ Die nachfolgende Bestimmung des Strafraums erfolgt sodann mittels einer Strafzumessungstabelle, welche anhand zweier Achsen sowie der zuvor ermittelten Werte einen engen Strafraum vorgibt. Sodann wird dieser Rahmen anhand einer Reihe vorgegebener Faktoren aufgefüllt, sodass am Ende die konkrete Strafe steht. Entwickelt wird diese Strafzumessungsta-

⁶³ *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (268); ebenso *Meier* (Fn. 29), S. 238, 257.

⁶⁴ *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (270) unter Verweis auf *BGH*, StV 1986, 57 und *BayObLG*, JR 2002, 166 (167); vgl. ferner *Meier* (Fn. 29), S. 241; eingehend *Maurer* (Fn. 32), S. 139 ff.; ein solches Modell als Einstieg in die Strafzumessung begreifend *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 202.

⁶⁵ *BGH*, NJW 1979, 1666 (1667); einschränkend *BGH*, NJW 2011, 2597 (2599).

⁶⁶ *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 4; *Bruns/Güttge*, 3. Aufl. (2019), § 1 Rn. 30; *Dreher*, MDR 1961, 343 (344).

⁶⁷ *Murmann*, in: FS Frisch, 2013, S. 1131 (1150); *Albrecht*, ZStW 102 (1990), 596 (622 f.).

⁶⁸ *Maurer* (Fn. 32), S. 175 ff. spricht diesbezüglich von einer mittelbar komparativen Strafzumessung.

⁶⁹ *BGH*, NStZ 1985, 415; 1992, 381; 1997, 336 f.; *BGH*, NStZ-RR 2008, 308 f.; *Schneider*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 300.

⁷⁰ *BGH*, NJW 1979, 1666 (1667); 2011, 2597 (2599); ebenso *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 870; *Meier* (Fn. 29), S. 238.

⁷¹ *BGH*, NJW 1973, 1805 (1806); 1976, 2355; *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 70), Rn. 870 f.; *Meier* (Fn. 29), S. 241 betont jedenfalls die Notwendigkeit der dennoch vorzunehmenden Berücksichtigung der individuellen Umstände des spezifischen Einzelfalles.

⁷² *BGH*, NStZ 2000, 495 (496); 2001, 333; NStZ-RR 2012, 336; 2018, 56; *Peglau*, in: BeckOK-StPO, 38. Ed. (Stand: 1.10.2020), § 267 Rn. 44; *Wenske*, in: MüKo-StPO, 2016, § 267 Rn. 319, der zudem festhält, dass eine erschöpfende Aufzählung auch kaum möglich sei.

⁷³ Zur sprachlichen Unschärfe entsprechender Urteile auch *Maurer* (Fn. 32), S. 181.

⁷⁴ *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 3; *Maurer* (Fn. 32), S. 181.

⁷⁵ Zu beobachten etwa bei *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (268 ff.).

⁷⁶ Dazu schon *Meyer*, ZStW 118 (2006), 512 m.z.N.; *Reichert*, Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien, 1999, S. 199 ff.

⁷⁷ *Meyer*, ZStW 118 (2006), 512 (512 ff.); dazu *Alder*, Die Strafzumessungsrichtlinien der USA in ihrem Kontext mit Plea Bargaining, 2001, S. 78 ff.; *Uphoff*, Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien, 1998, S. 151 ff.

⁷⁸ Etwa bezüglich der Themenwahl des 72. Deutschen Juristentags, kritisch *Hörnle*, in: *Ambos*, Strafzumessung/Sentencing, 2020, S. 141 (149); besonders kritisch auch *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, 130 (130 f.) und *Hörnle*, GA 2019, 282 (285).

