

Göttingen Studies in
Criminal Law and Criminal Justice

Kai Ambos (Hg./Ed.)

Strafzumessung

Angloamerikanische und deutsche Einblicke

Sentencing

Anglo-American and German Insights



Göttingen University Press

Kai Ambos (Hg./Ed.)
Strafzumessung/Sentencing

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen
4.0 International Lizenz.](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)



Published as Volume 38 of the Series „Göttingen Studies in Criminal Law and
Criminal Justice“ by Göttingen University Press 2020

Kai Ambos (Hg./Ed.)

Strafzumessung

Angloamerikanische und deutsche
Einblicke

Sentencing

Anglo-American and German
Insights

Mit Beiträgen von/With Contributions of

Kai Ambos, Benjamin L. Berger, Inês Freixo,
Thomas Grosse-Wilde, Rhys Hester, Tatjana
Hörnle, Jörg-Martin Jehle, Johannes Kaspar,
Jennifer Koch, Hans Kudlich, Nicola Padfield,
Julian V. Roberts, Torsten Verrel

Göttinger Studien zu den
Kriminalwissenschaften/
Göttingen Studies in Criminal Law
and Criminal Justice
Band 38/Volume 38



Göttingen University Press
2020

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

With the Participation of „Göttinger Verein zur Förderung der Strafrechtswissenschaft und Kriminologie sowie ihrer praktischen Anwendung e. V.“



Editors of the Series

Institute of Criminal Law and Criminal Justice
Faculty of Law, Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Katrin Höffler, Jörg-Martin Jehle,
Uwe Murmann

Editor of the Volume

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos
Department of Foreign and International Criminal Law
Faculty of Law, Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 5
D-37073 Göttingen
E-Mail: lehrstuhl.ambos@jura.uni-goettingen.de

This work is protected by German Intellectual Property Right Law.
It is also available as an Open Access version through the publisher's homepage and the Göttingen University Catalogue (GUK) at the Göttingen State and University Library (<https://www.sub.uni-goettingen.de>). The license terms of the online version apply.

Setting and Layout: Eric Armbricht

© 2020 Göttingen University Press
<https://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-86395-461-1
DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2020-1330>
eISSN: 2512-7047

Inhaltsverzeichnis/Table of Contents

Abbildungen/Figures	8
Abkürzungsverzeichnis/List of Abbreviations	9
Einführung	
<i>Kai Ambos</i>	15
Introduction	
<i>Kai Ambos</i>	23
 Teil I/Part I: Tagungsbeiträge/Conference Papers	
Strafzumessung in England und Wales	
<i>Julian V. Roberts und Nicola Padfield</i>	33
Strafzumessung in England und Wales. Ein Kommentar aus deutscher Sicht	
<i>Jörg-Martin Jehle</i>	59
Sentencing in England and Wales	
<i>Julian V. Roberts and Nicola Padfield</i>	71
Sentencing in England and Wales. A Commentary from a German Perspective	
<i>Jörg-Martin Jehle</i>	91
Strafzumessung in US-amerikanischen Gerichtsbarkeiten	
<i>Rhys Hester</i>	101
Strafzumessung in US-amerikanischen Gerichtsbarkeiten. Ein Kommentar aus deutscher Sicht	
<i>Tatjana Hörnle</i>	141
Sentencing in US-American Jurisdictions	
<i>Rhys Hester</i>	151

Sentencing in US-American Jurisdictions. A Commentary from a German Perspective <i>Tatjana Hörnle</i>	183
Richterliches Ermessen und der Aufstieg der Individualisierung: Der kanadische Strafzumessungsansatz <i>Benjamin L. Berger</i>	191
Strafzumessung in Kanada und Deutschland: Recht ohne Ordnung? – Ein Kommentar aus deutscher Sicht <i>Thomas Grosse-Wilde</i>	227
Judicial Discretion and the Rise of Individualization: The Canadian Sentencing Approach <i>Benjamin L. Berger</i>	249
Criminal Sentencing in Canada and Germany: Law without Order? A Commentary from a German Perspective <i>Thomas Grosse-Wilde</i>	279
Literaturverzeichnis/Bibliography	301
 Teil II/Part II: Tagungsbericht/Conference Report	
Bericht über das Kolloquium: Sentencing/Strafzumessung – Comparative Insights <i>Inês Freixo</i>	321
Colloquium Report: Sentencing/Strafzumessung – Comparative Insights <i>Inês Freixo</i>	329
 Teil III/Part III: Dokumentation/Documentation	
Sentencing Guidelines vs. Free Judicial Discretion – Is German Sentencing Law in Need of Reform? <i>Johannes Kaspar</i>	337

The Struggle for Apposite Sentencing <i>Hans Kudlich and Jennifer Koch</i>	353
Do We Need a New Sentencing Law? <i>Torsten Verrel</i>	365
Autorenverzeichnis	377
List of Authors	381

Abbildungen/Figures

Appendix (Auszug aus Sentencing Guideline/Extract from Sentencing Guideline).....	57
Karte der Vereinigten Staaten nach wichtigen Strafzumessungsreformen/ Map of United States by Major Sentencing Reforms	107/156
Inhaftierungsraten nach US-Staaten/US State Incarceration Rates.....	109/157
Anteil der Abweichungen von den Strafzumessungsrichtlinien durch die Richter Minnesotas/Sentencing Guidelines Departure Rates of Minnesota Judges	113/161
Standardraster der Strafzumessungsrichtlinien Minnesotas/ Minnesota Standard Sentencing Guidelines Grid	117/164
Inhaftierungsraten der G7/G7 Incarceration Rates	121/168

Abkürzungsverzeichnis/List of Abbreviations

Abb.	Abbildung
a.F.	alte Fassung
AJS	American Journal of Sociology
ALI	American Law Institute
Anm.	Anmerkung
ANZJC	Australian & New Zealand Journal of Criminology
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BCLR	Buffalo Criminal Law Review
Bd.	Band
BeamStG	Beamtenstatusgesetz
BeckRS	Beck Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
Bespr.	Besprechung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BJC	British Journal of Criminology
BJCLCJ	Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG (K)	Bundesverfassungsgericht Kammerentscheidung
bzgl.	bezüglich

BZRG	Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (Bundeszentralregistergesetz)
bzw.	beziehungsweise
CAD	Crime and Delinquency
CalLRev	California Law Review
CCC	Canadian Criminal Code
cf.	confer (see)
Ch.	Chapter
CJLS	Canadian Journal of Law and Society
ClevStLRev	Cleveland State Law Review
CLF	Criminal Law Forum
CLRev	Criminal Law Review
CollRev	Columbia Law Review
Crim&PubPol	Criminology & Public Policy
Crime&Just	Crime and Justice
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
ECHR	European Court of Human Rights/European Convention on Human Rights
ebd.	ebenda
ed./eds.	editor/editors
edn.	edition
e.g.	exempli gratia
et al.	et alia/et alii (und andere - and others)
et seq.	et sequentis (und so weiter - and so forth)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EJC	European Journal of Criminology
etc.	et cetera (und so weiter - and so on)
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende/fortfolgende, following
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
f.e.	for example
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FSG	Federal Sentencing Guidelines
FSR	Federal Sentencing Reporter
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz

ggf.	gegebenenfalls
GLJ	German Law Journal
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HarvLRev	Harvard Law Review
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
i.a.	inter alia (among other things)
id.	idem (the same)
i.e.	id est (that is)
i.H.v.	in Höhe von
IRPA	Immigration and Refugee Protection Act
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
JAppPrac&Process	Journal of Appellate Practice und Process
JCJ	Journal of Crime and Justice
JCL&Criminology	Journal of Criminal Law and Criminology
JELS	Journal of Empirical Legal Studies
JJA	Journal of Judicial Administration
JLawScot	Journal of the Law Society of Scotland
JQ	Justice Quarterly
JQC	Journal of Quantitative Criminology
JVI	Journal of Value Inquiry
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
krit.	kritisch
Law&Phil	Law and Philosophy
Law&Pol	Law & Policy
LCP	Law and Contemporary Problems
LG	Landgericht
McGilJ	McGill Law Journal
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MinnLRev	Minnesota Law Review
MLR	Modern Law Review
MPC	Model Penal Code (1962)
MPCS	Model Penal Code: Sentencing (2017)
MüKo	Münchener Kommentar
MULR	Melbourne University Law Review
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NewCrimLRev	New Criminal Law Review
n.F.	Neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Beil.	Beilage zur Neuen Juristischen Wochenschrift

no./nos.	number/numbers
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungs-Report
NYT	New York Times
NYULRev	New York University Law Review
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
o.	oben
o.ä.	oder ähnlich
o.g.	oben genannt
OGH	Oberster Gerichtshof Österreichs
OLG	Oberlandesgericht
p./pp.	page/pages
para./paras.	paragraph/paragraphs
Phil&PublAff	Philosophy and Public Affairs
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
ProcArisSoci (Supp.)	Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume
PStR	Praxis Steuerstrafrecht
Punish&Society	Punishment & Society
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SCLR (2 nd)	Supreme Court Law Review, Second Series
sec.	section
sen.	senior
sog.	sogenannt
SSW	Satzger/Schluckebier/Widmaier
StanLRev	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
subs.	subsection
TexLRev	Texas Law Review
tlw.	teilweise
u.a.	unter anderem
UChicagoLRev	University of Chicago Law Review
UColoLRev	University of Colorado Law Review
Urt.	Urteil
US(A)	United States (of America)

USSC	US Sentencing Commission
usw.	und so weiter
UTLJ	University of Toronto Law Journal
v.	vom
v/vs.	versus
VandLRev	Vanderbilt Law Review
vgl.	vergleiche
vol.	volume
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einführung

I.

Die Frage nach der angemessenen Strafzumessung ist genauso alt wie die Frage nach der materiellen Strafbarkeit selbst. Seit jeher ist das Strafverfahren mit einem Schuldspruch nicht etwa beendet, sondern das Gericht hat sodann eine nicht weniger schwierige Aufgabe zu bewältigen und die (unrechts- und schuld-)angemessene Strafe zu bestimmen. Dabei handelt es sich – trotz der Vernachlässigung dieser Frage in der juristischen Ausbildung – keineswegs um ein bloßes Anhängsel zum vorangehenden Verfahren. Dies zeigt sich schon daran, dass die Beteiligten und die Öffentlichkeit die konkret ausgeworfene Strafe in der Regel mehr interessiert als die Schuldbegründung.

So hat sich zuletzt auch die strafrechtliche Abteilung des 72. Deutschen Juristentags im September 2018 mit der Frage „Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?“ befasst. Trotz des kritischen Gutachtens von *Johannes Kaspar*¹ und begleitender literarischer Stellungnahmen² sind jedoch grundlegende Reformvorschläge auf Ablehnung gestoßen.³ Der

¹ *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018, S. C1; englische Zusammenfassung in diesem Band S. 337.

² *Fünfsinn*, Referat, 2019, S. M11; *Mosbacher*, Referat, 2019, S. M23; *Kilian*, Referat, 2019, S. M43; ferner *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, S. 130; *Hörnle*, GA 2019, S. 282; *Hoven*, KriPoZ 2018, S. 276 sowie *Kudlich/Koch*, NJW 2018, S. 2762; *Verrel*, JZ 2018, S. 811 (englische Übersetzung in diesem Band S. 353 und 365).

³ Die Teilnehmer sprachen sich gegen die von *Kaspar* vorgeschlagene Aufgabe des Begriffs der „Schuld“ als leitendes Merkmal bei der Strafzumessung und gegen die Etablierung tabellarischer Vorgaben i.S.v. Strafzumessungsrichtlinien aus. Zustimmung fand immerhin die Einführung einer zentralen Entscheidungsdatenbank und einer fortlaufenden Rückfall- und Verlaufsstatistik, vgl. Verhandlungen des 72. DJT Bd. II/1 Teil M, 2019, S. M62.

rechtsvergleichende Blick hat sich auf die U.S.-amerikanischen Strafzumessungsrichtlinien des Bundesstrafrechts beschränkt.⁴

Diese verkürzte Sichtweise und die insgesamt enttäuschenden Ergebnisse des DJT haben uns dazu bewogen, die Strafzumessung aus rechtsvergleichender Sicht zum Gegenstand unseres dreizehnten kriminalwissenschaftlichen Göttinger Kolloquiums zu machen.⁵ Zum einen sollte dadurch ein differenziertes Bild des angloamerikanischen Strafzumessungsrechts gezeichnet und dieses durch die deutsche Übersetzung der entsprechenden Beiträge in den deutschen, vor allem praktischen Diskurs eingespeist werden. Zum anderen haben wir uns aber auch zum Ziel gesetzt, die deutsche Perspektive im angloamerikanischen Rechtskreis bekannt(er) zu machen. Deshalb wurden die deutschen Kolloquiumsbeiträge zugleich ins Englische übersetzt sowie einige für die DJT-Diskussion maßgebliche Beiträge erstmals in englischer Sprache zugänglich gemacht. Das Ergebnis ist dieser zweisprachige Band, der aus drei Teilen besteht: Der gewichtigste Teil I enthält Beiträge zum englischen/walisischen, U.S.-amerikanischen und kanadischen Strafzumessungsrecht mit jeweils einem Kommentar aus deutscher Sicht. Ergänzend veröffentlichen wir in Teil II einen Tagungsbericht. Teil III liefert eine (selektive) englische Dokumentation der DJT-Diskussion (summary des Kaspar-Gutachtens, Beiträge von Kudlich/Koch und Verrel), die sich vor allem an interessierte Kolleginnen/Kollegen aus dem angloamerikanischen Rechtskreis richtet.⁶ Wir haben uns schließlich für eine open-access Veröffentlichung entschieden, um die größtmögliche Verbreitung des Werks sicherzustellen.

II.

Nun einige Bemerkungen zu den Beiträgen in Teil I.

Julian V. Roberts und *Nicola Padfield* behandeln die Strafzumessung in **England und Wales**. Das Kernstück des englisch-walisischen Strafzumessungsrechts sind Strafzumessungsrichtlinien („Sentencing Guidelines“).⁷ Diese könnten sowohl deliktspezifisch (z.B. bezüglich Körperverletzungsdelikten) als auch deliktsübergreifend (z.B. Strafmilderung bei guilty plea, Strafzumessung bei eingeschränkt schuldfähigen

⁴ Krit. auch *Ambos*, Einheitlichere und transparentere Strafzumessung, 2021 wonach insbesondere die Verengung auf die US Federal Sentencing Guidelines verkennt, dass durchaus andere, zur Inspiration der hiesigen Debatte besser geeignete Strafzumessungssysteme bestehen.

⁵ „Sentencing/Strafzumessung – Comparative Insights“, 13. Kolloquium des Instituts für Kriminalwissenschaften der Georg-August-Universität Göttingen vom 5. Juli 2019; Konferenzbericht in diesem Band S. 321).

⁶ Für frühere Beiträge zum deutschen Strafzumessungsrecht in englischer Sprache s. *Albrecht*, LCP 76 (2013), S. 211; *Hörnle*, LCP 76 (2013), S. 189; *Frisch*, CLF 28 (2017), S. 437; *Harrendorf*, CLF 28 (2017), S. 501; *Nestler*, BCLR 7 (2003), S. 109; *Streng*, GLJ 8 (2007), S. 153.

⁷ Abrufbar unter <https://www.sentencingcouncil.org.uk/<29.06.2020>>.

Tätern) ausgestaltet sein. Nach einem Blick auf die Entstehungsgeschichte der heutigen Guidelines erläutern die Autoren die Struktur und Funktionsweise der deliktspezifischen Richtlinien anhand des konkreten Beispiels des Straßenraubs („street robbery“). Der Strafzumessungsvorgang ist grundsätzlich strukturell für alle Richtlinien gleich ausgestaltet und gibt den Gerichten zahlreiche Schritte in einer festen Abfolge vor. Im ersten Schritt ist der Schweregrad der Tat sowie die Schuldstufe des Angeklagten zu ermitteln. Anhand dessen lässt sich einer Tabelle die Ausgangsstrafe und der Strafraum entnehmen (Schritt zwei). Die Ausgangsstrafe wird dann im Folgenden unter Berücksichtigung strafmildernder und strafschärfender Umstände sowie zahlreicher weiterer Faktoren (z.B. etwaiger Kooperationen mit den Strafverfolgungsbehörden oder des Eingehens eines Geständnisses) in den Schritten zwei bis neun modelliert. Grundsätzlich müssen die Gerichte der einschlägigen Richtlinie folgen, außer dies würde „den Interessen der Gerechtigkeit widersprechen“.⁸ Dies bedeutet, dass jede Strafe innerhalb des vorgesehenen Strafraums verhängt werden kann. Sieht das Gericht jedoch einen Widerspruch zu den genannten „Interessen der Gerechtigkeit“, können auch Strafen gänzlich außerhalb der vorgeschriebenen Rahmen ausgesprochen werden.

Roberts/Padfield gehen ebenfalls auf deliktsübergreifende Guidelines ein, die allgemeinere Fragen der Strafzumessung betreffen. So gebe etwa die Regelung zur Reduktion der Strafe infolge eines Geständnisses („Reduction for a Guilty Plea“) vor, dass die Strafe um ein bestimmtes Maß herabzusetzen sei – abhängig vom Zeitpunkt der geständigen Einlassung. Hat der Angeklagte etwa zum frühestmöglichen Zeitpunkt ein Geständnis abgelegt, so soll die Strafe um ein Drittel reduziert werden. Deliktsübergreifende Guidelines existierten darüber hinaus u.a. für die Strafzumessung bei mehreren abzuurteilenden Taten oder die Strafzumessung bei Jugendlichen. Teile man Strafzumessungssysteme grundsätzlich in eher *deskriptiv* – die gegenwärtige Praxis abbildend – oder eher *präskriptiv* – die Praxis beeinflussend – ein, so sei das englisch-walisische System primär deskriptiv, da sich die Guidelines an der bereits bestehenden Strafzumessungspraxis orientierten.⁹ Dabei heben Roberts/Padfield die Transparenz als besonders positives Merkmal des Systems hervor. Zeige sich ein Angeklagter geständig und erfolge eine entsprechende Strafminderung aufgrund der anwendbaren Guideline, so könne die interessierte Öffentlichkeit und der Angeklagte jederzeit leicht nachvollziehen, in welchem Maße sich das Geständnis mildernd auf die Strafe auswirke.

Aus deutscher Sicht geht *Jörg-Martin Jehle* zunächst auf grundlegende Unterschiede zwischen dem deutschen und englisch-walisischen Strafrechtssystem ein, die auch die Strafzumessung beeinflussen. Bezüglich Deutschlands bemängelt Jehle, dass sich die Richter aufgrund der unbestimmten Vorgaben häufig an lokalen Strafzumes-

⁸ Coroners' and Justice Act 2009, sec. 125(1).

⁹ Roberts, Crime&Just 48 (2019), S. 187-254.

sungskulturen orientierten, was zu erheblichen regionalen Strafzumessungsunterschieden führe. Die Ergebnisse des DJT sieht Jehle kritisch, insbesondere dass die Einrichtung einer Strafzumessungskommission abgelehnt wurde. Die Unterstützung für ein bundesweites Informationssystem zur Strafzumessungspraxis und die Einführung einer Rückfallstatistik sei immerhin ein „Hoffnungsschimmer“.

Die englisch-walisischen Strafzumessungsrichtlinien kompensierten die mangelnde Differenziertheit der gesetzlichen Tatbestände, etwa im diskutierten Fall des Raubs, wo § 250 StGB einen relativ differenzierten Qualifikationstatbestand vorsieht. Sie ließen allerdings weitgehend offen, welches (relative) Gewicht den einzelnen Strafzumessungsumständen zukommt und wie sie sich zu einander verhalten; quantifizierbare Maßgaben fänden sich schon gar nicht. So stünden englische Richter bei der konkreten Strafbemessung vor ähnlichen Schwierigkeiten wie deutsche; positiv gewendet besäßen sie ein ähnlich weites Ermessen, „allerdings innerhalb eines durch die proportionalitätsbezogenen Kriterien enger gefassten Strafrahmens“. Jehle überzeugt die Ausrichtung an der Tatproportionalität, er weist aber darauf hin, dass das System „ohne den Einbau spezialpräventiver Elemente“ (z.B. straf erhöhender Berücksichtigung der Gefährlichkeit) nicht auskomme. Die vorbestimmte Strafminderung infolge eines guilty plea hält er auch für die deutsche Diskussion zur strafmildernden Wirkung eines Geständnisses und im Rahmen einer Verständigung für interessant. Ob das englische Richtliniensystem aber tatsächlich „zu einem höheren Maß an Konsistenz und Gleichmäßigkeit“ führe, sei mangels einer umfassenden empirischen Evaluation noch unklar.

Rhys Hester zeigt die große Vielfalt der **US-amerikanischen** Strafzumessungspraxis und kritisiert vor allem die hohe Punitivität und Masseninhaftierung. Die USA seien das „straffreudigste Land der Welt“. Aufgrund ihrer föderalen Struktur falle das Strafzumessungsrecht grundsätzlich in die Zuständigkeit der einzelnen Bundesstaaten; nur eine äußerst geringe Zahl aller Strafverfahren werde nach Bundesrecht abgeurteilt. Den U.S. Federal Sentencing Guidelines (Strafzumessungsrichtlinien auf Bundesebene) komme zwar eine große Bedeutung zu, sie dürften aber nicht mit dem US-amerikanischen Strafzumessungsrecht *in toto* gleichgesetzt werden. Das Strafzumessungsrecht der einzelnen US-Bundesstaaten sei sehr unterschiedlich ausgestaltet – nur siebzehn der 50 Bundesstaaten verfügten überhaupt über Strafzumessungsrichtlinien, die sich wiederum stark unterschieden.

Hester erklärt die Vielfalt der lokalen Rechtskulturen mit der „Court Communities Theory“. Danach prägten die örtliche Politik und lokale Einflüsse das Strafniveau in einer bestehenden „Gerichtsgemeinschaft“. Die Folge davon seien erhebliche lokale und regionale Unterschiede in der Strafhöhe und den Inhaftierungsraten. Hester weist dies anhand eines Vergleichs der Strafbarkeit von Einbruch und Raub in South Carolina und Minnesota nach. Die im internationalen Vergleich beispieldosen Inhaftierungsraten – selbst niedrigere Raten in einigen Staaten (z.B. Massachus-

etts mit 300 Gefangenen pro 100.000 Einwohner) sind im weltweiten Vergleich immer noch hoch (s. Abb. 5 bei *Hester*)¹⁰ – hätten soziale und kulturelle Ursachen. Hester diskutiert insoweit unterschiedliche gesellschaftswissenschaftliche Erklärungsansätze und hält Tonrys Ansatz für am überzeugendsten. Danach sei die US-amerikanische Kriminalpolitik durch vier Eigenschaften (kurz: paranoide Politik, „manichäischer Moralismus“, verfassungsrechtlicher Rahmen und die Rassefrage) geprägt. Die Richtigkeit dieses Ansatzes zeige sich etwa – Rassefrage – bei der überproportionalen Anwendung des Strafrechts gegen schwarze Amerikaner und – verfassungsrechtlicher Rahmen – der zu einer Politisierung der Justiz führenden Volkswahl der Staatsanwälte und (teilweise) auch Richter. In der allgegenwärtigen Praxis des „plea bargaining“ erkennt Hester schließlich eine Komponente, deren Einfluss im Hinblick auf die Inhaftierungsraten zwar noch nicht abschließend geklärt sei, die aber jedenfalls Teil des amerikanischen Exzeptionalismus sei. Was die Zukunft angeht, so stimmten einige Entwicklungen, etwa die Wahl „progressiver“ (liberaler) Staatsanwälte und die Erarbeitung eines Musterstrafgesetzbuchs zur Strafzumessung („Model Penal Code: Sentencing“, ALI) hoffnungsvoll.

Trotz Vorbehalten gegenüber Hesters „Straffreudigkeitsthese“ stimmt *Tatjana Hörnle* doch zu, dass das Punitivitätsniveau in den USA hoch ist, was sich u.a. im Vergleich zur deutschen Gefangenenrate zeige (75 Gefangene pro 100 000 Einwohner zum 31.3.2018 gegenüber 655 in den USA zum 31.12.2016). Allerdings müsste die „komplizierte Wechselwirkung zwischen Kriminalitätsraten und Gefangenenraten“ beachtet werden. Nun ist es zwar zutreffend, dass die Kriminalitätsraten in den USA viel höher als in Deutschland ausfallen und sich dies natürlich auch im Sinne höherer Gefangenenraten in den USA auswirkt. Doch ist dieser Zusammenhang nicht linear-proportional – der Kriminalität *entsprechend* höhere Gefangenenrate in den USA –, sondern es wird in den USA relativ (zur Kriminalitätsrate) mehr inhaftiert. Überdies zeigt die höhere Kriminalität in den USA, dass ein hohes Strafniveau (einschließlich der Todesstrafe) und Härte im Vollzug keineswegs effizientere Abschreckung mit weniger Kriminalität garantieren.

Hörnle warnt davor, nur ergebnisorientiert auf die Gefangenenraten zu schauen, denn aus *normativer* Sicht seien höhere Gefangenenraten „nicht notwendigerweise Grund zur Kritik“, wenn sie nur sachlich begründet seien (etwa durch eine besser ausgestattete und effizienter arbeitende Strafjustiz bei zugleich hohen Kriminalitätsraten). Aus Gerechtigkeitsabwägungen seien eher die Strafdauer und daraus resultierende hohe Gefangenzahlen ein Grund zur Besorgnis. Unklar sei, wie sich hierzulande die zunehmende gesellschaftliche Fragmentierung in Kombination mit hohen Einwanderungsquoten auf die Kriminalitätsentwicklung und die Strafzumessung auswirke. Es frage sich, ob die kaum regulierte richterliche Urteilsfindung eine Anpassung an solche gesellschaftlichen Veränderungen vollziehen könnte – die weiten Strafrahmen würden dies jedenfalls nicht von vornherein ausschließen.

¹⁰ Für die Gefangenzahlen s. *Walmsley*, World Prison Population List, 2018.

Überzeugend ist schließlich Hörnles Hinweis auf die Professionalität ernannter, nicht gewählter Richter/-innen. Auch ihrer Kritik an der deutschen Strafzumessung als „Black Box“ und an der DJT-Diskussion, insbesondere dem Fokus auf die US-Bundesrichtlinien ist zuzustimmen.

Benjamin L. Berger diskutiert den **kanadischen Fall** und liefert eine detaillierte Beschreibung der dortigen Strafzumessungspraxis unter besonderer Berücksichtigung des früheren und heutigen Ansatzes zur Lenkung der Strafzumessung. Er weist zunächst darauf hin, dass das kanadische Parlament einem Vorschlag zur Einführung von Strafzumessungsrichtlinien nicht zugestimmt habe, obwohl ein entsprechender Bericht einer nationalen Strafzumessungskommission viel Zustimmung gefunden habe. Durch eine Reform im Jahre 1996 seien aber erstmals Strafzumessungszwecke und -grundsätze kodifiziert worden, ohne dass allerdings die neuen Grundsätze in ein Verhältnis gesetzt oder untereinander priorisiert worden wären. Immerhin sei eine ungefähre Orientierung erreicht worden und zwar durch die Normierung von Strafzwecken (mit dem Ziel „gerechter Strafen“) und die Einführung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Bezugspunkte: Tatschwere und Grad der Verantwortlichkeit). Im Ergebnis verbleibe den Tatrichtern ein erheblicher Ermessensspielraum, der nur sehr eingeschränkt von der Rechtsmittelinstanz überprüft werden kann. Auch sei die beabsichtigte Reduktion der Freiheitsstrafen nicht eingetreten und speziell die Inhaftierungsraten von Angehörigen indigener Bevölkerungsgruppen seien seitdem auf ein besorgniserregend hohes Niveau gestiegen.

Neben diesen allgemeinen Grundsätzen sehe das kanadische Strafgesetzbuch außerdem Höchststrafen und eine (seit jeher) kleine Zahl von obligatorischen Mindeststrafen vor. Deren Zahl expandierte erheblich im Rahmen einer von einer konservativen Regierung verfolgten „tough-on-crime“ Politik. Nach verschiedenen Leitentscheidungen des Supreme Court wurden zahlreiche dieser Mindeststrafen aber für verfassungswidrig erklärt und zwar wegen des Verstoßes gegen das Verbot grausamer und außergewöhnlicher Strafen.

Nach Bergers Ansicht ist aufgrund dieser Entwicklungen ein neues Grundprinzip des kanadischen Strafzumessungsrechts entstanden, dass er als „*individualisierte Verhältnismäßigkeit*“ bezeichnet. Dieses gehe über das traditionelle Verhältnismäßigkeitsprinzip insoweit hinaus, als dass die „individuelle Bewertung der Lebensumstände des Täters und seine[r] Leidenserfahrungen“, also die reale emotionale Straferfahrung, in den Vordergrund gerückt werden sollte. Dieser Ansatz zeichne sich durch eine qualitative (nicht nur quantitative) Bewertung der Straferfahrung des Täters aus, es werden „Intimität, Nähe und Aufmerksamkeit für die Erfahrung des Leidens“ etabliert. Der Kern dieses Ansatzes besteht in einer Art Gesamtbetrachtung des „Leidenswegs“ des Angeklagten, von der polizeilichen Behandlung über die Nebenfolgen („collateral consequences“) des Strafverfahrens bis zum eigentlichen Strafvollzug. Dabei müsse schon die vorherige Schmerzzufügung, gerade durch die Polizei (Präzedenzfall Nasogaluak), ggf. strafmildernd berücksichtigt werden. Ferner müssten auch die – weit verstandenen – Nebenfolgen der Strafe stärker

berücksichtigt werden, also danach gefragt werden, welche Auswirkungen diese auf das Strafleid haben. Schließlich müsse auch die (existierende oder fehlende) Hoffnung auf eine (vorzeitige) Entlassung (deren Zeitpunkt etwa von Aussetzungsentscheidungen abhängen) zur Bewertung der Strafhärte berücksichtigt werden.

Berger übersieht nicht die Probleme eines solchen subjektivistisch-täterorientierten Ansatzes, insbesondere mit Blick auf die unterschiedliche Leidensfähigkeit unterschiedlicher Täter (die dann evtl. zu Strafverschärfungen oder -milderungen führen müsste); er will ihnen vielmehr differenziert begegnen, insbesondere durch Orientierung am Ziel einer gerechteren und gleicheren Gesellschaft. Er sieht eine wichtige strukturelle Begrenzung dieses neuen Ansatzes letztlich in der Praxis des Strafvollzugs, der sich gerade nicht an individualisierter Verhältnismäßigkeit und persönlicher Straferfahrung orientiere. Er fordert eine Strafzumessungstheorie und -praxis, die der tatsächlichen Vollstreckung der verhängten Strafen eine größere Aufmerksamkeit widme.

Thomas Grosse-Wilde betont zunächst die Gemeinsamkeiten des deutschen und kanadischen Strafjustizsystems, etwa die in beiden Ländern verbeamteten (nicht gewählten) Staatsanwälte, die Existenz gesetzlicher (tatbestandlicher) Strafzumessungsvorgaben (§§ 46 ff. StGB, §§ 718 ff. Canadian Criminal Code) statt Strafzumessungsrichtlinien und die ähnliche Punitivitätsrate (75 vs. 114 Inhaftierte pro 100.000 Einwohner). Was die Rolle der Rechtsprechung angeht, so sieht Grosse-Wilde einerseits eine stärkere verfassungsrechtliche Kontrolle des kanadischen Supreme Court im Vergleich zum Bundesverfassungsgericht (insbesondere mit Blick auf gesetzliche Mindeststrafen), andererseits jedoch eine intensivere rechtsmittel-(revisions-)gerichtliche Kontrolle in Deutschland durch den BGH (etwa im Steuerstrafrecht). Insofern liefert Grosse-Wilde den interessanten Hinweis auf das rechtsmittelkontrollintensivere englische Modell, dem sich auch der genannte ALI-Musterentwurf angeschlossen hat.

Hinsichtlich des von Berger favorisierten Ansatzes der individualisierten Verhältnismäßigkeit zeigt Grosse-Wilde zum einen, dass in Deutschland „Kollateralschäden“ in Form von Polizeigewalt oder ausländerrechtlichen Härten in der Strafzumessung keine Berücksichtigung finden; zum anderen lehnt er die in diesem Ansatz liegende Bewertung des gesamten Lebens (im Sinne der hierzulande verpönten „Lebensführungsschuld“¹¹) ab und verteidigt das Tatschuldprinzip („für das die Idee eines frei verantwortlichen Akteurs, der auch anders hätte handeln können, zentral ist“) sowie die Trennung von Strafmaßfrage und Strafvollstreckung/-vollzug. Soziale Probleme mit den Mitteln des Strafzumessungsrechts lösen zu wollen, hält er für einen „Kategorienfehler“, denn dieses komme „viel zu spät, um das Problem einer ‚ungerechten Welt‘ oder ungerechten Gesellschaft anzugehen ...“.

¹¹ *Mezger*, Kriminalpolitik, 1942, S. 2, 248 f.

Abschließend noch einige Worte des Dankes: zunächst an die Autoren, auch der hier dokumentierten Beiträge, und natürlich den Übersetzern der englischen in die deutsche Sprache (Eric Armbrrecht, Yvonne Shah-Schlageter und Mathis Schwarze). Herrn Armbrrecht gilt ferner ein besonderer Dank für die Unterstützung bei der Herausgabe, insbesondere der Erstellung des druckfertigen Manuskripts. Margaret Hiley, fast schon unser „in-house English editor“, unterstützte mich bei der englischen Fassung dieser Einführung und unterzog das gesamte Manuskript einer abschließenden sprachlichen Überprüfung. Der Göttinger Verein zur Förderung der Strafrechtswissenschaft und Kriminologie sowie ihrer praktischen Anwendung e.V. hat auch dieses Werk ideell begleitet und finanziell unterstützt.

Kai Ambos

Göttingen, August 2020

Introduction

I.

The question of proportionate sentencing is as old as the question of criminal liability itself. A guilty verdict has never marked the end of criminal proceedings; the court then faces the equally challenging task of determining a punishment proportionate to the seriousness of the offence and the offender's culpability. Sentencing is by no means a mere appendage to the trial proceedings, although it is largely neglected in the curricula of our law schools. Indeed, the parties involved, the victim, and the public are normally more interested in the punishment imposed than in the establishing the defendant's guilt.

The criminal law section of the 72nd *Deutscher Juristentag* (DJT, "German Assembly of Jurists") in September 2018 debated the question "Sentencing Guidelines vs. Free Judicial Discretion – Is German Sentencing Law in Need of Reform?" Despite the

expert opinion provided by Johannes Kaspar¹ and the accompanying scholarly commentaries,² ensuing proposals for fundamental reform met with rejection.³ The comparative perspective was limited to the US Federal sentencing guidelines.⁴

This overly narrow perspective and the all in all disappointing results of the DJT motivated us to make the topic of sentencing from a comparative legal perspective the subject of the thirteenth Göttingen criminological colloquium.⁵ Our primary aim was to draw a differentiated picture of Anglo-American sentencing law and, by translating the relevant articles into German, to make this information widely accessible in German-speaking jurisdictions, especially to German practitioners. A second objective was to make the German perspective (better) known within the Anglo-American legal world. Thus, the German contributions to the colloquium were translated into English, and some key contributions relevant to the DJT's debate were made available in English for the first time. The result is this bilingual volume, with three parts: Part I, the most substantial section, includes articles on English and Welsh, US, and Canadian sentencing law, each with a commentary from a German perspective. Part II contains a supplementary conference report. Part III provides (selective) English documentation on the DJT discussion (a summary of Kaspar's report, articles by Kudlich/Koch and Verrel), which is aimed primarily at interested colleagues from the Anglo-American legal world.⁶ We decided to proceed with open access publication in order to achieve the widest possible dissemination of the works.

II.

Now a few comments on the contributions in Part I.

¹ *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies trichterliches Ermessen, 2018, p. C1; English summary in this volume p. 337.

² *Fünfsinn*, Referat, 2019, p. M11; *Mosbacher*, Referat, 2019, p. M23; *Kilian*, Referat, 2019, p. M43; further *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, p. 130; *Hörnle*, GA 2019, p. 282; *Hoven*, KriPoZ 2018, p. 276 and *Kudlich/Koch*, NJW 2018, p. 2762; *Verrel*, JZ 2018, p. 811 (English translation in this volume p. 353 and 365).

³ The participants were against *Kaspar's* proposal to abandon the concept of "guilt" as the main criterion determining sentencing and instead establish tabular sentencing guidelines. At least the introduction of a central database of legal decisions and continuous statistics on recidivism and progress was approved, cf. Verhandlungen des 72. DJT vol. II/1 part M, 2019, p. M62.

⁴ Critically also *Ambos*, Einheitlichere und transparentere Strafzumessung, 2021, who writes that restricting the comparison to the US Federal Sentencing Guidelines in particular fails to recognise that there are other sentencing systems better suited to inspiring the debate in Germany.

⁵ "Sentencing/Punishment – Comparative Insights", 13th Colloquium of the Institute of Criminology of the Georg August University Göttingen, 5 July 2019; conference report in this volume, p. 329).

⁶ For earlier articles on German criminal law in English, see *Albrecht*, LCP 76 (2013), p. 211; *Hörnle*, LCP 76 (2013), p. 189; *Frisch*, CLF 28 (2017), p. 437; *Harrendorf*, CLF 28 (2017), p. 501; *Nestler*, BCLR 7 (2003), p. 109; *Streng*, GLJ 8 (2007), p. 153.

Julian V. Roberts and *Nicola Padfield* deal with sentencing in **England and Wales**. Sentencing guidelines form the core of English and Welsh sentencing law and practice.⁷ These guidelines are both offence-specific (e.g., assault offences) or apply across cases (e.g., sentencing reductions for a guilty plea; sentencing mentally disordered offenders). After noting briefly the history of the development of the guidelines, the authors explain the structure and functioning of the offence-specific guidelines, using street robbery as a concrete example. The sentencing procedure is generally the same in structure for all guidelines, providing the courts with a fixed sequence of steps. The first step is to determine the seriousness of the crime and the offender's level of culpability. Once these have been established, the guidelines provide a starting point sentence and an offence range. These are located at Step Two of the guidelines methodology. The starting point sentence is then modified in steps two through nine, taking into account mitigating and aggravating circumstances as well as numerous other factors (e.g. possible cooperation with law enforcement authorities or a guilty plea). Under English law, at sentencing, courts must follow any relevant guideline, unless the court is satisfied that 'it would be contrary to the interests of justice to do so'.⁸ The statutory compliance requirement means that courts can impose any sentence within the total sentence range prescribed by the relevant guideline. In the event that the court is satisfied that following the guideline would be contrary to the interests of justice, it may impose a sentence outside the guideline range.

Roberts/Padfield also discuss guidelines applicable across offences that concern more general sentencing issues. For example, the regulation on the reduction of the sentence following a guilty plea ("Reduction for a Guilty Plea") stipulates that the sentence should be reduced by a certain amount, depending on the stage in the proceedings the plea was made. For example, if the defendant has entered a plea at the earliest stage of the proceedings a maximum reduction of one third should be made. Additional guidelines applicable across offences exist, including for the sentencing of multiple offences and of juveniles. If sentencing can be divided generally into more *descriptive* – i.e. reflecting current practice – or more *prescriptive* – i.e. influencing practice – systems, the English and Welsh system is primarily descriptive, as its guidelines are based on current sentencing practice.⁹ Roberts/Padfield emphasise transparency as a particularly positive feature of the system. If a defendant pleads guilty and the sentence is reduced accordingly on the basis of the applicable guideline, all interested parties including the defendant are able to see the effect of a plea on sentence outcomes.

⁷ All the guidelines are available at: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/> <29.06.2020>.

⁸ Coroners' and Justice Act 2009, sec. 125(1).

⁹ *Roberts*, Crime&Just 48 (2019), pp. 187–254.

From a German perspective, *Jörg-Martin Jehle* first discusses fundamental differences between the German and the English and Welsh criminal law systems. These differences also influence sentencing. With regard to Germany, Jehle criticises the fact that vague guidelines often result in judges being guided by local sentencing cultures, leading to considerable regional differences in sentencing. Jehle is critical of the DJT's conclusions, particularly its rejection of the establishment of a sentencing commission. At least the support for a nationwide information system on sentencing practice and the introduction of recidivism statistics provides a "glimmer of hope".

The English and Welsh sentencing guidelines compensate for the lack of differentiation in the statutory definitions of offences, for example in the case of robbery, where § 250 of the German Criminal Code sets out a relatively differentiated definition of the offence. However, for the most part they define neither the (relative) weight attached to the individual circumstances of sentencing nor how these relate to each other; there are certainly no quantifiable requirements. Thus, English judges face similar difficulties to their German colleagues concerning the concrete determination of sentences; in positive terms, they enjoy a similarly broad discretion "albeit within a range of penalties more narrowly defined by proportionality criteria". This orientation towards proportionality convinces Jehle, but he points out that the system is thus unable to dispense with "preventive elements" (e.g. a consideration of dangerousness that increases the sentence). He also considers the defined sentence reduction following a guilty plea to be of interest for the German debate on the mitigating effect of confessions and in the context of negotiated agreements. In the absence of a comprehensive empirical evaluation, however, it remains unclear whether the English system of guidelines actually leads "to greater consistency and parity".

Rhys Hester shows the great diversity of **US sentencing** practice. He criticises its high punitivity and high rate of incarceration, stating that the USA is the "most punitive country in the world". Because of the USA's federal structure, sentencing law in principle is the responsibility of the individual states; only an extremely small number of all criminal proceedings are judged under federal law. Although the US Federal Sentencing Guidelines are very important, they should not be equated with US sentencing law *in toto*. The sentencing law of the individual US states is very different in structure – only seventeen of the 50 states have sentencing guidelines at all, and all of these differ significantly.

Hester explains the diversity of local legal cultures by way of the "Court Communities Theory". According to this theory, local politics and influences shape the level of penalties in an existing "community of courts". This leads to considerable local and regional differences both in the level of penalties and in incarceration rates. Hester proves this by comparing the punishments imposed for burglary and robbery in South Carolina and Minnesota. The USA's rate of incarceration, which is unprecedented in international comparison – even the low rates in some states (e.g. Massachusetts with 300 prisoners per 100,000 inhabitants) are still high by global standards

(see Figure 5 in Hester)¹⁰ – has both social and cultural causes. Hester discusses different sociological explanations in this respect and considers Michael Tonry's approach to be the most convincing. According to Tonry, US criminal policy is characterised by four features (in short: paranoid politics, "Manichaeism", the constitutional framework, and racism). The validity of this approach with regard to racism is illustrated by the disproportionate application of criminal law against African Americans; with regard to the constitutional framework, it is shown by the popular election of prosecutors and also (some) judges, leading to a politicization of the judiciary. Hester finally sees the ubiquitous practice of "plea bargaining" as a component whose influence with regard to incarceration rates has not yet been clarified conclusively, but which in any case forms part of American exceptionalism. As regards the future, a number of developments, such as the election of "progressive" (liberal) prosecutors and the development of a "Model Penal Code: Sentencing" (ALI) are encouraging.

Despite reservations about Hester's "punitivity theory", *Tatjana Hörnle* agrees that the level of punitivity in the USA is high, as shown, among other things, by the German prison rate (75 prisoners per 100,000 inhabitants as of 31 March 2018) as compared to the US (655 per 100,000 inhabitants as of 31 December 2016). However, the "complicated interaction between crime rates and imprisonment rates" needs to be taken into account. It is true that crime rates in the USA are much higher than in Germany, which of course also has an effect in terms of higher imprisonment rates in the USA. However, this correlation is not linear-proportional (higher incarceration rates in the US *in line* with the crime rate). Rather, more offenders are imprisoned in the US in relative terms (i.e., relative to the crime rate). Moreover, the higher crime rate in the USA shows that harsher sentences (including the death penalty) and harsh enforcement does not guarantee more effective deterrence and less crime.

Hörnle further warns against adopting a results-oriented perspective that looks only at prison rates, because from a *normative* point of view higher prison rates are "not necessarily reason for criticism" if there are factual grounds for this (e.g. a better equipped and more efficient criminal justice system with simultaneously high crime rates). From the perspective of justice, the length of sentences and the resulting high number of prisoners give more cause for concern. The effect of increasing social fragmentation combined with high immigration rates on the development of crime and the sentencing of offenders in Germany remains unclear. The question is whether the barely regulated judicial decision-making process could adapt to such societal changes – the wide range of penalties would at least not rule this out from the outset. Hörnle's observations concerning the professionalism of appointed, unelected judges are convincing. Her criticism both of German sentencing as a "black

¹⁰ For the prison population, see *Walmsley*, World Prison Population List, 2018.

box” and of the DJT discussion, especially its focus on the US federal guidelines, likewise hits the mark.

Benjamin L. Berger discusses the **Canadian case**, providing a detailed description of sentencing practice in Canada, with particular attention to the historical and contemporary approach to sentencing guidance. He begins by pointing out that the Federal Parliament failed to implement a proposal to introduce sentencing guidelines, even though a report to this effect by a national sentencing commission had met with significant approval. However, a 1996 reform codified, for the first time, the purposes and principles of sentencing, albeit without putting these new principles into perspective or prioritising them amongst themselves. It provided a rough orientation by standardising the purpose of penalties (with the aim of ensuring “just sanctions”) and introducing the principle of proportionality (with the seriousness of the offence and the degree of responsibility as reference points). As a result, judges have considerable discretionary powers that the appellate instance is able to review only to a very limited extent. Furthermore, the intended reduction of prison sentences failed to materialise, and the incarceration rates of members of Indigenous population groups in particular have risen to a worryingly high level since then.

In addition to these general purposes and principles of punishment, the Canadian Criminal Code provides sentencing guidance by way of maximum sentences and a historically small number of mandatory minimum sentences. The number of mandatory minimum sentences expanded significantly during a period in which a Conservative government pursued “tough-on-crime” policies. However, following various landmark decisions of the Supreme Court, many of these mandatory minimum sentences were declared unconstitutional because they violated the ban on cruel and unusual punishment.

Berger argues that, as a result of this history, these systemic features, and various jurisprudential developments, a new basic principle has emerged as central to Canadian sentencing law, which he calls “*individualized proportionality*”. This goes beyond the traditional principle of proportionality in that it involves giving priority to an “individualized gauging of the circumstances of the offender and their experience of suffering”, that is, the real emotional experience of punishment. This approach is characterised by a qualitative (not merely quantitative) assessment of the offender’s experience of punishment, an assessment that aims “to be intimate, up close, and attentive to the experience of suffering”. The core of this approach consists of a kind of overall evaluation of the accused person’s “sufferings”, from his or her treatment by the police to the “collateral consequences” of the criminal process and the actual enforcement of the sentence. Any previous infliction of pain, especially by the police (precedential case *Nasogaluak*), must be taken into account to mitigate the sentence. Furthermore, the – broadly understood – “collateral consequences” of the punishment should also be considered to a greater extent, that is, the impact they have on the suffering caused by the punishment. Finally, the (existing or lacking) hope for (early) release (the timing of which depends, for example, on decisions on

suspended sentences) must also be taken into consideration when assessing the severity of the punishment.

Berger does not overlook the problems of this subjectivist, agent-focused approach, especially with regard to the different degrees of suffering experienced by different perpetrators (which might then have to lead to increased or mitigated punishments); rather, he seeks to deal with these problems in a nuanced way, especially by focusing on the goal of a more just and equal society. Berger concludes by noting that a significant structural limit on this emergent principle ultimately lies in the practice of the penal system, which is not guided by the principles of individualised proportionality and the personal experience of punishment. With this, he calls for sentencing theory and practice alike to pay more attention to the administration of punishments.

Thomas Grosse-Wilde begins his commentary by emphasising the features that the German and Canadian criminal justice systems have in common, such as (unelected) public prosecutors who are civil servants in both countries, the existence of statutory (definition-based) sentencing rules (§§ 46 ff. StGB, §§ 718 ff. Canadian Criminal Code) instead of sentencing guidelines, and a similar punitivity rate (75 vs. 114 prisoners per 100,000 inhabitants). As far as the role of case law is concerned, Grosse-Wilde on the one hand sees the Canadian Supreme Court as exercising stronger constitutional control than the German Federal Constitutional Court (especially with regard to statutory minimum penalties), but on the other hand also notes that Germany's Federal Supreme Court exercises greater judicial control via appeals (*Revision*) (for example in the criminal law on tax offences). In this respect, Grosse-Wilde provides an interesting reference to the English model, which makes more intensive use of appeals, and to which the aforementioned draft model ALI has also subscribed.

With regard to the individualised proportionality approach favoured by Berger, Grosse-Wilde on the one hand shows that in Germany, “collateral damage” in the form of police violence or hardship under aliens law is not taken into account in sentencing. On the other hand, he rejects the assessment of the defendant's life as a whole inherent in this approach (in the sense of a focus on “Lebensführungsschuld”, the blameworthiness of the perpetrator's lifestyle, an approach strongly frowned upon in Germany¹¹). Instead, he defends the “Tatschuld” principle, which focuses on the blameworthiness of the act itself (“which at its core has the idea of a free, responsible agent who could have acted otherwise”), and argues in favour of separating the question of the severity of the penalty from the execution of the punishment. He considers trying to solve social problems using the means of sentencing law to be a “category mistake”, because this law comes “much too late to tackle the problems of an unjust world or society”.

¹¹ *Mezger*, *Kriminalpolitik*, 1942, p. 2, 248–249.

I close with a few words of thanks: first of all to the authors, including of the contributions mentioned here, and of course to the translators from English to German (Eric Armbrrecht, Yvonne Shah-Schlageter and Mathis Schwarze). Special thanks are also due to Mr. Armbrrecht for his support in the editing process, especially for preparing the print-ready manuscript. Margaret Hiley, almost our in-house English editor, helped to prepare the English version of this introduction and carried out a final language check of the whole manuscript. The Göttinger Verein zur Förderung der Strafrechtswissenschaft und Kriminologie sowie ihre praktische Anwendung e.V. (Göttingen Association for the Promotion of Criminal Law and Criminology and its Practical Application) provided a stimulating intellectual environment and financial support for this work.

Kai Ambos

Göttingen, August 2020

Teil I/Part I

Tagungsbeiträge/Conference
Papers

Strafzumessung in England und Wales

*Julian V. Roberts und Nicola Padfield**

1 Einleitung

Die englische¹ Strafzumessung hat innerhalb der letzten 20 Jahre einen tiefgreifenden Wandel vollzogen. Das folgende Kapitel beleuchtet den gegenwärtigen Stand der Strafzumessung in England und Wales und hebt dabei die Merkmale hervor, die sie von der Strafzumessungspraxis in anderen *Common-Law*-Rechtsordnungen unterscheidet. Die bedeutendste Entwicklung und gleichzeitig Englands Alleinstellungsmerkmal ist die Einführung gesetzlich verankerter Strafzumessungsrichtlinien (*sentencing guidelines*). Im Folgenden werden Ursprung und Wesen der englischen Guidelines in ihrer derzeit geltenden Form erörtert. Dabei wird zunächst der historische Kontext beschrieben, in dem die Weiterentwicklung des englischen Sanktionenrechts stattgefunden hat. Im zweiten Teil erfolgt eine Einführung in die englischen Strafzumessungsrichtlinien, wobei mit der Guideline zur Sanktionierung von Raubdelikten eine typische deliktsspezifische Richtlinie als Beispiel herausgegriffen wird. Anschließend werden auch die vom *Sentencing Council* erlassenen deliktsübergreifenden Guidelines erörtert. Der *Council* hat beispielsweise eine Richtlinie mit Empfehlungen über die Höhe der für ein Schuldgeständnis zu gewährenden Strafmilderung herausgegeben. Diese „allgemeinen“ Richtlinien sind einzigartig und haben in keinem anderen Guidelines-System ein Äquivalent. Das Kapitel schließt mit einigen Überlegungen zur Transparenz in der Strafzumessung.

* Übersetzung aus dem Englischen von Mathis Schwarze.

¹ „Englisch“ bzw. „England“ bezieht sich im Folgenden stets auf die Rechtsordnung von England und Wales.

2 Die Ursprünge des richterlichen Ermessens

Spätestens seit dem 19. Jahrhundert ist das richterliche Ermessen Kernbestandteil der Strafzumessung. Mit dem Jahr 1861 war bereits der Großteil des Strafrechts in eine konsolidierte Form gebracht worden und die richterliche Entscheidungsgewalt über die Strafzumessung wurde „die Regel“.² Der Grundsatz, dass das Strafmaß im Ermessen der Richter bzw. Magistraten liegt und lediglich durch ein vom Gesetzgeber festzulegendes Höchstmaß begrenzt wird, war weithin anerkannt. Aber schon damals sorgte man sich um die Gleichmäßigkeit der Strafzumessung. Die Strafzumessung war Aufgabe einer geringen Zahl von Berufsrichtern im *Court of Assizes* und einer größeren Zahl von Laienrichtern bei den sogenannten *County Quarter Sessions*. Die verschiedenen Richter und Strafkammern entwickelten dabei unterschiedliche Strafzumessungspraktiken.³ 1907 beschloss das Parlament die Gründung des *Court of Criminal Appeal*, der mit der Befugnis ausgestattet wurde, die im *Court of Assizes* und den *Quarter Sessions* verhängten Strafmaße nach oben und unten zu korrigieren.

1966 wurde das Gericht umbenannt in „*Court of Appeal (Criminal Division)*“ und seine Kompetenzen wurden in einer Reihe von „Reformen“ umgestaltet. Im Wesentlichen ist das Gericht heute befugt, Strafmaße herabzusetzen, wenn diese „offensichtlich überhöht“ (*manifestly excessive*) oder „sachlich fehlerhaft“ (*wrong in principle*) sind, und solche anzuheben, die sich als „unangemessen milde“ (*unduly lenient*) darstellen. In den 1960er-Jahren zeigten diese Kompetenzen deutliche Wirkung, als immer mehr Verurteilte ihr Strafmaß anfochten. Zeitgleich entwickelte sich das Strafzumessungsrecht zu einer ernstzunehmenden Forschungsdisziplin und Strafverteidiger begannen, Entscheidungen des *Court of Appeal* in ihren Plädoyers vor dem *Crown Court* und sogar in den *magistrates' courts* zu zitieren. Der *Court of Appeal* begann, sogenannte *guideline judgements* abzusetzen, mit denen er sowohl zu sachlichen als auch prozessualen Aspekten der Strafzumessung Stellung bezog, und wissenschaftliche Anmerkungen zu bestimmten Strafmaßentscheidungen wurden in der Justizpraxis und während Fortbildungsveranstaltungen hitzig diskutiert.

Zwar hat sich Strafzumessungspraxis im 20. Jahrhundert stark gewandelt, das Konzept des richterlichen Ermessens blieb aber weitgehend erhalten. Die Gerichtsstruktur wurde im Zuge des *Courts Act 1971* fundamental neugestaltet, der *Court of Assizes* und die *Quarter Sessions* wurden abgeschafft. An ihre Stelle traten der *Crown Court* mit einer Zuständigkeit für schwere Straftaten, besetzt mit einer Jury für die Klärung der Schuldfrage und einem Einzelrichter für die Strafzumessung, und die *magistrates' courts*, in denen mit Laienrichtern besetzte Kammern oder gelegentlich auch ein einzelner Berufsrichter über den weit größeren Teil der sogenannten summarischen Vergehen entscheiden. Die Unterscheidung zwischen Verbrechen (*felonies*) und Vergehen (*misdemeanors*) wurde ersetzt durch eine Differenzierung danach,

² Thomas, *Judicial discretion*, 2003, S. 52.

³ Radziwiłowicz, *History of the English Criminal Law*, 1948; Thomas, *Judicial discretion*, 2003.

ob eine Straftat vor dem *Crown Court* auf Grundlage einer formellen Anklage verhandelt werden muss (*indictable offences*), sowohl im *Crown Court* als auch einem *magistrates' court* verhandelt werden darf (*offences triable either way*), oder stets vor einem *magistrates' court* abgeurteilt wird (*summary offences*). Die Strafzumessung war schon immer ein selbstständiger Teil des Verfahrens, der erst nach der Entscheidung über die Schuldfrage Bedeutung erlangt. Die Strafzumessung kann als der Verfahrensschnitt beschrieben werden, in dem der Richter bzw. die Magistratekammer die Strafe stellvertretend für den Staat vermittelt. Dabei handelt es sich üblicherweise um einen ernsten Moment, der oft von einer bedeutsamen Ansprache oder einem moralischen Appell an den Täter begleitet wird. Berufsrichter, mehr noch als Laienrichter, betrachten es seit jeher als ihre Aufgabe, die verhängte Strafe in der öffentlichen Gerichtsverhandlung mit Blick auf potentiell einzulegende Rechtsmittel für den *Court of Appeal*, aber auch für die Medien und die Opfer der Straftat zu begründen, obwohl eine gesetzliche Verpflichtung zur Darstellung der Strafzumessungsgründe erst 2003 eingeführt wurde.

Die sanktionenrechtliche Gesetzgebung des 20. Jahrhunderts führte verschiedene Alternativen zur Freiheitsstrafe ein und erweiterte damit das richterliche Ermessen. Laut *David Thomas*, einem Pionier der Strafzumessungsforschung, nahm das moderne Sanktionenrecht seinen Anfang im *Criminal Justice Act 1948*.⁴ In diesem Gesetz wurde das gesamte Sanktionenrecht – mit Ausnahme der Strafobergrenzen – in 30 Paragraphen und zwei kurzen Anhängen niedergeschrieben. Seitdem wurde eine Vielzahl weiterer sanktionsrechtlicher Gesetze erlassen, was die Aufgabe des Strafzumessungsrichters immer komplexer und technischer machte. Das Parlament erließ immer detailliertere Regelungen zur Behandlung spezifischer Fallgestaltungen, was der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitete. Zu den im 20. Jahrhundert eingeführten Sanktionsmöglichkeiten gehören unter anderem: die Strafaussetzung zur Bewährung unter Auflagen (*probation*), die Inhaftierung in einem *detention centre*, die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt (*Borstal training*) oder einem *assessment centre*, die Teilnahme an einem „korrektivem Training“ (*corrective training*), Präventivhaft (*preventive detention*), die Strafaussetzung zur Bewährung ohne Auflagen (*suspended sentence* – diese Sanktionsform wurde 1967 eingeführt, 1991 beinahe abgeschafft, und seit 2003 wird zu ihrer Anwendung wieder ausdrücklich ermutigt), gemeinnützige Arbeit (*community service orders*), Jugendarrest (*youth custody*), und die Sicherheitsverwahrung (*extended sentences*). In den letzten 50 Jahren gab es mindestens elf verschiedene Formen der lebenslangen Freiheitsstrafe bzw. der Freiheitsstrafe von unbestimmter Dauer (*indeterminate sentence*), und die Gefängnisbehörden sowie das *Parole Board* sind komplexen Vorschriften über die vorzeitige Haftentlassung unterworfen.⁵

Ziel des *Criminal Justice Act 1991*, der von einer konservativen Regierung erlassen wurde, war die Schaffung eines übersichtlicheren Rahmens für die Strafzumessung, der im Wesentlichen auf dem Prinzip des tatproportionalen Strafens beruhte: Das

⁴ *Thomas*, *Judicial discretion*, 2003.

⁵ Siehe *Padfield*, *CLRev* 2016, S. 795.

Strafmaß sollte proportional zur Schwere der Straftat ausgestaltet sein. Vorstrafen und frühere Verurteilungen spielten für die Bewertung der Tatschwere keine Rolle. Das Gesetz führte außerdem ein Tagessatzsystem ein, wobei die *magistrates' courts* die Anzahl der Tagessätze wiederum an der Schwere der Tat und deren Höhe nach den persönlichen Umständen des Verurteilten auszurichten hatten.

Der *Criminal Justice Act 1991* wurde bereits kurze Zeit nach seinem Inkrafttreten heftig kritisiert, insbesondere von der Justiz und der Presse. Selbst der *Lord Chief Justice* erklärte öffentlich, dass Teile des Gesetzes gesundem Menschenverstand widersprächen.⁶ Mit dem *Criminal Justice Act 1993* wurden wiederum zahlreiche Änderungen vorgenommen (das Tagessatzsystem wurde wieder abgeschafft und Richtern war es nunmehr erlaubt, bei der Bewertung der Tatschwere weitere Straftaten zu berücksichtigen und auch die Anzahl der Vorstrafen durfte bei der Festsetzung der Strafe wieder miteinbezogen werden). Im Anschluss wurde mit dem *Criminal Justice and Public Order Act 1994* die langjährige Justizpraxis im Gesetz verankert, eine Strafmaßreduktion für ein Schuldgeständnis (*guilty plea*) zu gewähren. Dabei handelt es sich um einen wichtigen Aspekt des Strafzumessungsrechts, denn ein *guilty plea* kann erhebliche Strafnachlässe nach sich ziehen – oftmals wird das Strafmaß um ein Drittel herabgesetzt, wenn das Geständnis zum frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgt.

Den Richtern wurde aber nach wie vor ein breiter Ermessensspielraum zuteil. Es existierte keine gesetzliche Definition der Tatschwere, weshalb Richter frei entscheiden konnten, wann eine Straftat so schwer wiegt, „dass lediglich eine Freiheitsstrafe angemessen ist“. Bis heute bleibt unklar, ab welcher Tatschwere eine unbedingte Freiheitsstrafe angemessen ist („*custody threshold*“).⁷ Das Sanktionenrecht wurde durch die in den 1990er-Jahren fast jährlich ums neue verabschiedeten *Criminal Justice Acts* immer komplexer, außerdem wurden mehrere verbindliche Strafuntergrenzen eingeführt. Einen schweren Rückschlag erlitt das Konzept des richterlichen Ermessens dann mit dem *Crime (Sentences) Act 1997*, mit welchem absolute lebenslange Freiheitsstrafen für Personen eingeführt wurden, die zum zweiten Mal wegen einer in diesem Gesetz als „schwer“ definierten Straftat verurteilt wurden. Es sah außerdem eine Mindeststrafe von sieben Jahren für Straftäter vor, die zum dritten Mal wegen eines *Class-A*-Drogendelikts verurteilt wurden, und eine Strafuntergrenze von drei Jahren für die dritte Verurteilung wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls.

Auf die Verabschiedung dieses Gesetzes folgten bald die Parlamentswahlen, mit denen im Jahr 1997 *New Labour*, Tony Blairs Labour-Partei, an die Regierung kam. Sie setzte die harte Linie ihrer Vorgänger in der Kriminalpolitik mit einer Reihe von Gesetzesnovellen fort, im hiesigen Zusammenhang sind insbesondere der *Crime and Disorder Act 1998* und der *Criminal Justice Act 2003* zu nennen. Der *Crime and Disorder Act 1998* war das erste von mehreren Gesetzen, mittels derer erhebliche Änderungen an dem komplexen System der Jugendstrafen vorgenommen wurde, und mit dem

⁶ *Taylor*, JLawScot 38 (1993), S. 129.

⁷ Siehe *Padfield*, CLRev 2011, S. 593.

Criminal Justice Act 2003 wurde ein im Vergleich zum *Criminal Justice Act 1991* von Grund auf neugestaltetes Regime für die Strafzumessung eingeführt. Es wurden neue, komplizierte Vorschriften für die an „gefährliche“ Straftäter adressierten Strafen von unbestimmter Dauer (*Imprisonment for Public Protection*) erlassen und das bisherige System der Bewährungsstrafen wurde abgeschafft und durch eine einzelne Form der Bewährungsstrafe, die *community order*, ersetzt, welche mit bis zu elf unterschiedlichen Auflagen und Weisungen versehen werden kann. Auch die Zahl der Nebenstrafen (*ancillary penalties*) ist deutlich angewachsen: hierzu gehören Maßnahmen mit Sanktionscharakter genauso wie Präventions- und Sicherungsanordnungen wie die Aberkennung der Amtsfähigkeit, das Berufsverbot, verschiedene Sperrverfügungen, Maßnahmen zum Schutz vor sexueller Gewalt, Reisebeschränkungen und Einziehungs- bzw. Verfallanordnungen.

Die *Law Commission*, deren gesetzliche Aufgabe es ist, das Gesetzesrecht im Hinblick auf seine systematische Weiterentwicklung und Reform zu überwachen,⁸ hat dem Parlament kürzlich den Entwurf eines sehr umfangreichen Sanktionengesetzes vorgelegt, der 416 Paragraphen und 28 Anhänge umfasst.⁹ Dabei hat sich die *Law Commission* allerdings nicht mit der großen Bandbreite an Nebenstrafen auseinandergesetzt, deren Anwendung in der Justizpraxis oftmals genauso große Schwierigkeiten bereitet wie die Festsetzung der Hauptstrafen. Zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Kapitels ist unklar, ob Boris Johnsons konservative Regierung diesen Versuch, das Sanktionenrecht in einem einheitlichen Gesetz zu konsolidieren, gesetzlich umsetzen wird, oder ob ihr Fokus auf eine strenge „*Law-and-order*“-Politik anstelle von Konsolidierung vielmehr weitere Gesetzesänderungen bewirken wird.

Der dramatische Anstieg der relevanten Gesetzesmaterie hält den *Court of Appeal* im Hinblick auf die Auslegung der in den komplexen Gesetzesvorschriften enthaltenen Begriffe stets auf Trab. Im Zuge des *Crime and Disorder Act 1998* wurde ein *Sentencing Advisory Panel* gegründet, um die Entwicklung von Leitlinien durch die *Criminal Division* des *Court of Appeal* anzuregen und zu unterstützen. Das *Panel* hatte lediglich eine beratende Funktion. Die Balance zwischen Gesetzgebung und höchstgerichtlicher Rechtsprechung bzw. Rechtsfortbildung hat sich allerdings mit der Einführung des ersten *Sentencing Guidelines Council* im Zuge des *Criminal Justice Act 2003* verschoben, und anschließend erneut durch die Einführung des *Sentencing Council*, welcher dieses Organ 2010 aufgrund des *Coroners and Criminal Justice Act 2009* ersetzte. 2004 wurde die erste Strafzumessungsrichtlinie veröffentlicht, seitdem wurden sie ständig erweitert und weiterentwickelt.

⁸ Siehe sec. 3(1) des *Law Commission Act 1965*.

⁹ *Law Commission*, The Sentencing Code. Law Com No 382, HC 1724, 2018.

2.1 Die Einführung der Strafzumessungsrichtlinien

Viele Jahrzehnte lang waren Sentencing Guidelines lediglich in den US-amerikanischen Bundesstaaten und auf Bundesebene vorzufinden. Das Konzept der Guidelines nahm seinen Anfang in den 1970ern, das erste Instrument dieser Art trat 1979 in Minnesota in Kraft. Andere amerikanische Bundesstaaten folgten diesem Beispiel und verpflichten ihre Gerichte ebenfalls, Richtlinien bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.¹⁰ Inzwischen haben jedoch auch andere Länder Sentencing Guidelines eingeführt.¹¹ Unter allen existierenden Richtlinienregimes ist das englische¹² das umfangreichste. Die englischen Guidelines werden seit einer Generation ständig weiterentwickelt und umfassen mittlerweile fast alle allgemeinen Straftatbestände. Sie stellen eine Alternative für Rechtsordnungen dar, die ihren Gerichten eine Orientierungshilfe zur Verfügung stellen möchten, die sich von den in vielen US-amerikanischen Bundesstaaten verwendeten Strafzumessungstabellen unterscheidet.

Die Ursprünge des *Sentencing Council* von England und Wales sowie die Entwicklung seiner Richtlinien ist bereits im Rahmen früherer Beiträge dokumentiert worden.¹³ Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der von 2004 bis 2010 aktive *Sentencing Guidelines Council* ca. 20 deliktsübergreifende und deliktspezifische Richtlinien veröffentlicht hat. Der *Sentencing Council* hat ihn 2010 abgelöst und ein Jahr später seine erste Richtlinie herausgegeben.¹⁴ Seit 2010 hat er weitere ungefähr 20 deliktspezifische Richtlinien entwickelt – die meisten Hauptstrafatbestände sind nunmehr abgedeckt. Darüber hinaus hat der *Council* einige deliktsübergreifende Richtlinien herausgegeben, die auf bestimmte zentrale Fragen der Strafzumessung eingehen. In diesem Beitrag werden beide Arten von Guidelines erörtert. Der Effekt der Guidelines auf die Gleichmäßigkeit der Strafzumessung kann im Folgenden nicht evaluiert werden. Zu dieser Frage existieren bisher keine hinreichenden Forschungsdaten, die sichere Schlüsse auf Veränderungen seit Einführung der Guidelines zuließen.¹⁵

¹⁰ Siehe den Beitrag von Hester, in diesem Band, S. 101.

¹¹ Hierzu gehören Äthiopien, Südkorea, Mazedonien, Bahrain, Schottland und Kenia.

¹² Auch Schottland, eine selbstständige Rechtsordnung innerhalb des Vereinigten Königreichs, verfügt über einen *Sentencing Council*, der ebenfalls begonnen hat, Richtlinien für die schottischen Gerichte zu entwerfen, siehe <https://www.scottishsentencingcouncil.org.uk/> <10.02.2020>.

¹³ Siehe Roberts/*Ashworth*, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice*, 2016, S. 307; und *Ashworth/Roberts*, *Sentencing Guidelines*, 2013; *Ashworth*, *Sentencing and Criminal Justice*, 2015.

¹⁴ *Sentencing Council of England and Wales*, *Assault*. Definitive Guideline, 2011.

¹⁵ Der *Sentencing Council* hat die Auswirkungen der Guidelines auf die Strafmaßvarianz bisher nicht erforscht. Es ist zu früh, belastbare Schlüsse zu dieser Frage zu ziehen. Die wenigen Studien, die bereits vorliegen, legen aber leichte Verbesserungen nahe. Eine Untersuchung von *Pina-Sanchez* (*Defining and Measuring Consistency*, 2015, S. 87) kam zu dem Ergebnis, dass sich die Gleichmäßigkeit der Strafzumessung über alle untersuchten Deliktsbereiche hinweg verbessert habe, seit die neue Guideline in Kraft trat. *Irwin-Rogers* und *Perry* (*Exploring the Impact of Sentencing Factors*, 2015, S. 210) untersuchten die Guideline zum Delikt *burglary* und fanden gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die von den Gerichten ausgesprochenen Sanktionen im Einklang mit der relevanten Richtlinie stehen.

3 Die deliktsspezifischen Richtlinien

Zunächst einige allgemeine Bemerkungen zu den Guidelines. Die bekannten US-amerikanischen Richtlinien sind durch eine zweidimensionale Tabellenstruktur gekennzeichnet, wobei die Tatschwere einerseits und die Vorstrafen des Täters andererseits als Dimensionen fungieren. Jede Zelle der Tabelle beinhaltet einen Strafrahmen und ein in dessen Mitte liegendes Strafmaß. Der Umgang mit der Richtlinie ist relativ simpel: Mit dem Schuldspruch steht das Ausmaß der Tatschwere und die Anzahl der Vorstrafen des Täters fest. Sogar ein Angeklagter, der ein *guilty plea* eingehen möchte, kann den für ihn einschlägigen Strafrahmen einer der Tabellen auf der Website der *Minnesota Sentencing Guidelines Commission* entnehmen.¹⁶

So liegt in Minnesota etwa der Strafrahmen für einen Täter eines Wohnungseinbruchs (*residential burglary*) mit einem Vorstrafen-Score von vier¹⁷ bei einer Freiheitsstrafe von 33 bis 45 Monaten. Die Einfachheit, mit der eine Strafe ausgerechnet werden kann, hat allerdings auch Nachteile. Angeklagte können zu der Auffassung gelangen, dem Akt der Strafzumessung fehle der notwendige Grad an Individualisierung, wenn der Strafrahmen schon lange vor Beginn der Strafzumessungsanhörung bekannt ist. Mit anderen Worten: der einzige Punkt, über den sich die Parteien in der Phase der Strafzumessung streiten könnten, ist, wo innerhalb des Strafrahmens der Angeklagte einzuordnen ist, oder ob das Gericht den vorgegebenen Strafrahmen gänzlich verlassen soll. Solche Abweichungen von dem in der Guideline vorgegebenen Strafrahmen sind im System von Minnesota erlaubt, aber nur, sofern das Gericht gewichtige und überzeugende Gründe (*substantial and compelling circumstances*) dafür geltend machen kann. Die Regelungen in England und Wales unterscheiden sich hiervon grundlegend. Es gibt drei zentrale Unterschiede zwischen den US-amerikanischen Tabellen-Guidelines und den englischen Strafzumessungsrichtlinien. Erstens decken die US-Guidelines alle Delikte innerhalb einer oder höchstens ein paar wenigen Strafzumessungstabellen ab. Die Strafzumessung erfolgt daher für alle Delikte auf der Grundlage einer allgemeinen, zweidimensionalen Tabelle. Die Vorgehensweise ist hierbei immer die gleiche. In England und Wales existiert hingegen für jede Deliktskategorie eine separate Richtlinie.

Zweitens hat sich der englische *Council*, anders als die Kommission in Minnesota, dazu entschlossen, die Guidelines nach und nach zu entwickeln und veröffentlichen. Entsprechend gab es keinen „Big-Bang“-Moment, in dem die Sanktionierung aller Delikte plötzlich einer Guideline unterworfen wurde. Dieser schrittweise Ansatz bringt sowohl Vorteile als auch Herausforderungen mit sich. Sentencing Guidelines können schneller umgesetzt werden, wenn alle Delikte von einer einzelnen Tabelle

¹⁶ Obwohl die Kommission ursprünglich mit einer einzelnen Tabelle arbeitete, existieren mittlerweile drei verschiedene Tabellen: eine für die meisten allgemeinen Delikte, eine für Drogendelikte und eine dritte für Sexualstraftaten. Siehe <https://mn.gov/sentencing-guidelines/> <10.02.2020> und Hester, in diesem Band, S. 101.

¹⁷ Jedem Straftäter wird ein Vorstrafen-Score zugeordnet, welcher auf der Grundlage von Anzahl, Art und Alter aller zurückliegenden Verbrechen und Vergehen berechnet wird, siehe Frase, *Crime&Just* 48 (2019), S. 79; und Frase/Roberts, *Paying for the Past*, 2019.

erfasst werden oder wenn alle deliktsspezifischen Guidelines zur gleichen Zeit herausgegeben werden. Das Entwerfen einer separaten Richtlinie für jede Deliktkategorie mit jeweils unterschiedlichen Empfehlungen zu Strafhöhe, Startpunkten für die Strafzumessung sowie strafschärfenden und strafmildernden Faktoren ist sehr viel zeitaufwändiger. Der englische *Council* hätte sich auch mehrere Jahre Zeit nehmen können, um alle deliktsspezifischen Guidelines in Vorbereitung auf eine gesammelte Veröffentlichung zu entwickeln. Stattdessen wählte er zentrale, besonders praxisrelevante Deliktbereiche aus und gab die zugehörigen Guidelines nach und nach heraus.

Drittens basieren die englischen Guidelines auf einem schrittweisen Entscheidungsprozess – im Unterschied zum Modell in Minnesota, welches es den Gerichten ermöglicht, durch Anwendung der Tabelle auf einen Blick zu einem Strafraum und einer Strafzumessungsempfehlung zu gelangen. Die Guidelines führen die Gerichte durch einen bis zu neun Schritte umfassenden Prozess, bei dem jeder einzelne Schritt eine Entscheidung erfordert.¹⁸ In England und Wales angeklagte Personen profitieren nicht vom gleichen Maß an Vorhersehbarkeit der Strafzumessung wie in Minnesota, da zahlreiche Ermessensentscheidungen getroffen werden müssen, bevor das Endergebnis feststeht. Andererseits haben Strafverteidiger vor den englischen Gerichten die Möglichkeit, durch ihre Argumentation auf eine Reihe von Entscheidungen Einfluss zu nehmen, und englischen Angeklagten wird vergleichsweise viel eher der Eindruck vermittelt, dass die Strafzumessung auf der Grundlage einer individuellen Berücksichtigung ihres Falls erfolgt.

In einem stark ermessensorientierten Regime ohne Guidelines müssen Gerichte eine Vielzahl an Faktoren und Umständen berücksichtigen, die mit der Tat, dem Täter und anderen nach den gesetzlich festgelegten Strafzwecken relevanten Erwägungen zusammenhängen. Der in Australien praktizierte Ansatz ist hierfür typisch. Die dortigen Gerichte greifen auf ein Konzept zurück, das als „instinktive Synthese“ aller relevanten Faktoren beschrieben wird. Der in England praktizierte schrittweise Ansatz hat neben der Vereinfachung der Komplexitäten der Strafzumessung noch weitere Vorteile. Er gewährleistet eine Struktur, in der bestimmten Faktoren mehr Gewicht zukommt als anderen. Die Strafzumessungsfaktoren sind nicht gleichwertig: je nach gesetzlicher und theoretischer Ausrichtung eines Sanktionensystems sind manche von zentraler Bedeutung und andere eher nebensächlich. Unter einem vorwiegend dem Prinzip der Tatproportionalität verschriebenen System kommen dem durch die Tat verursachten Schaden (*harm*) und der Vorwerfbarkeit (*culpability*) größeres Gewicht zu als ggf. aus anderen Gründen strafzumessungsrelevanten Faktoren, die keinen Bezug zur Tatproportionalität aufweisen. Besonders wichtig und zentral für die Bemessung des Schadens der Tat ist das Ausmaß der Verletzung, die dem Opfer zugefügt wurde. Genauso ist es für die Bewertung der Vorwerfbarkeit

¹⁸ Dieser Ansatz ähnelt einer medizinischen Diagnose, bei der ein Arzt eine Reihe von auf Beobachtungen basierende Entscheidungen trifft und damit von einer vorläufigen zu einer finalen Diagnose fortschreitet.

entscheidend, ob die Straftat Ausfluss ausgiebiger Planung und Überlegung war, oder ob sie aus einem Affekt heraus begangen wurde.

Im Gegensatz dazu spielen bestimmte Faktoren wie „der Täter ist sorgberechtigt“ oder „der Täter hat Reue zum Ausdruck gebracht“ eine weniger große oder gar keine Rolle für die Kategorien des Schadens und der Vorwerfbarkeit. Entsprechend sollte ihnen in einer proportionalitätsorientierten Strafzumessungsgleichung weniger Gewicht zukommen. In dieser Hinsicht bieten die englischen Guidelines eine Orientierungshilfe, indem sie die wichtigsten Strafzumessungsfaktoren dem ersten Schritt zuordnen, wo ihnen mehr Gewicht zukommt, und die weniger wichtigen Faktoren den späteren Schritten des Prozesses, wo sie weniger Einfluss auf das Endergebnis haben.¹⁹ Die im ersten Schritt zu berücksichtigenden Faktoren entscheiden darüber, welche der drei Strafzumessungskategorien einschlägig ist, und die im zweiten Schritt zu bewertenden Kriterien beeinflussen die Strafhöhe innerhalb des im ersten Schritt für anwendbar erklärten Strafrahmens. Dieser Zweischritt soll die Proportionalität der Strafzumessung erhöhen.²⁰

Zur Verdeutlichung des Unterschieds zwischen den Schritten 1 und 2 kann das Beispiel des professionell geplanten Raubüberfalls auf ein Geschäft (*professionally planned commercial robbery*) dienen. Wenn das Gericht innerhalb von Schritt 1 entscheidet, dass der Schaden der Tat groß ist und die Vorwerfbarkeit entsprechend der Beschreibung in der Guideline schwer wiegt, fällt der Fall in die Kategorie 1 A mit einem Strafrahmen von 12 bis 20 Jahren Freiheitsstrafe. Auf der anderen Seite des Spektrums (geringere Vorwerfbarkeit, geringster Schaden) liegt der Strafrahmen bei 18 Monaten bis vier Jahren. Die im ersten Schritt zu berücksichtigenden Kriterien, die für die Bemessung von Schaden und Vorwerfbarkeit herangezogen werden, haben also große Bedeutung für das letztlich verhängte Strafmaß.

3.1 Die Strafzumessungsrichtlinie für Straßenraub (*street robbery*)

Die englischen Guidelines beinhalten zwei übergeordnete Dimensionen, den Schaden und die Vorwerfbarkeit der Tat, als Grundbestandteile einer proportionalen Sanktion. Die Richtlinie des *Sentencing Council* für Raubstraftaten soll im Folgenden

¹⁹ Die Entscheidung, welche Faktoren vorrangig und welche zweitrangig sind, ist natürlich alles andere als eindeutig und es gibt notwendigerweise Meinungsverschiedenheiten darüber, wo bestimmte Faktoren zu verorten sind. Der ehemalige *Sentencing Guidelines Council* hat die Gerichte z.B. dazu angehalten, die „Gefährlichkeit“ eines Straftäters schon zu Beginn des Entscheidungsprozesses zu berücksichtigen, der *Sentencing Council* hat diese Frage nach hinten verlagert (sie ist nunmehr in Schritt 5 der Guidelines zu klären).

²⁰ Es gibt freilich keine Garantie dafür, dass die Gerichte den neun Schritte umfassenden Prozess der Guideline gewissenhaft befolgen. So können sie etwa die in Schritt 2 abgefragten Kriterien bereits bei der Entscheidung über die Kategorien des Schadens und der Vorwerfbarkeit einfließen lassen. Gleichwohl gibt es keine Hinweise darauf, dass Angehörige der Richterschaft die Richtlinien systematisch unangewendet lassen würden.

der Illustration für die generelle Herangehensweise der englischen Guidelines dienen. Obwohl sich die deliktsspezifischen Guidelines je nach Wesen der Straftat etwas unterscheiden, teilen sie einen gemeinsamen Ansatz.²¹

Die Guideline für *street robbery* beinhaltet neun separate Schritte, die die Gerichte befolgen müssen. Im Anhang A ist ein Auszug dieser Richtlinie abgedruckt, aus dem die Kategorien des ersten Schritts und die Faktoren, die der Entscheidung über die einschlägige Kategorie zugrunde liegen, entnommen werden können. Schritt 1 ist der wichtigste von allen neun Schritten der Guideline, da er die Grenzen des Strafrahmens bestimmt, den das Gericht beim Durchschreiten der weiteren Abschnitte zugrundelegt. Das Gericht ordnet den Fall im ersten Schritt einem von drei Schweregraden und den Angeklagten einem von drei Schuldstufen (hoch, mittel, geringer) zu. Dieser entscheidende erste Schritt in der Verfahrensweise der Guidelines zielt auf die Förderung der Gleichmäßigkeit der Strafzumessung ab, indem er die Gerichte dazu anhält, bei der Bewertung von Schaden und Vorwerfbarkeit stets die gleichen Kriterien zu berücksichtigen. Die in Schritt 1 zu berücksichtigende Liste von Strafzumessungsfaktoren ist abschließend, andere Faktoren dürfen erst ab Schritt 2 in Betracht gezogen werden. Ohne die Liste dieser Schlüsselkriterien würden die einzelnen Richter zur Bestimmung von Schaden und Vorwerfbarkeit auf ihre eigene Intuition zurückgreifen, was mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer größeren Strafmaßvarianz führen würde.

Nachdem das Gericht anhand der aufgelisteten Strafzumessungskriterien festgelegt hat, welche der drei Kategorien im Hinblick auf Schaden und Vorwerfbarkeit jeweils einschlägig ist, fährt es mit Schritt 2 fort. In diesem Abschnitt ist für jede Kategorie eine Tabelle mit Anfangspunkten für die Strafzumessung und ein Strafrahmen abgebildet. Wenn ein Gericht beispielsweise entscheidet, dass eine Straftat von mittlerer Schwere ist (Kategorie 2) und von einem Straftäter der geringsten Schuldstufe begangen wurde, kann der Richtlinie ein Anfangspunkt von zwei Jahren Freiheitsstrafe und ein Strafrahmen von einem bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe entnommen werden. Das Gericht beginnt beim Anfangspunkt und bewegt sich dann innerhalb des Strafrahmens der einschlägigen Kategorie unter Berücksichtigung einer *nicht abschließenden* Liste von strafmildernden und strafschärfenden Faktoren (so wie ggf. weiterer Faktoren, die von den (Staats-)Anwälten vorgeschlagen werden). Dieser Schritt mündet in ein vorläufiges Strafmaßergebnis.

Im Anschluss durchläuft das Gericht einige weitere Schritte. In Schritt 3 setzt es die Strafhöhe unter Berücksichtigung einer etwaigen Kooperation mit Polizei oder Staatsanwaltschaft herab, während in Schritt 4 ein weiterer Strafrabatt für ein Schuldgeständnis des Angeklagten gewährt werden kann. Weil diese beiden Aspekte (Kooperation und Schuldgeständnis) nichts mit den Kategorien des Schadens und der Vorwerfbarkeit zu tun haben, werden sie in der Methodik der Guideline in einem

²¹ Alle englischen Guidelines können abgerufen werden unter: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/> <10.02.2020>; für eine Besprechung siehe Roberts, Crime&Just 48 (2019), S. 187.

separaten Schritt berücksichtigt. Geht man etwa davon aus, dass das vorläufige Strafmaß drei Jahre Freiheitsstrafe beträgt, wird dieses durch das Gericht in der Regel um ein Drittel herabgesetzt, wenn der Angeklagte die Tat während des ersten Gerichtstermins gestanden hat. Der Strafnachlass von einem Drittel ergibt sich aus einer weiteren Richtlinie, die Bestimmungen zur Strafmaßrelevanz eines *guilty pleas* trifft. Sie wird weiter unten besprochen.

In Schritt 5 werden die Gerichte zur Prüfung angehalten, ob besondere Vorschriften für gefährliche Straftäter anwendbar sind,²² während in Schritt 6 das „Totalitätsprinzip“ (*principle of totality*) zur Anwendung kommt, falls der Täter für mehrere Straftaten verurteilt wurde. Die Guideline weist die Gerichte an, bei der Sanktionierung mehrerer Straftaten eine separate Richtlinie zu konsultieren – sie wird ebenfalls weiter unten diskutiert. Im Schritt 7 muss das Gericht erwägen, ob es eine Entschädigungsanordnung (*compensation order*) oder andere Nebenordnungen trifft. In Schritt 8 wird der Richter daran erinnert, dass seine Strafzumessungserwägungen offengelegt und die Konsequenzen des Urteils dem Verurteilten in deutlicher Sprache erklärt werden müssen. Als letzter, neunter Schritt dieser Guideline hat das Gericht vom Strafmaß die bereits in Untersuchungshaft verbüßte Zeit abzuziehen.²³

3.2 Befolgungspflicht

Nachdem Wesen und Ansatz der englischen Guidelines beschrieben wurden, ist nun zu klären, inwieweit die Gerichte zu ihrer Befolgung verpflichtet sind. In Minnesota müssen gewichtige und überzeugende Gründe (*substantial and compelling circumstances*) für eine Abweichung von den Guidelines geltend gemacht werden. Im Vergleich dazu kommt den Gerichten unter den englischen Guidelines ein weiterer Ermessensspielraum zu. In England lautet die in sec. 125(1) des *Coroners and Justice Act 2009* gesetzlich normierte Befolgungspflicht wie folgt:

²² Wird ein Täter, der wegen eines Gewalt- oder Sexualdelikts verurteilt wurde, als „gefährlich“ eingestuft, kann gegen ihn eine unbestimmte Freiheitsstrafe (*indeterminate sentence*) verhängt oder die Sicherheitsverwahrung (*extended sentence*) angeordnet werden. Die relevante Gesetzgebung ist seit Einführung eines neuen Regimes für gefährliche Straftäter mit dem *Criminal Justice Act 2003* unübersichtlich und kompliziert in der Anwendung. Das Regime unterlag erheblichen Änderungen, insbesondere durch den *Coroners and Justice Act 2008*, den *Criminal Justice and Immigration Act 2008*, den *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* und den *Criminal Justice and Courts Act 2015*.

²³ Dieses Erfordernis wurde mit dem *Criminal Justice Act 2003* eingeführt, aber mit dem *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* wieder abgeschafft. Nunmehr ist die (vor Verurteilung und vor Festsetzung der Strafe) in Untersuchungshaft verbrachte Dauer behördlich, d.h. von den Justizvollzugsanstalten bei der Festlegung des Entlassungsdatums zu berücksichtigen. In der Strafzumessung hat der Richter allerdings nach wie vor den Strafnachlass zu berechnen, der für den auf Kautionsausgesetzten Vollzug der Untersuchungshaft unter elektronischer Überwachung gewährt wird: normalerweise wird ein halber Tag für jeden unter elektronischer Überwachung verbrachten Tag gutgeschrieben (siehe hierzu die komplexen Abschnitte 108 und 109 des *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*).

(1) *Jedes Gericht*

(a) *muss bei der Strafzumessung alle Strafzumessungsrichtlinien befolgen, die für den Fall des Verurteilten relevant sind, und*

(b) *muss bei der Ausübung jeder anderen Funktion im Zusammenhang mit der Strafzumessung alle Strafzumessungsrichtlinien befolgen, die für die Ausübung dieser Funktion relevant sind,*

außer das Gericht ist überzeugt, dass dies den Interessen der Gerechtigkeit zuwiderlaufen würde.²⁴

Diese Formulierung legt ein relativ restriktives Regime nahe. Eine nachfolgende Norm stellt allerdings klar, dass sich die Befolgungspflicht darauf bezieht, dass ein Strafmaß innerhalb des Strafrahmens der gesamten deliktsspezifischen Richtlinie, nicht lediglich desjenigen einer einzelnen Kategorie festgesetzt werden soll: „Diese Vorschrift verpflichtet das Gericht nicht, eine Strafe festzusetzen, die innerhalb des Strafrahmens einer bestimmten Kategorie liegt.“²⁵ Wenn ein Gericht etwa im obigen Beispiel eines Straßenraubs innerhalb des ersten Schritts der Guideline entscheidet, dass der Fall im Hinblick auf Schaden und Vorwerfbarkeit in die jeweils mittlere Stufe einzuordnen ist, hat es auf diese Weise einen Strafrahmen für diese *Tatschwerekategorie* ermittelt, der bei drei bis sechs Jahren Freiheitsstrafe liegt.

Um seiner gesetzlichen Befolgungspflicht nachzukommen, muss das Gericht allerdings lediglich eine Strafe innerhalb des *kategorieübergreifenden*, deliktsspezifischen Strafrahmens verhängen, der wesentlich weiter gefasst ist. Beim Straßenraub ist etwa die mildestmögliche Sanktion eine Bewährungsstrafe mit strengen Auflagen und die schärfste Sanktion eine Freiheitsstrafe von 12 Jahren. Mit einem so weiten Spielraum dürften Sanktionen, die außerhalb des Strafrahmens liegen, äußerst selten verhängt werden. Letztlich ist den englischen Gerichten aber, wie auch in Minnesota, eine Abweichung selbst von diesem weiten Strafrahmen gestattet, wenn es „den Interessen der Gerechtigkeit widerspräche“, eine Strafe innerhalb des Guideline-Strafrahmens festzusetzen. Als Konsequenz verfügen die Gerichte über ein weites Ermessen *innerhalb* der Guidelines und über die Möglichkeit, im Interesse der Gerechtigkeit eine außerhalb der Guidelines liegende Strafe zu verhängen.

Es lässt sich festhalten, dass die Gerichte unter dem englischen Richtlinienregime in dreierlei Hinsicht Ermessen ausüben können. Erstens kann ein Gericht, obwohl Schritt 1 der Guidelines die Zuordnung des Falls zu einer Deliktskategorie und das Fortfahren innerhalb des zu dieser Kategorie gehörenden Strafrahmens vorsieht,

²⁴ „(1) *Every court —*

(a) must, in sentencing an offender, follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender’s case, and

(b) must, in exercising any other function relating to the sentencing of offenders, follow any sentencing guidelines which are relevant to the exercise of that function,

unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so.“

²⁵ „[...] *nothing in this section imposes on the court a separate duty [...] to impose a sentence which is within the category range.“* – sec. 125(3)(b) des *Coroners and Justice Act 2009*.

gemäß den Anweisungen der Guideline von diesem Kategorie-Strafrahmen abweichen, wenn dies vor dem Hintergrund des Vorliegens einer großen Zahl einschlägiger strafmildernder oder strafschärfender Faktoren angezeigt ist. Zweitens muss ein Gericht, wenn es bei einem vorläufigen Strafmaß angelangt ist, nicht innerhalb des gewählten Kategorie-Strafrahmens verbleiben, sondern darf den gesamten Guideline-Strafrahmen ausschöpfen. Drittens kann das Gericht „im Interesse der Gerechtigkeit“ gänzlich aus den Strafrahmenempfehlungen der Guideline ausbrechen.²⁶

Der Einfluss der Guidelines beschränkt sich nicht auf die Gerichte, sie zielen auch darauf ab, die Eingaben der (Staats-)Anwälte zu verbessern. Dies gilt in besonderem Maße für England und Wales. Der Beitrag der Anklage (*prosecution*) beschränkte sich historisch auf die Hervorhebung zentraler strafschärfender Faktoren (sie stellte insbesondere sicher, dass dem Gericht eine aktuelle Liste der Vorstrafen vorliegt). Konkrete Strafmaßempfehlungen gab sie allerdings nicht ab, weil dies für die Aufgabe des Gerichts gehalten wurde.²⁷ Da Strafverteidiger (*barristers* und *solicitors*) in der Regel ausdrücklich eine Strafmaßempfehlung abgeben, handelt es sich bei der diesbezüglichen Zurückhaltung der Anklage um eine für ein adversatorisches Verfahrensmodell ungewöhnliche Asymmetrie. Nachdem das Gericht über das ganze Verfahren hinweg bilaterale und kontradiktorische Eingaben der Parteien erhalten hat, wird ihm in einem Schlüsselmoment des Verfahrens – der Strafzumessung – eine Einlassung des Staates vorenthalten. Die Guidelines haben zu einer Änderung dieser Situation geführt. Zwar gibt die Anklage nach wie vor keine konkrete Strafmaßempfehlung ab, aber – unter Heranziehung der in den Guidelines aufgelisteten Kriterien – eine Empfehlung darüber, in welche Kategorie ein Fall im Hinblick auf Schaden und Vorwerfbarkeit einzuordnen ist. Im Ergebnis profitieren die Gerichte von besser ausbalancierten und zielgerichteteren Eingaben der Parteien bei der Strafzumessung.

4 Deliktsübergreifende Guidelines

Eine Anleitung der Gerichte ist nicht nur im Hinblick auf Strafart und -höhe erforderlich. Die Empfehlungen der *Minnesota Sentencing Guidelines Commission* sind in einem Strafzumessungshandbuch und den drei Strafzumessungstabellen enthalten. Eine darüberhinausgehende Anleitung veröffentlicht die Kommission nicht – dies entspricht der üblichen Praxis anderer US-amerikanischer Guidelines-Systeme. Im

²⁶ Die Flexibilität der Guidelines wurde vom Vorsitzenden des *Sentencing Council* in der Anhörung vor einem parlamentarischen Komitee wie folgt beschrieben: „Die Richtlinie schafft einen Rahmen, innerhalb dessen das richterliche Ermessen vollständig bewahrt wird.“ („*The guideline creates an approach and within that approach judicial discretion is entirely preserved.*“ – *House of Commons Justice Committee*, 2011, S. 12). Die Aussage mag überspitzt sein, es lässt sich aber jedenfalls feststellen, dass englischen Richtern ein größerer Entscheidungsspielraum zukommt als ihren Kollegen in Minnesota.

²⁷ Diese Zurückhaltung bei der Vertretung der Anklage ließ sich in anderen *Common-Law*-Rechtsordnungen nicht wiederfinden. So haben US-amerikanische Staatsanwälte, die meistens gewählt und nicht ernannt werden, schon immer in besonders selbstbewusster Weise Strafmaßempfehlungen abgegeben.

besten Fall werden einige allgemeine Grundsatzserklärungen zu bestimmten Fragestellungen veröffentlicht. Bei der Strafzumessung spielen jedoch eine ganze Reihe weiterer Fragen eine Rolle, bei deren Beantwortung die Gerichte der Anleitung bedürfen. Der englische *Sentencing Council* hat sich – anders als die US-amerikanischen Kommissionen – dieser Herausforderung gestellt, wenn auch nicht zu jedermanns Zufriedenheit²⁸. Zusätzlich zu den deliktsspezifischen Richtlinien gibt der englische *Council* allgemeine, deliktübergreifende Guidelines heraus. Die – jedenfalls im Hinblick auf Anzahl der betroffenen Fälle und ihre Auswirkungen auf die Strafzumessungspraxis – wichtigste dieser allgemeinen Richtlinien hat den für ein Schuldgeständnis zu gewährenden Strafrabatt zum Gegenstand.

4.1 Strafnachlass für ein *guilty plea*

Genauso wie in anderen *Common-Law*-Rechtsordnungen kommt Angeklagten in England und Wales, die sich schuldig bekennen (*guilty plea*), eine Strafmilderung zugute, mit der die Strafhöhe gegenüber derjenigen herabgesetzt wird, die ansonsten nach Durchführung der Hauptverhandlung und Verurteilung des Angeklagten festgesetzt worden wäre. In den meisten anderen Ländern werden die Höhe des Strafnachlasses und die zu berücksichtigenden Kriterien durch die Rechtsprechung geformt. In der Konsequenz bleibt der Strafrabatt für Nicht-Juristen undurchschaubar, und auch Juristen fällt es oft schwer, genaue Angaben über die zu erwartende Strafmilderung zu machen.

Neben den Streitparteien haben auch die Opfer einer Straftat, die Öffentlichkeit und die Medien ein Interesse daran, die Praxis des Gewährens einer Strafmilderung für ein *guilty plea* nachvollziehen zu können. Der tatsächliche strafmaßrelevante Effekt eines Schuldgeständnisses ist in den genannten Rechtsordnungen allerdings nur schwer vorherzusagen: Er hängt unter anderem ab vom Verhandlungsergebnis der Parteien, der Einstellung des Richters, der Frage, ob der Angeklagte Reue zum Ausdruck gebracht hat und ob diese glaubhaft ist, von den zu erwartenden Kosteneinsparungen durch Nichtdurchführung der Hauptverhandlung und der diesbezüglichen Einschätzung der Anklage. Das Schuldgeständnis ist Teil einer komplexen Kalkulation, in die viele verschiedene Faktoren einfließen. Deshalb ist der Effekt des Schuldgeständnisses, selbst nachdem das endgültige Strafmaß feststeht, häufig nicht auszumachen, wenn dieser im Urteil nicht ausdrücklich quantifiziert wird. Oftmals führt diese Undurchschaubarkeit dazu, dass das Ausmaß der Strafmilderung von der Öffentlichkeit und den Opfern der Straftat stark überschätzt wird, was Unmut über die Strafzumessung schürt.

Die gesetzliche Grundlage der englischen Praxis bildet sec. 144(1) des *Criminal Justice Act 2003* (womit sec. 48 des *Criminal Justice and Public Order Act 1994* wieder in Kraft gesetzt wurde):

²⁸ Siehe z.B. *Bottoms*, *The Sentencing Council*, 2018.

Bei der Zumessung der Strafe für einen Täter, der die Straftat in dem Verfahren vor diesem oder einem anderen Gericht gestanden hat, muss das Gericht Folgendes berücksichtigen: (a) das Verfahrensstadium, in dem der Täter seine Absicht kundgetan hat, einen guilty plea eingeben zu wollen, und (b) die Umstände, unter denen diese Absicht erklärt wurde.²⁹

Diese Vorschrift trifft weder Regelungen über die in den unterschiedlichen Verfahrensstadien angemessene Höhe des zu gewährenden Strafrabatts noch darüber, welche Umstände ggf. einen geringeren oder größeren Strafnachlass rechtfertigen. Als Orientierungshilfe für die Beantwortung dieser (und anderer) Fragen befolgten die Gerichte früher die Richtlinien des *Court of Appeal*. Heute befolgen sie die einschlägige Sentencing Guideline.

Die aktuelle, bisher zweimal überarbeitete Guideline legt fest, dass Angeklagten, die sich bereits im Rahmen ihres ersten Gerichtstermins schuldig bekennen, eine Strafmilderung von bis zu einem Drittel gewährt werden darf. Das Maß der Strafmilderung verkleinert sich, umso später im Verfahrensverlauf das Schuldgeständnis erfolgt. Hat die Hauptverhandlung bereits begonnen, reduziert sich die Strafmilderung auf zehn Prozent. Die Guideline enthält also nach dem Zeitpunkt des Schuldgeständnisses gestaffelte Strafmilderungsempfehlungen. Dabei kann ein *guilty plea* sowohl Strafart als auch Strafhöhe beeinflussen. Wer wegen einer Straftat verurteilt wird, die normalerweise eine Freiheitsstrafe nach sich zieht, kann unter Berücksichtigung eines frühzeitigen Schuldgeständnisses stattdessen eine nicht freiheitsentziehende Sanktion erhalten.

Wie bereits erwähnt basieren die englischen Guidelines auf einem proportionalitätsorientierten Modell. Strafrabatte für ein *guilty plea* sind allerdings gerade nicht auf Grundlage des Schadens und der Vorwerfbarkeit der Tat begründbar. Aus diesem Grund kann es vorkommen – wenn ein besonders großzügiger Strafrabatt gewährt wird –, dass die an diesen Faktoren festgemachte Tatproportionalität der Strafe unterlaufen wird. Auch wenn die Strafmaße zweier Täter, die Straftaten des gleichen Schweregrads begangen haben, nur aufgrund der Tatsache stark voneinander abweichen, dass einer von ihnen einen *guilty plea* einging und der andere nach Durchführung des Hauptverfahrens verurteilt wurde, beeinträchtigt dies das Proportionalitätsprinzip und den Gleichheitsgrundsatz. Aus diesem Grund bedarf es eines Instruments zur Begrenzung des strafmildernden Potenzials eines Schuldgeständnisses. Für diesen Zweck bildet die Strafmilderungsrichtlinie einen nützlichen Teil des englischen Guideline-Systems, der geeignet ist, die Variabilität der Strafzumessung zu begrenzen und zur Aufrechterhaltung des Proportionalitätsprinzips beizutragen.

²⁹ „In determining what sentence to pass on an offender who has pleaded guilty to an offence in proceedings before that or another court, a court must take into account: (a) the stage in the proceedings for the offence at which the offender indicated his intention to plead guilty, and (b) the circumstances in which this indication was given.“

Bevor die Guideline 2004 verabschiedet wurde, war die Höhe der Strafnachlässe weniger vorhersehbar und die Gerichte gewährten teilweise weit über das eine Drittel hinausgehende Milderungen, um damit bevorstehende besonders komplexe oder mehrere Angeklagte involvierende Prozesse „aufzubrechen“ oder abzuschließen. Manchen Angeklagten, die letztlich ihre Schuld eingestanden haben, wurde andererseits jede Strafmilderung verwehrt, weil die von ihnen begangene Tat als besonders verachtenswert angesehen wurde – eine Praxis, die so in Kanada und anderen Rechtsordnungen fortgeführt wird. Solche Abweichungen von einem klar definierten Satz empfohlener Strafmilderungen schaden der Fairness des Verfahrens. Sie unterlaufen außerdem die Zielsetzung der Strafrabatte, Angeklagten einen Anreiz zu bieten, sich schuldig zu bekennen und auf ihr Recht auf Durchführung der Hauptverhandlung zu verzichten. Die Existenz der Sentencing Guideline, mit der konkrete Strafmilderungen für *guilty pleas* zu unterschiedlichen Verfahrenszeitpunkten festgeschrieben werden, ermöglicht Strafverteidigern und ihren Mandanten eine bessere Vorstellung davon, mit welchem Strafnachlass im Falle eines Schuldgeständnisses zu rechnen ist. Empirische Forschung hat gezeigt, dass die Gerichte die Guideline befolgen: die in der Realität gewährten Strafmilderungen entsprechen den in der Guideline empfohlenen ziemlich exakt.³⁰ Dieser Befund ist nicht überraschend, denn die in der Guideline ausgesprochenen Empfehlungen orientieren sich an den in der Praxis bereits vor Einführung der Guideline gewährten Strafmilderungen. Die die Strafzumessungsrelevanz eines *guilty plea* betreffende Guideline ist ein weiteres Beispiel für die Bestrebungen des *Sentencing Council*, die Gleichmäßigkeit der Strafzumessungspraxis zu erhöhen, ohne sie dabei grundlegend zu verändern.

4.2 Andere deliktsübergreifende Guidelines

Der englische *Council* hat auch zu einigen anderen Fragen der Strafzumessung Guidelines entwickelt. Zahlreiche Angeklagte werden aufgrund von mehr als einer Straftat verurteilt – nach Schätzungen des *Council* gilt dies für etwa 40 Prozent aller Verfahren. Die Verletzung mehrerer, oft in Art und Schwere sehr unterschiedlicher Straftatbestände erschwert die Strafzumessung erheblich.³¹ Im Umgang mit realkonkurrierenden Straftaten stehen den Gerichten verschiedene Verfahrensweisen zur Verfügung, die sich jeweils aus dem Totalitätsprinzip ergeben. Dieses Prinzip verlangt einerseits, dass die Gesamtstrafe unter Berücksichtigung der zugrundeliegenden Einzeltaten nicht unverhältnismäßig milde ausfällt, und andererseits im Interesse des Täters nicht auf ein unangemessen hohes Niveau anwächst.

Im *Common-Law*-Raum erfolgt die Straffestsetzung in Fällen von Tatmehrheit üblicherweise in der Weise, dass entweder mehrere gleichzeitig zu verbüßende Einzelstrafen (*concurrent sentences*) ausgesprochen oder Abzüge für nacheinander zu verbüßende Einzelstrafen (*consecutive sentences*) gewährt werden. Für jede Straftat wird

³⁰ Siehe Roberts/Bradford, JELS 12 (2015), S. 187.

³¹ Siehe Ashworth/Wasik, Sentencing the multiple offender, 2017, S. 211

also ein selbstständiges Strafmaß festgesetzt und entweder die gleichzeitige oder die aufeinander folgende Vollstreckung aller Einzelstrafen angeordnet, wobei im letzteren Fall die meisten Einzelstrafen erheblich herabgesetzt werden. In jedem Fall liegt die vom Täter zu verbüßende Gesamtstrafe erheblich unter dem Strafmaß, das sich aus der schlichten Aufaddierung aller Einzelstrafen ergeben hätte.³² Der Richterschaft sind diese Verfahrensweisen wohlvertraut, ihnen verbleibt aber ein erheblicher Interpretationsspielraum bei ihrer Anwendung, was eine gewisse Variabilität bei der so festgesetzten Gesamtstrafe nach sich zieht. Um wieviel sollen beispielsweise die nacheinander zu verbüßenden Einzelstrafen für eine Serie von Einbruchsdiebstählen herabgesetzt werden, damit die Gesamtstrafe nicht unangemessen hoch ist? Oder sollen alle Einzelstrafen parallel verbüßt werden, und wenn ja, um wieviel muss die schwerste Einzelstrafe erhöht werden, damit die anderen Straftaten in der Parallelvollstreckung nicht untergehen? Werden diese Fragen von den Gerichten unterschiedlich beantwortet, unterscheiden sich notwendigerweise auch die Ergebnisse der Strafzumessung.

In der englischen Guideline wird erläutert, unter welchen Umständen mehrere Einzelstrafen parallel und nicht nacheinander zu vollstrecken sind, und wie hierbei die Proportionalität der Sanktion gewahrt und eine übermäßige Gesamtstrafe (die durch das Aufaddieren aller Einzelstrafen entstehen würde) vermieden wird. Die zurückhaltend formulierte Guideline, die den Gerichten eine „Orientierungshilfe“ an die Hand geben soll, wurde in der Literatur dafür kritisiert, dass die von ihr ausgehende Lenkungswirkung unzureichend sei.³³

Zusätzlich zu den genannten hat der *Council* weitere Guidelines herausgegeben, die sich unter anderem folgenden Themenfeldern widmen: Festsetzung der Hauptstrafen, allgemeine Grundsätze für die Sanktionierung häuslicher Gewalt, Strafzumessung bei Jugendlichen, Sanktionierung psychisch kranker Straftäter, Zuordnung von Verfahren zu den unterschiedlichen Gerichtsebenen. Zur neueren Aktivität des *Sentencing Council* zählt schließlich auch die ausführliche Erläuterung von Strafzumessungsfaktoren, die bisher in den Guidelines ohne Erklärung verwendet wurden. Einer der strafschärfenden Faktoren in Schritt 2 der Guidelines lautet beispielsweise: „Vorstrafen, unter Berücksichtigung (a) des Wesens der Straftat, die der Vorstrafe zugrunde liegt, und deren Relevanz für die aktuelle Straftat, und (b) der Zeit, die seit der Verurteilung vergangen ist.“³⁴ Dieser allgemein anerkannte strafschärfende Faktor ist unterschiedlichen Interpretationen zugänglich, weshalb eine weitergehende

³² Siehe *Reitz*, Proof of aggravating and mitigating facts, 2011, S. 228; *Ryberg/Roberts/De Keijser*, Sentencing Multiple Crimes, 2017.

³³ Bspw. *Bottoms*, The Sentencing Council, 2018.

³⁴ „[...] *previous convictions, having regard to a) the nature of the offence to which the conviction relates and its relevance to the current offence; and (b) the time that has elapsed since the conviction.*“ Die Guidelines enthalten auch einen spiegelbildlichen strafmildernden Faktor: „Keine Vorstrafen oder keine einschlägigen/kürzlichen Vorstrafen“ („*No previous convictions or no relevant/recent convictions*“).

Anleitung der Gerichte erforderlich ist. Die in der Guideline bereitgehaltene Erläuterung dieses Faktors geht auf eine Reihe von Fragen ein. Ein Teil der Richtlinie lautet beispielsweise:

Das Gericht soll die seit Verhängung der Vorstrafe vergangene Zeit und den Grund hierfür berücksichtigen. Liegt ein erheblicher Zeitraum zwischen der Vorstrafe und dem aktuellen Urteil oder zeichnet sich ein Rückgang in der Häufigkeit der Delinquenz ab, kann dies darauf hindeuten, dass der Straftäter Versuche unternommen hat, ein Leben ohne Straftaten zu führen, in welchem Fall die strafscharfende Qualität der Vorstrafen abnimmt.³⁵

5 „Deskriptive“ oder „präskriptive“ Strafzumessungsrichtlinien?

Der den Guidelines beigemessene Sinn und Zweck wird unterschiedlich bewertet. Einige Stimmen in der Literatur betrachten die Guidelines als Instrument zur Erreichung politischer Ziele, üblicherweise der Begrenzung des Anteils der vollstreckbaren Freiheitsstrafe an der Gesamtzahl aller Sanktionen. Nach dieser Auffassung sollen die Guidelines die Wahl der Freiheitsstrafe als Sanktion beschränken oder reduzieren, indem sie die Gerichte vor populistischen Einflüssen und anderen nicht prinzipiengebundenen Ursachen eines Anstiegs des Strafniveaus abschirmen. Andere Stimmen erachten die Rolle der Guidelines als begrenzter. Aufgabe der Guidelines sei es, die Gleichmäßigkeit und Transparenz der Strafzumessung zu erhöhen, nicht aber, politische Ziele wie die Verringerung der Gefängnispopulation oder eine Veränderung ihrer Zusammensetzung zu verfolgen. Diese Meinungsverschiedenheit repräsentiert eine Dichotomie, die sich bereits in der frühen Literatur zur Strafzumessungsreform herausgebildet hatte, nämlich zwischen *deskriptiven* und *präskriptiven* Sentencing Guidelines. Rein „deskriptive“ Guidelines basieren auf der gegenwärtigen Justizpraxis und spiegeln diese Praxis den Gerichten in Form von Guidelines wider. Ihr Zweck ist es, die Konsistenz und Proportionalität der Strafzumessung zu erhöhen, nicht aber, auf Entwicklungen in der Strafzumessung Einfluss zu nehmen. Diese Art der Guidelines repräsentiert die bescheidenere der oben genannten Auffassungen.

„Präskriptive“ Guidelines sind dynamischer und sollen die Justizpraxis proaktiv beeinflussen. So kann die Kommission etwa die Strafmaßpraxis für bestimmte Deliktsbereiche abschwächen und für andere anheben wollen. Oder sie entscheidet sich aufgrund von überfüllten Gefängnissen dafür, ihre Strafmaßempfehlungen zu ver-

³⁵ „The court should consider the time gap since the previous conviction and the reason for it. Where there has been a significant gap between previous and current convictions or a reduction in the frequency of offending this may indicate that the offender has made attempts to desist from offending in which case the aggravating effect of the previous offending will diminish.“

ändern oder das Strafniveau über alle Delikte hinweg abzusenken, um die Gefängnispopulation zu verkleinern. Ein präskriptives Richtlinienregime ermöglicht es, solcherlei Ziele zügig umzusetzen. Präskriptive Guidelines sind allerdings ein zweischneidiges Schwert. Die Mitglieder einer Strafzumessungskommission werden von der Regierung oder einem gewählten Parlament ernannt, weshalb ihre Vereinnahmung für politische Ziele nicht ausgeschlossen ist. In der Tat zeigt die Erfahrung einiger US-amerikanischer Kommissionen, dass diese von politischem Druck beeinflusst wurden. In der Regel äußert sich dieser in Form von Anpassungen der Guidelines, mittels welcher die Strafmaßempfehlungen für bestimmte Gruppen von Straftätern angehoben werden. Die Kommission von Minnesota war seit ihrer Gründung beinahe durchgängig politischem Druck ausgesetzt, mit der Folge, dass das Strafniveau mit der Zeit immer weiter anstieg.³⁶

Kein Guidelines-System ist rein deskriptiv oder rein präskriptiv, alle Kommissionen oder *Councils*³⁷ sind auf einer Skala irgendwo zwischen einen passiv-deskriptiven und einen aktiv-präskriptiven Pol einzuordnen. Die in Minnesota verwendeten Guidelines sind präskriptiver Natur. Dies stellte die Kommission bereits in ihrem ersten gegenüber dem Gesetzgeber erstatteten Bericht klar, in welchem sie ausführte, sie werde durch die gegenwärtige Strafzumessungspraxis geleitet, sei aber nicht an sie gebunden.³⁸ Die englischen Guidelines sind dagegen näher am deskriptiven Ende der Skala verortet. Obwohl der *Council* an verschiedener Stelle versucht hat, Einfluss auf die Strafzumessungspraxis zu nehmen,³⁹ ist seine grundsätzliche Herangehensweise, die Praxis für bestimmte Deliktsbereiche zu ermitteln und eine Guideline zu entwerfen, die einen gleichmäßigeren Ansatz auf Grundlage der bestehenden Praxis fördert.

Teilweise kann die Zusammensetzung des *Council* zur Erklärung dieses vorwiegend deskriptiven Ansatzes beitragen. Im Gegensatz zu den US-amerikanischen Strafzumessungskommissionen ist der englische *Council* vorwiegend justiziell geprägt. Der *Lord Chief Justice* steht ihm als Präsident vor und seine Mitglieder entstammen mehrheitlich der Justiz. Diese starke Vertretung der Justiz hat einige Vorteile, vor allem schützt sie den *Council* – und damit die Guidelines – vor politischer Einflussnahme. Sie verkörpert gleichzeitig einen Grund dafür, warum sich der englische

³⁶ Frase, *MinnLRev* 75 (1991), 727.

³⁷ Die existierenden Strafzumessungskommissionen unterscheiden sich freilich auch in anderen Hinsichten. So nimmt der Australische *Sentencing Council* beispielsweise eine Reihe unterschiedlicher Funktionen wahr, ist aber nicht befugt, Guidelines für die Gerichte zu entwickeln.

³⁸ *Minnesota Sentencing Guidelines Commission*, *Minnesota Sentencing Guidelines and Commentary*, 1981.

³⁹ Ein Beispiel bildet die Guideline zu Drogendelikten, in welcher der *Council* feststellte, dass die gegen einfache Drogenkuriere („mules“) verhängten Strafen unverhältnismäßig hoch seien. Um dieser Unregelmäßigkeit entgegenzuwirken hat der *Council* eine Richtlinie herausgegeben, um das Strafniveau für die „kleinen Fische“ der Drogendelinquenz abzusenken, siehe *Roberts*, *Crime&Just* 48 (2019), S. 187. Dabei ist erwähnenswert, dass dieser Eingriff auf eine vom *Council* durchgeführte kleine empirische Untersuchung zurückging, in welcher er Gefangene befragte, die aufgrund eines Drogendelikts eine lange Freiheitsstrafe verbüßen. Leider ist die finanzielle Ausstattung des *Council* unzureichend, um umfangreichere empirische Studien dieser Art durchzuführen.

Council weitgehend einer aktiven Einflussnahme auf die Strafzumessungspraxis enthält, denn die Wahrnehmung solcher letztlich gesetzgeberischen Aufgaben seitens der Justiz wäre verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.⁴⁰

6 Erhöhung der Transparenz in der Strafzumessung

Es ist eine rechtsstaatliche Grundvoraussetzung, dass Sanktionen verständlich und transparent ausgestaltet sind. Der Öffentlichkeitsgrundsatz gewährleistet ein gewisses Maß an Transparenz – jedem ist es möglich, der Strafzumessungsanhörung eines Erwachsenen beizuwohnen. Allerdings nehmen die wenigsten diese Möglichkeit wahr, wenn sie nicht gerade Prozesspartei sind oder ein besonderes Interesse an dem Verfahren haben. Die große Mehrheit der Menschen bezieht ihr Wissen über die Strafzumessungspraxis aus den Medien oder über Mundpropaganda. Ein Bürger, der wissen möchte, welches Strafmaß normalerweise für ein bestimmtes Delikt verhängt wird, oder nachvollziehen will, welche Kriterien ein Gericht bei der Strafzumessung berücksichtigt, müsste sich zur Beantwortung seiner Fragen wohl rechtlichen Rat einholen. Unter den englischen Guidelines kann er allerdings die Website des *Council* besuchen und dort alle Guidelines abrufen. Diese gesteigerte Transparenz mag das gesellschaftliche Vertrauen in die Strafzumessung gestärkt haben, aber es wäre naiv zu glauben, dass sich das diesbezügliche öffentlichen Bewusstsein und Vertrauen grundlegend verändert hätte. Die Guidelines gibt es erst seit 16 Jahren und die Medienberichterstattung über bestimmte Strafmaße ist nach wie vor unvollständig und populistisch.⁴¹

Die Guideline über den Strafrabatt für ein *guilty plea* ist ein Beispiel für durch die englischen Guidelines geschaffene größere Transparenz der Strafzumessung. Wie erwähnt ist es in allen *Common-Law*-Rechtsordnungen üblich, Strafmilderungen als Anreiz für den Verzicht auf das Recht zur Durchführung der Hauptverhandlung zu gewähren. Aber wie soll ein normaler Bürger oder das Opfer einer Straftat einschätzen können, welche konkrete Auswirkung ein Schuldgeständnis auf das Strafmaß hat? Der Angeklagte wird sich rechtlichen Rat einholen, aber was ist mit der interessierten Öffentlichkeit? In Ländern wie Kanada, Australien und Neuseeland wird der Allgemeinheit zwar ungefähr bewusst sein, dass geständigen Angeklagten eine mildere Strafe zuteilwird, aber sie haben keine klare Vorstellung vom Ausmaß solcher Strafrabatte. In England und Wales wird die Praxis dahingegen in der einschlägigen

⁴⁰ Die Gewaltenteilung ist einer der Gründe, weshalb Richter in einigen Rechtsordnungen wie den australischen Bundesstaaten die Einführung von Sentencing Guidelines und eine Mitwirkung in einer Strafzumessungskommission wie dem *Victoria Sentencing Council* ablehnen.

⁴¹ In einigen Fällen haben die Medien die einschlägige Guideline herangezogen, um die Strafmaßenscheidung in medienwirksamen Verfahren zu erläutern. Ob dies zu einer Verbesserung der gesellschaftlichen Einstellung zur Strafzumessung geführt oder die öffentliche Punitivität verringert hat, ist mangels diesbezüglicher Forschungsdaten schwer zu sagen. Eine empirische Studie konnte aber zeigen, dass die Bereitstellung von Informationen über die Guidelines Forderungen nach härteren Strafen verringert, siehe *Roberts/Hough/Jackson/Gerber*, BJC 52 (2012), S. 1072.

Guideline offengelegt, welche die Grundlage für diese Art der Strafmilderung bildet und die Auswirkungen beschreibt, die ein *guilty plea* auf das Strafmaß hat. Ob diese Transparenzsteigerung zu einem besseren Verständnis und der Unterstützung derartiger Strafrabatte für ein *guilty plea* beiträgt, ist eine gesondert zu diskutierende Frage.⁴² Der hier zentrale Punkt ist, dass dieser Teil der Strafzumessung in England und Wales transparenter ausgestaltet ist als in jeder anderen Rechtsordnung.

Die strukturiertere Herangehensweise an die für ein *guilty plea* gewährte Strafmilderung und andere Aspekte der englischen Strafzumessung schafft aber mehr als nur Transparenz. Solange die Gerichte die Guidelines befolgen,⁴³ gewährleistet sie auch eine gleichmäßigere und stärker prinzipienorientierte Strafzumessung. Man denke etwa an zwei zentrale Strafzumessungsprinzipien, die Tatproportionalität und den Gleichheitsgrundsatz. Wenn die Gerichte bei der Strafzumessung von den Rechtsmittelinstanzen kaum überwacht werden, unterminiert dies das Prinzip der Tatproportionalität. Denn die Höhe des für das Schuldgeständnis gewährten Strafnachlasses wird von Richter zu Richter unterschiedlich ausfallen.

Ein treffendes Beispiel bildet die Situation, dass ein Angeklagter auf frischer Tat gefasst wurde und sich gegenüber den gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Vorwürfen nicht erfolversprechend verteidigen kann. Unter diesen Umständen scheint ein *guilty plea* unausweichlich. Viele Richter werden es in solchen Fällen aber ablehnen, im Gegenzug einen Strafrabatt zu gewähren, weil das Geständnis keine Reue oder Verantwortungsübernahme seitens des Angeklagten erkennen lässt. In der Tat gewährten die englischen Gerichte vor Einführung der Guideline in solchen Konstellationen lediglich eine verringerte Strafmilderung. Andere Richter gewähren solchen Angeklagten möglicherweise dennoch einen erheblichen Strafnachlass, weil sie auch in diesen Fällen einen Vorteil in den durch das Schuldgeständnis eingesparten Gerichtsressourcen erblicken. In vielen Rechtsordnungen halten sich die Rechtsmittelgerichte zurück, Regelungen zur angemessenen Höhe von Strafrabatten zu treffen, weil sie dies als alleinige Aufgabe der Instanzrichter auffassen.⁴⁴

Mit den Sentencing Guidelines wird eine die Ausübung richterlichen Ermessens lenkende Richtschnur festgelegt. Ein *guilty plea* des Angeklagten ist für die Kriterien des Schadens und der Vorwerfbarkeit der Tat nicht relevant. Entsprechend wird die Tatproportionalität der Strafe unterlaufen, wenn ein besonders großzügiger Strafrabatt für das Schuldgeständnis gewährt wird. Daher wird in der Guideline von übertriebenen, proportionalitätsschädlichen Strafmilderungen abgeraten. Die Verhinde-

⁴² Die größere Transparenz ändert nichts an anderen kontroversen Aspekten solcher Strafrabatte, wie z.B. die Gefahr, dass sich Angeklagte, die sich an sich gegen die strafrechtlichen Vorwürfe verteidigen könnten, nur deshalb ein *guilty plea* eingehen, um damit eine sehr viel härtere Strafe zu vermeiden, die gegen sie nach Durchführung der Hauptverhandlung ergehen könnte. Für eine Erörterung dieser Problematik, siehe *Lippke, The Ethics of Plea Bargaining*, 2011.

⁴³ Wie bereits erwähnt sind Gerichte aller Instanzen zur Befolgung aller einschlägigen Guidelines verpflichtet, außer dies würde den „Interessen der Gerechtigkeit“ widersprechen.

⁴⁴ Für eine typische *Common-Law*-Rechtsordnung ohne Guidelines, siehe *Roberts/Cole, Sentencing in Canada*, 2020.

rung allzu großzügiger Strafmilderungen dient auch dem Gleichheitsgrundsatz. Dieser droht verletzt zu werden, wenn sich die Strafmaße in zwei ähnlich gelagerten Fällen erheblich unterscheiden, nur weil einer der Angeklagten sich schuldig bekannt hat und der andere nach Durchführung der Hauptverhandlung verurteilt wurde.

7 Die Rolle der Guidelines-Behörde

Ein weiteres Merkmal, das die englische Strafzumessung von anderen Rechtsordnungen abhebt, ist die Rolle des *Sentencing Council*. Wenn Gerichte lediglich durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geleitet werden, beschränkt sich das Wesen dieser Orientierungshilfe notwendigerweise auf die Perspektive der Justiz. Für die Strafzumessungspraxis relevante Expertise und Erfahrungen aus anderen Bereichen können die Strafzumessung nur dann beeinflussen, wenn diese überhaupt in die Justiz vordringen und die entsprechenden Erkenntnisse bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden. Sobald aber eine Instanz wie der *Sentencing Council* gegründet wird, ermöglicht dies Input auch von außerhalb der Justiz. Dies wird in den USA besonders deutlich, wo die Strafzumessungskommissionen überwiegend mit nicht aus der Justiz stammenden Mitgliedern besetzt sind. Die *Minnesota Sentencing Guidelines Commission* etwa besteht aus 11 Mitgliedern, darunter drei Richter. Zu den anderen Mitgliedern zählen Angehörige verschiedener Berufsstände im Bereich der Strafrechtspflege und drei Vertreter der Allgemeinheit. Die Kommission entspricht daher dem Modell, das Knapp als „repräsentativ“ im Gegensatz zu „exklusiv justiziell“ und „elitär“ beschrieben hat.⁴⁵ Obwohl der englische *Council* überwiegend mit Justizvertretern besetzt ist, wird durch Angehörige anderer Gruppen auch ein gewisser Grad externer Erfahrung bei der Entwicklung der Guidelines eingebracht.

Ein letzter potentieller Vorzug der Guidelines ist erwähnenswert. Die Strafzumessungspraxis ist traditionell ausschließlich von den obersten Gerichten (durch ihre Rechtsprechung) und vom Parlament (durch die Gesetzgebung) geformt worden. Beides hat gewisse Nachteile. Der *Court of Appeal* verfügt über begrenzte Ressourcen und hat nicht die Kapazität, um eigene Forschung anzustellen. Das Parlament besteht aus gewählten Politikern, welche die Bevölkerung repräsentieren und deshalb oftmals für populistische Positionen wie die Einführung von Mindeststrafen eintreten. Die Schaffung einer Strafzumessungskommission ermöglicht, dass auch andere Perspektiven in der Strafzumessungspraxis Berücksichtigung finden können. Diese Einflüsse können einerseits innerhalb des *Sentencing Council* wirken, weil ein Mitglied beispielsweise ernannt wurde, um Opferinteressen zu vertreten, oder um seine Expertise zu empirischer Strafzumessungsforschung einzubringen.

⁴⁵ Siehe Knapp, *Organization and Staffing*, 1987, S. 117.

Andererseits existiert auch ein breites Spektrum externer Einflüsse und Expertise: So kann etwa von Seiten der Wissenschaft oder durch Interessenvertretungen auf die unverhältnismäßigen Auswirkungen der Strafzumessungspraxis auf bestimmte Tätergruppen hingewiesen werden, zum Beispiel mit Blick auf ethnische Minderheiten, weibliche Täterinnen und junge Erwachsene⁴⁶. Der Entwicklungsprozess der Guidelines schafft einen Einschlagpunkt für Input aus solchen Kreisen. Vor der Veröffentlichung einer Guideline befragt der *Council* die Öffentlichkeit und Experten zu einer Entwurfsfassung. Der Einfluss dieser externen Quellen ist zwar selten ausschlaggebend – in jedem Falle haben externe Einrichtungen aber einen größeren Einfluss auf die Gestaltung der Strafzumessungspraxis als in anderen Ländern.⁴⁷

Alle aktiven Strafzumessungskommissionen nehmen eine Forschungsfunktion wahr. Das bedeutet, dass – jedenfalls theoretisch – alle innerhalb der Guidelines abgegebenen Empfehlungen auf der Grundlage von empirischen Forschungsergebnissen über Fragen wie der Rückfallquote erfolgen können. Zwar ist im *Common Law* die Tatproportionalität der zentrale Aspekt der Strafzumessung, die gesetzlich festgelegten Strafzwecke beinhalten aber stets auch präventive Zielsetzungen wie die negative Generalprävention (*deterrence*) oder die positive Spezialprävention (*rehabilitation*). Eine wichtige Frage für das die Strafe festsetzende Gericht ist, welche Sanktion geeignet ist, die Rückfallwahrscheinlichkeit zu reduzieren („*What works?*“). Es gibt eine jahrzehntelange Forschungsansammlung zu dieser Fragestellung, und über die Ursachen von Rückfallkriminalität (bzw. der Legalbewährung) und die Wirkungen verschiedener Sanktionsmöglichkeiten ist heute viel mehr bekannt als früher. Einzelnen Richtern, sei es in erstinstanzlichen oder höheren Gerichten, fehlt aber die Zeit und erforderliche Schulung, um sich mit den Ergebnissen dieser Forschungsliteratur auseinanderzusetzen und sie auf die Praxis anzuwenden. Zu den Aufgaben des *Council* gehört es daher auch, „die Kosten verschiedener Sanktionen und ihre jeweilige Effektivität zur Verhinderung von Rückfallkriminalität“⁴⁸ zu berücksichtigen. Auch wenn er von vielen Seiten dafür kritisiert wird, in dieser Hinsicht nicht genug zu unternehmen, wird diese Zielsetzung an sich kaum in Frage gestellt.

Das Forschungspersonal des *Council* kann wissenschaftliche Entwicklungen verfolgen und diese an seine Mitglieder kommunizieren, um sie bei der Konstruktion der Guidelines zu unterstützen. Dabei stellt Forschung zur relativen Effektivität verschiedener Sanktionsmöglichkeiten eine wichtige Grundlage für die Abgabe von

⁴⁶ So haben z.B. mehrere Organisationen auf die unverhältnismäßigen Wirkungen der Freiheitsstrafe auf junge Erwachsene im Alter von 18 bis 22 Jahren hingewiesen.

⁴⁷ Um auf das Beispiel des für ein *guilty plea* gewährten Strafabatts zurückzukommen: Wenn ein Interessenverband in Kanada – einer Rechtsordnung ohne Guidelines – seine Einschätzung zur angemessenen Höhe der zu gewährenden Strafmilderung abgeben möchte, wem gegenüber äußert er dies? Die Justiz wird sich an einem Dialog nicht beteiligen, sodass die einzige Anlaufstelle der Gesetzgeber zu sein scheint.

⁴⁸ „[...] *the cost of different sentences and their relative effectiveness in preventing re-offending* [...]“, siehe sec. 120(11)(e) des *Coroners and Justice Act 2009*.

Strafzumessungsempfehlungen dar. So besteht beispielsweise immer größere Einigkeit darüber, dass kurze Freiheitsstrafen nicht mit geringeren, sondern höheren Rückfallquoten als Bewährungsstrafen korreliert sind.⁴⁹ Der englische *Sentencing Council* hat sich bemüht, dieses Forschungsergebnis in seine Strafmaßempfehlungen zu integrieren. Kritische Stimmen verlangen vom *Sentencing Council*, noch sehr viel mehr in diese Richtung zu tun. Der entscheidende Punkt ist, dass die Strafzumessung in einer Rechtsordnung, die über eine Sentencing Guidelines entwickelnde Strafzumessungskommission verfügt, sehr viel evidenzbasierter ausgestaltet werden kann.

8 Schluss

Sentencing Guidelines können verschiedene Formen annehmen, abhängig von der sie umgebenden Rechtskultur und politischen Landschaft. Das englische System gewährleistet ein strukturiertes Vorgehen, das das richterliche Ermessen bewahrt. Die Gerichte müssen in jedem Verfahrensschritt mehrere Ermessensentscheidungen treffen und verfügen über den Entscheidungsspielraum, ein Strafmaß auch außerhalb der Empfehlungen der Guideline festzusetzen, wenn ihre Befolgung im Widerspruch zu den „Interessen der Gerechtigkeit“ stünde. Während das Ausmaß des erhalten gebliebenen richterlichen Ermessens manchen beruhigt, ist es für andere Grund zur Sorge. Die Erforschung des tatsächlichen Effekts der Guidelines auf die Gleichmäßigkeit der Strafzumessung steht noch aus. Die englischen Guidelines können jedenfalls für sich beanspruchen, das einzige existierende umfassende Guidelines-System zu sein. Es ermöglicht eine viel breitere Anleitung der Gerichte als ihre Pendanten in den USA – die dortigen Regimes bieten in der Regel eine Strafmaßempfehlung und einen engen Strafrahmen, wenn eine Freiheitsstrafe anvisiert wird. Solange keine umfangreichere Forschung angestellt wurde, ist der größte Vorteil der englischen Guidelines in der größeren Transparenz der Strafzumessung zu sehen. Dieser Vorzug sollte nicht kleingeredet werden. Die englischen Guidelines haben darüber hinaus eine gesunde Diskussion in Wissenschaft und Justizkreisen angeregt: Es gäbe zum Beispiel viele Möglichkeiten, um neue und andere Darstellungsformen der Guidelines zu erproben, und der Umgang des *Council* mit wissenschaftlicher Forschung kann hinterfragt werden. Aber nur wenige Kommentatoren und Praktiker würden die Guidelines wieder ganz abschaffen wollen.

⁴⁹ Für eine Übersicht, siehe *Fraser/Roberts, Paying for the Past*, 2019.

Appendix

Auszug aus der englischen Sentencing Guideline zum „Straßenraub und weniger schwerwiegenden Ladenraub“ (*street and less sophisticated commercial robbery*, sec. 8(1) des *Theft Act 1968*):⁵⁰

STEP ONE Determining the offence category

The court should determine the offence category with reference **only** to the factors listed in the tables below. In order to determine the category the court should assess **culpability** and **harm**.

The court should weigh all the factors set out below in determining the offender's culpability.

Where there are characteristics present which fall under different levels of culpability, the court should balance these characteristics to reach a fair assessment of the offender's culpability.

Culpability demonstrated by one or more of the following:

A – High culpability

- Use of a weapon to inflict violence
- Production of a bladed article or firearm or imitation firearm to threaten violence
- Use of very significant force in the commission of the offence
- Offence motivated by, or demonstrating hostility based on any of the following characteristics or presumed characteristics of the victim: religion, race, disability, sexual orientation or transgender identity

B – Medium culpability

- Production of a weapon other than a bladed article or firearm or imitation firearm to threaten violence
- Threat of violence by any weapon (but which is not produced)
- Other cases where characteristics for categories A or C are not present

C – Lesser culpability

- Involved through coercion, intimidation or exploitation
- Threat or use of minimal force
- Mental disability or learning disability where linked to the commission of the offence

Harm

The court should consider the factors set out below to determine the level of harm that has been caused or was intended to be caused to the victim.

Category 1

- Serious physical and/or psychological harm caused to the victim
- Serious detrimental effect on the business

Category 2

- Other cases where characteristics for categories 1 or 3 are not present

Category 3

- No/minimal physical or psychological harm caused to the victim
- No/minimal detrimental effect on the business

⁵⁰ Quelle: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Robbery-definitive-guideline-Web.pdf> <10.02.2020>.

STEP TWO**Starting point and category range**

Having determined the category at step one, the court should use the corresponding starting point to reach a sentence within the category range below. The starting point applies to all offenders irrespective of plea or previous convictions. A case of particular gravity, reflected by multiple features of culpability or harm in step one, could merit upward adjustment from the starting point before further adjustment for aggravating or mitigating features, set out on the next page.

Consecutive sentences for multiple offences may be appropriate – please refer to the *Offences Taken into Consideration and Totality* guideline.

Harm	Culpability		
	A	B	C
Category 1	Starting point 8 years' custody	Starting point 5 years' custody	Starting point 4 years' custody
	Category range 7 – 12 years' custody	Category range 4 – 8 years' custody	Category range 3 – 6 years' custody
Category 2	Starting point 5 years' custody	Starting point 4 years' custody	Starting point 2 years' custody
	Category range 4 – 8 years' custody	Category range 3 – 6 years' custody	Category range 1 – 4 years' custody
Category 3	Starting point 4 years' custody	Starting point 2 years' custody	Starting point 1 year's custody
	Category range 3 – 6 years' custody	Category range 1 – 4 years' custody	Category range High level community order – 3 years' custody

Strafzumessung in England und Wales. Ein Kommentar aus deutscher Sicht

Jörg-Martin Jehle

Der Deutsche Juristentag¹ hat sich 2018 mit Strafzumessungsrichtlinien befasst. Das der Debatte zu Grunde liegende Gutachten von Johannes Kaspar² hatte die amerikanischen Federal Sentencing Guidelines³ analysiert und empfohlen, ein entsprechendes Modell im deutschen Strafrecht nicht zu etablieren. Dem folgte der deutsche Juristentag mit großer Mehrheit. Dagegen war das andersartige und deutlich komplexere englische Modell nicht Gegenstand der Debatte, wenn sich auch inhaltlich einzelne Elemente davon in den Vorschlägen des Gutachters finden. Deshalb ist es auch für die deutsche Debatte sehr hilfreich, dass mit dem Beitrag von Roberts und Padfield in diesem Band⁴ ein neuer Anstoß gegeben wird, sich in Deutschland mit dem englischen⁵ Strafzumessungssystem näher auseinander zu setzen.⁶

¹ Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018.

² *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018, S. C1.

³ Basierend auf dem Sentencing Reform Act 1984; s. näher *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018, S. C76 ff.

⁴ *Roberts/Padfield*, in diesem Band, S. 33.

⁵ Die Strafzumessungsrichtlinien gelten in England und Wales. Der Einfachheit halber wird im folgenden nur von englischen Richtlinien gesprochen.

⁶ Auch *Hörnle*, GA 2019, S. 282 ff., 288 f., weist auf die Andersartigkeit und Vorzugswürdigkeit der englischen Sentencing Guidelines hin; ähnlich auch *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, S. 130 ff., 133.

1 Anwendungsfeld von Sentencing Guidelines

Der Beitrag von Roberts und Padfield gibt instruktive Einblicke in das in England und Wales geltende System rechtlich verbindlicher Strafzumessungsrichtlinien, die aber nicht in den konstitutionell getrennten, deutlich anderes gearteten Strafrechtssystemen von Schottland und Nordirland gelten. Um die Bedeutung dieser Richtlinien aus deutscher Perspektive richtig einordnen können, sollen kurz wesentliche Unterschiede zwischen dem englischen und deutschen Strafrechtssystem in Erinnerung gerufen werden.

1. Das englische Strafrecht kennt drei Formen von Verstößen.⁷ Die leichtesten Formen bilden die so genannten Summary Offences, die in einem summarischen Verfahren von den Laiengerichten (magistrates' courts) abgeurteilt werden. Es handelt sich einerseits um minderschwere Straftaten, die mit höchstens 6 Monaten Freiheitsstrafe geahndet werden können, wie etwa Sachbeschädigung mit geringem Schaden, Schwarzfahren (fare evasion) oder geringfügige Ladendiebstähle (low value shoplifting), andererseits um Verkehrs- oder Ordnungsverstöße, soweit sie nicht nur mit fixed penalty notices (vergleichbar mit Ordnungswidrigkeiten in Deutschland) geahndet werden. Einfache und eindeutige Fälle (insbesondere Verkehrsdelikte) werden gebündelt und in einer speziellen Sitzung gemeinsam erledigt (sog. Bulk Proceedings, Massenverfahren). Die schweren Formen, die insbesondere schwere Gewalt- und Sexualdelikte betreffen, müssen vor dem Crown Court angeklagt werden (triable only on indictment). Zwischen den leichten und schweren Formen gibt es eine mittlere Kategorie, die als „triable either way“ entweder vor dem magistrates' Court oder dem Crown Court verfolgt werden müssen. Dazu zählen etwa Diebstahl (außer geringfügigem Ladendiebstahl), Einbruchsdiebstahl, Trunkenheit im Straßenverkehr, Sachbeschädigung über 5000 £. In der Praxis werden viele dieser „mittelschweren“ Delikte von den magistrates' courts abgeurteilt, wenn die Beschuldigten auf schuldig plädieren (guilty plea) und eine Strafe von höchstens 5000 £ oder 6 Monaten Freiheitsstrafe zu erwarten ist. Freilich besteht bei den Summary Offences und eingeschränkt⁸ auch bei Either-way Offences die Möglichkeit, dass die Polizei die geständigen Täter informell verwarnt (Cautioning) oder die Staatsanwaltschaft (Crown Prosecution Service) das Strafverfahren – gegebenenfalls in Verbindung mit einer Auflage – einstellt (Conditional Discharge).

Dort, wo die magistrates' courts die Summary Offences oder auch mittelschwere Straftaten (triable either way) selbst aburteilen, sind sie an Strafzumessungsrichtlinien⁹ gebunden, denen freilich wegen der eingeschränkten Strafkompetenz eher geringere Steuerungswirkung zukommt.

⁷ Eingeführt durch den Courts Act 1971, der die alte Einteilung in Felonies and Misdemeanours aufhob.

⁸ Ministry of Justice Guidance. Simple Cautions for Adult Offenders: April 2013; der Criminal Justice and Courts Act 2015 (Specification of Either-Way Offences) Order 2015 hat aber die Möglichkeit, simple cautions auszusprechen, eingeschränkt.

⁹ S. z.B. für Theft from a shop or stall; abrufbar unter <https://www.sentencingcouncil.org.uk/<28.05.2020>>.

2. Das deutsche Strafrecht kennt nur zwei Arten von Straftaten: Vergehen und Verbrechen. Ordnungsverstöße und leichtere Verkehrsverstöße (z.B. Geschwindigkeitsüberschreitungen ohne Verkehrsgefährdung) zählen als Ordnungswidrigkeiten, die von den Ordnungsbehörden geahndet werden. Soweit es um Straftaten geht, ist in Deutschland der Anteil der ohne förmliches Hauptverfahren zu erledigenden Strafsachen deutlich größer. Bezieht man sich nur auf die anklagefähigen Strafsachen (also klammert insbesondere Einstellungen mangels Tatverdacht, § 170 Abs. 2 StPO, aus), so werden 60 % mit oder ohne Auflagen eingestellt und 22 % in einem Strafbefehlsverfahren, zumeist verbunden mit einer Geldstrafe, und nur 18 % durch Urteil erledigt.¹⁰ Allerdings ist bei der Einstellungsverfügung und beim Strafbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft das Ermessen der entscheidenden Staatsanwälte durch interne Richtlinien oder Erlasse der Generalstaatsanwälte stark eingeschränkt. Bei Strafbefehlen aufgrund von Massendelikten herrschen – wie vielfältig festgestellt¹¹ – Straftaxen vor. Jenseits dieses Bereichs, also bei einer Minderheit der Strafverfahren, werden Strafen durch Urteile ausgesprochen; nur hier geht es um richterliches Ermessen, das gegebenenfalls durch Strafzumessungsrichtlinien einzuschränken wäre.

Der Strafzumessungsvorgang betrifft zwei zu differenzierende Bereiche: Die Strafhöhe und die zu wählende Strafart. In erster Linie geht es um die Höhe der Geldstrafe bzw. Länge der Freiheitsstrafe. Sie ist zunächst einmal begrenzt durch die bei der Verwirklichung eines Delikts angedrohte Rechtsfolge in Form eines abstrakten Strafrahmens. So ist z.B. bei den häufigsten Delikten, den Vergehen, wie z.B. einfachem Diebstahl und einfacher Körperverletzung, mit der Strafandrohung: Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis 5 Jahre der abstrakte Strafrahmen sehr weit, auch wenn er gegebenenfalls durch generelle Milderungsvorschriften nach unten etwas begrenzt werden kann. Für das konkret zu bestimmende Strafmaß statuiert der Gesetzgeber mit der allgemeinen vagen Strafzumessungsvorschrift des § 46 Abs. 1 S. 1 StGB, dass die Schuld Grundlage der Strafzumessung bildet. Darüber hinaus enthält die Vorschrift des Abs. 2 konkretere Kriterien, die regelmäßig zu beachten sind, wie z.B. die Beweggründe des Täters, sein Vorleben und die verschuldeten Auswirkungen der Tat.¹² Es bleibt aber gesetzlich vollkommen offen, inwiefern diese Kriterien strafmildernd oder strafscharfend wirken, wie sie sich zueinander verhalten und wie ihre Gewichtung im Einzelfall stattfinden kann.¹³

¹⁰ Im Jahr 2017; s. *Jehle*, Strafrechtspflege in Deutschland, 2019, S. 22.

¹¹ Vgl. nur *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2015, S. 240 f.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2012, Rn. 645, 762.

¹² Zu den weiteren problematischen Kriterien, wie etwa die Gesinnung, s. näher *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018, S. C66 ff.

¹³ Vgl. auch *Kudlich/Koch*, NJW 2018, S. 2762 ff., 2763 (englische Übersetzung in diesem Band, S. 353; *Hörnle*, GA 2019, S. 289, spricht insoweit gar von einer „Black Box“ des Strafzumessungsvorgangs. Allerdings haben Rechtsprechung und Literatur versucht, die gesetzlichen Kriterien im Sinne von Strafschärfung und -milderung stärker zu differenzieren, s. insbesondere *Schäfer/Sander/van Gemeren*, Praxis der Strafzumessung, 2017.

Zugleich sind die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, zu berücksichtigen (§ 46 Abs. 1 S. 2 StGB). Auch wenn umstritten ist, wie weit diese bei der Festsetzung des Strafmaßes Berücksichtigung finden, so sind sie jedenfalls bei der Wahl der Strafart von entscheidender Bedeutung. Lässt der Strafrahmen es zu, so ist nach allgemeinem Strafrecht zu wählen zwischen Geldstrafe oder Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung gegebenenfalls zur Bewährung auszusetzen ist.¹⁴ Hier zeigen die über viele Jahre stabilen statistischen Zahlen,¹⁵ dass die Praxis dem gesetzgeberischen Programm weitgehend folgt, d.h. den Vorrang der Geldstrafe vor kurzen Freiheitsstrafen bis zu 6 Monaten¹⁶ (§ 47 StGB) beachtet und vollstreckbare Freiheitsstrafen nur dann ausspricht, wenn spezialpräventive oder ausnahmsweise generalpräventive Gründe es erfordern. Mehr als vier Fünftel (84 %) der Strafen stellen Geldstrafen dar und von den Freiheitsstrafen, die 16 % ausmachen, werden etwa zwei Drittel zur Bewährung ausgesetzt (11 %).

Aus den gesetzlichen Kriterien lässt sich nicht näher ableiten, welches konkrete Strafmaß festzusetzen ist. Wie empirische Studien zur Strafzumessungspraxis vielfach gezeigt haben, orientieren sich deshalb die erkennenden Richter an dem Strafmaß, das in ihrem Gericht oder in ihrem Oberlandesgerichtsbezirk in vergleichbaren Fällen üblich ist. Damit ergeben sich, wie schon seit einem Jahrhundert bekannt, deutliche regionale Strafzumessungsunterschiede,¹⁷ deren Existenz nicht zuletzt dafür verantwortlich ist, dass sich der Deutsche Juristentag jüngst wieder mit diesem Thema befasst hat (s. u. III.).

2 Das englische System der Strafzumessungsrichtlinien

2.1 Der deskriptive Ansatz

Die Besonderheit der englischen Strafzumessungsrichtlinien lässt sich klar konturieren, wenn man sie mit dem von Roberts und Padfield in Bezug genommenen prominenten Minnesota Modell¹⁸ aus den USA vergleicht. Dabei zeigen sich vielfältige Vorteile der englischen Sentencing Guidelines:

¹⁴ Vgl. nur *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2012, S. 63 ff., 80 ff.

¹⁵ *Jehle*, Strafrechtspflege in Deutschland, 2019, S. 34 ff.; vgl. auch *Weigend*, Crime&Just Vol. 45 (2016), S. 83 ff., 100 ff.

¹⁶ Genau genommen gilt das nur für Freiheitsstrafen bis 3 Monaten; in mehr als 90 % der Geldstrafen werden nicht mehr als 90 Tagessätze verhängt, s. *Jehle*, Strafrechtspflege in Deutschland, 2019, S. 38.

¹⁷ Vgl. nur *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2015, S. 255 ff., *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2012, S. 375 ff.

¹⁸ Minnesota Sentencing Guidelines Commission 1981.

Anders als in Minnesota und in anderen US-amerikanischen Staaten, wo die Strafzumessungskommissionen „Kriminalpolitik-getrieben“ sind und – mit einem „präskriptiven Ansatz“¹⁹ – die Strafzumessungspraxis im Sinne einer Strafverschärfung verändern wollen, besteht die englische Kommission (Sentencing Council) im Wesentlichen aus Justizangehörigen und reflektiert die gängige Strafzumessungspraxis; sie verfolgt einen eher „deskriptiven Ansatz“²⁰ – mit dem Ziel, ein größeres Maß an Konsistenz und Proportionalität der Strafzumessungsentscheidungen zu erreichen. Die Richtlinien sind auf spezifische Delikte bezogen und primär orientiert an Proportionalität, also an der persönlichen Schuld (culpability) und dem verursachten Schaden (harm). Anders als in den USA, wo Vorstrafen die Strafhöhe entscheidend beeinflussen, spielen sie im englischen System erst in zweiter Linie eine (strafschärfende) Rolle. Die Richtlinien münden nicht in einer quasi mathematisch ermittelten Strafe bzw. einem solchen Strafraumen, sondern führen mittels Zuordnung des Falls zu Schwerekriterien zu eingegrenzten Strafraumen, die für eine Individualisierung Platz lassen. Darüber hinaus gibt es keine strikte Bindung der Richter für die Strafraumen der Untergruppen, gebildet nach Schwere der Schuld und des Schadens, sondern nur für die relativ weiten Strafraumen bezogen auf das verwirklichte Delikt.

2.2 Proportionalitätsbasierte Strafzumessung

Das maßgebliche Prinzip der Strafzumessung ist Proportionalität; d.h. das Strafmaß muss sich proportional zur Straftat, genauer: zu dem durch die Tat verursachten Schaden („harm“) und der sich in der Tat äußernden Schuld des Täters („culpability“) verhalten. Die hierfür herangezogenen objektiven und subjektiven Tatumsstände könnte man in deutscher Terminologie mit den Begriffen Erfolgs- und Handlungsunrecht bezeichnen.²¹ Aus der Kombination der beiden Variablen Schuld und Schaden werden das Maß für den Ausgangspunkt (eine Art Regelstrafe) und der mögliche konkrete Rahmen der festzusetzenden Strafe gebildet. Dabei werden Schuld und Schaden anhand deliktsspezifischer Schwerekriterien in jeweils drei Schweregruppen unterteilt und mit einander kombiniert, so dass sich ein Feld von insgesamt neun Kombinationen ergibt.²²

Padfield und Roberts demonstrieren diese erste Stufe des Strafzumessungsvorgangs am Beispiel des Raubs, der nach der gesetzlichen Grundlage (Theft Act 1968, sec. 8 (1)) mit keiner Mindeststrafe, aber mit einer Höchststrafe von lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist. Die von den Sentencing Guidelines näher eingegrenzte Form betrifft den Raub auf der Straße und in Geschäften mit geringem Planungsgrad (abgegrenzt vom Raub in Geschäften mit hohem Planungsgrad, der entsprechend höhere Strafmaße nach sich zieht). Nimmt man nur die leichteste Kategorie

¹⁹ Roberts/Padfield, in diesem Band, S. 51.

²⁰ Roberts/Padfield, in diesem Band, S. 51.

²¹ So auch Hörnle, GA 2019, S. 289.

²² S. Roberts/Padfield, in diesem Band, Appendix.

(leichte Schuld, geringer Schaden), die mittlere Kategorie (mittlere Schuld, mittlerer Schaden) und die schwerste Kategorie (schwere Schuld, schwerer Schaden), sind die „Ausgangsstrafen“ (starting point) und die Strafraumen klar abgegrenzt: Schwer - Ausgangsstrafe 8 Jahre Freiheitsstrafe mit einem Strafraumen von 7 bis 12 Jahren, mittel - Ausgangsstrafe 5 Jahre mit einem Strafraumen von 3 bis 6 Jahren, leicht - Ausgangsstrafe 1 Jahr mit einem Strafraumen von Anordnung einer hohen Community-Sanktion (v.a. Gemeinnützige Arbeit) bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe. Kommt es zu anderen Kombinationen, z.B. leichte Schuld schwerer Schaden), überlappen sich die vorgeschriebenen Strafraumen. Insgesamt scheinen die vorgesehenen Ausgangsstrafen und Strafraumen der Idee eines linearen Wachstums der Delikts- und Sanktionsschwere zu folgen. Indessen verteilen sich die Strafmaße in der Strafzumessungspraxis, zumindest in Deutschland, eher in Form einer umgekehrten J-Kurve – mit einem Schwerpunkt auf niedrigen Strafen. So könnte das Modell durchaus zu einem Anheben des Strafniveaus führen.

Die Kriterien zur Einstufung der Schwere von Schuld und Schaden sind ohne Weiteres plausibel. Im Falle des Raubs steigert sich die Schwere von Schuld und Schaden, wenn Waffen eingesetzt werden und erheblicher physischer und psychischer Schaden beim Opfer entsteht. Damit entsprechen die Kriterien weitgehend dem, was der deutsche Gesetzgeber bereits im Qualifikationstatbestand des schweren Raubs, § 250 StGB, gesetzlich festgelegt hat. Insoweit kompensieren die englischen Sentencing Guidelines hier die mangelnde Differenziertheit des gesetzlichen Tatbestands.

Ein Blick in das öffentlich zugängliche Manual des Sentencing Council²³ zeigt, dass inzwischen zu allen bedeutsamen Delikten Sentencing Guidelines entwickelt worden sind. Dies gilt auch für den Bereich der mittel schweren Delikte (triable either way). Hier entscheidet sich zugleich, ob die Strafsache noch vom magistrates' court abgeurteilt werden kann. Als Beispiel sei der Diebstahl aus einem Laden oder Verkaufsstand herangezogen (wobei der Bagatell-Ladendiebstahl, der gemäß Section 22A Magistrates' Courts Act 1980 als Summary Offence gilt, ausgenommen ist). Die maximale gesetzliche Strafdrohung ist laut Theft Act 1968, sec. 1, 7 Jahre Freiheitsstrafe. Die Sentencing Guidelines sehen nun einen generellen Strafraumen von einer Einstellung bis zu drei Jahren vor und bilden wiederum mit der Kombination von drei Schwerestufen der Schuld und des Schadens neun Kategorien, die mit unterschiedlichen „Ausgangsstrafen“ und konkreten Strafraumen verbunden sind. Die Kriterien für die Schwereinstufung sind im Wesentlichen Planungsgrad, Wert des gestohlenen Guts und Opferbeeinträchtigung. Die für die schwerste Form vorgesehene Ausgangsstrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe ist ersichtlich so gewählt, dass sie innerhalb der Grenzen der Strafkompentenz der magistrates' courts bleibt. Freilich geht der konkrete Strafraumen insbesondere bei hohem Wert des gestohlenen Guts darüber hinaus. Schon im mittleren Bereich (mittlere Schuld, mittlerer Schaden) ist

²³ S. <https://www.sentencingcouncil.org.uk/> <28.05.2020>.

keine Freiheitsstrafe mehr vorgesehen, sondern nur Geldstrafe oder eine Community-Sanktion, und im untersten Bereich kommt sogar eine Einstellung in Frage.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten: Die Sentencing Guidelines identifizieren auf der ersten Stufe objektive und subjektive Tatumstände, die maßgeblich den durch die Tat verursachten Schaden und die mit ihr verbundene Schuld kennzeichnen, und ordnen sie in einer systematischen Weise nach Schweregraden. Zum Teil kompensieren sie die Weite des gesetzlichen Tatbestands, sowohl was die Deliktsdefinition als auch den Strafraumen betrifft. Wie beim Raub ersichtlich verwenden sie auch Schwerekriterien, die in Deutschland die gesetzlichen Merkmale einer Qualifikation erfüllen. Dennoch weisen die konkret vorgesehenen Strafraumen, insbesondere im unteren Schwerebereich, eine erhebliche Bandbreite auf, so dass für die Berücksichtigung besonderer individueller Umstände erheblicher Raum bleibt (Stufe 2). Vergleicht man die vorgeschriebenen Strafraumen mit den deutschen gesetzlichen Strafdrohungen, so lassen die englischen Sentencing Guidelines eine Abweichung sowohl nach oben als auch nach unten erkennen. So ist für die schwere Form des Straßenraubs, die in etwa dem deutschen § 250 Abs. 2 StGB entspricht, eine Mindeststrafe von 7 Jahre vorgesehen. Ob die von der Kommission gesetzten Mindeststrafen die bisherige Strafzumessungspraxis reflektieren oder doch arbiträr sind und zu Strafschärfungen führen, muss mangels empirischer Evaluation²⁴ offen bleiben. Umgekehrt ist erstaunlich, dass bei leichten Raubformen keine Freiheitsstrafe, noch nicht einmal eine Geldstrafe zwingend vorgeschrieben ist, sondern eine bloße Community-Sanktion möglich ist.

2.3 Strafmildernde oder strafschärfende Faktoren

Die Zuordnung des Falls zu einer bestimmten Schwerekategorie hat ausschließlich nach den von den Sentencing Guidelines bestimmten Kriterien zu erfolgen. Die sich daraus ergebende Ausgangsstrafe kann aber innerhalb eines eingegrenzten Strafraumens nach oben oder nach unten verändert werden, indem strafmildernde bzw. strafschärfende Faktoren berücksichtigt werden. Auf dieser zweiten Stufe des Strafzumessungsvorgangs findet sich in den Guidelines eine nicht erschöpfende Liste mit Umständen,²⁵ die auch in Deutschland übliche Strafzumessungsaspekte darstellen. Strafschärfend sind zwingend frühere Verurteilungen zu berücksichtigen, wobei insbesondere auf Einschlägigkeit und Rückfallgeschwindigkeit abgestellt wird. Bei persistenter Straffälligkeit können sogar die für die Schwerekategorie gegebenen Ober-

²⁴ *Roberts und Padfield*, S. 38 in diesem Band, beklagen ein Defizit an systematischen Strafzumessungsstudien.

²⁵ S. z.B. <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/robbery-street-and-less-sophisticated-commercial/> <28.05.2020>, step 2: Factors increasing seriousness and factors reducing seriousness or reflecting personal mitigation.

grenzen überschritten werden. Dies ist ein klares Signal, dass innerhalb des proportionalitätsbasierten Modells Aspekte der Prävention²⁶ und der Lebensführung Einfluss auf das konkrete Strafmaß nehmen. Gleiches zeigt sich auch bei den aufgeführten Milderungsgründen: So z.B. guter Charakter oder vorbildliche Lebensführung, keine Vorstrafen, Reue und Wiedergutmachungsbemühungen.

Indes lassen die Guidelines weitgehend offen, welches (relative) Gewicht den einzelnen Umständen zukommt und wie sie sich zu einander verhalten; quantifizierbare Maßgaben finden sich schon gar nicht. Mithin steht das englische Gericht bei der Festsetzung der konkreten Strafe vor ähnlichen Schwierigkeiten oder – positiv gewendet – besitzt freies Ermessen wie ein deutsches Gericht; allerdings innerhalb eines durch die proportionalitätsbezogenen Kriterien enger gefassten Strafrahmens. Deshalb wird auch in der englischen Diskussion Kritik daran geübt, dass die Sentencing Guidelines in dieser Hinsicht zu wenig Orientierung böten.²⁷

2.4 Weitere Aspekte

Die Sentencing Guidelines benennen einige weitere das Strafmaß erhöhende oder verringernde Aspekte, von denen einige kurz angesprochen werden sollen. Das nach den genannten Strafzumessungsvorgaben vorläufig gefundene Strafmaß ist zu verringern, wenn der zu Verurteilende der Strafverfolgungsbehörde auf irgendeine Weise Hilfestellung („assistance“) gegeben hat, wobei offen bleibt, wie hoch der Discount sein soll (Stufe 3). Bedeutsamer ist, was die Sentencing Guidelines im Hinblick auf das sog. Guilty Plea bestimmen (Stufe 4). Sie begrenzen die Reduktion auf maximal ein Drittel und minimal 10 %, je nachdem, in welchem Stadium und unter welchen Umständen der Beschuldigte auf schuldig plädiert. Zu Recht erkennen Roberts und Padfield darin einen großen Fortschritt; insbesondere die Begrenzung nach oben gewährleistet, dass das proportionalitätsbasierte Modell prinzipiell erhalten bleibt. Eine Auseinandersetzung mit der englischen Guideline²⁸ würde auch die deutsche Diskussion über die strafmildernde Wirkung des Geständnis generell und im Besonderen bezüglich der Verständigung gemäß § 257c StPO bereichern.

Anders verhält es sich mit der Behandlung von mehreren abzuurteilenden Straftaten (Stufe 6). Die Guideline, die Roberts und Padfield als „light touch document“ bezeichnen, behandelt die Probleme nur an der Oberfläche und geht nicht über das hinaus, was in Deutschland für die Ideal- und Realkonkurrenz von Delikten gesetzlich bestimmt ist.

Schließlich ist auf eine Besonderheit hinzuweisen. Soweit es sich um ein Gewalt- oder Sexualdelikt handelt, ist eine Stufe 5 einzuziehen, auf der zu prüfen ist, ob der Beschuldigte als „gefährlich“ im Sinne eines Rückfallrisikos einzuschätzen ist. Wenn

²⁶ Dies zeigt sich noch stärker bei der auf einer späteren Stufe zu berücksichtigenden Gefährlichkeit, s.u. II. 4.

²⁷ Z.B. *Bottoms*, The Sentencing Council, 2018.

²⁸ <https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/reduction-in-sentence-for-a-guilty-plea-definitive-guideline-2/<28.05.2020>>.

ja, führt dies zu einer verlängerten oder gar unbefristeten Freiheitsstrafe. Zwar hat sich, veranlasst insbesondere durch eine Intervention des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte,²⁹ die betreffende Gesetzgebung mehrmals geändert,³⁰ dennoch bleibt es bei einer Überschreitung des tatproportionalen Strafrahmens unter dem spezialpräventiven Gesichtspunkt der Gefährlichkeit. Hier zeigt sich eine offene Flanke des proportionalitätsbasierten englischen Modells.

2.5 Resümee

Der englische Sentencing Council hat in einem iterativen Prozess ein klar strukturiertes System deliktsbezogener Strafzumessung geschaffen, das inzwischen die meisten wichtigen Straftatbestände umfasst. Die Sentencing Guidelines sind öffentlich zugänglich und sorgen für Transparenz der Strafzumessungsgesichtspunkte. Anders als aus Sentencing Guidelines mancher US-Staaten lassen sich daraus aber nicht bestimmte Strafmaße ableiten. Vielmehr bleiben auf allen Stufen des Strafzumessungsvorgangs richterliche Beurteilung und richterliches Ermessen erforderlich. Bereits bei der Einstufung des Falls nach tatproportionaler Schwere der Schuld und des Schadens bedarf es richterlicher Beurteilung bezüglich des Vorliegens eines bestimmten Schweregrads. Erst recht besteht richterliches Ermessen bezüglich der Berücksichtigung strafmildernder oder strafschärfender Gesichtspunkte innerhalb des tatproportional eingegrenzten, aber gleichwohl für Individualisierung erheblichen Platz einräumenden Strafrahmens. Insoweit enthalten die Guidelines keine quantifizierbaren Maßgaben für die Gewichtung der einzelnen Faktoren.

Die Überzeugungskraft der englischen Sentencing Guidelines beruht auf ihrer prinzipiellen Ausrichtung auf Tatproportionalität. Diese Ausrichtung wird allerdings nicht stets durchgehalten. So können bei persistenter Straffälligkeit die durch Schwere der Schuld und des Schadens bestimmten Grenzen des Strafrahmens überschritten werden. Erst recht gilt dies für die strafe erhöhende Berücksichtigung der Gefährlichkeit. Offensichtlich kommt das System ohne den Einbau spezialpräventiver Elemente nicht aus.

Was die vorgesehenen schwereabhängigen Ausgangsstrafen und Strafrahmen angeht, so scheinen die Strafgrößen eher einem Modell linear ansteigender Strafschwere zu folgen. Da aber die empirische Verteilung der ausgesprochenen Strafhöhen eher einer umgekehrten J-Kurve - mit einem Schwerpunkt auf den niedrigen Strafmaßen - gleicht, könnte die Gefahr bestehen, dass die Sentencing Guidelines zu einer - möglicher Weise ungewollten - Strafschärfung führen.

Roberts und Padfield halten resümierend fest, dass das englische System ein strukturiertes Vorgehen etabliert, das aber richterlichem Ermessen Platz lässt. Ob dieses System indessen auch tatsächlich in der Strafrechtspraxis zu einem höheren

²⁹ EGMR, Vinter et al. v. UK, 17.01.2012.

³⁰ S. dazu *Roberts/Padfield*, in diesem Band., S. 37.

Maß an Konsistenz und Gleichmäßigkeit führt, harrt noch einer umfassenden empirischen Evaluation, die – auch im Sinne einer Rezeption in Deutschland – höchst erwünscht wäre.

3 Ausblick auf die deutsche Entwicklung

Wie das DJT-Gutachten von Kaspar³¹ und viele Stimmen in der Literatur³² dargelegt haben, leidet das deutsche Strafzumessungsrecht an mangelnder Klarheit und Bestimmtheit mit der Folge von – jedenfalls regional – ungleichmäßiger Strafzumessung. Bedauerlicher Weise wurden die Fragen der Abhilfe auf dem Juristentag unter der falschen Alternative „Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen“ diskutiert, weil sich die Debatte einseitig an Richtlinien US-amerikanischer Herkunft orientierte und nicht das englische Modell der Strafzumessung in den Blick nahm, das ein strukturiertes Vorgehen anhand verbindlicher Kriterien mit richterlichem Ermessen verknüpft. Selbst wenn das englische Modell zur Diskussion gestanden hätte, wäre es sehr fraglich gewesen, ob eine Übernahme auch nur einzelner Elemente befürwortet worden wäre. Denn auch der wesentlich weniger weit reichende Vorschlag des Gutachters zur Einsetzung einer Strafzumessungskommission³³ wurde abgelehnt. Nach der Vorstellung von Kaspar sollte eine Strafzumessungskommission mit unabhängigen Experten aus Praxis und Wissenschaft als dauerhaftes Gremium eingesetzt werden – mit dem gesetzlichen Auftrag, auf Basis von empirischen Erhebungen für bestimmte typische Fallkonstellationen Strafmaßempfehlungen zu formulieren und zu veröffentlichen.

In der Ablehnung dieses Vorschlags zeigt sich, wie Hörnle³⁴ formuliert, „das deutsche Beharren auf einer rechtlich weitgehend unregulierten, auf regional verfestigte Erfahrungswerte angewiesenen Strafzumessung“. Ein kleiner Hoffnungsschimmer in Richtung auf mehr Transparenz besteht indessen. Immerhin hat der wesentlich bescheidenere Vorschlag, nämlich ein Informationssystem über die Strafzumessungspraxis bundesweit zu etablieren³⁵ und eine Rückfallstatistik³⁶ auf gesetz-

³¹ Kaspar, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018, S. C1 ff.

³² Vgl. nur Grosse-Wilde, ZIS 2019; Hörnle, GA 2019; Kudlich/Koch, NJW 2018; sowie Verrel, JZ 2018, S. 811 ff.

³³ Kaspar, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018, S. C120.

³⁴ Hörnle, GA 2019, S. 289.

³⁵ Verrel, JZ 2018, S. 814 ff., plädiert für eine Orientierung an der bisherigen Strafzumessungspraxis, die mittels verfeinerter Kriterien der bestehenden Strafverfolgungsstatistik im bundesweiten Vergleich dargestellt werden könnte.

³⁶ Die bisher in 4 Wellen seit 2004 durchgeführte bundesweite Rückfalluntersuchung (Jehle/Albrecht/Hobmann-Fricke/Tetal, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2016; eine aktualisierte Ausgabe ist im Druck) beruht auf der Forschungsklausel von § 42a BZRG, die nicht die Etablierung einer ständigen Statistik erlaubt.

licher Grundlage einzuführen, Zustimmung erhalten. Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber die im Koalitionsvertrag der Regierungsparteien³⁷ vereinbarte Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für eine Rechtspflegestatistik auch hierfür nutzt.

³⁷ Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags zwischen CDU, CSU und SPD.

Sentencing in England and Wales

Julian V. Roberts and Nicola Padfield

1 Introduction

Sentencing in England and Wales has evolved greatly over the past 20 years. This essay explores the current state of sentencing in this jurisdiction and discusses the features which distinguish it from sentencing in other common law countries. The most important development – and the one which sets England and Wales apart – is the introduction of statutorily-based guidelines. The essay describes the origins and nature of the guidelines currently operating in this jurisdiction beginning with the historical context for the evolution of sentencing in England and Wales. The second part introduces the English sentencing guidelines by describing a typical offence-specific guideline. Robbery, a high-volume offence, is used as an example. The essay also discusses guidelines issued by the Council which apply across cases; for example, the Council has issued a guideline which provides guidance on the appropriate level of reduction that should be awarded to defendants who plead guilty. These ‘generic’ guidelines are unique, found in no other sentencing guidelines regime. The essay concludes with some reflections on the issue of transparency at sentencing.

2 Sentencing in England: the origins of judicial discretion

Judicial discretion has lain at the heart of sentencing since at least the 19th century. A large part of the criminal law was consolidated in 1861, and by then the power of the judge to fix the term of a sentence had become “the norm”.¹ The principle was widely accepted: the judge or magistrate has a discretion to fix the length of a sentence, subject to a maximum sentence fixed by Parliament. Even then, there was concern about consistency. Sentencing was carried out by a small number of High Court judges at assizes and a large number of lay magistrates at county quarter sessions. Different judges and different benches adopted different practices.² Eventually Parliament established a Court of Criminal Appeal in 1907, with the power to increase or decrease sentences imposed in the assizes or quarter sessions.

This court was renamed the Court of Appeal (Criminal Division) in 1966, and its powers have been changed by Parliament in a number of ‘reforms’. In essence, it can today reduce sentences which are manifestly excessive or wrong in principle, or increase sentences which are unduly lenient. It started to have a significant effect in the 1960s, when more defendants started to appeal their sentences. At the same time, sentencing became a much more rigorous academic field, and defence counsel started to cite decisions of the Court of Appeal in their pleas in mitigation in the Crown Court, and even in the magistrates’ court. The Court of Appeal started to lay down ‘guideline’ judgements on both sentencing procedures and outcomes, and academic commentaries on sentencing decisions were discussed widely in practice and at judicial training seminars.

The twentieth century saw many changes in practice and procedure, but the concept of judicial discretion survived, largely unaffected. The criminal courts were fundamentally changed by the Courts Act 1971, which abolished the assizes and quarter sessions: since then we have had the Crown Court for serious crime (where a jury decides questions of guilt, and the judge alone the sentence) and magistrates courts, where benches of lay magistrates (or occasionally a legally qualified District Judge, sitting alone) impose sentences in the much larger number of summary cases. The division of crimes into felonies and misdemeanours was replaced by a division between indictable (triable in the Crown Court), triable either way (in the Crown Court or magistrates court) and summary offences (triable only in the magistrates’ court). Sentencing has always been seen as a separate part of the trial, only considered after the decision on guilt. Sentencing is the stage of the criminal process when the judge or panel of magistrates communicate the punishment on behalf of the state: it has always been seen as a serious moment, often including a significant speech or moral homily from the judge to the offender. Judges, even more than the lay magistrates, have seen it as their role to explain their sentence in open court, with half an eye on

¹ See *Thomas*, *Judicial discretion*, 2003, p. 52.

² See *Radziwińczak*, *History of the English Criminal Law*, 1948; *Thomas*, *Judicial discretion*, 2003.

the Court of Appeal, as well as the media and victims, although the legislative duty to give reasons was only specifically enacted in 2003.

Sentencing legislation throughout the 20th century introduced many alternatives to imprisonment, which increased the discretion of the judges. According to David Thomas, who pioneered the academic analysis of sentencing law, “modern sentencing law begins with the Criminal Justice Act 1948”.³ This set out the statutory law of sentencing (except for maximum penalties) in 30 sections and two short Schedules. Since then, a huge number of sentencing statutes have been created; these have made the task of the sentencer both complex and highly technical. Parliament has passed increasingly detailed rules which have to be followed in particular cases, which have created very real difficulties in practice. Sentencing options introduced in the 20th century included: probation, detention in a detention centre, Borstal training, assessment centres, corrective training, preventive detention, suspended sentences (first introduced in 1967, nearly abolished in 1991, and much encouraged since 2003), community service orders, youth custody, extended sentences. In the last 50 years, the law has provided for at least eleven different types of life (indeterminate) sentence, and the prison and parole authorities have to follow complex rules on release.⁴

The Criminal Justice Act 1991, passed by a Conservative Government, sought to create a clearer sentencing framework, based largely on the concept of proportionate sentencing; the length of a custodial sentence was to be proportionate to the seriousness of the offence. Previous convictions and previous sentences were to be disregarded in assessing the seriousness of the offence. The Act also introduced unit fines: magistrates’ courts were required to determine the number of units which was commensurate with the seriousness of the offence and then calculate the value of the unit in the circumstances of the defendant.

Within a short time of its commencement, the Criminal Justice Act 1991 attracted much criticism, particularly from the judiciary and the press. Even the Lord Chief Justice said publicly that parts of the Act “defied common sense”.⁵ Many changes were introduced in the Criminal Justice Act 1993 (unit fines were abolished and judges were allowed to take into account other offences in calculating ‘seriousness’; previous convictions could once again be taken into consideration in considering the length of a sentence). The Criminal Justice and Public Order Act 1994 placed on a statutory footing what had been a long-standing practice in English courts – the sentence reduction that offenders get for pleading guilty. This is a crucial aspect of sentencing law: it results in significant discounts, often a one-third discount for those who plead guilty at the earliest opportunity.

³ *Thomas*, *Judicial discretion*, 2002, p. 54.

⁴ See *Padfield*, *CLRev* 2016, p. 795.

⁵ *Taylor*, *JLawScot* 38 (1993), p. 129.

But judges still enjoyed much discretion. Statutes did not define seriousness, so judges could decide when an offence was ‘so serious that only a custodial sentence was justified’, for example. The ‘custody threshold’ remains invisible.⁶ Almost yearly Criminal Justice Acts throughout the 1990s made the law more complex, and also introduced some mandatory minimum sentences. An important blow to the concept of judicial discretion came with the Crime (Sentences) Act 1997 which introduced automatic life sentences for offenders convicted on a second occasion of an offence listed in the Act as a serious offence. It also provided for minimum mandatory sentences of seven years for offenders convicted for a third time of a Class A drug dealing offence, and three years for offenders convicted on a third occasion of residential burglary.

The enactment of this Act was soon followed by the general election which brought Tony Blair’s ‘new’ Labour party to power in 1997. They continued the previous government’s ‘tough’ crime policies in a series of Acts of Parliament, notably for our purposes, the Crime and Disorder Act 1998 and the Criminal Justice Act 2003. The Crime and Disorder Act 1998 was the first of several to make significant changes to the complex sentences available for young offenders; and the Criminal Justice Act 2003 created a very different framework to that of the Criminal Justice Act 1991. New (and complex) provisions for indeterminate sentences (Imprisonment for Public Protection) were introduced for ‘dangerous’ offenders, and community penalties were abolished and replaced by a single community order, which could have up to eleven separate requirements. The number of so-called ‘ancillary’ penalties has also grown enormously: punitive, preventive and protective orders such as disqualifications, banning orders, sexual harm prevention orders, travel restriction orders, confiscation orders.

The Law Commission, the body with the statutory duty to “keep under review all the law ... with a view to its systematic development and reform ...”⁷ recently presented a draft, very long, Sentencing Code made up of 416 clauses and 28 Schedules to Parliament.⁸ The Law Commission did not attempt to deal with the vast array of ‘ancillary’ measures, which are often quite as difficult ‘to get right’ in practice as primary sentencing measures. It is not clear, as we conclude this chapter, whether Boris Johnson’s Conservative Government will seek to enact this attempt at consolidating sentencing law into a ‘code’ or whether their focus on a tough law and order agenda will lead to more change and less consolidation.

The dramatic growth in the amount of legislation means that the Court of Appeal is kept very busy interpreting the terms of these complex statutory provisions. The Crime and Disorder Act 1998 created a Sentencing Advisory Panel to support and to stimulate the development of guidelines by the Court of Appeal, Criminal

⁶ See *Padfield*, CLRev 2011, p. 593.

⁷ See the Law Commission Act 1965, sec. 3(1).

⁸ See Law Commission, 2018.

Division. The panel had an advisory role only. The balance between statutory regulation and judicial regulation then shifted with the creation first of the Sentencing Guidelines Council by the Criminal Justice Act 2003, and then by the Sentencing Council which replaced it in 2010 (following the enactment of the Coroners and Justice Act 2009). The first sentencing guideline was issued in 2004, and they have been evolving and expanding since that year.

2.1 The Introduction of Guidelines

For many decades, only the US jurisdictions operated sentencing guidelines. The concept of guidelines originated in the 1970s, and the first guidelines were adopted in Minnesota in 1979. Other states followed suit and many now require their courts to follow presumptive guidelines when sentencing offenders.⁹ More recently, however, several other countries have introduced guidelines.¹⁰ Of all regimes, those in England and Wales are the most comprehensive. The English¹¹ guidelines have been evolving for a generation, and now cover most common crimes. They represent an alternative approach for jurisdictions seeking greater guidance for courts in a way that differs from the grids found in many US jurisdictions.

The origins of the Sentencing Council of England and Wales and the evolution of its guidelines have been documented in earlier publications.¹² In brief, it may be noted that the Sentencing Guidelines Council, which existed from 2004-2010, issued some 20 guidelines, on general principles and for specific offences. The Sentencing Council took over their role in 2010 and issued its first guideline a year later.¹³ Since 2010, it has issued approximately 20 more offence-specific guidelines; most principal offences are now covered by a guideline. In addition, the Council has issued a series of 'generic' guidelines which provide guidance about key sentencing issues of potential relevance to all cases. This article will describe and discuss both types of guidance. The essay does not evaluate the impact of the guidelines on consistency because insufficient research exists to draw definitive conclusions regarding changes in the level of uniformity.¹⁴

⁹ See essay by *Hester*, in this volume, p. 151.

¹⁰ The other jurisdictions include Ethiopia; South Korea; Macedonia; Bahrain; Scotland; Kenya.

¹¹ Used as shorthand for England and Wales. Scotland, a separate jurisdiction of the United Kingdom also has a Sentencing Council which has begun to issue guidelines for Scottish courts; see <https://www.scottishsentencingcouncil.org.uk/> <28.005.2020>.

¹² See *Roberts/Ashworth*, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice*, 2016, p. 307; and *Ashworth/Roberts*, *Sentencing Guidelines*, 2013; *Ashworth*, *Sentencing and Criminal Justice*, 2015.

¹³ Sentencing Council, 2011.

¹⁴ The Sentencing Council has yet to conduct research into the effects of the guidelines on consistency. Although it is premature to draw robust conclusions, the few studies that have been conducted suggest modest improvements. One analysis by *Pina-Sanchez* concluded that 'consistency improved in all the offences studied after the new guideline came into force.' (*Defining and measuring Consistency in Sentencing*, 2015, p. 87). *Irwin-Rogers and Perry*, 2015 explored the burglary

3 The Offence-specific Guidelines

Some general comments about guidelines may be useful. The most well-known US guidelines employ a two-dimensional grid structure. Crime seriousness and criminal history constitute the two dimensions. Each cell in the matrix contains a sentence range and a midpoint sentence in the range. Applying the guideline is relatively straightforward: the offence seriousness level and the offender's criminal history score are known from the moment of conviction. Indeed, a defendant intending to plead guilty can know the exact guideline sentence range simply by consulting one of the grids on the Minnesota Sentencing Guidelines Commission website.¹⁵

For example, an offender convicted of residential burglary in that state, and who has a criminal history score of four¹⁶ is liable to a sentence of imprisonment within the range of 33 to 45 months. This clarity may come at a cost. Defendants may see the sentencing exercise as lacking an appropriate degree of individualization when the sentence range is known long before the sentencing hearing. Another way of expressing this concern is to note that under the grid-based guidelines the litigation at sentencing is restricted to where in the range the defendant falls, and possibly whether the court should depart from the guideline. Departure sentences are permitted under the Minnesota guidelines, but only once the court has found 'substantial and compelling circumstances' to justify the departure. Arrangements are very different in England and Wales. There are three key differences between the US grid-based guidelines and the English guidelines. First, the US guidelines assign all offences to one or at most a couple of grids. All offences are therefore sentenced within a common two-dimensional grid, and in the same way. In England and Wales, each offence category has a separate guideline.

Second, unlike the Minnesota Commission, the English Council chose to develop and issue its guidelines *seriatim*; there was no 'Big Bang' moment when all offences became subject to a guideline. The incremental approach confers benefits but also creates challenges. Guidelines are more expeditiously implemented if all offences are assigned to a single grid, or if all offence-specific guidelines are created at the same time. Constructing a separate guideline with different sentence recommendations, starting point sentences, and mitigating and aggravating factors takes much longer. The Council might have taken several years to develop all its offence specific guidelines in preparation for a mass release. Instead, it chose to identify key, high volume offences and to issue guidelines one by one.

guideline and their analyses 'provided a strong indication that the courts were sentencing in a manner that was consistent with the guideline' (Exploring the Impact of Sentencing Factors, 2015, p. 210).

¹⁵ Although the Commission started with a single grid, there are now three grids in use, for most offences, drug offences and sexual offences, see <https://mn.gov/sentencing-guidelines/<28.05.2020>> and *Hester*, in this volume, p. 101.

¹⁶ All offenders are assigned a criminal history score based upon the number, nature and age of any prior felonies and misdemeanours; see *Frase*, *Crime&Just* 48 (2019), p. 79; and *Frase/Roberts*, *Paying for the Past*, 2019.

Third, whereas courts in Minnesota enter the grid and immediately see a sentence recommendation and sentence range, the English guidelines employ a step by step approach. The guidelines direct courts to proceed through a series of up to nine steps, making decisions at every step of the process.¹⁷ Each step requires the court to consider the individual characteristics of the case. Defendants in England and Wales do not have quite the clarity their counterparts may have in Minnesota; there are many discretionary decisions to be taken before the final outcome is known. On the other hand, barristers and solicitors in English courts have a number of decisions on which to focus their advocacy and defendants should have a greater sense that their sentence reflects an individualised consideration of their case.

Under a very discretionary sentencing regime without guidelines, courts must consider a wealth of factors and circumstances relating to the offence, the offender and wider considerations relating to any other sentencing legal sentencing objectives. Australia is a good example of this latter approach. Courts resort to what has been described as an ‘instinctive synthesis’ of all relevant factors. The step-by-step approach does more than simplify the complexities of sentencing. It creates a structure where certain factors carry more weight than others. All sentencing factors are not created equal: some are central, others more peripheral, depending upon the statutory and theoretical orientation of the sentencing regime. Under a predominantly proportional model of sentencing, factors related to harm and culpability should carry more weight than circumstances which may influence sentence but for reasons unrelated to proportionality. The extent of injury inflicted on the victim is of primary concern as it is central to the level of harm. Similarly, whether the offence was the result of extensive planning and premeditation or was a spontaneous act is crucial to determining the offender’s level of culpability.

In contrast, factors such as ‘the offender was a primary carer’ or ‘the offender expressed remorse for the crime’ are less (or even unrelated) to harm and culpability. Accordingly, they should carry less weight in a proportionality-based sentencing equation. The English guidelines provide guidance in this respect by assigning the most important sentencing factors to Step 1 where they will carry more weight, and lesser factors to later stages of the process where they will have less influence on the outcome.¹⁸ Step 1 factors determine which of three sentence ranges is appropriate, while Step 2 factors affect selection of the sentence within the range determined at

¹⁷ The approach is not dissimilar to a medical diagnosis where a physician is making a series of decisions based upon observations of the patient as she moves from a provisional towards a final diagnosis.

¹⁸ The task of deciding which factors are primary and which should be secondary is of course far from straightforward, and there will be disagreement about the placement of certain factors. The earlier Sentencing Guidelines Council, for example, encouraged sentencers to consider ‘dangerousness’ at the beginning of the process; with the Sentencing Council, it has become Step 5 in the process.

Step 1. The two-step structure of the guidelines therefore should enhance proportionality at sentencing.¹⁹

An example of commercial or professionally planned robbery illustrates the distinction between Step 1 and 2 factors. If a court decides at Step 1 that the offence is of high seriousness and the offender conforms to the high culpability description, the case falls into Category 1 A and carries a sentence range running from 12 to 20 years imprisonment. At the other end of the spectrum (lesser culpability, lowest harm) the sentence range is from 18 months to four years. The Step 1 factors employed to determine harm and culpability therefore have a very significant impact on the sentence ultimately imposed.

3.1 Guideline for Sentencing Street Robbery

The English guidelines incorporate two primary dimensions, harm and culpability, the principal components of a proportional sentence. The Council's Robbery Offences guideline will be used to illustrate the general approach to guidance in the English Guidelines. Although the offence-specific guidelines vary somewhat according to the nature of the offence, they share a common approach.²⁰

The street robbery guideline contains nine separate steps for courts to follow. Appendix contains an extract from the guideline consisting of the categories at step one and the factors which determine which category is appropriate for the case being sentenced. Step 1 is the most important of the guideline's nine steps as it determines the limits of the sentence range that the court will work within as it proceeds through the remaining steps. At Step 1 the court assigns the case to one of three levels of harm, and the defendant to one of three levels of culpability (high, medium and lesser). This crucial first step of the guidelines' methodology attempts to promote greater consistency by requiring courts to consider the same set of factors when deciding which category of harm and culpability is appropriate. The list of sentencing factors at Step 1 is exclusive; courts may take other factors into account only later, at Step 2. Without the list of key factors provided at Step 1, individual judges would draw upon their own intuitions about the level of harm and the offender's culpability, and more variable sentences will likely be the consequence.

Once a court has determined which of three categories of harm and culpability is appropriate (by using the factors listed in the guideline), it proceeds to Step 2 which contains a matrix with starting point sentences and sentence ranges for each category. For example, if the court decides the offence involves intermediate harm

¹⁹ There are no guarantees that courts will faithfully follow the nine steps of the guideline. They may for example allow some Step 2 factors to influence their decision as to the appropriate level of harm or culpability. At the same time there is no evidence to suggest, or suspect that members of the judiciary do not follow the guideline methodology.