⁷⁹ So wird zunächst der Basis-Schwerewert (base offense level) der Tat bestimmt, der sodann durch besondere Tatmerkmale (specific offense characteristics) modifiziert wird, welche in umfangreichen Listen aufgezählt werden, zwischen mildernden und verschärfenden sowie zwischen tatspezifischen und allgemeinen Faktoren unterscheiden. Nach *Kaspar* (Fn. 18), C 80, erhöht etwa das Abfeuern einer Schusswaffe den Basiswert eines Raubs um sieben Punkte, wobei die Verletzung eines Opfers eine weitere Steigerung um zwei Punkte mit sich bringt, während sodann allgemeine Kriterien zu beachten sind, wie etwa eine 3-Punkte-Steigerung bei sog. Hassverbrechen.

⁸⁰ Eingehend *Kaspar* (Fn. 18), C 80 ff.

belle von einer unabhängigen Expertenkommission, welche auch regelmäßig Überarbeitungen vornimmt.⁸¹ Nachdem in den Vereinigten Staaten zunächst von einer Bindungswirkung der Richtlinien ausgegangen wurde, welche Abweichungen nur unter spezifischen Voraussetzungen zuließen,⁸² kommt ihnen nach einer Entscheidung des Supreme Courts aus dem Jahre 2005 lediglich beratende Funktion zu.⁸³ Die lange Zeit bestehende Bindungswirkung soll indes durch die entsprechende Handhabung mindestens einer Richtergeneration faktisch nachwirken, sodass jedenfalls ein Spannungsverhältnis zwischen jüngerer Unverbindlichkeit und alteingesessener Bindungswirkung besteht.⁸⁴

Es ist eben jene Bindungswirkung, welche dem Vorschlag der Strafzumessungsrichtlinien die meiste Kritik einbrachte:⁸⁵ so liefen Strafzumessungsrichtlinien mit Bindungswirkung auf eine Mathematisierung der Strafzumessung sowie den Verlust jeglicher Berücksichtigungsfähigkeit spezifischer Parameter des Einzelfalles hinaus.⁸⁶ Angesichts der zwei Hauptfaktoren sei für weitere, im Einzelfall besonders relevante Umstände kaum noch Raum, sodass eine Marginalisierung relevanter Faktoren zugunsten von Pseudo-Punktstrafen drohe.⁸⁷ Zudem führe das Konstruktionsprinzip der Sentencing Guidelines zu einer bedeutenden Erhöhung des Strafniveaus, während andererseits das Sanktionsspektrum eingeschränkt werde, sodass letztlich die Freiheitsstrafe als Regelstrafe fungiere⁸⁸ und drakonische Strafen verblieben.⁸⁹

Wird demgegenüber vorgeschlagen, die deutsche Strafausgestaltung inhaltlich sowie formell nicht an das US-Sanktionssystem anzulehnen, sondern eigene Kriterien aufzubieten und etwa ohne strikte Verbindlichkeit einen Zugewinn an Rechtssicherheit zu erzielen,⁹⁰ so wirft dies bisweilen die Frage auf, ob der Aufwand überhaupt noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem erzielbaren Nutzen stehen könne.⁹¹

III. Legal Tech und Strafzumessung

Genau an dieser Stelle vermag nun der technische Fortschritt in Gestalt des Legal Tech mitunter weiterzuhelfen. Denn wo Kosten-Nutzen-Relationen aufgrund eines hohen Aufwandes in Frage stehen, greifen die Vorzüge moderner Technik ein und bieten das Potenzial, günstig und effizient Arbeitsaufwand sowie Umsetzungskosten zu verringern, sei es in Gestalt automatisierter Daten- bzw. Answererhebungen⁹² oder gar automatisierter Strafzuschläge. Entsprechend der weiten Definition von Legal Tech eröffnet sich daher potenziell ein breites Spektrum an Möglichkeiten des Einsatzes moderner Technik im Rahmen der Strafzumessung.