²⁰ All the English guidelines may be accessed at: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/<28.05.2020>> and for discussion, see *Roberts, Crime&Just* 48 (2019), p. 187.

(category 2), committed by an individual of the lowest culpability, the guideline provides a starting point sentence of two years' imprisonment and range of one to four years' imprisonment. The court begins at the starting point sentence and then moves up and down within the category range considering a *non-exhaustive* list of mitigating and aggravating factors (along with any other factors proposed by advocates). This exercise results in a provisional sentence.

Thereafter, the court works through several additional steps. At Step 3, the court reduces the sentence for any assistance to the police or prosecution, while at Step 4 a further reduction will be granted if the defendant has entered a guilty plea. These two considerations (state assistance; plea) are external to considerations of harm or culpability and for this reason they are considered at a separate step in the guidelines' methodology. For example, assuming the provisional sentence was three years' imprisonment, the court would normally reduce this by a maximum of one third if the defendant had entered a guilty plea at first court appearance. The one-third reduction arises from the recommendations contained in a separate guideline regulating plea-based discounts (discussed later in this essay).

Step 5 requires a court to consider whether specific provisions relating to dangerousness apply²¹, while Step 6 invokes the principle of totality, in the event that the offender has been convicted of multiple crimes. The guideline directs courts to consult a separate guideline relevant to sentencing multiple crimes (discussed later in this article). At Step 7 a court will consider whether to make a compensation order, or to impose other ancillary orders. Step 8 reminds sentencers of their statutory duty to provide reasons for the sentence and to explain, for the benefit of the offender and in clear language the effect of the sentence. As a last step in this guideline (9) the court should deduct any time served in custody pre-trial from the sentence imposed.²²

²¹ If an offender who has been convicted of a violent or sexual offence is found to be 'dangerous', he or she may be subject to an indeterminate or to an extended sentence. The law has been complicated and difficult to apply since the introduction of a new 'dangerousness' regime in the Criminal Justice Act 2003. It has been significantly modified, particularly by the Coroners and Justice Act 2008, the Criminal Justice and Immigration Act 2008, the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 and the Criminal Justice and Courts Act 2015.

²² This requirement was introduced by the Criminal Justice Act 2003, but repealed by the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012. Now the time that the offender has served on remand (pre-conviction and pre-sentence) is calculated administratively i.e. by the prison authorities when calculating release dates. But the sentencing judge still has to calculate the credit that an offender will get for periods of remand on bail subject to electronic monitoring: normally half a day's credit per day on electronic monitoring (see the complex sections 108 and 109 of the 2012 Act).

3.2 Compliance Requirement

Having described the guidelines approach, it is important to note the compliance requirement on courts. In Minnesota, courts have to find “substantial and compelling” reasons before departing from the guidelines. Courts are permitted greater discretion under the English guidelines. In England, the statutory compliance requirement is the following:

Sec. 125(1) of the Coroners and Justice Act 2009 states that:

(1) Every court--

(a) must, in sentencing an offender, follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender’s case, and

(b) must, in exercising any other function relating to the sentencing of offenders, follow any sentencing guidelines which are relevant to the exercise of that function, unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so.

This wording suggests a relatively restrictive regime. However, a subsequent provision makes it clear that the constraint upon courts is to impose a sentence within the total *offence* range rather than the *category* sentence range: ‘nothing in this section imposes on the court a separate duty ... to impose a sentence which is within the category range.’²³ For example, let’s return to the example of street robbery. If a court decides at Step 1 that the case falls into the intermediate category of seriousness and intermediate culpability it begins to work within a *category* range running from three to six years’ custody.

For the purposes of complying with the statute, the court may impose any sentence within the total *offence* range which is much wider (from a high level (intensive) community order to 12 years custody²⁴). With such a wide range of sentence to work within, ‘departure’ sentences outside this range are likely to be very rare. Finally, as in Minnesota, English courts may depart from the guideline range if it would be contrary to the interests of justice to remain within the total guideline range. The consequence is that courts have considerable discretion *within* the guideline ranges, as well as the ability to impose a sentence outside the guidelines range, if following the guideline would be contrary to the interests of justice.

To summarise, courts may exercise their discretion in three important ways under the English guidelines. First, although Step 1 of the methodology requires a court to assign the case to a specific category of seriousness (and then sentence within that category’s sentence range), the guideline notes that courts may ‘move outside the category range’ if they believe it is justified by the presence of a significant number of aggravating or mitigating factors. Second, having settled on a provisional final sentence, a court is not bound to remain within the category range of the offence

²³ Coroners and Justice Act 2009, sec. 125 (3)(b).

²⁴ See *Ashworth*, CLRev 2010, S. 389 for commentary.

but only the wider total guideline sentence range. Third, a court may depart where it would be contrary to the interests of justice to follow the guideline recommendations.²⁵

Finally, the impact of the guidelines is not restricted to courts; a guideline should also enhance counsels' submissions. This is particularly the case in England and Wales. Historically, prosecutorial submissions at sentencing were restricted to highlighting key aggravating factors (most importantly, ensuring that the judge had a copy of the most recent list of previous convictions). The prosecution has never made a specific sentence recommendation, this being deemed to usurp the function of the court.²⁶ Since defence barristers and solicitors often make a clear sentence recommendation, the prosecutor's reticence constitutes an unusual asymmetry in the adversarial model of justice. Having received bilateral and adversarial submissions at all stages of the proceedings, the court is denied input from the State at the most critical point: the determination of sentence. The guidelines have changed arrangements. Although prosecutors still do not recommend a precise sentence length, they do make recommendations to the court as to the appropriate levels of harm and culpability, and will support their position by reference to the specific factors listed in the guideline. In short, as a result of the guideline, courts may benefit from more balanced, and more focused sentencing submissions from the parties.

4 Guidelines applicable across offences

Guidance is needed for more than simply the nature and quantum of sentence. The guidance from the Minnesota Sentencing Guidelines Commission is contained within the guidelines' manual and its three grids. No additional stand-alone guidance is issued, and this arrangement is typical of the other US guidelines. At best, they offer some broad policy statements relating to specific issues. There are however, many other considerations at play sentencing for which guidance is necessary. Unlike the US Commissions, the English Sentencing Council has risen to this challenge, although not to the satisfaction of all observers.²⁷ In addition to its offence-specific guidelines, the English Council has issued several 'generic' guidelines which apply across cases. The most important of these (at least in terms of volume of cases affected and the impact on sentencing practices) relates to plea-based sentence reductions.

²⁵ The flexibility of the English guidelines is captured in the description offered by the first Chair of the Council in testimony before a Parliamentary Committee: 'The guideline creates an approach and within that approach judicial discretion is entirely preserved.' (House of Commons Justice Committee, 2011, p. 12). This overstates the case, but it seems reasonable to conclude that judges in England have greater freedom than their counterparts in Minnesota.

²⁶ No such reticence constrained prosecutors in other common law jurisdictions. US prosecutors, most of whom are elected rather than appointed, have always been particularly robust in their sentence recommendations.

²⁷ See for example, *Bottoms*, The Sentencing Council, 2018.

4.1 Sentence Reductions for a Guilty Plea

As with all other common law jurisdictions, defendants who plead guilty in England and Wales receive a reduced sentence, relative to that which would have been imposed after a conviction following trial. In most other countries, however, the magnitude of the reductions, and the factors affecting the reductions are found in the caselaw. This means that the reduction will remain inscrutable to all but practicing lawyers, and even they will be struggle to be precise about the benefit to the defendant.

Beyond litigants, victims, members of the public and the news media also have an interest in knowing about the practice of discounting sentence when the defendant pleads guilty. Yet the actual effect of a plea in these jurisdictions will be hard to predict, depending as it does upon the outcome of discussions between the parties, the perspective of the judge, whether the defendant is also expressing remorse, whether that remorse is perceived to be genuine; the likely cost savings to the court system and the prosecutor's perception of those savings – to name just a few factors. The defendant's plea sits within a complex calculus which includes many factors. Finally, even when sentence has been imposed the exact effect of plea may not be apparent, as the judgment may not explicitly quantify the reduction. In many cases this inscrutability may lead members of the public and crime victims to assume reductions far in excess of those actually awarded, thereby contributing to disenchantment of the sentencing process.

The statutory foundation for the practice in England and Wales is found in sec. 144 (1) of the Criminal Justice Act 2003 (re-enacting sec. 48 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994):

In determining what sentence to pass on an offender who has pleaded guilty to an offence in proceedings before that or another court, a court must take into account: (a) the stage in the proceedings for the offence at which the offender indicated his intention to plead guilty, and (b) the circumstances in which this indication was given.

This provision offers no guidance as to the magnitude of reductions appropriate to pleas entered at different stages of the criminal process, or the circumstances which might justify greater or lesser reductions. For guidance on these (and other) issues, courts used to follow the guidance of the Court of Appeal. Now they follow the definitive guideline on sentence reductions.

The current guideline (which has been revised twice) states that defendants who enter a plea at first court appearance are entitled to a maximum sentence length reduction of one-third. The size of the reduction then diminishes the later the guilty plea is entered; defendants who plead guilty on the day of trial should receive a reduction of only 10%. The guideline thus follows a sliding scale of discounts reflecting the timing of the plea. Finally, plea may affect the nature as well as the quantum

of punishment. Offenders convicted of a crime which justifies a term of custody may receive a noncustodial sentence in return for an early guilty plea.

As noted earlier, the English guidelines reflect a proportional sentencing model. Plea discounts are unrelated to harm and culpability. Accordingly, if the discounts are very striking, proportionality is undermined. If offenders convicted of the same serious crime receive very different sentences because one pleaded guilty and the other was convicted after trial, proportionality and parity will also be affected. For this reason, some method of constraining the power of plea to reduce sentence is necessary. In this respect, the guilty plea guideline is a useful element of the English regime in terms of reducing variability and protecting offence-based proportionality.

Prior to the introduction of the guideline in 2004, guilty plea reductions were less predictable, and courts periodically awarded reductions significantly in excess of one-third in order to ‘crack’ or resolve impending trials of great complexity or involving multiple defendants. Some defendants who ultimately pleaded guilty were denied any reduction on the basis that the crime was particularly heinous, a practice which still occurs in courts in Canada and other jurisdictions. These departures from a clearly established set of recommended reductions undermine fairness. They also impair the objectives of the reductions, namely to elicit prompt pleas from defendants who elect to waive their right to trial. The existence of the definitive guideline prescribing specific reductions appropriate to the stage at which the plea was entered provides legal counsel and their clients a clearer idea of what reduction to expect. Empirical research has demonstrated that courts follow the guideline: sentence reductions actually awarded track the guideline recommendations fairly closely.²⁸ This result is unsurprising since the guideline’s recommendations were based upon the kinds of reductions being awarded prior to the guideline. In this sense this is another example of the Council attempting to promote a more consistent approach to current sentencing discounts, without fundamentally changing judicial practice.

4.2 Other ‘Generic’ Guidelines

The English Council has issued guidelines on several other aspects of sentencing. Many defendants are sentenced for more than a single crime – the English Council estimated that approximately 40% of cases involved a defendant convicted of more than one offence. The presence of multiple offences, often differing greatly in terms of their nature and seriousness, greatly complicates the sentencing exercise.²⁹ When faced with such multiple count cases, courts usually resort to various strategies arising from the principle of totality. This principle requires courts to ensure that the total punishment imposed is neither disproportionate to the offending nor overwhelming for the individual offender.

²⁸ See *Roberts/Bradford*, JELS 12 (2015), p. 187.

²⁹ See *Ashworth/Wasik*, *Sentencing the multiple offender*, 2017, p. 211.

The conventional strategy in common law countries involves the use of concurrent sentences, or discounting of consecutive sentences. Separate sentences are imposed for all crimes and these are ordered to be served simultaneously, or the sentences are served consecutively, in which case most will be significantly reduced. Either way, the total punishment served by the offender will be much less than it would have been had the court simply ‘totted up’ the sentences for each individual crime.³⁰ Judges are well familiar with these concepts yet there remains much room for interpretation – and hence variability of outcome. How much should a series of consecutive sentences for a string of burglaries be discounted in order to prevent the total sentence from becoming excessive? Should all the sentences be served concurrently, and if so, how much should the most serious be extended so that the multiple crimes are not all swallowed by the concurrency of sanction? If courts answer these questions in different ways, sentencing outcomes will vary.

The English guideline explains the circumstances under which a court would use concurrent as opposed to consecutive sentences in a way that preserves proportionality and prevents the total sentence from becoming excessive (as it would do if all sentences were simply added together). The guideline is a ‘light touch’ document which provides a ‘steer’ to courts and scholars have expressed dissatisfaction with the guideline, criticising it for providing insufficient guidance.³¹

In addition to these guidelines, the Council has issued others addressing: the use of the principal sanctions; overarching principles when sentencing domestic violence; sentencing young offenders; sentencing offenders suffering from mental disorder; and the allocation of cases to different levels of court. Finally, its most recent activity has involved providing expanded explanations of sentencing factors which at present are just cited in the guidelines. For example, one of the aggravating factors enumerated at Step 2 of the guidelines is ‘previous convictions, having regard to a) the nature of the offence to which the conviction relates and its relevance to the current offence; and (b) the time that has elapsed since the conviction.’³² This well-established aggravating circumstance is susceptible of many interpretations, and so additional guidance is necessary. The explanation provided in the guideline clarifies a number of issues. For example, one element of this guidance states that:

The court should consider the time gap since the previous conviction and the reason for it. Where there has been a significant gap between previous and current convictions or a reduction in the frequency of offending this may indicate that the offender has made attempts to desist from offending in which case the aggravating effect of the previous offending will diminish.

³⁰ See Reitz, Proof of Aggravating and Mitigating Factors, 2011, p. 228; Ryberg/Roberts/De Keijser, Sentencing Multiple Crimes, 2017.

³¹ E.g., Bottoms, The Sentencing Council, 2018.

³² The guidelines contain a counterbalancing factor in mitigation: ‘no previous convictions or no relevant/recent convictions’.

5 Descriptive or Prescriptive Sentencing Guidelines?

The purpose ascribed to guidelines varies according to the observer's perspective. Some scholars regard guidelines as a means of achieving specific policy goals, usually reducing the use of imprisonment as a sanction. According to this view, guidelines should constrain, or reduce the use of custody by serving as a barrier protecting courts from populist pressures or other unprincipled sources of sentence inflation. Other scholars see a more limited role for guidelines. On this latter reading, guidelines should promote greater consistency and transparency, but not seek to achieve policy goals such as changing the size or composition of the prison population. This distinction in views reflects a dichotomy made in the early sentencing reform literature, between guidelines that are *descriptive* or *prescriptive* in nature. Purely descriptive guidelines are based on judicial practice, and reflect that practice back to trial courts in the form of guidelines. The aim is to promote greater consistency and proportionality, and not to modify sentencing trends. This form of guidelines reflects the more modest perspective noted above.

Prescriptive guidelines in contrast are more dynamic and seek to actively modify judicial practice. The Commission may for example seek to lenify sentencing for some crimes, while making sentences harsher for others. Or, in response to overcrowded prisons, it may decide to change its sentence recommendations or reduce sentence lengths across all crimes, thereby reducing the size of the prison population. A prescriptive guidelines regime creates the opportunity to swiftly implement such policy objectives. Prescriptive guidelines are a double-edged sword, however. Commission members are appointed by the government or by the elected legislature. The consequence is that the commission may be usurped to achieve politically-motivated purposes. The experience with a number of Commissions in the US is that they have been influenced by political pressures. This usually takes the form of guideline amendments to make sentences harsher for particular categories of offender. The Minnesota Commission has been under almost constant political pressure since its creation, resulting in an escalation in sentence severity over time.³³

No guidelines regime is purely descriptive or prescriptive; all commissions or councils fall somewhere along a dimension³⁴ which has a passively descriptive pole at one end and an actively prescriptive approach at the other. The Minnesota guidelines are prescriptive. This was made clear in its very first report to the legislature when the Commission noted that in developing its guidelines it had been informed but not bound to, current practice'.³⁵ The English guidelines are closer to the de-

³³ *Fruse*, MinnLRev 75 (1991), p. 727.

³⁴ Commissions differ in many other ways as well. The Australian Sentencing Councils, for example, have a wide range of functions but have no authority to issue guidelines for courts.

³⁵ Minnesota Sentencing Guidelines Commission, 1981.

scriptive end of the dimension. Although the Council has attempted to change judicial practice in a few contexts³⁶, the general approach is to determine sentencing practices for a particular offence, and then to create a guideline which promotes a more consistent approach based on this practice.

The membership of the Council explains in part this primarily descriptive approach. Unlike the US sentencing Commissions, the English Council is predominantly judicial. The Lord Chief Justice serves as its President, and judicial members constitute a majority on the Council. This judicial membership confers several advantages, the principal of which is to protect the Council, and hence the guidelines, from political interference. The judicial membership of the English Council is one reason why the English guidelines steer clear of sentencing policy; there would be constitutional objections to the judiciary engaging in any form of policy-making.³⁷

6 Promoting More Transparent Sentencing

An essential rule of law requirement is that sentences be clear and transparent. Public proceedings ensure a degree of transparency; members of the public may attend any adult court sentencing hearing. Few will ever do so, unless they are a party or have a particular interest in the case. For the vast majority of people, information about sentencing will come from the media or by word of mouth. A member of the public who wishes to know what the typical sentence is for a given crime, or seeks to understand the factors taken into account by a sentencing court, will probably need legal advice. Under the English guidelines, however, they can go to the Council's website where all the guidelines are accessible. This increased transparency may have promoted public confidence, but it would be naïve to assume that the guidelines have resulted in a significant shift in levels of public knowledge, or confidence in sentencing. The guidelines have existed for only 16 years, and media coverage of specific sentencing decisions remains partial and populist.³⁸

³⁶ One example is the drug offences guideline where the Council concluded that the sentences being imposed on low-level drug couriers ('mules') were disproportionately high. To correct this anomaly, the Council issued a guideline to reduce levels of sentencing for drug offenders with a lesser role. See *Roberts*, *Crime&Just* 48 (2019), p. 187. It is worth noting that this reduction followed on from a small piece of empirical research that the Council carried out, interviewing prisoners serving long sentences for drug offences. Unfortunately, the Council is inadequately funded to carry out significant empirical research of this kind.

³⁷ The separation of powers is one reason why courts in many jurisdictions such as the Australian states, judges have opposed creation of sentencing guidelines, and declined to participate in sentencing councils such as the Victoria Sentencing Council.

³⁸ There have been a number of examples where news media have used the guidelines to explain sentencing decisions in high profile cases. In the absence of research on the issue it is hard to know whether this has improved public attitudes to sentencing or reduced public punitiveness. One empirical study has shown that providing people with information about the guidelines reduced demands for harsher punishment; see *Roberts et al.*, *BJC* 52 (2012), p. 1072.

The guideline regulating plea-based discounts is an example of the greater transparency provided by the English guidelines. As noted, all common law jurisdictions offer discounted sentences to encourage defendants to waive their trial rights. Yet how is a member of the public, or crime victim able to determine the effect that a plea may have upon sentence outcomes? Defendants will seek legal advice, but what of the wider community? The public in countries such as Canada, Australia and New Zealand will likely be hazily aware that defendants pleading guilty receive more lenient treatment, but they will have no clear idea about the magnitude of plea-based discounts. The practice is revealed by the guideline which provides the justification for the practice, and describes the impact that a plea has upon sentences imposed. Whether this enhanced transparency leads to greater understanding and support for the use of plea-based discounts is a separate question.³⁹ The key point however is that this element of sentencing is more transparent in England and Wales than any other jurisdiction.

The more structured approach to plea-based discounts and other elements of sentencing in England confers more than just transparency, however. Assuming that courts follow⁴⁰ the guidelines, sentencing is likely to be more principled and consistent. Consider two key sentencing principles, proportionality and parity. If courts are at liberty to determine sentence only lightly supervised by appellate courts, proportionality will be undermined. Judges will differ on the appropriate level of reduction they deem appropriate when a defendant pleads guilty.

A good example concerns the case of defendants caught ‘red handed’, and who have no significant defence to the charges they face. Under these circumstances, pleading guilty seems inevitable and many judges may decline to offer a sentence reduction on the basis that the plea does not reflect any remorse or acceptance of responsibility on the part of the defendant. Indeed, prior to the current guideline courts in England did apply a diminished reduction when the defendant entered a plea under such circumstances. Other judges may offer such defendants a significant reduction because they still a benefit in saving court time. Appellate courts in many jurisdictions have been reluctant to offer guidance on the appropriate level of reduction, on the basis that this is a matter for the discretion of the trial court judge alone.⁴¹

A guideline provides a norm to guide the exercise of judicial discretion. A defendant’s plea is generally regarded as unrelated to harm or culpability. Accordingly, if a very significant reduction is awarded, proportionality will be undermined. Excessive reductions which would undermine proportionality are discouraged by the guideline. Restricting courts from awarding very large reductions also protects parity,

³⁹ Greater transparency does not speak to other controversial aspects of plea-based sentencing reductions, such as the possibility that defendants who have a legal defence to a charge plead guilty simply to avoid a much harsher sentence which will follow if they are convicted following a trial; for discussion see *Lippke, The Ethics of Plea Bargaining*, 2011.

⁴⁰ As noted, all levels of court in England and Wales have a statutory duty to follow any relevant guideline ‘unless it would be contrary to the interests of justice’.

⁴¹ For discussion of a typical common law jurisdiction without guidelines, *Roberts/Cole, Sentencing in Canada*, 2020.

which may be violated if two similarly-placed defendants receive very different sentences simply because one pleaded guilty while the other was convicted following a trial.

7 Role of a Guidelines Authority

Another feature distinguishing English sentencing from other jurisdictions is the role of the Council. When courts are guided only by decisions from appellate courts, the nature of that guidance is restricted to the judicial perspective. Expertise or experiences of relevance to sentencing practice from other sources affects sentencing only if the judicial notice is taken, and judges incorporate insights into their judgments. Once a guidelines authority such as a Sentencing Council is created, extra-judicial input becomes possible. This is most apparent in the US where the sentencing commissions are primarily non-judicial. The Minnesota Sentencing Guidelines Commission is comprised of 11 individuals, including three judges. The other members include representatives of several criminal justice professions and three members of the public. The Commission therefore conforms to the model described by Knapp as 'representative', rather than 'exclusively judicial' or 'elite'.⁴² While the English Council has a primarily judicial membership, nonjudicial members bring a degree of external experience to bear on the construction of guidelines.

One final potential benefit of guidelines is worth noting. Sentencing practice has traditionally been exclusively determined by the senior judiciary (through appellate sentencing decisions) or the legislature (through legislation). Both have deficiencies. The Court of Appeal has only limited resources, and no research capacity. The legislator is composed of politicians elected to represent the public; this often means promoting populist policies such as mandatory minimum sentences. Creation of a sentencing Commission or Council means that other sources of information may influence sentencing practices. Some of these will have influence directly within the Council, for example, one member is appointed to represent the interests of victims, while another provides expertise with regard to empirical research relevant to sentencing.

Other sources of expertise are external, and a wide range exists: academics and advocacy groups for example highlight the disproportionate impact of sentencing practices upon specific categories of offenders – visible minorities; female offenders; young adults⁴³ – to name but a few. The guideline development process creates an avenue for input from these constituencies. Prior to issuing a definitive guideline, the Sentencing Council conducts a public and professional consultation of a draft

⁴² See Knapp, *Organization and Staffing*, 1987, p. 117.

⁴³ For example, several organizations have identified the disproportionate effects of imprisonment upon young adults in the age range of 18-22.

version of the guideline. The impact of these external sources is seldom determinative; yet outside agencies still have more opportunity to influence sentencing practice than in other countries.⁴⁴

All active sentencing commissions benefit from a research function. This means that in theory, at least, guideline recommendations can be guided by the findings from empirical research on topics such as re-offending rates. Proportionality may be central to common law sentencing, but the statutory objectives always include preventive objectives such as deterrence and rehabilitation. A key question for any sentencing court is ‘What works?’ with respect to reducing re-offending. Research upon this question has been accumulating for decades, and much more is known about the causes of re-offending (or desistance) and the consequences of different sanctions. Individual judges, whether at first instance or the appellate level, lack the time or training to absorb or deploy the findings from this literature. Council also has a duty to have regard to “the cost of different sentences and their relative effectiveness in preventing re-offending”.⁴⁵ Whilst many would criticise the Council for not doing enough in this regard, few would question the intention.

A Sentencing Council can monitor research developments, and communicate these to members of the Commission, to guide their construction of the guidelines. Research on the relative effectiveness of different sanctions is one important source of guidance. There is a growing consensus that short sentences of imprisonment are associated with higher, not lower re-offending rates than community sentences.⁴⁶ The English Sentencing Council has attempted to incorporate this finding into its sentence recommendations. Critics have urged the Sentencing Council to go much further in this direction. The point, however, is that sentencing has the potential to be more evidence-based in a jurisdiction with a sentencing council which issues guidelines.

8 Conclusion

Sentencing guidelines take many forms, depending upon the legal culture and political environment. The English regime provides a structured approach that preserves judicial discretion. Courts are required to make a number of discretionary decisions at every stage of the process, and also enjoy the discretion to impose a sentence outside the guideline’s recommendations when it would be contrary to the interests of justice to follow the guideline. The degree of judicial discretion will be a source of comfort for some, and a cause for complaint by others. The full impact of the

⁴⁴ To return to the plea discount example, in Canada, a country without guidelines, if an advocacy group wishes to express a view about the magnitude of discounts offered, to whom does it make a submission? The judiciary will not engage in dialogue, and the only option would appear to be the legislature.

⁴⁵ See sec. 120(11)(e) of the Coroners and Justice Act 2009.

⁴⁶ See *Fraser/Roberts*, *Paying for the Past*, 2019, for a review.

English sentencing in terms of consistency remain to be established by researchers. Yet the English guidelines may reasonably claim to be the only comprehensive guideline scheme in existence, offering a much wider range of guidance than the schemes operating across the US. These latter regimes typically provide a recommended sentence, and a restrictive sentence range in the event that imprisonment is envisaged. Until sufficient research is available, greater transparency is the principal benefit of the English guidelines. This benefit should not be minimised. The English guidelines have also provoked a healthy academic and judicial debate: there is great scope for exploring new and different ways of presenting guidelines, for example, and for questioning the Council's approach to the use of research. But few commentators or practitioners would wish to abolish the guidelines altogether.

For the Appendix see above, p. 57.

Sentencing in England and Wales.

A Commentary from a German Perspective

Jörg-Martin Jehle

In 2018, the “Deutsche Juristentag” (“German Assembly of Jurists”)¹ addressed sentencing guidelines. The debate was stimulated by the expert opinion of Johannes Kaspar² who had analysed the American Federal Sentencing Guidelines³ and recommended against establishing a corresponding regime in German criminal law. This recommendation was approved by the vast majority of the assembly. However, the clearly different and more comprehensive English model of guidelines was not discussed, although some of its elements can be found in the recommendation of the expert opinion. For this reason, the contribution of Roberts and Padfield in this volume⁴ provides a new stimulus for the German debate and justifies a closer look at the English⁵ regime.⁶

¹ Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018.

² *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018 (for a summary see below p. 337).

³ Based on the Sentencing Reform Act 1984; see *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018, pp. C76 ff.

⁴ *Roberts/Padfield*, in this volume, p. 71.

⁵ The sentencing guidelines are valid in England and Wales. For simplicity I use the term ‘English guidelines’ hereinafter.

⁶ *Hörnle*, GA 2019, pp. 282 ff., 288 f., also points out the special character and the advantages of the English Sentencing Guidelines; similarly *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, pp. 130 ff., 133.

1 Field of Application of Sentencing Guidelines

Julian V. Roberts and Nicola Padfield offer insights into the system of legally-binding sentencing guidelines operating in England and Wales. They do not discuss the constitutionally independent and different criminal law systems of Scotland and Northern Ireland. In order to evaluate the importance of the English guidelines it may be helpful to briefly recall the principal differences between English and German criminal law.

1. English Criminal Law differentiates three categories of criminal offences.⁷ On the lower level, summary offences are dealt with by the magistrates' courts. These offences are of low seriousness and the sentence can be up to 6 months' custody. Examples of summary offences include: damage to property, fare evasion; low value shoplifting. Traffic and public order offences are generally punished by fixed penalty notices. Simple and clear cases (especially traffic offences) are dealt with together in proceedings. Serious offences are tried in the Crown Court (triable only on indictment). Between the petty and serious offences, a third category exists: offences 'triable either way'. These are disposed of in the magistrates' courts or the Crown Court. Examples include: theft (except low value shoplifting), burglary, drunk driving, damage exceeding 5,000 pounds. These offences are mostly dealt with by the magistrates' courts, especially when the defendant pleads guilty and a fine of 5,000 pounds maximum or 6 months' custody maximum is expected. However, in the case of summary offences and partly⁸ of triable-either-way offences the Police have the opportunity to caution the offender informally or the Crown Prosecution Service may dismiss the case – possibly under a certain condition (conditional discharge).

Where magistrates' courts deal with summary or triable-either-way offences, they are bound by sentencing guidelines.⁹

2. German Criminal Law only differentiates two categories of criminal offences: Verbrechen (felonies) and Vergehen (misdemeanour). Breaches of public order and small traffic offences (like exceeding speed limits without endangering the traffic) are not seen as criminal and are dealt with by administrative authorities. The vast majority of criminal cases end without formal proceedings. If one only considers triable criminal cases (especially excluding dismissals because of lacking evidence, § 170 Abs. 2 StPO), 60% of them are dismissed with or without the imposition of a condition, 22% terminate in a penal order, mostly with the imposition of a fine, and only 18% end in judgments.¹⁰ However, if public prosecutors decide on dismissals

⁷ Introduced by the Courts Act 1971 which substituted the former categories of felonies and misdemeanours.

⁸ Ministry of Justice Guidance. Simple Cautions for Adult Offenders: April 2013; the Criminal Justice and Courts Act 2015 (Specification of Either-Way Offences) Order 2015 has restricted the possibility of simple cautions.

⁹ See e.g. Theft from a shop or stall; accessible under <https://www.sentencingcouncil.org.uk/<28.05.2020>>.

¹⁰ In the year 2017; see. *Jehle*, Criminal Justice in Germany, 2019, p. 22.

or apply for a penal order, their discretion is restricted by internal guidelines or decrees of the prosecutor general. Empirical research reveals that common offences usually result in standard fines imposed by penal orders.¹¹ Beyond this, i.e. in a minority of criminal proceedings, penalties are imposed by judgments; it is only with respect to these cases that the discretion of judges may be restricted by sentencing guidelines.

Sentencing concerns two different decisions: the quantum and nature of punishment. Primarily, the number of daily units of a fine or the length of a prison term have to be determined. The amount is limited by the abstract range of punishment fixed in the legal provision of the offence. As to the most frequent misdemeanours (Vergehen), e.g. simple theft and bodily injury, the potential range of punishment is huge: a fine or a prison sentence up to five years, even if mitigation is applied. With respect to the determination of sentence, the legislator provides only a vague general section on sentencing (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB), stating that guilt or culpability is the basis of sentencing. Beyond this, paragraph 2 of this section provides more concrete criteria which have to be considered regularly. These include the motives of the offender, his prior history and the effects of the offence.¹² But the legal provision leaves open in what way these criteria have a mitigating or aggravating effect, how they relate to each other, and how they are applied in individual cases.¹³

At the same time, the effects of the punishment on the offender in the society have to be considered (§ 46 Abs. 1 S. 2 StGB). It is unclear whether these effects should be considered when determining the amount of the penalty; but it is not disputed that they play a decisive role regarding the kind of penalty. If it is a question of misdemeanours, the court has to choose between a fine or a prison sentence and decide whether the execution of the prison sentence can be suspended.¹⁴ In this respect, statistics over decades¹⁵ demonstrate that judicial practice corresponds to the legal requirement, i.e. it considers the predominance of fines versus short prison terms up to 6 months¹⁶ (§ 47 StGB) and imposes unsuspended prison sentences only when they are needed for individual prevention or – as an exception – general prevention. More than four fifths (84%) of the sentences are fines and two thirds of the prison sentences are suspended (11%).

¹¹ See *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2015, pp. 240 f.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2012, at paras. 645, 762.

¹² There are further problematic criteria, e.g. “Gesinnung” (attitude), see *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018, pp. C66 ff.

¹³ See *Kudlich/Koch*, NJW 2018, pp. 2762 ff., 2763 (English version in this volume, p. 353); *Hörnle*, GA 2019, p. 289, calls this a “Black Box” of the sentencing process. But the judiciary and scholars have tried to more precisely differentiate the legal criteria in terms of mitigation and aggravation, see especially *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 2017.

¹⁴ See e.g. *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2012, pp. 63 ff., 80 ff.

¹⁵ *Jehle*, Criminal Justice in Germany, 2019, pp. 34 ff.; see also *Weigend*, Crime&Just 45 (2016), pp. 83 ff., 100 ff.

¹⁶ In a strict sense this is only true for prison sentences up to three months; more than 90% of fines do not exceed 90 daily units, see *Jehle*, Criminal Justice in Germany, 2019, p. 38.

The concrete sentence to be determined cannot be derived from the legal criteria. As many empirical studies on sentencing practices have shown, judges rely on the range of sentences which are usually imposed in comparable cases at their court or regional court district. In this way, clear regional differences in sentencing occur.¹⁷ Their existence was one of the reasons why the Deutscher Juristentag (German Assembly of Jurists) recently addressed this topic once more (below, III.).

2 The English System of Sentencing Guidelines

2.1 The Descriptive Approach

The unique features of the English Sentencing Guidelines are clear when one compares them to the well-known Minnesota model¹⁸ referred to by Roberts and Padfield. A number of advantages of the English approach may be identified:

The Minnesota guidelines (and guidelines in other US states) are intended to change sentencing practice.¹⁹ Sometimes this results in an escalation in sentence severity. In contrast, the English Sentencing Council mainly consists of members of the judiciary and reflects the common sentencing practice. They follow a descriptive approach²⁰ – aiming at promoting greater consistency and transparency of sentencing, rather than attempting to change current practice. Most of the guidelines are offence-specific and are primarily oriented at proportionality, i.e. culpability of the offender and the harm inflicted on the victim. In contrast to the US models, criminal history is not a decisive factor for the sentence in the English system, but only plays a secondary (aggravating) role. The guidelines do not result in a mathematically determined sentence or range. By assigning the case to categories of seriousness, they lead to a limited range which makes it possible to consider individual circumstances. Above all, the courts are not strictly bound to the limited sentence range of the subgroups created according to the seriousness of culpability and harm, but only to the relatively wide total range of the particular guideline being followed. In addition, courts may depart from the guidelines if it would be contrary to the interests of justice to follow them.

¹⁷ See *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2015, pp. 255 ff., *Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2012, pp. 375 ff.

¹⁸ Minnesota Sentencing Guidelines Commission 1981.

¹⁹ *Roberts/Padfield*, in this volume, p. 85.

²⁰ *Roberts/Padfield*, in this volume, p. 85.

2.2 Proportionality-based Sentencing

The leading principle of sentencing is proportionality; i.e. the sentence should reflect the harm caused by the offence and the culpability of the offender for the offence. In German terminology, the objective and subjective circumstances indicating culpability and harm could be called: Erfolgs- und Handlungsunrecht.²¹ Combining both variables of culpability and harm results in the creation of a ‘starting point’ sentence (a sort of typical sentence) and the possible concrete range of the individual sentence. By applying offence-specific criteria of seriousness, culpability and harm are divided into three categories of seriousness respectively; these are then combined with one another, creating a matrix of nine cells.²²

Padfield and Roberts demonstrate this first step of the sentencing process by taking robbery as an example. The legal provision (Theft Act 1968, sec. 8 (1)) does not determine a minimum sentence but only a maximum sentence of lifelong custody. The Sentencing Guidelines differentiate several forms of robbery – among these “robbery: street and less sophisticated commercial” (different from “robbery: professionally planned commercial” with the consequence of higher sentences). If one only takes the lowest category (low culpability, low harm), the medium category (medium culpability, medium harm) and the most serious category (high culpability, serious harm), the starting point sentences and the sentence ranges are clearly differentiated: serious – starting point 8 years’ custody with a range from 7 to 12 years, medium – starting point 5 years with a range from 3 to 6 years, lowest – starting point 1 year with a range from imposition of a high level community order up to 3 years’ custody. If other combinations occur, e.g. low culpability, serious harm, the ranges of sentences overlap. The starting point sentences and the sentence ranges follow a model of linear increase of seriousness of offences and severity of sentences. But in reality, at least in Germany, this increase looks more like a inverse J-curve with a majority of less severe sentences. So the model could result in harsher sentencing.

The criteria for the evaluation of seriousness of harm and culpability are appropriate, for robbery, harm and culpability are upgraded if weapons were used and serious physical or psychological harm to the victim has occurred. These circumstances correspond to the those specified by the German legislator in the special section of aggravated robbery, § 250 StGB. The English Sentencing Guidelines fill in the “gaps” left by the legal provision.

The Council’s website²³ demonstrates that sentencing guidelines for almost all common offences have been developed. This also is true for the field of offences triable either way. Here the question arises of whether the offender can be sentenced by a magistrates’ court. A good example is theft from a shop or stall (excluding low value shoplifting which is a summary offence according to section 22A Magistrates’

²¹ See Hörnle, GA 2019, p. 289; these terms are hard to translate: injustice of behaviour and result.

²² See Roberts/Padfield, in this volume, appendix.

²³ See <https://www.sentencingcouncil.org.uk/> <28.05.2020>.

Courts Act 1980). The maximum sentence is 7 years' custody (Theft Act 1968, sec. 1). The Sentencing Guidelines provide a general range starting with a dismissal up to 3 years' custody and by combining the three levels of harm and culpability create nine categories with separate starting point sentences and sentence ranges. The principal criteria are planning, value of the goods stolen, and additional harm suffered by the victim. The most severe starting point sentence of 6 months' custody has evidently been determined in order not to exceed the jurisdiction of the magistrates' courts. But the sentence range goes much further, especially when high value goods are concerned. The medium category (medium harm, medium culpability) already does not provide for custody, only for a fine or community order, and on the lowest level even a dismissal is possible.

In conclusion, the Sentencing Guidelines identify objective and subjective circumstances which characterize the harm caused by the offence and the culpability of the offender and which are arranged in a systematic way according to criteria of seriousness. In part, the guidelines compensate for the lacking differentiation of the legal provision concerning the offence definition and the sentence range as well (step 1). As to the offence of robbery, they use criteria of seriousness which correspond to aggravating circumstances in the German Criminal Code. Nonetheless, the sentence ranges provided especially for the lower categories of seriousness show a remarkable scope, making it possible for individual circumstances to be adequately considered (step 2). In comparison to the legal ranges of penalties in German Criminal Code, upward and downward deviations of the English Sentencing Guidelines can be observed. For example, a minimum sentence of 7 years' custody is provided for a serious form of street robbery, whereas the minimum sentence because of aggravated robbery according to German Law is 5 years' custody. The question of whether the guidelines provided by the Sentencing Council only reflect the given sentencing practice or are somehow arbitrary and lead to harsher sentencing has to be left unanswered until sufficient empirical evaluation has been carried out.²⁴ On the other hand, it is remarkable that in cases of low forms of robbery a prison sentence and even a fine is not obligatory, but a mere community order is possible.

2.3 Mitigating and Aggravating Factors

The assignment of a case to a certain category of seriousness at step one of the guidelines methodology has to be done exclusively according to the criteria provided by the sentencing guidelines. Thereafter, the resulting starting point sentence can be adjusted upward or downward within the limits of a certain sentence range by considering mitigating or aggravating factors. At this second stage, the guidelines provide a non-exhaustive list of circumstances²⁵ which reflect sentencing in Germany

²⁴ *Roberts and Padfield*, in this volume, p. 75, complain about a deficit of systematic sentencing studies.

²⁵ See e.g. <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/robbery-street-and-less-sophisticated-commercial/<28.05.2020>>, step 2: factors increasing seriousness and factors reducing seriousness or reflecting personal mitigation.

as well. Previous convictions must be considered. As to persistent offending, the upper limit of the category of seriousness can even be exceeded. This is a clear sign that aspects of prevention²⁶ have considerable effects on the determination of the sentence. The same is true for the listed mitigating factors: e.g. good character or exemplary conduct, no previous convictions, remorse and voluntary reparation to the victim.

However, the guidelines have left open the weight that is assigned to the circumstances and how they relate to each other. In this respect, an English court has to overcome the same problems or – expressed in more positive terms – has the same discretionary power as a German court, albeit within a range of penalties more narrowly defined by proportionality criteria. One critique of the English Sentencing Guidelines, then, is that they do not provide sufficient guidance on the weight that should be assigned different sentencing factors.²⁷

2.4 Additional Aspects

The Sentencing Guidelines provide additional mitigating or aggravating factors; a few of them shall be briefly mentioned here. The sentence provisionally determined after step 2 should be reduced if the defendant has assisted the prosecutor or police (step 3). The effect of a plea is even more important (step 4). The guidelines restrict the sentence reduction to a maximum of one third (if the defendant pleads early) and 10% (if he pleads late). As Roberts and Padfield note, this helps to preserve a proportionality-based approach, at least in principle. The examination of the English Guideline concerning guilty pleas²⁸ would also enrich the German debate about the mitigating effect of a confession generally and especially in terms of a negotiated agreement (§ 257c StPO).

However, the guidelines give less precise instructions for sentencing multiple offences (step 6). These directions are described as “light touch” by Roberts and Padfield as they treat the problems only superficially and do not go beyond the German legal provisions in terms of “Ideal- und Realkonkurrenz” (ideal and real concurrence) of offences.

Finally, one additional topic is worth noting. As far as violent or sexual offences are concerned, step 5 requires a court to determine whether the defendant should be assessed as ‘dangerous’ in terms of the risk of re-offending. If so, the consequence would be an extended or indeterminate custodial sentence. Although the legislation has changed several times in this respect,²⁹ partly initiated by an intervention of the European Court for Human Rights,³⁰ the consideration of the preventive aspect of

²⁶ This is especially true in terms of dangerousness considered at step 5, see below II.4.

²⁷ E.g. *Bottoms*, The Sentencing Council, 2018.

²⁸ <https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/reduction-in-sentence-for-a-guilty-plea-definitive-guideline-2/<28.05.2020>>.

²⁹ See *Roberts/Padfield*, in this volume, p. 74.

³⁰ ECHR, *Vinter and others v. UK*, 17.01.2012.

dangerousness clearly exceeds the proportionality-based sentence range. This is incompatible with a proportional approach to sentencing.

2.5 Conclusion

The English Sentencing Council has developed a clearly structured system of offence-specific guidelines. Most common offences are now covered by a definitive guideline. The Sentencing Guidelines are openly accessible and provide for transparency of sentencing rules. In contrast to the guidelines found in some US states, fixed measures of penalties cannot be derived from the English model. In fact, on all levels of the sentencing process judicial evaluation and discretion are needed. Already the first step, assigning the case to categories of seriousness of harm and culpability requires judicial evaluation. All the more judicial discretion is needed when considering mitigating and aggravating factors within a sentence range which is proportionally limited, but sufficiently wide to permit a court to take individual circumstances into account.

The value of the English Guidelines relies on their attachment to proportionality. But this is not adhered to without exception. In the case of persistent offending, the sentence range determined by the seriousness of harm and culpability can be exceeded. This is also true for the consideration of dangerousness. The system therefore is unable to dispense with preventive elements.

The guidelines' starting point sentences and sentence ranges follow a linear logic of increasing severity. Instead, empirical studies show that the distribution of sentences lengths is more like a inverse J-curve – with a core area of lower sentences. Therefore, the sentencing guidelines could – possibly unintentionally – result in harsher sentencing.

Roberts and Padfield conclude that the English system provides a structured sentencing process which still provides room for judicial discretion. But whether this system results in greater consistency and parity has not been empirically established. Such an evaluation would be highly welcome in order to consider the utility of the English guidelines for the German context.

3 Consequences for Germany

As the expert opinion of Kaspar for the Deutscher Juristentag³¹ (German Assembly of Jurists) and many scholars³² have shown, German sentencing law suffers from an absence of clarity and results in an – at least regionally – disparate sentencing practice. Unfortunately, the Assembly discussed questions of improvement under the

³¹ Kaspar, Sentencing Guidelines vs. freies trichterliches Ermessen, 2018, pp. C1 ff.

³² See Grosse-Wilde, ZIS 2019; Hörnle, GA 2019; Kudlich/Koch, NJW 2018; and Verrel, JZ 2018, pp. 811 ff.

false dichotomy of “Sentencing Guidelines versus free judicial discretion”. Moreover, the debate focused on the US guidelines and did not consider the English model of sentencing (or guidelines available in other foreign jurisdictions). The English regime combines a structured process based on binding criteria with judicial discretion. But even if the English model had been discussed, it is doubtful whether the consideration of only single elements of it would have been approved. For even the less far-reaching proposal of the expert to introduce a commission for sentencing³³ was rejected. According to Kaspar, a permanent institution of experts should be established – fulfilling the legal task of developing and publishing recommendations for sentences on the basis of empirical findings in terms of typical circumstances of cases.

The rejection of this proposal demonstrates, as Hörnle³⁴ has noted, “the German insistence on a sentencing practice which is by far not legally determined, but based on established values of regional judiciary”. A small glimmer of hope in terms of greater transparency still exists. At least a more modest proposal has been approved: to establish a national information system on the sentencing practice³⁵ and to introduce reconviction statistics³⁶ on a legal basis. So it may be hoped that the legislator will create the necessary criminal justice statistics as agreed in the coalition contract of the governing parties³⁷ and will establish such an information system within this context.

³³ Kaspar, *Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen*, 2018, p. C120.

³⁴ Hörnle, GA 2019, p. 289.

³⁵ Verrel, JZ 2018, pp. 814 ff., pleads for an orientation at the given nationwide sentencing practice which could be reflected by more sophisticated characteristics within the Strafverfolgungsstatistik (conviction statistics).

³⁶ The nationwide reconviction study so far carried out in four waves since 2004 (*Jehle/Albrecht/Hobmann-Fricke/Tetal*, *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen*, 2016; a new edition is in print) is based on the research clause of § 42a BZRG which does not allow for the establishment of a permanent statistics.

³⁷ Coalition Agreement between CDU, CSU and SPD, 19th parliamentary term.

Strafzumessung in US-amerikanischen Gerichtsbarkeiten

*Rhys Hester**

1 Einleitung

Beobachter von außerhalb der Vereinigten Staaten verbinden die amerikanische Strafzumessung oft mit den berühmten (und berüchtigten) „Federal Sentencing Guidelines“ – den Strafzumessungsrichtlinien auf Bundesebene. Was einem ebenfalls in den Sinn kommen mag, ist die ebenso berühmte (und ebenso berüchtigte) Inhaftierungsrate der USA, die die anderer Nationen überragt und um ein Vielfaches höher ist als in jedem anderen modernen westlichen Land (eine US-Rate von fast 700 Inhaftierten pro 100.000 Einwohnern im Vergleich zu der typischen europäischen Rate von etwa 100 Inhaftierten pro 100.000 Einwohnern). Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die große Vielfalt der US-amerikanischen Strafzumessung. Obwohl das Richtlinien-System auf Bundesebene oft als das typische US-Modell angesehen wird, verwenden die meisten US-amerikanischen Staaten gar keine Richtlinien, und falls doch, so unterscheiden sich diese erheblich untereinander und von dem föderalen System. Wie aus Abschnitt 2 hervorgeht, gibt es keinen einheitlichen US-amerikanischen Ansatz der Strafzumessung.¹ Stattdessen sind die Strafsysteme und -praktiken

* Ich danke Kai Ambos, Benjamin L. Berger, Nicola Padfield und allen Teilnehmern des kriminalwissenschaftlichen Kolloquiums der Georg-August-Universität Göttingen für ihr Feedback. Mein besonderer Dank gilt Tatjana Hörnle für ihre Kommentare. Aus dem Englischen übersetzt von Eric Armbricht.

¹ Siehe *Reitz*, *The Disassembly and Reassembly of US Sentencing Practices*, 2001, S. 223: „[T]here really is no such thing as ‘U.S. sentencing practice’.“.

bemerkenswert vielfältig. Um diese Unterschiede sowohl in struktureller Hinsicht als auch mit Blick auf die Strafhöhe vollständig würdigen zu können, bedarf es solider interstaatlicher Vergleichsstudien.

Abschnitt 2 gibt einen Überblick über diese grundlegenden Unterschiede zwischen den einzelnen US-Rechtssystemen, stellt Vergleiche an und zeigt Gegensätze zu anderen (hauptsächlich westlichen) Systemen und Praktiken auf. Die Prominenz der Federal Sentencing Guidelines führt dazu, dass das Konzept des Richtlinien-systems in Form eines Rasters eng mit der amerikanischen Strafzumessung assoziiert wird. Diese Verbindung ist jedoch irreführend. Obwohl das bundesstaatliche System in den Vereinigten Staaten ein hohes Ansehen genießt (um die Ämter der Bundesrichter und um Praktika und freie Stellen in den Büros der US Attorneys [Staatsanwälte auf Bundesebene, Anm. des Übersetzers] gibt es einen hohen Wettbewerb), findet der überwiegende Teil des US-amerikanischen Strafrechts auf Ebene der einzelnen Staaten und auf lokaler Ebene statt.

Insgesamt belaufen sich die nach Bundesrecht abzuurteilenden Fälle auf weniger als 2 % der Strafverfahren in den USA. Der Großteil dieser Bundesverfahren fällt in eine enge Spanne von Kategorien wie den Handel mit Betäubungsmitteln, Verstöße gegen Einwanderungsrecht und Wirtschaftsstraftaten.² Seinen größten Anwendungsbereich – die Aburteilung von Mord, Vergewaltigung, Raub, Einbruch, Körperverletzung, Diebstahl, Verstößen gegen die öffentliche Ordnung und (trotz Schnittmengen mit dem Bundesrecht) vielen Betäubungsmittel- und Betrugsdelikten – findet das Strafrecht auf Ebene der einzelnen Staaten und im Rahmen der lokalen Justiz. Weniger als die Hälfte aller Staaten verfügt derzeit über Strafzumessungsrichtlinien und nur etwas mehr als ein Drittel (39 %) der amerikanischen Bevölkerung lebt in einem solchen Staat mit in Kraft befindlichen Richtlinien.³ Im größten Teil der USA wird weiterhin eine modifizierte Form des sog. unbestimmten Strafens („indeterminate sentencing“) praktiziert, obwohl – in unterschiedlichem Maße – eine Vielzahl von Anpassungen vorgenommen worden sind, darunter die Abschaffung ermessensbasierter vorzeitiger Haftaussetzungen zur Bewährung durch „parole

² Nach Angaben der US Sentencing Commission wurden im Jahr 2011 86.201 Taten abgeurteilt. Diese Zahl fiel auf 67.742 im Jahr 2016 (https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2017/FY16_Overview_Federal_Criminal_Cases.pdf <28.05.2020>). Das National Center for State Courts berichtet, dass die Zahl der Fälle in den Bundesstaaten im Jahr 2007 bei über 21 Millionen lag und bis 2016 auf 17,8 Millionen gesunken ist (<http://www.courtstatistics.org/~media/Microsites/Files/CSP/Criminal/PDFs/EWSC-2016-CRIM-Page-1-Trend.ashx> <28.05.2020>). Allerdings waren schätzungsweise nur 22 % dieser Fälle Schwerverbrechen (<http://www.courtstatistics.org/~media/Microsites/Files/CSP/Criminal/PDFs/EWSC-2016-CRIM-Page-2-Comp.ashx> <28.05.2020>). Die Daten des NCSC beziehen sich auf alle Verfahren, während die USSC die Zahl der Täter erfasst (und mithin nicht die Gesamtzahl der Verfahren wiederzugeben vermag, da gegen viele Täter mehrere Verfahren geführt wurden). Unabhängig davon macht die Zahl der Bundesfälle eindeutig nur einen kleinen Teil der Gesamtzahl aller Fälle in den USA aus. Im Jahr 2017 betrafen über 82 % der Bundesfälle Drogen oder Waffen, Einwanderung und Betrug (USSC, 2017).

³ *Fraser, Crime&Just* 48 (2019), S. 79.

boards“ (Bewährungskommissionen), „truth-in-sentencing“, „three-strikes laws“, verbindliche Mindeststrafhöhen und andere.

Abschnitt 2 geht auf die strukturelle Ausgestaltung der Modifizierungen ein und erörtert den Zusammenhang zwischen den wichtigsten von den Gesellschaftswissenschaften erzielten Fortschritten in der Strafzumessung und dem lokal („county level“) unterschiedlichen Strafniveau aufgrund von informellen Unterschieden in den örtlichen Normen, Konventionen, Haltungen und Praktiken.⁴ Während die formalen Strukturen staatlicher Systeme durch große Konstanz gekennzeichnet sind, entwickelten sich örtlich unterschiedliche Konturen der Gerechtigkeit, die sich durch eine Konzeption der Gerichte als Gemeinschaften („courts as communities“) erklären lassen.⁵ Diese Unterschiede verdienen Beachtung, da sie über die bestehenden formalen Strukturen hinaus das materielle Strafniveau prägen. Abschnitt 2 schließt mit der Darstellung einiger aufschlussreicher empirischer Erkenntnisse, die am Beispiel von häufig verwirklichten Einbruchs- und Raubdelikten große Unterschiede in der materiellen Strafzumessungspraxis zweier Staaten belegen: Minnesota (ein Staat im mittleren Westen, der auf dem Gebiet der Strafzumessungsrichtlinien Pionierarbeit leistet und vorzeitige Haftaussetzungen zur Bewährung abgeschafft hat) und South Carolina (ein Südstaat, der über keine Richtlinien verfügt und in dem die Haftentlassung weiterhin im Ermessen des „parol board“ steht).

Abschnitt 3 wendet sich der Höhe der Strafen und der Masseninhaftierung in den USA zu. Es werden verschiedene Erklärungen für die vorherrschende Strafkultur erörtert, bevor der Standpunkt eingenommen wird, dass die Masseninhaftierung beispiellosen Ausmaßes auf soziale und kulturelle Gründe zurückzuführen ist. Da sich in der Mehrzahl der Bundesstaaten zu keinem Zeitpunkt Strafzumessungsrichtlinien in Kraft befanden haben und die Inhaftierungsraten dessen ungeachtet in diesen Staaten genauso sprunghaft angestiegen sind wie in denjenigen mit Richtlinien, besteht kein kausaler Zusammenhang zwischen der Masseninhaftierung und Strafzumessungsrichtlinien.

Die US-amerikanische Bestrafungspraxis ist eine Anomalie, ein empirisches Phänomen, das einer Erklärung bedarf. Die gegenwärtige Ära der amerikanischen Strafzumessung (1970-2020) ist nicht nur im Vergleich zu anderen modernen Nationen einmalig, sondern in der Geschichte noch nicht dagewesen. Vor den 1970er Jahren entsprachen die amerikanischen Strafsysteme und die Gefangenzahlen weitgehend denen anderer Länder. Etwas hat sich seitdem dramatisch verändert und Abschnitt 3 des Beitrags überprüft die gängigsten Erklärungen für diesen Exzeptionalismus⁶ in der Strafzumessung. Der Abschnitt beginnt mit einer Untersuchung der Frage, warum in den USA pro Kopf so viel mehr Menschen zu Gefängnisstrafen verurteilt werden als in nahezu jeder anderen Nation der Welt. Zu den einflussreichen Darstellungen gehört David Garlands Theorie, die sich auf eine „Kultur der

⁴ Hester, *Criminology* 55 (2017), S. 205; Ulmer, *Crime&Just* 48 (2019), S. 483.

⁵ Eisenstein/Flemming/Nardulli, *The Contours of Justice*, 1988.

⁶ Siehe Reitz, *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, 2017.

Kontrolle“ konzentriert und Michael Tonrys Identifizierung von vier US-spezifischen Merkmalen, die den Exzeptionalismus zu erklären scheinen (ein paranoider Politikstil, eine Tendenz zum moralischen Absolutismus, strukturelle Merkmale wie die Wahl von Staatsanwälten und die Wahl oder die politische Ernennung von Richtern⁷ sowie Amerikas andauernde Aufarbeitung von Sklaverei und Rassentrennung). Abschnitt 3 konzentriert sich weiter auf Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesstaaten, wobei die wichtigsten strukturellen Faktoren (Strafzumessungsrichtlinien und die vorzeitige Haftaussetzung), die Gefangenenraten und die Literatur zu lokalen Rechtskulturen untersucht werden.

Abschnitt 4 des Beitrags enthält einige Überlegungen zu künftigen Richtungen und Möglichkeiten der amerikanischen Strafzumessung.

2 Vielfalt der amerikanischen Strafzumessung

Abgesehen vielleicht von der extremen Punitivität, ist Vielfalt das bestimmende Merkmal des amerikanischen Strafzumessungsrechts. Die Weite der Entscheidungsspielräume, die den traditionellen Akteuren des Justizsystems (wie den Prozessparteien, Richtern und dem „parole board“) im Vergleich zu den Akteuren auf der Systemebene (wie den Gesetzgebern und den „sentencing commissions“) eingeräumt werden, variiert zwischen den einzelnen Staaten.⁸ Selbst innerhalb eines bestehenden Rahmens aus formalen Regeln erkennt die Literatur ein umfangreiches und komplexes System von lokalen Rechtskulturen, in dem Einflüsse und gegenseitige Abhängigkeiten die Strafzumessungspraxis örtlich unterschiedlich prägen. Darüber hinaus enden heute mehr als 95 % aller Strafverfahren in den USA mit einem Geständnis, was diese Art der Erledigung zu der weitaus häufigsten macht. Auch die strukturellen Regeln selbst folgen keinem einheitlichen Muster: Annähernd die Hälfte aller Staaten verwendet Strafzumessungsrichtlinien während die Mehrheit darauf verzichtet, weit weniger als die Hälfte hat die vorzeitige Haftentlassung abgeschafft, die meisten haben sie beibehalten, der größte Teil hat außerdem obligatorische Mindeststrafen in unterschiedlicher Höhe eingeführt. Diese Vielfältigkeit gibt Gelegenheit dazu, die Auswirkung verschiedener Reformanstrengungen auf ihre materiellen Folgen, wie das allgemeine Strafniveau, die Einheitlichkeit der Strafen und ethnisch bedingte Ungleichheiten, zu beobachten. Insgesamt scheinen Strafzumessungsrichtlinien die Einheitlichkeit zu erhöhen und Ungleichheiten zu verringern, ohne dabei einen klaren Einfluss (nach oben oder unten) auf das Strafniveau zu haben.⁹

⁷ Aus Gründen der Lesbarkeit wird auf die Nennung der weiblichen und männlichen Sprachform verzichtet und nur das generische Maskulin verwendet. Sämtliche personenbezogene Bezeichnungen gelten für alle Geschlechter.

⁸ Siehe Reitz, *Law&Pol* 20 (1998), S. 389.

⁹ *Fraser, Crime&Just* 48 (2019), S. 79.

2.1 Vielfalt der formalen Struktur

Aus historischer Sicht ist der Föderalismus ein charakteristisches Merkmal für die politische Struktur der USA. Zur Zeit der Staatsgründung überstiegen die Kräfte der einzelnen Bundesstaaten die föderale Staatsmacht. Im Laufe der Zeit hat sich dies jedoch umgekehrt und die Föderation ist in den meisten Sachbereichen beherrschend geworden. Angetrieben wurde diese Entwicklung durch die Reformen nach Ende des Bürgerkriegs, wonach die Staaten verschiedenen föderalen Kongressbehörden unterworfen wurden und ebenso durch den New Deal. Doch während sich die Reichweite des Bundes auf den meisten Politikfeldern mittlerweile auf einem Höhepunkt befindet, genießen die Bundesstaaten weiterhin ein hohes Maß an Autonomie in Bezug auf die Belange der Strafjustiz, der Polizei, der Strafverfolgung und der Bestrafung.

Bis in die 1970er Jahre hinein verwendeten alle US-Gerichtsbarkeiten ähnliche organische und durch Ermessen geprägte Modelle des unbestimmten Strafens („indefinite sentencing“). Unterschiedliche Ursachen, einschließlich der progressiven Besorgnis über zu viel Ermessen und der konservativen Besorgnis über steigende Kriminalitätsraten, haben jedoch dazu geführt, dass die politischen Entscheidungsträger auf Landes- und Bundesebene die Strafzumessung Stück für Stück in einen strukturierteren Rahmen eingebettet haben. Zu den wichtigsten Reformen dieser Zeit gehört die Schaffung von „sentencing commissions“ (Strafzumessungskommissionen) und der Erlass von Strafzumessungsrichtlinien, mit deren Erarbeitung die Kommissionen beauftragt wurden. Obwohl in den 1970er Jahren Anstrengungen zur Schaffung von Richtlinien schon auf lokaler und informeller Ebene unternommen wurden, machten erst Staaten wie Minnesota, Pennsylvania und Washington den Weg frei für die neue Welle staatenweiter, von einer Kommission verkündeter Richtlinien. Angetrieben durch die von Richter Marvin Frankel in seinem richtungsweisenden Werk *Criminal Sentences: Law Without Order* geäußerten Ideen, waren diese Staaten die ersten, die in den frühen 1980er Jahren Richtlinienssysteme mit Geltung für ihre gesamten Territorien einführten. Schon die damaligen Systeme wiesen allesamt Formen des für heutige Richtlinien charakteristischen Rasters auf. Mit Ausnahme des Interesses einiger Experten auf dem Gebiet der Verurteilung und Strafzumessung verlagerte sich die öffentliche Wahrnehmung jedoch von den unterschiedlichen Richtlinienbemühungen in einzelnen Staaten auf die US Federal Sentencing Guidelines, die 1984 genehmigt wurden und 1987 in Kraft traten.

Eine oft wiederholte und dabei selten näher untersuchte Behauptung besagt, dass die Federal Sentencing Guidelines als Musterbeispiel für die Richtlinienbewegung ungeeignet sind.¹⁰ Fast überall wurden die Bundesrichtlinien von Wissenschaftlern verspottet und es gibt verschiedene Anzeichen dafür, dass die negative Strahlwirkung der Bundesrichtlinien in den USA so groß war, dass einige Jurisdiktionen Reformen im Zusammenhang mit Richtlinien gerade deswegen ablehnten, um einen

¹⁰ *Stith/Cabranes*, Fear of Judging, 1998; *Tonry*, Sentencing Fragments, 2016; *Hester*, Sentencing Policies and Practices, 2016.

politischen Misserfolg wie den der Bundesrichtlinien zu vermeiden. Nach Knapp¹¹ „sind die Federal Sentencing Guidelines für die einzelnen Staaten ein einziges politisches Hindernis – angesichts ihrer großen Unbeliebtheit. Es wurde befürchtet, dass sich dieses Hindernis als fatal für die Bemühungen weiterer Staaten um Richtlinien erweisen könnte. Richter Thomas W. Ross, der den Vorsitz der North Carolina Sentencing and Policy Advisory Commission innehat, äußerte, dass die Arbeit der Minnesota Sentencing Guidelines Commission dadurch erheblich erleichtert worden sei, dass sie sich nicht mit den (erst später verabschiedeten) Bundesrichtlinien auseinandersetzen musste.“

Dass die Federal Sentencing Guidelines in der Debatte um die Reform des Strafzumessungsrechts eine so dominante Rolle gespielt haben, ist bedauerlich. Die überwältigende Mehrheit aller Strafverfahren – rund 98 %¹² – findet in den USA nach wie vor auf Ebene der Bundesstaaten statt. Annähernd die Hälfte aller Bundesstaaten (sowie der District of Columbia) hat Richtlinien verabschiedet, wovon die meisten erfolgreicher zu sein scheinen als die Federal Guidelines. Die im Zusammenhang mit den Bundesrichtlinien gemachten Fehler, wie eine zu große Komplexität, mangelnde Flexibilität und Regelungen wie „real offense“ und „relevant conduct“, sind in diesem Ausmaß einzigartig. Im Gegensatz dazu sind die meisten Richtlinien der Staaten durch ein praktikables Verhältnis von Struktur und Ermessen geprägt und einige Experten wie Frase argumentieren, dass „sachgerecht ausgewogene Richtlinienensysteme“ durchaus möglich sind. Er definiert diese als Systeme mit „angemessenen Strafschärfegraden, wenigen verbindlichen Mindeststrafen und der Freiheit der Richter, nach eigenem Ermessen von den Vorgaben der Richtlinien abweichen zu können“, „es kommt selten vor, dass Entscheidungen der Staatsanwaltschaft oder im Wege des ‚plea bargaining‘ ausgehandelte Absprachen die Richter dazu zwingen, Strafen auszusprechen mit denen sie überhaupt nicht einverstanden sind, wie es an Bundesgerichten oft vorgefallen zu sein scheint“.¹³

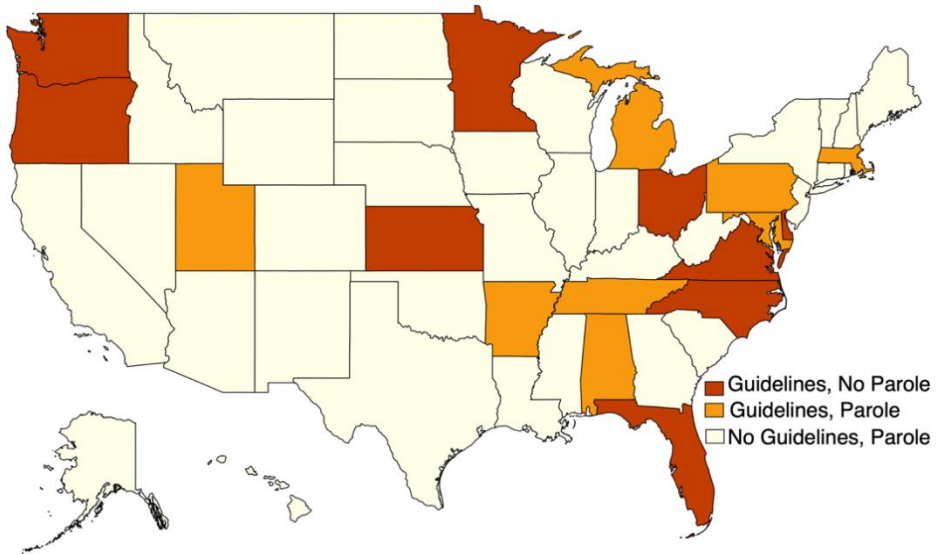
Die modale Struktur der Strafzumessung ist nach wie vor unbestimmt und die Richter und „parole boards“ üben große Ermessensspielräume aus. Wie Abbildung 1 veranschaulicht, verfügen siebzehn der fünfzig Bundesstaaten über Richtlinien, wobei manche Bundesstaaten (z.B. Louisiana, Missouri) Richtlinien eingeführt haben, nur um diese später wieder zu verwerfen. Die Entscheidung über den Erlass von Richtlinien folgt keinem offensichtlichen Muster. Staaten in allen bedeutenden Regionen haben Richtlinien verabschiedet; einige Richtlinienstaaten haben eine niedrige Bevölkerung, während andere zu den größten zählen (z.B. Florida und Pennsylvania); einige haben historisch niedrige Inhaftierungsraten (Minnesota), während andere zu den Staaten mit den meisten Gefangenen gehören und gehörten (Alabama, Pennsylvania).

¹¹ Knapp, UColoLRev 64 (1993), S. 680.

¹² O. Fn. 2.

¹³ Frase, ColLRev 2005, S. 1231.

Abbildung 1: Karte der Vereinigten Staaten nach wichtigen Strafzumessungsreformen



Quelle: The Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice, Sentencing Guidelines Resource Center, <http://www.robinainstitute.com>.

Die verschiedenen Richtliniensysteme sind sehr unterschiedlich ausgestaltet. Ein zentrales Unterscheidungskriterium besteht darin, wo die Richtlinien auf einer Skala zwischen beratend (oder freiwillig) und bindend im Sinne einer rechtlichen Vermutung (manchmal als obligatorisch bezeichnet) angesiedelt sind. Die Mehrzahl der US-Richtlinien ist in der bekannten Form der zweiachsigen Matrix bzw. eines Rasters organisiert. In einigen Gerichtsbarkeiten, wie etwa dem föderalen System, besteht nur ein einziges Raster. Andere mögen über mehrere verfügen, wie etwa Maryland (bzgl. Personen, Eigentums- und Drogendelikte) und Minnesota (Standard und gesondert für Sexual- und Drogendelikte). Obwohl diese in der Minderheit sind, gibt es einige Richtliniensysteme, die Arbeitsblätter anstelle von Rastern verwenden (z.B. Virginia und Florida). Selbst unter den Staaten mit Arbeitsblättern funktionieren die Richtlinien mehr oder weniger ähnlich; bis jetzt hat noch keine US-Jurisdiktion den an einzelnen Tatbeständen orientierten Ansatz Englands und Wales übernommen.¹⁴

Nach der Analyse von Frase¹⁵ sind selbst nach den Richtlinien mit der größten Vermutungswirkung die Richter im Allgemeinen noch dazu befugt, ein vermutetes Strafmaß zu widerlegen. Die Rechtssysteme unterscheiden sich allerdings darin, ob typische Empfehlungen für die Strafzumessung und richterliche Abweichungen von

¹⁴ Siehe Roberts, *Crime&Just* 48 (2019), S. 187.

¹⁵ Frase, *Varying Binding Effects of Guidelines*, 2015.

diesen Empfehlungen rechtlich anfechtbar sind und in der Berufungsinstanz noch rückgängig gemacht werden können. Zu den Richtliniensystemen mit größerer Vermutungswirkung zählen Kansas, Minnesota, Oregon und Washington.¹⁶ Andere Gerichtsbarkeiten erlauben es ihren Richtern, Richtlinienempfehlungen zu ignorieren, ohne sich dafür weiter rechtfertigen zu müssen oder durch eine Berufungsinstanz überprüft zu werden; dazu gehören Arkansas, Delaware, Maryland, Utah und Virginia.¹⁷ Wieder andere Gerichtsbarkeiten verfolgen einen ambivalenteren Ansatz, indem sie mittels verschiedener Elemente auf eine stärkere Einhaltung der Vorschriften hinwirken, z.B. indem Richter Gründe angeben müssen, um eine Abweichung zu rechtfertigen.

Auch wenn die Existenz von Richtlinien und die Möglichkeit zur vorzeitigen Haftaussetzung als vorrangige Unterscheidungskriterien zu erblicken sind, sind andere Merkmale ebenfalls wichtig und charakteristisch. Von den Staaten, die an der vorzeitigen Haftaussetzung zur Bewährung festhalten, haben einige die Zulassungsvoraussetzung stark beschränkt, sodass Bewährung oft nur noch bei bestimmten Deliktskategorien in Frage kommt. Die Staaten unterscheiden sich auch in dem Eifer, in dem sie Regelungen wie „three-strikes laws“, „life without parole“ und verpflichtende Mindeststrafen eingeführt haben. Auch die Betäubungsmittelgesetze und ihre Durchsetzung unterscheiden sich erheblich.¹⁸

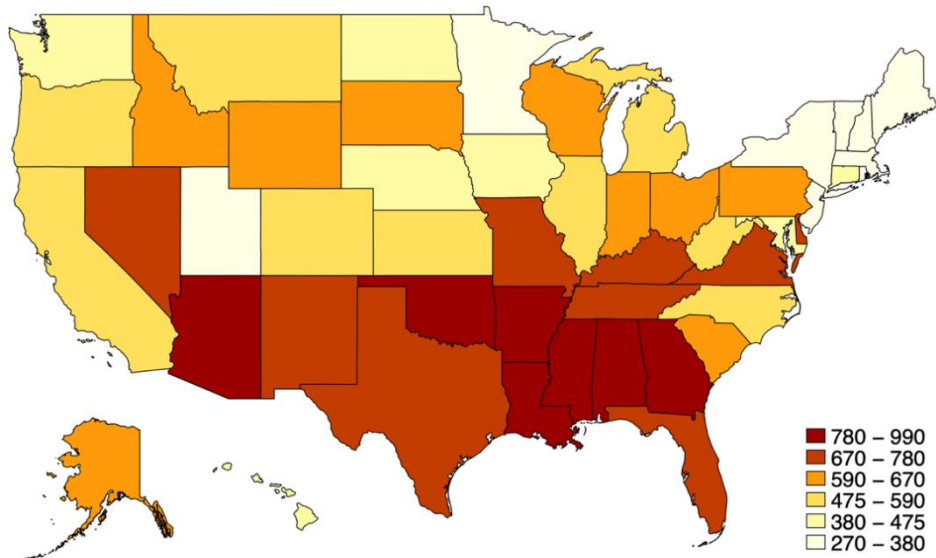
2.2 Vielfalt der Inhaftierungsraten in den USA

Nicht nur die formalen Strukturen der US-Bundesstaaten unterscheiden sich, vielmehr variieren auch die Auswirkungen auf die Haft- und Überwachungsdaten von Staat zu Staat dramatisch. Das allgemeine Bild der USA als weltweit führende Nation bei der Inhaftierung verschleiert, dass große Unterschiede zwischen den Gefangenensraten der einzelnen Bundesstaaten bestehen. Wie aus Abbildung 2 hervorgeht, ist die Kultur der Bestrafung in den Südstaaten besonders ausgeprägt und trägt maßgeblich zu den insgesamt hohen Inhaftierungsraten der USA bei. Obwohl es sich dabei um eine Minderheit handelt, gibt es mehrere Bundesstaaten – darunter Massachusetts, Vermont, Minnesota, Rhode Island und New Hampshire –, die eine Inhaftierungsrate von 300 oder weniger pro 100.000 Einwohner aufweisen. Dieser Wert ist im weltweiten Vergleich zwar immer noch hoch und beträgt etwa das Doppelte der Zahlen der meisten Länder, jedoch ist er viel niedriger als der US-Durchschnitt. Umgekehrt besteht in der Hälfte aller Bundesstaaten eine Inhaftierungsrate von über 600, die sich in Mississippi, Louisiana und Oklahoma auf über 900 beläuft.

¹⁶ Siehe *Frase*, Just Sentencing, 2013; *ders.*, Varying Binding Effects of Guidelines, 2015.

¹⁷ *Frase*, Varying Binding Effects of Guidelines, 2015.

¹⁸ Für einen Überblick siehe *Stemen/Rengifo/Wilson*, Of Fragmentation and Ferment, 2005.

Abbildung 2: Inhaftierungsraten nach US-Staaten

Quelle: US Bureau of Justice Statistics.

Die aktuellen Zahlen verdecken ebenfalls Phänomene, die die Entwicklung der Gefangenenzahlen im Laufe der Zeit geprägt haben. Wissenschaftler haben mehrfach festgestellt, dass die Inhaftierungsraten in den USA bis ca. 1970 relativ stabil waren und sich auf einer Höhe mit denen der meisten anderen westlichen Länder bewegten.¹⁹ Seitdem sind mindestens zwei Entwicklungen eingetreten, die von Relevanz für die Geschichte der amerikanischen Inhaftierung waren. In den 1990er Jahren erlebten die meisten US-Jurisdiktionen ein exponentielles Wachstum der Anzahl Pro-Kopf-Gefangener – die Rate verdoppelte sich und verdoppelte sich erneut. Mit vielleicht einigen Ausnahmen ist diese Entwicklung in fast allen US-Jurisdiktionen zu beobachten gewesen. Seit Ende der 1990er Jahre gibt es jedoch keinen solch einheitlichen Trend mehr, durch den sich ein Strafmuster in den USA definieren lässt.

Wie der National Research Council²⁰ berichtete, kam es zwischen 1972 und 2000 in allen amerikanischen Bundesstaaten zu einem sprunghaften Anstieg der Gefangenenraten, die in den meisten Staaten um mehr als 200 %, in vielen um mehr als 400 % und in einigen um mehr als 600 % zunahmen. Auf diesem Niveau stabilisierte sich die Entwicklung zwischen 2000 und 2010 in den meisten Jurisdiktionen. In etwa der Hälfte aller Staaten wurde weiterhin ein Anstieg der Zahlen verzeichnet, wenn auch in nur wenigen Fällen über 100 %, in der anderen Hälfte blieben die Raten

¹⁹ Blumstein/Cohen, *JCL&Criminology* 64 (1973), S. 198.

²⁰ National Research Council, 2014.

stabil oder gingen sogar zurück.²¹ Es gibt eindeutige regionale Muster: Die nordöstlichen Staaten weisen die niedrigsten und der Süden die höchsten Gefangeneneraten auf. Andererseits gibt es keine erkennbaren Muster in Bezug auf wichtige Reformfragen wie das Vorhandensein von Strafzumessungsrichtlinien und Ermessen bei der vorzeitigen Aussetzung von Haftstrafen zur Bewährung.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es vor dem Hintergrund der Vielfalt und der großen Unterschiede in der Rechtsstruktur irreführend wäre, von einem einzigen US-amerikanischen Strafzumessungsansatz zu sprechen. Angesichts der Prominenz der Federal Sentencing Guidelines besteht die Gefahr, dass Beobachter innerhalb der USA und auch ausländische Beobachter fälschlicherweise das System der amerikanischen Strafzumessung mit Richtlinien assoziieren, obwohl die Mehrheit der Gerichtsbarkeiten in den USA über gar keine Strafzumessungsrichtlinien verfügt. Stattdessen kennzeichnet die amerikanische Strafzumessung ein Sammelsurium von Vorschriften, das die Rechtsprechung zu einem einzigartigen juristischen Unterfangen macht. Neben der Vielfalt an formalen rechtlichen Strukturen ist die amerikanische Strafzumessung auch durch große Unterschiede in den informellen Rechtskulturen gekennzeichnet, die für die Festsetzung des Strafmaßes eine bestimmende Rolle spielen.

2.3 Vielfalt in der lokalen Rechtskultur

Nachdem die formale Rechtsstruktur dargestellt wurde, ist auf eine andere Art von Vielfalt in der Strafzumessung einzugehen, die die Normen, Praktiken und Strafhöhen in den USA prägt – die Rede ist von lokalen Rechtskulturen. Solche kulturellen Unterschiede haben Anstoß zu der führenden sozialwissenschaftlichen Theorie gegeben, die die US-Gerichte als Abbilder lokaler Gemeinschaften versteht.²² Dieser Abschnitt beschreibt, wie Gerichte Gemeinschaften repräsentieren und exemplifiziert die Theorie anhand von empirischen Studien aus der Praxis.

Die „Theorie der Gerichtsgemeinschaften“ („court communities theory“) untersucht eine Reihe von örtlichen Unterschieden in den Praktiken und Haltungen der Gerichte – Unterschiede, die in der Folge eine bestimmte Rechtsprechungspraxis der jeweiligen lokalen Gerichtsbarkeit definieren. Die Theorie entstand durch die Arbeit von Eisenstein, Flemming und Nardulli in den 1970er und 1980er Jahren. Eisenstein und seine Kollegen untersuchten lokale Normen und Praktiken in insgesamt neun Bezirken („counties“) – jeweils drei Bezirke befanden sich in einem von drei Bundesstaaten –, die aufgrund ihrer Vielfalt in Bezug auf Bevölkerungszahl, wirtschaftliche Entwicklung, Kriminalität usw. ausgewählt wurden. Man kann sich das Modell der „Gerichtsgemeinschaft“ als eine Abfolge von konzentrischen Kreisen vorstellen. Zentral sind die Personen im Gerichtssaal – in erster Linie also die Staatsanwälte, Verteidiger und Richter, die mit der Bearbeitung eines bestimmten

²¹ National Research Council, 2014, S. 43.

²² Siehe *Ulmer*, *Crime&Just* 48 (2019), S. 483; *Hester*, *Criminology* 55 (2017), S. 205.

Falles befasst sind. In einem unmittelbaren Einflussbereich stehen die vorgesetzten institutionellen Stellen, denen diese Personen unterstehen: Die Staatsanwaltschaft, die Pflichtverteidigung (oder die örtliche Anwaltskammer) und das örtliche Gericht. Je nach Größe und Struktur der Stelle können diese Trägerorganisationen einen erheblichen Einfluss auf ihre Repräsentanten und damit letztendlich auch auf den Strafausspruch haben. Am Beispiel einer Staatsanwaltschaft lässt sich zeigen, dass die Art und Weise, wie diese strukturell organisiert ist, welcher Führungsstil dort herrscht und wie die bisherigen Beziehungen und Machtverhältnisse zwischen der Staatsanwaltschaft und dem örtlichen Pflichtverteidigungsbüro beschaffen sind einen großen Einfluss auf den kulturellen Kontext hat, in den sich etwa ein junger Staatsanwalt zu Berufsbeginn einordnet.²³ Eine weitere konzentrische Einflussebene ist die örtliche politische und soziale Gemeinschaft, in der die Gerichte und Trägerorganisationen angesiedelt sind. Die Theorie geht davon aus, dass die örtliche Politik und lokale Einflüsse das Strafniveau in einer bestehenden „Gerichtsgemeinschaft“ prägen. Dazu zählen eine Vielzahl von Faktoren – Erwartungen der lokalen Eliten, lokale GefängnisKapazitäten, Medienberichterstattung über Kriminalität und so weiter.²⁴

In diesem Zusammenhang haben Wissenschaftler herausgefunden, dass die lokale Rechtsprechung für bestimmte Straftaten und Täterprofile „ortsübliche Sätze“ entwickelt hat. In Rechtsordnungen, in denen keine oder nur durch viel Ermessen gekennzeichnete Strafzumessungsrichtlinien existieren, können die üblichen Sätze die ungeschriebenen Konventionen widerspiegeln und gleichzeitig ein einheitliches Strafniveau gewährleisten. Ein Einbrecher mit einem moderaten Vorstrafenregister kann beispielsweise in einigen Bezirken zu wenigen Monaten Freiheitsstrafe, in anderen jedoch zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt werden, was von der lokalen Rechtskultur und den üblichen Sätzen des jeweiligen Ortes abhängt. Eine Reihe von Studien konnte diese Unterschiede zwischen den lokalen Rechtskulturen einzelner Bezirke bereits belegen.²⁵

Die Rechtskultur wird üblicherweise mit einer zwischen einzelnen Bezirken divergierenden Rechtsprechungspraxis in Verbindung gebracht, aber ich habe an anderer Stelle (zu „Gerichtsgemeinschaften“ in South Carolina)²⁶ gezeigt, wie eine staatsweite Rechtskultur und ungeschriebene Regeln auch zur Vereinheitlichung der Urteile beitragen können. Frühere Analysen²⁷ hatten überraschend geringe Abweichungen zwischen den Bezirken im US-Bundesstaats South Carolina ermittelt. Ich

²³ Hester, *Criminology* 55 (2017), S. 205.

²⁴ Eisenstein et al., *The Contours of Justice*, 1988.

²⁵ Z.B. Bontrager/Bales/Chiricos, *Criminology* 43 (2005), S. 589; Stolzenberg/D'Alessio, *CAD* 43 (1997), S. 457; Dixon, *AJS* 100 (1995), S. 1157; Kautt, *JQ* 19 (2002), S. 633; Ulmer/Johnson, *Criminology* 42 (2004), S. 137; siehe Hörnle, *Moderate and Non-Arbitrary Sentencing*, 2013, für eine ähnliche Diskussion über den Einfluss regionaler Bräuche und Praktiken in Deutschland.

²⁶ Hester, *Criminology* 55 (2017), S. 205.

²⁷ Hester/Senigny, *JCJ* 39 (2016), S. 55; Hester/Hartman, *JQC* 33 (2017), S. 77.

habe diesen Befund anhand von qualitativen Interviews mit Richtern der Tatsacheninstanz untersucht.²⁸ Es zeigten sich zwei Hauptgründe. Erstens betreibe der Staat eine Praxis der Richterrotation; statt ständig am selben Ort Recht zu sprechen, reisten die Richter in South Carolina im Laufe des Jahres durch den ganzen Staat und seien im untersuchten Jahr durchschnittlich in 12 der 46 Bezirke des Staates beruflich tätig gewesen. Der Rotationsplan sei zwar bedarfsorientiert und nicht systematisch organisiert, er stelle jedoch sicher, dass jede bestehende Gerichtsbarkeit in einem beliebigen Jahr von einer Reihe verschiedener Richter durchlaufen werde. Die Gesamtheit der 50 Instanzrichter des Staates repräsentiere die ganze Strafskala von den Extremen „sehr milde“ bis zu „sehr streng“, wobei die nachsichtigsten Richter informell als „plea judges“ (etwa „Geständnisrichter“) bezeichnet würden. „Plea judges“ hätten sich diesen Titel dadurch verdient, dass die Angeklagten aufgrund ihrer wohlwollenden Rechtsprechungspraxis bereitwillig ein Geständnis ablegten, sobald diese nachsichtigen Richter in die Stadt rotierten. Das allgegenwärtige Bestreben der Angeklagten, ihre Richter auszuwechseln habe dazu geführt, dass die „Geständnisrichter“ effektiv die üblichen Sätze im ganzen Staat festlegten. Denn wenn beispielsweise ein Angeklagter vor der Aussicht stünde, seinen Antrag vor einem strengen Richter zu stellen, könnte er diesen so lang zurückhalten und warten, bis ein nachsichtiger Richter in die Stadt käme und den Antrag erst dann stellen. Als Reaktion darauf hätten viele Richter ihre Strafen an die Sätze der „plea judges“ angepasst, um die Erledigungszahlen hoch zu halten. Einige strenge Richter seien weniger geneigt gewesen, ihr Strafniveau nach unten anzupassen; infolgedessen seien diese Richter von den Staatsanwälten häufiger solchen Prozessgerichten zugeordnet worden, an denen das Warten auf einen bestimmten Richter nicht möglich ist. Da 98 % aller Fälle in South Carolina durch Geständnisse beendet würden, wirke sich diese von den „plea judges“ angetriebene Praxis auf die überwältigende Mehrheit der Fälle aus.

Neben der Beeinflussung der Strafsätze durch die „plea judges“ gehe mit der Praxis der Richterrotation auch der Effekt einher, dass Normen und Ideen über den ganzen Staat verteilt werden und eine gegenseitige Bereicherung mit Gedanken und Kulturen stattfinde. In den größeren Städten würden sich die Arbeitszeiten der Richter an einem Gericht oftmals überschneiden, sodass sie freie Zeiten dazu nutzen könnten, sich über das Alltagsgeschäft und die Strafzumessung auszutauschen. Die Richter könnten gute Praktiken aus dem ganzen Staat übernehmen und gleichzeitig fehlgeleitete Praktiken, wo immer sie auftreten, zurückdrängen.²⁹

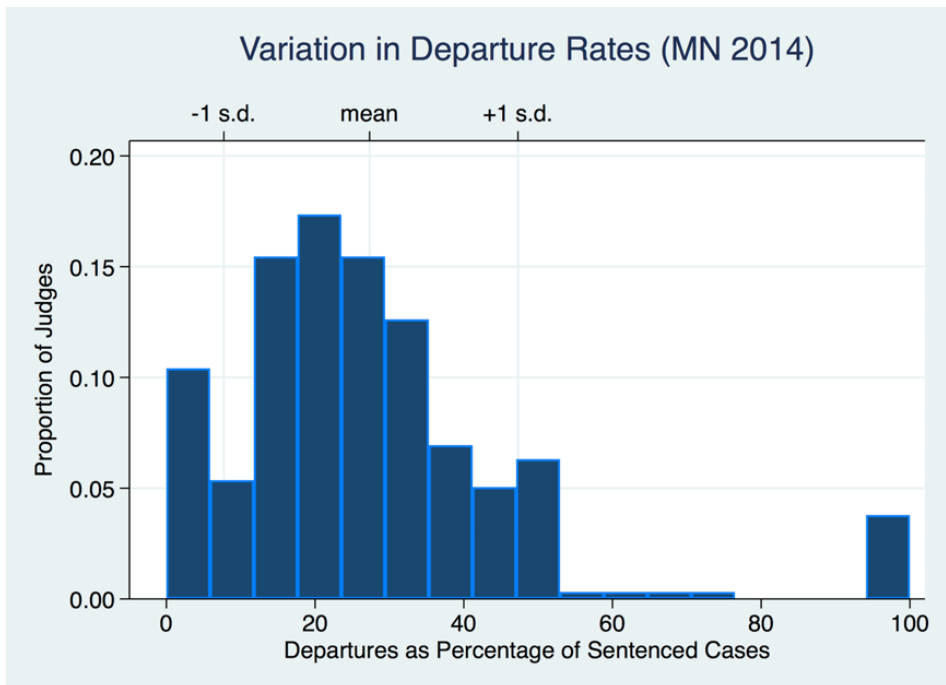
South Carolina ist ein Staat mit sog. unbestimmten Strafen („indeterminate“), in dem ein beträchtlicher Freiraum für die Ausübung ungeschriebener Regeln und informeller Normen besteht. Doch selbst in Rechtsordnungen mit Strafzumessungsrichtlinien existieren große lokale Unterschiede in der Strafzumessungspraxis, wie einige Beispiele zeigen. Unter lockeren und freiwilligen Richtlinien behalten die Beteiligten ein hohes Maß an Autorität, das es ihnen ermöglicht, von den Richtlinien

²⁸ Hester, *Criminology* 55 (2017), S. 205.

²⁹ Hester, *Criminology* 55 (2017), S. 205.

abzuweichen. Veranschaulichen lässt sich dies etwa am Beispiel des Bundesstaats Pennsylvania. Pennsylvania ist ein sozial und politisch heterogener Staat, in dem sich eine der größten Städte der USA (Philadelphia) befindet, der aber auch ausgedehnte ländliche Gebiete umfasst, die von vielen sozial und politisch Konservativen bewohnt werden (tatsächlich ist Pennsylvania einer der Swing-States, die bei den Präsidentschaftswahlen 2016 von Trump gewonnen wurden und ihm schließlich zum Sieg verholfen haben). Viele Aspekte des Strafrechts und des Strafzumessungsrechts, einschließlich der Art und Weise wie die Strafzumessungsrichtlinien erarbeitet und die Strafen ausgeurteilt werden, sind im Vergleich zwischen Philadelphia und dem Rest des Staates sehr unterschiedlich. Selbst in Rechtssystemen wie Minnesota, in denen die Richtlinien nach wie vor bindend im Sinne einer Vermutung sind, können die Richter unter Angabe von Gründen von den Richtlinien abweichen. Wie Abbildung 3 zeigt, liegt die Abweichungsrate in Minnesota im Durchschnitt bei ca. 28 %. Die Rate variiert je nach Richter, wobei sich einige Richter fast immer an das vermutete Strafmaß der Richtlinie halten und andere Richter häufiger von den Empfehlungen abweichen als sie ihnen folgen.

Abbildung 3: Anteil der Abweichungen von den Strafzumessungsrichtlinien durch die Richter Minnesotas



Anmerkung: Auf der Grundlage von MN Sentencing Commission 2014 Annual Monitoring Data; Abweichungsrate nach Richtern, für Richter die mindestens 50 Fälle im Jahr abgeurteilt haben.

2.4 Ein Vergleich von zwei amerikanischen Jurisdiktionen: South Carolina und Minnesota

Um einige Unterschiede zwischen den US-Strafzumessungsmodellen zu veranschaulichen, werden in den folgenden Abschnitten zwei Jurisdiktionen skizziert, die an unterschiedlichen Stellen des strafpolitischen Spektrums angesiedelt sind: South Carolina, ein Bundesstaat im Süden des Landes mit einer historisch hohen Inhaftierungsrate, keinen Strafzumessungsrichtlinien und der Beibehaltung der vorzeitigen Haftaussetzung zur Bewährung; und Minnesota, ein Bundesstaat im mittleren Westen des Landes mit einer historisch niedrigen Inhaftierungsrate – eine der ersten Jurisdiktionen, die indizielle Richtlinien eingeführt und die Haftaussetzung zur Bewährung abgeschafft hat.

South Carolina: Modifiziertes unbestimmtes Strafen

In Anbetracht der Vielzahl von politischen Gestaltungsmöglichkeiten ist es nicht verwunderlich, dass sich die US-Bundesstaaten in der strukturellen Ausgestaltung von Verurteilung und Strafzumessung dramatisch voneinander unterscheiden. Die Unterschiede reichen über die bloße Feststellung der Existenz oder des Fehlens von Strafzumessungsrichtlinien weit hinaus. Selbst Staaten, in denen das System des unbestimmten Strafen praktiziert wird, können sehr unterschiedliche Ansätze verfolgen. Am Beispiel von South Carolina lassen sich einige strukturelle Merkmale darstellen, die zur Verschiedenheit der Strafzumessung in Staaten mit unbestimmter Strafpraxis beitragen.

Der erste Vorsitzende der US-Strafzumessungskommission war mit Richter William Wilkins ein Bewohner South Carolinas. Während Richter Wilkins daran arbeitete, die Strafzumessungsrichtlinien auf Bundesebene zu etablieren, setzte sich sein Bruder David Wilkins (der später US-Botschafter in Kanada werden sollte) als Mitglied der Generalversammlung von South Carolina dafür ein, dass Richtlinien auch auf Staatsebene verabschiedet werden.³⁰ South Carolina war einer der ersten Staaten, die eine „sentencing commission“ gründeten, jedoch ist es trotz intensiver Bemühungen über fast drei Jahrzehnte hinweg nicht gelungen, den gegen Strafzumessungsrichtlinien gerichteten Widerstand von Praktikern und Richtern des Staates zu überwinden. Aufgrund einer Reihe rechtlicher Änderungen ist South Carolina aber auch nicht länger das mustergültige System unbestimmten Strafen, dass es noch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts war. Die Straftaten sind in Kategorien mit groben gesetzlichen Höchstgrenzen eingeteilt (z.B. Tat F – maximal 5 Jahre, Tat E – maximal 10 Jahre, Tat D – maximal 15 Jahre usw., siehe Tabelle 1). Der Staat verabschiedete in den 1990er Jahren ein „three-strikes law“, dessen Anwendung jedoch viel enger gefasst ist als beim bekannteren Beispiel in Kalifornien.