1. Informationsebene

a) Legal Tech und Informationsgrundlagen

So wurde etwa vermehrt eine der empfundenen Willkür entgegenwirkende Datenbanklösung vorgeschlagen, welche (vergleichbar beck-online oder juris) eine große Menge an Strafzumessungsentscheidungen bereithalten soll, um regionale Begrenzungen zu überwinden und nationale Vergleichbarkeit zu gewinnen.⁹³ Auch eine Klassifizierung der Urteile anhand entsprechender Parameter der Einzelfälle soll die Transparenz und Vergleichbarkeit steigern,⁹⁴ sodass ein umfangreicher Datenbestand zu Verfügung stehe. Mit der entsprechenden Umsetzung wurde bereits begonnen.⁹⁵ Dabei vermag sowohl eine online abrufbare Datenbank bereits als Legal Tech zu klassifiziert zu werden, als auch deren Errichtung mittels des Einsatzes moderner Technologie. So können nach dem Einlesen eines Urteils die darin enthaltenen Strafzumessungserwägungen automatisiert erkannt sowie aufgeschlüsselt werden, sodass die entscheidenden Parameter aufgeführt werden. Die Möglichkeiten zur Erfassung der Judikate werden dabei gegenüber einer rein menschlichen Betreuung potenziert. Zwar vermag auch künstliche Intelligenz derzeit noch keinen Text bzw. kein Urteil zu verstehen.⁹⁶ Allerdings kommen die in § 267 Abs. 3 S. 1

⁸¹ Hoven, KriPoZ 2018, 276 (289) betont, dass es nicht Aufgabe des Richters sein könne, weitgehend losgelöst von gesetzlichen Vorgaben ein eigenes Strafzumessungssystem zu entwickeln.

⁸² Dazu auch Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2764).

⁸³ United States vs. Booker, 125 S. Ct. 738 (2005); zu Kontext und Folgen Meyer, ZStW 118 (2006), 512.

⁸⁴ Wie Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2764) festhalten, welche für die Kraft der Gewohnheit auf die deutsche Verständigungspraxis bis zu BVerfGE 133, 168 hinweisen. Dieser Umstand würde bei durchdachten deutschen Sentencing Guidelines dagegen wegfallen, Hoven, KriPoZ 2018, 276 (289); Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2764 f.).

⁸⁵ Generell kritisch Mellinghoff, in: FS Hassemer, 2010, S. 503 (519); Weigend, in: FS Universität Köln, 1988, S. 579 (599); Radtke, DRiZ 2018, 250 (252); Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 255.

⁸⁶ Kritisch Streng, StV 2018, 593 (600); Giannoulis (Fn. 85), S. 255 ff.; Streng (Fn. 36), S. 313 ff. Zu Strafzumessungsrichtlinien ohne starre Verbindlichkeit dagegen Hörnle, in: Ambos, Strafzumessung/Sentencing, 2020, S. 141 (149); Grosse-Wilde, ZIS 2019, 130 (130 f.); Hörnle, GA 2019, 282 (285).

⁸⁷ Kaspar, NJW-Bei 2018, 37 (39); Streng (Fn. 36), S. 315.

⁸⁸ Fischer, Die Normierung der Strafzwecke nach dem Vorbild der U.S. Sentencing Guidelines, 1999, S. 138.

⁸⁹ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 362 f.; Uphoff, Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien, 1998, S. 150.

⁹⁰ Hoven, KriPoZ 2018, 276 (289); Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2764 f.).

⁹¹ So etwa Kaspar (Fn. 18), C 84; Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765).

⁹² Gerade letztere wären für Sentencing Guidelines notwendig, gleichwohl, ob die Grundlage der Richtlinien Expertenmeinungen oder Meinungsbilder aus der Gesellschaft wären.

⁹³ Meier (Fn. 29), S. 240; Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 202; Kaspar (Fn. 18), C 115; Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271 ff.); Wußler, DRiZ 2020, 8 (9). Zum Beispiel Japans Kaspar, ebenda, C 120.

⁹⁴ Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 202; Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271 f.); Wußler, DRiZ 2020, 8 (9).

⁹⁵ Vgl. Pressemitteilung Universität zu Köln v. 16.7.2019 „Strafzumessungsentscheidungen sollen digital verglichen werden“; ferner Wußler, DRiZ 2020, 8 (9).

⁹⁶ Buchkremer, in: Buchkremer/Heupel/Koch, Künstliche Intelligenz in Wirtschaft & Gesellschaft, 2019, S. 29 (30 ff.); Chowdhury, Introduction to modern information retrieval, 3. Aufl. (2010), S. 406 ff.; Wachsmuth, in: Ausgezeichnete Informatikdissertationen, Hölldobler, Steffen et. al. (Hrsg.), S. 329 (330 ff.).

Hs. 2 StPO zutage tretenden Grenzen der Zumessungsbeurteilung der Technik hier entgegen, müssen doch lediglich die bestimmenden Erwägungen aufgeführt werden – und werden diese bisweilen recht formalisiert und gleichförmig abgefasst. Gerade in solch gleichförmigen Mustern und Strukturen bewähren sich Systeme künstlicher Intelligenz indes bislang,⁹⁷ sodass eine Kategorisierung dadurch erleichtert wird.⁹⁸ Wer nach der Kosten-Nutzen-Relation einer derartigen Datenbank fragt, dürfte dann jedenfalls erfreut zur Kenntnis nehmen, dass die moderne Technik nicht nur bei der Analyse, sondern auch bei der automatisierten Anonymisierung entsprechender, abzubildender Urteile zu helfen vermag. Auch das Problem der mangelnden Datengrundlage⁹⁹ könnte durch Wege der Technik behoben werden, etwa wenn neue Urteile direkt nach deren Abfassung automatisiert an die Anonymisierungssoftware übermittelt würden. Sollte sich dazu eines extern betreuten Programmes bedient werden, ist jedoch angesichts des Datenschutzes auf eine Rechtsgrundlage für die dann notwendige Übermittlung¹⁰⁰ zu achten, wenn man Art. 10 S. 1 DSGVO restriktiv auszulegen gedenkt.¹⁰¹

b) Informationsebene und geltendes Recht

Gleichwohl setzt § 267 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 StPO dem Erkenntnisgewinn durch eine solche Datenbank jedenfalls die der komparativen Strafzumessung bekannten Grenzen, welche zudem durch den Umstand bestärkt werden, dass die abgefassten Strafzumessungserwägungen den tatsächlichen oftmals nicht entsprechen. Wird dies im Hinblick auf die besondere Bedeutung etwa der Tatschwere und der Vorstrafen als hinnehmbar betrachtet,¹⁰² so belegt dies doch gerade die Abkehr von einer spezifischen Würdigung der konkreten Tatumstände zugunsten einiger weniger, vergleichbar erscheinender Faktoren. Dies steht zwar dem Informationsgewinn einer weitreichenden Sammlung, Kategorisierung und damit einhergehenden Vergleichbarkeit verschiedener Strafzumessungsentscheidungen nicht entgegen, belegt aber doch bereits eine gewisse ideelle Nähe zu einem den Einzelfall vernachlässigenden komparativen Vorgehen – oder einer Pauschalisierung des Strafzumessungsakts.

Wenn jedoch bereits mit der Arbeit an einer entsprechenden Strafzumessungsdatenbank begonnen wurde, so bleiben – nicht zuletzt aufgrund des enormen Potenzials – jedoch einige bedeutende Fragen zu klären. Denn freilich