³⁰ Hester, *Sentencing Policies and Practices*, 2016.

Tabelle 1: Höchststrafen South Carolina

<i>Offense Level</i>	<i>Example</i>	<i>Maximum Sentence</i>
Exempt	Murder, Burglary 1st	
Felony A	Kidnapping	30 years
Felony B	Arson (2nd degree)	25 years
Felony C	Attempted armed robbery	20 years
Felony D	Burglary 2nd (violent)	15 years
Felony E	Burglary 2nd (non-violent)	10 years
Felony F	Grand Larceny (\$2k - \$10k); Invol. Ms.	5 years

Anmerkung: Es gibt auch drei Klassen von „misdemeanors“ („Vergehen“) (A, B und C, mit den gesetzlichen Höchstgrenzen von 3, 2 und 1 Jahren); darüber hinaus sind einige „misdemeanors“ nicht klassifiziert und können, in seltenen Fällen, mit der Höchststrafe von bis zu 10 Jahren geahndet werden.

In dem Staat besteht die vorzeitige Haftaussetzung zur Bewährung nach wie vor. Allerdings wurden die Regeln für die Zulassung zur Bewährung dahingehend geändert, dass diese abhängig von der begangenen Straftat gemacht worden ist. Für einige außergewöhnliche Verbrechen wie Mord ist eine vorzeitige Bewährung ausgeschlossen. Bei vielen weniger schweren Taten haben die Betroffenen eine Aussicht auf Bewährung nachdem sie 25 % ihrer Strafe verbüßt haben. Ernsthafte Gewaltdelikte fallen allerdings unter das in den 1990er Jahren verabschiedete Gesetz über „truth-in-sentencing“, das vorschreibt, dass 85 % der Strafe verbüßt werden müssen, bevor eine Freilassung zur Bewährung möglich ist. Für noch andere Straftaten beträgt die zu verbüßende Zeit 33 %. Je nach Straftat kann ein Gefangener somit nach Verbüßung von 25 %, 33 % oder 85 % der verhängten Strafe für eine Bewährung in Frage kommen, in manchen Fällen kann Bewährung auch gänzlich ausgeschlossen sein. South Carolina hat auch eine Reihe von obligatorischen Mindeststrafen eingeführt, die die richterliche Entscheidungsfreiheit begrenzen. Wie an anderer Stelle³¹ berichtet, fanden in den Jahren 2000 und 2001 in etwa 5 % aller abgeurteilter Fälle die verbindlichen Mindeststrafen Anwendung.

Minnesota: Strafzumessungsrichtlinien mit Vermutungswirkung und ohne Bewährung

Im Gegensatz zu South Carolina ist Minnesota ein Beispiel für einen Staat mit festen Richtlinien (d.h. ohne Bewährung). In dieser Hinsicht ist eine strukturelle Ähnlichkeit zwischen den Richtlinien Minnesotas und den Federal Guidelines zu erkennen, auch wenn sich Experten viel Mühe gegeben haben, die Rechtssysteme voneinander

³¹ Hester/Hartman, JQC 33 (2017), S. 77.

zu unterscheiden. Die Richtlinien von Minnesota bestehen heute aus drei Rastern: Einem Standardraster, dem in den 2000er Jahren eingeführten Raster für Sexualstraftaten und dem 2016 eingeführten Raster für Drogendelikte. Der Aufbau der Raster ähnelt dem der Bundesrichtlinien, auf der vertikalen Achse befinden sich Tat-schweregrade und auf der horizontalen Achse eine Punkteskala, die die kriminelle Vergangenheit der Täter abbildet. Anders als die Federal Guidelines verfügen die Raster der Richtlinien Minnesotas über deutlich weniger Schweregrade und die Anordnung ist umgekehrt – im föderalen System befindet sich der niedrigste Schweregrad am oberen Ende des Rasters und steigt von oben nach unten an, wohingegen in Minnesota die tabellarisch unterste Ebene dem niedrigsten Schweregrad der Taten entspricht. Eine dunkelschwarze Linie auf den Rastern Minnesotas grenzt die grauschattierten Zellen, die eine Vermutung zur Haftaussetzung enthalten, von den restlichen Zellen ab, die eine Haftstrafe vermuten lassen. Mit dem Begriff „stay“ (etwa „Aussetzung“) wird die Anordnung einer bedingten Freiheitsstrafe bezeichnet, deren Vollstreckung von einem Richter ausgesetzt wird, wenn der Verurteilte stattdessen bestimmte andere Bedingungen erfolgreich erfüllt. Bei diesen Bedingungen handelt es sich in der Regel um die Verbüßung einer kurzen Gefängnisstrafe und die Ableistung gemeinnütziger Tätigkeiten.

In Minnesota haben die Richter neben der Möglichkeit, die Strafvollstreckung auszusetzen auch die Option der „Aussetzung der Strafverhängung“ („stay of imposition“), bei der das Urteil unter der Bedingung verkündet wird, dass der Verurteilte die genannten Auflagen erfolgreich erfüllt. Wie Frase³² feststellt, handelt es sich bei einigen Angeklagten von Taten, die eigentlich in den Bereich der vermuteten Aussetzung der Strafvollstreckung fallen, um Personen, die aufgrund der Anwendung verbindlicher Mindeststrafen tatsächlich mit Haftstrafen sanktioniert werden. Minnesota schaffte die im Ermessen des „parole board“ stehende vorzeitigen Haftaussetzung zur Bewährung zwar ab, jedoch kann eine gute Führung der Gefangenen mit einem Strafnachlass von bis zu einem Drittel honoriert werden; der Nachlass erfolgt in Form einer überwachten Entlassung, die einer Bewährung sehr nahe kommt.³³

Auch nach der Entscheidung des US Supreme Court in der Sache *Booker*, durch die die Federal Guidelines als lediglich praktisch beratend erklärt wurden, gelten die Richtlinien Minnesotas weiter im Sinne einer Vermutung. Die Richter Minnesotas können diese jedoch widerlegen, indem sie von den Vorgaben über die Anordnung von Freiheitsstrafen (ja oder nein) sowie bzgl. deren Dauer (Länge der Sanktion) abweichen. Die von der Minnesota Sentencing Commission erhobenen Daten zeigen, dass in fast 30 % aller Fälle Abweichungen stattgefunden haben; die häufigsten Abweichungen sind solche nach unten, bei denen es die Richter ablehnten, eine Haftstrafe zu verhängen, obwohl die Richtlinien eine solche vermuten ließen.

³² Frase, ColLRev 2005, S. 1190.

³³ Frase, ColLRev 2005, S. 1190.

Abbildung 4: Standardraster der Strafzumessungsrichtlinien Minnesotas

Presumptive sentence lengths are in months. Italicized numbers within the grid denote the discretionary range within which a court may sentence without the sentence being deemed a departure. Offenders with stayed felony sentences may be subject to local confinement.

SEVERITY LEVEL OF CONVICTION OFFENSE (Example offenses listed in italics)	CRIMINAL HISTORY SCORE						
	0	1	2	3	4	5	6 or more
<i>Murder, 2nd Degree (intentional murder, drive-by-shootings)</i>	11 306 <i>261-367</i>	326 <i>278-391</i>	346 <i>295-415</i>	366 <i>312-439</i>	386 <i>329-463</i>	406 <i>346-480²</i>	426 <i>363-480²</i>
<i>Murder, 3rd Degree</i> <i>Murder, 2nd Degree (unintentional murder)</i>	10 150 <i>128-180</i>	165 <i>141-198</i>	180 <i>153-216</i>	195 <i>166-234</i>	210 <i>179-252</i>	225 <i>192-270</i>	240 <i>204-288</i>
<i>Assault, 1st Degree</i>	9 86 <i>74-103</i>	98 <i>84-117</i>	110 <i>94-132</i>	122 <i>104-146</i>	134 <i>114-160</i>	146 <i>125-175</i>	158 <i>135-189</i>
<i>Agg. Robbery, 1st Degree</i> <i>Burglary, 1st Degree (w/ Weapon or Assault)</i>	8 48 <i>41-57</i>	58 <i>50-69</i>	68 <i>58-81</i>	78 <i>67-93</i>	88 <i>75-105</i>	98 <i>84-117</i>	108 <i>92-129</i>
<i>Felony DWI</i> <i>Financial Exploitation of a Vulnerable Adult</i>	7 36 <i>26-46</i>	42 <i>32-52</i>	48 <i>38-58</i>	54 <i>46-64</i>	60 <i>51-72</i>	66 <i>57-79</i>	72 <i>62-84^{2,3}</i>
<i>Assault, 2nd Degree</i> <i>Burglary, 1st Degree (Occupied Dwelling)</i>	6 21 <i>16-26</i>	27 <i>22-37</i>	33 <i>28-38</i>	39 <i>34-46</i>	45 <i>39-54</i>	51 <i>44-61</i>	57 <i>49-68</i>
<i>Residential Burglary</i> <i>Simple Robbery</i>	5 18 <i>13-23</i>	23 <i>18-28</i>	28 <i>23-33</i>	33 <i>29-39</i>	38 <i>33-45</i>	43 <i>37-51</i>	48 <i>41-57</i>
<i>Nonresidential Burglary</i>	4 12 ¹ <i>9-15</i>	15 <i>12-18</i>	18 <i>15-21</i>	21 <i>18-24</i>	24 <i>21-28</i>	27 <i>23-32</i>	30 <i>26-36</i>
<i>Theft Crimes (Over \$5,000)</i>	3 12 ¹ <i>9-15</i>	13 <i>10-16</i>	15 <i>12-18</i>	17 <i>14-20</i>	19 <i>17-22</i>	21 <i>18-25</i>	23 <i>20-27</i>
<i>Theft Crimes (\$5,000 or less)</i> <i>Check Forgery (\$251-\$2,500)</i>	2 12 ¹ <i>9-15</i>	12 ¹ <i>9-15</i>	13 <i>10-16</i>	15 <i>12-18</i>	17 <i>14-20</i>	19 <i>16-22</i>	21 <i>18-25</i>
<i>Assault, 4th Degree</i> <i>Fleeing a Peace Officer</i>	1 12 ¹ <i>9-15</i>	12 ¹ <i>9-15</i>	12 ¹ <i>9-15</i>	13 <i>10-16</i>	15 <i>12-18</i>	17 <i>14-20</i>	19 <i>17-22</i>

¹ 12¹=One year and one day

- Presumptive commitment to state imprisonment. First-degree murder has a mandatory life sentence and is excluded from the Guidelines under Minn. Stat. § 609.185. See section 2.E, for policies regarding those sentences controlled by law.
- Presumptive stayed sentence; at the discretion of the court, up to one year of confinement and other non-jail sanctions can be imposed as conditions of probation. However, certain offenses in the shaded area of the Grid always carry a presumptive commitment to state prison. See sections 2.C and 2.E.

Gegenüberstellung von South Carolina und Minnesota: Vergleich von Einbruch und Raub

Nachdem auf die strukturellen Merkmale eingegangen wurde, soll in diesem Abschnitt geprüft werden, wie drei verschiedene Straftaten von der Rechtsprechung South Carolinas und Minnesotas beurteilt werden. Dafür sollen zunächst die auf die Straftaten bezogenen Strafraumen festgestellt und alsdann einige Daten zu der Verurteilungspraxis in beiden Gerichtsbarkeiten genannt werden. Bei den drei Delikten handelt es sich um:

- *Einbruch bei Nacht unter Mitführung einer tödlichen Waffe*
- *Unbewaffneten Einbruch in eine menschenleere Wohnung zur Tageszeit*
- *Bewaffneten Raubüberfall*

Zunächst ist festzustellen, dass ein bewaffneter Einbruch in eine Wohnung zur Nachtzeit in South Carolina als Einbruch der ersten Kategorie eingestuft wird, was bedeutet, dass die Tat von der Klassifizierung ausgenommen ist und mit einer Strafe von mindestens 15 Jahren bis zu einem Höchstmaß von lebenslanger Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit auf vorzeitige Bewährung bedroht ist (siehe Tabelle 1). In Minnesota wird dieselbe Straftat auf der Schweregradstufe 8 des Minnesota-Standardrasters eingeordnet; für Straftäter ohne Vorstrafen beträgt die Empfehlung des Rasters 48 Monate Freiheitsstrafe – im anderen Extremfall, für Personen mit einer Vorstrafenbewertung der Höchstkategorie 6 oder mehr, beträgt die Empfehlung 108 Monate Freiheitsstrafe. Somit liegt das empfohlene Strafmaß für einen Täter in Minnesota, der die schwerstmögliche Form des Einbruchs begangen hat, bei 60 % des obligatorischen Mindeststrafmaßes für diese Tat in South Carolina.

Der unbewaffnete Wohnungseinbruch (ohne Gewaltanwendung) wird in South Carolina als Einbruch der zweiten Kategorie eingestuft, ein Delikt der Klasse E mit einem Strafraum von 0 bis 10 Jahren Freiheitsstrafe. In Minnesota handelt es sich dabei um ein Delikt der Schweregradstufe 5. Für Täter mit einer Vorstrafenhistorie der Kategorie 0 lautet die Empfehlung auf eine bedingte Freiheitsstrafe i.H.v. 18 Monaten, deren Vollstreckung auszusetzen ist; für Täter der Kategorie der maximalen Vorstrafenbelastung beträgt die Empfehlung 48 Monate Freiheitsstrafe.

Bewaffneter Raubüberfall ist in South Carolina ebenfalls eine Straftat, die von der Klassifizierung ausgenommen ist. Sie wird mit Freiheitsstrafe von mindestens 10 Jahren und maximal 30 Jahren bestraft. Eine besondere gesetzliche Bestimmung legt fest, dass die Strafe eines Täters dieses Delikts in keinem Fall zur Bewährung ausgesetzt werden darf, bevor er nicht 7 volle Jahre im Gefängnis verbüßt hat. In Minnesota handelt es sich um eine Tat der Schweregradstufe 8 mit der Empfehlung zur Inhaftierung zwischen 48 und 108 Monaten (dasselbe wie bei dem oben genannten bewaffneten Einbruch).

Auf dem Papier sind die in South Carolina vorgeschriebenen Strafen eindeutig viel strenger als in Minnesota. Tabelle 2 gibt einen Überblick über die durchschnittliche Länge der tatsächlich verhängten Strafen für die genannten Delikte in den beiden Gerichtsbarkeiten. Bei nächtlichen Einbrüchen unter Bewaffnung ist der Vergleich erschütternd. Aufgrund der obligatorischen Strafdrohung werden 100 % der Täter in South Carolina inhaftiert, im Vergleich zu etwas mehr als der Hälfte (56 %) der Täter in Minnesota.³⁴ Insgesamt ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Täter eines bewaffneten Einbruchs in South Carolina mit einer Haftstrafe sanktioniert werden etwa doppelt so hoch wie in Minnesota und ihre Strafe fällt durchschnittlich mehr

³⁴ Bemerkenswert ist, dass 40 % dieser Straftäter aus Minnesota mit kurzen Freiheitsstrafen von durchschnittlich 8 Monaten belangt werden.

als dreimal so lang aus. Für Einbrüche zur Tageszeit ohne Waffen ergibt sich ein komplexeres Bild. Täter aus South Carolina werden immer noch etwa doppelt so häufig inhaftiert wie Täter aus Minnesota (56 % zu 26 %). Hier haben die Richter in South Carolina jedoch einen größeren Ermessensspielraum und üben diesen auch aus, um lange Gefängnisstrafen zu vermeiden. Tatsächlich fallen die Strafen von den in beiden Gerichtsbarkeiten Inhaftierten für Täter in South Carolina kürzer aus als für diejenigen in Minnesota, obwohl dies mit Vorsicht zu interpretieren ist. In Minnesota gibt es wiederum eine beträchtliche Anzahl von Personen, die zu kurzen bedingten Haftstrafen verurteilt werden, deren Vollstreckung ausgesetzt wird (66 %, die zu durchschnittlich 3,8 Monate Haftstrafe verurteilt werden). Würde man diese in die Berechnung der gesamten Haftzeit aufnehmen, läge der Durchschnitt in Minnesota geringfügig unter dem von South Carolina, der Unterschied wäre jedoch nach wie vor viel geringer ist als bei dem bewaffneten Einbruch. Schließlich zeigt der Vergleich zu dem bewaffneten Raub erneut einen harten Kontrast. Alle bewaffneten Räuber in South Carolina werden aufgrund der obligatorischen Strafdrohung inhaftiert, während 60 % der Täter in Minnesota Freiheitsstrafen verbüßen. Die Strafen der Inhaftierten fallen in South Carolina mehr als dreimal so hoch aus wie in Minnesota.

Tabelle 2: Vergleich der gewöhnlichen Straftaten

	<i>South Carolina</i>		<i>Minnesota</i>	
	Imprisoned	Avg. Years	Imprisoned	Avg. Years
Burglary at night w/ weapon	100 %	16.8	56 %	4.5
Burglary daytime no weapon	56 %	1.4	26 %	2.2
Armed Robbery	100 %	12.4	60 %	3.6

Anmerkung: In Minnesota ist es üblich, kurze Haftstrafen zu verhängen (unter einem Jahr), die einen Teil der „ausgesetzten“ Strafen darstellen. Bei Einbeziehung dieser kurzen Haftstrafen, würden die Inhaftierungsraten auf jeweils 96 %, 92 % bzw. 96 % steigen.

Diese Gegenüberstellungen sind an die tatsächlich erwartete Vollzugszeit angepasst. In South Carolina gehören dazu auch die Zulassungsvoraussetzungen zur Bewährung, wonach, beeinflusst durch die „truth-in-sentencing“-Gesetzgebung, die Täter bestimmter Delikte erst 85 % ihrer Strafe verbüßen müssen, bevor eine Bewährung für sie überhaupt in Betracht kommt. In Minnesota wurden vorzeitige Haftaussetzungen zur Bewährung nach dem Ermessen des „parole board“ abgeschafft, aber die Gefangenen können bis zu 1/3 Reduktion ihrer Strafe erhalten. Insgesamt verdeutlicht dieser Vergleich mehrere Beobachtungen. Erstens bestehen substantielle Unterschiede in der Punitivität zwischen den beiden Staaten, die sich sowohl in den

empfohlenen Strafrahmen als auch in den verhängten Strafen widerspiegeln. Zweitens ist es einleuchtend, dass die vom Gesetzgeber South Carolinas vorgeschriebenen obligatorischen Strafen einen starken Einfluss auf die Strafzumessungspraxis und das Strafniveau haben. Eine Beschränkung der richterlichen Entscheidungsfreiheit findet insoweit statt, als dass es von vornherein erst gar nicht möglich ist, eine konkrete Strafe von weniger als 15 Jahre für bewaffneten nächtlichen Einbruch oder weniger als 10 Jahre für bewaffneten Raubüberfall zu verhängen. Am Beispiel des unbewaffneten Einbruchs zur Tageszeit, für den kein verpflichtendes Mindeststrafmaß existiert, zeigt sich, dass es für Täter dieses Delikts in South Carolina ebenfalls wesentlich wahrscheinlicher ist, zu einer Gefängnisstrafe verurteilt zu werden, als in Minnesota, wengleich die Gesamtwirkung im Vergleich zu den anderen beiden Delikten abgeschwächt ist.

Die Unterschiede zwischen den beiden US-Bundesstaaten verdeutlichen die bemerkenswerte Vielfalt, von der die US-Gerichtsbarkeiten geprägt sind. Die Unterschiede bestehen auf allen Ebenen. Sie wirken sich auf die rechtlichen Strukturen aus, z.B. ob es Richtlinien gibt oder nicht, ob die ermessensbasierte vorzeitige Haftaussetzung zur Bewährung erhalten bleibt oder abgeschafft wird, ob es obligatorische Strafen gibt und wie diese funktionieren und so weiter. Wengleich ein noch ausführlicherer Vergleich mehrerer Jurisdiktionen an dieser Stelle nicht möglich ist, ist es sinnvoll, einige der wichtigen gesammelten Ergebnisse zu den Strafpraktiken, wie z.B. die Inhaftierungsraten, festzuhalten, da diese die Unterschiede zwischen einzelnen Staaten in ein größeres Bild einbetten können. Wie nach dem Vorangegangenen zu erwarten ist, haben zwar die meisten US-Bundesstaaten im internationalen Vergleich hohe Inhaftierungsraten, dabei sind die Unterschiede zwischen den Bundesstaaten jedoch beträchtlich, wobei sich einige Staaten den europäischen Raten annähern und andere dem europäischen Standard offensichtlich nicht folgen.

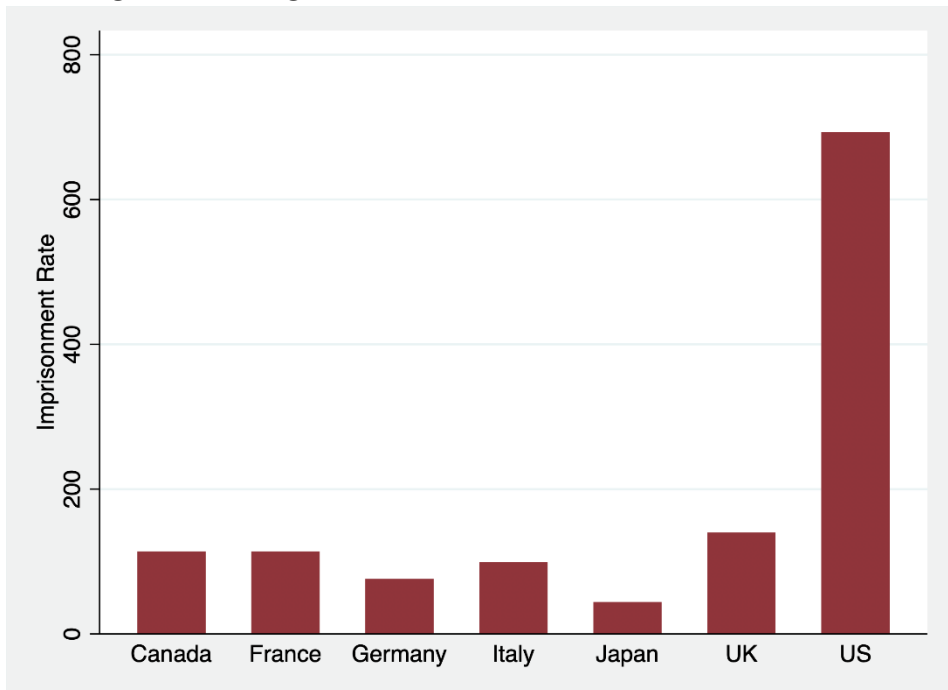
3 Resultate: Strafschwere, Einheitlichkeit und Unterschiede

Wenn das charakteristischste Merkmal der US-amerikanischen Strafzumessung die große Variationsbreite der Systeme ist, so lässt sich als zweites wesentliches Merkmal das erschütternd strenge Strafniveau seit den 1970er Jahren erblicken. Da die Inhaftierungsraten in den Staaten mit Strafzumessungsrichtlinien ebenso wie in denen ohne Richtlinien in die Höhe geschneilt sind, scheiden die Strafzumessungsrichtlinien als Ursache für die Masseninhaftierung aus. Im Folgenden werden jedoch einige andere Reformen zur Strukturierung des Strafzumessungsrechts auf ihre wahrscheinlichen Auswirkungen im Hinblick auf das Strafniveau, die Einheitlichkeit und Disparitäten untersucht werden. Außerdem werden die führenden Erklärungsansätze für die derzeitige amerikanische Punitivität untersucht.

Die USA sind das straffreudigste Land der Welt³⁵ – ein bezeichnender Titel, der den strafrechtlichen Wohlfahrtsstaat und die Innovationen des auf Resozialisierung ausgerichteten Strafrechtssystem aus der Zeit vor den 1970er Jahren Lügen straft. Im Bereich der Strafzumessung stellt die USA eine Ausnahmeerscheinung unter den anderen modernen Nationen dar, mit fünfmal höheren Haftquoten als in vergleichbaren Ländern, mit Regelungen wie „three-strikes“ und „life without parole“ (auch für Jugendliche) und mit der Beibehaltung der Todesstrafe in vielen Staaten. Wie einer der führenden US-amerikanischen Strafrechtswissenschaftler es ausdrückte: „Amerikanische Strafzumessung ist eine Katastrophe – ungerecht, prinzipienlos, willkürlich, übermäßig streng und absurd teuer“.³⁶

Beginnend in den 1970er Jahren erfuhr die amerikanische Strafzumessung eine drastische Veränderung. Die in Abbildung 5 dargestellte Situation ist nicht neu: Die Pro-Kopf-Inhaftierungsrate der USA überragt die der anderen Nationen der Welt.

Abbildung 5: Inhaftierungsraten der G7, 2015-2016



Quelle: World Prison Brief, www.prisonstudies.org.

Anmerkung: Die Raten beziehen sich auf das Jahr 2016, nur die Rate Kanadas bezieht sich auf das Jahr 2015.

³⁵ Siehe *Lappi-Seppälä*, EJC 8 (2011), S. 303.

³⁶ *Tonry*, *Sentencing Fragments*, 2016, S. 1.

An einem Punkt haben die USA die unschöne Auszeichnung dessen erreicht, was Reitz³⁷ als „the 700 club“ bezeichnet hat – die Inhaftierung zu einer Rate von 700 pro 100.000. Die unmittelbaren Ursachen für den amerikanischen Exzeptionalismus sind offenkundig. Amerikanische Politiker und Entscheidungsträger haben punitive Reformen eingeführt und die Rechtsprechung hat im Rahmen der bestehenden Gesetze höhere Strafen ausgesprochen. Es gibt mehrere miteinander zusammenhängende theoretische Darstellungen, die zu erklären versuchen, warum die US-Jurisdiktionen seit den 1970er Jahren solch punitive Strafansätze verfolgen. An der Oberfläche ist die Strafzumessung politisiert worden und eine Verschärfung des Strafniveaus war dazu zweckdienlich. In den USA stand eine große Anzahl struktureller Mechanismen zur Politisierung der Kriminalität zur Verfügung, die ein neues Ethos der Verbesserung begünstigt haben. Diese Mechanismen waren vielfältig und umfassten die wachsende Reichweite der Medien, die populären Wahlen von Staatsanwälten und Richtern und das, was sich unter der Bezeichnung „plea bargaining“ zu einer universellen Art der Erledigung in Strafsachen entwickelt hat. Die Strafzumessung entwickelte sich von einem von Experten gesteuerten bürokratischen zu einem populistisch geprägten Geschehen. Diese neue politische Landschaft der Strafzumessung wurde durch die Veränderung der Stimmung in der amerikanischen Bevölkerung begünstigt, die unter der Oberfläche stattfand.

3.1 Naheliegende Ursachen: Strafzumessungspolitik

Vor den 1970er Jahren bewegte sich die Zahl der Strafgefangenen in den USA jahrzehntelang auf einem stabilen Niveau.³⁸ In jedem Staat wurde die Methode des unbestimmten Strafens praktiziert, im Rahmen dessen den Richtern, Sachverständigen und Bewährungsausschüssen viel Ermessen und Vertrauen entgegenbracht wurde. Der durch Experten gesteuerte strafrechtliche Wohlfahrtsstaat verfolgte schwerpunktmäßig einen Heilansatz und das Ideal der Resozialisierung. Unter diesem System sind eine Reihe konsequent rehabilitativer Innovationen entstanden, darunter die Bewährung, vorzeitige Haftaussetzungen und ein separates Rechtssystem für Jugendliche.³⁹ Aber in den 1970er Jahren änderten sich die Dinge und die USA schlugen den Weg eines grundlegenden institutionellen Wandels ein.

Die Studie *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*⁴⁰ beschreibt den Aufstieg der modernen US-Masseninhaftierung.⁴¹ Schon in den 1940er Jahren bemühten sich Präsident Truman und die New-Deal-Demokraten um eine größere nationale Agenda zu Fragen der Strafjustiz, insbesondere im

³⁷ Reitz, *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, 2017.

³⁸ Blumstein/Coben, *JCL&Criminology* 64 (1973), S. 198.

³⁹ Tonry, *Thinking About Crime*, 2004.

⁴⁰ National Research Council, 2014, Kap. 4.

⁴¹ Siehe auch Tonry, *Thinking About Crime*, 2004.

Zusammenhang mit der Professionalisierung der staatlichen und lokalen Polizeikräfte (obwohl diese Bemühungen damals weitgehend erfolglos blieben). Die Politisierung von Kriminalität und Bestrafung rückte mit der Kandidatur des Republikaners Barry Goldwater für das Präsidentenamt 1964 ins Zentrum der amerikanischen Politik. Bis dahin hatte die Demokratische Partei die Politik in den Südstaaten seit dem Bürgerkrieg nahezu ein Jahrhundert lang dominiert. Die Bürgerrechtsbewegung der 1960er Jahre schuf jedoch das Umfeld für eine politische Neuausrichtung, indem sie zur Spaltung der öffentlichen Meinung in Bezug auf die Sozial- und Rassenpolitik beitrug.⁴² Die republikanische „Strategie für den Süden“ beruhte auf der Taktik, „Kernfragen“ – Themen wie innerstädtische Armut, Drogen und Kriminalität – in den Fokus zu rücken (oder zu manipulieren). So sollte die Emotionalität der traditionell demokratischen Wählerschaft des Südens geweckt und sie zu republikanischen Wählern gemacht werden. Die Fokussierung auf diese Kernfragen machte auch vor Rassismus keinen Halt; von den zahlreichen Beispielen ist eines des am häufigsten zitierten das des Falles des Afroamerikaners Willie Horton, der eine Haftstrafe wegen Mordes verbüßte und während des Ausgangs eine Vergewaltigung beging (der Fall wurde von dem republikanischen Präsidentschaftskandidaten George Bush sen. im Wahlkampf gegen den demokratischen Kandidaten Michael Dukakis, der zum Zeitpunkt des Ausgangs Hortons das Amt des Gouverneurs von Massachusetts inne hatte, instrumentalisiert).

Als innerstädtische Armut, Drogen- und Kriminalitätsprobleme zu immer wiederkehrenden Themen wurden, war der Grundstein für die „get-tough“-Bewegung gelegt. Unzählige Maßnahmen wurden ergriffen, die meist eher symbolisch als funktional waren; dazu zählte die Schaffung spezieller Gesetze für Sexualstraftäter, „three-strikes“-Regelungen, die Einführung verbindlicher Mindeststrafen und „truth-in-sentencing“.⁴³ Untersuchungen von Beckett⁴⁴ deuten darauf hin, dass Politiker sich diese Themen für die eigene Sache zunutze gemacht und die öffentliche Meinung beeinflusst haben (und nicht etwa eine *a priori* punitive öffentliche Meinung aufgegriffen haben). Während die „get-tough“-Ära durch die Politisierung der Kriminalität initiiert wurde, stellt sich jedoch die Frage, warum das amerikanische Volk diese Bewegung auch noch begrüßte und unterstützte, obwohl es in der Vergangenheit doch den so gegensätzlichen strafrechtlichen Wohlfahrtsstaat befürwortet hatte. Und obwohl in der Literatur oft auf die bekannten (o.g.) Reformmaßnahmen dieser Ära verwiesen wird, erklären die Änderungen der formalen Struktur des Strafzumessungsrechts nicht vollständig, warum es zu einer Vervielfachung der US-Gefangenerraten kam. Die Zunahme der Inhaftierungen begann, bevor viele dieser Maßnahmen in Kraft traten (z.B. hatten sich die Inhaftierungsraten weit vor Einführung der ersten „three-strikes“-Regelung multipliziert, und die Annahme von Strafzumess-

⁴² Tonry, *Thinking About Crime*, 2004, S. 39.

⁴³ Z.B. Tonry, *Thinking About Crime*, 2004; *National Research Council*, 2014.

⁴⁴ Beckett, *Making Crime Pay*, 1997.

sungsrichtlinien sowie die Abschaffung der Bewährung dürften die Inhaftierungsraten im Allgemeinen nicht erhöht haben⁴⁵). So aufschlussreich die populistische Strafzumessungsgeschichte auch ist, vermag sie doch nur die an der Oberfläche liegenden Gründe für den amerikanischen Exzeptionalismus zu erklären.

3.2 Zugrunde liegende Ursachen: Empfindsamkeiten, Wahlen und Rassenzugehörigkeit

Es gibt eine Reihe von Theorien zu der Frage, warum die US-Bürger eine Haltung entwickelten, die die Maßnahmen und Praktiken der „get-tough“-Bewegung in den letzten Dekaden des 20. Jahrhunderts billigte. Dabei wird der anfängliche Zusammenhang mit der zunehmenden Kriminalität oft als Ausgangspunkt genannt: Die US-Inhaftierungsrate begann ihren steilen Anstieg etwa zu der gleichen Zeit, zu der auch eine signifikante Zunahme der US-Kriminalitätsrate registriert wurde. Diese Korrelation mag in der Vergangenheit zwar für einige US-Politiker und sogar manche Wissenschaftler als Erklärung ausreichend gewesen sein, doch ist sie empirisch schwach. Die Kriminalitätsraten in vielen westlichen Ländern erlebten einen ähnlichen Anstieg in den 1970er und 1980er Jahren, gefolgt von einem deutlichen Rückgang ab Anfang der 1990er Jahre. Obwohl sich diese Welle der Kriminalität in zahlreichen Ländern beobachten ließ, reagierte keine andere Nation mit einer solch exponentielle Flut von Inhaftierungen wie die USA. Wenn die steigende Kriminalität auch ein Teil der Geschichte ist, so spielt sie doch eine wesentlich kompliziertere Rolle, als es die schlichte zweidimensionale Erklärung vermuten lässt. Wenn die Kriminalität überall deutlich zugenommen hat, muss etwas anderes die außergewöhnlich harte Haltung Amerikas erklären.

Eine der einflussreichsten Darstellungen ist David Garlands mehrschichtige Theorie von der „culture of high crime and control“ („Kultur der hohen Kriminalität und Kontrolle“). Garland⁴⁶ zufolge ist die Einführung von punitiven Maßnahmen in den USA sowie in Großbritannien auf eine sich ändernde kulturelle Wahrnehmung der Bevölkerung zurückzuführen. Die zur Normalität gewordenen hohen Kriminalitätsraten und die Anpassung der Menschen an dieses hohe Kriminalitätsniveau haben das öffentliche Bewusstsein stark beeinflusst. Vor dem Anstieg der Kriminalität in den 1960er Jahren gehörte die Strafrechtspolitik zu dem Bereich der staatlichen Fürsorge, der von Experten gesteuert wurde und für das politische Tagesgeschäft uninteressant war.⁴⁷ Als die Kriminalität zunahm und auch in der Realität der breiten Bevölkerung bemerkbar wurde, gerieten die Menschen (und insbesondere diejenigen, die Garland als die elitäre, liberale Mittelschicht bezeichnet) in einem vorher nicht dagewesenen Maße mit strafbarem Verhalten in Kontakt. Die soziale Distanz zur Kriminalität, die diese liberalen Eliten bis dahin erfahren hatten,

⁴⁵ *Reitz*, *TexLRev* 84 (2005), S. 1787.

⁴⁶ *Garland*, *BJC* 40 (2000), S. 347.

⁴⁷ *Garland*, *BJC* 40 (2000), S. 352.

verringerte sich und die Öffentlichkeit verlor den Glauben an das Ideal der Resozialisierung. Die Gesetzgeber intervenierten in Bereiche des Strafrechts, in denen sie die Dinge früher Sachverständigen überlassen hatten. Als die Gesetzgeber damit anfangen, zunehmend strafscharfende Maßnahmen einzuführen, duldeten die liberalen Eliten, die von dem System der Resozialisierung enttäuscht waren, diese Politik. Als die Mittelschicht Kriminalität auf eine Weise zu erleben begann, wie sie es vorher nicht kannte, „wurde die Angst vor Kriminalität zu einem festen Bestandteil des täglichen Lebens“.⁴⁸

Diese Erfahrungen wurden durch die immer größere Reichweite der Medien- und Unterhaltungsindustrie verstärkt. Die Berichterstattung über Unruhen, Gewalt und Crack- bzw. Kokainepidemien schürte die Angst vor Kriminalität. Garland stellt fest, dass sich das Fernsehen etwa zur gleichen Zeit zum „Massenphänomen“ entwickelte, in der die USA und das Vereinigte Königreich den massiven Kriminalitätsanstieg erlebten. Das Fernsehen eignet sich für markante Sprüche, Sensationsmeldungen und „mitfühlende Darstellungen einzelner Opfer, die durch die Hände von Kriminellen gelitten haben und von einem gefühllosen System im Stich gelassen worden sind“ – eine „Bevorzugung dessen, was man als ‚Opferdiskurs‘ bezeichnen könnte gegenüber dem ‚Systemdiskurs‘“.⁴⁹ Diese erneuerte Fokussierung auf das Opfer wurde von ausdrucksstarken und emotionalen Forderungen nach größerer Verantwortlichkeit und härterer Bestrafung begleitet.⁵⁰ Der Einfluss der Medien erstreckte sich nicht nur auf die Politik, sondern dominierte auch das Unterhaltungsfernsehen. Garland stellt fest, dass das Fernsehen und andere damit verbundene Medien die moderne Erfahrung mit dem Verbrechen aufgegriffen und zu ihrem eigenen Nutzen verstärkt haben. Gleichwohl ist das Interesse an solchen Darstellungen durch die Medien nicht vollkommen neu geschaffen worden, vielmehr ist es darauf zurückzuführen, dass eine starke gesellschaftliche Fokussierung auf das Opfer in einem größeren Kontext stattgefunden hat.

Die neue Kultur der Kriminalitätserfahrungen korreliert mit der Entstehung der risikoorientierten Gesellschaft. In unzähligen Stellungnahmen sprachen sich die Bürger für Schutz, Ausgrenzung und Überwachung aus. Es entstand eine „Dialektik der Angst und defensiven Aggression“.⁵¹ Zusammen mit anderen sozialen Störfaktoren – Fortschritten bei der Gleichstellung der Geschlechter, Veränderungen in der Stabilität der traditionellen Kernfamilie, Protesten und zivilen Unruhen – weckte der Anstieg der „ontologischen Unsicherheit“ den Wunsch, die Kriminalität unter Kontrolle zu bringen und speiste den generellen Ethos dessen, was Tonry als „postmoderne Angst“⁵² bezeichnet. Mit der Zeit hat sich ein neues Kriminalitätsbewusstsein

⁴⁸ *Garland*, BJC 40 (2000), S. 359.

⁴⁹ *Garland*, BJC 40 (2000), S. 363.

⁵⁰ Dies war in den USA der Fall; für eine Darstellung dazu, wie die Opferperspektive im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden kann, ohne dass der unvermeidlichen Ruf nach härterer Bestrafung ertönt, siehe *Hörnle*, BCLR 3 (1999), S. 175.

⁵¹ *Garland*, BJC 40 (2000), S. 365.

⁵² *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004.

„in unseren Erwartungen, in unserer Unterhaltung und in neuen Fernsehprogrammen, in unseren Versicherungsverträgen, in unseren alltäglichen Gesprächen sowie unseren Immobilienklassen“ festgesetzt.⁵³ Dies ist die Kultur der „high crime societies“ (Gesellschaften mit hoher Kriminalität).

Ein wichtiges Konzept bei Garland, das von Tonry noch stärker betont wird, beschäftigt sich mit der moralischen Panik („moral panics“). Die moralische Panik ist ein Vorgang, der „typischerweise dann auftritt, wenn schreckliche oder berüchtigte Ereignisse die Emotionen der Öffentlichkeit aufrütteln und Besorgnis, Sympathie, Emotionen und Überreaktionen hervorrufen“.⁵⁴ Die Erfahrungen Kaliforniens mit dem „three-strikes“-Gesetz bieten ein anschauliches Beispiel. Der maßgebliche Auslöser für die Regelung ist in der öffentlichen Aufmerksamkeit zu erblicken, die die Medien im Falle der Entführung und Ermordung der 12-jährigen Polly Klaas 1993 durch Richard Allen Davis generierten.⁵⁵ Davis verfügte über ein umfassendes Vorstrafenregister und das Interesse, das diesem tragischen Verbrechen eines aus dem Gefängnis entlassenen Wiederholungstäters zuteilwurde, löste eine derart große öffentliche Empörung aus, dass es schließlich zur Einführung der „three-strikes“ in Kalifornien kam. Ähnlich aufsehenerregende und dabei doch sehr untypische Vorfälle trugen zu einem Geist der moralischen Panik in den gesamten USA bei und lieferten Unterstützung für „get-tough“-Bewegungen.

Tonry⁵⁶ hat verschiedene andere wissenschaftliche Beiträge ausgewertet, die an dieser Stelle einer Erwähnung wert sind. Caplow und Simon⁵⁷ stellten fest, dass es im Zuge des Ausbaus des US-Regierungssystems auf Bundesebene in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu einer Abnahme des Vertrauens der Bevölkerung in die Exekutive kam. Dazu trugen eine Reihe von Versäumnissen der Regierung bei, u.a. im Bildungssektor, im Gesundheitssystem und bei der Armut- und Kriminalitätsbekämpfung, während die Staatsausgaben in diesen Bereichen in Rekordtempo stiegen. Angesichts des schwindenden öffentlichen Vertrauens, das der Gesetzgeber nicht wiederzugewinnen vermochte, war die Kriminalität ein willkommenes Problem, auf das er eindrucksvoll mit harten Gesetzen reagieren konnte. Ob diese etwas bewirkten oder nicht, war dabei nebensächlich. Als weitere verwandte Erklärung verweist Tonry auf Whitmans⁵⁸ historischen Vergleich zwischen den USA und den europäischen Erfahrungen Deutschlands und Frankreichs. Whitman nennt zwei Eigenarten der amerikanischen Ideale. Erstens entwickelten die Amerikaner ein tiefes Misstrauen gegenüber ihrer Regierung. Zweitens entwickelte sich die gesellschaftliche Strafmoral in den USA anders als in anderen Ländern. Wie Tonry es zusammenfasst:

⁵³ Garland, BJC 40 (2000), S. 367.

⁵⁴ Tonry, Thinking About Crime, 2004, S. 5.

⁵⁵ Auerhahn, Crim&PubPol 1 (2002), S. 353; Kovandžić/Sloan/Vieraitis, Crim&PubPol 1 (2002), S. 399.

⁵⁶ Tonry, Thinking About Crime, 2004.

⁵⁷ Caplow/Simon, Crime&Just 26 (1999), S. 63.

⁵⁸ Whitman, Harsh Justice, 2003.

Europa entwickelte sich weiter und strebte danach, alle Straftäter mit Respekt und Würde zu behandeln, zumindest grundsätzlich als Gefangene mit hohem Ansehen („high-status“); England und Amerika entwickelten sich zurück, indem sie alle Gefangenen grundsätzlich als Gefangene mit niedrigem Ansehen („low-status“) behandelten.⁵⁹

Obwohl Garlands Theorie von einer Kultur der Kriminalität einflussreich war und zu einem tieferen Verständnis führt, ist sie aus mehreren Gründen nicht ganz zufriedenstellend, wenn es um die spezifische Frage geht, warum die US-Strafpolitik eine solche Abweichung von der westlichen Norm darstellt. Die postmoderne Angst vermag alleine nicht die aktuelle amerikanische Strafzumessung zu erklären, weil andere äußerst unruhige Zeiten (die Große Depression, der Zweite Weltkrieg, der Kalte Krieg) nicht zu vergleichbaren Reaktionen geführt haben.⁶⁰ Während darüber hinaus auch Großbritannien – ähnlich wie die USA – auf Erfahrungen mit postmoderner Angst, Unsicherheit und dem Wandel zur Risikogesellschaften zurückblicken kann, fielen die Reaktionen in der Bestrafung doch recht unterschiedlich aus: Die Erfahrung in Großbritannien ist, obwohl sie zu hohen Haftquoten im europäischen Vergleich geführt hat, kaum mit der Erfahrung in den USA vergleichbar. Ebenso liefert auch Whitman keine vollständige Erklärung für den amerikanischen Exzeptionalismus im historischen Kontext. Bis in die 1970er Jahre stand die amerikanische Strafzumessung für die gleiche Art von „Fortschritt“, von dem auch die kontinentaleuropäischen Rechtssysteme gekennzeichnet waren. Folglich bietet Whitman zwar eine überzeugende Erklärung für die aktuellen Praktiken, er erklärt aber nicht die wichtigen (historischen) Veränderungen im Laufe der Zeit.⁶¹

Die bisher vielleicht überzeugendste Darstellung ist jene von Michael Tonry,⁶² in der er die oben genannten Theorien um vier charakteristische Merkmale zu den USA und der US-amerikanischen Strafzumessung ergänzt. Sie tragen zur Klärung der Frage bei, warum die USA in den derzeitigen Zustand der Masseneinhaftung geraten sind. Diese Merkmale sind: (1) ein paranoider Stil der amerikanischen Politik; (2) ein „manichäischer Moralismus, der mit dem protestantischen Fundamentalismus zusammenhängt“; (3) die verfassungsrechtliche Ordnung, die nicht vor kurzzeitig aufkommenden populistischen Ressentiments schützt; und (4) die US-Geschichte der Sklaverei und Rassentrennung.⁶³ Näher lassen sich diese Merkmale wie folgt zusammenfassen: Erstens stellt Tonry fest, dass die amerikanischen Epochen über viele Jahre hinweg durch eine Form der politischen Paranoia geprägt waren, die ein bestimmtes Verhalten missbilligt, es als böse bezeichnet und versucht, es auszurotten. Beispiele sind die Prohibition, die Roten Ängste der 1920er Jahre, der

⁵⁹ Tonry, *Thinking About Crime*, 2004, S. 58.

⁶⁰ Tonry, *Thinking About Crime*, 2004, S. 55.

⁶¹ Tonry, *Thinking About Crime*, 2004.

⁶² Tonry, *Punish&Society* 11 (2009), S. 377.

⁶³ Tonry, *Punish&Society* 11 (2009), S. 379.

„McCarthyismus“ in den 1940er und 50er Jahren und der Krieg gegen Drogen in den 1980er Jahren. Zweitens hat eine Vergangenheit, in der die Dinge absolut, in schwarz und weiß und mit wenig oder gar keiner Toleranz für gegenläufige Ansichten betrachtet wurden, Jahrhunderte des amerikanischen Denkens geprägt. Am engsten verknüpft ist dies vielleicht mit dem protestantischen Fundamentalismus. Obwohl dieser Zusammenhang noch nähere empirische Untersuchung verdient, ist es bemerkenswert, dass die Ära der harten Strafen auch mit einer Bewegung einhergeht, die eine größere Einbeziehung religiöser Rechte in die amerikanische Politik erstrebt. Drittens ist, wie weiter unten noch näher erläutert wird, die amerikanische Verfassungs- und Strafrechtsstruktur im Hinblick auf die Wahl der örtlichen Staatsanwälte und die Wahl oder politische Ernennung von Richtern einzigartig im Vergleich zu anderen Nationen.⁶⁴ Viertens und letztens weist Tony darauf hin, dass die US-Geschichte der Sklaverei und Rassentrennung im Zusammenspiel mit den anderen drei Ursachen eine unauslöschliche Spur hinterlassen hat.

Die erste, zweite und vierte Aussage (Paranoia, Absolutismus und Rassenzugehörigkeit) befasst sich jeweils mit Haltungen und sozialen Normen. Diese werden hier kurz vorgestellt, bevor im nachfolgenden Abschnitt die größere Aufmerksamkeit auf die Frage der Wahlen der Staatsanwälte und Richter sowie auf die damit zusammenhängenden rechtlichen Strukturen gelenkt wird. Die ersten beiden Aussagen lassen sich als Ergänzung zu Garlands Bericht (und den damit verbundenen Berichten über postmoderne Angst) erblicken: Die Kriminalität nahm zu und entsprechend ihrer gesellschaftspolitischen Veranlagung reagierten die Amerikaner mit Paranoia und zogen sich auf eine manichäische Dichotomie von Gut und Böse zurück. Die beiden Merkmale bieten eine plausible Antwort auf kausale Fragen sowohl in zeitlicher als auch geografischer Hinsicht. Vor dem Anstieg der Kriminalität in der risikoscheuen Gesellschaft von „high crime“ und postmoderner Angst um die 1960er Jahre fehlten den USA die Gründe dafür, einen exponentiellen Ausbau des Strafvollzugssystems zu betreiben. Und während auch andere Nationen Varianten der „get-tough“-Bewegung in viel kleinerem Maßstab erfahren haben,⁶⁵ könnten die Merkmale dabei helfen, zu erklären, warum die Reaktion in den USA so extrem ausgefallen ist.

Tonys vierter und letzter Vorschlag zur Erklärung des amerikanischen Exzeptionalismus ist das Thema der Rassenzugehörigkeit. Viele Länder wiesen zeitweise die Parallele auf, dass ethnische Minderheiten oder Einwanderergruppen mit unverhältnismäßig hohen Strafen belangt wurden, sei es aufgrund von offener Diskriminie-

⁶⁴ Diese dritte Erklärung unterscheidet sich von den anderen insofern, als dass sie eine Antwort bietet, die an einen rechtlichen und strukturellen Mechanismus anknüpft und nicht an eine soziologische oder normbezogene Erklärung.

⁶⁵ Siehe z.B. *Doob/Webster*, *Crime&Just* 45 (2016), S. 359; und *Freiberg*, *Crime&Just* 45 (2016), S. 419 für Berichte über Kanada und Australien.

rung, ungleichmäßiger Strafverfolgung oder einem unterschiedlichen Niveau der kriminellen Betätigung.⁶⁶ Aber vielleicht sind die Erfahrungen der USA mit der Sklaverei und ihren Nachwirkungen davon verschieden. Tonry⁶⁷ beschäftigt sich mit Wacquants Bericht zu der Frage, wie „kulturelle Praktiken ebenso wie Rechtsinstitutionen in den USA dazu beigetragen haben, bestehende Muster im Hinblick auf die Dominanz und Hierarchie einzelner Rassen aufrechtzuerhalten“. Diese Kastenordnung bestand offenkundig zu Zeiten der Sklaverei; nach dem Bürgerkrieg fand sie Niederschlag in den Jim-Crow-Gesetzen, die die Rassentrennung aufrechterhielten und bis in die 1960er Jahre vom Obersten Gerichtshof der USA unter der „separate but equal doctrine“ für gültig erklärt wurden. Viele Afroamerikaner verließen den Süden in Richtung der nördlichen Städte, wo sie schließlich „in den städtischen Ghettos strandeten“ und wo „es zum Ausbruch der modernen Kriege gegen Drogen und Kriminalität kam“.⁶⁸ Michelle Alexander⁶⁹ hat das noch eindrücklichere Argument geprägt, dass die Masseninhaftierung als das neue Jim-Crow (Gesetz) zu erblicken sei. In ihren Worten:

[W]ir nutzen unser Strafrechtssystem dafür, Menschen farbiger Herkunft als „Kriminelle“ abzustempeln und dann all den Praktiken zu unterziehen, die wir angeblich hinter uns gelassen haben. Heute ist es völlig legal, Kriminelle auf fast alle Arten zu diskriminieren, wie es früher legal war, Afroamerikaner zu diskriminieren. Sobald man als Schwerverbrecher abgestempelt ist, sind die alten Formen der Diskriminierung – Diskriminierung am Arbeitsplatz, Diskriminierung bei der Wohnungssuche, Verweigerung des Wahlrechts und Ausschluss von Geschworenendiensten – plötzlich wieder legal. Als Krimineller hat man kaum mehr Rechte und wohl noch weniger Ansehen als eine schwarze Person, die in Alabama auf dem Höhepunkt von Jim Crow lebte. Wir haben die Kastenzugehörigkeit in Amerika nicht beendet, wir haben ihr lediglich ein neues Gewand verliehen.⁷⁰

Afroamerikaner haben unter den Auswüchsen der Masseninhaftierung am schlimmsten gelitten. Obwohl nur etwa 13 % der Gesamtbevölkerung afroamerikanische Wurzeln hat, sind etwa 50 % der in Staats- und Bundesgefängnissen Inhaftierten Afroamerikaner. Im Durchschnitt beläuft sich das Missverhältnis zwischen schwarzen und weißen Inhaftierten auf Ebene der Bundesstaaten auf mehr als fünf Afroamerikaner pro einem „Weißen“, wobei das Verhältnis in manchen Bundesstaaten bei über 10:1 liegt.⁷¹ In mehr als einem Fünftel der US-Bundesstaaten befindet

⁶⁶ Z.B: Australien (*Jeffries/Bond*, ANZJC 42 (2009), S. 47); Kanada (*Roberts/Doob*, *Crime&Just* 21 (1997), S. 469); die Niederlande (*Johnson/van Wingerden/Nieuwebeerta*, *Criminology* 48 (2010), S. 981).

⁶⁷ *Tonry*, *Punish&Society* 11 (2009), S. 387.

⁶⁸ *Tonry*, *Punish&Society* 11 (2009), S. 387.

⁶⁹ *Alexander*, *The new Jim Crow*, 2010.

⁷⁰ *Alexander*, *The new Jim Crow*, 2010, S. 2.

⁷¹ *Nellis*, *The Color of Justice*, 2016.

sich jeder 20. schwarze Mann im Gefängnis.⁷² Es wird erwartet, dass jeder dritte afroamerikanische Mann, der 2001 geboren wurde, während seines Lebens eine Zeit im Gefängnis verbringen wird.⁷³ Teilweise wird argumentiert, dass Minderheiten eher dazu geneigt seien, Straftaten auf dem Gebiet der Straßenkriminalität zu begehen.⁷⁴ Allerdings gibt es auch eine große Anzahl von Beweisen dafür, dass schwarze Amerikaner viel eher wegen Betäubungsmitteldelikten o.ä. in das Visier der Polizei geraten, obwohl „Weiße“ und „Schwarze“ Drogen in ähnlichen Mengen konsumieren und verkaufen.⁷⁵ Auch in der öffentlichen Meinung existieren in Bezug auf Fragen der Strafjustiz beträchtliche Rassenunterschiede, wobei viel mehr „Weiße“ als „Schwarze“ Maßnahmen wie die Todesstrafe, „three-strikes“ und die Verurteilung von Jugendlichen nach Erwachsenenrecht befürworten.⁷⁶

Die einzigartige Betonung der Rassenzugehörigkeit in den USA steht in Zusammenhang mit den genannten Erklärungen. Garlands Darstellung stützt sich auf postmoderne Ängste und existenzielle Unsicherheit; Tonry vermutet, dass durch die Bürgerrechtsbewegung die Angst der „Weißen“ vor einem Statusverlust an Afroamerikaner geschürt wurde. Offene Unterdrückung war nicht länger eine Option, die Gelegenheit war jedoch günstig für die in den Südstaaten angewandte Strategie, Kernfragen wie Sozialleistungen, Einwanderung und Kriminalität rassistisch zu prägen. Forman⁷⁷ erinnert uns daran, wie kompliziert der moderne Kontext von Rasse und Gerechtigkeit in den USA trotz alledem ist. Er erzählt, wie sich in den 1980er und 1990er Jahren sogar führende schwarze Politiker in Washington D.C. für eine Politik der harten Strafen und für wirksamere Maßnahmen zur Strafverfolgung in der Innenstadt einsetzten. Der Trend zur Masseninhaftierung stellt also nicht einfach eine diametrale Weiß-gegen-Schwarz Wiederholung von Jim-Crow dar. Forman deutet allerdings an, dass durch eine rassistisch motivierte Politik die Möglichkeiten der schwarzen Amerikaner eingeschränkt waren. „Afroamerikaner wollten mehr Strafverfolgung, aber sie wollten nicht nur die Strafverfolgung. Viele nahmen eine derartige Haltung ein, dass sie alle zur Debatte stehenden Reformen unterstützten, die überhaupt genannt wurden („all-of-the-above strategy“).⁷⁸

3.3 Wahlen der Staatsanwaltschaft und der Richter und „plea bargaining“

Tonys dritte Aussage, dass Amerika aufgrund von bestimmten Eigenschaften seiner Verfassung anfälliger für die Auswüchse der reaktionären punitiven Bewegung sei, unterscheidet sich von seinen anderen Aussagen in dem Sinne, dass es sich dabei um

⁷² *Nellis*, *The Color of Justice*, 2016.

⁷³ *Ghandnoosh*, *Black Lives Matter*, 2015.

⁷⁴ *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004.

⁷⁵ *Tonry*, *Punishing Race*, 2011.

⁷⁶ *Ghandnoosh*, *Race and Punishment*, 2014.

⁷⁷ *Forman*, *Locking Up Our Own*, 2017.

⁷⁸ *Forman*, *Locking Up Our Own*, 2017, S. 12.

eine Frage der Rechtsstruktur handelt. Tony betont die öffentliche Wahl von Staatsanwälten, die Wahl oder politische Ernennung von Richtern und den Prozess der direkten Bürgerbeteiligung mittels Volksentscheiden in einigen Staaten. Diese Regelungen werden im folgenden Abschnitt kurz dargestellt und um eine Erörterung der Frage ergänzt, ob das amerikanische System des „plea bargaining“, so wie es sich entwickelt hat, auch als eines dieser Strukturmerkmale erblickt werden kann, die die Probleme des amerikanischen Exzeptionalismus verschärft haben.

Die in den amerikanischen Gerichtsbarkeiten bestehende Praxis der öffentlichen Wahl von Staatsanwälten ist geradezu einzigartig. Ein politisierter Staatsanwalt ist Ausdruck eines politisierten Justizsystems. Als die Kriminalität in den 1970er Jahren zu einem nationalen politischen Thema aufstieg – zu großen Teilen durch die „Vierte Gewalt“ angeheizt (gemeint sind die Medien [Anm. des Übersetzers]) –, ließen sich die Wähler vor Ort von ihren falschen Wahrnehmungen und Ängsten leiten. Die immer weitergehenden Versprechungen der Politik, härter gegen Kriminalität vorzugehen, zogen ein gefesselt Publikum in ihren Bann und die amerikanischen Inhaftierungsraten schossen in die Höhe. Pfaff⁷⁹ zeigt dies in seiner Analyse der Daten zu den Kriminalitätsraten und zu der personellen Besetzung von Staatsanwaltschaften im Laufe der Zeit. Eines der interessantesten Argumente, das von Pfaff vorgebracht wird, beinhaltet einen Vergleich der Arbeitsbelastung der Staatsanwaltschaften in den Jahren 1974, 1990 und 2007. Die Anzahl der Staatsanwälte, die Kriminalitäts- und Festnahmeraten sowie die Inhaftierungen pro Staatsanwalt stiegen zwischen 1974 und 1990 deutlich an. Besonders ausgeprägt fällt dabei die Zunahme der Gefängniseinweisungen pro Staatsanwalt aus, die von 9 im Jahr 1974 auf 25 im Jahr 1990 gestiegen ist. Als die Kriminalitätsrate zwischen 1990 und 2007 zu sinken begann, verringerten sich auch die Fallzahlen pro Staatsanwalt und die von den Staatsanwälten vorgenommenen Festnahmen stark. So ist beispielsweise die Zahl der Delikte pro Staatsanwalt zwischen 1990 und 2007 von 725 auf 377 gesunken; die Festnahmen pro Staatsanwalt gingen von 710 auf 473 zurück. Die Zahl der Inhaftierungen pro Staatsanwalt blieb jedoch fast unverändert bei 25 im Jahr 1990 und 23 im Jahr 2007. Pfaff erklärt:

Während der Zunahme der Kriminalität in den 1980er Jahren arbeiteten die Staatsanwälte mehr und mehr. Als sich die Kriminalität dann aber rückläufig entwickelte, blieb die Arbeitsleistung pro Staatsanwalt stabil oder ging nur leicht zurück. Dieses Muster könnte eine wichtige Erklärung dafür liefern, warum die Zahl der Anklagen bei sinkenden Kriminalitätsraten anstieg: Es gab einfach mehr Staatsanwälte. Selbst wenn einzelne Staatsanwälte bei der Strafverfolgung weniger aggressiv vorgehen als ihre Kollegen in der Vergangenheit, würde die Aufstockung des Personals zu mehr Fällen führen, auch wenn die Kriminalität insgesamt zurückgeht.⁸⁰

⁷⁹ Pfaff, *Locked In*, 2017.

⁸⁰ Pfaff, *Locked In*, 2017, S. 129 f.

Wie bereits erwähnt, werden die Richter in den USA in der Regel durch öffentliche Wahlen oder politische Ernennung bestimmt. Dies macht die Richter empfänglich für fragwürdige Einflussnahmen und begünstigt eine Tendenz zur Verkündung harter Strafen. Wie an anderer Stelle festgestellt:

Kürzlich haben Wissenschaftler Ergebnisse veröffentlicht, die darauf hindeuten, dass gewählte Richter anfälliger für politischen Druck sind, einschließlich des Drucks, hart gegen die Kriminalität vorzugehen. Beispielsweise stellten Berdejo und Yuchtman (2013) fest, dass die Richter im Bundesstaat Washington (wo Richter durch unparteiische Wahlen ermittelt werden) Schwerverbrecher etwa 10 Prozent härter bestrafen, sobald sie sich der Wiederwahl näherten; Huber und Gordon (2004) stellten ebenfalls fest, dass die Strafschärfe gewählter Richter mit dem Bestehen kommender Richterwahlen zunehme. Lim (2013) berichtete, dass sich gewählte Richter leichter von Anreizen zur Wiederwahl beeinflussen ließen als ernannte, und dass die gewählten Richter ein viel ungleichmäßigeres Verurteilungsmuster aufwiesen als ernannte Richter. Die gewählten Richter spiegelten die Präferenzen ihrer unterschiedlichen Wahlkreise wider, während die ernannten Richter eher die durchschnittlichen Präferenzen des ganzen Staates widerzuspiegeln scheinen.⁸¹

Hörnle⁸² bietet einen Überblick über das gegensätzliche deutsche Modell, in dem Richter eine beamtenähnliche Stellung innehaben, was wahrscheinlich einer der vielen Faktoren ist, die Deutschland vor den Einflüssen einer „get-tough“-Bewegung geschützt haben.

Es fragt sich außerdem, ob die allgegenwärtige Praxis des „plea bargaining“ in den USA die Masseninhaftierung verschlimmert hat. Wie ich schon früher beobachtet habe, hat sich das „plea-bargaining“ bereits vor den 1970er Jahren etabliert und ist daher wohl kaum eine direkte Ursache für den US-amerikanischen Exzeptionalismus.⁸³ Es ist jedoch auch schwer vorstellbar, dass sich die Masseninhaftierung ohne die zweifelhaften Vorzüge der Verständigungsgespräche so schnell und umfassend hätte entwickeln können. Bis in die 1860er Jahre hinein war „plea bargaining“ in den USA verschrien und vom Obersten Gerichtshof nicht zugelassen.⁸⁴ Es gibt in der Tat ein stichhaltiges Argument dafür, dass das „plea bargaining“ auch heute noch verfassungswidrig ist. US-Praktiker und Sachverständige orientieren sich an dem sechsten Verfassungszusatz, der das Recht auf ein Geschworenenvorverfahren enthält; wenn ein solches Recht besteht, kann darauf auch verzichtet werden. Aber Artikel III der Verfassung, der dem sechsten Zusatzartikel vorausgeht, besagt: „Der Prozess über alle Straftaten, mit Ausnahme von Verfahren der Amtsenthebung, soll

⁸¹ Hester, *Criminology* 55 (2017), S. 229.

⁸² Hörnle, *Moderate and Non-Arbitrary Sentencing*, 2013.

⁸³ Hester, *Sentencing Disparity and Mass Incarceration*, 2019.

⁸⁴ Dervan, *Arriving at a System of Pleas*, 2019.

von Geschworenen geführt werden ...“ (US-Verfassung, Artikel III). Im historischen Kontext gibt es Gründe dafür, weshalb die Verfassungsväter die Geschworenengerichte als unverzichtbares, funktionales Mittel im Strafrecht verankern wollten. Die Gründer Amerikas waren misstrauisch gegenüber großer Machtkonzentration und der Verfassungsentwurf verteilte Macht und Autorität auf verschiedene Arten, einerseits zwischen der staatlichen und föderalen Ebene und andererseits zwischen den Kongress-, Exekutiv- und Justizstellen. Die Notwendigkeit, in jedem Fall eine aus Bürgern bestehende Jury einsetzen zu müssen, stellte einen weiteren Mechanismus dar, um die Regierung in wichtigen Freiheitsfragen in Schach zu halten.⁸⁵

Und dennoch fingen die US-Gerichte spätestens ab den 1860er Jahren damit an, auch Geständnisse zu akzeptieren. Das fragwürdige amerikanische Experiment der Prohibition von Alkohol ging mit einer Zunahme der bundesstaatlichen Strafverfolgungsaktivitäten und einer dementsprechend erhöhten Zahl von Strafverfahren einher. „Plea bargaining“ wurde in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu einer zunehmend genutzten Methode der Verfahrensbeendigung und etablierte sich noch vor dem rapiden Anstieg der Anklagen und Inhaftierungsraten, die die Ära der Masseninhaftierung kennzeichnen. Im Jahr 2000 wurden über 95 % aller Verfahren in den amerikanischen Gerichtsbarkeiten durch Geständnisse und nicht im Rahmen von Strafprozessen erledigt.⁸⁶

Die Nebeneffekte des grundlegenden Wandels von einem System der Strafprozesse zu einem System der Geständnisse werden zunehmend untersucht.⁸⁷ Es ist unklar, inwiefern die weit verbreitete Praxis des „plea bargaining“ zu den Masseninhaftierungen in den USA beigetragen hat, auffällig ist jedoch, dass diese Art der Verfahrenserledigung in den USA viel weiter verbreitet ist als in den meisten anderen Ländern. Bis 2015 war eine Verständigung im finnischen Strafprozess nicht zulässig und seitdem unterliegt ihre Anwendung strengen Beschränkungen.⁸⁸ Krajewski berichtet, dass eine Form der Verständigung in Polen erst seit Ende der 1990er Jahre erlaubt ist.⁸⁹ In England und Wales wurde „plea bargaining“ unter der Hand betrieben, wenn auch offenbar in viel geringerem Ausmaß als in den USA. Seit 2003 wird die Strafminderung infolge von Geständnissen durch eine Regelung bestimmt, die die Verständigung in die dortigen Strafzumessungsrichtlinien integriert.⁹⁰ Je nachdem wie früh oder spät im Prozess ein Angeklagter sein Geständnis vorbringt, beträgt der Strafnachlass zwischen 33 % und 10 %. Von dieser Regelung unterscheiden sich die auf der Grundlage eines Geständnisses ausgehandelten Deals in den USA dadurch, dass sie informell und ohne gesetzliche Normierung zustande kommen. Ausweislich der meisten empirischen Studien zu diesem Thema ist die „Strafe dafür,

⁸⁵ Siehe *Amar*, *America's Constitution*, 2012; *Hester*, *Sentencing Disparity and Mass Incarceration*, 2019.

⁸⁶ *Dervan*, *Arriving at a System of Pleas*, 2019.

⁸⁷ Siehe *Edkins/Redlich*, *A System of Pleas*, 2019.

⁸⁸ *Lappi-Seppälä*, *Crime&Just* 45 (2016), S. 38 f.

⁸⁹ *Krajewski*, *Crime&Just* 45 (2016), S. 181.

⁹⁰ *Roberts*, *Crime&Just* 48 (2019), S. 208.

sich auf einen Gerichtsprozess eingelassen zu haben“ (bzw. der „durch ein Geständnis zustande kommende Strafrabatt“) beträchtlich. Hester und Hartman⁹¹ untersuchten einen Staat mit einer Geständnisrate von 98 %; ihre Regressionsanalysen ergaben, dass Straftäter, die von ihrem Recht auf ein Gerichtsverfahren Gebrauch machten, mit einer 41 % höheren Wahrscheinlichkeit inhaftiert würden. Weiterhin fällt die Strafe der Inhaftierten, die im Rahmen eines Gerichtsverfahrens verurteilt wurden, im Durchschnitt um fast fünf Jahre länger aus als die derjenigen, die sich schuldig bekannt haben. In Deutschland und Frankreich existiert eine Form der Verständigung im Strafprozess,⁹² jedoch scheint diese Praxis auch dort weit weniger verbreitet zu sein als in den USA. Mit den Worten Weigends: „Obwohl das deutsche Recht formell keine Geständnisse oder Vergleiche vorsieht, hat die Praxis funktionale Äquivalente entwickelt: Geständnisse werden routinemäßig mit milden Strafen belohnt und besonders in komplexen Fällen sind die Gerichte oft bereit, im Voraus anzugeben, auf welche Strafe sie erkennen würden, wenn der Angeklagte ein Geständnis ablegen würde, in der Hoffnung, damit die Kooperationsbereitschaft des Angeklagten zu fördern.“⁹³ Inzwischen ist diese Praxis in Deutschland auch gesetzlich geregelt.⁹⁴

Wichtig ist, dass das Übergewicht des „plea bargaining“ und die Dominanz der Staatsanwälte sich wechselseitig beeinflussen. Richter Lynch⁹⁵ hat beobachtet, dass bei dem „plea bargaining“ nach amerikanischer Art der Staatsanwalt faktisch die Rolle des Richters einnimmt. Vor vielen Jahrzehnten merkte Robert H. Jackson, Richter am US Supreme Court und Hauptanklagevertreter der USA in den Nürnberger Prozessen, an, dass der amerikanische Staatsanwalt mehr Kontrolle über Leben und Freiheit habe als jeder andere Akteur in Amerika. Seit dieser Äußerung haben die vielen Einschränkungen des Ermessens der Richter und der Mitglieder des „parole board“ die Macht der Staatsanwälte nur noch erweitert. Wie Rechtswissenschaftler, darunter Reitz,⁹⁶ festgestellt haben, hat die Kombination von „plea bargaining“, den Reformen zur Strukturierung des Strafzumessungsrechts und einer Politik der harten Strafen dazu geführt, dass die amerikanische Reformära eine einseitige Neigung zugunsten der Strafverfolgung angenommen hat. „Plea bargaining“ könnte demnach einen unterschätzten Anteil am amerikanischen Exzeptionalismus haben.

⁹¹ Hester/Hartman, JQC 33 (2017), S. 77.

⁹² Frase, Sentencing in Germany and the United States, 2001.

⁹³ Weigend, Sentencing and Punishment in Germany, 2001, S. 206.

⁹⁴ Weigend, Crime&Just 45 (2016), S. 102.

⁹⁵ Lynch, StanLRev 55 (2003), S. 1399.

⁹⁶ Reitz, The Disassembly and Reassembly of US Sentencing Practices, 2001.

4 Diskussion und Schlussfolgerung

Das Anliegen dieses Aufsatzes bestand darin, zwei Punkte aufzuzeigen: Die große Vielfalt der amerikanischen Strafzumessung und die große Fehlentwicklung der amerikanischen Masseninhaftierung. Was Amerika tun wird, um den Auswüchsen der Masseninhaftierung Einhalt zu gebieten und inwiefern strukturelle Reformen des Strafzumessungsrechts dabei in der Zukunft eine Rolle spielen könnten, ist unklar. Vielleicht wird die Vielfalt der Möglichkeiten den Weg zu einigen vielversprechenden Lösungsansätzen weisen. Ab dem Jahr 2020 hängen große und drohende Fragen über der Zukunft der Strafzumessung in den USA. Dieser Aufsatz schließt mit der Erörterung von drei Fragen, die alle auf eine bestimmte Weise in Verbindung mit dem Kontext der Masseninhaftierung und den Chancen stehen, die in der vielfältigen amerikanischen Straflandschaft zu finden sind:

- 1) *In welche Richtung entwickelt sich die derzeitige Verurteilung- und Strafzumessungspraxis in den USA?*
- 2) *Wie wird es mit der progressiven Staatsanwaltschaftsbewegung weitergehen?*
- 3) *Ist die Bewegung der Strukturformen in der Strafzumessung vorüber?*

4.1 Aktuelle Richtung der US Strafzumessung

Eine gute Nachricht: Etwa seit 2009 hat sich das jahrzehntelange Wachstum der US-Gefangenenrate abgeschwächt und es ist ein leichter Rückgang zu verzeichnen. In den 2010er Jahren hat sich vieles aus einem neuen Klima und einem neuen Ethos der Bestrafung entwickelt. „Smart-on-sentencing“ hat „tough-on-sentencing“ ersetzt. Einflussreiche „rechte“ Denker haben sich den Forderungen nach einer umfassenden Reform der Verurteilungs- und Strafzumessungspolitik angeschlossen. Eine Reihe von Staaten hat sich an politischen Initiativen wie „Justice Reinvestment“ beteiligt, die danach streben, der Masseninhaftierung entgegenzuwirken. Auf föderaler Ebene ist 2018 mit dem „First Step Act“ eine Regelung in Kraft getreten, nach der die aufgrund von guter Führung gewährte Haftreduktion leicht erhöht wird (von 47 auf 54 Tage pro Jahr) und einige 2010 verabschiedete Reformen im Bereich der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten rückwirkend auch auf früher Verurteilte Anwendung finden. Außerdem spricht sich der Act für die Schaffung eines Risiko- und Bedarfsanalysensystems („risk and needs assessment system“) aus, mit dem Rückfällen der in Bundesanstalten Inhaftierten entgegengewirkt werden kann.⁹⁷

Die gegenwärtige Ära (2000-2020) lässt sich jedoch noch nicht klar definieren. Es ist viel von einer Reform des Strafrechts gesprochen worden, aber der gegenwärtigen Ära fehlt ein schlüssiges Thema oder eine einheitliche Richtung. Tonry hat es als ein Potpourri bezeichnet. Und obwohl es wahr ist, dass die Zahl der Gefangenen

⁹⁷ Samuels/La Vigne/Thomson, FSR 32 (2019), S. 92.

seit 2009 zurückgegangen ist, ist der Rückgang bescheiden. Während die Gefangenenpopulation zwischen 1973 und 2009 um 600 % anstieg, würde es selbst bei unvermindertem Anhalten der derzeitigen Abnahme bis zum Jahr 2093 dauern, bevor sich die Gefangenenpopulation halbiert hätte.⁹⁸ Mehrere Staaten haben ihre Population erheblich reduziert, aber in 8 Staaten gab es zwischen 2011 und 2016 ein bedeutendes Wachstum, und in mehreren weiteren Staaten fand weder Wachstum noch Abnahme statt.⁹⁹ Ein großer Teil des gefeierten Rückgangs ist nicht auf eine grundlegende Änderung der Politik zurückzuführen, sondern auf gerichtlich angeordnete Entlassungen in Kalifornien. Der Bundesstaat erlebte zwischen 2011 und 2016 einen erheblichen Rückgang der Gefangenenzahl um 25 % und aufgrund seiner Gesamtbevölkerung von etwa 40 Millionen wirkt sich die Entwicklung in Kalifornien in einem solchen Maße auf die Gesamtsituation in den USA aus, dass die dadurch entstandene Verzerrung nicht unterschätzt werden sollte. Obwohl in der modernen Rhetorik von einer Strafrechtsreform die Rede ist, muss es schon zu richtungsweisenden Veränderungen kommen, wenn die gegenwärtige Ära nicht bloß als ein kurzer Zwischenstopp auf dem Weg zum neuen Status quo in Erinnerung bleiben soll, sondern als wirkliche Umkehrung der Auswüchse der „get-tough“-Ära .

4.2 Bewegung progressiver Staatsanwälte

Die sich häufenden Beweise deuten darauf hin, dass die unkontrollierten staatsanwaltschaftlichen Befugnisse eine der treibenden Kräfte für die Masseninhaftierung sind.¹⁰⁰ In der zweiten Hälfte der 2010er Jahre haben öffentlichkeitswirksame Vorfälle von Polizeischüssen auf Minderheiten in Städten der USA zu aufflammenden Rassenkonflikten geführt, durch die eine bemerkenswerte Entwicklung ausgelöst wurde. Soziale Bewegungen wie „Black Lives Matter“ haben die kritische Aufmerksamkeit auf das Strafrechtssystem gelenkt. In mehreren Großstädten konnten Personen, die sich für eine Justizreform ausgesprochen haben und keinem traditionellen Lager angehören, die Wahlen zum Staatsanwalt gewinnen.¹⁰¹ Dazu gehören Wesley Bell in St. Louis, Kim Foxx in Chicago, Kim Ogg in Houston und – vielleicht am überraschendsten – Larry Krasner in Philadelphia. Krasner ist ein ehemaliger Pflichtverteidiger und Bürgerrechtsanwalt, der im Laufe seiner Karriere 75 Mal das Philadelphia Police Department verklagt hat.¹⁰² Nach seiner Wahl erließ Krasner eine Reihe umfassender Richtlinien, die die Assistenz-Bezirksstaatsanwälte dazu anwies, bestimmte Anklagen wegen Betäubungsmitteldelikten zurückzuziehen, Geständnisse mit Strafminderungen unterhalb der Mindestempfehlungen der Richtli-

⁹⁸ *Ghandnoosh*, *Can We Wait 75 Years*, 2018.

⁹⁹ *Ghandnoosh*, *Can We Wait 75 Years*, 2018.

¹⁰⁰ *Pfaff*, *Locked In*, 2017.

¹⁰¹ Siehe *Bazelon/Krinsky*, *There's a Wave of New Prosecutors*, 2018.

¹⁰² *Feuer*, *NYT* v. 17.06.2017.

nien von Pennsylvania zu honorieren und die geschätzten Kosten, die von der Inhaftierung eines Straftäters für die Allgemeinheit ausgehen, zu Protokoll zu nehmen, wenn eine Gefängnisstrafe beantragt wird.

Man kann nur vermuten, wie es mit der progressiven Staatsanwaltschaftsbewegung weitergehen wird. In Frage steht: Wie viel Einfluss werden diese Staatsanwälte auf die Verringerung der Masseninhaftierung haben, werden gleichdenkende Staatsanwälte in anderen US-Jurisdiktionen die bisher kleine Zahl progressiver Staatsanwälte vergrößern und wie lange werden die Amtszeiten der progressiven Staatsanwälte dauern. Am entscheidendsten wird es jedoch sein, welche Auswirkung fortschrittliche Staatsanwälte in großen Städten auf die Strafverfolgung und Verurteilung in Vororten und ländlichen Gebieten haben werden. Es ist möglich, dass sich das Strafniveau in großen urbanen Gebieten (das ohnehin schon niedriger ist) weiter vermindern wird, während es in anderen Gegenden unverändert bleibt, wodurch die geographischen Unterschiede noch verschärft werden würden.

4.3 Zukunft einer Reform zur Strukturierung der Strafzumessung

Wie sieht schließlich die Zukunft aus? Aus internationaler Perspektive scheint dem Richtlinienkonzept ein lebendiger Geist der Innovation und Anpassung innezuwohnen. In den letzten 20 Jahren wurden Richtlinien in England und Wales,¹⁰³ Südkorea,¹⁰⁴ Uganda, Nigeria, Jamaika und anderen Ländern¹⁰⁵ eingeführt; in Schottland¹⁰⁶ und Neuseeland¹⁰⁷ wird über eine solche Reform nachgedacht. Weitere Indizien belegen das Interesse an Richtlinien auf internationaler Ebene, wie z.B. die jüngste Forderung von Kaspar¹⁰⁸ nach einer Form beratender Richtlinien in Deutschland.

Um auf die Reformen in den USA zurückzukommen: Nach einer Serie neuer Richtlinien in den 1990er Jahren haben nur zwei Bundesstaaten (Alabama und Wisconsin) und der District of Columbia seit 2000 Richtlinien erlassen, und Wisconsin hat seine Richtlinien bereits wieder zurückgenommen.¹⁰⁹ Mehrere Bundesstaaten – Connecticut, Illinois und New York – haben kürzlich Strafzumessungskommissionen eingerichtet, keiner scheint jedoch Pläne zur Einführung von Richtlinien zu haben. Nevadas neue Kommission könnte sich als eine Ausnahme erweisen, aber im Kern bleibt es dabei, dass es derzeit 17 US-Bundesstaaten mit und 33 ohne Richtlinien gibt und dass bisher wenig Anzeichen für ein Wiederaufleben der Richtlinienbewegung bestehen.

¹⁰³ *Ashworth/Roberts*, Sentencing Guidelines, 2013.

¹⁰⁴ *Park*, FSR 22 (2010), S. 262.

¹⁰⁵ *Roberts*, Crime&Just 48 (2019), S. 187.

¹⁰⁶ *Roberts*, Crime&Just 48 (2019), S. 187.

¹⁰⁷ *Young/King*, The Origins and Evolution of Sentencing Guidelines, 2013.

¹⁰⁸ *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018.

¹⁰⁹ *Watts*, Timelines of Sentencing Commissions, 2016.

Ein interessanter Punkt, den es zu verfolgen gilt, ist die Frage, welchen Einfluss der neu ausgearbeitete Entwurf eines Musterstrafgesetzbuchs zur Strafzumessung („Model Penal Code: Sentencing“) haben könnte. Der MPCCS wurde 2017 nach 15 Jahren Forschung und Entwicklung unter der Leitung von Berichtersteller Kevin Reitz und der stellvertretenden Berichterstellerin Cecelia Klingele vom American Law Institute angenommen. Das Modellstrafsystem des MPCCS beinhaltet eine Reihe pauschaler Empfehlungen, darunter die Einrichtung einer ständigen Strafzumessungskommission, deren Aufgabe es ist, Strafzumessungsrichtlinien mit Vermutungswirkung in einem begrenzt vergeltenden Rahmen zu erarbeiten.¹¹⁰ Es bleibt abzuwarten, ob diese Empfehlungen die Bewegung der Strukturierung der Strafzumessung in Amerika wieder beleben werden. Der ursprüngliche „Model Penal Code“ von 1962 war jedenfalls sehr einflussreich, wurde als „das erfolgreichste Gesetzesreformprojekt in der Geschichte der amerikanischen Strafjustiz“ bezeichnet und wurde Gesetz in 40 US-Bundesstaaten.¹¹¹

Die Richterin am Obersten Gerichtshof, Brandeis, bezeichnete die US-Bundesstaaten einst öffentlichkeitswirksam als politische Labore. Die letzten 50 Jahre haben diese Eigenschaft als Experimentierobjekte sicherlich bestätigt. Leider wurden die vielversprechenden Innovationen immer öfter vom übergreifenden Ethos des amerikanischen Exzeptionalismus, der Masseninhaftierung, überschattet. Da sich die Staaten in einer Ära des Umbruchs zu befinden scheinen, werden sich hoffentlich die besseren Vorschläge – Konzepte wie Gesellschaftssanktionen und Resozialisierung sowie die vielversprechende Schaffung von Gleichgewicht zwischen Einheitlichkeit und Individualisierung – durchsetzen.

Aus einer externen Perspektive könnten interessierte internationale Beobachter einige wichtige Lehren aus dem letzten halben Jahrhundert der US-Strafzumessung ziehen. Erstens bieten die USA einige erfolgreiche Beispiele von Jurisdiktionen, in denen Strafzumessung anhand von Richtlinien betrieben wird. Leider wird die amerikanische Strafzumessung nach wie vor mit den Federal Sentencing Guidelines assoziiert, die aus den genannten Gründen anders funktionieren als die meisten US-Richtlinien und die Innovationen der Richtliniensystemen in den USA allgemein nicht gut repräsentieren. Frase¹¹² hat eine detaillierte Untersuchung von fünf exemplarischen Richtlinienstaaten vorgenommen, darunter Minnesota mit seinen Richtlinien mit Vermutungswirkung und dem modifizierten „just deserts“-Modell. Wie bereits erwähnt, üben die Richter in Minnesota weiter einen bedeutenden Ermessensspielraum aus, indem sie in fast 1/3 aller Fälle von den Vorgaben der Richtlinien abweichen. Wichtig zu erwähnen ist darüber hinaus, dass die Reformen im Zusammenhang mit Strafzumessungsrichtlinien – trotz der Komplexität der für die Masseninhaftierungen verantwortlichen Gründe – nicht ursächlich für den Aufstieg des

¹¹⁰ *Reitz/Klingele, Crime&Just* 48 (2019) S. 255.

¹¹¹ *Reitz/Klingele, Crime&Just* 48 (2019), S. 256.

¹¹² *Frase, Just Sentencing*, 2013.

amerikanischen Exzeptionalismus waren. Dieses Phänomen ist in erster Linie kulturell bedingt, obwohl es Anlass zu der Annahme gibt, dass auch die Kriterien, nach denen Richter und Staatsanwälte ausgewählt werden, nicht ausgereicht haben, um eine unvoreingenommene Absicherung gegen moralische Panik und sich ändernde Stimmungen des Volkes zu bieten. Zudem ermöglichte die überwältigende Dominanz des „plea bargaining“ eine exponentielle Zunahme der Erledigungszahlen und Verurteilungen. Die amerikanische Methode der Auswahl neuer Amtsträger und die Häufigkeit des „plea bargaining“ sind einzigartig und politische Entscheidungsträger aus anderen Nationen sollten weiterhin darauf achten, dass dies auch so bleibt.

Strafzumessung in US-amerikanischen Gerichtsbarkeiten. Ein Kommentar aus deutscher Sicht

Tatjana Hörnle*

1 Punitivität

1.1 „Die USA sind das straffreudigste Land der Welt“

Rhys Hester benutzt diese vergleichende Feststellung unter Hinweis auf die hohe Zahl an Strafgefangenen in den USA.¹ Die Vergleiche anderer Autoren, die das US-amerikanische Strafjustizsystem kritisieren, lauten ähnlich, gelegentlich mit Beschränkung auf „entwickelte Länder“² oder „große Nationen“³. Die allgemeine Kritik an den hohen Inhaftierungsquoten in den USA ist offenkundig angebracht; die Schlussfolgerung vom „*straffreudigsten* Land der Welt“ gibt jedoch Anlass zu Zweifeln. Der Mangel an ausreichend zuverlässigen Daten erschwert den Vergleich. Vergleichende Gefängnisstudien wie jene, die in der *World Prison Population List*⁴ angeführt werden, sind auf Daten angewiesen, die die nationalen Gefängnisbehörden freiwillig herausgeben. Die Möglichkeiten, die Qualität dieser Angaben zu bewerten, sind begrenzt. Es ist durchaus vorstellbar, dass Staaten wie China, Russland, Libyen und Myanmar Daten über alle inhaftierten Personen sammeln und bearbeiten und diese Statistiken

* Ich danke Frau Yvonne Shah-Schlageter für die Übersetzung des auf englisch gehaltenen Vortrags.

¹ *Hester*, in diesem Band, S. 101.

² Siehe z.B. *Tonry*, *Sentencing Fragments*, 2016, S. 13 f.

³ *Mauer/Nellis*, *The Impact of Life Imprisonment*, 2016, S. 24.

⁴ *Walmsley*, *World Prison Population List*, 2018.

korrekt berichten, aber eine Überprüfung ist schwierig. Was China angeht, so warnt die *World Prison Population List* ausdrücklich vor unvollständigen Daten⁵ und auch bei anderen Staaten kann die Genauigkeit der Statistiken und Berichte bezweifelt werden. Aber lassen wir diese Spitzfindigkeiten beiseite: Auf jeden Fall können wir mit Sicherheit sagen, dass das Punitivitätsniveau in den USA hoch ist und dass es einen beachtlichen Unterschied im Vergleich zu den deutschen Gefangenenraten gibt. Die deutsche Gefangenenrate von 75 (Gefangene pro 100 000 Einwohner; Referenzdatum 31.03.2018)⁶ steht in starkem Kontrast zur amerikanischen Zahl von 655 (Referenzdatum 31.12.2016)⁷.

1.2 Gründe für die hohe Inhaftierungsrate in den USA

In seiner Diskussion der Gründe für die hohen Gefangenzahlen in den USA verweist *Hester* auf bekannte kritische Berichte über die US-amerikanische Strafjustiz: „Culture of Control“⁸ von *David Garland* und die Bücher von *Michael Tonry*.⁹ Die Autoren betonen in ihren Erklärungen der US-amerikanischen Punitivität ein Bündel verschiedener Faktoren: Sozialpsychologie und öffentliche Wahrnehmung (Kriminalitätsfurcht); politische Anreize, die Kriminalitätsfurcht auszunutzen; Rassenklischees. *Michelle Alexanders* These vom „neuen Jim Crow“ impliziert sogar, dass das Strafjustizsystem in ähnlicher Weise als Instrument zur Durchsetzung der Rassentrennung genutzt wird wie Gesetze in der Zeit nach Abschaffung der Sklaverei.¹⁰ Es bleibt jedoch offen, ob diese Ansätze ein vollständiges Bild von den Hintergründen der unterschiedlichen Gefangenenraten geben.¹¹ Die komplizierte Wechselwirkung zwischen Kriminalitätsraten und Gefangenenraten verdient genauer betrachtet zu werden. Höhere Kriminalitätsraten, insbesondere bei den schwersten Straftaten, erklären nicht nur, sondern rechtfertigen auch höhere Gefangenenraten: Selbst in gerechten und fairen Strafjustizsystemen führen verschiedene Inzidenzraten zu höheren Gefangenenraten. Die oben genannten Autoren betonen jedoch, dass der jahrzehntelange Anstieg der Gefangenenraten nicht einfach die steigende Kriminalitätsrate widerspiegeln. Offensichtlich ist die Geschichte komplizierter: Angetrieben von Ängsten und Unmut in der Öffentlichkeit (was wiederum auf soziale und kulturelle Eigenheiten gesellschaftlicher Gruppierungen in den USA zurückgeführt werden kann), setzten steigende Kriminalitätsraten in den siebziger und achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts eine Spirale in Gang. Aufgrund dieser Spirale blieben die Gefangenenraten selbst dann auf einem hohen Niveau, als sich die Kriminalitätsraten wieder

⁵ *Walmsley*, *World Prison Population List*, 2018, S. 2.

⁶ *Walmsley*, *World Prison Population List*, 2018, S. 13.

⁷ *Walmsley*, *World Prison Population List*, 2018, S. 6.

⁸ *Garland*, *The Culture of Control*, 2001.

⁹ Siehe z.B. *Tonry*, *Sentencing Fragments*, 2016; *ders.*, *Thinking about Crime*, 2004.

¹⁰ *Alexander*, *The New Jim Crow*, 2010.

¹¹ Kritisch dazu *Forman*, *NYULRev* 87 (2012), S. 101.

abwärts bewegten. Außerdem scheinen Selbstverstärkungseffekte mitgewirkt zu haben; anders gesagt, die Aufwärtsspirale drehte sich steiler nach oben, nachdem die vielen Akteure im Strafjustizsystem straffreudiger wurden.¹²

Für Vergleiche des Strafzumessungsniveaus in unterschiedlichen Ländern interessiert die Frage, ob wir auch insoweit annehmen müssen, dass unterschiedliche Kriminalitätsraten keine große Bedeutung haben. Ich vermute, dass Kriminalitätsraten für die vergleichende Forschung etwas aussagekräftiger sind, was nicht bedeutet, dass sie die einzige oder wichtigste Variable sind, sondern nur, dass sie in einem komplexen Erklärungsmodell eine Rolle spielen sollten. Im Vergleich von Deutschland und den USA fallen nicht nur der Unterschied in den Gefangenenraten, sondern auch die unterschiedlichen Kriminalitätsraten auf. Die Zahl der erfassten Straftaten pro 100 000 Einwohner ist in den USA erheblich höher als in Deutschland. Zwar muss eingeräumt werden, dass Daten mit Vorsicht zu vergleichen sind, weil beispielsweise nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Straftatbestände in der deutschen *Polizeilichen Kriminalstatistik* (PKS) identisch sind mit denen in den *Uniform Crime Reporting* (UCR) Statistiken des FBI. Allerdings sind die Unterschiede zu auffällig, als dass man sie ausblenden könnte.¹³ So betrug beispielsweise im Jahr 2017 die Mordrate in den USA 5,3; die kombinierte Mord- und Totschlagrate in Deutschland 2,9. Im selben Jahr lag die US-amerikanische Kriminalitätsrate für Vergewaltigung bei 41,7; die deutsche bei 13,7; für Raub in den USA bei 98,0 und Einbruch 430,4; für Raub dagegen in Deutschland bei 47,0 und für Wohnungseinbruchdiebstahl¹⁴ bei 141,2. *Michael Tonry* argumentierte kürzlich, die Quoten von Gewaltverbrechen seien in den USA nicht höher als in anderen Staaten,¹⁵ allerdings lassen die Statistiken einen anderen Schluss zu, und zwar nicht nur für Gewaltverbrechen, sondern auch z.B. für Einbruch als einer recht häufigen Straftat. Ein Ländervergleich der Gefangenenraten könnte von einer etwas realistischeren Position, die die Kriminalitätsraten ernst nimmt, profitieren.

¹² Siehe *Forman*, *Locking Up Our Own*, 2017, Introduction.

¹³ Die folgenden Daten sind aus Department of Justice, *Crime in the United States*, Tabelle 1, sowie von mir errechnet aus Bundeskriminalamt (Hrsg.), *Polizeiliche Kriminalstatistik 2017*, Standardtabellen, Grundtabelle 1 (Fallzahlen) sowie der Tabelle Wohnbevölkerung.