soll die Implementierung einer entsprechenden Datenbank mit keiner offen kommunizierten Grundentscheidung zugunsten einer komparativen Strafzumessung anstelle des bisherigen Systems einhergehen. Schwerlich leugnen ließe sich indes doch die der erhöhten Vergleichbarkeit der Entscheidungen immanente faktische Leitwirkung, vermag ein Richter sein Ergebnis doch mittels einer breiten Datenbasis pauschal abzugleichen – oder anzupassen. Die Orientierung an einem gewissen Mittelwert läge nahe.¹⁰³ Ein solcher faktisch auffindbarer Mittelwert bedeutet allerdings nicht, dass darin auch das angemessene Strafniveau verkörpert würde.¹⁰⁴ Soll ein Richter zudem bisweilen ohnehin nicht vom gesetzlichen Strafrahmen, sondern einem typischen Vergleichsfall ausgehen,¹⁰⁵ so würde die eröffnete Bandbreite an Vergleichsfällen den klassischen Akt der Strafzumessung noch weiter hinter eine vergleichende Auslese zurückdrängen. Wie dies mit dem Auftrag des Gerichts in Einklang gebracht werden soll, nach eigener Wertung eine angemessene Strafe festzusetzen,¹⁰⁶ erscheint fraglich. Dies erscheint nur umso bedenklicher vor dem Hintergrund, dass die Bereitstellung einer Datenbank auf Grundlage aus formellen Gründen verkürzter Entscheidungen jedenfalls eine Auswahl an Strafzumessungsaspekten mit sich bringen dürfte, sodass letztlich bereits formelle Aspekte eine Vorentscheidung über Selektion und Gewichtung verschiedener Umstände mit sich bringen dürften, welche das Vergleichsbild weiter verzerrten. Sofern überdies gar verschiedene Parameter unter Hinweis auf die notwendige Pauschalisierung zugunsten anderer ausgeblendet würden,¹⁰⁷ mithin eine Datenbank über das bloße Sammeln von Entscheidungen dergestalt hinausginge, dass Parameter nicht nur kategorisiert, sondern selektiert würden, dürfte eine derart gestaltete Strafzumessungsdatenbank sinnbildlich für eine bedenkliche Verkürzung des Strafzumessungsakts stehen – und damit auch die angestrebte Transparenz konterkarieren. Denn wenn anerkannte Strafzumessungsaspekte außen vor blieben und so die Vergleichbarkeit mittels Ausblendung bestimmender Erwägungen zusätzlich verzerrt würde, ginge die Selektionsentscheidung über bloß redaktionellen, objektiv informatorischen Charakter hinaus und würde keine Transparenz schaffen, sondern vielmehr die anvisierte Vergleichbarkeit als solche gänzlich preisgeben. Konsequenz wäre eine Vertiefung der ohnehin angenommenen Differenzierungsarmut der Strafzumessung, welche bereits bisher oftmals auf die Faktoren der Tatschwere und Vorstrafenbelastung zurückgeführt wird.¹⁰⁸

⁹⁷ Vgl. Buchkremer, in: Buchkremer/Heupel/Koch (Fn. 96), S. 29 (30 ff.); Wachsmuth (Fn. 96), S. 329 (331 ff.); Lu/Li/Chen/Kim/Serikawa, Mobile netw Appl 23 (2018), 368 (368 f.); Simbeck/Folkerts/Riazy, BWP 2019, 27 (27 f.).

⁹⁸ Dazu auch Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271 ff.); Wußler, DRiZ 2020, 8 (9).

⁹⁹ Dazu Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (272).

¹⁰⁰ Im Sinne der dann möglichen Kenntnisnahme für die Hersteller bzw. Betreuer der Softwareleistung.

¹⁰¹ Was nicht zwingend notwendig erscheint, da Art. 10 S. 1 DSGVO eine Verarbeitung unter behördlicher Aufsicht und gerade nicht durch die Behörde fordert, sodass entsprechend vertraglich gebundene Dienstleister dem Rahmen des Zulässigen unterfallen dürften.

¹⁰² So Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271) unter Hinweis auf die Notwendigkeit einer gewissen Pauschalisierung beim Vergleich mehrerer Urteile.

¹⁰³ Bedenken äußern daher auch Kaspar/Höfler/Harrendorf, NK 2020, 35 (49). Auch die Forderung bei Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 202, eine entsprechende Datenbank als bloße Orientierungshilfe zu nutzen, ohne die Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung spezifischer Besonderheiten zu ersetzen, dürfte eine solche faktische Leitwirkung implizieren.

¹⁰⁴ Kaspar/Höfler/Harrendorf, NK 2020, 35 (44 f.); Hoven, KriPoZ 2018, 276 (289).

¹⁰⁵ So ja gerade Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (265) m.w.N.

¹⁰⁶ BGHSt 28, 318 (323 ff.); 56, 262 (264); Schneider, in: LK-StGB, § 46 Rn. 300.

¹⁰⁷ So Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271).

¹⁰⁸ Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 333; Höfer, Sanktionskarrieren, 2003, S. 150.

Zudem ergibt sich eine darüber hinausreichende, mittelbare Bindungswirkung der Datenbank jedenfalls unter Beachtung des revisionsgerichtlichen Maßstabes. Denn wenn zahllose vermeintliche Vergleichsfälle zur Bildung einer Strafunter sowie Obergrenze herangezogen werden,¹⁰⁹ so werden diese Grenzen zwangsläufig aufgrund der Vielzahl der die regionalen Unterschiede abbildenden Fälle nach unten sowie oben verschoben und damit ein breiter Rahmen eröffnet, innerhalb dessen die Strafzumessungsentscheidung der revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen würde. Die Konsequenz wäre zum einen ein noch größerer Spielraum des Richters, innerhalb dessen er zum anderen auch unter Revisionsgesichtspunkten kaum kontrollierbar wäre. Die rein faktische Bindungswirkung einer solchen Datenbank geht damit auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung auch mit einer rechtlichen Bindungswirkung für das Revisionsgericht einher, welche aufgrund des geschaffenen weiten Rahmens komparativ getroffene Entscheidungen der Kontrolle entziehen würde – und damit mittelbar doch eine Grundentscheidung für eine reversionssichere komparative Strafzumessungsentscheidung träge.

2. Anwendungsebene

a) Legal Tech und Strafvorschläge

Auch für den Akt der letztlichen Strafzumessung ließe sich Legal Tech theoretisch fruchtbar machen. So ließe sich zum einen auf Grundlage gerade genannter Datenbank computergestützt unter Berücksichtigung verschiedener Parameter ein Strafvorschlag unterbreiten, welcher freilich rein komparativer Natur wäre. Ungleich leichter bliebe der Einsatz von Technik im Falle des Durchringens zu Strafzumessungsrichtlinien, die sich unschwer mittels einer die verschiedenen Voten abbildenden Software aufstellen ließen und so fortwährend aktualisierbar den Rechtsanwendern zur Verfügung stünden.

Unbesehen dessen sind theoretische Strafzumessungsmodelle denkbar, die softwarebasiert und unabhängig einer Datenbank konkrete Vorschläge unterbreiten. Hervorzuheben ist hier etwa der Vorschlag, die der Strafzumessung immanenten Unschärfen mittels der Unschärfelogik zu bewältigen.¹¹⁰ Das angebotene Modell, welches derzeit auf sechs Eigentums- und Vermögensdelikte beschränkt ist, agiert mittels der Input-Variablen Handlungsunrecht, Erfolgsunrecht und Schuld, wobei diese in überlappende Kategorien eingeteilt sind und in Interdependenz zueinander stehen. Als Output-Variablen stehen Freiheits- und Geldstrafe, wobei das Modell transparent und nachvollziehbar gehalten werden kann. Dies erschiene – bei aller Komplexität der Materie – jedenfalls zwingend, da eine gänzliche Überantwortung der Entscheidung an undurchsichtige Algorithmen zwar Gleichheit ermöglichen, jedoch jede Transparenz beseitigen müsste.