¹⁴ PKS Straftatenschlüssel 435*00 (Fn. 13, Straftatenkatalog). Nicht eingeschlossen sind Einbrüche in Objekte, die keine Apartments oder Privathäuser sind. Einbrüche in andere Gebäude müssten zu den 38,5 hinzugefügt werden – trotzdem kann davon ausgegangen werden, dass der Unterschied zwischen den Einbruchsraten bemerkenswert ist.

¹⁵ *Tonry*, *Sentencing Fragments*, 2016, S. 14.

1.3 Bleibt die deutsche Gefangenenrate stabil?

In Deutschland waren die Gefangenenraten in den letzten Jahren niedrig und gleichzeitig ziemlich stabil. Unsere Gefängnisstatistiken lassen keinen Trend zu mehr inhaftierten Straftätern und/oder längeren Strafen erkennen: Die Zahl der Gefängnispopulation hat sich in den vergangenen zehn Jahren kaum verändert.¹⁶ Allerdings müsste eine gründlichere Analyse dieser Trends in puncto Freiheitsstrafen und Kriminalitätsraten auch demographische Veränderungen miteinbeziehen: In überalterten Populationen wäre ein klarer *Abwärtstrend* in den Gefangenenraten zu erwarten angesichts der Tatsache, dass der Anteil junger Männer abnehmen wird. Stabil bleibende Gefangenenraten könnten vielleicht auf eine stärkere Punitivität hinweisen, die durch die demographischen Auswirkungen verdeckt wird. Es ist jedoch nicht möglich, diese komplizierte Frage an dieser Stelle zu beantworten. *Thomas Weigend* beschrieb kürzlich die Sachlage mit dem Satz „[N]o news is good news.“¹⁷ *Weigend* selbst hatte vor mehreren Jahren, im Jahr 2001, vorhergesagt, dass sich auch Deutschland in Richtung stärkere Punitivität und höhere Gefangenenraten entwickeln würde¹⁸ und zeigte sich nun erleichtert, dass dem nicht so ist.

Aber es ist möglicherweise zu früh für eine Entwarnung. Trotz der gegenwärtig stabilen Situation könnten soziale und kulturelle Veränderungen, mit einer gewissen Verzögerung, letztendlich zu höheren Gefangenenraten führen. Ein Zusammentreffen zweier neuer Entwicklungen könnte zu problematischen Folgen (auch) für das Strafjustizsystem führen: zunehmende Fragmentierung innerhalb der deutschen Gesellschaft und hohe Einwanderungsquoten. Zwei vieldiskutierte neuere Berichte deutscher Soziologen skizzieren soziale und kulturelle Trends, die auch für die Kriminologie relevant sind. *Andreas Reckwitz* beschreibt den gegenwärtigen individualistischen Lebensstil im Kontrast zur der *nivellierten Mittelstandsgesellschaft*, einem vom Soziologen *Helmut Schelsky* geprägten Begriff. Für die ehemaligen Mittelschichten bedeutet dies einen Verlust an Sicherheit und Ansehen.¹⁹ *Cornelia Koppetsch* betont die zunehmende Frustration in Teilen der deutschen Bevölkerung als Auswirkung der Globalisierung.²⁰ Gleichzeitig ist Deutschland eine bevorzugte Destination für eine große Zahl von Migranten aus Afrika und dem Mittleren Osten, was die internen Fragmentierungsprozesse noch verstärkt. Da ein erheblicher Anteil der Migranten nicht die für die Mehrzahl der Arbeitsstellen heutzutage erforderlichen Qualifikationen mitbringt, wird dies vermutlich zur sozialen und wirtschaftlichen Belastung beitragen. Diese politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und psychologischen Phänomene könnten ähnliche Konsequenzen haben wie jene, die US-amerikanische Quellen berichteten: steigende Kriminalitätsraten, wachsende Frustration

¹⁶ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Strafvollzug - Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.03.2018, S. 11.

¹⁷ *Weigend*, *Crime&Just* 45 (2016), S. 83.

¹⁸ *Weigend*, *Sentencing and Punishment in Germany*, 2001, S. 209 ff.

¹⁹ *Reckwitz*, *Die Gesellschaft der Singularitäten*, 2017.

²⁰ *Koppetsch*, *Die Gesellschaft des Zorns*, 2019.

und eine zunehmend punitive Einstellung. Eine Umfrage aus dem Jahr 2018 verzeichnete bereits einen Anstieg der Punitivität: So waren 71 % der Befragten der Meinung, dass Straftäter weniger milde bestraft werden sollten.²¹

1.4 Faktoren innerhalb des Strafjustizsystems mit Einfluss auf die Gefangenenraten

Wissenschaftler, die die Gefangenenraten in verschiedenen Ländern vergleichen, müssen auch Faktoren innerhalb der Strafjustizsysteme berücksichtigen. Es ist zu erwarten, dass unterschiedliche Untersuchungs-, Strafverfolgungs- und Strafvollziehungspraktiken die Gefangenenraten beeinflussen. Die Gefangenenrate richtet sich nach der Zahl der in die Vollzugsanstalt aufgenommenen Personen und der Aufenthaltsdauer des Häftlings, also der Länge der Gefängnisstrafen.

Die Zahl der Gefängniseinweisungen ist abhängig von der Zahl der Verurteilungen, und die Zahl der Verurteilungen ist abhängig vom Anteil der Straftäter, die von der Polizei identifiziert, von Staatsanwälten angeklagt und von Gerichten verurteilt werden. Auf jeder Stufe des Verfahrens werden einige Fälle (mit schuldigen Straftätern) eingestellt und niedrige Gefangenenraten könnten auch darauf beruhen, dass ein größerer Anteil an Straftätern nicht verurteilt wird. In seiner mit „Locked In“ betitelten interessanten Studie kommt *John Pfaff* zu dem Schluss, dass Änderungen in der Arbeitsweise der Staatsanwaltschaften ein wichtiger ursächlicher Faktor für den Anstieg der amerikanischen Inhaftierungsraten in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts waren. Das Personal in den Staatsanwaltschaften wurde erhöht und damit die Zeit, die für jeden Fall zur Verfügung stand. Beide Faktoren sind entscheidend für den Anteil der Straftäter, die erfolgreich angeklagt, verurteilt und inhaftiert werden.²² Dies untermauert eine interessante Schlussfolgerung: Es könnte etwas irreführend sein, wenn die bis in die 1960er Jahre relativ niedrige Gefangenenrate in den USA dem Geist gütigen Wohlfahrtsdenkens und der Vernunft von Richtern und Bewährungsausschüssen zugeschrieben wird.²³ Vielmehr könnten historisch niedrigere Gefangenenraten auch auf unterbesetzte Strafverfolgungsbehörden und einen niedrigen Grad an Professionalisierung und Effizienz in ihren routinemäßigen Arbeitsabläufen zurückgeführt werden. Dies mag, auch im Hinblick nicht nur für die historische, sondern auch für die vergleichende Analyse, manche überraschend niedrigen Gefangenenraten erklären (überraschend in Bezug auf die sozialen Bedingungen und die Häufigkeit von Gewalt) wie beispielsweise die Statistiken aus der Zentralafrikanischen Republik (16), dem Südsudan (52) und Haiti (96).²⁴

²¹ *Köcher*, FAZ Nr. 164 v. 18.7.2018.

²² Siehe *Pfaff*, *Locked in*, 2017, Tabelle 5.1, S. 130.

²³ Siehe *Tonry*, *Sentencing Fragments*, 2016, S. 2 f. zu diesem Narrativ.

²⁴ *Walmsley*, *World Prison Population List*, 2018, S. 4, 7.

Was die USA angeht, so verweist *Hester* auf einen anderen Faktor im Gerichtsverfahren mit Einfluss auf die Zahl der Personen, die Gefängnisstrafen verbüßen. Er meint: „[P]lea bargaining may be an under-appreciated contributor to American Exceptionalism.“²⁵ („Die Verständigung im Strafverfahren ist möglicherweise eine unterbewertete Größe im amerikanischen Exzeptionalismus.“) Wenn ich dieses Argument richtig verstehe, bezieht es sich auf den enormen Unterschied zwischen dem schnellen Verfahren nach einem Schuldeingeständnis und dem langwierigen Schwurgerichtsverfahren (*jury trial*). Ohne *plea bargaining* würden viel weniger Strafverfolgungen mit Schuldsprüchen enden und viel weniger Straftäter im Gefängnis landen. Das deutsche Verfahrensrecht gestattet keine formalen Schuldeingeständnisse, die eine Hauptverhandlung überflüssig machen, aber § 257c StPO eröffnet Richtern, Staatsanwälten, Angeklagten und Verteidigern die Möglichkeit zu einer Verständigung, die das Verfahren abkürzt.²⁶ Ob diese deutsche Lösung erheblichen Einfluss hat, in Form von mehr verurteilten und auch dem Strafvollzug zugeführten Tätern, müsste noch weiter untersucht werden. § 153a StPO ist die zweite, von Staatsanwälten als zeitsparend und von Angeklagten als Mittel zur Umgehung des öffentlichen Verfahrens geschätzte Vorschrift: Sie gestattet es, Strafverfahren gegen Zahlung einer Geldauflage durch den Angeklagten einzustellen. Dies mag potentiell zu *niedrigeren* Gefangenenraten führen, aber es ist unklar, wie viele der eingestellten Verfahren ansonsten mit einer nicht auf Bewährung ausgesetzten Gefängnisstrafe geendet hätten (vermutlich wenige, da § 153a StPO auf *Vergehen* beschränkt ist, also auf Straftaten mit relativ niedrigem gesetzlichem Strafrahmen).

Bisher haben wir untersucht, welche Eigenschaften der Strafjustizsysteme einen Einfluss auf die nationalen Gefangenenraten erwarten lassen. Der erklärende Ansatz muss von normativen Bewertungen unterschieden werden. Aus normativer Sicht sind etwas höhere Gefangenenraten nicht notwendigerweise Grund für Kritik. Es ist kein Gerechtigkeitsproblem, wenn mit ausreichend Personal ausgestattete Staatsanwaltschaften und effizientere Arbeitsweisen der Staatsanwälte zu mehr Anklagen führen. Auch mehr Schuldsprüche aufgrund kürzerer Gerichtsverfahren würden *an sich* keine Kritik verdienen (allerdings gibt es natürlich andere normative Bedenken, wie die, Angeklagte zu Geständnissen von Straftaten zu motivieren, die sie nicht begangen haben.) Aus der normativen Perspektive, die fragt, ob ein System gerecht ist, kann es irreführend sein, sich ausschließlich auf das Endergebnis, beispielsweise auf die Gefangenenraten, zu konzentrieren. Es ist weitaus wichtiger, die Abläufe zu begutachten, die zu dem Ergebnis führen.

Aus der Gerechtigkeitsperspektive sind die Strafdauer und das sich daraus ergebende Gesamtmaß der Strafe wichtigere Anliegen. Selbst wenn Staatsanwälte unvoreingenommen und fair arbeiten und alle Urteile von ausreichenden Beweisen gestützt werden und Ergebnis eines gerechten Verfahrens sind, so sind lange Strafen

²⁵ *Hester*, in diesem Band, S. 178 bzw. S. 134.

²⁶ Siehe GLJ 15 (2014), S. 1 ff. (Sonderheft zum Thema Plea Bargaining in Deutschland) für eine Beschreibung des gesetzlichen Rahmens und der Praxis in Deutschland.

und die daraus resultierenden hohen Gefangenenraten Grund für Besorgnis. *Vincent Chiao* hat kürzlich mit Nachdruck eingewendet, die sozialen und finanziellen Kosten der US-amerikanischen Gefangenenraten seien besorgniserregend, selbst wenn die Urteile belastbar sind und die Strafen den Anforderungen der ordinalen Proportionalität²⁷ genügen.²⁸ Ein vernünftiger und sparsamer Umgang mit Freiheitsstrafen ist wichtig, weil sie den Häftlingen, ihren Familien und ihrem Umfeld schaden und die Steuerzahler belasten. Daher verdienen jene Faktoren Aufmerksamkeit, die festlegen, wie Richter die numerische Länge von Strafen (das Gesamtmaß der Strafe) bemessen, besonders in Systemen ohne Strafzumessungsrichtlinien wie dem deutschen System.

Die Organisation der Justiz scheint ein wichtiger Faktor zu sein.²⁹ Deutsche Gerichte sind bürokratisch organisiert. Richter werden nicht gewählt, sondern ernannt. Sie beginnen ihre Karriere typischerweise in relativ jungem Alter, nachdem sie das zweite Staatsexamen abgelegt haben. Richter zählen zwar nicht zur Verwaltung (der Exekutive), allerdings trägt die Art und Weise, wie deutsche Gerichte funktionieren und die Richterlaufbahn sich im System gestaltet, administrative Züge. Entscheidende Kennzeichen eines bürokratischen Gerichtswesens ohne Wahlen sind ein stark ausgeprägter Gemeinschaftsgeist unter den Richtern und die relative Abwesenheit von äußeren Einflüssen. Die spezifischeren Kennzeichen, die für die Herausbildung einer starken Tradition relativer Milde innerhalb des deutschen Richterwesens verantwortlich sind, sind Faktoren in unserer Geschichte geschuldet, vor allem dem Engagement der Eliten für humanitäre Belange als Mittel der Distanzierung vom Nationalsozialismus, einer Distanzierungsbewegung, die ab den 1970er Jahren besonders stark wurde. Ein weiterer wichtiger Faktor ist der Respekt der breiten Öffentlichkeit vor den Gerichten und richterlicher Expertise. Obwohl in Umfragen eine große Mehrheit der Meinung ist, dass Urteile in strafrechtlichen Verfahren zu milde ausfallen,³⁰ ist das Medieninteresse relativ gering und öffentlicher Protest wegen Urteilsprüchen selten. Die richterliche Urteilsfindung ist kaum reguliert. Strafzumessungsrichtlinien gibt es, wie gesagt, keine; die gesetzlichen Strafrahmen im Strafgesetzbuch (StGB) sind weit und die wenigen Strafzumessungskriterien im StGB sind sehr vage gehalten. Die Strafzumessung findet in einem Black-Box-System statt und dieser „schwarze Kasten“ ist hervorragend isoliert. Meine Hypothese ist, dass die Besonderheit der Black Box einer von zwei wichtigen Faktoren ist, die die vergleichsweise geringe Härte der Urteile in Deutschland erklären. Ein weiterer wichtiger Faktor ist die sozial und ethnisch traditionell starke Homogenität in der deutschen Gesellschaft, die einen hohen Grad an Solidarität und großzügige Wohlfahrtsregelungen begünstigt. Angesichts der Tatsache, dass die Heterogenität zunimmt und Deutschland sich auf eine fragmentierte Gesellschaften zubewegt, stellt

²⁷ Siehe *von Hirsch*, *Crime&Just* 16 (1992), S. 75 ff. zum Unterschied zwischen ordinaler und kardinaler Proportionalität.

²⁸ *Chiao*, *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, 2019, Kap. 4.

²⁹ Siehe hierzu auch *Hörnle*, *LCP* 76 (2013), S. 206 ff.

³⁰ Siehe Text zu Fn. 21.

sich für die Zukunft die folgende wichtige Frage: Ist die Isolierung um den „schwarzen Kasten“ richterlicher Strafzumessung dick genug, um ihn trotz der um ihn herum stattfindenden sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und psychologischen Veränderungen in der Gesellschaft „kühl“ zu halten? Eine potentielle Anpassung an gesellschaftliche Veränderungen würde in einem bürokratischen Justizsystem langsam vor sich gehen, was jedoch nicht gewährleistet, dass die Isolierung für immer undurchdringbar bleibt. Die Legislative hat eine wichtige Obergrenze gesetzt: Die erlaubte Höchststrafe (abgesehen von den sehr seltenen lebenslangen Freiheitsstrafen, die für Mord reserviert sind) beträgt 15 Jahre (§ 38 Abs. 2 StGB). Daher könnten selbst straffreudigere Richter keine Freiheitsstrafe von 20 oder mehr Jahren für Vergewaltigung, Raub, Totschlag oder andere Gewaltdelikte verhängen. Richter könnten allerdings, wenn sie innerhalb der bestehenden gesetzlichen Unter- und Obergrenzen vermehrt von den oberen Bereichen der Strafraumen Gebrauch machen würden, das Gesamtniveau des Strafmaßes merklich erhöhen.

2 Länderspezifische Unterschiede

In seinem Beitrag zu diesem Band macht *Hester* auf das breite Spektrum an Praktiken der Strafzumessung in den USA aufmerksam.³¹ *Volker Grundies* zeigte in einer kürzlich erschienenen empirischen Studie ebenfalls Unterschiede in der Strafzumessung in Deutschland je nach Region und Gerichtsebene auf.³² Auch das ist eine Konsequenz der deutschen bürokratischen, Black Box-geprägten Herangehensweise. Angehende Richter lernen an der Universität nichts über Strafzumessung (Strafzumessung gehört nicht zum Curriculum für das Erste Juristische Staatsexamen). Sind sie zum Richter oder Staatsanwalt ernannt, haben sie kaum eine andere Wahl, als die Kollegen in ihrem Gerichtsumfeld nach dem passenden Urteil zu fragen. Diese Methode, Strafzumessung zu erlernen, schreibt lokale Traditionen fort. Allerdings ist die Variationsbreite zwischen den Gerichten in Deutschland nicht so markant wie in den USA. Die deutschen Länder haben keine eigenen Strafgesetze, weshalb alle Richter dasselbe Strafgesetzbuch (StGB) und dessen gesetzliche Strafraumen anwenden. Es gibt ein oberstes Gericht, den Bundesgerichtshof, der die wichtigsten Entscheidungen der Instanzgerichte prüft, und die Fortbildung der Richter erfolgt in allen deutschen Ländern in Richterakademien. Trotzdem sollte man daraus nicht schließen, dass regionale Varianten und Vielfalt unter den Gerichten kein Problem seien. Das Problem mag geringer sein als in den USA, aber es ist wert, über eine Verbesserung der Gleichbehandlung in der Strafzumessung nachzudenken.³³

Dazu gehört auch die Frage, ob Strafzumessungsrichtlinien zu einer Verbesserung des Status Quo beitragen könnten. *Hester* äußert sich dazu folgendermaßen: „The dominant role federal guidelines have played in the sentencing reform debate

³¹ *Hester*, in diesem Band, S. 104.

³² *Grundies*, Gleiches Recht für alle?, 2016, S. 511.

³³ *Hörnle*, GA 2019, S. 283 ff. zur Relevanz des grundgesetzlichen Gleichheitsprinzips.

is unfortunate.“ („Die dominierende Rolle der Bundesrichtlinien in der Debatte über die Strafzumessungsreform ist bedauerlich.“)³⁴ Derselbe Satz kann auf die deutsche Literatur angewandt werden: Überlegungen zum Thema Strafzumessungsrichtlinien werden in unglücklicher Weise auf die U.S. Federal Guidelines verkürzt. Auf der vorletzten Tagung des Deutschen Juristentags im Jahr 2018 in Leipzig diskutierte die strafrechtliche Abteilung über eine Reform der Strafzumessung. Diese Diskussionen offenbarten starke *Status-quo*-Effekte: Juristen neigen dazu, vermutlich sogar in höherem Masse als andere Personen, gewohnte Regeln zu verteidigen. Davon abgesehen war das Ergebnis auch deswegen nicht zufriedenstellend, weil sich das strafrechtliche Gutachten zur Vorbereitung des Deutschen Juristentags auf die *U.S. Federal Sentencing Guidelines* als einzige potenzielle Alternative zur sehr wenig regulierten deutschen Strafzumessung konzentrierte. Der Berichtstatter lehnte diese Alternative ab.³⁵ Es war allerdings keine überzeugende Wahl, die Analyse auf die *U.S. Federal Sentencing Guidelines* zu beschränken.³⁶ Aus den von *Hester* in seinem Artikel erwähnten Gründen sind die *Federal Sentencing Guidelines* ein leichtes Ziel der Kritik und eine wenig attraktive Alternative für eine moderne Strafzumessungsreform. Ernsthafte Bemühungen um Reformmodelle müssen auf bessere Richtlinien achten. Für die deutsche Diskussion wären die englischen Strafzumessungsrichtlinien und ihr schrittweiser Ansatz vielversprechender gewesen. Es bleibt zu hoffen, dass die Diskussionen fortgesetzt werden.

³⁴ *Hester*, in diesem Band, S. 155 bzw. S. 106.

³⁵ *Kaspar*, *Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen*, 2018.

³⁶ Kritisch zur Diskussion in Leipzig siehe *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, S. 130; *Hörnle*, GA 2019, S. 285 ff.

Sentencing in US-American Jurisdictions

*Rhys Hester**

1 Introduction

Observers outside the United States often associate American sentencing with the well-known (and infamous) federal sentencing guidelines. What may also come to mind is the US's equally well-known (and equally infamous) incarceration rate, which towers over that of other nations, many times larger than any other modern Western country (a US rate of almost 700 per 100,000 compared to the typical European rate of around 100 per 100,000). This essay surveys the vast variety of American approaches to sentencing. Although the federal guidelines system may often be regarded as the typical US model, in fact most American states do not operate under guidelines, and those that do employ guideline systems that differ substantially from the federal system. As Section 2 explains, there is no single American approach to sentencing.¹ Instead, American punishment structures and practices are remarkably varied. To fully appreciate the differences in both frameworks and outcomes involves earnest interstate comparative study itself.

* I am grateful to Kai Ambos, Benjamin L. Berger, Nicola Padfield, and all of the participants of the Georg-August-Universität Göttingen Kriminalwissenschaftliches Kolloquium for their feedback. I would like to offer a special thanks to Tatjana Hörnle for her comments and insightful reply to this essay.

¹ See *Reitz*, *The Disassembly and Reassembly of US Sentencing Practices*, 2001, p. 223: “[I]here really is no such thing as ‘U.S. sentencing practice.’”

Section 2 surveys these fundamental differences among US jurisdictions, drawing comparisons and contrasts with other (primarily Western) systems and practices. Due to the prominence of the federal sentencing guidelines, the concept of the sentencing guidelines grid has become closely associated with American sentencing, though this association is misleading. While the federal system holds prestige in America (federal judgeships, clerkships, and positions with US Attorney's offices are highly competitive), the overwhelming majority of American criminal law takes place at the state and local level.

Collectively, federal cases make up less than 2% of the criminal caseload in the US, and the majority of those federal cases fall into a narrow range of categories of drug distribution, immigration violations, and corporate fraud.² The real work of criminal law — the handling of murder, rape, robbery, burglary, assault, theft, public order, and (although overlapping with federal jurisdiction) many drug and fraud offenses — takes place at the state and local level. Less than half of states currently have guidelines, and just more than a third (39%) of the US population lives under a state guidelines sentencing structure.³ Most of the US remains under a modified form of indeterminate sentencing, though a variety of adaptations have been integrated, to varying degrees, including abolition of parole release discretion, truth in sentencing, three strikes laws, mandatory minimum policies, and others.

Section 2 reviews their structural features and also discusses the most important social science theoretical advancements in sentencing are related to local (county level) jurisdictional differences in sentencing outcomes due to informal variations in local norms, conventions, attitudes, and practices.⁴ Holding constant the formal structure of any given state system, localities develop differing contours of justice under this way of theorizing of courts as communities.⁵ These differences merit attention since they shape substantive outcomes apart from the formal structures in place. Section 2 concludes with a walk through some indicative empirical examples involving the common offenses of burglary and robbery to demonstrate the vast differences in substantive outcomes reached in two states: Minnesota (a pioneering

² According to the US Sentencing Commission, the number of offenders sentenced in 2011 was 86,201 and fell to 67,742 by 2016 (https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2017/FY16_Overview_Federal_Criminal_Cases.pdf <31.05.2020>). The National Center for State Courts reports that state caseloads were over 21 million for the year 2007 dropping to 17.8 million by 2016 (<http://www.courtstatistics.org/~media/Microsites/Files/CSP/Criminal/PDFs/EWSC-2016-CRIM-Page-1-Trend.ashx> <31.05.2020>). However, only an estimated 22% of those cases were felony level (<http://www.courtstatistics.org/~media/Microsites/Files/CSP/Criminal/PDFs/EWSC-2016-CRIM-Page-2-Comp.ashx> <31.05.2020>). The NCSC data reports all cases while the USSC reports offenders (and thus undercounts total cases since many offenders are responsible for multiple cases). Regardless, the federal caseload is clearly a small portion of the total US caseload. In 2017, over 82% of federal cases were for drugs or guns, immigration, and fraud (USSC, 2017).

³ Frase, *Crime&Just* 48 (2019), p. 79.

⁴ Hester, *Criminology* 55 (2017), p. 205; Ulmer, *Crime&Just* 48 (2019), p. 483.

⁵ Eisenstein/*Flemming/Nardulli*, *The Contours of Justice*, 1988.

Midwestern guidelines state that has also abolished parole) and South Carolina (a Southern non-guidelines state that continues to retain parole release discretion).

Section 3 turns to the scale of punishment and mass incarceration in America. This section considers various explanations for the culture of punishment in the US, and adopts the position that the US experiences mass incarceration on a scale unparalleled due to social and cultural reasons. Since a majority of states never adopted sentencing guidelines and incarceration rates skyrocketed in those states as well as those with guideline, no causal connection exists between mass incarceration and guidelines.

Yet American sentencing is an aberration, an empirical phenomenon that needs explaining. Not only is the current era of American sentencing (1970-2020) unparalleled among other modern nations, but it is also without historical precedent. Prior to the 1970s, US punishment schemes and imprisonment numbers were very much in line with those of other countries. Something changed drastically, and Section 3 of this essay reviews the leading accounts of this American Exceptionalism⁶ in punishment and sentencing. The section begins with an exploration of why the US sentences so many more people to prison, per capita, than virtually any other nation in the world. Influential accounts include David Garland's theory focusing on a "culture of control," and Michael Tonry's identification of four US characteristics that seem to explain American Exceptionalism (a paranoid political style, a tendency to moral absolutism, structural features like election of prosecutors and election or political appointment of judges, and America's enduring struggle with slavery and race). Section 3 focuses on the state level variation, surveying the most defining structural features (guidelines and parole release), incarceration rates, and reviewing the literature on local legal cultures.

The essay concludes with Section 4 on some thoughts about future directions and opportunities in American sentencing.

2 Diversity in American Sentencing

Aside perhaps from its extreme punitivism, diversity is the defining characteristic of American sentencing. States vary on how much decision making discretion is allocated to traditional system actors (such the parties, judge, and parole board) versus systemic-level actors (such as legislators and sentencing commissions).⁷ Further, even within a framework of given formal rules, the literature suggests a rich and complicated system of local legal cultures where influence and interdependencies shape sentencing practices differently across locations. Moreover, more than 95% of all US criminal cases are now disposed of following a guilty plea, making that by far the most common mode of disposition. The structural rules themselves vary

⁶ See *Reitz*, *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, 2017.

⁷ See *Reitz*, *Law&Pol* 20 (1998), p. 389.

widely: almost half of the states use sentencing guidelines but over half do not, well under half abolished parole but most have retained it, and most have adopted varying degrees of mandatory minimum sentences. This diversity provides some opportunity for contemplating the impact that different reform efforts have on substantive impacts like overall severity, uniformity, and racial disparities. Overall, sentencing guidelines appear to increase uniformity and reduce disparities, with no clear impact (up or down) on severity.⁸

2.1 Diversity in formal structure

Federalism was historically a quintessential characteristic of the US political structure. At the nation's inception federal power was secondary to that of the states. But American federal power has grown primary in most areas of substance over time, spurred by the post-Civil War amendments which subjected states to various federal congressional authority and also by the New Deal. Yet, while federal legal reach is at an all-time zenith in most areas of policy, the states continue to enjoy a large amount of autonomy over concerns of criminal justice, policing, prosecution, and punishment.

Until the 1970s all US jurisdictions operated under a similar, organic, and discretion-laden indeterminate sentencing model. In response to diverse stimuli including progressive concerns over too much discretion and conservative concerns over rising crime rates, state and federal policymakers began piecemeal changes to formal sentencing structures. Among the most important reforms of the era were the creation of sentencing commissions and the concomitant promulgation of sentencing guidelines that commissions were charged with creating. Although local and informal guidelines efforts had popped up throughout the 1970s, states like Minnesota, Pennsylvania, and Washington pioneered the new wave of statewide, commission-promulgated guideline reforms. Propelled by the ideas set forth in Judge Marvin Frankel's influential book *Criminal Sentences: Law Without Order*, these states became the first to establish statewide guidelines systems in the early 1980s, all with some form of the now-familiar sentencing grid. For all but the most invested sentencing and punishment scholars, the nuances of various state guidelines efforts were overshadowed by the US federal sentencing guidelines, which were authorized in 1984 and went into effect in 1987.

A message often repeated, but seldom received, is that the federal guidelines are an unrepresentative monument of the guideline movement.⁹ Almost universally, academics have derided the federal guidelines and there are various indications that the shadow of the federal guidelines loomed so large in the US that some jurisdictions rejected guidelines reforms precisely to avoid the policy train wreck that is the

⁸ Frase, *Crime&Just* 48 (2019), p. 79.

⁹ *Stith/Cabranes*, *Fear of Judging*, 1998; *Tonry*, *Sentencing Fragments*, 2016; *Hester*, *Sentencing Policies and Practices*, 2016.

federal guidelines. According to Knapp,¹⁰ “For states, the only relevance of the federal sentencing guidelines is as a political obstacle — due to their great unpopularity. It was feared that the obstacle might even prove fatal to state efforts. Judge Thomas W. Ross, who chairs the North Carolina Sentencing and Policy Advisory Commission, observed that the Minnesota Sentencing Guidelines Commission’s task had been easy because they did not have the federal guidelines to contend with.”

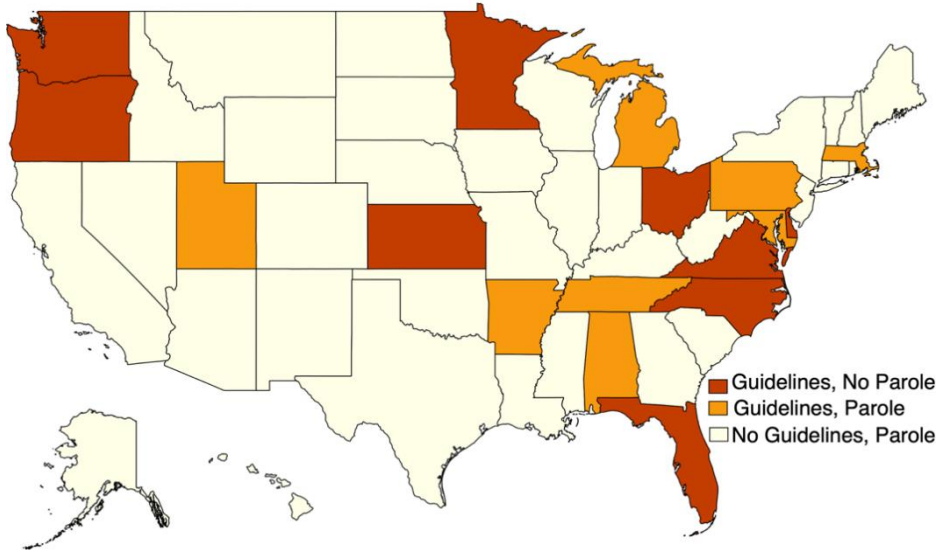
The dominant role federal guidelines have played in the sentencing reform debate is unfortunate. The overwhelming majority of criminal justice — around 98%¹¹ in the US continues to take place at the state level. Approaching half of the states (and also the District of Columbia) have adopted guidelines, and most of those appear more successful than the federal guidelines and none is characterized by some of the leading failures of the federal system, including the complexity, rigidity, and policies like real offense and relevant conduct. To the contrary, most state guidelines retain a workable balance of structure and discretion, and some commentators such as Frase argue that “properly balanced guidelines systems” are possible. He defines these as systems with “reasonable sentence severity levels and few mandatory minimum statutes, and in which courts retain substantial discretion to depart,” “it is rare that prosecutorial or plea bargaining decisions force judges to impose sentences with which the judges strongly disagree, as often seems to have occurred in federal courts”.¹²

The modal sentencing structure continues to be indeterminate with judges and parole boards exercising large amounts of discretion. As Figure 1 illustrates, seventeen of the fifty states have guidelines, with several other states (e.g., Louisiana, Missouri) having implemented guidelines only to later abandon them. The decision to adopt guidelines does not follow any apparent pattern. States in all major regions have adopted guidelines; some guidelines states have small populations while others are largest (including Florida and Pennsylvania, for example); some have had historically low incarceration rates (Minnesota) while others are and have been among the highest states of incarceration (Alabama, Pennsylvania).

¹⁰ *Knapp*, UColoLRev 64 (1993), p. 680.

¹¹ See footnote 2, above.

¹² *Frase*, CollRev 2005, p. 1231.

Figure 1: Map of United States by Major Sentencing Reforms

Source: The Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice, Sentencing Guidelines Resource Center, <http://www.robinainstitute.com>.

The various guidelines systems operate very differently. One key difference is in how guidelines populate along a continuum between advisory (or voluntary) and presumptively binding (sometimes referred to as mandatory). The majority of US guidelines function pursuant to the familiar two-way matrix, or grid. Some jurisdictions, such as the federal system, have a single grid. Others may have several, such as Maryland (person, property, and drug) and Minnesota (standard, sex, and drug). Though a minority, several state guidelines use worksheets (Virginia and Florida for examples) rather than a grid. Even among the worksheet states, the guidelines work more or less similarly; so far, no US jurisdiction has adopted the sequential offense-based approach of England and Wales.¹³

As Frase¹⁴ reviews, even among the most presumptive guidelines, judges generally may still rebut the presumptive sentence. Jurisdictions differ on whether typical sentence recommendations and departures from those recommendations are legally binding on judges and enforced through appellate review. Among the more presumptive jurisdictions are Kansas, Minnesota, Oregon, and Washington.¹⁵ Other jurisdictions allow judges to ignore guideline recommendations with virtually no legal accountability or appellate oversight; these include Arkansas, Delaware, Maryland, Utah, and Virginia.¹⁶ Still other jurisdictions occupy a more ambivalent space, with

¹³ See *Roberts*, *Crime&Just* 48 (2019), p. 187.

¹⁴ *Frase*, *Varying Binding Effects of Guidelines*, 2015.

¹⁵ See *Frase*, *Just Sentencing*, 2013; *id.*, *Varying Binding Effects of Guidelines*, 2015.

¹⁶ *Frase*, *Varying Binding Effects of Guidelines*, 2015.

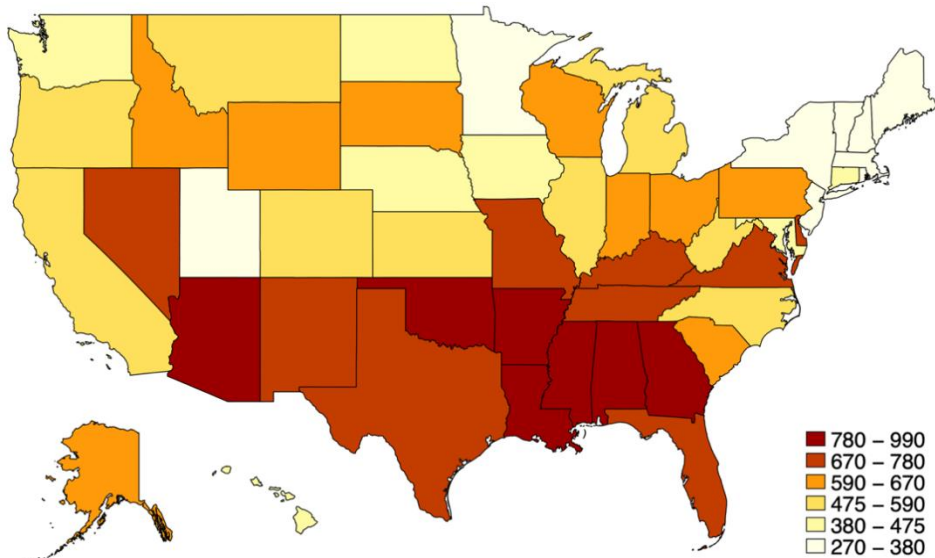
various features that might encourage greater compliance — e.g., whether judges must state reasons to justify departure.

While the existence of guidelines and parole release discretion are the first lines of distinction, other features are also important and defining. For states that have not abolished parole, some have heavily limited parole eligibility, often for certain categories of offenses. States also vary in the zeal with which they have adopted policies like three-strikes laws, life without parole, and mandatory minimum sentences. Drug laws and drug enforcement also vary significantly.¹⁷

2.2 US diversity in incarceration rates

Not only do the US states differ in formal structure, but substantive outcomes like imprisonment and supervision rates also vary dramatically. The general picture of the US as a world leader in incarceration masks the variation in incarceration rates by state. As shown in Figure 2 the culture of punishment in Southern states is pronounced and drives much of the overall high incarceration rates in America. Although a minority, several states including Massachusetts, Vermont, Minnesota, Rhode Island, and New Hampshire have incarceration rates at or below 300 per 100,000. This is high by world standards, at about double most country rates, but is much lower than the US average. Reciprocally, half the states have incarceration rates over 600, with Mississippi, Louisiana, and Oklahoma all over 900.

Figure 2: US State Incarceration Rates



Source: US Bureau of Justice Statistics.

¹⁷ See *Stemen/Rengifo/Wilson, Of Fragmentation and Ferment*, 2005 for a review.

The current numbers also mask phenomena related to the incarceration trends over time. Scholars have frequently noted that until around 1970, US incarceration rates were quite stable and consistent with those in most other Western nations.¹⁸ Since then, there are at least two stories in the American imprisonment saga. Thorough the 1990s, most US jurisdictions experienced exponential growth in per capita imprisonment, doubling the rate and doubling it again. With perhaps a few exceptions, this trend was reflected in almost all US jurisdictions. Since the late 1990s however, no single trend defines US punishment patterns.

As the National Research Council¹⁹ reported, between 1972 and 2000 all US jurisdictions experienced precipitous increases in prison rates, with most jurisdictions growing more than 200%, many more than 400%, and some higher than 600%. Between 2000-2010, the trend plateaued in most jurisdictions. About half of states continued to experience increases in incarceration, though few above 100%, and about half of states held stable or even declined.²⁰ There are clearly regional patterns: the Northeastern states have the lowest incarceration rates and the South the greatest. Otherwise, there are no discernable patterns respecting major reform initiatives like guidelines and parole discretion.

To summarize, given the variety of major differences in legal structure, it is a misnomer to speak of a single US sentencing approach. Given the prominence of the federal guidelines, observers within the US and among the international community may mistakenly equate US sentencing with guidelines, even though a majority of jurisdictions in America have not adopted guidelines. Instead, American sentencing is marked by a hodge-podge of policies, making jurisdiction unique legal enterprises. Not only are the formal legal structures diverse, but American sentencing is characterized by marked differences in informal legal cultures which play a prominent role in shaping punishment outcomes.

2.3 Diversity in local legal culture

Once formal legal structure is controlled for, sentencing norms, practices, and outcomes in the US exhibit another kind of diversity, this one in local legal culture. These differences have given rise to the leading social science theory of US courts, the courts as communities perspective.²¹ This section describes the key tenets of courts as communities and provides examples of the theory in action from empirical studies.

Court communities theory explores an array of differences in practices and attitudes in local courts — differences which go on to define various contours of justice in local jurisdictions. The theory emerged from the work of Eisenstein, Flemming,

¹⁸ *Blumstein/Coben*, *JCL&Criminology* 64 (1973), p. 198.

¹⁹ National Research Council, 2014.

²⁰ NRC, 2014, p. 43.

²¹ See *Ulmer*, *Crime&Just* 48 (2019), p. 483; *Hester*, *Criminology* 55 (2017), p. 205.

and Nardulli from the 1970s and 1980s. Eisenstein and colleagues studied local norms and practices in a total of nine counties — three in each of three states, chosen for their diversity along dimensions of population, economic trajectory, crime, and so forth. One can conceive of the court community model as a series of concentric circles. Central is the courtroom workgroup — primarily the prosecutor, defense attorney, and judge assigned to dispose of a particular case. An immediate sphere of influence is the level of sponsoring organizations to which these individuals report: the prosecutor's office, the public defender's office (or local defense bar), and local bench. Depending on the size and organization of the office, these sponsoring organizations can have an important influence on their representatives and thus on ultimate sentencing outcomes. Taking a prosecutorial office as an example, how the office is organized structurally, what leadership style pervades, and the historical relationships and power dynamics between the prosecutor's office and the local public defender's office may shape the cultural context in which a junior prosecutor operates.²² An additional concentric layer of influence is the local political and social community in which the workgroups and sponsoring offices are situated. The theory posits that local politics and influences infuse the context of sentencing in a given court community. These include an array of stimuli — expectations of local elites, local jail capacity, media coverage of crime, and so forth.²³

Within this framework, scholars have found that local jurisdictions develop localized “going rates” for particular criminal offenses and offender profiles. For jurisdictions with no guidelines or with guidelines containing large windows of discretion, going rates may describe the unwritten conventions that dictate consistency in how sentences are often prescribed. For example, burglary offenders with a modest criminal record may generally only get a few months in jail in some counties but several years in others, as dictated by the local legal culture and going rates of the particular place in question. A number of studies have found evidence for these inter-county differences in local legal culture.²⁴

Legal culture is usually associated with inter-county differences in sentencing outcomes, but my study of court communities in South Carolina²⁵ demonstrates how statewide legal culture and unwritten rules can also work towards uniformity in outcomes too. Earlier analyses²⁶ had uncovered a surprisingly small amount of variation at the county level in the US state of South Carolina. I explored these findings through qualitative interviews with state trial judges.²⁷ Two primary operators

²² Hester, *Criminology* 55 (2017), p. 205.

²³ Eisenstein et al., *The Contours of Justice*, 1988.

²⁴ E.g., Bontrager/Bales/Chiricos, *Criminology* 43 (2005), p. 589; Stolzenberg/D'Alessio, *CAD* 43 (1997), p. 457; Dixon, *AJS* 100 (1995), p. 1157; Kautt, *JQ* 19 (2002), p. 633; Ulmer/Johnson, *Criminology* 42 (2004), p. 137. See Hörnle, *Moderate and Non-Arbitrary Sentencing*, 2013, for a similar discussion of the influence of regional customs and practices in Germany.

²⁵ Hester, *Criminology* 55 (2017), p. 205.

²⁶ Hester/Senigny, *JCJ* 39 (2016), p. 55; Hester/Hartman, *JQC* 33 (2017), p. 77.

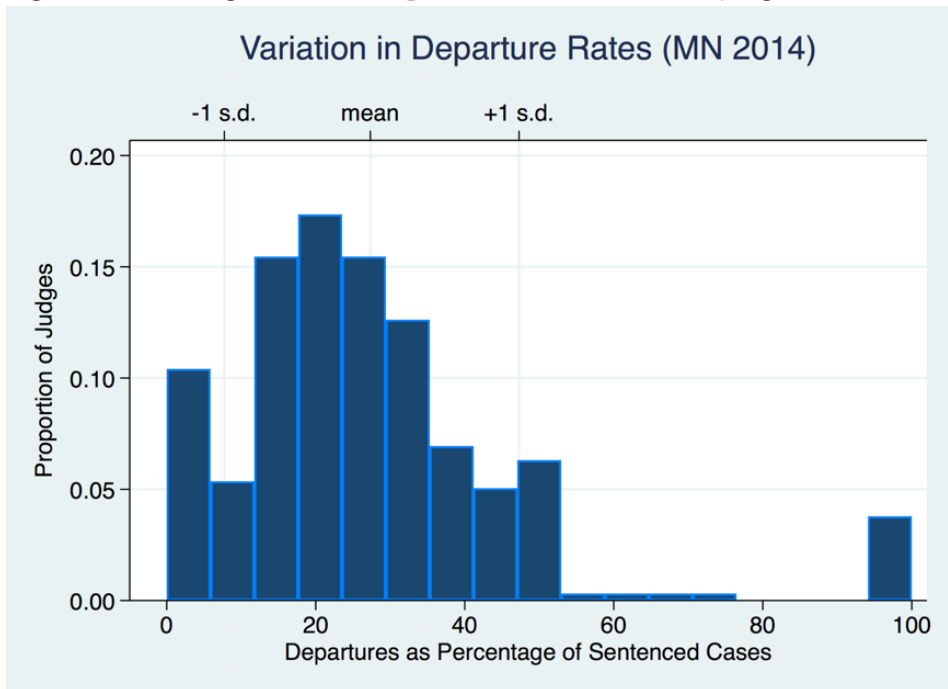
²⁷ Hester, *Criminology* 55 (2017), p. 205.

emerged. First, the state continued the practice of judicial rotation; rather than holding court in the same location perpetually, South Carolina judges traveled throughout the state during the year, holding court in an average of 12 of the state's 46 counties in the year studied. While the rotation schedule was ad hoc and not systematic, it ensured that in any given jurisdiction, a number of different judges would pass through in a given year. The state's 50 trial judges populated along a continuum of lenient to punitive, with the most lenient judges informally being referred to as "plea judges." Plea judges earned this title since, due to their favorable sentencing patterns, offenders would readily enter guilty pleas when these lenient judges rotated into town. In a form pervasive judge shopping, the plea judges effectively set the going rates throughout the state. If an offender were facing the prospect of entering a plea in front of a harsh judge, he or she could hold fast and wait to plead once a more lenient judge came to town. In response, many judges adjusted their sentences to reflect the plea judge going rates in order to maintain caseload efficiency. A small number of harsh judges were less inclined to adjust their sentences; as a result, prosecutors would frequently assign these harsh judges to terms of trial court rather than plea court. Since 98% of cases in this jurisdiction are resolved with guilty pleas, this plea judge-driven practice affected the overwhelming majority of cases.

In addition to the influence of plea judge going rates, the practice of judicial rotation also meant that norms and ideas were spread across the state, a sort of cross-pollination of ideas and culture. In the larger cities, several judges would often overlap for terms of court and would spend time together discussing the business of the trade, including sentencing. In addition, judges could adopt good practices from across the state while also squelching aberrant practices wherever they arose.²⁸

South Carolina is an indeterminate state where considerable latitude exists for the operation of unwritten rules and informal norms. Yet even in jurisdictions with guidelines, there is wide local variations in practices, as illustrated by a few examples. Under looser and voluntary guidelines, the parties retain a great deal of authority to deviate from the guidelines. For example, Pennsylvania is a socially and politically diverse state which contains one of the largest cities in the US (Philadelphia), but also a vast rural area occupied by many social and political conservatives (in fact, Pennsylvania is one of the swing states that went to Trump in the 2016 election and ultimately secured victory for him). Many aspects of criminal justice and sentencing, including the way the guidelines are processed and the substantive sentences doled out, are very different in Philadelphia compared to the rest of the state. Even in jurisdictions like Minnesota which remain presumptively binding, judges may still depart from guidelines for giving stated reasons. As Figure 3 demonstrates, on average the departure rate in Minnesota is approximately 28%, but this rate varies by judge, with some judges almost always adhering to the guideline presumptive sentence, and some judges departing from recommendations more often than they comply with them.

²⁸ Hester, *Criminology* 55 (2017), p. 205.

Figure 3: Sentencing Guidelines Departure Rates of Minnesota Judges

Notes: Based on MN Sentencing Commission 2014 Annual Monitoring Data; departure rates by judge, for judges who sentenced at least 50 cases during the year.

2.4 A comparison of two American jurisdictions: South Carolina and Minnesota

In order to illustrate some of the variation in US sentencing models, the following sections provide sketches of two jurisdictions that occupy different points along the punishment policy spectrum: South Carolina, a Southern state with a historically high incarceration rate, no guidelines, and parole retention; and Minnesota, a Midwestern state with a historically low incarceration rate, one of the first jurisdictions to adopt presumptive guidelines and to abolish parole release discretion.

South Carolina: Modified indeterminate sentencing

Given the array of policy choices, US states differ dramatically from one another in the structural rules that govern punishment and sentencing, and these differences go much deeper than a mere recognition whether sentencing guidelines are in place or not. Even states classified as indeterminate can have very different contours. The Southern state of South Carolina provides an example of the milieu of structural features that define differences in sentencing among indeterminate states.

The inaugural chair of the US Sentencing Commission was a South Carolinian, Judge William Wilkins. As Judge Wilkins worked to establish the federal sentencing guidelines, his brother David Wilkins (who would later serve as US Ambassador to Canada) labored as a member of the South Carolina general assembly to pass state guidelines.²⁹ South Carolina was one of the first states to form a sentencing commission, but despite efforts that spanned nearly three decades, guidelines never overcame the opposition from state judges and practitioners. Yet, due to an array of legal changes, South Carolina is also no longer the paradigmatic indeterminate system of the first half of the 1900s. Crimes are organized into categories with coarse statutory maximums (e.g., Felony F – 5 year maximum, Felony E – 10 year maximum, Felony D – 15 year maximum, and so forth: see Table 1). The state adopted a three strikes law in the 1990s, but its application is much narrower than the more high-profile example in California.

Table 1: South Carolina Statutory Maxima

<i>Offense Level</i>	<i>Example</i>	<i>Maximum Sentence</i>
Exempt	Murder, Burglary 1st	
Felony A	Kidnapping	30 years
Felony B	Arson (2nd degree)	25 years
Felony C	Attempted armed robbery	20 years
Felony D	Burglary 2nd (violent)	15 years
Felony E	Burglary 2nd (non-violent)	10 years
Felony F	Grand Larceny (\$2k - \$10k); Invol. Ms.	5 years

Notes: There are also three classes of Misdemeanors (A, B, and C, with statutory maximums of 3, 2, and 1 years); in addition, some Misdemeanors are unclassified and, while rare, can carry maximums up to 10 years.

The state retains parole release, but parole eligibility rules are varied according to the commitment offense. For some exceptional crimes, like murder, parole is not permitted. For many lower level offenses, individuals are eligible for parole after serving 25% of their sentence. However, serious violent offenses are subject to the “truth-in-sentencing” legislation passed in the 1990s which requires 85% of a sentence to be served prior to parole release eligibility. For still other crimes, the time served requirement is 33%. Thus, depending on the offense, an individual may be a candidate for parole after serving 25%, 33%, or 85% of their imposed sentence, or, may never be eligible at all. South Carolina also has in place an assortment of mandatory

²⁹ Hester, *Sentencing Policies and Practices*, 2016.

minimum penalties which restrict judicial discretion. As reported in Hester and Hartman,³⁰ mandatory minimums were applied in about 5% of the cases sentenced in 2000-2001.

Minnesota: Presumptive sentencing guidelines with no parole

In contrast to South Carolina, Minnesota is an example of a determinate (i.e., no parole) guidelines state. In this respect, Minnesota looks structurally similar to the federal guidelines, although commentators have gone to great lengths to distinguish the jurisdictions. The Minnesota guidelines now have three grids: a standard grid, a sex offense grid that went into effect in the 2000s, and a drug offense grid that went into effect in 2016. The grids operate similarly to the federal guidelines grid with offense severity levels on the vertical axis and offender criminal history score on the horizontal axis. The grids are unlike the federal grid in that there are many fewer severity categories, and the array is reversed — in the federal system the lowest severity is at the top of the grid and escalates from top to bottom, while in Minnesota the lowest schematic level corresponds with the lowest offense severity. The Minnesota grids display a dark black disposition line which demarks gray shaded cells that indicate presumptive prison stay cells from the unshaded presumptive prison term cells. The term “stay” refers to a disposition in which a judge may impose a conditional prison sentence but withhold (or “stay”) its execution if the offender successfully fulfils certain other conditions instead. These conditions are usually short jail sentences along with community supervision sentences.

In Minnesota there is this stay of execution disposition and also a “stay of imposition” sentence in which the judge actually withholds pronouncing a sentence contingent upon the offender successfully completing the stated conditions. As Frase³¹ observes, some offenders falling in the presumptive stay zone are, in fact, actually presumptive prison commits due to the operation of mandatory minimums. Minnesota abolished parole release discretion, but offenders who serve prison terms are eligible for up to a one-third credit for good conduct in prison; the credit comes in the form of supervised release which looks a lot like parole.³²

The Minnesota guidelines continue to operate presumptively, even after the US Supreme Court’s *Booker* decision which effectively rendered the federal guidelines advisory. Minnesota judges, may however exercise departures from the guidelines both as to disposition (incarceration or not) and duration (length of sanction). The empirical data maintained by the Minnesota Sentencing Commission shows that departures are entered in almost 30% of cases; most common are downward dispositional departures by which judges decline to send to prison an offender whom the guidelines indicate is a presumptive prison commitment.

³⁰ Hester/Hartman, JQC 33 (2017), p. 77.

³¹ Frase, CollRev 2005, p. 1190.

³² Frase, CollRev 2005, p. 1190.

Figure 4: Minnesota Standard Sentencing Guidelines Grid

Presumptive sentence lengths are in months. Italicized numbers within the grid denote the discretionary range within which a court may sentence without the sentence being deemed a departure. Offenders with stayed felony sentences may be subject to local confinement.

SEVERITY LEVEL OF CONVICTION OFFENSE (Example offenses listed in italics)	CRIMINAL HISTORY SCORE						
	0	1	2	3	4	5	6 or more
<i>Murder, 2nd Degree (intentional murder; drive-by-shootings)</i>	11 306 261-367	326 278-391	346 295-415	366 312-439	386 329-463	406 346-480 ²	426 363-480 ²
<i>Murder, 3rd Degree</i> <i>Murder, 2nd Degree (unintentional murder)</i>	10 150 128-180	165 141-198	180 153-216	195 166-234	210 179-252	225 192-270	240 204-288
<i>Assault, 1st Degree</i>	9 86 74-103	98 84-117	110 94-132	122 104-146	134 114-160	146 125-175	158 135-189
<i>Agg. Robbery, 1st Degree</i> <i>Burglary, 1st Degree (w/ Weapon or Assault)</i>	8 48 41-57	58 50-69	68 58-81	78 67-93	88 75-105	98 84-117	108 92-129
<i>Felony DWI</i> <i>Financial Exploitation of a Vulnerable Adult</i>	7 36	42	48	54 46-64	60 51-72	66 57-79	72 62-84 ^{2,3}
<i>Assault, 2nd Degree</i> <i>Burglary, 1st Degree (Occupied Dwelling)</i>	6 21	27	33	39 34-46	45 39-54	51 44-61	57 49-68
<i>Residential Burglary</i> <i>Simple Robbery</i>	5 18	23	28	33 29-39	38 33-45	43 37-51	48 41-57
<i>Nonresidential Burglary</i>	4 12 ¹	15	18	21	24 21-28	27 23-32	30 26-36
<i>Theft Crimes (Over \$5,000)</i>	3 12 ¹	13	15	17	19 17-22	21 18-25	23 20-27
<i>Theft Crimes (\$5,000 or less)</i> <i>Check Forgery (\$251-\$2,500)</i>	2 12 ¹	12 ¹	13	15	17	19	21 18-25
<i>Assault, 4th Degree</i> <i>Fleeing a Peace Officer</i>	1 12 ¹	12 ¹	12 ¹	13	15	17	19 17-22

¹ 12¹=One year and one day



Presumptive commitment to state imprisonment. First-degree murder has a mandatory life sentence and is excluded from the Guidelines under Minn. Stat. § 609.185. See section 2.E, for policies regarding those sentences controlled by law.



Presumptive stayed sentence; at the discretion of the court, up to one year of confinement and other non-jail sanctions can be imposed as conditions of probation. However, certain offenses in the shaded area of the Grid always carry a presumptive commitment to state prison. See sections 2.C and 2.E.

South Carolina and Minnesota in Contrast: Comparing Burglary and Robbery

Moving past the structural markers, this section considers how three different common criminal offenses are treated in each jurisdiction, by first locating the range of punishment each would be subject to and second by reporting on some sentencing data for actual sentences in each jurisdiction. The three offenses are:

- *Burglary at night, while armed with a deadly weapon*
- *Burglary, unarmed, daytime, unoccupied dwelling*
- *Armed robbery*

First, in South Carolina burglary of a dwelling at night while armed is designated as Burglary in the First Degree, which is a felony exempt from the classification scheme, and which carries a penalty of a minimum of 15 years in prison up to a maximum of Life without the Possibility of Parole. In Minnesota, this same offense is designated at Severity Level 8 on the Minnesota standard grid; for offenders with no prior record, the grid recommendation is 48 months in prison — at the other extreme, for those with a criminal history score of 6 or more, the recommendation is 108 months in prison. Thus, even for the most voluminous Minnesota offender, the recommended sentence is 60% of the mandatory minimum sentence for this offense in South Carolina.

Daytime burglary of a dwelling without a weapon in South Carolina is designated as Burglary in the Second Degree (nonviolent), a Class E felony with a penalty range of 0 to 10 years in prison. In Minnesota, it is a Severity Level 5 offense. For criminal history 0 offenders, the recommendation is for a non-prison sanction of 18 months; for those in the maximum criminal history category the recommendation is for 48 months in prison.

Armed Robbery in South Carolina is again a felony exempt from classification. It carries a minimum 10 year prison sentence up to a maximum of 30 years. A special statutory provision specifies that in no case may an offender of this crime be paroled prior to serving 7 full years in prison. In Minnesota it is a Severity Level 8 offense with prison recommendations of 48 to 108 months (the same as armed Burglary, discussed above).

On paper, South Carolina is clearly much more punitive in its prescribed punishments. Table 2 reports the actual sentences for these offenses in each jurisdiction for selected sentencing years. For nighttime burglary with a weapon the contrast is staggering. Due to the mandatory penalty, 100% of South Carolina offenders are imprisoned compared to just over half (56%) of Minnesota offenders.³³ Overall, South Carolina armed burglars are about twice as likely to go to prison, and when they do their sentence is over three times as long. For daytime burglary with no

³³ Notably, 40% of these Minnesota offenders were given a short jail sentence, with an average length of 8 months.

weapon a more complex pattern emerges. South Carolina offenders are still imprisoned at around twice the rate of Minnesota offenders (56% to 26%), but here South Carolina judges have more discretion and do exercise it to withhold long prison sentences. In fact, of those imprisoned in each jurisdiction, South Carolina offenders actually have the shorter average sentence, though this must be interpreted with caution. In Minnesota, there is again a sizable population of non prison commitments who receive short jail sentences (66%, receiving an average 3.8 months in jail). Were these aggregated for a measure of total incarceration time the Minnesota average would be modestly less than that of South Carolina, although the difference is much less than for aggravated burglary. Finally, the comparison of Armed Robbery again shows a hard contrast. All South Carolina armed robbers are imprisoned due to the mandatory sentence while on 60% of Minnesota offenders receive prison. Of those imprisoned, South Carolina offenders have sentences over three times longer than those in Minnesota.

Table 2: Common Offense Comparison

	<i>South Carolina</i>		<i>Minnesota</i>	
	Imprisoned	Avg. Years	Imprisoned	Avg. Years
Burglary at night w/ weapon	100 %	16.8	56 %	4.5
Burglary daytime no weapon	56 %	1.4	26 %	2.2
Armed Robbery	100 %	12.4	60 %	3.6

Notes: It is common in Minnesota to impose short (less than one year) jail sentences as part of stayed prison sentences. If these short jail sentences are included, the active incarceration rates would rise to 96%, 92%, and 96% respectively.

These comparisons include adjustments for expected actual time commitments. In South Carolina these include parole eligibility as affected by the 85% truth-in-sentencing legislation, which requires certain categories of offenders serve 85% of their sentence prior to parole eligibility. In Minnesota, parole release discretion has been abolished, but offenders are eligible for up to a 1/3 goodtime credit. In total, this comparison underscores several observations. First, there are large substantive differences in punitiveness between these two states — reflected both in the recommended punishment ranges and the imposed sentences. Second, it is plausible that the legislatively-imposed mandatory sentences at play in South Carolina have a strong effect on sentencing. Judges have no discretion to impose an actual sentence of less than 15 years for armed nighttime burglary or 10 years for armed robbery. For the example of unarmed daytime burglary, for which no mandatory penalty exists, offenders in South Carolina are still considerably more likely to receive a prison sentence, but the overall effect is muted compared to the other two offenses.

The differences between these two US states serve to highlight the remarkable variation that exists among US jurisdictions. The differences are on every level. They affect structure as in whether guidelines exist or not, whether parole release discretion is retained or abolished, in the presence and operation of mandatory sentences, and so on. Although more in depth comparisons of multiple jurisdictions is beyond the scope of this essay, it is useful to gauge a broader sense of the differences among the states on some of the more important aggregate criminal justice outcomes such as incarceration rates. As should be expected given the foregoing, while most all US states have high rates of incarceration by an international standard, the variation among the states is considerable, with some states approaching European rates and others surely defying European belief.

3 Outcomes: Punishment Severity, Uniformity, and Disparities

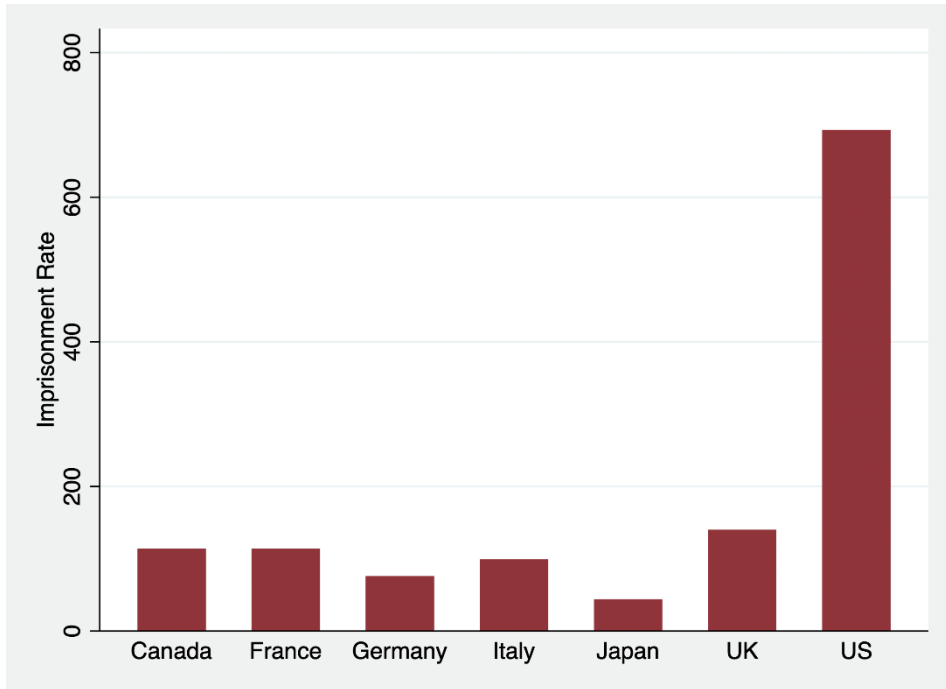
If the first defining feature of American sentencing is vast variation in approaches, the second defining feature is the crushing punitiveness since the 1970s. Since imprisonment rates skyrocketed in guidelines and non-guidelines states alike, that particular structured sentencing reform is not to blame for mass incarceration. This section discusses some of the probable impacts of structured sentencing reforms on substantive outcomes like level of punishment, uniformity, and disparities, and reviews the leading explanations for current American punitiveness.

The US is the most punitive country in the world³⁴ — a distinctive title that belies its pre-1970s penal welfarism and innovation in rehabilitative-minded penal reform. In the realm of sentencing and punishment, America is an aberration among other modern nations, with imprisonment rates five times those of peer countries, policies like three-strikes and Life Without Parole (including for juveniles), and retention of the death penalty in many states. According to one of the leading US punishment scholars: “American sentencing is a disaster — unjust, unprincipled, arbitrary, overly severe, and absurdly expensive”.³⁵

Beginning in the 1970s American sentencing changed drastically. The point illustrated in Figure 5 is not novel: in terms of per capita incarceration rates, the US towers above the other nations of the world.

³⁴ See *Lappi-Seppälä*, EJC 8 (2011), p. 303.

³⁵ *Tonry*, *Sentencing Fragments*, 2016, p. 1.

Figure 5: G7 Incarceration Rates, 2015-2016

Data Source: World Prison Brief, www.prisonstudies.org.

Note: Rates are for 2016 except for Canada which is 2015.

At one point the US reached the unhappy distinction of what Reitz³⁶ has called “the 700 club” — imprisoning at a rate of 700 per 100,000. The proximate causes of American Exceptionalism are apparent. American politicians and policymakers adopted more punitive policies, and criminal justice practitioners imposed more punishment with the policies in existence. There are several related theoretical accounts that seek to explain why US jurisdictions adopted such punitive approaches beginning in the 1970s. On the surface, punishment became politicized and getting tougher on crime was expedient. The US had in place a sufficient number of structural mechanisms for the politicization of crime to translate to a new ethos of corrections. These mechanisms were diverse and included the expanding reach of media, popular elections of prosecutors and judges, and what was becoming a ubiquitous approach of plea bargaining to dispose of criminal cases. Sentencing evolved away from an expert-driven bureaucratic endeavor, to a populist-driven one. This new political punishment landscape was made possible by the changing sensibilities in the American people that operated beneath the surface.

³⁶ Reitz, *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, 2017.

3.1 Proximate causes: Politics of punishment

Prior to the 1970s, the American imprisonment level had held stable for decades.³⁷ Every state operated under an indeterminate sentencing system that vested discretion and faith in judges, corrections officials, and parole boards. Sentencing was characterized by an expert-driven penal welfarism with a focus on the medical model and rehabilitative ideal. This system had seen the birth of a number of consequential rehabilitative innovations including probation, parole, and a separate juvenile justice system.³⁸ But by the 1970s, things were changing and America was on a path that would lead to monumental institutional transformation.

The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences, by the National Research Council,³⁹ details the buildup to modern US mass incarceration.⁴⁰ As early as the 1940s, President Truman and the New Deal democrats sought a broader national agenda on criminal justice issues, primarily related to the professionalization of state and local police forces (although these efforts were largely unsuccessful at the time). Politicization of crime and punishment became front and center of American politics with Republican Barry Goldwater's bid for president in 1964. The Democratic Party had dominated Southern politics for almost a century, since the Civil War. However, the civil rights movement of the 1960s created an environment for political realignment as beliefs on social policy and racial policy diverged.⁴¹ The Republican "Southern Strategy" refers to the tactic of emphasizing (or manipulating) "wedge issues" — topics like inner city poverty, drugs, and crime — which would appeal to the emotions of traditionally Democratic Southern voters and transform them into Republican voters. The advancement of these wedge issues was racialized; there are many examples but among the most widely cited are George H.W. Bush's invocation of the African-American Willie Horton who committed a rape while out on furlough for a prior murder. (Bush's presidential opponent was Michael Dukakis who had been governor of Massachusetts at the time Horton was furloughed.)

As inner-city poverty, drug, and crime issues became recurring tropes, the get-tough movement was born. Myriad policies sprung forth, mostly expressive rather than functional; these included sexual predator laws, three strikes policies, proliferation of mandatory minimums, and truth-in-sentencing.⁴² Research by Beckett⁴³ suggests that politicians were raising these issues and influencing public opinion (not acting in response to *a priori* punitive public opinion). While politicizing crime led to a get-tough era, there is still the question why Americans, who had fostered such a

³⁷ *Blumstein/Cohen*, *JCL&Criminology* 64 (1973), p. 198.

³⁸ *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004.

³⁹ National Research Council, 2014, Ch. 4.

⁴⁰ See also *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004.

⁴¹ *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004, p. 39.

⁴² E.g., *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004; National Research Council, 2014.

⁴³ *Beckett*, *Making Crime Pay*, 1997.

different penal welfarism for so long, embraced and encouraged the get-tough movement. And while the literature often points to high profile examples (mentioned above) of changed policies from this era, these changes in formal structure do not fully explain why US imprisonment rates multiplied. The expansion of imprisonment began before many of these policies were in place (e.g., the imprisonment rate had multiplied well prior to the first adoption of a three-strikes policy, and adoption of guidelines and abolition of parole are generally not thought to have increased the incarceration rate⁴⁴). Thus, the populist punishment narrative, as revealing as it is, only goes so far in explaining how and why American Exceptionalism came to be.

3.2 Underlying causes: Sensibilities, elections, and race

There are number of theories on why the US citizens developed the get-tough attitudes that countenanced the get-tough policies and practices of the last quarter of the 1900s. The initial correlation with increasing crime is often a starting point: the US imprisonment rate began its precipitous climb right around the same time that the US crime rate began its significant increase. While this correlation may have been satisfactory for some US policymakers and even academics in the past, it is empirically weak. Crime rates in many Western nations followed a similar spike in the 1970s and 1980s followed by a pronounced decline beginning in the early 1990s. Yet none of those other nations reacted with the exponential glut of imprisonment as in the US. If rising crime is a part of the story it plays a more complicated role than is suggested by the simple bivariate account. If crime went up most everywhere, something else must explain the exceptional American response.

One of the most influential accounts is David Garland's multilayered theory: the culture of high crime and control. According to Garland,⁴⁵ the underlying forces that supported the adoption of punitive policies in both the US and UK evolved from changing cultural sensibilities that were influenced by the normalization of high crime rates and the public's adaptations to the high crime level. Prior to the spike in crime that began in the 1960s, punishment policy was based on a penal-welfare framework that was expert-driven and apolitical.⁴⁶ As a new reality of higher crime set in, individuals (and especially what Garland calls the elite liberal middle classes) came into contact with crime in ways they had not experienced previously. The social distance from crime these liberal elites had experienced closed and the public lost faith in the rehabilitative ideal. Legislators intervened into the penal sphere where they had once left matters to corrections experts. As lawmakers began to adopt in-

⁴⁴ *Reitz*, *TexLRev* 84 (2005), p. 1787.

⁴⁵ *Garland*, *BJC* 40 (2000), p. 347.

⁴⁶ *Garland*, *BJC* 40 (2000), p. 352.

creasingly punitive policies, the liberal elites, disenchanted with penal welfarism, acquiesced. Moreover, as the middle classes began to experience crime in ways they had not before, “fear of crime became an established part of daily existence”.⁴⁷

These experiences were amplified by the increasingly pervasive media and entertainment industry. Coverage of riots, violence, and the crack-cocaine epidemic fueled the fear of crime. Plus, Garland notes that television viewing emerged as a “mass phenomenon” about the same time that the US and UK began experiencing their crime increases. TV lends itself to sound bites, sensationalism, and “sympathetic portrayal of individual victims who have suffered at the hands of criminals and been let down by an uncaring system” — a “privileging of what might be called ‘victim discourse’ over ‘system discourse’”.⁴⁸ Critically, this renewed focus on the victim was coupled with expressive and emotional demands for more accountability, more punishment.⁴⁹ The media influence included not just the Fourth Estate, but also entertainment TV, which, as Garland notes, means that TV and related media taps into and reinforces the modern experience with crime, but does not manufacture that interest from whole cloth. More broadly, a focus on the victim came to the forefront.

The new culture of crime experiences dovetailed with the birth of the risk-oriented society. Through myriad responses, citizens favored protection, exclusion, and surveillance: a “dialectic of fear and defensive aggression”.⁵⁰ Coupled with other social disruptors — progress on gender equality, shifts in the stability of the traditional nuclear family, protests and civil unrest — the rise in “ontological insecurity” created a desire to control crime, feeding into an overall ethos of what Tonry calls “post-modern angst.”⁵¹ Over time a new consciousness of crime became institutionalized “into our expectations, our entertainment and new programmes, our insurance contracts, our urban myths, our real estate categories”.⁵² This is the culture of high crime societies.

An important concept to Garland, emphasized even more by Tonry, is that of moral panics. Moral panics are incidents that “typically occur when horrifying or notorious events galvanize public emotion, and produce concern, sympathy, emotion, and overreaction.”⁵³ California’s experience with the three-strikes law is informative. Much of the impetus behind the movement came from media attention given to the kidnapping and murder of 12-year-old Polly Klaas in 1993 by Richard

⁴⁷ *Garland*, BJC 40 (2000), p. 359.

⁴⁸ *Garland*, BJC 40 (2000), p. 363.

⁴⁹ This was the case in the US; for an elucidation on how victim perspectives can be acknowledged at sentencing without an inevitable appeal for harsher punishment see *Hörnle*, BCLR 3 (1999), p. 175.

⁵⁰ *Garland*, BJC 40 (2000), p. 365.

⁵¹ *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004.

⁵² *Garland*, BJC 40 (2000), p. 367.

⁵³ *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004, p. 5.

Allen Davis.⁵⁴ Davis had an extensive criminal past, and the attention given this tragic crime committed by a repeat offender who had been released from prison caused public outrage that eventually led to the adoption of three strikes in California. Similar high profile, yet atypical, incidents contributed to a spirit of moral panic, which provided support for get-tough initiatives.

There are several other scholarly accounts reviewed by Tonry⁵⁵ worth mentioning. Caplow and Simon⁵⁶ observed that as the US federal government expanded in the latter part of the 1900s public confidence in government declined. A number of perceived government failures of the period include education, health care, poverty, and crime — all the while government expenditures in these areas were growing at record pace. In the face of declining public confidence lawmakers were unable to remedy, crime was an issue they could respond to with expressive get-tough laws. Whether they worked or not was beside the point. As another related explanation Tonry raises Whitman's⁵⁷ historical comparison of America with the continental experiences of Germany and France. Whitman offers two idiosyncrasies of American ideals. First, Americans developed a deep distrust of government. Second, social norms of punishment developed differently in the US and in other countries. As Tonry summarizes:

*Europe leveled up, aspiring to treat all offenders with respect and civility, at least in principle like high-status prisoners; England and America leveled down, treating all prisoners in principle like low-status prisoners.*⁵⁸

While Garland's culture of crime account has been influential and offers some depth of understanding, it is for several reasons not fully satisfying on the narrow question of why the US punishment policy became such an aberration from Western norms. Postmodern angst alone does not explain current American sentencing because other massively unsettling periods (the Great Depression, World War II, the Cold War) have not led to analogous reactions.⁵⁹ Further, while both the UK and the US can be characterized by the related experiences of postmodern angst, uncertainty, and a risk society orientation, the punishment responses were quite different: the UK experience, while resulting in high imprisonment rates by European standards, is hardly analogous to US experience. Whitman's account also fails to fully explain American Exceptionalism in historical context. Until the 1970s, American punishment was emblematic of the same sort of "leveling up" characterized by continental justice systems. Consequently, while the account offers an appealing explanation for

⁵⁴ *Auerbahn*, *Crim&PubPol* 1 (2002), p. 353; *Kovandzic/Sloan/Vieraitis*, *Crim&PubPol* 1 (2002), p. 399.

⁵⁵ *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004.

⁵⁶ *Caplow/Simon*, *Crime&Just* 26 (1999), p. 63.

⁵⁷ *Whitman*, *Harsh Justice*, 2003.

⁵⁸ *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004, p. 58.

⁵⁹ *Tonry*, *Thinking About Crime*, 2004, p. 55.

current practices, as a historical matter it fails to explain important changes over time.⁶⁰

Perhaps the most satisfying account to date is the one offered by Michael Tonry,⁶¹ in which he extends the theories mentioned above extending them by offering four distinct characteristics of America and American punishment that help explain why the US ended up in its current state of mass incarceration. The features are: (1) a paranoid style of American politics; (2) a “Manichean moralism associated with Protestant fundamentalism”; (3) the constitutional arrangements that fail to protect against short-term populist sentiments; and (4) the US history of slavery and race relations.⁶²

As a summary: First, Tonry observes that in cycles over time, American periods are defined by a type of political paranoia that disapproves of certain behavior, labels it as evil, and seeks to eradicate it. Examples include Prohibition, the Red Scares of the 1920s, McCarthyism in the 40s and 50s, and the war on drugs of the 1980s. Second, a history of viewing issues starkly, in black and white, and with little or no sympathy for opposing views has characterized periods of American thought. This is perhaps most closely associated with Protestant fundamentalism. While the connection merits further empirical exploration, it is notable that the get-tough era also corresponds with the movement of the Religious Right’s involvement in American politics. Third, as will be explored more below, the American constitutional and criminal justice structure is unique among nations in its election of local prosecutors and election or political appointment of judges.⁶³ Fourth and final, Tonry suggests that, interacting with the other three offerings, the US history of slavery and race left an indelible mark.

The first, second, and fourth propositions (paranoia, absolutism, and race) all deal with attitudes and social norms. These are briefly unpacked here, while the subsequent section provides more focused attention on issues of prosecutorial and judicial elections and other related legal structure features. The first two propositions can be read to supplement Garland’s account (and related accounts of postmodern angst): crime was on the rise and the sociopolitical predispositions of Americans were to react with paranoia and to retreat to a Manichean dichotomy of good and evil. These characteristics offer a plausible answer to causal issues of both time and geography. Prior to the crime spike in the risk averse, postmodern angst, high crime society around the 1960s, the US lacked the occasion to react with exponential expansion of the prison system. And while other nations have experienced versions of

⁶⁰ Tonry, *Thinking About Crime*, 2004.

⁶¹ Tonry, *Punish&Society* 11 (2009), p. 377.

⁶² Tonry, *Punish&Society* 11 (2009), p. 377.

⁶³ This third explanation is different than the other three in that it offers an answer tied to a legal and structural mechanism, not a sociological or norm-related explanation.

the get-tough movement on much smaller scales,⁶⁴ these characteristics may help explain why the US reaction was so extreme.

Tonry's fourth and final proposition for explaining American Exceptionalism is race. Many countries at times have some parallel of ethnic minority or immigrant group that is subjected to disproportionate levels of punishment, whether due to overt discrimination, differential enforcement, or differing levels of criminal involvement.⁶⁵ But perhaps the US experience with slavery and its aftermath is different. Tonry⁶⁶ reviewed Wacquant's account of how "American cultural practices and legal institutions have operated to maintain American patterns of racial dominance and hierarchy." This pattern of caste obviously includes slavery; following the Civil War it manifested in Jim Crow laws which perpetuated racial segregation and were upheld by the US Supreme Court under the separate but equal doctrine until the 1960s. Many African-Americans left the south for northern cities where they were eventually "marooned in the urban ghettos" and "the modern wars on drugs and crime took over".⁶⁷ Michelle Alexander⁶⁸ has made the more explicit argument that mass incarceration is the new Jim Crow. In her words:

*[W]e use our criminal justice system to label people of color "criminals" and then engage in all the practices we supposedly left behind. Today it is perfectly legal to discriminate against criminals in nearly all the ways it was once legal to discriminate against African Americans. Once you're labeled a felon, the old forms of discrimination — employment discrimination, housing discrimination, denial of the right to vote, and exclusion from jury service — are suddenly legal. As a criminal, you have scarcely more rights, and arguably less respect, than a black man living in Alabama at the height of Jim Crow. We have not ended racial caste in America; we have merely redesigned it.*⁶⁹

African-Americans have suffered the worst of the excesses of mass incarceration. Although only about 13% of the general population is African-American, around 50% of the state and federal prison population is African-American. On average the Black:White disparity at the state level is over five African-Americans to every one White individual, with some state disparity ratios at over 10:1.⁷⁰ In over one-fifth of US states, one of every 20 Black men is in prison.⁷¹ A full 1 in 3 African-American

⁶⁴ See, e.g., *Doob/Webster*, *Crime&Just* 45 (2016), p. 359; and *Freiberg*, *Crime&Just* 45 (2016), p. 419 for accounts of Canada and Australia.

⁶⁵ E.g.: Australia (*Jeffries/Bond*, *ANZJC* 42 (2009), p. 47); Canada (*Roberts/Doob*, *Crime&Just* 21 (1997), p. 469); the Netherlands (*Johnson/van Wingerden/Nieuwbeerta*, *Criminology* 48 (2010), p. 981).

⁶⁶ *Tonry*, *Punish&Society* 11 (2009), p. 387.

⁶⁷ *Tonry*, *Punish&Society* 11 (2009), p. 387.

⁶⁸ *Alexander*, *The new Jim Crow*, 2010.

⁶⁹ *Alexander*, *The new Jim Crow*, 2010, p. 2.

⁷⁰ *Nellis*, *The Color of Justice*, 2016.

⁷¹ *Nellis*, *The Color of Justice*, 2016.

men who were born in 2001 are expected to spend time in prison during their lives.⁷² There is support that minorities are more likely to commit street-level criminal offenses.⁷³ But there is also a large body of evidence showing Black Americans are much more likely to be targeted by police for things like drugs, even though Whites and Blacks consume and sell drugs at similar rates.⁷⁴ There is also a substantial race gap in public opinion regarding criminal justice issues, with many more Whites than Blacks supporting policies like the death penalty, three strikes, and trying juveniles as adults.⁷⁵

The unique salience of race in the US interacts with other explanations. Garland's account relies on postmodern angst and existential uncertainty; Tonry suggests that the civil rights movement stoked White anxieties about losing status to African-Americans. Overt suppression was no longer an option, but a window of opportunity was open for the Southern Strategy to racialize wedge issues like welfare, immigration, and crime. Yet, despite all of this, Forman⁷⁶ reminds us of the Daedalian modern context of race and justice in US. He recounts how even Black leaders in Washington D.C. advocated for get-tough policies and higher levels of law enforcement in the inner city in the 1980s and 1990s. Thus, the movement to mass incarceration was not simply a dichotomous White-versus-Black reinvention of Jim Crow. Forman suggests, though, that racialized policies did narrow the options available to Black Americans. "African Americans wanted more law enforcement, but they didn't want only law enforcement. Many adopted what we might think of as an all-of-the-above strategy".⁷⁷

3.3 Prosecutorial and judicial elections and plea bargaining

Tonry's third proposition, that certain US constitutional characteristics made America more susceptible to the excesses of the reactionary punitive movement, differs from the other three in that it invokes legal structural variables. Tonry stresses the popular election of prosecutors; the election or political appointment of judges; and the direct referenda process in some states. These are briefly reviewed in this section along with a discussion of how the American system of plea bargaining, as it developed, might also be included as one of these structural features feeding the problems of American Exceptionalism.

American jurisdictions are virtually unimitated in their practice of local, popular election of prosecutors. A politicized prosecutor means a politicized system of justice. As crime was adopted as a national political issue in the 1970s, and fueled in

⁷² *Gbandnoosh*, Black Lives Matter, 2015.

⁷³ *Tonry*, Thinking About Crime, 2004.

⁷⁴ *Tonry*, Punishing Race, 2011.

⁷⁵ *Gbandnoosh*, Race and Punishment, 2014.

⁷⁶ *Forman*, Locking Up Our Own, 2017.

⁷⁷ *Forman*, Locking Up Our Own, 2017, p. 12.

large part by the Fourth Estate, local voters responded to misperceptions and fears. The ever-increasing promises to be tougher on crime held a captive audience, and American incarceration rates skyrocketed. Pfaff⁷⁸ shows as much in his analysis of the data on crime rates and prosecutorial personnel over time. One of the most interesting arguments advanced by Pfaff proceeds along a comparison of prosecutorial workloads in 1974 compared to 1990 and then 2007. Controlling for the number of prosecutors, the rates of crime, arrest, and prison admissions per prosecutor all rose substantially between 1974 and 1990. The most pronounced of these was the prison admission per prosecutor, which went from 9 in 1974 to 25 in 1990. Between 1990 and 2007, as the crime rate began to fall, the index crimes per prosecutor and arrests per prosecutor all plummeted. For example between 1990 and 2007 per prosecutor index crimes dropped from 725 to 377; all arrests per prosecutor dropped from 710 to 473. But the prison admissions per prosecutor was almost unchanged, from 25 in 1990 to 23 in 2007. Pfaff explains:

Prosecutors worked harder and harder as crime rose throughout the 1980s, but then output per prosecutor held steady or declined throughout the crime drop. This pattern could provide an important explanation for why felony filings rose as crime rates fell: there were simply more prosecutors. Even if individual prosecutors were no more aggressive than prosecutors in the past, the increase in staff size would lead to more cases even as crime declines.⁷⁹

As noted, judges in the US are usually selected through popular election or political appointment. This makes judges perceptible to arguably undue influence and a propensity to harsh sentencing. As Hester reviewed:

Recently, scholars have published results suggesting elected judges are more susceptible to political pressures, including the pressure to seem tough on crime. For example, Berdejo and Yuchtman (2013) found that judges in Washington State (where judges are selected through nonpartisan elections) increased sentence lengths of serious offenders by approximately 10 percent as they approached reelection; Huber and Gordon (2004) also found the punitiveness of elected judges increased as judicial elections approached. Lim (2013) reported that reelection incentives were more important for elected judges than for appointed ones, and that elected judges were much more heterogeneous in their sentencing patterns than were appointed judges. Elected judges reflected preferences of their divergent constituent jurisdictions, whereas appointed judges seemed to reflect more tightly the average preferences of their entire state.⁸⁰

⁷⁸ Pfaff, *Locked In*, 2017.

⁷⁹ Pfaff, *Locked In*, 2017, pp. 129-30.

⁸⁰ Hester, *Criminology* 55 (2017), p. 229.

Hörnle⁸¹ provides a discussion of the contrasting German judges-as-civil-servants model which is likely one of the many factors that have protected Germany from the sways of a get-tough movement.

One also wonders whether the pervasive practice of plea bargaining in America exacerbated mass incarceration. As Hester⁸² has observed, plea bargaining was well established prior to the 1970s and thus is an unlikely direct cause of American Exceptionalism. However, it is also hard to imagine that mass incarceration could have developed as fully and as quickly without the expediencies of plea bargaining. Prior to around the 1860s plea bargaining was anathema in the US and not approved by the Supreme Court.⁸³ Indeed, there exists a sound argument that plea bargaining even today is unconstitutional. US practitioners and commentators focus on the Sixth Amendment to the Constitution which labels a jury trial as a right; if a right, it may be waived. But Article III of the Constitution, which preceded the Sixth Amendment, states: “The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment; shall be by Jury ...” (US Constitution, Article III). In historical context, there are reasons why the founders of the American government would wish to build in jury adjudication as an indispensable, functional feature of criminal law. The American founders were suspicious of power and the constitutional design parsed power and authority in numerous ways, between state and federal units, and between congressional, executive, and judicial functions. Requiring a jury of citizens in every case would serve as yet another way to hold the government in check over important matters of liberty.⁸⁴

And yet, beginning at least by the 1860s US courts began to acquiesce in guilty pleas. The dubious American experiment with the prohibition of alcohol coincided with an increase in federal law enforcement activity and criminal caseload. Plea bargaining became an increasingly utilized method of disposition in the first half of the 1900s and was firmly cemented before the rapid increases in case filings and incarceration rates that characterized the era of mass incarceration. By 2000, over 95% of cases in American jurisdictions were resolved by guilty plea rather than trial.⁸⁵

The collateral effects of this wholesale shift from a system of trials to a system of pleas increasingly are being explored.⁸⁶ It is unclear how much the widespread acceptance of plea bargaining in the US facilitated mass incarceration, but it is notable that the practice has been much more prevalent in the US than in most other countries. Plea bargaining was not permitted in Finland until 2015 and since then its use is tightly restricted.⁸⁷ Krajewski reports that a form of plea agreement has been

⁸¹ Hörnle, *Moderate and Non-Arbitrary Sentencing*, 2013.

⁸² Hester, *Sentencing Disparity and Mass Incarceration*, 2019.

⁸³ Dervan, *Arriving at a System of Pleas*, 2019.

⁸⁴ See Amar, *America’s Constitution*, 2012; Hester, *Sentencing Disparity and Mass Incarceration*, 2019.

⁸⁵ Dervan, *Arriving at a System of Pleas*, 2019.

⁸⁶ See Edkins/Redlich, *A System of Pleas*, 2019.

⁸⁷ Lappi-Seppälä, *Crime&Just* 45 (2016), pp. 38-39.

permitted in Poland but only since the late 1990s.⁸⁸ Plea bargaining has existed off-the-books in England and Wales, though apparently at much lower rates than in the US. Since 2003, plea reductions are now regulated by a statute that integrates bargains into the guidelines.⁸⁹ Depending on how early or late in the process a defendant offers to plead, the sentence reduction may be from 33% to 10%. Plea deals in the US differ in that they are informal and not governed by statute, and according to most empirical studies on the subject, the “trial penalty” (or “plea discount”) is substantial. For instance, Hester and Hartman⁹⁰ examined a state with a 98% plea rate; their regression analyses indicated offenders who exercised their right to trial were 41% more likely to be incarcerated, and of those incarcerated, those who had a trial received an average of almost five more years in prison than those who pled guilty. Germany and France, have some form of bargaining,⁹¹ though again the practices appears much less pervasive than in the US. According to Weigend, “Although German law does not formally provide for guilty pleas or consent judgments, practice has developed functional equivalents: confessions are routinely rewarded by lenient sentences, and especially in complex cases courts are often willing to indicate in advance what sentence they might give if the defendant offered a confession, thus hoping to induce cooperation on the part of the defendant.”⁹² More recently, the practice in Germany has also come under statutory regulation.⁹³

Importantly, the predominance of plea bargaining also interacts with the dominance of prosecutors. With American-style plea bargaining, as Judge Lynch⁹⁴ has observed, the prosecutor effectively becomes the adjudicator. Many decades ago, US Supreme Court Justice and Nuremberg prosecutor, Robert H. Jackson, noted that the American prosecutor had more control over life and liberty than any other actor in America. Since that comment, the many restrictions on the discretion of judges and parole board members have only expanded the prosecutor’s power. As commentators including Reitz⁹⁵ have noted, the combination of plea bargaining with structured sentencing reforms and get-tough policies gave the American reform era a law enforcement bias. Consequently, plea bargaining may be an under-appreciated contributor to American Exceptionalism.

⁸⁸ *Krajewski*, *Crime&Just* 45 (2016), p. 181.

⁸⁹ *Roberts*, *Crime&Just* 48 (2019), p. 208.

⁹⁰ *Hester/Hartman*, *JQC* 33 (2017), p. 77.

⁹¹ *Frase*, *Sentencing in Germany and the United States*, 2001.

⁹² *Weigend*, *Sentencing and Punishment in Germany*, 2001, p. 206.

⁹³ *Weigend*, *Crime&Just* 45 (2016), p. 102.

⁹⁴ *Lynch*, *StanLRev* 55 (2003), p. 1399.

⁹⁵ *Reitz*, *The Disassembly and Reassembly of US Sentencing Practices*, 2001.

4 Discussion and conclusion

This essay has sought to advance two points: the great diversity in American sentencing, and the great aberration of American mass incarceration. How America will move forward to address the excesses of mass incarceration, and how structural sentencing reforms might play a role in the future, are unclear. Perhaps the diversity in approaches will point the way to some promising approaches. As of 2020 there are large and looming questions about the future of sentencing in the US. This essay concludes with consideration of three issues which are all in some way related to both the context of mass incarceration and the opportunities found in the diverse American punishment landscape:

- 1) *What is the current direction of US sentencing and punishment?*
- 2) *What will come of the progressive prosecutor movement?*
- 3) *Is the structured sentencing reform movement over?*

4.1 Current Direction of US Sentencing

One bit of good news: as of around 2009, the decades of US prison rate expansion plateaued and has begun a modest decline. Much was made throughout the 2010s of a new climate and ethos of punishment. Smart-on-sentencing was replacing tough-on-sentencing. Influential thinkers on the far right were joining calls for sweeping reforms of sentencing and punishment policy. A number of states were participating in policy initiatives like Justice Reinvestment that sought to roll back mass incarceration. At the federal level, the First Step Act of 2018 modestly expanded potential good time credits (from 47 to 54 days per year), made some 2010 drug reforms retroactive, and called for the creation of a risk and needs assessment system aimed at reducing recidivism among federal inmates.⁹⁶

Yet, the current era (2000-2020) is ill-defined. There has been much talk of sentencing reform, but the current era lacks a cohesive theme or direction. Tonry has called it a potpourri. And while it is true enough that imprisonment rates have declined since 2009, the decline has been modest. While the prison population grew 600% between 1973 and 2009, even if the current rate of attrition persisted unabated, it would be 2093 before the prison population were cut in half.⁹⁷ Several states have cut populations substantially, but 8 saw meaningful growth between 2011 and 2016, and several more saw neither growth nor reductions.⁹⁸ A large portion of the celebrated reduction came not from ground-up policy change, but from court-mandated releases in California. That state experienced a substantial 25% reduction in prisoners between 2011 and 2016, and with its total population of around 40 million, the

⁹⁶ *Samuels/La Vigne/Thomson*, FSR 32 (2019), p. 92.

⁹⁷ *Ghandnoosb*, *Can We Wait 75 Years*, 2018.

⁹⁸ *Ghandnoosb*, *Can We Wait 75 Years*, 2018.

California experience is such an outlier that the skew it gives the story should be noted. Consequently, while there is a modern rhetoric of penal reform, unless more seismic shifts occur, the current era will look more like a plateauing to the new status quo rather than a real reversal of the excesses of the get-tough era.

4.2 Progressive Prosecutor Movement

The mounting evidence points to a pattern of unchecked prosecutorial power as one of the driving forces in mass incarceration.⁹⁹ One intriguing development in the last half of the 2010s has been spurred by heightened racial tensions stemming from multiple high-profile incidences of police shootings of minorities in cities across the US. Social movements like Black Lives Matter have drawn critical attention to the criminal justice system. In several large cities, non-traditional justice reformers have won prosecutor elections.¹⁰⁰ These include Wesley Bell in St. Louis, Kim Foxx in Chicago, Kim Ogg in Houston, and perhaps most surprisingly Larry Krasner in Philadelphia. Krasner is a former public defender and civil rights attorney who had sued the Philadelphia Police Department 75 times in his career.¹⁰¹ After his election, Krasner imposed a series of sweeping policies directing assistant district attorneys to dismiss certain drug charges, to make plea offers below the minimum Pennsylvania guidelines recommendations, and to place on the record the estimated cost to the Commonwealth for incarcerating offenders for whom prison sentences are being requested.

It is anyone's guess what will come of the progressive prosecutor movement. Questions include: how much impact these prosecutors will have on reducing mass incarceration, and whether the small number of progressive prosecutors will expand to other jurisdictions and enjoy long tenures in the position. Most pressing, however, is what progressive prosecutors in large cities will mean for criminal justice prosecution and sentencing outcomes in suburban and rural jurisdictions. It is possible that sentencing outcomes will continue to mitigate in large urban areas (which are already more lenient) and go unaffected in other locals, exacerbating geographical disparities.

4.3 The Future of Structured Sentencing Reform

Finally, what is the future of structured sentencing reform? From an international perspective, there appears to be a lively spirit of innovation and adaptation of the guidelines concept. In the past 20 years, guidelines have been introduced in England

⁹⁹ Pfaff, *Locked In*, 2017.

¹⁰⁰ See Bazelon/Krinsky, *There's a Wave of New Prosecutors*, 2018.

¹⁰¹ Feuer, NYT (Jun. 17, 2017).

and Wales,¹⁰² South Korea,¹⁰³ Uganda, Nigeria, Jamaica, and other countries,¹⁰⁴ and are being considered in Scotland¹⁰⁵ and New Zealand¹⁰⁶. There are other indicia of interest in guidelines internationally, such as Kaspar's¹⁰⁷ recent call for some form of advisory guidelines in Germany.

Turning back to reforms in the US, after a spurt of new guidelines states in the 1990s, only two states (Alabama and Wisconsin) and the District of Columbia have promulgated guidelines since 2000 and Wisconsin has already repealed their guidelines.¹⁰⁸ Several states — Connecticut, Illinois, and New York — have recently established sentencing commissions but none seem to have plans to issue guidelines. Nevada's new commission may prove to be an exception, but the point remains that there are currently 17 US states with guidelines, 33 without, and little evidence to date of a resurgence of the guidelines movement.

One item of interest to monitor is what influence the newly minted Model Penal Code: Sentencing (2019) might have. The MPCSC was approved by the American Law Institute in 2017 after 15 years of research and development, led by Reporter Kevin Reitz and Associate Reporter Cecelia Klingele. The MPCSC makes a number of sweeping recommendations with its model sentencing system, including a permanent sentencing commission which promulgates presumptive sentencing guidelines under a limiting retributivist framework.¹⁰⁹ Whether these recommendations will rekindle the structured sentencing movement in America remains to be seen. But the original Model Penal Code of 1962 was widely influential, has been called “the most successful law reform project in the history of American criminal justice”, and led to legislation in 40 of the US states.¹¹⁰

US Supreme Court Justice Brandeis once famously referred to the US states as policy laboratories. The past 50 years have certainly demonstrated this capacity for experimentation. Unfortunately, the promising innovations have more often been overshadowed by the overarching ethos of American Exceptionalism, of mass incarceration. As the states appear to be in an era of regrouping, hopefully the better angels — the innovations of the community sanctions and rehabilitation, and the promising balances of uniformity with individualization — will prevail.

From an external perspective, interested international observers could glean some important lessons from the last half century of US sentencing. First, the US offers some successful examples of sentencing guidelines jurisdictions. Unfortunately, American sentencing continues to be associated with the federal guidelines,

¹⁰² *Ashworth and Roberts*, Sentencing Guidelines, 2013.

¹⁰³ *Park*, FSR 22 (2010), p. 262.

¹⁰⁴ *Roberts*, Crime&Just 48 (2019), p. 187.

¹⁰⁵ *Roberts*, Crime&Just 48 (2019), p. 187.

¹⁰⁶ *Young/King*, The Origins and Evolution of Sentencing Guidelines, 2013.

¹⁰⁷ *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies trichterliches Ermessen, 2018.

¹⁰⁸ *Watts*, Timelines of Sentencing Commissions, 2016.

¹⁰⁹ *Reitz/Klingele*, Crime&Just 48 (2019), p. 255.

¹¹⁰ *Reitz/Klingele*, Crime&Just 48 (2019), p. 256.

which, for reasons discussed, operate differently from most US guidelines and are a poor representative of the US guidelines innovations more generally. Frase¹¹¹ offers a detailed elaboration of five model guidelines states, including Minnesota with its presumptive guidelines and modified just deserts model. As noted above, Minnesota judges continue to exercise a meaningful degree of discretion through guideline departures which are employed in almost 1/3 of cases. Also important to note is that while the America experience with mass incarceration is complex, reforms like guidelines did not drive American Exceptionalism. That phenomenon was mostly cultural, although there are reasons to believe that features of judicial and prosecutorial selection failed to provide the disinterested check against moral panic and shifting popular sentiments. And the overwhelming prominence of plea bargaining allowed for exponential increases in case processing and punishment. These features of professional selection and the prevalence of plea bargaining are unique to the US and policymakers from other nations should remain diligent to keep it that way.

¹¹¹ Frase, *Just Sentencing*, 2013.

Sentencing in US-American Jurisdictions. A Commentary from a German Perspective

Tatjana Hörnle

1 On Punitivism

1.1 “The US is the most punitive country in the world”

Rhys Hester uses this comparative statement, pointing to the high imprisonment rates in the US.¹ Other authors who criticize the US-American criminal justice system make similar comparative judgments, occasionally restricted to “developed countries”² or “major nations”.³ While the general criticism of high imprisonment rates in the US is clearly warranted, one can raise some doubts regarding the *strong* conclusion “*the most punitive country in the world*”. The lack of sufficiently reliable data hampers comparisons. Comparative prison studies such as reported in the World Prison Population List⁴ rely on information that national departments of corrections choose to give. The chances to evaluate the quality of this input are limited. It might be the case that states such as China, Russia, Libya and Myanmar collect and process data about all imprisoned persons and report these statistics correctly, but this is difficult to ascertain. With regard to China, the World Prison Population List explicitly warns that the data is incomplete,⁵ and accurateness of statistics and reporting

¹ *Hester*, in this volume, p. 151.

² See, for instance, *Tony*, Sentencing Fragments, 2016, pp. 13-14.

³ *Mauer/Nellis*, The Impact of Life Imprisonment, 2016, p. 24.

⁴ *Walmsley*, World Prison Population List, 2018.

⁵ *Walmsley*, World Prison Population List, 2018, p. 2.

could be questioned for other countries, too. But these quibbles aside: of course it is safe to state that the level of punitiveness in the US is high, and that there is a remarkable difference in comparison to German imprisonment rates. The German imprisonment rate of 75 (prisoners per hundred thousands of the population; reference date: 31 March 2018)⁶ contrasts sharply with the US number of 655 (reference date: 31 December 2016)⁷.

1.2 Reasons for High Incarceration Rates in the US

Discussing the reasons why so many persons are imprisoned in the US, *Hester* points to famous critical accounts of US criminal justice: *David Garland's* “Culture of Control”⁸ and *Michael Tonry's* books.⁹ The authors emphasize a bundle of different factors to explain US-American punitiveness: social psychology and public perceptions (fear of crime); political incentives to exploit fear of crime; racial stereotypes. *Michelle Alexander's* thesis of the “new Jim Crow” even implies that the criminal justice system is used as an instrument to enforce racial segregation in a way that is similar to older laws in the post-slavery period.¹⁰ It is, however, debatable whether these perspectives give a full picture of the reasons behind differences in imprisonment rates.¹¹ The rather complicated interaction between crime rates and imprisonment rates deserves a closer look. Higher rates of crimes, and particularly most serious crimes, can not only explain, but also justify higher imprisonment rates: even in just and fair criminal justice systems, different incident rates will lead to higher incarceration rates. The authors mentioned above emphasize, however, that the growth of imprisonment rates over decades did not simply mirror rising crime rates. The story obviously is more complicated: rising crime rates in the 1970s and 1980s had set a spiral in motion, fueled by public fears and resentment (which in turn can be traced back to social and cultural features of communities in the US). This spiral kept imprisonment rates high even after crime rates went down again. Self-reinforcing effects also seem to have played a role, that is, a steeper upward spiral once many actors in criminal justice positions each became a bit more punitive.¹²

From a comparative perspective, the interesting question is whether we must also assume that different crime rates are of minor importance. My hunch is that for comparative research, crime rates might have somewhat more explanatory power. This does not mean that they are the single or most important variable, but only that they should figure in an explanatory, complex model. If one compares Germany and

⁶ *Walmsley*, World Prison Population List, 2018, p. 13.

⁷ *Walmsley*, World Prison Population List, 2018, p. 6.

⁸ *Garland*, *The Culture of Control*, 2001.

⁹ See for instance *Tonry*, *Sentencing Fragments*, 2016; *id.*, *Thinking about Crime*, 2004.

¹⁰ *Alexander*, *The New Jim Crow*, 2010.

¹¹ See for a critical assessment *Forman*, *NYULRev* 87 (2012), p. 101.

¹² See *Forman*, *Locking Up Our Own*, 2017, Introduction.

the US, not only the differences in imprisonment rates are striking, but also the differences in crime rates. The number of registered crimes per 100,000 population is considerably higher in the US than in Germany. Admittedly, data must be compared with caution, for instance, because the offense descriptions in the German *Polizeiliche Kriminalstatistik* (PKS) cannot be expected to be identical with those used for the FBI's Uniform Crime Reporting (UCR) statistics. However, the differences are too pronounced to be taken out of the picture.¹³ For instance, in 2017, the murder rate was 5.3 in the US, the combined rate of murder and homicide (*Totschlag*) in Germany was 2.9. The US crime rate for rape was 41.7 in the same year, versus the German rate of 13.7; the US rate for robbery 98.0 and burglary 430.4, compared to the German rates of 47.0 (robbery) and 141.2 (burglary of residences)¹⁴. *Michael Tonry* has argued recently that rates for violent crimes are not higher in the US than in other countries,¹⁵ but the statistics point to a different conclusion, and not only for violent crimes, but also for burglary as a rather frequent offense. Comparing imprisonment rates across countries could profit from a more realist position that takes crimes rates seriously.

1.3 Will the German Imprisonment Rate Remain Stable?

In Germany, imprisonment rates have been both low and rather stable in recent years. Our prison statistics do not show a tendency towards more offenders in prison and/or longer sentences: the numbers of persons in the prison system have not changed much during the last ten years.¹⁶ (A more thorough examination of these imprisonment trends, and crime rates, would need to control for demographic shifts: in overaging populations, one would expect a clear *downwards* movement of imprisonment rates as the proportion of young men is growing smaller. Stable imprisonment rates could perhaps indicate more punitiveness masked by the demographic effects, but is not possible to answer this complicated question here.) *Thomas Weigend* recently used the expression “no news is good news” to describe this state of affairs.¹⁷ *Weigend* himself had several years ago, in 2001, predicted that Germany would move in the direction of increased punitiveness and higher imprisonment rates, too,¹⁸ and he has now expressed relief that this did not happen.

¹³ The following data comes from: Department of Justice-FBI (ed.) *Crime in the United States, 2017*, Table 1 and Bundeskriminalamt (ed.), *Polizeiliche Kriminalstatistik 2017*. For the German data, I have computed the crime rates by relating the number of cases (Standardtabellen, Grundtabelle 01) to the size of the population in 2017 (also part of the *Polizeiliche Kriminalstatistik*).

¹⁴ Straftatenschlüssel 435*00 (see note 13, Straftatenkatalog). This does not include burglaries of objects other than apartments and private residences. Burglaries of other buildings would need to be added – nevertheless, it is safe to assume that the difference in burglary rates is remarkable.

¹⁵ *Tonry*, *Sentencing Fragments*, 2016, p. 14.

¹⁶ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Strafvollzug - Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.03.2018, p. 11.

¹⁷ *Weigend*, *Crime&Just* 45 (2016), p. 83.

¹⁸ *Weigend*, *Sentencing and Punishment in Germany*, 2001, pp. 209 ff.

However, it might be too early for all-clear signals. Despite the stable situation until now, social and cultural changes might, with a certain delay, eventually result in higher imprisonment rates. Two recent trends could converge with problematic consequences (also) for the criminal justice system: increasing fragmentation within German society, and high rates of immigration. Two much-discussed newer accounts by German sociologists portray social and cultural trends that have relevance for criminology, too. *Andreas Reckwitz* describes the contemporary preference for an individualistic lifestyle in contrast to the former uniform middle-class society (the *nivellierte Mittelstandsgesellschaft*, a term coined by the sociologist *Helmut Schelsky*). For the traditional middle classes, this means loss of security and recognition.¹⁹ *Cornelia Koppetsch* also emphasizes the increasing frustration among parts of the German population as a product of globalization.²⁰ At the same time and amplifying the internal processes of fragmentation, Germany is a favored destination for large numbers of migrants from Africa and the Middle East. As a substantial proportion of migrants do not have the qualifications required for most jobs today, this can be expected to add social and economic strain. These political, economical, social, cultural and psychological phenomena could have consequences that mirror the US-American accounts of rising crime rates, increasing frustration and punitive attitudes. A survey from 2018 already shows increasing punitiveness: 71% of the participants expressed the view that criminal offenders should receive less lenient punishments.²¹

1.4 Factors within Criminal Justice Systems that Influence Imprisonment Rates

Scholars who compare imprisonment rates in different countries must also pay attention to factors within criminal justice systems. Differences in the practices of investigations, prosecutions and sentencing can be expected to influence imprisonment rates. The imprisonment rate is shaped by the number of persons admitted to prison and by the time each inmate remains in custody, that is, the length of custodial sentences.

The number of prison admissions depends on conviction rates, and conviction rates depend on the proportion of criminal offenders who are identified by the police, indicted by prosecutors and convicted by courts. At each stage of the process, some cases (with guilty offenders) will be discontinued, and imprisonment rates also reflect how many guilty offenders are not getting convicted. In his interesting study “Locked In”, *John Pfaff* concludes that changes in prosecutorial practices were an important causal factor behind the increase in US incarceration rates in the second half of the 20th century. Staff size in prosecutors’ offices increased and thus the degree of time available per case, and both factors are decisive for the proportion of

¹⁹ *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2017.

²⁰ *Koppetsch*, Die Gesellschaft des Zorns, 2019.

²¹ *Kücher*, FAZ Nr. 164 (18.7.2018).

offenders that are successfully prosecuted, convicted and enter prison.²² This supports an interesting conclusion: it might be somewhat misleading to attribute the relatively low incarceration rates in the US until the 1960s to a spirit of benevolent welfarism and reasonableness among judges and parole boards.²³ Rather, historically lower imprisonment rates might also be traced back to understaffed law enforcement agencies and a low degree of professionalization and efficiency in their day-to-day routines. Not only for historical, but also for comparative analysis this might explain some surprisingly low imprisonment rates (surprisingly with regard to social conditions and prevalence of violence), see for instance the statistics reported for the Central African Republic (16), South Sudan (52) and Haiti (96).²⁴

For the US, *Hester* points to another procedural feature that influences the number of persons serving prison terms. He argues, “plea bargaining may be an underappreciated contributor to American Exceptionalism”.²⁵ If I understand this point correctly, it refers to the huge difference between the speedy procedure after a guilty plea and the lengthy proceedings in form of jury trials. Without plea procedures, a much smaller number of prosecutions would result in convictions, and thus a much smaller number of offenders would end up in prison. German procedural law does not allow for formal guilty pleas that make criminal trials superfluous, but § 257c StPO facilitates agreements among judges, prosecutors, defendants and defense counsels that shorten trials.²⁶ Whether this German solution has significant impact in the form of more offenders being convicted and also admitted to prison would require further research. § 153a StPO is the second German provision that is popular as a timesaving device among prosecutors and a circumvention of public trials among defendants: it allows dismissal of cases if defendants pay a fine. This might have the potential to *lower* imprisonment rates, but it is not clear how many of the discontinued cases would have otherwise ended with an unsuspended prison sentence (probably few, as § 153a StPO is limited to *Vergeben*, that is offenses with a relatively low statutory sentence range).

So far, we have explored which characteristics of criminal justice systems can be expected to shape national imprisonment rates. The explanatory approach needs to be distinguished from normative evaluations. From the normative point of view, somewhat higher imprisonment rates are not necessarily reason for criticism. It is not a justice concern if well-staffed prosecution offices and more efficient prosecutorial practices mean more indictments. Nor would more convictions made possible by shorter court proceedings *as such* deserve condemnation (but there are, of course, other normative concerns, such as pressuring defendants into confessing to crimes they have not committed). From a normative perspective that asks whether a system

²² See *Pfaff*, *Locked in*, 2017, Table 5.1, p. 130.

²³ See for this narrative *Tony*, *Sentencing Fragments*, 2016, pp. 2-3.

²⁴ *Walmsley*, *World Prison Population List*, 2018, pp. 4, 7.

²⁵ *Hester*, in this volume, p. 178.

²⁶ See for a description of the German legal framework and practices the special issue on Plea Bargaining in Germany, in: *GLJ 15* (2014), pp. 1 ff.

is just, it can be misleading to focus exclusively on a system's outcome such as imprisonment rates. It is more important to evaluate the processes that lead to the outcome.

From the perspective of justice, sentence length and the ensuing overall level of sentence severity are more important concerns. Even if prosecutors work impartially and fairly and if all convictions are supported by sufficient evidence and are the outcome of a fair trial, lengthy sentences and resulting high imprisonment rates are reasons for concern. *Vincent Chiao* has recently argued forcefully that the social and financial costs of the US imprisonment rates are worrisome even if convictions are reliable and sentences comply with ordinal proportionality²⁷ requirements.²⁸ Sensible and parsimonious use of custodial sentences is important because they harm inmates, their families and communities, and burden taxpayers. The factors that determine how judges calibrate sentences' numerical length (the overall sentence severity) thus deserve attention, especially in systems without sentencing guidelines such as the German system.

One important factor seems to be the organization of the judiciary.²⁹ German courts are organized in a bureaucratic style. Judges are not elected but appointed. They enter the profession at a young age, in their twenties or early thirties, after passing the second legal state exam. While judges are not considered part of the administration (the executive), the way courts are run and the way judges' careers develop within the system has in fact strong administrative traits. Crucial features of a bureaucratic court system without elections are a strong corporate spirit among judges and the relative lack of outside influences. The more specific features that have shaped powerful traditions of relative leniency within the German judiciary must be traced back to factors in our history, mainly the elites' commitment to humanitarian concerns as a way of distancing ourselves from National Socialism, a distancing movement that became particularly powerful from the 1970s onwards. Another important factor is the general public's respect for the courts and judicial expertise. Despite the fact that a large majority says in surveys that criminal sentences are too lenient,³⁰ there is not much media attention and public protests regarding sentencing decisions are rare. Judges' decision-making is hardly regulated. As already mentioned, we do not have sentencing guidelines, the statutory sentence ranges in the German Criminal Code are wide, and the few sentencing criteria mentioned in the Code are very vague. Sentencing takes place in a black-box system, and this black box is well insulated. My hypothesis is that the black-box feature is one of two important factors that explain the comparatively low overall sentence severity in Germany. Another important factor has been the traditionally high degree of social and ethnic homogeneity in German society that promoted high levels of solidarity and

²⁷ See for the difference between ordinal and cardinal proportionality *von Hirsch*, *Crime&Just* 16 (1992), pp. 75 ff.

²⁸ *Chiao*, *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, 2019, Chap. 4.

²⁹ See for these points also *Hörnle*, *LCP* 76 (2013), pp. 206 ff.

³⁰ See text accompanying note 21.

generous social welfare policies. As heterogeneity is increasing and Germany is moving in the direction of fragmented societies, an important question for the future is: Is the insulation around the black box of judicial sentencing thick enough to keep it cool, in spite of social, economic, cultural and psychological changes in the society around it? Within a bureaucratic judiciary system, a possible adaptation to societal changes would take place slowly – but this does not necessarily guarantee that the insulation will forever be impermeable. An important upper barrier has been set by the legislature: the maximum term allowed (except for the very rare life sentences that are reserved for murder) is 15 years (§ 38 Abs. 2 StGB), thus, even punitively inclined judges could not inflict 20 years or more for rape, robbery, homicide or other violent crimes. However, within the existing statutory lower and upper limits, if judges were to make more use of the upper parts of the sentence ranges, they could raise the overall level of sentence severity.

2 Variation Between States

In his contribution to this volume, *Hester* draws attention to the diversity in US sentencing.³¹ *Volker Grundies*, in a recent empirical study, demonstrated the existence of regional sentencing patterns in Germany and differences at the level of courts.³² This is also a consequence of the German bureaucratic, black-box approach to sentencing. Young judges have learned nothing about sentencing at university (sentencing is not part of the curriculum for the first state exam). Once appointed as a judge or public prosecutor, they have not much choice but to ask colleagues in their court environment what is considered the fitting sentence. This method of acquiring knowledge about sentencing perpetuates local traditions. However, the degree of variation between courts is not quite as pronounced in Germany as it is in the US. The German States do not have their own criminal law, thus all judges apply the same federal Criminal Code (the *Strafgesetzbuch*, StGB) with its statutory sentence ranges. There is one Supreme Court (the Federal Court of Justice, *Bundesgerichtshof*) that decides about the most important appellate cases, and advanced training for judges is organized in academies for judges (*Richterakademien*) for all German states. Nevertheless, one should not conclude that regional variations and diversity between courts is no problem at all. It might be a smaller problem than in the US, but it is worthwhile to think about improving equality in sentencing.³³

Hester uses the following sentence: “The dominant role federal guidelines have played in the sentencing reform debate is unfortunate”.³⁴ Exactly the same sentence can be applied to the German situation, that is, explicitly referring to the US Federal

³¹ *Hester*, in this volume, p. 153.

³² *Grundies*, *Gleiches Recht für alle?*, 2016, p. 511.

³³ See for the relevance of the constitutional equality principle *Hörnle*, GA 2019, pp. 283 ff.

³⁴ *Hester*, in this volume, p. 155.

Guidelines. At the last session of the German Assembly of Jurists (*Deutscher Juristentag*, DJT – an association of mainly practitioners and some law school professors) in 2018 in Leipzig, the criminal law division discussed sentencing reform. These discussions revealed strong status-quo effects: like all human beings, or probably even more strongly, lawyers tend to defend familiar rules. Beside this, the outcome was also unsatisfactory because the preparatory report focused on the US Federal Sentencing Guidelines as the possible alternative to the German system of very thinly regulated sentencing. The reporter rejected this alternative.³⁵ To limit the analysis to the US Federal Sentencing Guidelines was indeed an unfortunate choice.³⁶ For the reasons that *Hester* mentions in his paper, the Federal Sentencing Guidelines make an easy target for criticism and an unattractive choice for present-day sentencing reform. Serious efforts to think about models for reform must pay attention to better guidelines. For the German discussion, it would have been more promising to consider the English sentencing guidelines and their sequential approach. Hopefully, the discussions will continue.

³⁵ *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies trichterliches Ermessen, 2018.

³⁶ See for a critical discussion of the discussion in Leipzig *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, p. 130; *Hörnle*, GA 2019, pp. 285 ff.

Richterliches Ermessen und der Aufstieg der Individualisierung: Der kanadische Strafzumessungsansatz

*Benjamin L. Berger**

„Wen verurteilen die Gerichte, wenn nicht den vor ihnen stehenden Angeklagten?“¹

Das Epigraph dieses Beitrags deutet auf den ethischen Kern einer bemerkenswerten und wichtigen Entwicklung im kanadischen Strafzumessungsrecht hin. Diese geht auf einen Fall zurück, in dem sich der kanadische *Supreme Court* mit einem gesellschaftlichen Trauma auseinandergesetzt hat, das durch die Funktionsweise des Strafrechtssystems ausgelöst wurde, – der Travestie der Überrepräsentation der indigenen Bevölkerung in den kanadischen Gefängnissen. Die angesprochene Entwicklung erschüttert die kanadische Strafzumessungspraxis in ihren Grundfesten und kann, je nachdem wie sie von den Strafrichtern² aufgenommen wird, eine neue Zukunft der kanadischen Strafzumessung einleiten. Kern dieser Entwicklung ist die

* Ich danke Kai Ambos, Kate Glover Berger, Lisa Kerr, David Cole und Julian Roberts für ihre hilfreichen Kommentare zu verschiedenen Aspekten dieses Beitrags sowie Meghan Rand und Ramna Safer für ihre großartige Unterstützung bei der Recherche. Aus dem Englischen übersetzt von Eric Armbrecht.

¹ *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13, Rn. 86.

² Aus Gründen der Lesbarkeit wird auf die Nennung der weiblichen und männlichen Sprachform verzichtet und nur das generische Maskulin verwendet. Sämtliche personenbezogene Bezeichnungen gelten für alle Geschlechter.

Entstehung von individualisierter Verhältnismäßigkeit („individualized proportionality“) als Grundprinzip der Strafzumessung in Kanada. Ein Anliegen dieses Artikels ist es, den Aufstieg, die Form und die Auswirkungen des profunden Strebens nach Individualisierung (i.S.v. Einzelfallgerechtigkeit [Anm. des Übersetzers]) als bestimmendes Merkmal des gegenwärtigen kanadischen Strafzumessungsrechts zu erklären und zu untersuchen.

Obwohl das Entstehen dieses Ansatzes von besonderer Bedeutung für das kanadische Strafzumessungsrecht und die diesbezügliche Praxis ist, dürfte es gleichfalls auch für diejenigen interessant und wichtig sein, die das Strafzumessungsrecht aus einer rechtsvergleichenden Perspektive untersuchen. Das Streben nach individualisierter Verhältnismäßigkeit in der Strafzumessung – sogar und ausdrücklich, wie ich zeigen werde, auf Kosten der Gleichheit der Sanktionen – hat sich im Rahmen einer größeren historischen Entwicklung rund um das kanadische Strafzumessungsrecht und seine Praxis vollzogen. Obwohl es Zeiten gab, in denen Reformen auf die Schaffung einer Strafzumessungskommission und Strafzumessungsrichtlinien drängten, haben die kanadischen Gerichte in den Jahren nach Absage dieser Bestrebungen durch das Parlament den richterlichen Ermessensspielraum als bestimmendes Merkmal des kanadischen Strafzumessungsrechts nicht nur akzeptiert, sondern das Ermessen der Strafrichter auch aktiv vor legislativer Einengung und der Beeinflussung durch Rechtsmittelgerichte geschützt. In einem Staatsgrenzen übergreifenden Kontext, in dem sich die meisten Jurisdiktionen für unterschiedliche Modelle zur Lenkung der Strafzumessung entschieden haben – auf der Suche nach der besten Methode zur Sicherung von Einheitlichkeit, Vorhersehbarkeit und Konstanz –, hat Kanada eine Vertiefung seines Bemühens um richterliches Ermessen und das, was einige als eine *Über*-individualisierung der Strafzumessung bezeichnen würden, erlebt. Das kanadische Modell stellt somit einen interessanten Fall für jede rechtsvergleichende Untersuchung der Strafzumessung dar.

Um eine Grundlage für diese wichtige vergleichende Betrachtung zu schaffen, wird im ersten Teil zunächst ein Überblick über den Strafzumessungsvorgang sowie die Geschichte und den aktuellen Stand der Strafzumessung in Kanada gegeben. Auf dieser Basis wendet sich der Beitrag im zweiten Teil einer Untersuchung des Aufstiegs und der Auswirkungen eines einzigartigen (und, wenngleich nicht unkomplizierten, so doch den Autor ansprechenden) Bestrebens nach Individualisierung zu, das aus dem speziellen kanadischen Boden des richterlichen Ermessens hervorgegangen ist.

1 Ein Überblick über die Strafzumessung in Kanada

1.1 Der kanadische Strafzumessungsprozess

Die kanadische Verfassungsordnung sieht eine Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen der nationalen („föderalen“) Ebene und der Ebene der Provinzen vor.³ Anders als in den Vereinigten Staaten – 1867 in bewusstem Gegensatz zu der Regelung in den USA mit dem Ziel der Schaffung nationaler Einheitlichkeit verabschiedet – ist das kanadische Straf- und Strafprozessrecht, einschließlich der Regeln zur Strafzumessung, eine Angelegenheit der zentralen Bundesregierung.⁴ Die Verfassung weist den Provinzen die administrative Zuständigkeit für die Strafrechtspflege zu (einschließlich der Verwaltung der Gerichte)⁵ und die Provinzen betreiben jene Strafvollzugsanstalten, in denen die in Untersuchungshaft befindlichen Personen sowie zu Haftstrafen von weniger als 2 Jahren Verurteilte untergebracht sind. Das *Kanadische Strafgesetzbuch* (CCC),⁶ in dem die zur Auswahl stehenden Strafen, die Höchststrafen für die Delikte und (seit 1996) andere Vorgaben hinsichtlich der Strafzumessung normiert sind, unterliegt der Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

Die Provinzen und die Territorien ernennen die erstinstanzlichen Richter. Diese bearbeiten den Großteil aller Verfahren, befassen sich dabei aber generell mit weniger schweren Straftaten („summary conviction offences“), die nicht im Rahmen eines „jury-trial“ (Geschworenenprozess) verhandelt werden. Die höherinstanzlichen Gerichte in den Provinzen und den Territorien (einschließlich der höheren Prozess- und Rechtsmittelgerichte in jeder Provinz und jedem Territorium) sind mit staatlich ernannten Richtern besetzt. Die Richter dieser Gerichte sind für schwerere Straftaten („indictable offences“) zuständig, die im Wege von Geschworenenprozessen abgeurteilt werden. Die Rechtsmittelgerichte in jeder Provinz (z.B. der Court of Appeal for Ontario, der Alberta Court of Appeal etc.) sind üblicherweise die letzte Rechtsmittelinstanz für die meisten Strafsachen und ihre Entscheidungen sind nur innerhalb der jeweiligen Provinz bindend. Infolgedessen kann sich die Rechtsprechung – auch im Hinblick auf Fragen der Strafzumessung – regional unterschiedlich entwickeln, wobei sie ausschließlich den Entscheidungen des Supreme Court unterworfen ist. Der Supreme Court, der an oberster Stelle des Instanzenzuges steht, ist für Rechtsmittel (entweder von Rechts wegen⁷ oder mit Genehmigung des Gerichts) aus dem ganzen Land zuständig. Seine Entscheidungen sind landesweit für alle Gerichte bindend.

³ *Constitution Act, 1867* (UK), 30 & 31 Victoria, c 3, Nachdruck in RSC 1985, Anhang II, Nr. 5.

⁴ Ebd., § 91(27).

⁵ Ebd., § 92(14).

⁶ *Canadian Criminal Code*, RSC 1985, c C-46

⁷ Zum Beispiel kann eine Person, die wegen einer strafbaren Handlung verurteilt wurde (oder deren Freispruch von einem Rechtsmittelgericht aufgehoben wurde), „von Rechts wegen“ beim Supreme Court Kanadas Rechtsmittel gegen jede Rechtsfrage einlegen, zu der ein Richter des Rechtsmittelgerichts eine abweichende Meinung vertritt (§ 691(1)(a) CCC).

Die *Kanadische Charta der Rechte und Freiheiten*⁸ gewährt jeder Person, die wegen einer mit Freiheitsstrafe von mindestens 5 Jahren bedrohten Tat angeklagt ist, das Recht auf einen Geschworenenprozess. Allerdings wird nur ein kleiner Teil der Strafverfahren vor einer Jury verhandelt, während die meisten Verfahren an den Provinzgerichten und im Rahmen von „Einzelrichter-Prozessen“ an höheren Gerichten stattfinden. Die überwiegende Mehrheit der Fälle in Kanada (Schätzungen liegen im Bereich von 85–90 % aller Fälle) wird zudem im Wege eines Geständnisses („guilty plea“) erledigt. Ob im Anschluss an eine Verhandlung und Verurteilung durch einen Einzelrichter, durch ein Geschworenengericht oder infolge eines Geständnisses, die Strafen werden ausschließlich von Berufsrichtern im Rahmen eines „Sentencing Hearing“ festgesetzt.

Das Sentencing Hearing

Strafprozesse in Kanada sind somit zweigeteilt.⁹ Das eigentliche Verfahren (entweder eine adversatorische Verhandlung oder das Ablegen eines Geständnisses) endet mit einer Verurteilung. Darauf folgt das erwähnte Sentencing Hearing, in dem der Richter unter Würdigung der Beweise und sonstiger Eingaben eine Strafe festsetzt. Selbst in Fällen, die vor einer Jury verhandelt werden, obliegt der Strafausspruch alleine dem Richter. Jedoch ist es den Geschworenen unter bestimmten Umständen gestattet, nach dem Urteilsspruch auf den Zeitpunkt einzuwirken, ab dem die Strafe frühestens vorzeitig zur Bewährung ausgesetzt werden kann.¹⁰

Bei der Strafzumessung orientiert sich der Strafrichter an den in §§ 718 - 718.201 CCC normierten Zwecken und Grundsätze der Bestrafung (weiter unten besprochen). Zudem wird er häufig durch einen von einem Bewährungshelfer erstellten Bericht unterstützt, der die Umstände und Schlüsselinformationen über den Angeklagten enthält¹¹ – oder im Falle eines Angeklagten mit indigenen Wurzeln durch

⁸ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I des *Constitution Act, 1982*, gleichzeitig Schedule B des *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11.

⁹ Für eine Reihe hilfreicher Kategorien für die rechtsvergleichende Untersuchung der Strafzumessung, siehe *Hörnle*, *Comparative Assessment of Sentencing Laws*, 2019, S. 887.

¹⁰ Die §§ 745.2, 745.21 und 745.3 CCC sehen vor, dass der Richter in Fällen, in denen eine Jury den Angeklagten wegen Mordes zweiten Grades oder mehrerer Morde für schuldig befunden hat, die Jury vor ihrer Entlassung fragen muss, ob sie Empfehlungen hinsichtlich der Anzahl der Jahre, in denen eine Bewährung ausgeschlossen ist, aussprechen möchte. Mord zweiten Grades ist verpflichtend mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht, wobei gesetzlich vorgesehen ist, dass der Verurteilte zwischen 10 und 25 Jahre Haft verbüßen muss, bevor eine Haftaussetzung zur Bewährung in Betracht kommt. Wird ein Angeklagter eines Mordes für schuldig befunden und ist er zuvor schon wegen Mordes verurteilt worden, so kann ein Richter nach dem Strafgesetzbuch (§ 745.51 CCC) nicht gleichzeitige, sondern nur aufeinanderfolgende Zeiten festlegen, in denen die Bewährung ausgeschlossen ist. § 745.21 CCC verlangt, dass ein Richter auch bei dieser Entscheidung die Empfehlung einer Jury einholen muss.

¹¹ § 721 CCC.

einen „Gladue-Report“¹², der speziell auf die Geschichte und den Kontext der indigenen Bevölkerung eingeht und die Auswirkungen dieses Kontextes auf den Angeklagten beschreibt. Auf diese Weise soll ein Strafausspruch herbeigeführt werden, der dem in § 718.1 CCC niedergelegten „Grundprinzip“ der Bestrafung entspricht: Dass die Strafe „im Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Grad der Verantwortlichkeit des Täters steht“. Im Rahmen des Sentencing Hearing ist sowohl die Mitwirkung des Opfers als auch der Gemeinschaft vorgesehen. Zu diesem Zweck werden die Auswirkungen der Tat auf das Opfer¹³ und die Gemeinschaft¹⁴ durch entsprechende Aussagen beschrieben, die von dem Strafrichter strafzumessungsrechtlich zu berücksichtigen sind. Personen, die zu einer solchen Aussage bereit sind, sind berechtigt, diese mündlich dem Gericht vorzutragen. Der Täter hat ebenfalls das Recht, angehört zu werden, bevor der Richter die Strafe festsetzt.¹⁵

Findet das Sentencing Hearing im Anschluss an ein Geständnis statt, so existieren oftmals gemeinsame Strafvorschläge, die im Rahmen einer außergerichtlichen Verständigung zwischen Angeklagtem und der Staatsanwaltschaft vereinbart wurden. Der Supreme Court hat solche auf einem Konsens beruhenden Anträge als „lebenswichtig für das Wohlergehen unserer Strafrechtspflege sowie unseres Justizsystems im Allgemeinen“ bezeichnet.¹⁶ Der Strafrichter ist nicht dazu verpflichtet, den gemeinsamen Anträgen Folge zu leisten,¹⁷ jedoch wird ihnen große Beachtung entgegengebracht. Der Supreme Court hat entschieden, dass Richter nur dann von einem solchen gemeinsamen Vorschlag abweichen sollten, wenn „die beantragte Strafe die Strafjustiz in Verruf bringen oder anderweitig dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen würde“,¹⁸ wobei die dafür ausschlaggebenden Gründe eindeutig dargelegt werden müssen und dem Angeklagten zuvor die Möglichkeit gewährt werden muss, sein Geständnis zurückzuziehen. Trotz der zentralen Rolle, die den Richtern bei der Festsetzung der Strafen zukommt, üben die Staatsanwälte angesichts der regelmäßigen gerichtlichen Befolgung der Strafanträge und der Häufigkeit von Geständnissen einen erheblichen Einfluss auf die Strafzumessung aus.

In strittigen Sentencing Hearings hören die Richter Stellungnahmen beider Parteien hinsichtlich der entsprechenden Anwendung der Prinzipien der Bestrafung, der relevanten Tatsachen und des angemessenen Strafmaßes. Die Anforderungen an die Beweisführung im Sentencing Hearing sind wesentlich niedriger als im eigentlichen Prozess. Ein Gericht ist dazu befugt, alle relevanten Beweise, einschließlich der Aussage eines Zeugen vom Hörensagen, zu erheben und es kann eine Person auch

¹² Diese Berichte sind benannt nach *R v Gladue*, [1999] 1 SCR 688, der ersten Erklärung des Supreme Court zu § 718.2(e) CCC und den Methoden und Grundsätzen, die für die Bestrafung von Angeklagten mit indigener Herkunft relevant sind.

¹³ § 722 CCC.

¹⁴ § 722.2 CCC.

¹⁵ § 726 CCC.

¹⁶ *R v Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, Rn. 25.

¹⁷ § 606(1.1)(b)(iii) CCC.

¹⁸ *R v Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, Rn. 5.

zur Aussage verpflichten.¹⁹ Zusätzlich zu den Informationen, die im Rahmen des Sentencing Hearing erlangt wurden, kann der Strafrichter auch alle Informationen, die im vorherigen Prozess anerkannt wurden, oder alle Tatsachen, auf die sich der Staatsanwalt und der Angeklagte geeinigt haben, als bewiesen anerkennen. Natürlich geben die Geschworenen keine Begründung für ihr Urteil an. Wenn der Angeklagte von einem Geschworenengericht für schuldig befunden worden ist, ist der Richter dazu verpflichtet, die Fakten zu akzeptieren, die das Urteil der Geschworenen notwendigerweise impliziert. Vorbehaltlich des Vorstehenden trägt eine Partei, die sich in dem Sentencing Hearing auf eine Tatsache berufen will, die diesbezügliche Beweislast. Will sich der Staatsanwalt auf eine Tatsache berufen, die die Strafe *verschärfen* würde, so muss diese Tatsache zusätzlich durch einen über jeden begründeten Zweifel erhabenen Beweis („proof beyond a reasonable doubt“) belegt werden.²⁰

Überprüfung der Urteile durch die Rechtsmittelinstanz („Appellate Review of Sentences“)

Das *Strafgesetzbuch* sieht sowohl für den Angeklagten als auch für die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit vor, Rechtsmittel gegen die von dem Richter festgesetzte Strafe einzulegen. Rechtsmittel gegen die Verurteilung von Taten der leichteren Kriminalität werden von dem jeweilig höheren Gericht bearbeitet,²¹ Rechtsmittel gegen die Verurteilung schwerwiegenderer Taten werden mit Genehmigung des Tatgerichts vor dem Rechtsmittelgericht der Provinz („provincial court of appeal“) verhandelt.²² Der Supreme Court hat erklärt, dass die Rechtsmittelgerichte „eine zweifache Rolle bei der Gewährleistung von Konsistenz, Stabilität und Kontinuität der Rechtsprechung“ spielen;²³ sie fungieren als Schutz vor Fehlern und sie gewährleisten die einheitliche Entwicklung des Rechts, indem sie Leitprinzipien formulieren und das Gesetz durch die Anwendung konkretisieren. Wie ich im Folgenden erläutern werde, haben einige Rechtsmittelgerichte der Provinzen versucht, diese Konsistenz im Bereich der Strafzumessung zu erreichen, indem sie richterrechtliche Vorgaben in Form von Richtlinien, Ausgangsstrafen oder Strafraumen geschaffen haben.

Gleichwohl wird den Urteilen der Tatgerichte große Beachtung entgegengebracht. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass der Supreme Court mehrfach betont hat, „dass die Rechtsmittelgerichte Beanstandungen nicht leichtfertig vornehmen sollen, da die Tatrichter über einen weiten Ermessensspielraum verfügen, der es ihnen ermöglicht, im Rahmen der gesetzlich festgelegten Grenzen die von ihnen als angemessen erachtete Strafe zu bestimmen“.²⁴ Der Maßstab für einen Eingriff in die von einem Tatrichter bestimmte Strafe ist hoch. In der Rechtssache *R v M(CA)* hat der

¹⁹ § 723 CCC.

²⁰ § 724(3)(e) CCC.

²¹ § 813 CCC.

²² §§ 675 und 676 CCC.

²³ *R v Lacasse*, 2015 SCC 63, Rn. 36.

²⁴ Ebd., Rn. 39.

Supreme Court die Schwelle wie folgt formuliert: „Wenn kein prinzipieller Fehler vorliegt und alle relevanten Faktoren berücksichtigt und angemessen gewichtet worden sind, sollte ein Rechtsmittelgericht nur dann eingreifen und eine im Prozess verhängte Strafe abändern, wenn diese nachweislich unangemessen ist“.²⁵ Der Supreme Court hat diese äußerst zurückhaltende Haltung auf eine Weise begründet, in der die relative Akzeptanz des Gerichts – und des kanadischen Strafzumessungsrechts – gegenüber Formen der Ungleichbehandlung bei der Strafzumessung und des Vorrangs der Individualisierung zum Ausdruck kommt, die ich im zweiten Teil dieses Beitrags aufzeigen werde. Es erscheint daher sinnvoll, einen Aspekt dieser Begründung ausführlich wiederzugeben:

Dieser zurückhaltende Umgang bei der Überprüfung von Entscheidungen beruht auf tiefgreifenden funktionalen Erwägungen. Hatte der Tatrichter den Vorteil, schon den Prozess gegen den Angeklagten geleitet zu haben, so befindet er sich während des anschließenden Sentencing Hearing in der komfortablen Situation, die Zeugen der Tat schon einmal gesehen und gehört zu haben. Aber auch in Fällen, in denen vorher kein vollständiger Prozess stattgefunden hat, weil sich der Angeklagte für schuldig bekannt hat und der Tatrichter nur auf die mündlichen und schriftlichen Strafvorschläge zurückgreifen kann ..., besteht ein weiteres Argument für die Zurückhaltung der Rechtsmittelgerichte. Ein Tatrichter hat gegenüber dem Richter einer Rechtsmittelinstanz nämlich nach wie vor den Vorteil, dass er die Strafanträge der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten unmittelbar würdigen kann. Ein Tatrichter verfügt weiter über die einzigartige Qualifikation der Erfahrung und des Urteilsvermögens, welche er durch seinen Dienst an der vordersten Front unseres Strafrechtssystems erworben hat. Am wichtigsten ist vielleicht, dass der Tatrichter regelmäßig in der Nähe oder innerhalb der Gemeinde, die die Folgen der Tat des Angeklagten erlitten hat, den Vorsitz führt. In dieser Position wird er ein starkes Gespür für die besondere Mischung der Strafziele entwickeln, die „gerecht und angemessen“ für den Schutz der Gemeinschaft sind. Die Festsetzung einer gerechten und angemessenen Strafe ist eine äußerst anspruchsvolle Kunst, die die gesellschaftlichen Strafziele gegen die moralische Schuld des Täters und die Umstände der Tat sorgfältig abzuwägen versucht und dabei stets die Bedürfnisse und die momentanen Verhältnisse der Gesellschaft berücksichtigt. Der Ermessensspielraum eines Tatrichters sollte daher nicht leichtfertig beschnitten werden.

Selbstverständlich erfüllen die Rechtsmittelgerichte eine wichtige Funktion bei der Überprüfung und Minimierung von Ungleichheiten zwischen solchen Strafen, die für ähnliche Täter und Tatvorgänge in ganz Kanada von den verschiedenen Tatrichtern ausgeurteilt wurden ... Bei der Ausübung dieser Aufgabe müssen die Rechtsmittelgerichte jedoch stets ein gewisses Maß an Zurückhaltung üben, bevor sie in das besondere Ermessen eingreifen, das den Tatrichtern vom Parlament aus-

²⁵ [1996] 1 SCR 500, Rn. 90 [M(CA)].

drücklich eingeräumt wurde. Es ist wiederholt betont worden, dass es keine Einheitsstrafe für ein bestimmtes Delikt gibt ... Die Strafzumessung ist von Natur aus ein individualisierter Prozess und das Streben nach einer einzigen angemessenen Strafe für einen ähnlichen Täter und ein ähnliches Verbrechen wird regelmäßig eine fruchtlose Übung akademischer Abstraktion darstellen. Außerdem ist zu erwarten, dass das Strafmaß für bestimmte Straftaten in den verschiedenen Gemeinden und Regionen dieses Landes bis zu einem gewissen Grad variiert, da sich die „gerechte und angemessene“ Mischung der akzeptierten Strafziele nach den Bedürfnissen und den momentanen Verhältnissen in der jeweiligen Gemeinde, in der die Straftat begangen wurde, richtet ...²⁶

Rechtsmittelgerichte sind somit nur dazu berechtigt, eine von einem Tatrichter festgesetzte Strafe abzuändern, wenn diese nachweislich unangemessen ist oder wenn dem Richter einen Rechtsfehler unterlaufen ist, der sich auf die Strafe auswirkt.²⁷ Wenn ein Rechtsmittelgericht zu dem Schluss kommt, dass ein solcher Fehler aufgetreten ist oder dass das Strafmaß tatsächlich nachweislich unangemessen ist, muss dieses Gericht seine Auffassung von dem geeigneten Strafmaß an Stelle des vorherigen setzen; das Rechtsmittelgericht kann die Angelegenheit nicht zur erneuten Entscheidung an den Tatrichter zurückverweisen.²⁸

1.2 Lenkung der Strafzumessung in Kanada

Der bisherige Überblick über den kanadischen Strafzumessungsprozess vermittelt das Bild eines Systems, in dem einzelnen Strafrichtern bei der Bemessung der Strafen beträchtliche Machtbefugnisse eingeräumt werden. Dies ist im kanadischen Strafprozess schon immer so gewesen. Dennoch ist die Frage nach der Kontrolle, Begrenzung oder Lenkung der richterlichen Ermessensausübung schon auf unterschiedlichste Weise thematisiert worden – von Politikern, dem Parlament und den Gerichten selbst. Dieser Abschnitt befasst sich mit dem Umfang und dem Ausmaß des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung, wie dieses gesteuert wird und gesteuert werden sollte – und von wem. Dabei werden die veränderten Schwerpunkte im Hinblick auf die Prinzipien der Strafzumessung, etwa bzgl. des Verhältnisses zwischen Vereinheitlichung und Individualisierung, ebenso zu thematisieren sein, wie die wechselnden (und manchmal auch konkurrierenden) Ansichten zu den Strafzwecken.

²⁶ Ebd., Rn. 91-92 [Hervorhebungen hinzugefügt].

²⁷ Der Fehler muss sich auf die Strafe ausgewirkt haben: *R v Lacasse*, 2015 SCC 63, Rn. 44.

²⁸ *R c Pelletier* (1989), 52 CCC (3d) 340 (QC CA).

Geschichte: Ermessen und die Unzufriedenheit damit

Verteilt über das gesamte Strafgesetzbuch lassen sich Bestimmungen finden, die die Frage der Strafzumessung betreffen. Nahezu jeder Straftatbestand enthält einen entsprechenden Unterabschnitt, in dem die Mindeststrafe (falls eine solche existiert) bzw. die Höchststrafe in Bezug auf die Tat normiert ist. Das Strafgesetzbuch bietet den Richtern zudem eine Reihe von Optionen für die Strafzumessung. An einem Ende des Spektrums stehen uneingeschränkte und bedingte Freilassungen. In diesen Fällen findet zwar ein regulärer Schuldspruch statt, auf die Verurteilung wird jedoch gänzlich verzichtet. Die Richter können auch Bewährungsaufgaben erlassen, Entschädigungen anordnen, Geldstrafen aussprechen und Freiheitsentziehungen von weniger als zwei Jahren bestimmen, die in der Gemeinde zu verbüßen sind (sog. „bedingte Strafe“, etwa Hausarrest [Anm. des Übersetzers]). Natürlich können die Richter auch Haftstrafen aussprechen. Vor den weiter unten erläuterten Reformen im Jahr 1996 enthielt das Strafgesetzbuch jedoch keine Regelung zu den Zwecken und Grundsätzen der Bestrafung. Die Funktion der Strafe war der Ausübung des tatrichterlichen Ermessens überlassen und unterlag nur der Führung und zurückhaltenden Aufsicht durch die Rechtsmittelgerichte.

Im Zuge weiterer Reformaktivitäten, die zu dieser Zeit im Kontext der Strafzumessung stattfanden,²⁹ setzte die Bundesregierung 1984 eine nationale Strafzumessungskommission ein, die mit der Untersuchung der Strafzumessung in Kanada beauftragt wurde und diesbezügliche Empfehlungen erarbeiten sollte. Die Präambel des Gesetzesbeschlusses („Order in Council“) zur Einrichtung der kanadischen Strafzumessungskommission betonte, dass „unbegründete Unterschiede in den ausgesprochenen Strafen mit dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz unvereinbar sind“ und stellte fest, dass „die in anderen Staaten entwickelten Strafzumessungsrichtlinien ein Modell zur Vereinheitlichung der Strafen darstellen, das auch in Kanada untersucht und in Erwägung gezogen zu werden sollte“.³⁰ Das Mandat gab der Kommission auf, eine Reihe von Fragen zu prüfen, insbesondere aber „die Wirksamkeit unterschiedlicher Arten von Strafzumessungsrichtlinien zu untersuchen und Muster-richtlinien für die Strafzumessung zu entwickeln sowie Ratschläge zu den praktikabelsten und wünschenswertesten Einsatzmöglichkeiten im kanadischen Kontext zu unterbreiten und eine laufende Überprüfung zum Zwecke der Aktualisierung zu gewährleisten“.³¹ Die Kommission untersuchte eine Reihe von Ansätzen zu Strafzumessungsrichtlinien, wobei sie den in Minnesota in Gebrauch befindlichen Richtlinien besondere Aufmerksamkeit entgegenbrachte.³² In ihrem 1987 veröffentlichten

²⁹ Am prominentesten war das Strafzumessungsprojekt, das 1982 vom Justizministerium und dem Büro des Generalstaatsanwalts („Solicitor General“) ins Leben gerufen wurde und das den Entwurf eines Reformgesetzes hervorgebracht hat, der jedoch mit der Auflösung des Parlaments im Juli 1984 ebenfalls unterging.

³⁰ Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, 1987, S. 7.

³¹ Ebd.

³² Siehe *Roberts*, FSR 9 (1997), S. 245.

Abschlussbericht empfahl die Kommission die Einrichtung einer ständigen Strafzumessungskommission und die Einführung eines ausgeklügelten Schemas mit einer Aufteilung in vier Gruppen (qualifizierte und uneingeschränkte Vermutung für Haftstrafen und ebenso für nicht freiheitsentziehende Strafen), begleitet von einer Reihe von numerischen Strafzumessungsrichtlinien sowie einer Liste von strafschärfenden und -mildernden Faktoren, auf deren Grundlage die Richter von einer Richtlinie abweichen können, wobei sie dafür lediglich eine Begründung angeben müssen.³³

Die Reformvorschläge der Kommission wurden in akademischen und fachspezifischen Kreisen positiv aufgenommen, doch „obwohl eine Fülle von Untersuchungen gezeigt hat, dass unbegründete Abweichungen bei der Strafzumessung bestehen, war die Regierung offenbar nicht davon überzeugt, dass Richtlinien mit Vermutungswirkung oder beratendem Charakter notwendig sind“.³⁴ Anstatt den von der kanadischen Strafzumessungskommission empfohlenen Ansatz zu übernehmen, führte die Bundesregierung jahrelange Beratungen mit den Provinzregierungen, die schließlich zu der Übereinkunft führten, dass sich die Reform auf zwei Schwerpunkte konzentrieren sollte: Die Bestimmung der Zwecke und Grundsätze der Bestrafung und die Verringerung der Haftstrafen.

Reform: Fehlende Vorgaben der Legislative

1996 verabschiedete das Parlament die Gesetzesvorlage C-41. Sie trat als neuer Teil XXIII des Strafgesetzbuches in Kraft. Die Reform von 1996 führte weder zur Einführung von Strafzumessungsrichtlinien noch zur Einrichtung einer ständigen Strafzumessungskommission, die die Strafzumessung untersucht und Empfehlungen ausspricht. Stattdessen lag der Schwerpunkt der mit dem Gesetzesentwurf C-41 eingeführten Neuerungen auf der Schaffung bestimmter Strafformen abseits der Freiheitsstrafe und einer Reihe neuer Bestimmungen zur Regelung des Strafzumessungsvorgangs. Darüber hinaus wurde das Strafgesetzbuch um eine Erklärung ergänzt, die die Grundsätze und Zwecke, an denen sich die Strafzumessung orientieren soll, definiert. § 718 CCC legt den grundlegenden Zweck der Bestrafung fest, der darin besteht, „in Verbindung mit Initiativen zur Kriminalprävention einen Beitrag zur Wahrung des Gesetzes und zur Aufrechterhaltung einer gerechten, friedlichen und sicheren Gesellschaft zu leisten, indem gerechte Strafen verhängt werden“. Auf diese Weise soll „eines oder mehrere“ der sechs aufgeführten Ziele verfolgt werden: Missbilligung („denunciation“), Abschreckung, Separation, Rehabilitation, Wiedergutmachung und Förderung des Verantwortungsbewusstseins des Straftäters. Ein neuer § 718.1 CCC normiert das „Grundprinzip der Strafzumessung“: „Die Strafe

³³ Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, 1987, S. 558-561. Die Kommission gab eine Reihe weiterer wichtiger Empfehlungen ab, die u.a. das System der Höchststrafen, plea bargaining (Verfahrensabsprachen, die ein Geständnis zum Gegenstand haben) und Alternativen zur Inhaftierung betrafen.

³⁴ *Roberts*, FSR 9 (1997), S. 245.

muss in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Grad der Verantwortlichkeit des Täters stehen“. Und § 718.2 CCC enthält eine Reihe weiterer Strafzumessungsprinzipien, einschließlich einer Liste mit strafscharfenden Umständen und den Prinzipien der Gleichbehandlung, Einheitlichkeit, Sparsamkeit und Zurückhaltung.³⁵

Der Präsident des Supreme Courts („Chief Justice“) Lamer merkte an, dass „das Parlament mit der Verabschiedung [von Gesetzentwurf C-41] die klare Botschaft an alle kanadischen Richter gesendet hat, dass zu viele Menschen zu Haftstrafen verurteilt werden“.³⁶ Das Gericht hielt fest, dass der Gesetzentwurf mit dem Ziel verabschiedet worden war, die Zahl der Inhaftierungen zu senken und stattdessen den Einsatz von wiedergutmachenden Maßnahmen auszuweiten. § 718.2(e) CCC bringt die Absicht des Parlaments, den Einsatz von Haftstrafen zu reduzieren, am besten zum Ausdruck, indem er normiert, dass „sämtliche neben der Haftstrafe verfügbaren Sanktionen, die unter den gegebenen Umständen als angemessen erscheinen, für alle Angeklagten in Erwägung gezogen werden sollen, unter besonderer Berücksichtigung der Umstände von Tätern mit indigener Herkunft“. Diese letzte Klausel spiegelt die entsetzliche Geschichte der Überrepräsentation der indigenen Bevölkerung in den kanadischen Haftanstalten wider. In *Gladue*³⁷ und *Ipeelee*³⁸ beschrieb der Supreme Court die überdurchschnittlich hohe Inhaftierung von Indigenen als eine „Krise“³⁹ und interpretierte § 718.2(e) CCC so, dass er die Tatrichter dazu anweist, eine kontextbezogene Analyse des Strafmaßes vorzunehmen, in deren Rahmen zu berücksichtigen ist, wie sich der Kolonialismus und die Misshandlung der indigenen Völker durch den kanadischen Staat auf den Angeklagten vor Gericht ausgewirkt haben könnte und ob ein alternatives Strafmaß vor diesem Hintergrund angemessener wäre. Trotz der Bestimmung und dieser höchstrichterlichen Entscheidungen verschärfte sich die Überrepräsentation der Eingeborenen weiter, wobei Angehörige der indigenen Bevölkerungsgruppen heute fast 30 % der Häftlingspopulation in den bundesstaatlichen Strafanstalten ausmachen, während sie mit etwas mehr als 4 % nur einen kleinen Teil der nationalen Bevölkerung bilden. Noch schlimmer fallen die Zahlen bei einer isolierten Betrachtung der Haftstrafen indigener Frauen und dem Blick auf die Einrichtungen der Provinzen aus; in Saskatchewan betreffen 74 % aller Einweisungen in die Haftanstalten der Provinz Angehörige der indigenen Bevölkerung, obwohl diese nur 14 % der Provinzbevölkerung ausmacht.⁴⁰

³⁵ Diese Bestimmungen wurden in den letzten Jahren in geringem Umfang geändert. All diese Änderungen betrafen „strafscharfende“ Erwägungen oder Faktoren. Für die aktuellen Bestimmungen siehe <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-718.html> <02.06.2020>.

³⁶ *R v Proulx*, 2005 SCC 5, Rn. 1.

³⁷ *R v Gladue*, [1999] 1 SCR 688.

³⁸ *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13.

³⁹ Für eine kritische Reflexion über den Gebrauch des Begriffs der „Krise“ in diesem Zusammenhang und mit der Argumentation, dass sie in irreführender Weise als ein anomales und ungewisses Phänomen dargestellt wird und nicht als das stabile und systematische Muster, das sie ist, siehe *Arbel*, CJLS 34 (2019), S. 437.

⁴⁰ Statistics Canada, Adult and Youth Correctional Statistics in Canada, 2017/2018, May 9, 2019.

Die Reformen haben nicht nur nicht zu einer Verringerung von Freiheitsstrafen in Kanada geführt (wo die Gesamtinhaftierungsrate mit ca. 130 Erwachsenen pro 100.000 Einwohner weitgehend stabil geblieben ist),⁴¹ sondern auch die Erläuterung der Zwecke und Grundsätze der Strafzumessung hat sich weder als eine sinnvolle Anleitung für die Tatrichter erwiesen noch die Ungleichheiten bei den ausgerichteten Strafen verringert. Die sechs in § 718 CCC aufgeführten Ziele sind nicht in eine abstrakte Rangordnung zueinander gebracht worden und obwohl das Grundprinzip der Bestrafung in § 718.1 CCC definiert wurde, gibt es keine Vorgabe, die bestimmt, wie die verschiedenen sich daran anschließenden Strafzumessungsprinzipien von den Richtern zu gewichten oder priorisieren sind.

Seit den Reformen von 1996 kann die kanadische Strafzumessung als ein Modell beschrieben werden, in dem sehr allgemeine und flexible gesetzliche Leitlinien bestehen, verbunden mit einem erheblichen Ermessensspielraum der Tatrichter bei der Bestimmung der angemessenen und verhältnismäßigen Strafe, der nur einer hochgradig restriktiven Überprüfung durch die Rechtsmittelgerichte unterliegt. Die Leitlinien zur Strafzumessung beschränken sich auf die weit gefassten Bestimmungen zu den Zwecken der Strafe, auf die für jede Straftat festgelegten Höchststrafen sowie auf eine Reihe von obligatorischen Mindeststrafen (deren Schicksal weiter unten erörtert wird).

Der Wunsch der Öffentlichkeit nach größerer legislativer Steuerung der Strafzumessung ist seit den Tagen der kanadischen Strafzumessungskommission nicht erloschen. Eine im März 2018 veröffentlichte Studie des Justizministeriums ergab, dass sich 81 % der Kanadier dafür aussprachen, dass Kanada die Einführung von Strafzumessungsrichtlinien erwägen sollte, und dass 69 % der kanadischen Bevölkerung die Meinung teilt, dass eine unabhängige Strafzumessungskommission für Kanada in Betracht gezogen werden sollte.⁴² Das Parlament hat sich jedoch nicht als bedeutender Entscheidungsträger auf dem Gebiet der Strafzumessung erwiesen. Seit den Reformen aus dem Jahr 1996 hat die Justiz nicht nur bereitwillig den Ermessensspielraum der Tatrichter akzeptiert, sondern ihn auch gegen eine Einmischung der Legislative und der Rechtsmittelinstanzen verteidigt.

Verteidigung des Ermessens

Die Akzeptanz des richterlichen Ermessens im Rahmen der Strafzumessung und das systematische Bekenntnis zur zentralen Rolle des Tatrichters bei der Entscheidung über die strafrechtliche Sanktion lässt sich anhand von zwei Entwicklungen in den letzten Jahren verdeutlichen: Dem Infragestellen der obligatorischen Mindeststrafen

⁴¹ <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2019001/article/00010-eng.htm> <02.06.2020>. Dies gilt trotz des sprunghaften Anstiegs der Inhaftierungsrate während der Amtszeit der konservativen Regierung von Premierminister Stephen Harper, die eine „harte Agenda zur Verbrechensbekämpfung („tough on crime“) verfolgte und eine Reihe von punitiven Maßnahmen und verbindlichen Mindeststrafen einführte.

⁴² <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/jr/rg-rco/2018/mar05.html> <02.06.2020>.

aus verfassungsrechtlichen Erwägungen und der Lockerung von rechtsmittelgerichtlichen Vorgaben in Bezug auf Fragen der Strafzumessung.

Mit Einführung der *Charta der Rechte und Freiheiten* im Jahr 1982 wurde das Strafzumessungsrecht um eine neue Dimension erweitert, die verfassungsrechtliche Grenzen für die Bestrafung vorsah. Die für die Strafzumessung relevanteste Verfassungsgarantie ist in § 12 der *Charta* geregelt und sieht vor, dass „jeder das Recht hat, keiner grausamen und außergewöhnlichen Behandlung oder Bestrafung ausgesetzt zu werden“. In den USA lag der Schwerpunkt der Diskussionen und Rechtsstreitigkeiten um die gleichwertige Bestimmung der US Bill of Rights (das 8. Amendment, das grausame und ungewöhnliche Bestrafungen verbietet) auf dem Verbot bestimmter Bestrafungs*methoden*, insbesondere der Todesstrafe. In Kanada – wo die Todesstrafe 1976 formell abgeschafft wurde (wobei die letzten Hinrichtungen 1962 stattfanden) – betrafen die größten Streitpunkte im Zusammenhang mit diesem verfassungsrechtlichen Verbot hingegen die *Strenge* der Sanktionen und insbesondere die obligatorischen Mindeststrafen.⁴³ Der unter § 12 etablierte Verfassungsstandard lässt sich anhand des Kriteriums der groben Unverhältnismäßigkeit bemessen: „§ 12 wird nur dann verletzt, wenn die Strafe in Anbetracht der Straftat und des Täters so ungeeignet ist, dass sie grob unverhältnismäßig ist“.⁴⁴

Mit Ausnahme eines frühen Falles,⁴⁵ in dem das Gericht eine verbindliche Mindeststrafe für verfassungswidrig erklärt hatte, bewirkte diese hohe Hürde für die Annahme eines Verfassungsverstößes, dass die Gerichte die gesetzlich vorgeschriebenen Mindeststrafen respektierten.⁴⁶

Tatsächlich dauerte es 28 Jahre, bis der Supreme Court erneut eine verbindliche Mindeststrafe für verfassungswidrig befand. Zur Zeit der konservativen Regierung von Premierminister Harper (2006–2015) wurden allerdings auch eine Reihe von Straftaten im Strafgesetzbuch und im Betäubungsmittelgesetz („Controlled Drugs and Substances Act“) um verbindliche Mindesthaftzeiten ergänzt. Infolgedessen stieg die Zahl der mit verbindlichen Mindeststrafen versehenen Straftaten von weniger als 15 in den 1980er Jahren auf über 75 an und die Gerichte in Kanada wurden mit neuen und immer zahlreicheren Klagen nach § 12 der *Charta* konfrontiert. Einige Gerichte vertraten die Auffassung, dass die obligatorischen Mindeststrafen verfassungswidrig seien, und mit seiner Entscheidung in der Sache *R v Nur*⁴⁷ leitete der Supreme Court von Kanada eine neue verfassungsrechtliche Haltung gegenüber den obligatorischen Mindeststrafen ein.

Das Gericht legte eine Methode fest, wonach eine verbindliche Mindeststrafe für verfassungswidrig zu erklären ist, wenn „dadurch dem jeweiligen Angeklagten eine grausame und außergewöhnliche Bestrafung (d.h. eine grob unverhältnismäßige

⁴³ Zu dieser Unterscheidung und ihrer Bedeutung in Kanada siehe *Kerr/Berger*, SCLR (2nd) 94 (2020), S. 235.

⁴⁴ *R v Smith*, [1987] 1 SCR 1045, Rn. 55.

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ Siehe *Parke*, SCLR (2nd) 57 (2012), S. 149.

⁴⁷ *R v Nur*, 2015 SCC 15.

Strafe) auferlegt wird, oder, falls dies nicht gegeben ist, wenn begründeterweise abzusehen ist, dass durch die Mindeststrafe andere Personen grausam und unüblich bestraft werden“.⁴⁸ Der Verwendung dieser sogenannten „reasonable hypotheticals“ (etwa „Hypothese der Vernunft“) als Maßstab für die Prüfung der obligatorischen Mindeststrafen liegt der Gedanke zugrunde, dass ein solches Gesetz, das jedem Individuum eine verfassungswidrige Behandlung auferlegt, keine Kraft oder Wirkung haben sollte.⁴⁹

In der Zeit seit der Entscheidung *Nur* haben Gerichte im ganzen Land den „reasonable hypothetical“-Test angewandt und eine Reihe von verbindlichen Mindeststrafen aufgehoben, obwohl die lebenslängliche Haftstrafe für Mord nach wie vor verbindlich vorgeschrieben ist. Nach manchen Zählungen haben kanadische Gerichte mehr als drei Dutzend solcher Strafen wegen Verstößen gegen § 12 für verfassungswidrig erklärt.⁵⁰ In der Sache *R v Lloyd* läutete der Supreme Court gewissermaßen die Totenglocke für die meisten obligatorischen Mindeststrafen, wobei die Präsidentin des Supreme Courts McLachlin Folgendes feststellte:

*Im Lichte von Nur sieht die Realität folgendermaßen aus: Obligatorische Mindeststrafen für Taten, die, wie hier, auf unterschiedliche Weise, unter den verschiedenen Umständen und von einer Vielzahl von Menschen begangen werden können, erscheinen anfällig dafür, gegen Verfassungsrecht zu verstoßen. Dies liegt daran, dass sich für solche Vorschriften beinahe unvermeidbar ein hinreichend begründetes hypothetisches Szenario annehmen lassen wird, in dem das verbindliche Mindeststrafmaß für verfassungswidrig zu erachten ist.*⁵¹

Die Präsidentin des Supreme Courts McLachlin schlug vor, dass das Parlament, falls es weiterhin an den verbindlichen Mindeststrafen als Instrument der legislativen Steuerung der Strafzumessung festhalten wolle, einen von zwei Ansätzen verfolgen könnte: Entweder könnte es die Reichweite der obligatorischen Mindeststrafen besser definieren, „sodass sie nur für solche Täter Anwendung finden, für die die Mindeststrafen tatsächlich vorgesehen sind“;⁵² oder es könnte „ein Sicherheitsventil einbauen, das es den Richtern ermöglicht, Ausnahmen bei solchen Angeklagten vorzunehmen, für die das obligatorische Minimum eine grausame und unübliche Bestrafung darstellen würde“.⁵³

Die rigorose Herangehensweise des Gerichts bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der verbindlichen Mindeststrafen spiegelt eine wichtige Entwicklung aus der jüngsten Zeit wider. So zeigen sich die Gerichte wenig einverstanden mit

⁴⁸ Ebd., Rn. 65.

⁴⁹ See *R v Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 SCR 96.

⁵⁰ Eine ausgezeichnete Quelle, die das Schicksal der obligatorischen Mindeststrafen in Kanada verfolgt, findet sich unter <https://mms.watch> <02.06.2020>.

⁵¹ *R v Lloyd*, 2016 SCC 13, Rn. 35.

⁵² Ebd., Rn. 35.

⁵³ Ebd., Rn. 36.

parlamentarischen Vorgaben zur Steuerung der Strafzumessung, durch die das Ermessen der Tatrichter – wenn auch auf eine ungeschickte Weise – eingeschränkt werden würde. Eine ähnliche Ablehnung lässt sich in den Fällen beobachten, in denen die Rechtsmittelgerichte versuchen, mittels Leitlinien mehr Einheitlichkeit und Vorhersehbarkeit bei der Strafzumessung zu erreichen – auf Kosten des tatrichterlichen Ermessens.

Wie oben wiedergegeben, hat der Supreme Court trotz des sehr restriktiven Maßstabs, der für die Überprüfung von Urteilen durch die Rechtsmittelinstanzen gelten soll, beschrieben, dass die Rechtsmittelgerichte eine wichtige Rolle bei der Gewährleistung der einheitlichen Entwicklung und Kontinuität des Rechts spielen. Angesichts des Fehlens gesetzlich normierter Strafzumessungsrichtlinien haben die Rechtsmittelgerichte verschiedene Mittel genutzt, um eine Strukturierung der Ermessensausübung im Rahmen der Strafzumessung herbeizuführen und eine größere Gleichmäßigkeit und Konstanz bei der Strafzumessung zu erreichen. Einige Gerichte verabschiedeten „Ausgangsstrafen“ für bestimmte Delikte. Dieser Ansatz wurde jedoch vom Supreme Court missbilligt, was seine Bedeutung und seinen Nutzen bei der Überprüfung der Urteile in der Rechtsmittelinstanz stark limitierte.⁵⁴ Gängiger geworden ist die Anwendung von höchstrichterlich festgelegten Strafraumen, die eine Spanne angeben, innerhalb derer die Strafe für ein bestimmtes Delikt normalerweise liegen sollte. Jedoch hat der Supreme Court erst kürzlich die Unverbindlichkeit dieser Vorgaben betont und festgestellt, dass „es immer Situationen geben wird, die eine Strafe außerhalb eines bestimmten Rahmens erforderlich machen“, weil „jedes Verbrechen unter einzigartigen Umständen und von einem Täter mit einem einzigartigen Profil begangen wird“.⁵⁵ Der amtierende Präsident des Supreme Court bekräftigte die Schlüsselrolle des Tatrichters, der die Besonderheiten des ihm vorliegenden Falles würdigt. Er beschrieb die Strafraumen als „nichts anderes als Zusammenfassungen der in der Vergangenheit verhängten Mindest- und Höchststrafen“, die „als historische Erfahrungswerte für die Arbeit der Tatrichter, die in jedem Fall ihr Ermessen neu ausüben müssen“, zu berücksichtigen seien.⁵⁶

Schlussendlich bleibt zu konstatieren, dass das Abweichen von einem durch ein Rechtsmittelgericht festgelegten Strafraumen keinen Beweis für eine grundsätzlich falsche Strafe darstellt und dass ein solcher Strafausspruch auch nicht zwangsläufig unzutreffend ist. Der Supreme Court hat die Einflussnahme durch die Rechtsmittelgerichte vielmehr als solche deklariert und die grundlegende Rolle des Ermessens der Tatrichter bei der Strafzumessung bekräftigt: „Die Abweichung von einem Strafraumen rechtfertigt nicht automatisch eine Intervention der Rechtsmittelinstanz“.⁵⁷ Dass das Gericht die Auswirkungen seiner Haltung versteht und gutheißt ist eindeutig. Der Supreme Court stellt fest, dass, obwohl „Individualisierung und Gleichheit

⁵⁴ *R v McDonnell*, [1997] 1 SCR 948.

⁵⁵ *R v Lacasse*, 2015 SCC 63, Rn. 58.

⁵⁶ Ebd., Rn. 57.

⁵⁷ *R v Suter*, 2018 SCC 34, Rn. 25.

der Strafen in Einklang gebracht werden müssen, um verhältnismäßig zu sein“,⁵⁸ „das Prinzip der Gleichheit der Strafen ... dem grundlegenden Prinzip der Verhältnismäßigkeit untergeordnet ist.“⁵⁹

1.3 Strafzumessung in Kanada, Zwischenergebnis

So wie sich die Dinge im Laufe der Geschichte des Common Law, über verschiedene Reformprojekte hinweg, die entweder aufgegeben wurden oder effektiv keine Mehrwert bieten konnten, und im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Supreme Courts entwickelt haben, ist die Strafzumessung in Kanada durch einen weiten richterlichen Ermessensspielraum gekennzeichnet. Entscheidungen über strafrechtliche Sanktionen werden in gerichtlichen Sentencing Hearings getroffen. In Ermangelung wesentlicher gesetzgeberischer Vorgaben werden die Richter dabei nur von den flexiblen Vorgaben der Rechtsmittelinstanzen geleitet, die im Übrigen ebenfalls einen sehr zurückhaltenden Standard bei der Überprüfung der Entscheidungen angenommen haben. Obwohl die Existenz dieses Ansatzes zum Teil erst durch das Scheitern früherer Reformbemühungen um die Einführung eines Richtlinienystems ermöglicht wurde, hat das System die zentrale Rolle des richterlichen Ermessens begrüßt und es sogar noch verteidigt.

In einer Common Law-Welt, in der die Dynamik immer mehr in Richtung der Strafzumessungsrichtlinien in unterschiedlichsten Ausformungen tendiert, stellt das kanadische Modell aus rechtsvergleichender Sicht einen interessanten Fall dar. Die Entwicklung des kanadischen Ansatzes erfolgte nicht in Ermangelung anderer Optionen; vielmehr haben die Gerichte in dem Bewusstsein, dass sich dieses höchst ermessensbasierte System zulasten der Konstanz auswirkt und eine ungleiche Strafzumessung fördert, aus prinzipiellen Gründen, die, wie ich im nächsten Teil dieses Beitrags erläutern werde, theoretisch durchaus gut begründet und begründbar sind, das richterliche Ermessen begrüßt. Das soll nicht heißen, dass Gesetzesreformen und Strafzumessungsrichtlinien in der Zukunft nicht relevant werden können. Aber die kanadische Priorität der Individualisierung und das Prinzip der individuellen Verhältnismäßigkeit, das sich in diesem Umfeld der Ermessensfreiheit herausbilden und entwickeln durfte, hat bestimmte Stärken und bietet wertvolle Lehren für die Praxis und die Theorie der Strafzumessung. Ich wende mich nun der Entstehung, der Form und den praktischen und theoretischen Auswirkungen dieses grundlegenden Prinzips der individuellen Verhältnismäßigkeit zu.

⁵⁸ *R v Lacasse*, 2015 SCC 63, Rn. 53.

⁵⁹ *Ebd.*, Rn. 54.

2 Individuelle Verhältnismäßigkeit in der kanadischen Strafzumessung

2.1 Vorstellung des Prinzips

Die Forderung nach einem neuen Grundprinzip der individuellen Verhältnismäßigkeit im kanadischen Strafzumessungsrecht mag aus mehreren Gründen unangebracht erscheinen. Erstens ist der Gedanke, dass eine solche Form der Verhältnismäßigkeit für die Rechtspraxis der Strafzumessung gelten sollte, nicht sehr neu. Das Grunderfordernis der Verhältnismäßigkeit, also dass die Strenge einer Sanktion das Gewicht des kriminellen Verhaltens widerspiegeln soll, ist in der Strafzumessungspraxis zahlreicher Jurisdiktionen auf der ganzen Welt verankert und nimmt seit langem einen zentralen Platz in der philosophischen Literatur über Bestrafung ein,⁶⁰ wobei sich dieses Grunderfordernis auch auf verschiedene andere Begründungen stützen lässt.⁶¹ Die Bemühung, die Strafe an dem Grad der persönlichen Vorwerfbarkeit des Verhaltens auszurichten, ist das Herzstück der zeitgenössischen Vergeltungstheorien („retributive theories“) der Bestrafung,⁶² das in der Literatur viel diskutiert und untersucht wurde, wenn auch andere die Berufung auf dieses Prinzip als „trägerische Grundlage für die Begrenzung der Strafe“ kritisiert haben.⁶³

In Kanada wurde eine Version dieses auf Vergeltung beruhenden Verhältnismäßigkeitsprinzips in das Strafgesetzbuch aufgenommen. § 718.1 CCC normiert ein „Grundprinzip“ der Strafzumessung, nämlich, dass „[eine] Strafe im Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Grad der Verantwortlichkeit des Täters stehen muss“.⁶⁴ Auch schon vor den Änderungen des Strafgesetzbuches 1996, mit denen diese Bestimmung eingeführt wurde, war die Verhältnismäßigkeit „seit langem ein zentraler Leitgedanke des Strafverfahrens“.⁶⁵ Darüber hinaus wohnt selbstverständlich auch dieser Art von Verhältnismäßigkeit eine Form der „Individualisierung“ inne: Die Strafe ist an den „Grad der Verantwortlichkeit des Täters“ geknüpft. Dabei handelt es sich um eine Form der Individualisierung, die in trauter Eintracht mit der

⁶⁰ Wie *Lacey* und *Pickard* anmerken, „steht die Verhältnismäßigkeit als Schlüsselkonzept in einer viel längeren Geschichte des Bemühens um modernere und mildere Strafen und nimmt einen zentralen Platz in der Arbeit von Aufklärern und Reformern in vielen Ländern ein: Beccaria, Bentham, Jefferson und Montesquieu“ (MLR 78 (2015), S. 218).

⁶¹ Siehe, z.B., *von Hirsch/Ashworth*, Proportionate Sentencing, 2005 für eine Untersuchung einiger dieser verschiedenen Begründungen.

⁶² *von Hirsch* und *Ashworth* erklären, dass „das Besondere an der gegenwärtigen „desert theory“ darin besteht, dass sie die Idee der Verhältnismäßigkeit von ihrer Nebenrolle hin zu einer zentralen Funktion bei der Bestimmung der Sanktionen verschiebt“ (ebd., S. 131). Man denke beispielsweise an *von Hirschs* „censure theory“, die *von Hirsch* und *Ashworth* neu formulieren und zusammenfassen in ebd., p. 9. Siehe auch *von Hirsch*, Censure and Sanctions, 1993.

⁶³ *Lacey/Pickard*, MLR 78 (2015), S. 227.

⁶⁴ § 718.1 CCC.

⁶⁵ *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, Rn. 36.

Schuldfeststellung („guilt phase“) im Strafprozess und den vergeltenden Straftheorien bei der Strafzumessung steht, die beide zentral auf die Feststellung der persönlichen Vorwerfbarkeit ausgerichtet sind.

Die Neuerung im kanadischen Strafzumessungsrecht, die ich in diesem Beitrag untersuche, beruht jedoch auf einem fundamental anderen Verständnis von Individualisierung, von ihrer Zentralität für die gerechte Strafzumessung und von dem, was für ihre Befolgung von dem Tatrichter zu verlangen ist. Bei dieser Form der Individualisierung geht es darum, sich dem Täter durch und über Fragen der Verantwortlichkeit und Schuld hinaus zu nähern, um auch die Leidensgeschichte des Täters als Folge seines Fehlverhaltens zu berücksichtigen. Nach dem aufstrebenden Ansatz des Supreme Court steht die Verhältnismäßigkeit nach wie vor im Mittelpunkt der Strafzumessung, ebenso wie die Prüfung der Verantwortlichkeit und Schuld. Die Fokussierung auf die Leidenserfahrungen des Täters und auf die Folgen seines Fehlverhaltens lenkt die Aufmerksamkeit jedoch verstärkt auf die andere Seite der Verhältnismäßigkeitsgleichung: Die feinfühligere, situationsbezogene Bewertung dessen, was als ein Teil „der Strafe“ oder des Strafmaßes zu erblicken ist und die wahre Schärfe der Sanktion ausmacht. Die Individualisierung, um die es hier geht, ist diese individuelle Bewertung der Lebensumstände des Täters und seiner Leidenserfahrungen, durch die sich ein feineres Gespür für die wahre Angemessenheit und Gerechtigkeit der verhängten Sanktion entwickeln lässt. Der Vorzug, der dieser Form der Individualisierung gewährt wird, formt und färbt das Prinzip und die Praxis der Verhältnismäßigkeit neu.

Diese Auffassung von individueller Verhältnismäßigkeit zeichnet sich durch zwei anregende und miteinander zusammenhängende Merkmale aus, die im Folgenden dargestellt werden, ein konzeptionelles und ein methodisches.

Erstens greift die Wendung in Richtung einer ernsthaften Berücksichtigung der Erfahrungen des Täters im Zusammenhang mit seiner Bestrafung ein Paradox im Herzen der traditionellen Strafzumessungspraxis an. Der herkömmliche Ansatz hat die Aufmerksamkeit der Richter bei Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die Höhe des Strafmaßes und die Form der Bestrafung gelenkt: Die Schärfe einer freiheitsentziehenden „Strafe“ – die in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Grad der Verantwortlichkeit des Täters stehen muss – bemisst sich nach der Zeitdauer der vom Gericht verhängten Sanktion. Nach dieser Ansicht ist die Verhältnismäßigkeit eine im Wesentlichen quantitative Bewertung. Und doch steht diese Art des Verständnisses von Verhältnismäßigkeit in fundamentalem Widerspruch zu der Realität, dass die Schärfe einer Strafe nicht allein in der kühlen Bemessung der Strafdauer liegt, sondern in der Erfahrung von Leid – etwas, das durch die tatsächlichen Folgen und Umstände der Bestrafung und ihre Auswirkungen auf das Leben eines einzelnen Menschen bestimmt wird. Anders ausgedrückt, die Verhältnismäßigkeit muss eine qualitative Prüfung sein. Wir wissen sehr wohl, dass zum Beispiel die Frage, ob ein Verurteilter seine Strafe in einer Haftanstalt der maximalen oder minimalen Sicherheitsstufe verbüßt, für die tatsächliche Härte der Strafe ausschlaggebend ist; und dennoch geht das System von der Fiktion

aus, dass ein Richter bei der Verhängung einer Strafe in Bezug auf die Einstufung konsequent agnostisch sein kann.⁶⁶ Die konzeptionelle Wende, die ich in der Rechtsprechung nachvollziehe, beinhaltet eine Art phänomenologische Sensibilität – ein Bekenntnis zu der Idee, dass es die durch Erfahrung erlebte Reaktion der Gesellschaft auf Fehlverhalten ist, die uns im Rahmen der Strafzumessung interessieren sollte. Dadurch wird das andauernde Missverhältnis zwischen unserer vorherrschenden Strafzumessungspraxis und dem, was notwendig ist, um die wahre Schwere und damit die Tauglichkeit einer Strafe zu beurteilen, ins Wanken gebracht.

Zweitens bringt diese konzeptionelle Verschiebung eine wichtige methodische oder dogmatische Folge für die Strafzumessung mit sich: Eine erhebliche Erweiterung der Faktoren, die für die Festsetzung einer angemessenen Strafe von Bedeutung sind. Wie ich zeigen werde, werden Faktoren, die keinen Einfluss auf der in § 718.1 CCC beschriebenen Seite der Verhältnismäßigkeitsgleichung – „die Schwere der Tat und der Grad der Verantwortlichkeit des Täters“ – haben und die weit über die Frage des eigentlichen Strafmaßes hinausgehen, jetzt als wichtig für die Bemessung einer gerechten Strafe angesehen. Schließlich zeigt eine aufmerksame Beschäftigung mit der gegenwärtigen kanadischen Strafzumessungswissenschaft, dass in der Praxis bereits von einer Form der Verhältnismäßigkeit Gebrauch gemacht wird, die sich nicht allein auf den Gesetzestext des § 718.1 CCC stützen lässt. Es zeichnet sich die Entstehung einer ganz anderen Art der Verhältnismäßigkeit ab, die die kanadische Strafzumessung in eine grundlegend neue Richtung lenkt. Danach soll die Strafzumessung an der persönlichen Erfahrung der Bestrafung ausgerichtet werden, anstatt sich nur auf der individuellen Bewertung von Verantwortlichkeit und dem Gedanken, dass der Täter „es verdient hat“ („desert“) auszuruhen.

Dieser Ansatz basiert auf großer Intimität und hat eine enorme Reichweite. „Intimität“ und „Reichweite“ mögen als seltsam deskriptive Bettgenossen erscheinen. Aber im Zusammenhang mit der Strafzumessung bilden sie zwei Seiten der gleichen Medaille. Dies ist auf den besonderen Charakter des „Projekts der Strafzumessung“ zurückzuführen, bei dem es, sobald die dogmatischen und verwaltungstechnischen Fesseln – so wichtig sie auch sind – abgelegt werden, um die Strategie eines durch eine Justiz verwalteten politischen Systems geht, die darin besteht, einem Individuum als Antwort auf ein Verbrechen Leid zuzufügen. Im Rahmen dieses einzigartigen Projekts ist es in der Tat ein ehrgeiziger politischer Schritt, Intimität, Nähe und Aufmerksamkeit für die Erfahrung des Leidens zu etablieren.

2.2 Beschreibung des entstehenden Prinzips

In diesem Abschnitt verfolge ich den Aufstieg dieses neuen Ansatzes, seine Auswirkungen auf das rechtswissenschaftliche Verständnis von Verhältnismäßigkeit und seine qualitative Struktur, indem ich drei Entwicklungen näher betrachte, die die Rechtsprechung des Supreme Court zur Strafzumessung in den letzten fünfzehn

⁶⁶ Ich komme auf dieses Beispiel am Ende des Artikels zurück.

Jahren geprägt haben. Jedes Problem, das ich erörtere, umfasst einen gesonderten, manchmal technischen Punkt. Sobald sie jedoch zusammengefügt und in Interaktion gebracht werden, vermitteln die gesammelten Stücke ein anschauliches Bild von der Abkehr des Gerichts von dem eher traditionellen, eng auf Verantwortlichkeit beschränkten Verständnis von Verhältnismäßigkeit und seinem neuen individualisierten Ansatz, nach dem die Leidenserfahrung des Täters ein wesentlicher Maßstab für die Bestimmung einer angemessenen Strafe ist.

Leiden durch die Hände der Polizei

Welche Bedeutung haben Schmerzen und Leid, die im Zusammenhang mit der Verhaftung durch die Polizei zugefügt werden, für die Festsetzung der angemessenen Strafe? Die Frage ist interessant, denn bei Befolgung des im Strafgesetzbuch verankerten Grundprinzips der Strafzumessung scheint die Antwort „keine“ zu sein. Das Fehlverhalten der Polizei bei der Verhaftung ist von keinem der beiden gem. § 718.1 CCC die Verhältnismäßigkeit kennzeichnenden Faktoren erfasst. Egal wie ungeheuerlich die Behandlung des Täters durch die Polizei auch sein mag, sie hat keinen Einfluss auf die Schwere der zugrunde liegenden Tat, noch ändert sie die Verantwortlichkeit des Täters für diese Tat. Nach der Verhältnismäßigkeit, wie sie im Gesetz beschrieben ist, scheinen solche Überlegungen für den Zumessungsprozess irrelevant zu sein.

Dies war das Problem, vor dem der Tatrichter in der Sache *Nasogaluak* stand.⁶⁷ Die Polizei hatte Herrn Nasogaluak am Ende einer Verfolgungsjagd mittels starker Zwangsanwendung überwältigt. Die Verfolgung war eingeleitet worden, weil die Polizei das Führen eines Fahrzeugs im fahruntüchtigen Zustand vermutete. Im Zuge seiner Verhaftung wegen Fahrens im Zustand der Fahruntüchtigkeit und der Flucht vor der Polizei versetzten die Beamten Herrn Nasogaluak mehrere Schläge auf den Kopf und zwei Schläge auf den Rücken, während er mit dem Gesicht nach unten auf dem Bürgersteig festgehalten wurde. Die letztgenannten Schläge hatten den Bruch zweier Rippen von Herrn Nasogaluak zur Folge und führten zu einem Lungenversagen, das eine Notoperation erforderlich machte. Herr Nasogaluak, der sich zu beiden Anklagepunkten für schuldig bekannte, argumentierte, dass das Strafmaß infolge des polizeilichen Fehlverhaltens, wodurch seine Rechte aus der *Charta der Rechte und Freiheiten* verletzt worden waren, reduziert werden sollte. Dem stimmte der Tatrichter zu, jedoch glaubte er, eingengt durch das gängige Verständnis der Strafzumessungsprinzipien, in diesem Fall eine außerordentliche Lösung finden zu müssen und griff daher auf § 24(1) der *Charta* zurück, um die Strafe als verfassungsmäßiges Korrektiv zu reduzieren.

⁶⁷ R v *Nasogaluak*, 2010 SCC 6.

Am Supreme Court befand Richter LeBel, dass die Reduzierung der Strafe angemessen gewesen war. Von zentralem Interesse für diesen Beitrag ist jedoch seine Feststellung, dass der Rückgriff auf § 24(1) unnötig war: In Ermangelung einer verbindlichen Mindeststrafe könne das Ergebnis nicht nur durch die reguläre Konzeption der Strafzumessung begründet werden, sondern darüber hinaus durch sie sogar geboten sein. Wie kann dies sein?

In seiner Begründung bekräftigt Richter LeBel die zentrale Rolle der Verhältnismäßigkeit und des § 718.1 CCC als grundlegendes Strafzumessungsprinzip im kanadischen Recht. Dabei betont er, dass die Beachtung der Verhältnismäßigkeit bedeutet, dass Richter Strafen formulieren, die die „Rolle [des Täters] bei der Straftat und den von ihm verursachten Schaden“ angemessen widerspiegeln und sanktionieren.⁶⁸ Vorliegend vermag diese Aussage allein jedoch nicht erklären, warum unter Berücksichtigung des Leidens von Herrn Nasogaluak ein angemessenes Strafmaß zustande gekommen ist, da das polizeiliche Fehlverhalten keine der für die Verhältnismäßigkeit maßgeblichen Faktoren betraf. Richter LeBel geht über die vier Eckpunkte von § 718.1 CCC hinaus und nimmt eine weitreichendere und politischere Auffassung von der Strafzumessung ein, als sie normalerweise in der Rechtsprechung zu finden ist. Er erklärt, dass „vorausgesetzt, dass das beanstandete Verhalten den einzelnen Täter und die Umstände seiner Tat betrifft, der Strafzumessungsprozess die Berücksichtigung des kollektiven Interesses der Gesellschaft an der Gewährleistung der Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit und der gemeinsamen Werte unserer Gesellschaft durch die Strafverfolgungsbehörden umfasst“.⁶⁹ Diese Aussage stützt er auf die in § 718 CCC enthaltene Formulierung des grundlegenden Zwecks der Strafe, die einen Beitrag zur „Wahrung des Rechts und zur Aufrechterhaltung einer gerechten, friedlichen und sicheren Gesellschaft“ leistet. Vielleicht ist diese Erweiterung der für die Strafzumessung relevanten Faktoren somit durch etwas wie die Sorge über eine „Schulduweisung“ („standing to blame“) durch die Gesellschaft begründet.⁷⁰ Wenn die Gesellschaft ernsthafte Benachteiligungen einzelner Personen erfährt oder sieht, dass einem Individuum erhebliches soziales Unrecht zugefügt wird, könnte die Autorität des Staates bei der Bestrafung des Verbrechens oder der Übernahme eigener Verantwortlichkeit daran, was gleichzeitig diejenige des Täters verringern würde, *per se* untergraben werden.⁷¹

Und doch scheint dies nicht ausreichend zu erklären, warum die „lebensverändernde Erfahrung“ von Herrn Nasogaluak relevant für seine Strafe ist. Erinnern Sie sich an den Hinweis von Richter LeBel: Staatliches Fehlverhalten kann bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden, „*vorausgesetzt, das betreffende Verhalten steht in Zu-*

⁶⁸ Ebd., Rn. 17.

⁶⁹ Ebd., Rn. 49.

⁷⁰ Duff, Ratio 23 (2010), S. 123; ders., Answering for Crime, 2009.

⁷¹ Für diesbezügliche Argumente im Zusammenhang mit Armut siehe Tadros, JVI 43 (2009), S. 391; Sylvestre, McGillJ, 55 (2010), S. 771. Ich erläutere dieses Konzept im Hinblick auf das Recht der psychische Störungen („law of mental disorder“) in Berger, Mental Disorder, 2012, S. 117.

sammenhang mit den Lebensverhältnissen des einzelnen Täters und den speziellen Umständen seiner Tat“. So entsetzlich das Fehlverhalten der Polizei auch gewesen sein mag, steht es in keinem Zusammenhang mit den Umständen des Delikts. Folglich muss die relevante Verbindung zu den persönlichen Verhältnissen von Herrn Nasogaluak bestehen. Welcher Art ist diese Verbindung?