b) Strafvorschläge und geltendes Recht

Die bestehenden Möglichkeiten des Legal-Tech-Einsatzes auf Anwendungsebene zeigen indes auf, dass eine Legal-Tech-basierte Strafzumessung dem Strafzumessungsauftrag des Richters nicht gerecht würde und den Boden individueller, den Einzelfall berücksichtigender Strafzumessung de lege lata verlassen müsste. Denn während datenbankbasierte Vorschläge die Defizite einer Strafzumessungsdatenbank in die letztliche Zumessungsentscheidung transportieren und so das komparative Vorgehen bekräftigen müssten, verließen auch mathematisierend oder mittels technischer Hilfsmittel generierte, ohne komparatives Element auskommende Strafzumessungsvorschläge den Boden des bestehenden Rechts. Denn mit § 46 StGB oder den einzelnen Strafrahmen ist ein solches Vorgehen schwerlich in Einklang zu bringen, müsste dies doch die vorherige Mathematisierung der Strafzumessung anstelle der gebotenen Einzelfallbetrachtung bedeuten und jedenfalls Folgefragen wie die Ausgestaltung einer Bindungswirkung mit sich bringen.¹¹¹ Daher speisen sich auch technologiegestützte Strafzumessungsrichtlinien auf ein Konstrukt, welches es erst noch zu schaffen sowie zu legitimieren gälte.

IV. Strafzumessung am Scheideweg

Was damit verbleibt, ist ein zwar zunehmend proklamieretes Anwendungsfeld von Legal Tech,¹¹² welches derzeit aus strafzumessungsrechtlicher Perspektive allerdings noch nicht dazu bestellt ist. So deutlich der technologiegestützte Einsatz von Sentencing Guidelines dem geltenden Recht zuwiderlaufen würde, so bedenklich erscheint auch die angestrebte Implementierung einer umfassenden Strafzumessungsdatenbank. Denn dieser käme jedenfalls eine faktische Leitwirkung zu, welche mit dem Auftrag der Straffestsetzung nach eigenem Ermessen unter Beachtung der Parameter des Einzelfalles kollidieren müsste. Die Vielzahl abgebildeter Vergleichsfälle würde den tatsächlichen bestehenden Spielraum des Richters nicht nur verfestigen und erweitern, sondern gar auf Grundlage der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung einer Kontrolle weitgehend entziehen. Eine rein komparativ vorgenommene Strafzumessungsentscheidung genösse aufgrund des durch die Anzahl der aufgeführten Entscheidungen revisionsrechtlich unzugänglichen Korridors somit weitestgehend Immunität, sodass sie für den Richter umso verlockender erscheinen würde. Dann aber wäre nicht nur die angestrebte Transparenz preisgegeben, sondern vielmehr auch der die Grundrechtsverletzung des Betroffenen entscheidend prägende Akt der Strafzumessung auf vergleichende Elemente verkürzt und so zu einem Griff in noch undurchsichtigere Gefilde degradiert, was der geltenden Rechtslage nicht gerecht würde.

¹⁰⁹ Vgl. BGHSt 42, 226; NStZ-RR 2008, 308 f.; 2011, 5; StV 2016, 559. Die Heranziehung einer Datenbank in der Revision begrüßend aber *Kaspar/Höffler/Harrendorf*, NK 2020, 35 (47); *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (272).

¹¹⁰ So *Giannoulis* (Fn. 85), S. 372 ff.

¹¹¹ Zu diesen Fragen *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 (289 f.).

¹¹² Vgl. *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (271 ff.); *Wußler*, DRiZ 2020, 8 (9).

Was damit aus dieser Perspektive für die Strafzumessungsentscheidung ansteht, ist nichts anderes als die bereits häufig gestellte Frage nach der Zukunft der Strafzumessung. Denn eine irgendwie geartete Teilhabe an der Erfolgsgeschichte von Legal Tech hieße, Farbe zu bekennen und sich bewusst für ein Strafzumessungssystem zu

entscheiden. Offen kommuniziert, gesetzlich legitimiert – und ohne versteckte Bindungswirkungen. Daher ist es an der Zeit, sich der Zukunft der Strafzumessung vertieft anzunehmen, bevor die technologische Entwicklung die geltende Rechtslage insgeheim überholt.