Die provokante Antwort, die diesem Fall zugrunde liegt, besteht darin, dass wir diesen Zusammenhang in dem Schmerz finden, den Herr Nasogaluak erfahren hat. Seine Strafe wird vernünftigerweise herabgesetzt, weil er als Folge seines Fehlverhaltens bereits einen Schaden durch den Staat erlitten hat. Bei der Bestimmung einer geeigneten und verhältnismäßigen Strafe ist die Art und Weise, in der der Täter bereits infolge seines Fehlverhaltens gelitten hat, von besonderer Bedeutung. Dieser Schmerz, der außerhalb der üblichen Zumessungskriterien von Dauer und Form der Inhaftierung erlebt wird (und der sich nicht als Teil der Schwere der Straftat oder des Grades der Verantwortlichkeit des Täters erblicken lässt), ist dennoch relevant für die Bemessung einer gerechten und angemessenen Strafe.

Richter LeBel beschreibt den auf §§ 718 - 718.2 CCC gestützten weiten Ermessensspielraum als in einer Grundidee verankert: Dass „die Bestimmung einer ‚geeigneten‘ Strafe ... ein individualisierter Prozess ist“.72 Die Fakten und Gründe in *Nasogaluak* lassen auf den Charakter dieser Individualisierung schließen. Sie lösen den Richter von dem engen Verständnis der Strafzumessung, wie es das Gesetz vorsieht, und konfrontieren ihn mit der Leiderfahrung eines Täters, die ihm infolge seines Fehlverhaltens widerfahren ist.

Nebenfolgen der Bestrafung

Das aus *Nasogaluak* gewonnene, eher ausladende Verständnis von der Bestrafung weist den Weg zu einer zweiten Entwicklung im kanadischen Strafzumessungsrecht, die für das aufkommende Prinzip der individualisierten Verhältnismäßigkeit von Bedeutung ist: Die expansive Berücksichtigung der „Nebenfolgen einer Strafe“ („collateral consequences of a sentence“). Zwar berücksichtigen die Strafrichter schon lange bestimmte Faktoren, die als „Nebenwirkung“ einer Strafe angesehen werden könnten. Jedoch haben sie dies vorwiegend in solchen Fallkonstellationen getan, in denen die fraglichen Folgen eng mit der Art der Strafe selbst verknüpft waren, wie z.B. die Auswirkungen einer Freiheitsstrafe auf die Eltern oder die Familie.⁷³ Seit 2013 hat der Supreme Court jedoch eine umfassende Definition der Nebenfolgen festgelegt und seinen Ansatz mit Gründen gerechtfertigt, die sowohl die dogmatische Priorität als auch den besonderen Charakter der Individualisierung für die kanadische Strafzumessung hervorheben.

⁷² *R v Nasogaluak*, 2010 SCC 6, Rn. 43.

⁷³ Man denke beispielsweise an die gängige Rechtsprechungspraxis, nach der die Tatrichter die Trennung einer Mutter von ihrer Familie berücksichtigen sollen (siehe, z.B., *R v Collins*, [2011] OJ No 978, 104 OR (3d) 241 (Ont CA)) oder, im Allgemeineren, die Auswirkung der Inhaftierung auf Familien (siehe, z.B., *R v Gerald*, [1965] JQ no 22, 46 CR 365 (Que CA)).

Der erste Schritt in dieser Entwicklung bestand in der höchstrichterlichen Befassung mit der in der Sache *R v Pham*⁷⁴ getroffenen Entscheidung, in der es darum ging, ob eine an sich angemessene Strafe angesichts der Folgen der Verurteilung für die Einbürgerung reduziert werden könnte und sollte. Das *Einwanderungs- und Flüchtlingschutzgesetz* („Immigration and Refugee Protection Act“) sieht vor, dass ein zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren Verurteilter sein Recht auf Einspruch gegen eine Abschiebungsanordnung im Asylverfahren verliert.⁷⁵ Herr Pham beantragte eine Reduzierung seiner Strafe für die Begehung gewisser Drogendelikte um einen Tag, um so die schwerwiegende Konsequenz der drohenden zweijährigen Haftstrafe abzuwenden. Das Rechtsmittelgericht lehnte es ab, die Strafe zu ändern, aber der Supreme Court befand, dass diese durch das *IRPA* (*Einwanderungs- und Flüchtlingschutzgesetz*) auferlegten „Nebenfolgen“ strafzumessungsrechtlich zu berücksichtigen seien und reduzierte die Strafe dementsprechend.

Von zentralem Interesse ist die Frage, wie das Gericht dieses Ergebnis begründet hat. Richter Wagner, der damals die Position des Berichterstatters des Gerichts innehatte, definierte die Nebenfolgen im Wesentlichen wie folgt: „Nebenfolgen einer Strafe sind alle jene Folgen, die sich aus den Auswirkungen der Strafe auf den jeweiligen Täter ergeben“. Solche Folgen „können bei der Strafzumessung als persönliche Umstände des Angeklagten berücksichtigt werden“.⁷⁶ „Allerdings“, stellt Wagner klar, „handelt es sich dabei streng genommen um keine strafschärfenden oder -mildernden Faktoren, da sich solche Faktoren per Definition ausschließlich auf die Schwere der Straftat oder den Grad der Verantwortlichkeit des Täters beziehen“.⁷⁷ Damit positioniert er die Rolle der Nebenfolgen klar außerhalb des Rahmens von § 718.1 CCC, erklärt aber, dass „ihre Bedeutung von der Anwendung der Prinzipien der Individualisierung und Gleichheit herrührt“.⁷⁸ Indem sie die individuelle „Wirkung der Strafe“ betrifft, stellt die Berücksichtigung der Nebenfolgen sicher, dass die Strafe „im Hinblick auf das jeweilige Verbrechen und den jeweiligen Täter angemessen ist“⁷⁹ und tatsächlich der Schwere anderer Strafen entspricht, die für ähnliche und unter vergleichbaren Umständen begangene Taten ausgesprochen wurden. Die beiden gängigen Strafzumessungserwägungen aus § 718.1 CCC sind zwar nach wie vor entscheidend für die Festsetzung einer angemessenen Strafe, doch die Bedeutung der Nebenfolgen lenkt das Augenmerk auf einen weiteren Blickpunkt: Die persönlichen Umstände des Täters und die Art und Weise, wie dadurch die Schwere der verhängten Strafe beeinflusst wird.

⁷⁴ *R v Pham*, 2013 SCC 15.

⁷⁵ SC 2001, c 17 [*IRPA*]. Diese Schwelle wurde seitdem durch das *Gesetz zur schnelleren Abschiebung von ausländischen Straftätern* auf 6 Monate gesenkt, SC 2013, c 16, § 24.

⁷⁶ *R v Pham*, 2013 SCC 15, Rn. 11.

⁷⁷ Ebd., Rn. 11.

⁷⁸ Ebd., Rn. 11.

⁷⁹ Ebd., Rn. 14.

Mit seiner Entscheidung in der Sache *R v Suter*⁸⁰ hat sich der Supreme Court noch stärker auf diese Logik festgelegt, wodurch es zu größeren konzeptionellen Auswirkungen auf die Strafzumessung gekommen ist. In diesem Fall fuhr der Angeklagte mit seinem Fahrzeug versehentlich in die Terrasse eines Restaurants und verursachte so den Tod eines zweijährigen Jungen. Obwohl er zum Zeitpunkt des Unfalls nicht fahruntüchtig war, verweigerte Herr Suter auf Anraten einer fehlerhaften Rechtsberatung die Abgabe einer Atemalkoholprobe. Er wurde angeklagt und bekannte sich schuldig, sich in dem Wissen um den Todesfall geweigert zu haben, eine solche Probe abzugeben. Die fehlerhafte Rechtsberatung war eindeutig von Bedeutung für die Entscheidung des Tatrichters, die Strafe deutlich unter dem Normalniveau festzusetzen. Die makabre Wendung war jedoch diese: Vor der Verurteilung wurde Herr Suter von drei vermummten Männern entführt, die ihn in ein abgelegenes Gebiet brachten, ihn dort schlugen und mit einer Gartenschere seinen Daumen abtrennten. War der Strafrichter berechtigt, diese Selbstjustiz bei der Strafzumessung zu berücksichtigen?

Stellvertretend für die Mehrheit der Richter am Supreme Court äußerte Richter Moldaver die Auffassung, dass er zu diesem Vorgehen berechtigt war. Beachten Sie die Bedeutung dieser Ansicht: Sowohl das Vorgehen der Polizei in *Nasogaluak* als auch die in *Pham* in Frage stehenden asylrechtlichen Konsequenzen betrafen Maßnahmen von staatlicher Seite. Diese Fälle haben somit nahegelegt, dass die gesamte Behandlung eines Angeklagten durch den Staat von Relevanz für die Strafzumessung ist. Die Einbeziehung der Selbstjustiz in *Suter* in diesen Befund erweitert die ohnehin schon delikate Aussage nochmals erheblich: Das Leiden muss nicht auf den Staat zurückführbar sein. Richter Moldaver nennt eine erweiterte Definition der Nebenfolgen, die „jede Folge, die sich aus der Begehung einer Straftat, der Verurteilung wegen einer Straftat oder der Strafvollstreckung im Anschluss an eine Verurteilung für den Täter ergibt“ umfasst,⁸¹ unabhängig davon, ob sie vorhersehbar oder unerwartet ist.⁸² All jene Konsequenzen, unabhängig von ihrer Verbindung zum Staat, sind für eine angemessene Bestrafung relevant. Dabei handelt es sich um eine umfangreiche Zahl von Fallkonstellationen, deren Grenzen noch gar nicht absehbar sind.

Zudem hat sich der Supreme Court erneut klar dahingehend geäußert, dass die Bedeutung der Nebenfolgen nicht von der Schwere der Straftat oder der Verantwortlichkeit des Täters abhängt. Vielmehr sei zu fragen, „ob die Auswirkungen dieser Folgen dazu führen, dass eine bestimmte Strafe aufgrund der jeweiligen Umstände des Täters einen größeren Einfluss auf diesen haben würde“.⁸³ Die Auswirkungen müssen einberechnet werden, „um sicherzustellen, dass die Prinzipien der

⁸⁰ *R v Suter*, 2018 SCC 34.

⁸¹ Ebd., Rn. 47.

⁸² Ebd., Rn. 49.

⁸³ Ebd., Rn. 48.

Individualisierung und Gleichheit gewahrt werden“.⁸⁴ Das Markenzeichen der Individualisierung, das hinter diesem Ansatz steht, geht über Fragen der Verantwortlichkeit hinaus. Es geht über die bloße Anpassung des Strafmaßes an die objektiven Merkmale des Individuums hinaus. Bei diesem grundlegenden Prinzip der Individualisierung, das die Suche nach der Verhältnismäßigkeit bestimmt und lenkt, geht es darum, eine besondere Sensibilität für solche Faktoren zu entwickeln, die die Straferfahrung des Täters prägen.

Die Bedeutung von Hoffnung

Um das Bild dieser aufkommenden Sensibilisierung für die Erfahrung von Bestrafung zu vervollständigen, wende ich mich der Bedeutung von Hoffnung zu. Dies bringt uns der subjektiven und emotionalen Straferfahrung des Täters noch am nächsten – ein sinnvoller Standpunkt, den wir für die Beurteilung der Angemessenheit einer Strafe einnehmen können, zu dem die Strafsysteme hingegen nur äußerst ungerne vordringen.

Im Gegensatz zu den vorangegangenen Fällen, wurde diese Entwicklung durch eine Gesetzesänderung ausgelöst. § 743.6 CCC sieht die Möglichkeit vor, dass ein Tatrichter den Zeitraum, in dem eine vorzeitige Haftaussetzung zur Bewährung unzulässig ist, verlängern kann, wenn das Gericht davon überzeugt ist, dass „dies zum Ausdruck der gesellschaftlichen Missbilligung der Straftat oder zum Zweck einer spezifischen oder allgemeinen Abschreckung erforderlich ist“. Traditionell besteht eine enge Verbindung zwischen der gerichtlichen Festsetzung der angemessenen Strafe und den Stellen, die verantwortlich für die Einhaltung der Haftbedingungen und den Vollzug der Strafe sind. Bei dieser Arbeitsteilung fielen die Bewährungsentscheidungen bisher schlicht und einfach nicht in den Arbeitsbereich eines Richters: „Erwägungen im Zusammenhang mit der Zulassung zu Bewährung blieben normalerweise bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Strafe unberücksichtigt“.⁸⁵ Richter bestrafen; andere Akteure befassen sich mit den Haftbedingungen und dem Vollzug der Strafe.⁸⁶ Wie jedoch Richter LeBel in *Zinck* erläuterte, „veränderte die

⁸⁴ Ebd., Rn. 51.

⁸⁵ *R v Zinck*, 2003 SCC 6, Rn. 18. Die einzige bemerkenswerte Ausnahme war die Verurteilung wegen Mordes zweiten Grades, die zwingend mit einer lebenslangen Haftstrafe und einer variablen Dauer der Untauglichkeit zur Bewährung zwischen 10 und 25 Jahren verbunden war. Richter LeBel merkt an, dass „einige Gerichte die Länge der Haftstrafen erhöht haben könnten, um dadurch die Dauer der nicht zur Bewährung aussetzbaren Haftzeit zu beeinflussen. Eine solche Praxis ist gänzlich unzulässig.“

⁸⁶ Für eine kürzlich erfolgte Formulierung dieser Standard-Arbeitsteilung siehe *R v Passera*, 2019 ONCA 527, Rn. 24: „Die Strafrichter haben die Aufgabe, eine angemessene Strafe für die Tat und den Täter festzusetzen, wobei sie die Belange der Rehabilitierung, Abschreckung und Verurteilung zu berücksichtigen haben. Die Strafvollzugsbehörden gehen von der festgesetzten Strafe aus und sind für den Vollzug dieser Strafe verantwortlich.“

Einführung von § 743.6 ... Art und Umfang der Strafzumessungsentscheidungen im kanadischen Strafrecht erheblich“.⁸⁷

§ 743.6 CCC wurde so formuliert, dass „viele inhaltliche und verfahrenstechnische Fragen unbeantwortet blieben“.⁸⁸ Im Laufe der Zeit stellte es sich deshalb als zentrale materiell-rechtliche Herausforderung dar, eine geeignete Prüfung zu finden, um entscheiden zu können, wann die Anwendung von § 743.6 CCC gerechtfertigt ist. Insbesondere von den Rechtsmittelgerichten wurde die Frage, ob die Anwendung einer verlängerten Sperre der Bewährung für besondere oder außergewöhnliche Umstände vorbehalten werden sollte, kontrovers beurteilt. In der Rechtssache *Zinck* legte sich der Supreme Court in diesem Sinne fest. Richter LeBel erläuterte stellvertretend für die Mehrheit der Richter, dass „die Entscheidung, die prinzipielle Zulassung zur Bewährung aufzuschieben, ungewöhnlich bleibt“⁸⁹ und dass „sie nicht routinemäßig und ohne Notwendigkeit angeordnet werden sollte“.⁹⁰ Diese Einstellung der relativen Zurückhaltung beschreibt er als Ausfluss einer wichtigen Pflicht: Dass „die Strafzumessungsentscheidung unter Berücksichtigung des Wesens und der Stellung des Aufschubs der Zulassung zur Bewährung als einer *besonderen, zusätzlichen Form der Bestrafung* erfolgen muss“.⁹¹

Dieser letzte Satz enthält den Schlüssel für das Verständnis der tieferen Bedeutung von *Zinck* für meine Überlegungen. Was macht den Aufschub der Zulassung zur Bewährung zu einer „besonderen“ Form der Bestrafung? Nach der Kernaussage des Gerichts: Ihr Einfluss auf die Hoffnung. Der Aufschub der Bewährung stellt eine besondere „Härte“ der Bestrafung dar.⁹² Diese Härte ist nicht allein eine Frage der verlängerten Haftdauer; es kann durchaus vorkommen, dass ein Täter trotz prinzipieller Eignung zur Bewährung nach der Entscheidung des „parole board“ (Bewährungsausschuss) inhaftiert bleibt. Vielmehr entsteht die „Härte“ dadurch, dass dem Täter von vornherein die Aussicht auf eine frühere Freilassung genommen wird, was sich auf sein Gefühlsleben auswirkt. Richter LeBel stellt fest, dass die Aufschubung der Zulassung zur Bewährung „jede Hoffnung auf eine baldige Befreiung von den Zwängen der Strafvollzugsanstalt und die damit einhergehenden Rechte oder Vorteile fast vollständig auslöschen kann“.⁹³ Eine Strafe, die ohne eine solche Hoffnung verbüßt wird, ist eine härtere Strafe. Diese außergewöhnliche Härte ist das „Besondere“ an der Strafmaßnahme der aufgeschobenen Bewährung und verlangt nach einer sparsamen Anwendung. Da der Aufschub der Bewährung jetzt als

⁸⁷ *R v Zinck*, 2003 SCC 6, Rn. 22. In *Zinck* wurde der Angeklagte, der über ein umfangreiches Vorstrafenregister einschließlich zahlreicher Waffen- und Alkoholdelikte verfügte, des Mordes zweiten Grades wegen der Erschießung seines Nachbarn unter Alkoholeinfluss angeklagt. Er bekannte sich des Totschlags schuldig und wurde zu einer 12-jährigen Haftstrafe und einem Ausschluss der Bewährung für 6 Jahre verurteilt.

⁸⁸ Ebd., Rn. 24.

⁸⁹ Ebd., Rn. 33.

⁹⁰ Ebd., Rn. 31.

⁹¹ Ebd., Rn. 31 [Hervorhebung hinzugefügt].

⁹² Ebd., Rn. 24.

⁹³ Ebd.

Strafzumessungserwägung zu beachten ist,⁹⁴ müssen sich die Tatrichter zusätzlich zur abstrakten Bemessung des Strafmaßes feinfühlig mit den Umständen und Bedingungen auseinandersetzen, die die Straferfahrung des Verurteilten prägen. Aus der Sache *Zinck* folgt nicht, dass die Zulassung zur Bewährung jetzt eine Standardüberlegung im Rahmen des Strafzumessungsverfahrens ist.⁹⁵ Sie bleibt vielmehr die gesetzliche Ausnahme. Aber bei einer vollständigen, aufmerksamen Betrachtung des Strafzumessungssystems lässt sich nicht mehr ohne weiteres sagen, was einst als klare Behauptung galt: Dass die Modalitäten einer Haftstrafe niemals Angelegenheit des Gerichts sind. Dieser Grundsatz hat nicht länger Gültigkeit.

Hoffnung reflektiert die qualitative Natur einer Strafe. Sie verleiht der Straferfahrung Geschmack, Charakter und eine lebensnotwendige Textur. Damit steht sie freilich nicht allein. Furcht, Scham, Einsamkeit, Verzweiflung und eine Vielzahl anderer innerer Gefühlszustände beeinflussen die wahre Härte oder Milde der Bestrafung. Obwohl die Strafzumessung diese emotionalen Dimensionen der Hafterfahrung eines Täters nicht vollständig berücksichtigen kann, deutet die Sache *Zinck* darauf hin, dass sie ihnen gegenüber auch nicht völlig unempfindlich sein darf, sondern sie als sinnvolle Kriterien für die Bestrafung zu beachten hat. Und in der Tat konnten wir beobachten, dass sich die kanadischen Gerichte mit diesen aufkommenden Fragen der Hoffnung und des Innenlebens der Täter während der Haft beschäftigen. Indessen werden die Gerichte mit einem weiteren sich abzeichnenden Problem der Strafzumessung konfrontiert: Wie sollen sie mit den „Bergen“ von Sperrzeiten für die Bewährung – und der Aussicht auf „lebenslange Haftstrafen“ – umgehen, die eine Gesetzesänderung im Jahr 2011 möglich gemacht hat.⁹⁶

Die Beachtung der emotionalen Dimensionen der Straferfahrung spiegelt ein Verständnis der Bestrafung im qualitativen Sinne wider und stellt eine weitere Facette des im kanadischen Strafzumessungsrecht aufkommenden Prinzips der Individualisierung dar.

Zusammenfassung des Prinzips

Die drei Entwicklungen, die ich in der gegenwärtigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ausgemacht habe, betonen jeweils auf ihre Weise, dass der Charakter, die Schwere und damit die Eignung einer Strafe letztlich durch die Leidenserfahrung des Täters bestimmt wird. *Nasogaluak* zeigt uns, dass von der Polizei zugefügte

⁹⁴ Ebd., Rn. 23. Vgl. auch *R v Passera*, 2019 ONCA 527, Rn. 23, Doherty J.A.: „Wenn eine Strafe eine gewisse Dauer des Freiheitsentzugs umfasst, bedeutet dies, dass das Strafzumessungsverfahren sowohl das vom Strafrichter verhängten Strafmaß als auch die gesetzlichen Bestimmungen umfasst, nach denen die Strafe im Anschluss vollzogen wird. *Zusammen beschreiben und definieren sie die ausgesprochene Strafe*“ [Hervorhebung hinzugefügt].

⁹⁵ Siehe *R v Passera*, 2019 ONCA 527, Rn. 26, wo Richter Doherty erklärt, dass „vorbehaltlich spezifischer gesetzlicher Ausnahmen (z.B. §§ 743.6 und 745.5) ... Fragen, die sich darauf beziehen, ob, wann oder wie ein Täter vor der vollständigen Vollstreckung seiner Strafe eine bedingte Entlassung in irgendeiner Form erfahren könnte, nicht von dem Strafrichter zu entscheiden sind“.

⁹⁶ § 745.51 Criminal Code. Siehe, z.B., *R v Klaus*, 2018 ABQB 97; *R v Vuozzo*, 2015 PESC 14.

Schmerzen Teil der Strafe sind; in den Fällen zu den Nebenfolgen wird festgestellt, dass die Strafe aus der Gesamtheit der Reaktionen des Staates und der Gesellschaft auf das Fehlverhalten eines Täters besteht; in seiner Auseinandersetzung mit der Hoffnung lenkt *Zinck* die Aufmerksamkeit der Strafgerichte auf die inneren, emotionalen Dimensionen der Bestrafung. Zusammengefasst deuten diese Entwicklungen auf eine phänomenologische Wende im kanadischen Denken über die Strafzumessung hin, nach der die reale Erfahrung der Bestrafung mehr in den Fokus rückt.

Aus juristischer Sicht lässt sich diese Wende als eine einzigartige Verbindung von Verhältnismäßigkeit und Individualisierung beschreiben. In diesem Beitrag wurde einleitend die Aussage von *Ipeelee* wiedergegeben, die ich als Ausdruck des ethischen Kerns dieser Entwicklung beschrieb. Und in der Tat werden in *Ipeelee* die Modalitäten der Verbindung klar definiert. Richter LeBel beschreibt Verhältnismäßigkeit als „die *sine qua non* einer gerechten Sanktion“,⁹⁷ er betont jedoch, dass „trotz der durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip auferlegten Grenzen“⁹⁸ die Strafzumessung „ein hochgradig individualisierter Prozess“ sei.⁹⁹ Vor dem Hintergrund der Krise, die durch die drastische Überrepräsentation der indigenen Bevölkerung in kanadischen Haftanstalten ausgelöst wurde, müssen bei der Bemessung der Strafe eines Täters mit indigenen Wurzeln die einzigartigen Umstände berücksichtigt werden, die nicht nur seine Lebenserfahrungen, sondern auch die Weltanschauungen und Werte, die er und seine Gemeinde vertreten, einschließen.¹⁰⁰ Trotz des einzigartigen Kontexts von *Ipeelee* beharrt Richter LeBel darauf, dass diese besondere Beachtung der persönlichen Umstände indigener Täter nichts anderes als Ausdruck „der grundlegenden Pflicht eines Strafrichters“¹⁰¹ in jedem einzelnen Fall ist: „[E]ine individuelle Bewertung aller relevanten Faktoren und Umstände, einschließlich des Status und der Lebenserfahrungen, der vor ihm stehenden Person vorzunehmen“.¹⁰²

Diese „grundlegende Pflicht“ kombiniert und modifiziert – ja kontrolliert sogar – das in § 718.1 CCC normierte „Grundprinzip“. Es handelt sich dabei um die individuelle Verhältnismäßigkeit. Sie ist nicht das Ergebnis bloßer richterlicher Innovation, sondern vielmehr eine grundsätzliche richterliche Formulierung dessen, was notwendig ist, um sicherzustellen, dass ein Urteil wirklich geeignet und angemessen ist, wie es das *Gesetz* verlangt. Dafür erforderlich ist eine einfühlsame Beschäftigung mit der Frage, wie die angeklagte Person die gesellschaftliche Reaktion auf ihr Fehlverhalten erleben wird. Aus rechtlicher Perspektive vertrete ich die Ansicht, dass es vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen einen Fehler darstellen würde, wenn

⁹⁷ *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13, Rn. 37.

⁹⁸ Ebd., Rn. 38.

⁹⁹ Ebd., Rn. 38.

¹⁰⁰ Ebd., Rn. 72, 74.

¹⁰¹ Ebd., Rn. 75.

¹⁰² Ebd., Rn. 75. Für eine Arbeit, die die kanadische und australische Herangehensweise bei der Schaffung von individualisierter Gerechtigkeit im Kontext der Bestrafung von Straftätern mit indigener Herkunft gegenüberstellt, siehe *Anthony/Bartels/Hopkins*, MULR 39 (2015), S. 47.

sich ein Richter jetzt auf die Verhältnismäßigkeit berufen würde, ohne ihren im Wesentlichen individuellen Charakter zu betonen und sich mit den tatsächlichen Auswirkungen des Strafprozesses und der vorgeschlagenen Strafe auf das Leben des Täters auseinanderzusetzen.

2.3 Das Versprechen und die Herausforderungen der individuellen Verhältnismäßigkeit

Es ist meiner Meinung nach kein Zufall, dass die Entwicklung dieser Methode der Individualisierung mit der Beschäftigung des Supreme Court mit der überproportionalen Inhaftierung von Personen mit indigenen Wurzeln zusammengefallen ist. Die Erfahrung dieser Krise hat ein Gefühl der Besorgnis und der Wachsamkeit gegenüber der Anwendung solcher Strafen hervorgerufen, deren Auswirkungen im Hinblick auf das dadurch tatsächlich beeinflusste Leben nicht regulierbar sind. Der *Bericht der Königlichen Kommission zur Lage der Ureinwohner*¹⁰³ und der *Bericht der Wahrheits- und Versöhnungskommission Kanadas*¹⁰⁴ verdeutlichte die Dringlichkeit dieses Sinneswandels, der sich in der Einführung von § 718.2(e) CCC und den Entscheidungen des Gerichts in *Gladue* und *Ipeelee* manifestierte. Das aufkommende Prinzip der individuellen Verhältnismäßigkeit ist Bestandteil desselben Ethos. Sein normatives Resultat ist auch eine Haltung der Vorsicht und Zurückhaltung, die durch die Forderung nach einer Untersuchung der Bandbreite solcher Umstände zum Ausdruck kommt, die sich darauf auswirken, wie eine Person, die sich vor einem Strafrichter zu verantworten hat, ihre Bestrafung tatsächlich erlebt.

Obwohl sie eine Abkehr von den bekannteren vergeltenden Interpretationen der Verhältnismäßigkeit darstellt,¹⁰⁵ ist diese das kanadische Strafzumessungsrecht und die dazugehörige Praxis betreffende Entwicklung aus mehreren Gründen ansprechend. Sie wird der Menschlichkeit im Augenblick der Verurteilung besser gerecht

¹⁰³ Canada, Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1996.

¹⁰⁴ Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015.

¹⁰⁵ In der Tat würden sich wahrscheinlich viele Anhänger der Vergeltungstheorien vor der Form der Individualisierung, die ich in der Rechtsprechung des Supreme Courts identifiziert habe, scheuen und diese als untragbare Abweichung von den konzeptuellen Begründungen einer verhältnismäßigen Strafzumessung betrachten. Nach von Hirschs „censure model“ besteht die „zentrale Begründung der Bestrafung“ bspw. in der „Erfahrung von Tadel“ und die Behandlung von solchen Faktoren als relevant für die Strafzumessung, die sich nicht direkt auf den „Grad der Sträflichkeit“ des Verhaltens des Täters auswirken, verringert die Legitimität des staatlichen Strafens (von Hirsch/ Ashworth, *Proportionate Sentencing*, 2005, S. 134). Der Schwerpunkt des vorliegenden Beitrags ist die Verfolgung und Erforschung dieser Entwicklung in der Rechtsprechung; die Beurteilung, ob diese Entwicklung mit den Vergeltungstheorien in Einklang gebracht werden kann, wäre Gegenstand einer anderen Arbeit. Es ist jedoch anzumerken, dass die Vertreter der Vergeltungstheorien darauf bestehen, dass die Verhältnismäßigkeit von der genauen Einschätzung der Schwere der Sanktion abhängt, obwohl diesem Punkt in der Literatur weniger Aufmerksamkeit geschenkt wird (siehe z.B. ebd., S. 147-148; von Hirsch, *Censure and Sanctions*, 1993, S. 33-35). Wie ich es beschrieben habe, ist der Kern dieser Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichts ein expansiveres und phänomenologisches Verständnis davon, wie der Charakter und damit die Schwere der Strafe selbst zu verstehen ist. Ich stelle die subjektivistisch-retributivistische Debatte darüber, wie die Schwere der Strafe zu bemessen ist, nachfolgend näher dar.

und entspricht dem, was moralisch und politisch in diesem Moment – dem außergewöhnlichen, von einem Richter vollzogene Akt des Staates, der politische Ziele verfolgt, indem er einem Individuum Gewalt und Leid zufügt – dringend notwendig ist. Aus ethischer Sicht scheint es sehr wichtig zu sein, dass sich der Richter in diesem Moment mit dem Individuum näher auseinandersetzt, um sicherzustellen, dass der Charakter des zuzufügenden Leids richtig eingeschätzt wird; nur dann können wir verständlich über die Eignung einer Strafe sprechen.

Die Entwicklungen, die ich untersucht habe, vermitteln somit ein beruhigendes Verständnis dafür, was „Strafe“ oder „Bestrafung“ bedeutet und was einen realistischeren Ansatz der Verhältnismäßigkeit ausmacht. Jenseits der Fragen von Strafmaß und -form nimmt die Untersuchung eine stark qualitative Dimension an, wobei das Strafmaß durch die konkreten Erfahrungen der Bestrafung und die Folgen des Fehlverhaltens bestimmt wird. Diese institutionelle Sensibilisierung für die individuelle Realität der Bestrafung kann dazu beitragen, „die Metapher der Verhältnismäßigkeit mit Bedeutung zu füllen und die Bestrafung in der Realität entsprechend zu begrenzen“.¹⁰⁶ Werden diese gelebten Realitäten nicht berücksichtigt, ist das Streben nach Verhältnismäßigkeit hingegen zum Scheitern verurteilt, was sich in einer übermäßigen Bestrafung niederschlagen würde. In dieser Hinsicht ist der aufkommende Ansatz besser dafür gerüstet, einen gewissen Widerstand gegen das altbekannte Modell der Bestrafung zu leisten, das die schon bestehenden Benachteiligungen und Ausgrenzungen bloß wiederholt und verschärft.

Wir haben bereits Facetten des Versprechens der individualisierten Verhältnismäßigkeit in Elementen der kanadischen Strafzumessungspraxis gesehen. Am anschaulichsten zeigt dies die bemerkenswerte Geschichte des richterlichen Widerstands gegen obligatorische Mindeststrafen, die oben im ersten Teil beschrieben wurde. Der wesentliche Charakter der obligatorischen Mindeststrafen besteht darin, dass sie vorbestimmte Untergrenzen für die Ausübung der Individualisierung festlegen; wie die Präsidentin des Supreme Court McLachlin in dem Fall, in dem das Gericht seine Haltung gegen obligatorische Mindeststrafen zum Ausdruck brachte, betonte, beeinflussen diese Mindeststrafen „die Höhe des Strafmaßes, indem sie das normale gerichtliche Strafzumessungsverfahren verändern“.¹⁰⁷ Die Methode des Gerichts zur Beurteilung der Frage, ob eine obligatorische Mindeststrafe entgegen § 12 der *Charta* grausam und ungewöhnlich ist, ist im Wesentlichen eine Methode der tiefgreifenden Individualisierung: Es wird nicht nur eine begründete hypothetische *Straftat* erdacht, sondern auch, was entscheidend ist, ein *Täter*, der dem Minimum unterliegt. Verbindliche Mindeststrafen haben vor den Gerichten in der Tat nicht gut abgeschnitten. Und es ist bemerkenswert, dass in der jüngsten Erklärung der Ungültigkeit einer obligatorischen Strafe durch den Supreme Court – der Geldbuße, die dem Opfer zugutekommt – die Begründung weit über das formelle Urteil hinausging. In der Rechtssache *R v Boudreault* befasste sich das Gericht eingehend

¹⁰⁶ *Lacey/Pickard*, MLR 78 (2015), S. 228.

¹⁰⁷ *R v Nur*, 2015 SCC 15, Rn. 44.

mit den Erfahrungen, die ein mittelloser Täter im Strafprozess macht und – sehr entschieden und provokant – mit dem Zusammenhang zwischen strafrechtlicher Bestrafung, Armut und struktureller ökonomischer Ungerechtigkeit.¹⁰⁸

Unterhalb der verfassungsrechtlichen Ebene lässt sich das Versprechen der Individualisierung in der Aufweichung des im ersten Teil diskutierten Ansatzes der gerichtlich geschaffenen Strafraumen finden.¹⁰⁹ Ähnlich verhält es sich in einem jüngeren Fall, in dem ein Richter den expansiven Ansatz der „Nebenfolgen“ als Kriterium für die Berücksichtigung der Behinderung eines Täters bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Strafe verwendet. Die dem zugrunde liegende Annahme geht nicht davon aus, dass die Behinderung „für die Schwere der Straftat oder die Schuldhaftigkeit des Täters relevant wäre“,¹¹⁰ sondern dass der medizinische Zustand die Wirkung der gegen den Angeklagten verhängten Strafe beeinflussen würde. Und, mit der Sache *Boudreault* als Vorlage, wird sich vielleicht ein Instrument etablieren, durch das die Strafzumessungspraxis für Fragen der psychischen Gesundheit und Armut sensibilisiert werden kann.

Und dennoch gibt es Herausforderungen, die mit der Umsetzung der individualisierten Verhältnismäßigkeit verbunden sind und die die Rolle dieses aufkommenden Prinzips in der Zukunft der kanadischen Strafzumessung beeinflussen oder beschränken können.

Die erste ist konzeptioneller Natur. Mit der Orientierung an den individuellen Erfahrungen des Täters als ein wichtiges Barometer für die Tauglichkeit einer Strafe stoßen wir auf ein signifikantes Problem, das mit dem Anwendungsbereich und den normativen Risiken dieses Ansatzes zusammenhängt. In den gegenwärtigen theoretischen Debatten um die Bestrafung weisen Kritiker der subjektivistischen Theorien, die sich auf diese Weise auf die Erfahrung der Bestrafung konzentrieren, auf die Gefahr hin, dass wir in die unangenehme Aufgabe verwickelt werden könnten, die Strafen an kostspielige Geschmäcker und gefühllose Täter anpassen zu müssen.¹¹¹ Müssten wir, wenn wir also die individuellen Erfahrungen der angeklagten Person berücksichtigen, zum Beispiel auch beachten, dass ein Täter im Gefängnis mehr leiden würde als andere, weil er an seidene Bettwäsche gewöhnt ist oder weil die Verurteilung aufgrund seines gesellschaftlichen Status eine besondere Schande darstellt? Oder müssten wir, wenn wir das Strafmaß in Abhängigkeit von dem dadurch hervorgerufenen subjektiven Leid des Täters festsetzen, solche Täter, die an Entbehren gewöhnt sind und ein besonders hartes Leben geführt haben, vielleicht härter

¹⁰⁸ *R v Boudreault*, 2018 SCC 58.

¹⁰⁹ Siehe *R v Lacasse*, 2015 SCC 63, Rn. 25; *R v Suter*, 2018 SCC 34, Rn. 25.

¹¹⁰ *R v Polanco*, 2019 ONSC 3073, Rn. 37.

¹¹¹ Siehe, z.B., *Gray*, *VandLRev* 63 (2010), S. 1619. Für eine Verteidigung der Bedeutung der Bemessung des Strafschwere für das subjektive Empfinden der Täter, siehe *Kolber*, *CollRev* 109 (2009), S. 182. Obwohl ich seine Ansicht teile, dass „jede überzeugende Begründung einer Bestrafung die subjektive Erfahrung berücksichtigen muss“ (S. 235), unterscheidet sich meine Antwort auf das Problem des empfindlichen Täters von seiner.

bestrafen? Dies ist ein Punkt, an dem der von mir beschriebene Ansatz konzeptionell sehr angreifbar ist. Wie von Hirsch und Ashworth in ihrer Kritik an subjektivistischen Ansätzen zur Bemessung der Schwere einer Strafe anmerken, „einige Verurteilte sind zäh, andere sind zart, sodass den Zähen (unabhängig von der Schwere ihrer Taten) größere Entbehungen auferlegt werden könnten, weil sie von diesen als weniger schlimm empfunden werden würden“.¹¹² Solche Ergebnisse sind sicherlich beunruhigend und stellen ein Problem dar, das naturgemäß durch die Anerkennung des Leidens als phänomenologisches Kernstück der Bestrafung entsteht.

Meines Erachtens besteht die richtige Antwort nicht darin, sich vor dieser Wahrheit und der Herausforderung, die sie darstellt, zu scheuen, indem man in die Bequemlichkeit eines quantitativen Vergeltungssystems zurückfällt und sich selbst blind macht für die erweiterte Anzahl von Faktoren und Überlegungen, die die kontextbezogene Erfahrung – und damit die wahre Schwere – einer Bestrafung ausmachen.¹¹³ Die konzeptionelle und dogmatische Herausforderung besteht vielmehr darin, eine theoretische Grundlage zu schaffen, auf der wir die Merkmale und Erfahrungen unterscheiden können, von denen wir glauben, dass sie von uns bei der Aufgabe der Individualisierung berücksichtigt werden sollten. Diese Herausforderung kann ich an dieser Stelle nicht in vollem Umfang bewältigen, aber ein plausibler Ansatzpunkt – der sich aus der zugrunde liegenden Verpflichtung ableitet, dafür zu sorgen, dass die Strafzumessung zu einer gerechteren und gleichberechtigten Gesellschaft beiträgt – wäre, dass wir jene Umstände von der Berücksichtigung ausschließen sollten, die zu einer Verschärfung der strukturellen Ungleichheit führen würden.

Und doch wiegt diese konzeptionelle Herausforderung, so bedeutsam sie auch sein mag, nur verschwindend gering im Vergleich zur zweiten Schranke, die der Zukunft und den Auswirkungen der individualisierten Verhältnismäßigkeit entgegensteht und die durch einen systematischen und institutionellen Charakter gekennzeichnet ist. Diese Herausforderung lautet wie folgt: So stark das Bekenntnis zur individuellen Verhältnismäßigkeit als Maßstab für die Angemessenheit einer Sanktion

¹¹² *von Hirsch/Ashworth*, Proportionate Sentencing, 2005, S. 147. Zu den Schlüsselwerken in der subjektivistisch-retributivistischen Debatte in der Straftheorie, die der Frage nachgehen, ob die Schwere der Strafe an der subjektiven Erfahrung der Täter, einschließlich ihrer persönlichen Eigenschaften, Empfindlichkeiten, Grundverfassungen und den Belastungen, die sie von nichtstaatlichen Quellen erfahren haben, festgemacht werden sollte, siehe z.B. *Bayern*, NewCrimLRev 12 (2009), S. 1; *Bronsteen/Buccafuso/Masur*, UChicagoLRev 76 (2009), S. 1037; *Markel/Flanders*, CalLRev 98 (2010), S. 907; *Bronsteen/Buccafuso/Masur*, CalLRev 98 (2010), S. 1463; *Markel/Flanders/Gray*, CalLRev 99 (2011), S. 605.

¹¹³ In Anerkennung der essentiellen Funktion der Aufgabe, die Schwere der Bestrafung an einem schlüssigen Ansatz der Verhältnismäßigkeit zu messen, schlagen *von Hirsch* und *Ashworth* (Proportionate Sentencing, 2005, S. 147-148) ein Rangsystem der Strafen vor, das darauf basiert, „wie sie sich typischerweise auf den *Lebensstandard* einer Person auswirken“ – eine Art „Interessenanalyse“ anstelle eines Ansatzes, der sich auf die Straferfahrung konzentriert. Ein solches Verfahren steht jedoch nicht nur im Widerspruch zu dem phänomenologischen Ansatz, der in diesem Beitrag zum Verständnis der Schwere einer Sanktion vertreten wird, sondern beschränkt sich laut *von Hirsch* und *Ashworth* auch auf die Einstufung der Schwere von Sanktionen außerhalb des Freiheitsentzuges. Bezüglich der Freiheitsstrafen bleiben sie in quantitativer Hinsicht sehr unbestimmt und erklären lediglich, dass „die Haftstrafen ihrer Dauer nach verglichen werden können“ (S. 147).

bei der Strafzumessung auch sein mag, am Ende des Sentencing Hearings wird der Verurteilte einem System überstellt, das offensichtlich nicht von dieser Ethik beherrscht wird, dessen Praktiken die wahre Natur der Strafe aber grundlegend verändern können. Während sie weit von den Prinzipien der individuellen Verhältnismäßigkeit entfernt sind, werden die Praktiken der Haftanstalten und Strafvollzugsbehörden von einem Ansatz bestimmt, der dem nahe kommt, was Simon und Feeley in ihrem Artikel „The New Penology“ prominent beschrieben haben.¹¹⁴ Dieser Ansatz befasst sich im Wesentlichen nicht mit „Verantwortlichkeit, Fehlverhalten, moralischer Empfindsamkeit, Diagnose oder der Einwirkung auf den einzelnen Täter und dessen Behandlung. Vielmehr enthält er Techniken zur Identifizierung, Klassifizierung und Verwaltung von Gruppen, die nach Gefährlichkeit eingeteilt sind.“¹¹⁵ Es sind die Bedingungen, die durch diese Entscheidungen und Techniken erzeugt werden, die sich am unmittelbarsten auf die Erfahrung der Bestrafung auswirken und dadurch, wie ich dargestellt habe, die wahre Natur der verhängten Strafe definieren. Das deutlichste Beispiel ist die Anwendung von Klassifizierungssystemen, die die Täter nach Haftanstalten mit unterschiedlichen Vollzugsauflagen, Zugangsmöglichkeiten zu Hilfsprogrammen und Lebensbedingungen einteilen. Ganz gleich wie feinfühlig die Festsetzung einer Strafe auch erfolgt sein mag, der endgültige Charakter der Strafe wird durch die Entscheidungen und Praktiken nicht-juristischer Akteure bestimmt, auf die der Strafrichter keinen Einfluss hat und über die er für gewöhnlich im Unklaren gelassen wird. Dies ist das Paradox, das das Versprechen der individuellen Verhältnismäßigkeit trübt und das sich daraus ergibt, dass die Aufmerksamkeit ausschließlich dem institutionellen Kontext der Strafzumessung entgegen gebracht wird.

Obwohl die Richter einige Anstrengungen unternommen haben, um sich mit den Bedingungen der Inhaftierung zum Zwecke der Strafzumessung auseinanderzusetzen,¹¹⁶ ist dieses Paradox ein Produkt der Strafvollstreckung und der Gefängnisse an sich, die nicht nur in der Straftheorie, sondern auch in der gegenwärtigen Strafzumessungspraxis weitgehend als „Black Box“¹¹⁷ behandelt werden. Doch vielleicht können wir damit beginnen, uns neue Möglichkeiten auf diesem Gebiet auszudenken, die der Ethik und Pflicht der individuellen Verhältnismäßigkeit gerecht werden. Da die Haftbedingungen und die Folgen der Bestrafung unausweichlich mit der Pflicht zur Festsetzung angemessener Strafen verbunden sind, werden die Tatrichter vielleicht anfangen, auf mehr Informationen über die tatsächlichen Umstände und absehbaren Erfahrungen zu bestehen, mit denen ein Täter im Rahmen der Haft konfrontiert sein wird: Die Haftanstalt, in der er seine Strafe verbüßt, aber auch die dortigen Lebensbedingungen, die Haftpraktiken, die verfügbaren Hilfsprogramme

¹¹⁴ Feeley/Simon, *Criminology* 30 (1992), S. 449. Feeley und Simon schränkten später viele ihrer Behauptungen in *The Form and Limits of the New Penology*, 2003, S. 75 ein, aber ihre Beschreibung der Funktionsweise moderner Strafvollzugspraktiken ist aus heuristischer Sicht immer noch nützlich.

¹¹⁵ Feeley/Simon, *Criminology* 30 (1992), S. 452.

¹¹⁶ Kerr, *CJLS* 32 (2017), S. 201.

¹¹⁷ Siehe Kerr, *UTLJ* 69 (2018), S. 85.

und das bestehende Ausmaß der Gewalt in der Einrichtung, um nur einige entscheidende Faktoren zu benennen. Und wenn ein Richter auf Unfähigkeit oder den Widerstand stößt, diese Informationen zur Verfügung gestellt zu bekommen, so wird er vielleicht eine Praxis etablieren, wonach er die Täter auf Grundlage einer „reasonable worst hypothetical“ (Hypothese der Annahme des schlimmsten Falls) verurteilt – indem er ausdrücklich davon ausgeht, dass es zum Beispiel zu einer Inhaftierung in einer Hochsicherheitseinrichtung mit schlechten Bedingungen und begrenzter Programmauswahl kommt –, um sicherzustellen, dass die von ihm ausgesprochene Strafe nicht unangemessen ist. Obwohl ein solcher Schritt innovativ, ja sogar disruptiv ist, würde er dem Gebot des Parlaments zur Zurückhaltung bei der Anwendung von Strafmaßnahmen entsprechen¹¹⁸ und der grundlegenden Pflicht und den Grundsätzen gerecht werden, wie sie der Supreme Court in den von mir erörterten Fällen formuliert hat.

Es kann sein, dass sich die systemische Membran (bestehend aus Trägheit, Bürokratie und verwaltungstechnischen Schwierigkeiten) zwischen den strafzumessenden Gerichten und den für die Strafvollstreckung Verantwortlichen als zu dick und resistent erweisen wird, um solche Neuerungen ohne weiteres durchzusetzen. Aber ein Richter, der solche Anstrengungen unternehmen würde – der erkennt, dass die Schranke zwischen dem Strafmaß und der Erfahrung der Bestrafung nicht konsequent aufrechterhalten werden kann und in der Tat bereits durch das Prinzip der Individualisierung durchbrochen wurde – würde meiner Meinung nach sowohl ethisch als auch rechtlich auf festem Boden stehen. Außerdem sind die Kosten eines Fehlversuchs einfach zu hoch. Sobald man sie einmal durchdrungen hat, lässt sich die Rolle der feinfühligsten Berücksichtigung der tatsächlichen Straferfahrung und die damit einhergehende Reduzierung der mit der Verurteilung verbundenen Belastungen nicht so leicht aus dem Gedächtnis streichen. Wenn man sich jedoch sodann damit abfindet, dass die Bürokratie des Strafvollzugs vollständig über den Charakter dieser Erfahrung bestimmen darf, wendet man sich von den heilsamen moralischen Empfindungen, die das aufkommende Prinzip der individuellen Verhältnismäßigkeit geprägt haben, wieder ab und schließt eine dadurch inspirierte Zukunft der Strafzumessung von vornherein aus.

Gesetze

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11.

Constitution Act, 1867 (UK), 30 & 31 Vict, c 3, reprinted in RSC 1985, Appendix II, No 5.

Canadian Criminal Code, RSC 1985, c C-46.

¹¹⁸ § 718.2(d) CCC.

Faster Removal of Foreign Criminals Act, SC 2013, c 16.

Immigration and Refugee Protection Act, SC 2001, c 17.

Rechtsprechung

R c Pelletier (1989), 52 CCC (3d) 340 (Qc CA).

R v Anthony-Cook, 2016 SCC 43.

R v Boudreault, 2018 SCC 58.

R v Collins, [2011] OJ No 978, 104 OR (3d) 241 (Ont CA).

R v Ferguson, 2008 SCC 6, [2008] 1 SCR 96.

R v Ipeelee, 2012 SCC 13.

R v Klaus, 2018 ABQB 97.

R v Lacasse, 2015 SCC 63.

R v Lloyd, 2016 SCC 13.

R v M(CA), [1996] 1SCR 500.

R v McDonnell, [1997] 1 SCR 948.

R v Nur, 2015 SCC 15.

R v Nasogaluak, 2010 SCC 6.

R v Pham, 2013 SCC 15.

R v Polanco, 2019 ONSC 3073.

R v Proulx, 2005 SCC 5.

R v Smith, [1987] 1 SCR 1045.

R v Suter, 2018 SCC 34.

R v Vuozzo, 2015 PESC 14.

R v Zinck, 2003 SCC 6.

Strafzumessung in Kanada und Deutschland: Recht ohne Ordnung? – Ein Kommentar aus deutscher Sicht

Thomas Grosse-Wilde

1 Einleitung: Ähnlichkeiten zwischen dem kanadischen und deutschen Strafrechtssystem

Der Titel meines Kommentars zu dem spannenden Beitrag von *Benjamin Berger* spielt natürlich auf das berühmte Buch *Marvin E. Frankels* aus dem Jahre 1973 an,¹ das die US-amerikanische Sentencing Guidelines Reformbewegung wesentlich anstieß. Einleitend will ich auf einige Ähnlichkeiten zwischen der kanadischen und deutschen Strafrechtspflege hinweisen – obwohl ich kein Experte der kanadischen Strafrechtsordnung bin –, sodann werde ich den ersten Abschnitt von *Bergers* Beitrag aus deutscher Sicht kommentieren, und zwar bzgl. dreier Aspekte, nämlich bzgl. der Thematik der Mindeststrafen und ihrer verfassungsrechtlichen Überprüfung, der Rolle der Revisionsgerichte für das Strafzumessungsrecht und schließlich der Rolle der Staatsanwaltschaften. Im zweiten Abschnitt meines Kommentars setze ich mich mit *Bergers* Idee einer „individualisierenden Proportionalität“ auseinander, die er als neues Grundprinzip des kanadischen Strafzumessungsrechts ausmacht, indem ich u.a. auf einige Paralleldiskussionen im deutschen Strafzumessungsdiskurs hinweise.

Eine erste auffällige Ähnlichkeit erscheint mir darin zu bestehen, dass es bisher in beiden Strafrechtsordnungen weder „Sentencing Guidelines“-Systeme noch Strafzumessungskommissionen gibt. Aber in beiden Ländern gibt es generelle Regeln in

¹ *Frankel, Criminal Sentences*, 1973.

den nationalen Strafgesetzbüchern, in Kanada in den Sections 718 ff. des Criminal Code und in Deutschland in den §§ 46 ff. StGB. Somit besteht anders als etwa in den Vereinigten Staaten ein einheitliches nationales materielles Strafrecht. Die Strafjustiz, der Strafvollzug und die Staatsanwaltschaften sind hingegen weitgehend Sache der Bundesländer bzw. kanadischen Provinzen und Territorien. Zudem werden weder Richter noch Staatsanwälte gewählt, sondern sie stehen in einem öffentlichen-rechtlichen Dienstverhältnis, die kanadischen „Crown Attorneys“ und die deutschen Staatsanwälte sind Beamte i.e.S.² Beide Strafrechtsordnungen werden oft als weniger politisch beeinflusst beschrieben als andere.³ Das Niveau der Gefangenenrate, die wenigstens als grober Anhaltspunkt für die Punitivität einer Gesellschaft dienen kann, ist mit 75 pro 100.000 Einwohner in Deutschland zu 114 in Kanada wenigstens miteinander vergleichbar, während England und Wales mit 140, Australien mit 172, Neuseeland mit 214 und natürlich die Vereinigten Staaten mit mehr als 600 Inhaftierten zu ganz anderen Dimensionen der Straflust vordringen.⁴ Der führende US-amerikanische Kriminologe *Michael Tonry* führt zur Lage in Kanada aus:

*Canadian agencies have not emphasized zero-tolerance and other aggressive forms of policing, and the Canadian Parliament did not enact three-strikes, truth-in-sentencing, and life-without-possibility-of-parole laws. Only in the last couple of years have significant mandatory minimum sentence laws been enacted; they do not, however, require sentences measured in decades and life-times and are meeting strong resistance from the appellate courts.*⁵

Schließlich wird in beiden Ländern beklagt, dass es zu wenig empirische Daten über aktuelle Strafzumessungsentscheidungen gebe, um Strafzumessungsungleichheiten belastbar zu evaluieren, was vielleicht am fehlenden wissenschaftlichen und öffentlichen Interesse liege:

Unwarranted disparity in sentencing continues to exist. How widespread and how substantial is the disparity? Nobody knows for sure because there is no sentencing commission or other body to study that issue. There is no reason to believe that sentencing disparity has significantly decreased since 1996. Neither the pre-1996

² <https://www.cbc.ca/news/canada/choosing-judges-in-canada-1.866668> <02.06.2020>; wie in Deutschland werden in Kanada Richter entweder auf Bundes- oder Provinzebene ernannt; was Kanada von Deutschland unterscheidet, ist die Tatsache, dass alle Richter zuvor als erfahrene Juristen, zumeist als Anwälte, gearbeitet haben, während sie in Deutschland direkt nach der Absolvierung des 2. Staatsexamens rekrutiert werden, was gerade in der Strafjustiz langfristig zu Akzeptanzproblemen bei den Angeklagten und in der Gesellschaft überhaupt führen kann, vgl. <https://www.bento.de/politik/beruf-richter-in-katrin-ist-26-und-schickt-straftaeter-in-den-knast-a-787dc4f1-4384-4290-ae02-48a2abf3d708#refspoint> <02.06.2020>.

³ Vgl. *Hörnle*, Comparative Assessment of Sentencing Laws, 2019, S. 887 (900); *Tonry*, GLJ 5 (2004), S. 1187 (1203).

⁴ *Walmsley*, World Prison Population List, 2018, Tabelle 2, S. 6, Tabelle 4 S. 12 f., Tabelle 5 S. 15.

⁵ *Tonry*, Crime&Just 43 (2014), S. 1 (3).

nor the current sentencing purposes and principles in ss. 718-718.2 are detailed enough to help eliminate unwarranted disparity. This can be dramatically illustrated by looking at just two cases that wound their way to the Supreme Court of Canada. In R. v. McDonnell, [1997] 1 SCR 948, the accused was convicted of two sexual assaults seven years apart. Thus, in total, six judges thought that 5 years was a fit sentence and seven judges thought that 1 year was a fit sentence even though they were all applying the same sentencing principles to the same case. Clearly those principles permit a wide disparity in the sentence each judge chooses to apply.⁶

There is no comparable degree [author's note: compared to the US debate] of scholarly or public focus on the possibility of sentence disparity in Germany.⁷

Obwohl dieses Thema hierzulande „eigentlich ein Dauerbrenner der Reformdiskussion sein müsste“⁸, bewegt sich das Strafzumessungsrecht weiterhin weitgehend „unterhalb des Radars“ der deutschen Strafrechtswissenschaft. Beklagt worden ist dieser Zustand freilich schon allzu oft, etwa von *Horn* vor knapp 40 Jahren in seiner Besprechung des *Bruns'schen* Leitfadens des Strafzumessungsrechts⁹:

Sie [Anm. des Verf.: die Arbeit von Bruns] ist in gleichem Maße Mahnung an die (vorzugsweise anderweitig orientierte) Strafrechtswissenschaft, mit den gleichen methodischen Mitteln, die sie unermüdlich an Problemen wie Vorsatz, Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeitszusammenhang erprobt, endlich auch dem Strafzumessungsrecht zu Leibe zu rücken, damit diese Disziplin das Etikett „Recht“ auch (wieder) verdient.¹⁰

Da bereits einige instruktive englischsprachige Aufsätze zum deutschen Strafzumessungsrecht publiziert worden sind,¹¹ werde ich im ersten Teil meines Kommentars keine allgemeine Einführung in das deutsche Strafzumessungsrecht geben, sondern nur einige Aspekte ansprechen, auf die *Berger* in seinem Überblick zum kanadischen Recht einen Schwerpunkt legt.

⁶ *Ferguson*, A Review, 2016, sub E. 1.

⁷ *Hörnle*, LCP 76 (2013), S. 189 (202).

⁸ So zutreffend jüngst *Verrel*, JZ 2018, S. 811.

⁹ *Bruns*, Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980, basierend auf seinem *magnus opum* Das Recht der Strafzumessung, 1967 (1. Aufl.), 1985 (2. Aufl.).

¹⁰ *Horn*, NJW 1981, S. 672; ebenso jüngst *Hörnle*, Stärken und Schwächen, 2018, S. 183 (208).

¹¹ *Albrecht*, LCP 76 (2013), S. 211; *Hörnle*, LCP 76 (2013), S. 189; *Frisch*, CLF 28 (2017), S. 437; *Harrendorf*, CLF 28 (2017), S. 501; *Nestler*, BCLR 7 (2003), S. 109; *Streng*, GLJ 8 (2007), S. 153.

2 Kommentar zu Abschnitt 1 – Wegweiser für die Strafzumessung

2.1 Mindeststrafen und ihre verfassungsrechtliche Kontrolle

Berger beschreibt die Rolle des obersten Gerichtshof von Kanada als „muskulösen“ Umgang mit der verfassungsrechtlichen Kontrolle von zwingenden Mindeststrafen (mandatory minimum sentences).¹² Er diskutiert die Leitentscheidung *R v. Nur*, in der das Gericht darüber zu entscheiden hatte, ob die zwingende Mindeststrafe von drei bzw. fünf Jahren für den Besitz einer geladenen, verbotenen Schusswaffe gemäß Section 95 des kanadischen Strafgesetzbuches gegen das Verbot einer grausamen und ungewöhnlichen Bestrafung gemäß Art. 12 der kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten verstoße.

Im direkten Vergleich nimmt das Bundesverfassungsgericht eine weitaus zurückhaltendere, gegenüber dem Gesetzgeber rücksichtsvollere Position ein, wenn es um die Überprüfung von gesetzlichen (erhöhten) Mindeststrafandrohungen geht, die sich vergleichsweise verbreitet im StGB und im Nebenstrafrecht finden. Im Jahr 2010 hatte das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit der Mindeststrafe von fünf Jahren für die besonders schwere Brandstiftung gem. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB, also in der Variante der Begehung einer schweren Brandstiftung gem. § 306 a StGB verbunden mit einer Ermöglichungs- oder Verdeckungsabsicht, zu entscheiden. Fraglich war, ob diese zwingende Strafdrohung – da § 306 StGB keine Strafraumenänderung für minder schwere Fälle vorsieht – mit dem verfassungsrechtlich aus Art. 1, 2 Abs. 2 GG i.Vm. Art. 20 („Rechtsstaatsprinzip“) abgeleiteten Schuldprinzip vereinbar war. Trotz des martialischen Titels „Besonders schwere Brandstiftung“ setzt der Wortlaut des § 306 Abs. 2 Nr. 2 StGB bekanntlich nicht voraus, dass es zu einer konkreten Lebens- oder Leibesgefährdung von Menschen durch die Tat kommt, sondern die „abstrakte“ Feuergefahr verbunden mit der überschießenden Innentendenz, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken – etwa einen Versicherungsbetrug – reicht aus.¹³ In dem Unzulässigkeitsbeschluss der Kammer verneint das BVerfG einen Verstoß gegen das Schuldprinzip mit folgenden Worten:

Der Täter, der zur Erreichung seiner weiteren kriminellen Ziele das typischerweise unbeherrschbare Tatmittel „Feuer“ unter zumindest abstrakter Gefährdung von Menschen einsetzt, ist besonders gefährlich. (...) Das Grundgesetz gesteht dem Gesetzgeber bei der Normierung von Strafandrohungen deshalb einen weiten Gestaltungsspielraum zu. Dem trägt das Bundesverfassungsgericht bei der inhaltlichen Überprüfung gesetzlicher Strafandrohungen Rechnung. Es kann in solchen Fällen einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz oder das Übermaßverbot nur dann feststellen, wenn die gesetzliche Regelung – gemessen an der Idee der Gerechtigkeit – zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führt (...). Dies wäre der Fall, wenn sich

¹² Berger, in diesem Band, S. 204 bzw. 260.

¹³ Siehe nur Radtke, in: MüKo-StGB, 2019, § 306b Rn. 20.

*die angedrohte Strafe nach Art und Maß der strafbewehrten Handlung als schlecht-hin unangemessen oder gar grausam, unmenschlich oder erniedrigend darstellt. (...) Dass eine Strafandrohung im Einzelfall unangemessen erscheinen kann, stellt ihre Verfassungsmäßigkeit noch nicht infrage (...) Den Besonderheiten des Einzelfalls kann hier in verschiedener Weise Rechnung getragen werden. In Betracht kommen Strafmilderungen wegen Vorliegens der Voraussetzungen von Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs (...).*¹⁴

Das Bundesverfassungsgericht scheint dabei sehr zurückhaltend zu sein, denkbare aber nicht streitgegenständliche, hypothetische Fälle als Prüfstein für die Verfassungsmäßigkeit einer bestimmten Strafandrohung heranzuziehen. Es gibt dem nach Art. 100 GG vorlegenden Gericht die Darlegungslast auf, konkrete Fälle zu spezifizieren, in denen die angedrohte Mindestsanktion als unverhältnismäßig erscheinen würde,¹⁵ während der oberste Gerichtshof von Kanada eine aktivere und „kreativere“ Rolle einzunehmen scheint, wenn es um den Stellenwert denkbarer, aber noch nicht judizierter Fälle für die Verfassungsmäßigkeit einer Strafsanktion geht.¹⁶

Beachtliche Zurückhaltung legte das Bundesverfassungsgericht auch in älteren Entscheidungen an den Tag, als es u.a. um die Verfassungsmäßigkeit einer Rückfallklausel (§ 48 a.F. StGB)¹⁷ und die Sanktionierung von Bagatellkriminalität wie dem Ladendiebstahl von Wiederholungstätern ging.¹⁸ In beiden Fällen vermied das Gericht klarzustellen, von welchem engen oder breiten Schuldverständnis und korrespondierenden Unrechtsbegriff es ausging und ob etwa die Verfassung auch ein breites, eine Evaluation der Gefährlichkeit des Charakters des Straftäters einschließendes Schuldurteil zuließe. Es ist weiterhin unklar, ob das verfassungsrechtlich verankerte Schuldprinzip ein striktes Proportionalitätsurteil enthält, dass die Sanktion (tat)-proportional zum verwirklichten Unrecht und Schuld sein müsse oder ob die Sanktion nur nicht gänzlich außer Verhältnis zur verwirklichten Tat stehen müsse.¹⁹ Insgesamt ist das deutsche Strafzumessungsrecht trotz des Lippenbekenntnisses

¹⁴ BVerfG (K), Beschl. v. 16.11.2010 - 2 BvL 12/09 = BeckRS 2011, 48101; siehe auch den Vorlagebeschluss LG Itzehoe, Beschl. v. 12.03.2009 - 3 KLS 19/08 mit instruktiver Bespr. *Noltenius*, HRRS 2009, S. 499 ff.

¹⁵ BVerfG (K), Beschl. v. 16.11.2010 - 2 BvL 12/09 = BeckRS 2011, 48101, Rn. 94 f., 98: „Der hier zugrundeliegende Ausgangsfall kann ebenfalls nicht als bezeichnend für eine Fallkonstellation angeführt werden, aus der sich eine verfassungsrechtlich gebotene Notwendigkeit einer Sonderregelung für minder schwere Fälle erschließen würde. Davon abgesehen, dass ein im Einzelfall ungerichtet erscheinendes Ergebnis noch nicht die Verfassungsmäßigkeit der Norm insgesamt in Frage stellen kann, steht die Unvollständigkeit der Sachaufklärung einer dahingehenden Bewertung des Ausgangsfalls entgegen. Es ist nicht möglich und auch nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, eine vollständige Sachaufklärung zu antizipieren.“

¹⁶ Siehe *R v Nur*, 2015 SCC 15, Rn 68: „The reasonable foreseeability test is not confined to situations that are likely to arise in the general day-to-day application of the law. Rather, it asks what situations may reasonably arise. It targets circumstances that are foreseeably captured by the minimum conduct caught by the offence. Only situations that are ‘remote’ or ‘far-fetched’ are excluded.“

¹⁷ BVerfG, NJW 1979, S. 1037.

¹⁸ BVerfG Beschl. v. 09.06.1994 – 2 BvR 710/94 = BeckRS 2014, 54254.

¹⁹ Siehe *Hörnle*, Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes, 2010, S. 105 (110 ff.).

zum verfassungsrechtlich an höchster Stelle verankerten Schuldprinzip weder wesentlich aus dem Verfassungsrecht entwickelt noch von ihm nachträglich beeinflusst worden,²⁰ anders als das Strafprozessrecht, das bekanntlich als „geronnenes/angewandtes Verfassungsrecht“²¹ und „Seismograph der Staatsverfassung“²² charakterisiert wird.

2.2 Die Rolle der Revisionsgerichte im deutschen Strafzumessungssystem

Die revisionsrechtliche Kontrolle spielt demgegenüber eine größere Rolle, auch wenn die Revisionsgerichte soweit erkennbar gesetzliche Mindeststrafandrohungen nicht in Frage gestellt haben, wohl auch weil nahezu ausnahmslos im Falle von signifikanten Mindeststrafandrohungen Ausnahmeklauseln in Form von minder schweren Fällen gesetzlich vorgesehen sind.²³ Diese minder schweren Fälle sind das „Sicherheitsventil“, das der kanadische Chief Justice *Mac Lachlin* im Fall *R v Lloyd* angemahnt hat.²⁴ Das Bild der „sub-verfassungsrechtlichen“ Schuldproportionalitätskontrolle durch Revisionsgerichte ist uneinheitlich. Der Bundesgerichtshof weigerte sich, aus dem Gebot schuldangemessenen Strafens und dem Übermaßverbot generelle Strafobergrenzen für Bagateltaten wie Ladendiebstahl und Leistungser schleichung von notorischen Rückfalltätern innerhalb der gesetzlichen Strafrahmen abzuleiten, da es sich revisionsrechtlich um Tat- und keine Rechtsfragen gehandelt habe.²⁵ Einige Oberlandesgerichte haben eine intensivere Kontrolldichte mit einem strengeren Verständnis schuldangemessenen Strafens angelegt und haben Strafen, die die Mindestfreiheitsstrafe von einem Monat verdoppelten oder verdreifachten, bei „absoluten Bagateltaten“ mit minimalem Erfolgsunrecht (etwa: der Diebstahl

²⁰ *Hörnle*, Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes, 2010, S. 106: „Trotzdem ist es ein erstaunlicher Befund, dass die Grundzüge des Strafzumessungsrechts nicht als praktiziertes Verfassungsrecht verstanden werden.“; *dies.*, LCP 76 (2013), S. 189 (195): „Challenging the length of a criminal sentence by way of constitutional complaint is generally not a promising strategy.“

²¹ *Kudlich*, in: MüKo-StPO, 2014, Einleitung Rn. 45.

²² *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 2017, § 2 Rn. 1; vgl. auch *Kadish*, ClevStLRev 29 (1980), S. 1 (10), der eine ähnliche Charakterisierung des US-amerikanischen Strafprozessrechts vornimmt: „it is the way in which criminal procedure is taught nowadays. It is mainly about constitutional prohibitions on the law enforcement process, and these prohibitions involve basic rights of individuals against the government – search and seizure, interrogation, right to counsel, self-incrimination. In a way, it is a course in civil liberties.“

²³ Dies führt bekanntlich in einigen Fällen zu verständlichen, aber vor dem Hintergrund des Grundgesetzes der Gesetzesbindung problematischen Ausweichstrategien wie der massenhaften Einordnung von Verwirklichungen des § 250 StGB (Schwerer Raub) als minder schwere Fälle gemäß § 250 Abs. 3 StGB.

²⁴ 2016 SCC 13, Rn. 36 „safety valve“.

²⁵ BGHSt 52, S. 84; aus rechtstheoretischer Sicht ist dies jedenfalls falsch – es handelt sich um eine (intrikate) Rechtsfrage, siehe *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, S. 363; *ders.*, Erfolgsgzurechnung, 2017, S. 186 ff.

von zwei Bierflaschen oder einer Tafel Schokolade) selbst bei enormer Vorstrafenbelastung als Verstoß gegen das Gebot schuldangemessenen Strafens angesehen.²⁶ Wegen der fehlenden Orientierung durch den Bundesgerichtshof gibt es gegenwärtig keine einheitlichen, nicht einmal grobe Daumenregeln bzgl. einer Obergrenze der Sanktionierung von notorischen Wiederholungstätern von Bagateltaten.²⁷ Jenseits dieses Sonderproblems ist aber immerhin festzuhalten, dass im Vergleich zu anderen Ländern das Sanktionenregime des deutschen StGB kurze Freiheitsstrafen möglichst verhindern will, insbesondere jene bis zu 6 Monaten (§ 47 StGB), und Freiheitsstrafen zur Bewährung gegenüber vollziehbaren Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren favorisiert (§ 56 StGB). Diese Bestimmungen spielen in der Praxis eine große Rolle²⁸ und die Revisionsgerichte überprüfen recht intensiv die Ermessensentscheidungen der Tatgerichte, sodass die Auslegung und Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe der §§ 47, 56 StGB zu einem Gutteil revisibel ist.²⁹

Der 1. Strafsenat des BGH hat in seiner Rechtsprechung zum Steuerstrafrecht im Jahre 2008 Argumentationslastregeln für Freiheitsstrafen über einem und über zwei Jahren als Rechtsregeln aufgestellt:

*Jedenfalls bei einem sechsstelligen Hinterziehungsbetrag wird die Verhängung einer Geldstrafe nur bei Vorliegen von gewichtigen Milderungsgründen noch schuldangemessen sein. Bei Hinterziehungsbeträgen in Millionenhöhe kommt eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe noch in Betracht.*³⁰

In einer späteren Entscheidung aus dem Jahre 2012 hat er näher ausgeführt, dass u.a. die bisherige Unbestraftheit des Angeklagten, ein in der Hauptverhandlung ab-

²⁶ OLG Braunschweig, NStZ-RR 2002, S. 75; siehe zu einer englischen Übersetzung der Entscheidung *Dubber/Hörnle*, Criminal Law, 2014, S. 55 f.; OLG Stuttgart NStZ 2007, S. 37; OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.06.2008 - Ss 187/08 = BeckRS 2008, 11453.

²⁷ Siehe OLG Hamm NStZ-RR 2015, S. 205: „In der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rspr. ist die Frage, inwieweit bei Bagatellschäden eine Freiheitsstrafe jenseits des gesetzlichen Mindestmaßes von 1 Monat verhängt werden darf, umstritten. (...) Im Übrigen ist die obergerichtliche Rspr. sehr einzelfallbezogen und sehr uneinheitlich, ab wann eine Freiheitsstrafe jenseits des gesetzlichen Mindestmaßes nicht mehr schuldangemessen sein soll. (...) Eine Divergenzvorlage an den BGH (§ 121 II GVG) (...) ist nicht erforderlich. Die Frage der Angemessenheit von Freiheitsstrafen in Fällen mit bagatelhaftem Schaden ist eine Tatfrage des Einzelfalls und einer Vorlage nicht zugänglich.“

²⁸ Siehe näher *Harrendorf*, CLF 28 (2017), S. 501 ff.

²⁹ Siehe nur *Maier*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2016, § 47 Rn. 57 ff.

³⁰ BGHSt 53, S. 71 (86). – Ab einer Hinterziehungssumme von 100.000 Euro sei also im Regelfall eine Freiheitsstrafe von *mehr* als einem Jahr tatschuldangemessen, außer es liegen *gewichtige Milderungsgründe* vor. Dann kommt noch eine Geldstrafe in Betracht (deren Höchstmaß für eine Tat 360 Tagessätze nicht übersteigen darf, § 40 Abs. 1 Satz 2 StGB – demnach ist für eine Tatschuld, für die mehr als ein Jahr Freiheitsstrafe angezeigt ist, eine Geldstrafe nicht mehr möglich, *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 2017, Rn. 108). – Ab einer Hinterziehungssumme von einer Million Euro ist eine Strafe von *mehr* als zwei Jahren (vgl. § 56 Abs. 2 StGB) mindestens schuldangemessen, außer es liegen *besonders gewichtige Milderungsgründe* vor.

gelegtes Geständnis sowie die vollständige Nachzahlung der geschuldeten und hinterzogenen Steuern (zumindest dann, wenn dies aufgrund der komfortablen Vermögensverhältnisse des Täters „keinen besonderen Verzicht“ für ihn bedeute) jedenfalls *keine* besonders gewichtigen Milderungsgründe darstellten.³¹ Ohne hier weiter auf die inhaltliche Richtigkeit dieser „prima facie“-Regeln eingehen zu können, ist das Entscheidende, dass es sich um einen methodologisch innovativen Schritt zu mehr Revisibilität der Strafzumessung handelt.³² Diese Spezialrechtsprechung zur Steuerhinterziehung ist als u.a. „zu schematisch/mathematisierend“,³³ zu sehr am Erfolgsunrecht orientiert³⁴ und als einen für ein Revisionsgericht übergreifenden Eingriff in Kompetenzen des Gesetzgebers³⁵ oder der Tatgerichte³⁶ kritisiert worden. Andere haben dieser Rechtsprechung mit ihrer Orientierungshilfe zugestimmt.³⁷

Allerdings hat der 2. Strafsenat des BGH in einer neuen Entscheidung es abgelehnt, diese zur Steuerhinterziehung entwickelten Regeln auf die (schwere) Untreue zu übertragen. Die fünf angeklagten Bankmanager waren persönlich haftende Gesellschafter der Privatbank Sal. Oppenheim jr. & Cie KG aA. und wurden für schuldig befunden, ungesicherte Darlehensgewährungen und Stützungsgeschäfte sowie ein nachteiliges Grundstücksgeschäft vorgenommen und das ihnen anvertraute Vermögen um insgesamt 83 Millionen Euro geschädigt zu haben. Allerdings erhielt nur einer der Verurteilten, der ehemalige Risikomanager der Bank, eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung, die anderen Bankmanager erhielten lediglich Geld- oder Bewährungsstrafen. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin lehnte es der BGH ab, seine zur Steuerhinterziehung entwickelten „eine Million“-prima facie-Regel auf die Untreue zu übertragen:

Demgegenüber kann der Untreuetatbestand mit seinen abstrakt-generellen Tatbestandsmerkmalen auf ganz unterschiedliche Lebenssachverhalte im Wirtschaftsleben Anwendung finden, so dass sich die in Betracht kommenden Fallgestaltungen einer generalisierenden Betrachtung entziehen. § 266 StGB erfasst etwa auch – wie

³¹ BGHSt 57, S. 123 (132) = BGH, NJW 2012, S. 1458 (1460 Rn. 35). – Zugleich betont der BGH, dass es sich bei seinen Regeln nicht um streng notwendige Bedingungen handelt – so kommt selbstverständlich eine nicht aussetzungsfähige Freiheitsstrafe auch bei Hinterziehungsbeträgen unter einer Million Euro in Betracht, sofern andere Strafschärfungsgründe (etwa aufwändige Täuschungssysteme im Ausland etc.) hinzukommen, BGH, NZWiSt 2014, S. 35.

³² Siehe zu einer detaillierten Untersuchung dieser Rechtsprechungsentwicklung und zum „prima facie“-Charakter von Regeln in der Strafzumessung Grosse-Wilde, HRRS 2009, S. 363 ff.; ders., Erfolgszurechnung, 2017, S. 165 ff.; ders., ZIS 2019, S. 130 (134 ff.).

³³ Flore, HRRS 2009, S. 493 (497).

³⁴ Tsambikakis, PStR 2009, S. 1 (2).

³⁵ Kaspar, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen, 2018, S. C111 f.: „abstrakt-generelle Bewertungen des erforderlichen Strafmaßes in bestimmten verallgemeinerbaren Konstellationen“ als „ureigene Aufgabe des Gesetzgebers.“

³⁶ Schaefer, NJW-Spezial 2009, S. 88 (89).

³⁷ Frisch, CLF 28 (2017), S. 437 (475); siehe auch Grosse-Wilde, HRRS 2009, S. 363 (372); ders., Erfolgszurechnung, 2017, S. 198 ff.; Gaede, Der Steuerbetrug, 2016, S. 831 ff.; Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 302 f.; Radtke, DRiZ 2018, S. 250 (253); Tomiak, HRRS 2018, S. 18 (24).

auch im hier zugrunde liegenden Fall 1 der Urteilsgründe – Risikogeschäfte mit nicht ohne Weiteres der Höhe nach vorhersehbaren Schäden. In solchen Fällen wiegt das Handlungsunrecht mitunter deutlich weniger schwer, obwohl es zu großen Schadensbeträgen und damit einem hohen Erfolgsunrecht führt. Ein durch die Tat herbeigeführter hoher Schaden ist deshalb im Rahmen der Untreue nicht zwangsläufig Ausdruck eines vergleichbaren Handlungsunrechts, so dass sich hier eine schematisierende, vornehmlich im Wesentlichen an der Höhe des durch den Schaden konkretisierten Erfolgsunrechts orientierte Strafzumessung verbietet.³⁸

Auch wenn grundsätzlich diese Differenzierung zwischen Fällen von Steuerhinterziehung – das ein eher einfach strukturiertes Delikt mit einem meist symmetrischen Handlungs- und Erfolgsunrecht darstellt – und den viel komplizierteren, vielgestaltigen Untreuefällen überzeugend wirkt, ist es eher irreführend, wenn der BGH suggeriert, dass die einzige Möglichkeit, das Tatgericht im Fall Sal. Oppenheim zu kritisieren, darin bestanden habe, blindlings die „eine Million“-Regel zu übertragen. Es hätte andere Regeln und Tatbewertungen gegeben, mit denen man das Unrecht der angeklagten Fälle als weitaus massiver hätte bewerten und zu nicht aussetzungsfähigen Freiheitsstrafen gelangen können.³⁹

Aber die generelle Frage ist vielmehr, ob diese sich herausbildenden, richterrechtlichen Strafzumessungsregeln die Ausnahme bleiben werden und ob sie überhaupt eine Zukunft im deutschen Strafzumessungsrecht haben werden. Auf der letzten Tagung des Deutschen Juristentages 2018 in Leipzig hob der neue Vorsitzende des 1. Strafsenates des BGH, *Rolf Raum* hervor, dass die Strafzumessungsregeln zur Steuerhinterziehung in der besonderen Situation Ende der 90er und Anfang der 2000er Jahre aufgestellt worden seien, in der eine Tendenz auszumachen gewesen sei, dass die Strafen für Steuerhinterziehung ins Bodenlose gesunken seien.⁴⁰ Er betonte das Strafzumessungsermessen der Tatgerichte und verteidigte die vielfach als übermäßig mild empfundene Gesamtfreiheitsstrafe von 3 ½ Jahren im Fall Hoeneß mit einem Gesamtsteuerschaden von (offiziell) 28,5 Millionen Euro,⁴¹ eine Entscheidung, die im Schrifttum hart kritisiert worden ist.⁴² Es ist immer noch eine offene Frage, ob die deutschen Revisionsgerichte zukünftig eine aktive Rolle in der Entwicklung des Strafzumessungsrechts spielen werden oder sich von der Idee von richterrechtlichen prima facie-Strafzumessungsregeln wieder verabschieden.

Um einen knappen rechtsvergleichenden Ausblick zu wagen, soll auf den Berichterstatter der jüngsten Änderung des Model Penal Code zur Strafzumessung des amerikanischen Law Institutes (ALI), *Kevin R. Reitz*, hingewiesen werden, der eine

³⁸ BGH, NZWiSt 2018, S. 463 (466).

³⁹ Siehe zu einer eingehenden Kritik an der Entscheidung *Grosse-Wilde*, NZWiSt 2018, S. 457 ff.; wohlwollender *Lutjullin*, wistra 2019, S. 91 ff.

⁴⁰ *Raum*, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, 2018, S. M147.

⁴¹ LG München II, Urt. v. 13.03.2014 – W5 KLs 68 Js 3284/13, S. 48 = wistra 2015, S. 77 (79).

⁴² U.a. *Grosse-Wilde*, Erfolgsszurechnung, 2017, S. 449 ff.; *ders.*, ZIS 2019, S. 130 (137 ff.); *Grasnick*, FAZ v. 12.11.2014, S. 16; *Strate*, HRRS 2014, S. 134 (139 f.); *Zenthöfer*, myops 2015, S. 38 ff.

weitaus wichtigere Rolle der Courts of Appeal favorisiert. Die gegenwärtige Praxis der Appellationsgerichte zur strafzumessungsrechtlichen Überprüfung erscheint als ein Durcheinander,⁴³ *Reitz* will jedenfalls vor allem die Courts of Appeal mit der Entwicklung eines „common law of sentencing“ anvertrauen,

*a web of judicial precedent to coordinate trial courts' decision making processes, and 'correct' trial court decisions that are not supportable as reasoned applications of the Code's purposes.*⁴⁴

In England und Wales, in denen es seit 1998 ein „Sentencing Guidelines“-System gibt, herrscht demgegenüber eine recht engmaschige Kontrolldichte durch die Rechtsmittelgerichte:

*In contrast to the review conducted in the federal courts of appeals [Anm. des Verf.: der USA], appellate review of criminal sentences in England is quite robust. (...) The appellate court in England conducts de novo review of sentencing law and principles to develop a common law of sentencing independent of the English sentencing guidelines.*⁴⁵ (...) *The English experience most clearly provides a rebuttal to the functional argument that there is no principled way to implement substantive reasonableness review without simply resorting to re-sentencing defendants on appeal.*⁴⁶ (...) *The English example shows that appellate courts are perfectly capable of providing guidance on sentencing law and policy, while still providing trial courts the discretion they need to craft sentences that are appropriate for each individual defendant.*⁴⁷

Dieses „englische Modell“ einer intensiveren Kontrolle der Strafzumessung durch Rechtsmittelgerichte wird nun auch neuerdings vom ALI im reformierten Model

⁴³ *Reitz* (Reporter), Model Penal Code: Sentencing, 2017, § 7.09, Appellate Review of Sentences, Comment, S. 498 f.: „Over decades of experimentation with guidelines systems in the United States, this has led to great divergence in appellate practice in jurisdictions with otherwise-similar authorizing legislation. At one extreme, some appellate benches have conceived their role primarily as enforcers of the literal terms of sentencing. (...) At the opposite extreme, a number of appellate judiciaries have taken a 'hands off' approach to sentence appeals, thus depriving guidelines of legal force – even the relatively modest 'presumptive' force (...)“.

⁴⁴ *Reitz* (Reporter), Model Penal Code: Sentencing, 2017, § 1.02(2), Purposes of Sentencing and the Sentencing System, Comment, S. 15.

⁴⁵ *Rosenbaum*, JAppPrac&Process 14 (2013), S. 81 (85).

⁴⁶ *Rosenbaum*, JAppPrac&Process 14 (2013), S. 81 (136).

⁴⁷ *Rosenbaum*, JAppPrac&Process 14 (2013), S. 81 (138); die Autorin weist aber auf den prozessual interessanten Aspekt hin, dass für ein Strafzumessungsrechtsmittel sowohl in den USA wie in England vom Beschwerdeführer eine detaillierte Begründung verlangt wird (S. 152 mit Fn. 347), sodass eine Überprüfung der Strafzumessungsentscheidung prozedural weitaus schwieriger ist als in Deutschland (wo die pauschale Erhebung der allgemeinen Sachrüge zur Begründung der Strafzumessungsrevision grundsätzlich ausreicht, siehe aber zu Unsicherheiten der Abgrenzung von Verfahrensrüge und Sachrüge bei der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 2017, Rn. 1518e ff.).

Penal Code für die Vereinigten Staaten befürwortet.⁴⁸ In der aktuellen deutschen Debatte spielen unglücklicherweise die US-amerikanischen Bundesstrafzumessungsrichtlinien (US Federal Sentencing Guidelines) eine dominierende Rolle als einziges diskutiertes „Modell“ für eine regelgeleitete Strafzumessung. Aber einige Wissenschaftler haben darauf hingewiesen, dass eine Fokussierung auf die rigide, mechanistische „sentencing machine“ der US Federal Sentencing Guidelines⁴⁹ irreführend ist und dass es weitaus vielversprechendere Ansätze im common law-Rechtskreis gibt, insbesondere die englischen Strafzumessungsrichtlinien.⁵⁰ Wie ein solches regelbasiertes Strafzumessungssystem mit einer wichtigeren Rolle für die Revisionsgerichte aussehen kann und wie das Zusammenspiel mit Tatgerichten, Staatsanwaltschaften, Strafzumessungsdatenbanken und eventuell Strafzumessungskommissionen funktionieren kann, kann hier nicht näher entwickelt werden.⁵¹

2.3 Die Rolle der Staatsanwaltschaften

Wie auch im kanadischen Strafzumessungssystem spielen die deutschen Staatsanwaltschaften eine wichtige Rolle. In Deutschland gilt allerdings das Legalitätsprinzip, §§ 152 Abs. 2, 160 StPO, das sogar verfassungsrechtlich im Rechtsstaatsprinzip verankert wird, auch wenn es nicht ausdrücklich von der Verfassung genannt wird.⁵² Deutsche Staatsanwälte haben daher jedenfalls kein weites Ermessen soweit es um die rechtliche Einordnung der Tat geht – anders als im US-amerikanischen Recht ist ein „charge bargaining“ etwa derart, dass qualifizierende Tatsachen wie das Mitführen einer Waffe während der Begehung eines Raubes „weggedeckt“ werden, nicht möglich (§§ 244 Abs. 2, 257c Abs. 1, 2 StPO), selbst wenn alle Verfahrensbeteiligten (Angeklagter, Verteidiger, Staatsanwaltschaft, Gericht, Nebenklage) zustimmen.⁵³ Hinzu kommt die Inquisitionsmaxime und die umfassende Kognitionsbefugnis des Gerichts innerhalb der angeklagten prozessualen Tat (§§ 261, 264 StPO).⁵⁴ Allerdings akzeptiert das deutsche Strafprozessrecht nun auch förmlich seit 2009 Absprachen zum Strafmaß – und da das Strafzumessungsermessen weit ist und die Gerichte keinerlei Angaben darüber machen sollen, wie hoch eine schuldangemessene Strafe ohne und mit Geständnis gewesen wäre,⁵⁵ werden viele Angeklagte aus Risikoaversion in eine Absprache und zu einem Geständnis gezwungen. Um die fehlende

⁴⁸ Model Penal Code: Sentencing, 2017 (Reporter: Kevin R. Reitz) § 7.09. Appellate Review of Sentences, S. 496 ff.

⁴⁹ Siehe *Tonry*, Sentencing Fragments, 2016, S. 145 f.

⁵⁰ Siehe *Hörnle*, GA 2019, S. 282 (285 ff.); *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, S. 130 (131 ff.).

⁵¹ Siehe zu weiteren Stellungnahmen in der deutschen Debatte u.a. *Grosse-Wilde*, Erfolgzurechnung, 2017, S. 165 ff.; *ders.*, HRRS 2009, S. 363 ff.; *ders.*, ZIS 2019, S. 130 (134 ff.); *Giannoulis*, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 301, 315 ff.; *Tomiak*, HRRS 2017, S. 225 (230 f.).

⁵² Siehe *Peters*, in: MüKo-StPO, 2016, § 152 Rn. 3 m.w.N.

⁵³ *Norouzi*, in: MüKo-StPO, 2016, § 264 Rn. 9; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg-StPO, 2012, § 257c Rn. 10.

⁵⁴ *Stuckenberg*, Double Jeopardy, 2019, S. 457 (470).

⁵⁵ Siehe BGH, NStZ 2011, S. 592 (594); BGH, NStZ 2013, S. 671.

Rechtssicherheit in diesem Bereich zu beenden, hat der Arbeitskreis Alternativentwurf in seinem Entwurf – Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat (AE-ASR) eine gesetzliche Ergänzung des § 46 StGB vorgeschlagen.⁵⁶

Die häufig angewendeten Opportunitätsvorschriften, vor allem die §§ 153, 153a StPO, müssen hier nicht näher erläutert werden. Es soll nur darauf hingewiesen werden, dass die Existenz der „strafrechtlichen Sanktion milderer Art“, § 153a StPO, neuerdings im Schrifttum als „unzulässige Verdachtsstrafe“ wieder in Frage gestellt worden ist.⁵⁷ Da sich im gesamten Bereich der Wirtschaftskriminalität keine Verbrechen, sondern nur Vergehen mit besonders schweren Fällen finden, können bekanntlich auch Straftaten mit Schäden von hunderten Millionen Euro eingestellt werden. Prominente Beispiele wie der Fall *Ecclestone* aus dem Jahre 2014, in dem ein Münchener Gericht sich bereit erklärte, gegen Zahlung von 100 Millionen US-Dollar das Verfahren u.a. wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr einzustellen, während der mit ca. 44 Millionen US-Dollar bestochene Bankmanager eine Gesamtfreiheitsstrafe von 8 ½ Jahren erhalten hatte, geben davon beredtes Zeugnis.⁵⁸ In einem anderen Fall, wieder die Privatbank Oppenheim betreffend, wurde das Verfahren gegen den ehemaligen Aufsichtsratsvorsitzenden der Bank wegen Beihilfe zur besonders schweren Untreue mit einem Schaden von 23,5 Millionen Euro gegen eine Zahlung von sieben Millionen Euro eingestellt.⁵⁹ Insgesamt gelangt man zu dem Eindruck, dass in Deutschland bzgl. der Sanktionierung von „white collar“-Kriminalität eine „anything goes/law without order“-Mentalität vorherrscht, die von informellen Sanktionen bis zu langjährigen Haftstrafen reicht. Es wäre ein echter Fortschritt, wenn Opportunitätseinstellungen aber auch die Strafmaßplädoyers der Staatsanwaltschaften regelgeleiteter würden, bestenfalls sollten etwaige interne Strafmaßtabellen wie etwa in den Niederlanden und der Schweiz veröffentlicht werden, denn gegenwärtig werden sie größtenteils „wie ein Schatz“ gehütet und nicht veröffentlicht.⁶⁰

⁵⁶ GA 2019, S. 1 (14 ff.) – der neue § 46 Abs. 4 n.F. StGB soll lauten: „Hat der Täter vor Beginn der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung oder vor einer Verurteilung ohne Hauptverhandlung ein Geständnis abgelegt, mit dem er die Verantwortung für die begangene Tat übernommen und sich zugleich von dieser distanziert hat (schuldanererkennendes Geständnis), so ist eine Geldstrafe oder zeitige Freiheitsstrafe in der Regel um ein Drittel der ansonsten verwirkten Strafe zu mildern. Anstelle einer lebenslangen Freiheitsstrafe kann in den Fällen des Satzes 1 eine Freiheitsstrafe von 15 Jahren verhängt werden. Über die in Satz 1 und 2 genannte Milderung hinaus darf die Strafe aufgrund eines Geständnisses nicht gemildert werden.“

⁵⁷ *Stuckenberg*, Gründe für die Abschaffung des § 153a StPO, 2016, S. 369 ff.; *Verrel*, Der Staatsanwalt als Richter, 2019, S. 839 (847 ff.); *Weigend*, Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO, 2016, S. 413 ff.

⁵⁸ Siehe zum Fall näher *Kudlich*, ZRP 2015, S. 10 ff.; *Cannon*, JJA 24 (2014), S. 129 geht fehl in der Annahme, dass der mögliche Strafrahmen gemäß § 299 StGB nur bis zu drei Jahre betragen habe, es kam ein besonders schwerer Fall gemäß § 300 StGB in Betracht mit einem Strafrahmen von immerhin drei Monaten bis zu fünf Jahren.

⁵⁹ FAZ v. 23.3.2018, S. 26.

⁶⁰ Siehe *Grosse-Wilde*, Erfolgzurechnung, 2017, S. 226 f.

3 Kommentar zu Abschnitt 2 – Individualisierende Proportionalität

Berger macht befürwortend in einigen neueren Entscheidungen des obersten Gerichtshofs von Kanada einen „individualisierenden“ Zugang zur Strafzumessung aus, der versuche, die Strafe und Strafhöhe am individuellen Straferleben auszurichten („individualized experience of punishment“);⁶¹ dieser umfasse nicht nur die intentionale Zufügung eines Übels durch den Staat wegen einer begangenen Straftat, sondern berücksichtige eine ganze Reihe anderen Leids, das der Straftäter entweder als Straftäter – also in irgendeiner Weise verknüpft mit seiner Verurteilung – oder als Verdächtiger oder als Mitglied einer bestimmten sozialen Gruppe (z.B. einer Minderheit) erlitten habe. Bevor ich Stellung zu diesem Verständnis von Proportionalität beziehe, will ich im Folgenden einige Parallelen zur deutschen Gerichtspraxis ziehen, die mit ähnlichen Problemkonstellationen konfrontiert worden ist wie *Berger* sie beschreibt – bis auf die Tatsache, dass es in Deutschland keine diskriminierte indigene Bevölkerungsgruppe gibt (dieser Aspekt mag freilich ein entscheidender zum Verständnis von *Berger*s individualisierendem Ansatz sein).

3.1 Verdächtige als Opfer von Polizeigewalt – ein Vergleich des Falles

Nasogaluak mit dem Fall *Gäfgen* und weitere Tatfolgen als Strafersatz

Gäfgen, der ein Kind entführt und getötet hatte, wurde während seiner Vernehmung auf Anweisung des damaligen stellvertretenden Polizeipräsidenten, der glaubte, das Kind sei noch am Leben und könne nur so gerettet werden, angedroht, er würde beträchtliche Schmerzen erleiden, wenn er den Aufenthaltsort des Kindes nicht preisgebe. Diese Drohung wurde als Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewertet („unmenschliche oder erniedrigende Behandlung“). Allerdings führte das Landgericht in seinem Urteil gegen *Gäfgen* aus, dass dieses offensichtlich rechtswidrige Polizeihandeln nicht seine eigene Schuld mindere:

Das Gericht stellte ferner fest, dass bei der Befragung des Beschwerdeführers verbotene Vernehmungsmethoden im Sinne von § 136a StPO angewendet worden seien. Ob und in welchem Maße sich der Kriminalbeamte E. und der Vizepräsident der Frankfurter Polizei, D., aufgrund dieser Androhungen strafbar gemacht hätten, sei in dem zu jenem Zeitpunkt gegen sie geführten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zu klären. Jedoch mindere ihr mutmaßlich rechtswidriges Verhalten die Schuld des Beschwerdeführers nicht. Das Fehlverhalten von Polizeibeamten, also der Exekutive, könne die rechtsprechende Gewalt nicht daran hindern, die Tatsachenfeststellungen nach Recht und Gesetz zu bewerten und zu beurteilen.⁶²

⁶¹ *Berger*, in diesem Band, S. 209 bzw. 264.

⁶² Urteilswiedergabe des Landgerichts aus dem Urteil der Großen Kammer des EGMR, Urt. vom 01.06.2010 - 22978/05 *Gäfgen*/Deutschland Rn. 36 = BeckRS 2010, 18074.

Diese Erwägungen des Landgerichts wurden vom EGMR nicht näher hinterfragt. Jedoch ging der EGMR einen bahnbrechenden Weg und etablierte eine positive Verpflichtung des Staates, ein bestimmtes Verhalten zu sanktionieren (Untermaßverbot).⁶³ *Güfgen* wurde in dieser Entscheidung nicht nur als Täter sondern auch als Opfer anerkannt, aber nicht seine Strafe solle gemildert werden, um das begangene Unrecht wiedergutzumachen, sondern vielmehr müssten die Strafen gegenüber den staatlichen Amtsträgern das Unrecht ihrer Taten widerspiegeln und hinreichend abschreckend sein. Dieses Urteil wurde im deutschsprachigen Schrifttum als Eingriff in innerstaatliche Angelegenheiten des Strafzumessungsermessens kritisiert,⁶⁴ das traditionellerweise nur als Recht des Staates („staatlicher Strafanspruch“) begriffen wird und nicht als Maßnahme, die auch an das Opfer adressiert ist. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf die Rechtsprechung des EGMR in jüngerer Zeit unter engen Anforderungen einen Anspruch auf effektive Strafverfolgung bejaht und dies sogar als subjektives öffentliches Recht bezeichnet.⁶⁵ In unserem Zusammenhang ist entscheidend, dass zwischen der Bestrafung und Sanktionierung des Straftäters, die sich zumindest primär am Tatunrecht und an seiner Tatschuld orientiert, und anderem staatlichen Unrecht unterschieden wird, das er erlitten hat; nach deutscher Rechtspraxis können diese Unrechte nicht miteinander vergleichen, addiert oder subtrahiert werden. Daher würde eine, während eines Polizeigewahrsams erlittene, rechtswidrige Polizeigewalt wie im kanadischen Fall *Nasogaluak*⁶⁶ nicht zu einer Reduktion der Strafe für eine Straftat führen, die der in Gewahrsam Genommene begangen hat.

Wenn es um anderes rechtswidriges Handeln des Staates geht, das im Ermittlungsverfahren oder in bzw. während der Hauptverhandlung geschieht, ist die Rechtslage bekanntlich komplizierter, ob solche Fehler auf Strafzumessungsebene kompensiert werden können und sollen – die deutschen Gerichte akzeptieren dies etwa bei der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung, keineswegs aber in allen Bereichen⁶⁷ – zudem wird mit der durch den BGH initiierten Wende von der Strafabschlagslösung zur Vollstreckungslösung auch im Kontext der rechtsstaatswidrigen Verzögerung versucht, eine Engführung von Strafmaß und Tatschuld zu erreichen. Weiterhin ist daran zu erinnern, dass im Schrifttum ja sowohl Strafabschlags- als

⁶³ Siehe instruktiv zur EGMR-Rspr. *Tomiake*, ZStW 130 (2018), S. 804 (817 ff.).

⁶⁴ *Grabenwarter*, NJW 2010, S. 3128 (3129); siehe auch *Weigend*, StV 2011, S. 325 (327).

⁶⁵ BVerfG (K), NJW 2015, S. 150; NStZ-RR 2015, S. 347; JZ 2015, S. 890; NStZ-RR 2020, S. 51; BVerfG (K), Beschl. v. 15. 1. 2020 – 2 BvR 1763/16 = JZ 2020, S. 358 mit Anm. *Gärditz*; dies scheint eine Anerkennung von Aspekten einer expressiven, opferorientierten Straftheorie zu sein, siehe *Hörnle*, Straftheorien, 2017, S. 36 ff.

⁶⁶ 2010 SCC 6.

⁶⁷ Siehe nur die Übersicht bei *Fischer*, StGB, 2019, § 46 Rn. 145; siehe zum tlw. tatschuldunabhängig anerkannten Strafmilderungsgrund der unzulässigen Tatprovokation BGHSt 45, S. 321 (341); BVerfG (K), NJW 2015, S. 1083 (1084 ff.) sowie die erhellende Diskussion bei *Puppe*, NStZ 1986, S. 404; aus rechtsvergleichender Sicht zur Tatprovokation *Dubber/Hörnle*, Criminal Law, 2014, S. 497 ff. mit einer englischen Übersetzung der deutschen BGH-Leitentscheidung BGHSt 45, 321.

auch Vollstreckungslösung als „billige“ Lösungen kritisiert werden und stattdessen für eine Staatshaftung als Kompensation plädiert wird, gerade wegen der Inkommensurabilität der zur Aufrechnung gestellten Positionen (Vergleich „Äpfel mit Kaulquappen“).⁶⁸

Private Rache etwa von Angehörigen, Mitgefangenen, schicksalhaftes Leid während der Haft (etwa Ansteckung mit infektiösen Krankheiten wie HIV⁶⁹), das zu einem zusätzlichen Leid des Straftäters führt, können dem Staat normalerweise nicht zugerechnet werden und den staatlichen Strafanspruch nicht tangieren – die einzige Ausnahme mag dann vorliegen, wenn dieses zusätzliche Leid das Ausmaß einer „*poena naturalis*“ erreicht, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, dass die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre (§ 60 StGB). Die genauen Grenzen der Ausnahmvorschrift des § 60 StGB sind aber höchststrichterlich nicht geklärt, ob etwa das erlittene Leid im kanadischen Fall *R vs. Suter*⁷⁰ für eine Anwendung des § 60 StGB hinreichend wäre, ist nicht klar.

3.2 *R v Pham* – ausländerrechtliche Folgen als Strafmilderungsgrund?

In Deutschland gibt es eine Paralleldiskussion, ob ausländerrechtliche Folgen, insbesondere eine zwingende oder mögliche Ausweisung aufgrund einer Verurteilung, auf Strafzumessungsebene berücksichtigt werden sollen. Die generelle, vielleicht überraschende Antwort ist Nein – ausländerrechtliche Folgen einer Tat sind regelmäßig keine bestimmenden Strafzumessungsgründe i.S.v. § 267 Abs. 3 StPO, sogar bei einer zwingend vorgeschriebenen Ausweisung, anderes gelte nur, wenn zusätzliche Umstände hinzuträten, die die Ausweisung als besondere Härte erscheinen lassen.⁷¹ Dies verblüfft auch einige Autoren, insbesondere deswegen da berufs- und standesrechtliche Folgen wie etwa der Verlust des Beamtenstatus⁷² als mittelbare Straftatfolgen erörtert werden müssen.⁷³ Eine einfache Antwort auf diese Unterscheidung ist von Obersten Gerichtshof Österreichs gegeben worden:

*Dem ist vorerst entgegenzusetzen, daß nach ständiger Judikatur die Ausländereigenschaft eines Angeklagten für die Straffrage unerheblich zu bleiben hat und daher weder als ein den Angeklagten belastender Umstand, noch auch zu seinem Vorteil ins Gewicht schlagen darf (...).*⁷⁴

⁶⁸ Paeffgen, StV 2007, S. 487 ff.; zustimmend SSW-Eschelbach, 2016, § 46 Rn. 53 f.

⁶⁹ Das der Philosoph *David Lewis* als Bsp. für „bad moral luck“ anführt, *Lewis*, Phil&PublAff 18 (1989), S. 53 (58 f.): „Covert and impure penal lotteries are commonplace in our own time. If one drawback of prison is that it is a place where one is exposed to capricious violence, or to a serious risk of catching AIDS, then a prison sentence is in part a penal lottery.“

⁷⁰ *R v Suter*, 2018 SCC 34.

⁷¹ Ständige Rspr., BGH, NSTZ 2012, S. 147; BGH, StV 2017, S. 379 m.w.N.

⁷² Siehe nur § 24 BeamStG.

⁷³ Etwa *Epik*, StV 2017, S. 268 ff.

⁷⁴ OGH Urt. v. 9.3.1995 - 15Os11/95.

Fast alle Strafgesetze sind unabhängig von Nationalität, Herkunft, Geschlecht usw. abstrakt-generell formuliert und gelten daher für alle Personen, die der Strafgewalt unterliegen, im Deutschen ausgedrückt durch das Pronomen „Wer ...“, im Englischen durch Formulierungen wie „A person is guilty of/commits ...“, „Where a person ...“. Natürlich müssen diese Indefinitpronomen für eine strafrechtliche Verurteilung durch reale, individuelle Personen ausgefüllt werden, aber es ist die entscheidende Frage, ob Strafzumessungsregeln Bezug nehmen dürfen etwa auf Nationalität oder ethnischen Hintergrund des Schuldigen, selbst wenn etwa die Ausländereigenschaft nicht als zwingender, sondern nur möglicher Strafmilderungsgrund angenommen würde. Würde man allerdings eine solche Entscheidungsnorm *explizit* machen, würde sie etwa wie folgt lauten:

Wer eine fremde Sache ... wegnimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren ... bestraft.

Wenn diese Person ein Ausländer ist, darf das Gericht die Strafe ... mildern.

Wahrscheinlich wegen dieses Odiums der (positiven) Diskriminierung, das eine solche Entscheidungsnorm umweht, wird den deutschen Strafgerichten abverlangt, „gewöhnliche“ ausländerrechtliche Folgen für die Strafzumessung zu ignorieren, auch wenn diese Strafzumessungsdoktrin für manche „inhuman“ wirkt, weil zugegebenermaßen etwa eine Ausweisung ein weitaus größeres soziales Leid bedeutet als etwa eine Bewährungsstrafe.⁷⁵ Auf der anderen Seite ist die Frage berechtigt, warum man Beamte gegenüber Ausländern strafzumessungsrechtlich besser behandeln soll und dieses Beamten-Privileg ist auch im Schrifttum angegriffen worden.⁷⁶ Allerdings widerspricht eine Ungleichbehandlung aufgrund der Nationalität dem Ideal der (Straf-)Gleichheit vor dem Gesetz wohl mehr als andere Ungleichbehandlungen aufgrund eines gewissen Status. Dieselbe Erwägung steht wohl hinter Entscheidungen des BGH, die eine Strafempfindlichkeit von Ausländern nur in Ausnahmefällen annimmt, z.B. wenn durch die Strafvollstreckung die familiären Kontakte erschwert werden.⁷⁷

⁷⁵ Ein Argument dafür, aufenthaltsrechtliche Konsequenzen in der Strafzumessung zu ignorieren, ist die Annahme, dass der Gesetzgeber bei der Bezugnahme auf gewisse Delikte und verhängte Strafhöhen für eine Ausweisung damit *ex ante* entschieden hat, dass die Verwirklichung solchen Unrechts als hinreichend für eine Ausweisung etc. gelten solle. Die Strafe für dieses verwirklichte Unrecht zu mindern vermag dann zu einem Zirkel führen, dass die Strafe im Hinblick auf die mögliche Ausweisungsfolge gemindert wird, die am Ende nicht eintritt weil die Strafe gemindert wurde und so weiter – vgl. *Streng*, NStZ 1988, S. 485: „undurchsichtiger Rückkoppelungsprozess“; *Peglan*, wistra 2016, S. 289 (291).

⁷⁶ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 347 (statt die Strafzumessung zu individualisieren, sollte vielmehr Zurückhaltung vor hohen Freiheitsstrafen überhaupt geübt werden); *Streng*, NStZ 1988, S. 485.

⁷⁷ BGH, StV 1997, S. 183; BGH, NStZ-RR 2010, S. 337.

3.3 Das Problem der „Über-Individualisierung“

Diese Überlegungen führen uns zum Kern der *Berger*'schen Argumentation, nämlich dass eine „individualisierte Strafzumessungs-Proportionalität“ sich anschicken solle

*to engage in an individualized assessment of all of the relevant factors and circumstances, including the status and life experiences, of the person standing before them,*⁷⁸

so dass es im Ergebnis darauf ankäme, den Straftäter selbst zu bestrafen, wie es das Eingangszitat seines Beitrages ausdrückt.⁷⁹ In Deutschland gibt es eine traditionsreiche Debatte ob die Strafzumessung des Straftäters sich auf ein sehr individualisierendes Schuldurteil fokussieren sollte, das die Einbettung der Tat in das Leben des Straftäters umfassend berücksichtigt („Lebensführungsschuld“), oder sich auf die Straftat selbst konzentrieren sollte („Tatschuld-Prinzip“, wobei es höchst umstritten ist, was „Tat“ im strafzumessungsrechtlichen Sinne umfasst⁸⁰). Die herrschende Meinung im deutschen Strafzumessungsdiskurs ist der Auffassung, dass der Straftäter im Strafprozess nicht für sein ganzes Leben getadelt oder gelobt werden soll, sondern nur dafür verantwortlich gemacht werden soll, was er anderen oder der Gesellschaft mit seiner Tat angetan hat, sodass eine ganz kleinteilige Schuldevaluation, die u.a. auch viele soziale Faktoren, die zur Tat geführt haben können, berücksichtigt, nicht vorgenommen werden sollte, da sie zu willkürlichen Attributionen und Ergebnissen führen würde.⁸¹ Die deutschen Gerichte positionieren sich in dieser Frage nicht immer eindeutig. Um dieses Problem zu illustrieren, möchte ich auf zwei weitere Fälle Bezug nehmen:

In Deutschland und in Australien wurden jüngst zwei Strafzumessungs-Fälle entschieden, die Prominente betrafen, nämlich in Deutschland der Fall des Ex-Spions *Werner Mauss* und in Australien der Fall des Kardinals *George Pell*. *Mauss* wurde wegen Steuerhinterziehung mit einem Steuerschaden von 13,8 Millionen Euro verurteilt und erhielt – entgegen der o.g. „Millionenregel“ – eine zweijährige Bewährungsstrafe.⁸² Das Landgericht Bochum berücksichtigte seine „beeindruckende Lebensleistung“ im Strafmaß, das viel milder ausfiel als die von der Staatsanwaltschaft

⁷⁸ *Berger*, in diesem Band, S. 271 bzw. S. 218, Richter *Louis LeBel* in *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13, Rn. 75 zitierend.

⁷⁹ *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13, Rn. 86: „Who are courts sentencing if not the offender standing in front of them?“

⁸⁰ Hierzu gibt es eine interessante anglo-amerikanische Paralleldebatte um „real offence“- vs. „charge-offence“-sentencing, siehe etwa zur Debatte für die US-Federal Sentencing Guidelines *Yellen*, *Stan-LRev* 58 (2005), S. 267 ff.

⁸¹ Siehe *Hörnle*, Grenzen der Individualisierung, 2014, S. 93 (96 ff.); sie selbst ist sogar noch radikaler und stellt individualisierende Schuldurteile qua § 21 StGB grundsätzlich in Frage, plädiert also für eine Depsychologisierung des Strafrechts, das nur noch nach der „normativen Ansprechbarkeit“ des Angeklagten zur Tatzeit i.S. einer Ja/Nein-Frage fragt, *dies.*, *BJCLCJ* 4 (2016), S. 1 (21).

⁸² LG Bochum, Urt. v. 5.10.2017 – II-2 KLS 365 Js 335/12 (8/16); siehe zu den Details des Falles und wie die „Millionenregel“ umgangen wurde, *Grosse-Wilde*, *ZIS* 2019, S. 130 (139 ff.).

beantragten sechs Jahre und drei Monate.⁸³ Kardinal *Pell* wurde wegen sexuellen Missbrauchs zweier Jungen verurteilt und erhielt eine Freiheitsstrafe von sechs Jahren, wobei das Gericht seine Lebensleistung und seinen guten Charakter mildernd berücksichtigte.⁸⁴ Hierbei kommen wir zum zentralen Problem – wie will man bspw. den sexuellen Missbrauch und die Lebensleistung eines Kardinals (was immer diese sein mag ...) evaluieren und miteinander vergleichen? Gibt es einen gesellschaftlichen Konsens, was als Lebensleistung gilt und wie verhält es sich mit dem Problem des moralischen Zufalls? Das Strafrecht und insbesondere das Strafzumessungsrecht sind wenig geeignet, all die Ungerechtigkeiten, Unrechte, aber auch ungerechtfertigten Vorteile, die man in einem Leben erfährt, auszugleichen – die von „constitutional luck“ (welche Person ist man mit welchen Eigenschaften) über „circumstantial luck“ (welchen Situationen begegnet man) bis zu „resultant luck“ (welche Folgen und Konsequenzen haben unsere Handlungen?) reichen.^{85,86} Das Strafzumessungsrecht kommt viel zu spät, um das Problem einer „ungerechten Welt“ oder ungerechten Gesellschaft anzugehen, es erscheint mir daher eher als Kategorienfehler, distributive Probleme der sozialen Gerechtigkeit mit Mitteln des Strafrechts (und der Strafzumessung) anzugehen, für das die Idee eines frei verantwortlichen Akteurs, der auch anders hätte handeln können, zentral ist.⁸⁷

Wenn der gemeinsame Nenner um verschiedene Belastungen zu messen und zu vergleichen, die individuelle Erfahrung von Schmerz und Leid ist, bleibt unklar, ob sich der Verurteilte bspw. auf pure Statistiken empirischen Schmerzempfindens stützen kann, also ob z.B. eine weibliche Mittäterin, die genau den gleichen Anteil an der Begehung der Tat hatte wie ihr männlicher Komplize, sich auf Statistiken beru-

⁸³ Recht überraschend hat der BGH jüngst die Lebensleistung in der das Landgericht Bochum aufhebenden Entscheidung als Strafmilderungsgrund zurückgewiesen, obwohl er im Jahre 2008 diese noch als möglichen Strafmilderungsgrund genannt hatte, BGH, NZWiSt 2019, S. 261 (265): „Des Weiteren bemerkt der Senat, dass die Berücksichtigung der ‚Lebensleistung‘ des Angekl. als strafmildernde Erwägung rechtlichen Bedenken begegnet. Der Begriff ‚Lebensleistung‘ ist eine ausfüllungsbedürftige ‚Leerformel‘ und wird sich schwer definieren lassen (ohne Definition BGH, Urt. vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53, S. 71 Rn. 45). Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB ist vorrangig die Schuld des Täters die Grundlage für die Strafe und nicht dessen Lebensführung oder Lebensleistung.“

⁸⁴ DPP v Pell (Sentence) [2019] VCC 260, Rn. 110 ff. „life’s contribution and good character“; in einer ganz aktuellen Entscheidung hat allerdings der High Court of Australia diese Verurteilung aufgehoben, <https://www.wsj.com/articles/australias-high-court-quashes-cardinal-george-pells-child-sex-abuse-conviction-11586219863> <04.06.2020>.

⁸⁵ Siehe hierzu näher *Nagel*, ProcArisSoci (Supp.) 50 (1976), S. 137 ff.; s. zum „resultant luck“-Problem, im deutschsprachigen Strafrechtsdogmatik-Vokabular das Problem der Rolle des Erfolgs im Unrechts- und für den (Strafzumessungs-)Schuld begriff näher *Grosse-Wilde*, Erfolgsszurechnung, 2017, S. 116 ff.

⁸⁶ *Berger* ist sich des Problems freilich bewusst und führt in diesem Band aus, S. 275 bzw. 222 „we ought to exclude from consideration those circumstances whose effect would be to exacerbate systemic inequality“, daher würde wahrscheinlich ein Millionär wie *Mauss*, der die Gesellschaft um Millionen betrogen hat, sich nicht auf seine „große Lebensleistung“ als Spion berufen können.

⁸⁷ Siehe zum „unjust world“-Problem in der Strafzumessung *Tonry*, Can Deserts Be Just, 2014, S. 141 (156 ff.); *Ewing*, Law&Phil 37 (2018), S. 29 ff.

fen kann, dass bspw. Frauen im Strafvollzug durchschnittlich mehr leiden als Männer, selbst wenn sie von männlichen Gefangenen und Wärtern strikt separiert werden.⁸⁸ Wenn wir nicht zum „indeterminate sentencing“ mit Bewährungsausschüssen („parole boards“) wie in den Vereinigten Staaten der 1930er bis 1970er Jahre kommen wollen, gibt es schlichtweg keine Alternative dazu, das Ausmaß der tatschuldangemessenen Strafe von ihrer Vollstreckung und des dadurch verursachten Leids strikt zu trennen.⁸⁹ Die erste Frage muss am Ende eines Strafverfahrens beantwortet werden, unabhängig davon ob Schuld- und Straffrage in einem Verfahren zusammen verhandelt werden oder durch ein Schuldinterlokt getrennt werden, die zweite Frage des durch die Strafvollstreckung verursachten Leids kann erst Monate oder Jahre später beantwortet werden. Damit soll nicht gesagt sein, dass der Tatrichter seine Augen vor den Realitäten des Strafvollzuges verschließen sollte, aber es soll aufgezeigt werden, in welche intrikaten Schwierigkeiten eine „individualisierende Proportionalität“ gerät. Dies ist der Grund warum das deutsche Strafzumessungsrecht, das primär an einem Tatschuldausgleich orientiert ist, die Strafmaßfrage von der Strafvollstreckung strikt trennt, die vor allem spezialpräventiv orientiert ist. Allerdings kann in Härtefällen die Strafvollstreckung aufgeschoben oder unterbrochen werden (§ 455 StPO), was ein vernünftiger Kompromiss zu sein scheint; allerdings bedeutet dieser Kompromiss etwa, dass für ältere Straftäter, die Kapitaldelikte begangen haben, ihre tatschuldangemessene Strafe nicht unterhalb des Maßes ihrer Schuld gemindert werden kann. Daher wird ein Rechtssatz des Inhalts, dass jeder Straftäter schon nach dem Maß der verhängten Strafe die Gewissheit haben muss, im Anschluss an die Strafverbüßung in die Freiheit entlassen zu werden, von der Rechtsprechung nicht anerkannt. Dies sei nur Aufgabe des Strafvollzugsrechts.⁹⁰

4 Abschließende Bemerkungen

Ein großer Unterschied zwischen den Strafrechtsordnungen Kanadas und Deutschlands mag darin liegen, dass bis vor wenigen Jahren die meisten Deutschen gedacht

⁸⁸ Vgl. dazu die Entscheidung EGMR Khamtokhu et al./Russland, 24.01.2017, 60367/08 und 961/11, die sich mit der Frage beschäftigt, ob das Verbot der Todesstrafe nur für Frauen diskriminierend sei und ob statistische Daten hierfür relevant seien, Rn. 82.

⁸⁹ Zu erinnern ist bspw. an *Sheldon Glueck's* bekannten Artikel „Principles of a Rational Penal Code“, HarvLRev 41 (1928), S. 453 ff., in dem er sich für eine *individualisierende Strafgerechtigkeit* („individualized criminal justice“) aussprach, die nicht so sehr die Straftat selbst berücksichtigt, sondern die Persönlichkeit des Straftäters, seinen Charakter und seine Motivation und daher für eine unbestimmte Strafe plädierte, also Strafen, deren exakte Länge nicht im verurteilenden Strafurteil festgelegt werden sondern erst in einer späteren Entscheidung von einem „parole board“ oder einer ähnlichen Institution.

⁹⁰ BGH, NSTZ 2006, S. 500 („Opabanden-Fall“); siehe auch BVerfG (K), Beschl. v. 21.12.2017 – 2 BvR 2772/17 = NJW 2018, S. 289 (Gröning-Fall – Verweigerung des Vollstreckungsaufschubs einer vierjährigen Freiheitsstrafe für einen 96jährigen, ehemaligen KZ-Aufseher von Auschwitz sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden); siehe freilich zur im Schrifttum einflussreichen Position, die eine Schuldunterschreitung bei mangelndem spezialpräventiven Bedürfnis bejaht, etwa *Roxin*, AT I, 2006, § 3 Rn. 59.

haben mögen, in einer ziemlich homogenen Gesellschaft mit einem gut ausgebauten Sozialsystem zu leben ohne weitreichende Diskriminierung großer sozialer Gruppen,⁹¹ sodass keine Notwendigkeit bestünde, mithilfe von retributiver Gerechtigkeit und Strafzumessung soziale Gerechtigkeit zu verbessern. Dies mag sich in einer „ethnically and culturally diverse society“ anders verhalten, wie der Richter *Louis LeBel* die kanadische Gesellschaft in der Entscheidung *Ipeelee* beschrieben hat.⁹² Allerdings hat sich spätestens seit der letzten Flüchtlingswelle im Jahre 2015 die gesellschaftliche Selbstwahrnehmung in Deutschland geändert und die meisten würden heutzutage Deutschland ebenfalls als pluralistische, vielfältige Gesellschaft beschreiben. Die entscheidende Frage ist, ob die richtige Reaktion auf diese Entwicklung in einer Art Pluralismus und einem ethischen Partikularismus in der Strafzumessung besteht oder ob nicht umgekehrt ein rigideres Festhalten an den basalen Regeln, die sich die Mehrheitsgesellschaft gegeben hat, die richtige Antwort wäre, so dass die strafrechtlichen Verhaltensnormen als „ethisches Minimum“ der Gesellschaft betrachtet werden, in der kein Platz ist für Toleranz für parallele Wertordnungen?⁹³

Aus meiner Sicht besteht das dringendste Problem des deutschen Strafzumessungsrecht im Augenblick nicht darin, dass die Strafzumessung nicht hinreichend individualisierend wäre, sondern im Gegenteil, dass es zu wenige Regeln gibt, die die Strafzumessung leiten – insbesondere für nicht aussetzungsfähige Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren.⁹⁴ Im Bereich der Wirtschaftskriminalität scheint es mir absolut willkürlich zu sein, wann aussetzungsfähige Freiheitsstrafen verhängt werden und ob etwa der Angeklagte eine Freiheitsstrafe von eineinhalb Jahren auf Bewährung erhält oder eine vier- oder fünfjährige Freiheitsstrafe. Andererseits sollte die Sanktionierung von Bagatelldelikten, z.B. Ladendiebstähle von notorischen Wiederholungstätern, die häufig von sozial benachteiligten Straftätern begangen werden, ebenfalls regelbasierter sein, um insbesondere Sanktionsexzesse zu verhindern, die nicht mehr auf das minimale verwirklichte Unrecht abstellen sondern bloß noch auf die Uneinsichtigkeit des Charakters des Angeklagten und das Unvermögen, ihn mit vergangenen Strafen zu bessern.⁹⁵ Allerdings sollte ein Plädoyer für mehr Regelgeleite-

⁹¹ Ob diese gesellschaftliche Selbstwahrnehmung jemals zutreffend gewesen ist, muss hier offenbleiben.

⁹² *R v Ipeelee*, 2012 SCC 12, Rn. 79: „It is true that on the surface imposing the same penalty for the nearly identical offence is only fair. That might be closer to the truth in a society that is more equitable, more homogenous and more cohesive than ours. But in an ethnically and culturally diverse society, there is a differential impact from the same treatment. Indeed, that has been recognized in the jurisprudence on equality rights under the Charter. Thus, there is a constitutional imperative to avoiding excessive concern about sentence disparity.“

⁹³ Bekanntlich hat *Hörnle* hierzu umfassend publiziert, siehe etwa *dies.*, NJW-Beilage 2014, S. 34; *dies.*, Grenzen der Individualisierung, 2014, S. 93 ff.; *dies.*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, 2014.

⁹⁴ Zugebenermaßen sind nur ca. 8 % aller ausgesprochenen Freiheitsstrafen in Deutschland über zwei Jahre lange, siehe *Harrendorf*, CLF 28 (2017), S. 501 (522). – Für diesen besonders grundrechtsinvasiven Bereich sollte es aber gerade mehr Regeln geben.

⁹⁵ Ich kann hier nicht näher das Problem der Strafschärfung qua Rückfall und die verschiedenen Rechtfertigungen, warum das Unrecht oder die Schuld der Rückfalltat erhöht ist, eingehen. Es mag

theit der Strafzumessung nicht verwechselt werden mit einem Ruf nach mehr Punitivität – Deutschland sollte hartnäckig seinen generellen Ansatz von einer vergleichsweise niedrigen Gefängnispopulation, die Vermeidung kurzer Freiheitsstrafen zugunsten von Geldstrafen, moderaten Freiheitsstrafen, die meistens ins untere Drittel der Strafrahmen fallen, und das Vorsehen von minder schweren Fällen verteidigen. Betrachtet man allein aus der Vogelperspektive die aggregierten Gesamtdaten, kann man der deutschen Strafzumessungspraxis freilich weiterhin eine erstaunliche Gleichmäßigkeit attestieren,⁹⁶ allerdings haben wir einerseits nicht genügend Daten zur Strafzumessung und andererseits sagen uns aggregierte Daten nichts über Strafmaßunterschiede und Regellosigkeit bzgl. einzelner Fälle. Wer der am besten geeignete Autor solcher „weichen“ Strafzumessungsregeln sein könnte – eine einzusetzende Strafzumessungskommission, die Revisionsgerichte etc. ist ein anderes Thema, das hier nicht näher diskutiert werden kann. Wie dem auch sei, die Strafzumessung – selbst wenn sie mit dem notorischen schlechten Gewissen des Tatrichters betrieben wird⁹⁷ – bleibt eine faszinierende Seite des Rechts („fascinating side of the law“).⁹⁸

einige Ansätze geben, die dies zu erklären vermögen (etwa: doppelter Pflichtenverstoß auch gegen sich selbst, „recidivism as omission“ etc., siehe *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, S. 363 (371); *Giannoulis*, ZIS 2014, S. 522 ff.), wenn allerdings deutsche Gerichte für absolute Bagatelldiebstähle mit minimalem Erfolgsunrecht (etwa: Schaden 1 Euro) von Wiederholungstätern Strafmaße in Höhe von sechs Monaten und mehr aussprechen, sanktionieren sie nicht mehr proportional zur Tatschuld, sondern lediglich den „schlechten Charakter“ des Straftäters.

⁹⁶ Vgl. *Albrecht*, LCP 76 (2013), S. 211 ff.; *Hörnle*, LCP 76 (2013), S. 189 ff.; siehe aber auch *Grundies*, Gleiches Recht für alle?, 2016, S. 511 ff., der statistisch verschiedene regionale Strafzumessungsgepflogenheiten eingehend analysiert hat.

⁹⁷ Vgl. *Radbruch*, Feuerbach Gedenkrede, 1952, S. 24.

⁹⁸ *Hart*, Punishment and Responsibility, 2008, S. 158 (164).

Judicial Discretion and the Rise of Individualization: The Canadian Sentencing Approach

*Benjamin L. Berger**

“Who are courts sentencing if not the offender standing in front of them?”¹

The epigraph to this paper points to the ethical heart of a distinctive and important development in Canadian sentencing law. It is drawn from a case in which the Supreme Court of Canada grappled with the signal societal trauma wrought by the operation of the criminal justice system – the travesty of Indigenous over-representation in Canadian prisons. This development involves an approach that has already disrupted certain elements of contemporary sentencing practice in Canada, and it is one that, depending on how sentencing judges embrace it, may open up new futures in Canadian sentencing. This development is the emergence of individualized proportionality as the fundamental principle of sentencing in Canada. One object of this paper is to explain and explore the rise, shape, and implications of this deep commitment to individualization as the defining feature of contemporary Canadian sentencing law.

* I wish to thank Kai Ambos, Kate Glover Berger, Lisa Kerr, David Cole, and Julian Roberts for their helpful comments on elements of this paper, and to Meghan Rand and Ramna Safeer for their superb research assistance.

¹ *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13 at para. 86.

Significant though it is within the local frame of Canadian sentencing law and practice, the emergence of this approach should also be interesting and important to those studying sentencing law from a comparative perspective. The deep commitment to individualized proportionality in sentencing — even and explicitly at the expense of parity, as I will show — has taken place within a larger historical unfolding around sentencing law and practice in Canada that makes it a distinctive case in comparative perspective. Although there were periods in which Canadian discourse around sentencing reform urged the creation of a sentencing commission and guidelines, in the years after Parliament rejected this approach, Canadian courts have not only embraced judicial discretion as the defining feature of sentencing law in Canada, but have actively protected the discretion of the sentencing judge from both legislative and appellate fettering. In a transnational context in which most jurisdictions are working with various models of sentencing guidance — seeking the best means of securing parity, predictability, and consistency in sentencing — Canada has seen a deepening of its commitment to judicial discretion and what some might consider the *hyper*-individualization of sentencing. The Canadian model is, thus, an important case in the comparative study of criminal sentencing.

To provide a basis for this important comparative reflection, in the first section, this paper begins by painting a picture of the sentencing process, and both the history and the current state of sentencing guidance, in Canada. With that foundation in place, the paper turns, in the second section, to explore the growth and implications of a unique (and, to this author, appealing though not uncomplicated) commitment to individualization that has emerged from this peculiar Canadian soil of judicial discretion.

1 An Overview of Sentencing in Canada

1.1 The Canadian Sentencing Process

In the Canadian constitutional order, legislative competencies are divided between the national (“federal”) and provincial levels.² Unlike the United States — indeed, consciously designed in 1867 in contrast to the arrangement in the United States and with the goal of creating consistency across the country — criminal law and procedure, including the rules governing criminal sentencing, is a matter assigned to the federal government.³ The constitution assigns responsibility for the administration of criminal justice to the provinces (including the running and management of courts),⁴ and provinces run jails for the incarceration of offenders who are in pre-

² *Constitution Act, 1867* (UK), 30 & 31 Victoria, c 3, reprinted in RSC 1985, Appendix II, No 5 [*Constitution Act, 1867*].

³ *Ibid.*, sec. 91(27).

⁴ *Ibid.*, sec. 92(14).

trial detention or serving sentences of less than 2 years. However, the *Criminal Code*,⁵ which sets out the available methods of punishment, the maximum sentences for criminal offences, and (since 1996) other provisions governing the sentencing process, is a piece of federal legislation.

The provinces and territories appoint inferior court judges, who sit without a jury, generally deal with less serious criminal offences (“summary conviction offences”), and sentence most offenders. In each province and territory, the superior courts (including the superior trial courts and courts of appeal for each province and territory) are staffed by federally appointed judges. Superior court judges deal with more serious criminal offences (“indictable offences”) and administer all jury trials. The appellate courts in each province (e.g., the Court of Appeal for Ontario, the Alberta Court of Appeal, etc.) are the usual final court of appeal for most matters and their decisions are binding only within their province. As a result, jurisprudence — including on questions of sentencing — can develop in different ways across the country, subject only to the decisions of the Supreme Court of Canada. Sitting atop the judicial hierarchy, the Supreme Court of Canada hears appeals (either by right⁶ or by permission of the Court) from across the country. The decisions of the Supreme Court bind all courts across the country.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁷ affords a right to trial by jury to anyone charged with an offence punishable by imprisonment for 5 years or more. Only a small fraction of criminal trials are conducted by jury trial, with most taking place in provincial courts and through “judge alone” trials in superior courts. However, the vast majority of cases in Canada (estimates lie in the range of 85-90% of cases) are dealt with by way of guilty plea. Whether following a trial and conviction, by judge alone or judge and jury, or as a consequence of a guilty plea, sentences are imposed by judges sitting alone in a sentencing hearing.

The Sentencing Hearing

Criminal trials in Canada are thus bifurcated procedures,⁸ with proceedings (either a trial or the entry and acceptance of a guilty plea) that end with a conviction, followed by a sentencing hearing in which the judge hears evidence and submissions and imposes a sentence. Even in cases tried before a jury, it is the judge who imposes the sentence at the conclusion of a sentencing hearing, though in some circumstances

⁵ *Criminal Code*, RSC 1985, c C-46 [*Criminal Code*]. Unless otherwise indicated, all references to sections in this Part refer to sections of the *Criminal Code*.

⁶ For example, a person convicted of an indictable offence (or whose acquittal has been set aside by a court of appeal) may appeal to the Supreme Court of Canada “as of right” on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents (sec. 691(1)(a)).

⁷ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982 (UK)*, 1982, c 11 [*Charter*].

⁸ For a number of helpful categories for the comparative study of sentencing, see Hörnle, *Comparative Assessment of Sentencing Laws*, 2019, p. 887.

juries, having rendered their verdict, may be permitted to provide input into periods of parole ineligibility.⁹

Often aided by a report prepared by a probation officer that canvasses the circumstances and key information about the accused¹⁰ — or in the case of an Indigenous offender, a “Gladue report”¹¹ specifically attentive to the history and context of Indigenous persons and how that context has impacted the offender — the sentencing judge applies the purposes and principles of sentencing set out in ss 718-718.201 (discussed further below) to arrive at a sentence that complies with the “fundamental principle” of sentencing expressed in sec. 718.1: that the sentence be “proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” The sentencing hearing provides for the input of both the victim and the community by means of victim impact statements¹² and community impact statements,¹³ which the sentencing judge must consider. Individuals offering such impact statements are permitted to present the statement orally to the court. The offender is also entitled to speak before the judge determines the sentence.¹⁴

When a sentencing hearing takes place following a guilty plea, there are often joint sentencing submissions that are the result of plea negotiations between the accused and the Crown prosecutor. The Supreme Court has described such joint submissions as “vitally important to the well-being of our criminal justice system, as well as our justice system at large.”¹⁵ The sentencing judge is not bound to follow the recommendation made by the Crown and the accused,¹⁶ but such agreements are afforded considerable deference. The Supreme Court has held that sentencing judges ought only to depart from a joint submission if “the proposed sentence would bring the administration of justice into disrepute, or would otherwise be contrary to the public interest,”¹⁷ and only then with clearly articulated reasons and having first given the accused the opportunity to withdraw his guilty plea. Given this deference and the prevalence of guilty pleas, despite the central role that judges play in setting

⁹ Sections 745.2, 745.21, and 745.3 provide that, where a jury has found an accused guilty of second degree murder or multiple murders, prior to discharging the jury, the judge must ask the jury whether it wishes to make any recommendations in respect of the number of years of parole ineligibility. For second degree murder, the mandatory sentence is life, with a legislative range of 10–25 years parole ineligibility. When an accused is found guilty of murder and has previously been convicted of murder, the *Criminal Code* (sec. 745.51) allows a judge to impose consecutive, rather than concurrent, periods of parole ineligibility. Sec. 745.21 requires a judge to seek a jury’s recommendation on this decision as well.

¹⁰ Sec. 721.

¹¹ These reports are named after *R v Gladue*, [1999] 1 SCR 688, the Supreme Court’s first explanation of sec. 718.2(e) and the procedures and principles relevant to the sentencing of Aboriginal offenders.

¹² Sec. 722.

¹³ Sec. 722.2.

¹⁴ Sec. 726.

¹⁵ *R v Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, at para. 25.

¹⁶ Sec. 606(1.1)(b)(iii).

¹⁷ *R v Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, at para. 5.

sentences, Crown prosecutors exercise significant structural influence over sentencing in Canada.

In contested sentencing hearings, judges hear submissions from both parties on the appropriate application of the sentencing principles, the relevant facts, and the fit sentence. The evidentiary standards in a sentencing hearing are much relaxed in comparison to the trial. A court is empowered to hear any relevant evidence, including hearsay, and may compel a person to testify before the court.¹⁸ In addition to any information offered in the sentencing hearing, a sentencing judge may accept as proved any information accepted at trial or any facts agreed to by the prosecutor and the offender. Of course, juries do not issue reasons. If the accused was convicted by a jury, the sentencing judge is bound to accept the facts necessarily implied by the jury's verdict. Subject to the foregoing, a party wishing to rely on a fact in the sentencing hearing has the burden of proving it, and if the prosecutor wishes to rely on any fact that would *aggravate* the sentence, that fact must be established by proof beyond a reasonable doubt.¹⁹

Appellate Review of Sentences

The *Criminal Code* provides for appeals, by both the offender and the Crown, against sentences imposed by the sentencing judge. For summary conviction offences, appeals take place in the superior court,²⁰ and for indictable offences, appeals are heard, with leave of the court, in the provincial court of appeal.²¹ The Supreme Court of Canada has explained that appellate courts play “a dual role in ensuring the consistency, stability and permanence of the case law;”²² they act as a safeguard against errors and they ensure the coherent development of the law by formulating guiding principles and clarifying the law. As I will explore below, some provincial courts of appeal have sought to achieve this consistency in the sentencing realm by providing guidance in the form of judicially created guidelines, starting points, or sentencing ranges.

And yet sentencing courts are given significant deference on appeal, with the Supreme Court having emphasized on multiple occasions “that appellate courts may not intervene lightly, as trial judges have a broad discretion to impose the sentence they consider appropriate within the limits established by law.”²³ The standard for interfering with the sentence imposed by a sentencing judge is a high one. In *R v M(CA)*, the Supreme Court articulated the threshold as follows: “absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if

¹⁸ Sec. 723.

¹⁹ Sec. 724(3)(e).

²⁰ Sec. 813.

²¹ Sec. 675 and 676.

²² *R v Lacasse*, 2015 SCC 63, at para. 36.

²³ *Ibid.*, at para. 39.

the sentence is demonstrably unfit.”²⁴ The Court has justified this highly deferential posture in a way that reflects the Court’s — and Canadian sentencing law’s — relative comfort with forms of disparity in sentencing and its priority on individualization, which I draw out in the second part of this paper. It is, therefore, useful to reproduce at length one instance of that justification:

This deferential standard of review has profound functional justifications. [W]here the sentencing judge has had the benefit of presiding over the trial of the offender, he or she will have had the comparative advantage of having seen and heard the witnesses to the crime. But in the absence of a full trial, where the offender has pleaded guilty to an offence and the sentencing judge has only enjoyed the benefit of oral and written sentencing submissions . . . , the argument in favour of deference remains compelling. A sentencing judge still enjoys a position of advantage over an appellate judge in being able to directly assess the sentencing submissions of both the Crown and the offender. A sentencing judge also possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system. Perhaps most importantly, the sentencing judge will normally preside near or within the community which has suffered the consequences of the offender’s crime. As such, the sentencing judge will have a strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be “just and appropriate” for the protection of that community. The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at all times taking into account the needs and current conditions of and in the community. The discretion of a sentencing judge should thus not be interfered with lightly.

*Appellate courts, of course, serve an important function in reviewing and minimizing the disparity of sentences imposed by sentencing judges for similar offenders and similar offences committed throughout Canada . . . But in exercising this role, courts of appeal must still exercise a margin of deference before intervening in the specialized discretion that Parliament has explicitly vested in sentencing judges. It has been repeatedly stressed that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime . . . Sentencing is an inherently individualized process, and the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction. As well, sentences for a particular offence should be expected to vary to some degree across various communities and regions in this country, as the “just and appropriate” mix of accepted sentencing goals will depend on the needs and current conditions of and in the particular community where the crime occurred . . .*²⁵

²⁴ [1996] 1 SCR 500, at para. 90 [M(CA)].

²⁵ *Ibid.*, at paras. 91-92 [emphasis added].

Courts of appeal are, thus, only entitled to vary a sentence imposed by a sentencing judge if the sentence is demonstrably unfit, or if the judge made a legal error that had an impact on the sentence.²⁶ If an appellate court concludes that such an error has been made or that the sentence is, indeed, demonstrably unfit, that court must substitute its view of a fit sentence; an appellate court cannot remit the matter to the sentencing judge for reconsideration.²⁷

1.2 Sentencing Guidance in Canada

The picture painted by this broad overview of the sentencing process in Canada is one in which individual sentencing judges hold substantial power in arriving at a fit sentence in a given case. This has always been so in the Canadian criminal process, but the question of how the discretion of sentencing judges should be controlled, constrained, or guided has been asked and answered in different ways — by policy-makers, Parliament, and the courts themselves. This section turns to consider this question of the management and status of judicial discretion in sentencing, and what guidance is and ought to be provided to sentencing judges — and by whom — as they discharge their sentencing function. The story is one of shifting emphasis in sentencing principles, as between parity and individualization, and changing (and sometimes competing) views on the purposes of sentencing.

History: Discretion and its Discontents

There are provisions throughout the *Criminal Code* that bear upon the question of sentencing. Virtually every offence-creating provision also includes an accompanying subsection that specifies the minimum (if there is one) or the maximum punishment relating to that offence. The *Criminal Code* also provides judges with a breadth of sentencing options. At one end of the spectrum are absolute and conditional discharges whereby, though there is a finding of guilt, no conviction is registered. Judges can also make orders for probation, require restitution, issue fines, and impose a period of imprisonment of less than two years to be served in the community (a “conditional sentence”). Of course, judges may also impose periods of incarceration. But, prior to the 1996 reforms explained below, the *Criminal Code* did not include provisions that addressed the purposes and principles of sentencing. The sentencing function was an exercise of judicial discretion subject only to the guidance and deferential oversight of appellate courts.

²⁶ The error must have had an impact on the sentence: *R v Lacasse*, 2015 SCC 63, at para. 44.

²⁷ *R v Pelletier* (1989), 52 CCC (3d) 340 (Qc CA).

Amidst other reform activity taking place at the time on questions of sentencing,²⁸ in 1984 the federal government constituted a national sentencing commission devoted to studying and making recommendations about sentencing in Canada. The preamble of the Order in Council establishing the Canadian Sentencing Commission emphasized that “unwarranted disparity in sentences is inconsistent with the principle of equality before the law” and noted that “sentencing guidelines to assist in the attainment of those goals have been developed for use in other jurisdictions and merit study and consideration for use in Canada”.²⁹ The terms of reference called on the Commission to examine a range of questions, but specifically “to examine the efficacy of various possible approaches to sentencing guidelines, and to develop model guidelines for sentencing and advise on the most feasible and desirable means for their use, within the Canadian context, and for their ongoing review for purposes of updating”.³⁰ The Commission studied a range of approaches to sentencing guidelines, with particular attention to those in use in Minnesota.³¹ In its final report, issued in 1987, the Commission recommended the establishment of a permanent sentencing commission and the adoption of a sophisticated scheme, with a set of four presumptive dispositions (qualified and unqualified presumptions of custody and non-custody), accompanied by a set of numerical sentencing guidelines, and a list of aggravating and mitigating factors on the basis of which judges could depart from a guideline, subject only to the duty to give reasons.³²

The Commission’s suggested reforms were received favourably in academic and professional circles, but “[a]lthough a wealth of research had demonstrated that unwarranted sentencing disparity exists, the government was apparently unconvinced that presumptive, or even advisory guidelines were necessary.”³³ Instead of adopting the approach recommended by the Canadian Sentencing Commission, the federal government instead engaged in years of consultation with provincial governments, which resulted in a consensus that reform should focus on two issues: a statement of the purposes and principles of sentencing, and reducing reliance on incarceration.

²⁸ Most prominently, the Sentencing Project, launched by the Department of Justice and the Ministry of the Solicitor General in 1982, which resulted in a reform bill that died on the order paper when Parliament was dissolved in July 1984.

²⁹ Canada, Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, 1987, p. 7.

³⁰ *Ibid.*

³¹ See *Roberts*, FSR 9 (1997), p. 245.

³² Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, 1987, pp. 558-561. The Commission provided a host of other important recommendations addressing issues including the maximum penalty scheme, plea bargaining, and alternatives to incarceration.

³³ *Roberts*, FSR 9 (1997), p. 245.

Reform: Legislative Non-Guidance

In 1996, Parliament enacted Bill C-41. It came into force as the new part XXIII of the *Criminal Code*. The 1996 reform did not establish sentencing guidelines, nor did it establish a permanent sentencing commission to study and make recommendations about sentencing. Instead, in addition to creating certain non-carceral sentencing options and a set of new provisions governing the sentencing process, the central feature of the reforms introduced by Bill C-41 was the inclusion in the *Criminal Code* of a statement of principles and purposes that should guide sentencing. Section 718 set out the fundamental purpose of sentencing, which would be “to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions” in pursuit of “one or more” of six listed objectives: denunciation, deterrence, separation, rehabilitation, reparation, and promotion of a sense of responsibility in offenders. A new sec. 718.1 articulated the “fundamental principle of sentencing”: “A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” And sec. 718.2 provided a set of sentencing principles, including a list of aggravating circumstances, principles of parity, totality, parsimony, and restraint.³⁴

Chief Justice Lamer observed that “[b]y passing [Bill C-41], Parliament has sent a clear message to all Canadian judges that too many people are being sent to prison”.³⁵ The Court held that the Bill was passed with the goal of reducing the use of incarceration and expanding the use of restorative justice measures. Section 718.2(e) best captured Parliament’s intention to reduce the use of incarceration, stating that “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.” This last clause reflected the atrocious history of Indigenous overincarceration in Canada. In *Gladue*³⁶ and *Ipeelee*³⁷ the Supreme Court of Canada described Indigenous overincarceration as a “crisis”³⁸ and interpreted sec. 718.2(e) as instructing sentencing judges to engage in a contextualized sentencing analysis, attentive to the way in which colonialism and the mistreatment of Indigenous peoples by the Canadian state might have affected the offender before the court, and whether alternative sentencing outcomes would be more appropriate. Despite this provision and these decisions, Indigenous overincarceration become worse, with Indigenous peoples accounting for almost 30% of the federal inmate population, while comprising just over 4% of the national population. The rates of

³⁴ These provisions have been subject to modest amendment in the intervening years. All of those revisions have focussed on “aggravating” considerations or factors. For the current provisions, see <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-718.html> <02.06.2020>.

³⁵ *R v Proulx*, 2005 SCC 5, at para. 1.

³⁶ *R v Gladue*, [1999] 1 SCR 688.

³⁷ *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13.

³⁸ For a critical reflection on the use of the language of “crisis” in this setting, arguing that it misleadingly represents an anomalous and contingent phenomenon, rather than the stable and structurally systemic pattern that it is, see *Arbel*, CJLS 34 (2019), p. 437.

overincarceration are even worse for Indigenous women and in provincial institutions; in Saskatchewan, despite representing only 14% of the provincial population, Indigenous peoples account for 74% of admissions to provincial custody.³⁹

Not only have the reforms not produced a reduction in the use of incarceration in Canada (where the overall incarceration rate has remained reasonably stable at approximately 130 adults per 100,000 population),⁴⁰ the statement of purposes and principles of sentencing failed to provide meaningful guidance to sentencing judges or reduce disparity in sentencing. No priority was set among the six objectives listed in sec. 718 and, although the fundamental principle of sentencing was defined in sec. 718.1, the various principles of sentencing that followed are not ranked or prioritized.

Since the 1996 reforms, the Canadian sentencing framework can be described as one that involves very general and flexible legislative guidance, combined with substantial discretion for sentencing judges to arrive at a fit and proportionate sentence, and subject only to highly-deferential appellate review. Legislative guidance in respect of sentencing is limited to these broad provisions, maximum penalties set out for each offence, and a set of mandatory minimum sentences (the fate of which will be discussed more, below).

Public appetite for more legislative guidance in sentencing has not disappeared since the days of the Canadian Sentencing Commission. A Department of Justice study published in March 2018 indicated that 81% of Canadians thought that Canada should consider having set sentencing guidelines, and that 69% believed that an independent sentencing commission should be considered for Canada.⁴¹ And yet Parliament has not emerged as an important decision-maker in the field of sentencing. Indeed, in the years since the 1996 reforms, the judiciary has not only embraced the discretion enjoyed by sentencing judges, but has defended it against legislative and appellate incursion.

Discretion Defended

The extent of the Canadian judiciary's embrace of discretion in sentencing, and the systemic commitment to the primary role of the sentencing judge in making decisions about criminal sanctions, is evident in two recent developments: constitutional challenges to mandatory minimum sentences and the relaxation of appellate guidance for sentencing.

³⁹ Statistics Canada, *Adult and Youth Correctional Statistics in Canada, 2017/2018*, May 9, 2019.

⁴⁰ <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2019001/article/00010-eng.htm> <02.06.2020>. This is so despite a spike in the incarceration rate during Prime Minister Stephen Harper's conservative government, which pursued a "tough on crime" agenda, instituting a range of punitive measures and mandatory minimum sentences.

⁴¹ <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/jr/rg-rco/2018/mar05.html> <02.06.2020>.

The introduction of the *Charter* in 1982 added a new dimension to sentencing law, creating constitutional limits on criminal punishment. The guarantee most relevant to sentencing is sec. 12 of the *Charter*, which provides that “[e]veryone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.” In the United States, the focus of debate and litigation on the equivalent provision of the US Bill of Rights (the Eighth Amendment, which prohibits cruel and unusual punishments) has been on prohibiting certain *methods* of punishment, centrally the death penalty. By contrast, in Canada — where the death penalty was formally abolished in 1976 (though the last executions took place in 1962) — the principal issues that have arisen in light of this constitutional prohibition have centred on the *severity* of sentences of incarceration, and mandatory minimum sentences in particular.⁴² The constitutional standard under sec. 12 is that of gross disproportionality: “Section 12 will only be infringed where the sentence is so unfit having regard to the offence and the offender as to be grossly disproportionate.”⁴³

After an early case in which the Court ruled a mandatory minimum sentence unconstitutional,⁴⁴ this high threshold for constitutional intervention meant that courts were deferential to legislated mandatory minimum sentences.⁴⁵

Indeed, it was 28 years before the Supreme Court next found a mandatory minimum sentence unconstitutional. However, during the period of Prime Minister Harper’s Conservative government (2006–2015), mandatory minimum periods of imprisonment were added to a host of offences in the *Criminal Code* and the *Controlled Drugs and Substances Act*. As a result, the number of offences carrying mandatory minimum sentences grew from less than 15 in the 1980s to over 75 and courts in Canada were met with new and growing numbers of claims under sec. 12 of the *Charter*. A number of these courts began to rule that the mandatory minimum sentences were unconstitutional and, with its decision in *R v Nur*,⁴⁶ the Supreme Court of Canada ushered in a new constitutional posture toward mandatory minimum sentences.

The Court authoritatively set out a methodology whereby a mandatory minimum sentence must be ruled unconstitutional if “it imposes cruel and unusual punishment (i.e. a grossly disproportionate sentence) on the particular offender before the court, or failing this, on the basis that it is reasonably foreseeable that it will impose cruel and unusual punishment on other persons”.⁴⁷ The use of these so-called “reasonable hypotheticals” as a metric against which to test mandatory minimum sentences was based on the idea that a law that imposes unconstitutional treatment on any individual is a law that ought to be of no force or effect.⁴⁸

⁴² On this distinction and its relevance in Canada, see *Kerr/Berger*, SCLR (2nd) 94 (2020), p. 235.

⁴³ *R v Smith*, [1987] 1 SCR 1045, at para. 55.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ See *Parkees*, SCLR (2nd) 57 (2012), p. 149.

⁴⁶ *R v Nur*, 2015 SCC 15.

⁴⁷ *Ibid.*, at para. 65.

⁴⁸ See *R v Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 SCR 96.

In the years since *Nur*, courts across the country, wielding the “reasonable hypothetical” test, have struck down a range of mandatory minimum sentences, although mandatory life sentences for murder remain in place. By some counts Canadian courts have ruled over three dozen such sentences unconstitutional for violating sec. 12.⁴⁹ In *R v Lloyd*, the Supreme Court effectively sounded the death knell for most mandatory minimum sentences, with Chief Justice McLachlin observing as follows:

*[I]n light of Nur, the reality is this: mandatory minimum sentences that, as here, apply to offences that can be committed in various ways, under a broad array of circumstances and by a wide range of people are vulnerable to constitutional challenge. This is because such laws will almost inevitably include an acceptable reasonable hypothetical for which the mandatory minimum will be found unconstitutional.*⁵⁰

Chief Justice McLachlin suggested that if Parliament wished to continue to use mandatory minimum sentences as a tool of legislative guidance for sentencing, it could adopt one of two approaches: it could better define the reach of these mandatory minima, “so that they only catch offenders that merit the mandatory minimum sentences”⁵¹ or it could “build a safety valve that would allow judges to exempt outliers for whom the mandatory minimum will constitute cruel and unusual punishment.”⁵²

The Court’s muscular approach to the constitutional review of mandatory minimum sentences reflects one important recent instance of the courts pushing back on sentencing guidance that would constrain the discretion of sentencing judges, here guidance — albeit a clumsy form of guidance — offered by Parliament. One sees a similar reticence to accept strong constraints on sentencing discretion in the Court’s response to judicial attempts achieve more consistency and predictability in sentencing, in the form of appellate guidance.

As discussed above, despite the highly deferential standard adopted for appellate review of sentences, the Supreme Court has described appellate courts as performing an important role in ensuring coherent development and consistency in the law. Given the absence of legislative sentencing guidelines, appellate courts have employed various means to try to structure sentencing discretion and achieve greater parity and consistency in sentencing. Some courts adopted “starting-point” sentences for particular offences, but this approach received disapproving treatment from the Supreme Court of Canada, which tightly circumscribed their relevance and utility in appellate review of sentences.⁵³ More common has been the adoption of

⁴⁹ For an excellent resource tracking the fate of mandatory minimum sentences in Canada, see [https://mms.watch <02.06.2020>](https://mms.watch/02.06.2020/).

⁵⁰ *R v Lloyd*, 2016 SCC 13, at para. 35.

⁵¹ *Ibid.*, at para. 35.

⁵² *Ibid.*, at para. 36.

⁵³ *R v McDonnell*, [1997] 1 SCR 948.

judicially-defined sentencing ranges, which prescribe a span in which a sentence for a given offence should normally fall. And yet the Supreme Court of Canada has, of late, emphasized the non-binding nature of these appellate guidelines, noting that “[t]here will always be situations that call for a sentence outside of a particular range” because “each crime is committed in unique circumstances by an offender with a unique profile”.⁵⁴ The current Chief Justice affirmed the principal role of the sentencing judge who is responding to the specifics of the case before him or her, describing sentencing ranges as “nothing more than summaries of the minimum and maximum sentences imposed in the past,” which should be regarded “as historical portraits for the use of sentencing judges, who must still exercise their discretion in each case”.⁵⁵

The end point is that the departure from a sentencing range set by an appellate court is not evidence of an error in principle, nor is a sentence that falls outside such a sentencing range necessarily unfit. The Supreme Court has thus put appellate guidance “in its place,” affirming the fundamental role of the discretion of sentencing judges: “deviation from a sentencing range does not automatically justify appellate intervention”.⁵⁶ The Court’s understanding of, and comfort with, the implications of this stance are clear. The Court observes that although “[i]ndividualization and parity of sentences must be reconciled to be proportionate,”⁵⁷ “[t]he principle of parity of sentences ... is secondary to the fundamental principle of proportionality.”⁵⁸

1.3 Sentencing in Canada, Summarized

As it has evolved over its common law history, across various reform projects that have been either abandoned or unsuccessful in providing meaningful guidance, and in light of the recent jurisprudence of the Supreme Court, sentencing in Canada is defined by its embrace of an enormous degree of judicial discretion. Decisions about criminal sanctions are made at judicially centred sentencing hearings, absent significant legislative guidance, only flexible appellate guidance, and with a highly deferential standard of appellate review. Although the existence of this approach was enabled in part by the failure of past reform efforts that sought to introduce a system of guidelines, the system has gone on to embrace and even defend this central role for judicial discretion.

In a common law world in which momentum is in the direction of sentencing guidelines of various forms, this casts the Canadian case in an interesting comparative light. The development of the Canadian approach has not been for want of

⁵⁴ *R v Lacasse*, 2015 SCC 63, at para. 58.

⁵⁵ *Ibid.*, at para. 57.

⁵⁶ *R v Suter*, 2018 SCC 34, at para. 25.

⁵⁷ *R v Lacasse*, 2015 SCC 63, at para. 53.

⁵⁸ *Ibid.*, at para. 54.

other options; rather, conscious that this highly discretionary system sacrifices parity and allows for disparity in sentencing, courts have nevertheless embraced judicial discretion for principled reasons that are, I will suggest in the next part of this paper, theoretically rich and defensible. This is not to say that legislative reform and sentencing guidelines will not be a part of Canada's sentencing future. But the Canadian priority on individualization and the principle of individualized proportionality, which has been allowed to emerge and develop in this ecosystem of discretion, has certain strengths and valuable lessons for the practice and theory of sentencing. I now turn, in Part II, to the emergence, shape, and practical and theoretical implications of this fundamental principle of individualized proportionality.

2 Individualized Proportionality in Canadian Sentencing

2.1 The Principle, Introduced

The claim for a new fundamental principle of individualized proportionality in Canadian sentencing law may seem incongruous for several reasons. First, there is nothing much new about the idea that some such version of proportionality ought to govern the legal practice of sentencing. Proportionality's core requirement, that the severity of a sanction should reflect the seriousness of the criminal conduct, anchors sentencing practices in jurisdictions around the world and has long occupied a central place in the philosophical literature on punishment,⁵⁹ though that core requirement has been underpinned by various justifications.⁶⁰ The commitment to calibrating punishment to the degree of blameworthiness of conduct is the heart of contemporary retributive theories of sentencing,⁶¹ much discussed and explored in the literature, even as others have critiqued appeal to the principle as "chimerical as a basis for limiting punishment."⁶²

In Canada, a version of this retributively-derived principle of proportionality has been absorbed into the *Criminal Code*. Section 718.1 articulates a "fundamental principle" of sentencing, namely that "[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender."⁶³ And even prior to

⁵⁹ As *Lacey* and *Pickard* note, "proportionality stands as the key concept in a much longer history of efforts to modernize and temper punishment, occupying as it does a central place in the work of Enlightenment thinkers of reformers across many nations: Beccaria, Bentham, Jefferson and Montesquieu" (MLR 78 (2015), p. 218).

⁶⁰ See, e.g., *von Hirsch/Ashworth*, *Proportionate Sentencing*, 2005 for a review of certain of those various justifications.

⁶¹ *von Hirsch* and *Ashworth* explain that "[w]hat is distinctive about contemporary desert theory is that it moves the notion of proportionality from its peripheral role to a central one in determining sanctions" (*ibid.*, p. 131). Consider, for example, *von Hirsch's* "censure" theory, which *von Hirsch* and *Ashworth* restate and summarize in *ibid.*, p. 9. See also *von Hirsch*, *Censure and Sanctions*, 1993.

⁶² *Lacey/Pickard*, MLR 78 (2015), p. 227.

⁶³ *Criminal Code*, sec. 718.1.

the 1996 amendments to the *Criminal Code* that introduced this provision, proportionality had “long been a central tenet of the sentencing process”.⁶⁴ Moreover, there is, to be sure, already a species of “individualization” at work in this brand of proportionality: the punishment is calibrated to the “degree of responsibility of the offender.” This is a form of individualization in comfortable harmony with both the guilt phase of the criminal process and retributive theories of punishment, each of which is centrally focussed on the assessment of individual blameworthiness.

But the innovation in Canadian sentencing law that I am exploring in this paper lies in a fundamentally different understanding of individualization, of its centrality in just sentencing decisions, and of what its pursuit demands of the sentencing judge. This form of individualization involves drawing close to the offender, through and past questions of responsibility and blame, to reckon with the offender’s experience of suffering as a consequence of their wrongdoing. In the Supreme Court of Canada’s emergent approach, proportionality remains central to the task of sentencing, as do considerations of responsibility and blame, but the focus on the offender’s experience of suffering and of the consequences of wrongdoing draws increased attention to the other side of the proportionality equation: a sensitive, contextualized assessment of what counts as part of “a sentence” or punishment, and of its true severity. The individualization at work here is this individualized gauging of the circumstances of the offender and their experience of suffering, in service of a more refined sense of the true fitness and justness of the sanction imposed. The priority given to this form of individualization reshapes and recolours the principle and practices of proportionality.

This approach to individualized proportionality has two provocative and inter-related features that this paper will lay bare, one conceptual and one methodological.

First, this turn toward serious regard for the offender’s experience of punishment attacks a paradox at the heart of traditional sentencing practices. The customary approach has focussed judges’ attention on the quantum and form of punishment in the pursuit of proportionality: the severity of a carceral “sentence” — that which must be made proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender — lies in the duration of the sanction imposed by the Court. On this view, proportionality is an essentially quantitative assessment. And yet, this way of understanding proportionality is fundamentally at odds with the reality that the severity of a sentence lies not in the cool metrics of quantum alone, but in the experience of suffering — something driven by the real consequences and conditions of punishment, and their effects on a given person’s life. Otherwise put, proportionality must be a qualitative inquiry. We know full well, for example, that whether an offender will serve his sentence in a maximum or minimum security facility is determinative of the real severity of a sentence; and yet the system proceeds

⁶⁴ *R. v Ipeelee*, 2012 SCC 13, at para. 36.

on the fiction that a judge can be coherently agnostic as to classification when imposing a sentence.⁶⁵ The conceptual turn that I am tracing in the jurisprudence involves a kind of phenomenological sensitivity — a commitment to the idea that the lived experience of society’s response to wrongdoing is what should interest us in sentencing. In this, it troubles the sustainability of the mis-fit between our prevailing sentencing practices and what is necessary to evaluate the true severity, and hence fitness, of a punishment.

Second, this conceptual shift entails an important methodological or doctrinal implication for sentencing: a significant expansion of regard for what factors are salient in crafting a proportionate sentence. As I will show, factors that have no bearing on one side of the proportionality equation described in sec. 718.1 — “the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” — and that reach well beyond quantum of punishment are now considered important in arriving at a fit sentence. The endpoint is that a sensitive reading of contemporary Canadian sentencing jurisprudence shows a style of proportionality at work that is not well captured by the text of sec. 718.1 alone. A very different brand of proportionality is emerging as the fundamental guide to Canadian sentencing, one in which the sentence is calibrated to the individualized experience of punishment, rather than resting on individualized assessments of responsibility and desert alone.

This development involves great intimacy and tremendous reach. “Intimacy” and “reach” may seem strange descriptive bedfellows. But in the context of sentencing they are facets of one another. This is attributable to the distinct nature of the sentencing project, which, when the doctrinal and managerial trappings — important though they are — are stripped away, is about the strategy of a political system, administered through a judiciary, to inflict suffering on an individual as a response to crime. In that unique kind of project, to be intimate, up close, and attentive to the experience of suffering is, indeed, an ambitious political move.

2.2 The Emergent Principle Described

In this section I trace the ascendancy of this approach to individualization, its effect on the jurisprudential understanding of proportionality, and its qualitative texture through a close consideration of three developments within the Supreme Court of Canada’s sentencing jurisprudence of the last fifteen years. Each issue I discuss involves a discrete and sometimes technical point. However, once assembled and put in conversation with one another, the collected pieces paint a vivid picture of the Court’s turn away from a more traditional and narrow responsibility-focussed understanding of proportionality and toward an individualized approach that treats the offender’s experience of suffering as an essential yardstick for a fit sentence.

⁶⁵ I return to this example at the end of this paper.

Suffering at the Hands of Police

What is the relevance of pain and suffering, inflicted at the hands of the police during arrest, in arriving at a fit sentence? The question is an interesting one because, by the light of the fundamental principle of sentencing set out in the *Criminal Code*, the answer would appear to be “none.” Police misconduct in the course of arrest bears on neither metric for proportionality stated in sec. 718.1. No matter how egregious, the treatment of the offender by the police does not affect the gravity of the underlying offence, nor does it alter the offender’s responsibility for that offence. Proportionality, as it is described in the *Code*, seems to make such considerations irrelevant to the sentencing function.

This was the problem faced by the sentencing judge in *Nasogaluak*.⁶⁶ The police had violently subdued Mr Nasogaluak at the conclusion of a high-speed car chase, initiated because the police suspected that he was driving while impaired. In the course of arresting him for impaired driving and fleeing the police, the officers inflicted multiple punches to Mr Nasogaluak’s head and two punches into his back while he was pinned face down on the pavement. These latter punches broke two of Mr Nasogaluak’s ribs, resulting in a collapsed lung that required emergency surgery. Mr Nasogaluak, who pled guilty to both charges, argued that his sentence should be reduced as a consequence of this police misconduct, which breached his *Charter* rights. The sentencing judge agreed but, hemmed in by the conventional understanding of the ordinary sentencing principles, he believed he had to reach for an extraordinary solution and so used sec. 24(1) of the *Charter* to reduce the sentence as a constitutional remedy.

At the Supreme Court of Canada, Justice LeBel agreed that a reduction in sentence was appropriate. But of central interest to this paper was his finding that resort to sec. 24(1) was unnecessary: in the absence of a mandatory minimum sentence, the normal logic of sentencing could not only accommodate but might actually impel this result. How could this be?

In his reasons, Justice LeBel affirms the central role of proportionality and sec. 718.1 as the fundamental sentencing principle in Canadian law, emphasizing that attentiveness to proportionality means that judges will craft sentences that adequately reflect and condemn offenders’ “role in the offence and the harm that they caused.”⁶⁷ But this alone cannot explain the salience of Mr Nasogaluak’s suffering to a fit sentence, given that the police misconduct bore on neither. Justice LeBel reaches past the four corners of sec. 718.1, providing a more expansive and political conception of sentencing than is normally found in the jurisprudence. He explains that “[p]rovided that the impugned conduct relates to the individual offender and the circumstances of his or her offence, the sentencing process includes consideration of society’s collective interest in ensuring that law enforcement agents respect

⁶⁶ *R v Nasogaluak*, 2010 SCC 6.

⁶⁷ *Ibid.*, at para. 17.

the rule of law and the shared values of our society.”⁶⁸ He draws support for this proposition from sec. 718’s articulation of the fundamental purpose of sentencing, which includes contributing to “respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society.” So perhaps this expansion of relevance is justified by something like a concern about society’s “standing to blame.”⁶⁹ By visiting serious disadvantage or inflicting social wrongs on an individual, the state may erode its authority to punish or even share responsibility for the crime *per se*, diminishing that of the offender.⁷⁰

And yet this does not seem to provide an adequate account of why Mr Nasogaluak’s “life-altering experience” is relevant to his sentence. Recall Justice LeBel’s proviso: state misconduct may be factored into the sentence “*provided that the impugned conduct relates to the circumstances of the individual offender and the circumstances of his or her offence*”. Appalling though it was, there is no link between the misconduct of the police and the circumstances of the offence. And so the relevant link must be to Mr Nasogaluak’s “circumstances.” What is the nature of this link?

The provocative answer offered by this case is that we find this nexus in the pain that he experienced. His sentence is justifiably reduced because he has already suffered harm at the hands of the state in response to his misconduct. In arriving at a fit and proportionate sentence, the ways in which the offender has already suffered as a consequence of his misconduct are salient. That pain, experienced outside the usual colouring lines of duration and form of incarceration (and not digestible as part of the gravity of the offence or the degree of responsibility of the offender), is nevertheless relevant to reasoning about a just and appropriate sentence.

Justice LeBel describes the broad discretion created by ss. 718-718.2 of the *Code* as anchored by a foundational idea: that “the determination of a ‘fit’ sentence is ... an individualized process”.⁷¹ The facts and reasons in *Nasogaluak* suggest something about the character of this individualization. It draws the judge out of the narrow understanding of punishment suggested by the *Code* and into contact with an offender’s experience of suffering in response to wrongdoing.

Collateral Consequences of Sentencing

The more commodious sense of punishment drawn from *Nasogaluak* points the way to a second development in Canadian sentencing law relevant to the emergent principle of individualized proportionality: expansive regard for the “collateral consequences of a sentence.” While sentencing judges have long considered certain factors

⁶⁸ *Ibid.*, at para. 49.

⁶⁹ *Duff*, Ratio 23 (2010), p. 123; *Duff*, Answering for Crime, 2009.

⁷⁰ For arguments in this vein surrounding poverty, see *Tadros*, JVI 43 (2009), p. 391; *Sylvestre*, McGillJ, 55 (2010), p. 771. I discuss this concept in the law of mental disorder in *Berger*, Mental Disorder, 2012, p. 117.

⁷¹ *R v Nasogaluak*, 2010 SCC 6, at para. 43.

that might be considered “collateral” to sentence, they have done so in circumstances in which the consequences at issue were tightly linked to the nature of the sentence itself, such as the impact of a custodial sentence on parenting or families.⁷² Since 2013, however, the Supreme Court has embraced a capacious definition of collateral consequences and has justified this approach on grounds that highlight both the doctrinal priority and distinctive character of individualization in Canadian sentencing.

The first step in this development came with the Supreme Court of Canada’s acceptance in *R v Pham*⁷³ that an otherwise fit sentence could and should be reduced in light of immigration consequences flowing from a criminal sentence. The *Immigration and Refugee Protection Act* stipulated that a non-resident sentenced to a term of imprisonment of two years or more lost their right to appeal a removal order.⁷⁴ Mr Pham applied to have his sentence of certain drug offences reduced by one day to avoid this significant consequence of his two year sentence. The Court of Appeal refused to vary the sentence but the Supreme Court found that these “collateral consequences” imposed by *IRPA* should be considered and reduced his sentence accordingly.

Of central interest is how the Court justified this outcome. Justice Wagner (as he then was), writing for the Court, defined collateral consequences broadly: “the collateral consequences of a sentence are any consequences for the impact of the sentence on the particular offender.” Such consequences “may be taken into account in sentencing as personal circumstances of the offender.”⁷⁵ “However,” Wagner J pauses to explain, “they are not, strictly speaking, aggravating or mitigating factors, since such factors are by definition related only to the gravity of the offence or to the degree of responsibility of the offender.”⁷⁶ He thus positions the role of collateral consequences firmly outside the frame of sec. 718.1, but explains that “[t]heir relevance flows from the application of principles of individualization and parity.”⁷⁷ Inasmuch as it informs the individualized “impact of the sentence,” consideration of collateral consequences aids in ensuring that the sentence is truly “fit having regard to the particular crime and the particular offender”⁷⁸ and actually equivalent in severity to sentences imposed for similar crimes committed in similar circumstances. The two conventional sec. 718.1 metrics are still critical to arriving at a fit sentence but the relevance of collateral consequences is a function of close attention to a third

⁷² Consider, for example, the case law indicating that sentencing judges should account for the separation of a mother from her family (see, e.g., *R v Collins*, [2011] OJ No 978, 104 OR (3d) 241 (Ont CA)) or, more generally, the impact of incarceration on families (see, e.g., *R v Gerald*, [1965] JQ no 22, 46 CR 365 (Que CA).

⁷³ *R v Pham*, 2013 SCC 15.

⁷⁴ SC 2001, c 17 [*IRPA*]. That threshold was since reduced to 6 months by the *Faster Removal of Foreign Criminals Act*, SC 2013, c 16, sec. 24.

⁷⁵ *R v Pham*, 2013 SCC 15, at para. 11.

⁷⁶ *Ibid.*, at para. 11.

⁷⁷ *Ibid.*, at para. 11.

⁷⁸ *Ibid.*, at para. 14.

focal point: the offender's personal circumstances and how these inflect the severity of the sentence imposed.

With its decision in *R v Suter*,⁷⁹ the Court committed itself even more deeply to this logic, with greater conceptual implications for sentencing. The accused accidentally drove his vehicle into a restaurant patio, killing a two-year-old boy. Although he was not impaired at the time of the accident, he was given improper legal advice that led him to refuse to provide a breath sample. He was charged with, and pled guilty to, refusing to provide a sample knowing that a death was caused. The poor advice was clearly relevant to the sentencing judge's decision to set the sentence well below the normal range, but the macabre twist was this: prior to sentencing, Mr Suter was abducted by three hooded men who drove him to a secluded area, beat him, and cut off one of his thumbs with pruning shears. Was the sentencing judge entitled to factor this vigilante action into his decision?

Justice Moldaver, for the majority, held that he was. Note the significance of this holding: both the police conduct in *Nasogaluak* and the immigration consequences at issue in *Pham* involved state action. Those cases thus suggest that the aggregate treatment of an accused at the hands of the state is relevant to sentencing. Factoring the vigilante action in *Suter* into the sentence significantly expands this already provocative proposition: the suffering need not be traceable to the state. Justice Moldaver offers a broadened definition of collateral consequences as including "any consequence arising from the commission of an offence, the convictions for an offence, or the sentence imposed for an offence that impacts the offender,"⁸⁰ whether or not they are foreseeable or natural.⁸¹ All such consequences, irrespective of their nexus with the state, are relevant to a fit sentence. This is an expansive holding, the boundaries of which have yet to be worked out.

The Court is again clear that the relevance of such collateral consequences is not a function of the seriousness of the offence or the responsibility of the offender. Rather, the question is "whether the effect of those consequences means that a particular sentence would have a more significant impact on the offender because of his or her circumstances."⁸² They must be considered "[t]o ensure that the principles of individualization and parity are respected".⁸³ The brand of individualization impelling this approach goes beyond questions of responsibility. It exceeds simply tailoring the sentence to the individual's objective characteristics. This touchstone principle of individualization, which colours and directs the search for proportionality, is about broad sensitivity to the factors that will shape an offender's experience of the consequences of their wrongdoing.

⁷⁹ *R v Suter*, 2018 SCC 34.

⁸⁰ *Ibid.*, at para. 47.

⁸¹ *Ibid.*, at para. 49.

⁸² *Ibid.*, at para. 48.

⁸³ *Ibid.*, at para. 51.

The Relevance of Hope

To complete the picture of this emerging sensitivity to the experience of punishment, I turn to the relevance of hope. This brings us closest yet to the offender's subjective and affective experience of punishment — a sensible place for us to be when assessing the fitness of a sentence, but somewhere that systems of punishment are loathe to go.

Unlike the others, this development was precipitated by legislative change. Section 743.6 introduced the ability of a sentencing judge to increase the period of parole ineligibility where the court is satisfied that “the expression of society's denunciation of the offence or the objective of specific or general deterrence so requires”. Traditionally, there had been a tight seal between the judicial determination of the fit sentence and those responsible for overseeing the conditions and implementation of punishment. In this division of labour, decisions about parole were simply not part of the work of a judge: “[c]onsiderations relating to parole eligibility normally remained irrelevant to the determination of the fitness of a sentence”.⁸⁴ Judges sentence; other actors are concerned with the conditions and implementation of this sentence.⁸⁵ However, as Justice LeBel explained in *Zinck*, “[t]he adoption of sec. 743.6 altered ... significantly the nature and scope of sentencing decisions in Canadian criminal law.”⁸⁶

Section 743.6 was drafted in a way that “left many substantive and procedural questions unanswered.”⁸⁷ The key substantive issue that emerged was the appropriate test for deciding whether the use of sec. 743.6 is warranted. In particular, a split had opened up in appellate courts as to whether extended parole ineligibility ought to be reserved for special or exceptional circumstances. In *Zinck*, the Supreme Court held that it should be. Justice LeBel, writing for the majority, held that “[t]he decision to delay parole remains out of the ordinary,”⁸⁸ and that “it should not be ordered without necessity, in a routine way.”⁸⁹ This posture of relative restraint, he explains, is a product of an orienting duty: that “the sentencing decision must be alive to the

⁸⁴ *R v Zinck*, 2003 SCC 6, at para. 18. The one notable exception was sentencing for second degree murder, with a mandatory life sentence and a variable parole ineligibility period of between 10 and 25 years. Justice LeBel notes that “[w]hile some courts may have increased the length of a jail term to manipulate the term of parole ineligibility, such a practice is quite improper.”

⁸⁵ For a recent articulation of this standard division of labour, see *R v Passera*, 2019 ONCA 527, at para. 24: “Sentencing judges are charged with imposing a fit sentence for the offence and the offender, having regard to concerns which include rehabilitation, deterrence and denunciation. Correctional authorities take the sentence as imposed and are responsible for administering that sentence.”

⁸⁶ *R v Zinck*, 2003 SCC 6, at para. 22. In *Zinck*, the accused, who had an extensive criminal record including a number of firearm and alcohol offences, was charged with second degree murder in the drunk shooting of his neighbor. He pleaded guilty to manslaughter and was sentenced to a 12 year term of imprisonment with parole eligibility delayed for 6 years.

⁸⁷ *Ibid.*, at para. 24.

⁸⁸ *Ibid.*, at para. 33.

⁸⁹ *Ibid.*, at para. 31.

nature and position of delayed parole in criminal law as a *special, additional form of punishment*.”⁹⁰

This last phrase offers the key to unlocking the deeper significance of *Zinck* for this paper. What makes delayed parole eligibility a “special” as a form of punishment? The Court’s core answer: in the manipulation of hope. Delaying parole brings a particular “harshness” to sentencing.⁹¹ This harshness is not solely a matter of a longer period of time in custody; depending on the decisions of a parole board, an offender with an earlier parole eligibility date may well nevertheless remain detained. Rather, the “harshness” arises by depriving the offender, from the outset, of the prospect of earlier release, thereby altering the affective life of the offender. Justice LeBel observes that delaying parole “may almost entirely extinguish any hope of early freedom from the confines of a penal institution with its attendant rights or advantages.”⁹² A sentence served without such hope is a tougher sentence. This distinctive harshness is what is “special” about delayed parole as an aspect of punishment and calls for parsimony in its use. With deferred access to parole now “part of the punishment,”⁹³ sentencing judges are drawn out of abstract reflection on quantum into sympathetic engagement with the circumstances and conditions that will shape how an accused will experience their punishment. *Zinck* does not mean that parole eligibility is now a standard consideration in the sentencing process.⁹⁴ This remains a statutory exception. But on a full, attentive view of the sentencing system, one can no longer easily say what was once available as a claim: that the conditions of a sentence are never a court’s concern. The seal has been broken.

Hope inflects the qualitative nature of a sentence. It gives flavour, character, and existential texture to the experience of punishment. To be sure, it is not alone in this. Fear, shame, loneliness, despair and a host of other internal states help determine the true harshness or leniency of punishment. Although sentencing cannot take full account of these emotional dimensions of an offender’s experience, *Zinck* suggests that neither can it be wholly insensitive to them and remain a meaningful measure of punishment. And, indeed, we have seen Canadian courts pick up and develop this incipient concern about hope and the interior lives of offenders as they wrestle with

⁹⁰ *Ibid.*, at para. 31 [emphasis added].

⁹¹ *Ibid.*, at para. 24.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*, at para. 23. See also *R v Passera*, 2019 ONCA 527, at para. 23, Doherty JA: “when a sentence involves a term of imprisonment, the sentencing process can be viewed as encompassing both the term imposed by the sentencing judge and the statutory provisions under which the sentence will be administered by correctional authorities after it is imposed. *Together they describe and define the punishment imposed*” [emphasis added].

⁹⁴ See *R v Passera*, 2019 ONCA 527, at para. 26, at which Justice Doherty explains that “[s]ubject to specific statutory exceptions (e.g. ss. 743.6 and 745.5) ... [q]uestions relating to if, when, or how an offender might be released on some form of conditional release prior to the completion of the sentence are not for the sentencing judge to determine”.

another emerging issue in sentencing: how to approach the “stacking” of parole ineligibility periods — and the prospect of “whole life sentences” — made possible by a legislative change made in 2011.⁹⁵

Reflecting a significantly more qualitative understanding of punishment, this attention to the affective dimensions of the experience of punishment is another facet of the emergent principle of individualization at work in Canadian sentencing law.

The Principle Summarized

The three developments that I have drawn from the Court’s contemporary sentencing jurisprudence each insist, in their own way, that the character, severity, and hence fitness of a sentence is ultimately derived from the offender’s experience of suffering. *Nasogaluak* tells us that pain inflicted by police is part of the punishment; the cases on collateral consequences note that an offender’s sentence is to be found in the aggregate ways in which the state and, indeed, society respond to an offender’s wrongdoing; in its concern with hope, *Zinck* directs sentencing courts down and inward, into the affective dimensions of punishment. Assembled, these developments suggest a phenomenological turn in thinking about sentencing in Canada, one that is more attuned to the lived experience of criminal punishment.

The juridical expression of this turn is a unique marriage of proportionality and individualization. This paper began with an epigraph from *Ipeelee*, one that I described as expressing the ethical heart of this development. And, indeed, in *Ipeelee* the terms of this marriage are made clear. Justice LeBel describes proportionality as “the *sine qua non* of a just sanction”⁹⁶ but emphasizes that, “[d]espite the constraints imposed by the principle of proportionality,”⁹⁷ sentencing is “a highly individualized process.”⁹⁸ When sentencing an Indigenous offender against the background crisis of the radical overrepresentation of Indigenous persons in Canadian prisons, this involves considering the unique circumstances of the offender, including not only their background experiences but the worldviews and values that they and their communities hold.⁹⁹ Despite the unique context of *Ipeelee*, Justice LeBel is insistent that this close attention to the personal circumstances of Aboriginal offenders is none other than the expression of “the fundamental duty of a sentencing judge”¹⁰⁰ in all cases: to “engage in an individualized assessment of all of the relevant factors and

⁹⁵ Section 745.51 of the *Criminal Code*, introduced in 2011, Bill C-5. See, e.g., *R v Klaus*, 2018 ABQB 97; *R v Vuozzoo*, 2015 PESC 14.

⁹⁶ *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13, at para. 37.

⁹⁷ *Ibid.*, at para. 38.

⁹⁸ *Ibid.*, at para. 38.

⁹⁹ *Ibid.*, at paras. 72, 74.

¹⁰⁰ *Ibid.*, at para. 75.

circumstances, including the status and life experiences, of the person standing before them.”¹⁰¹

This “fundamental duty” joins and modifies — and even controls — the “fundamental principle” found in sec. 718.1 of the *Code*. This is individualized proportionality. It is not the result of raw judicial innovation; rather, it is a principled judicial articulation of what is necessary in order to ensure that a sentence is truly fit and proportionate, as the *Code* requires. And what it demands is an imaginative engagement with how society’s response to wrongdoing will be experienced by this person standing before the Court. As a legal matter, in view of these developments, I suggest that it would now be an error for a judge to invoke proportionality without emphasizing its essentially individualized nature, and then wrestling with the real effects of the criminal process and proposed sentence on the life lived by the offender.

2.3 The Promise and Challenges of the Principle

It is no coincidence, I suggest, that the development of this brand of individualization has been co-emergent with the Supreme Court’s reckoning with Indigenous over-incarceration. The experience of this crisis has induced a sense of concern and wariness about the use of criminal punishment in ways that are undisciplined by the actual lives that such punishment produces. The *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*¹⁰² and the *Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*¹⁰³ lent urgency to this shift in attitude, while the introduction of sec. 718.2(e) and the Court’s decisions in *Gladue* and *Ipeelee* gave it shape. The emergent principle of individualized proportionality participates in that same ethos. Its normative upshot is also a posture of caution and restraint, achieved by demanding a searching engagement with the range of circumstances that will affect how punishment will actually be experienced by the person standing before a sentencing judge.

Though it marks a departure from more familiar retributivist constructions of proportionality,¹⁰⁴ this development in Canadian sentencing law and practice is appealing for a number of reasons. It responds better to the humanity of the moment

¹⁰¹ *Ibid.*, at para. 75. For a piece contrasting the Canadian and Australian approaches to individualized justice in the context of the sentencing of Indigenous offenders, see *Anthony/Bartels/Hopkins*, MULR 39 (2015), p. 47.

¹⁰² Canada, Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1996.

¹⁰³ Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015.

¹⁰⁴ Indeed, many retributivist theorists would likely balk at the form of individualization that I have identified in the Supreme Court’s jurisprudence as an intolerable departure from the conceptual justifications that underpin proportional sentencing. On *von Hirsch’s* censure model, for example, the “central justifying feature of punishment” is the “visitation of censure,” and treating as relevant to sentencing factors that do not bear directly on “the degree of reprehensibility” of the offender’s conduct diminishes the legitimacy of state punishment (*von Hirsch/Ashworth*, Proportionate Sentencing, 2005, p. 134.). The focus of this paper has been on tracing and exploring this jurisprudential development; assessing whether this development can be reconciled with retributive theories of punishment is the task for a different piece. It bears noting, however, that retributivist theorists insist that proportionality depends on the accurate assessment of the severity of the sanction, though less attention is given to this point in the literature. (See, e.g., *ibid.*, pp. 147–148; *von Hirsch*,

of sentencing and what is morally and politically urgent about it: the extraordinary act — carried out by a judge — of the state effecting political ends by inflicting violence and suffering on an individual. It seems ethically crucial that the judge draw close to the individual in that moment in order to ensure that the character of this suffering is appreciated; only then can we speak intelligibly about the fitness of a punishment.

The developments that I have explored thus also contribute to a more satisfying sense of what constitutes a “sentence” or “punishment” and, with this, a more realistic approach to proportionality. Moving beyond questions of quantum and form, the inquiry takes on a thick qualitative dimension, with the measure of a sentence taken from the actual experiences of punishment and aggregate consequences that result from one’s wrongdoing. This institutional sensitivity to the individualized realities of punishment may help “make the metaphor of proportionality meaningful, and punishment accordingly limited in real terms.”¹⁰⁵ By contrast, failing to account for these lived realities, the exercise of seeking proportionality is consigned to fail (“in real terms”), and to do so in the direction of over-punishment. In this, this emergent approach is better equipped to offer up some resistance to the well-worn pattern of criminal punishment reproducing and exacerbating pre-existing disadvantage and marginalization.

We have already seen facets of the promise of individualized proportionality realized in elements of Canadian sentencing practice. This is most vivid in the notable story of judicial resistance to mandatory minimum sentences, described in Part I of this paper. The essential character of mandatory minimum sentences is that they place predictive floors on the exercise of individualization; as Chief Justice McLachlin emphasized in the case that signalled the Court’s stand against mandatory minimum sentences, these minimums thus “affect the outcome of the sentence by changing the normal judicial process of sentencing.”¹⁰⁶ The Court’s method for assessing whether a mandatory minimum sentence is cruel and unusual, contrary to sec. 12 of the *Charter*, is essentially one of deep individualization: generating a reasonable hypothetical *crime* but also, crucially, *offender* who would be subject to the minimum. Mandatory minimum sentences have, indeed, not fared well before the courts. And it is notable that in the Supreme Court’s most recent invalidation of a mandatory sentence — the victim fine surcharge — the analysis went well beyond the formal sentence. In *R v Boudreault*, the Court delved deeply into the impecunious offender’s experience of the criminal process and — crucially and provocatively — the relationship between criminal punishment, poverty, and structural economic injustice.¹⁰⁷

Censure and Sanctions , 1993, pp. 33-35.) As I have described it, the heart of this development in the Court’s jurisprudence is a more expansive and phenomenological approach to how one understands the character and, hence, severity of the punishment itself. I note and discuss the subjectivist-retributivist debate on how to assess severity of punishment below.

¹⁰⁵ *Lacey/Pickard*, MLR 78 (2015), p. 228.

¹⁰⁶ *R v Nur*, 2015 SCC 15, at para. 44.

¹⁰⁷ *R v Boudreault*, 2018 SCC 58.

Below the constitutional register, the promise of individualization can be found in the softening of the Court's approach to judicially-created sentencing ranges, discussed in Part I.¹⁰⁸ It is similarly found in a recent instance of a judge using the expansive approach to "collateral consequences" as authority for factoring an offender's disability into the fitness of a sentence not because it was "relevant to the seriousness of the offence or the blameworthiness of the offender,"¹⁰⁹ but because the medical condition would inflect the experience of the sentence imposed on him or her. And, with *Boudreault* in hand, perhaps it will be a tool by which sentencing practices can become more sensitive to questions of mental health and poverty.

And yet there are challenges involved in the embrace of individualized proportionality, ones that may affect or limit the role of this emergent principle in the future of Canadian sentencing.

The first is conceptual in nature. With a turn to the individual experiences of the offender as an important barometer for the fitness of a sentence, we come up against a significant problem related to the scope, and normative risks, of this approach. In contemporary theoretical debates about punishment, critiques of subjectivist theories that focus in this way on the experience of punishment point to the risk that this will involve us in the unattractive exercise of adjusting sentences to account for expensive tastes and insensitive offenders.¹¹⁰ And so, concerned with the individualized experiences of the person before the court, would we have to account, for example, for the offender who would suffer more in prison because he is used to silk sheets or because of the shame of conviction given his social standing? Or, seeking a due measure of subjective suffering, might we have to punish more severely the offender who is inured to deprivations, having lived a particularly harsh life? This is a point of significant conceptual vulnerability in the approach that I have described. As von Hirsch and Ashworth note in their critique of subjectivist approaches to gauging the severity of punishment, "[s]ome convicted persons are tough, others are tender, so that greater deprivations might be visited on the tough ones (irrespective of the seriousness of their offences) because they would feel them less keenly."¹¹¹ Such outcomes are surely troubling and pose a problem naturally generated by the acknowledgment of suffering as the phenomenological essence of punishment.

¹⁰⁸ See *R v Lacasse*, 2015 SCC 63, at para. 25; *R v Suter*, 2018 SCC 34, at para. 25.

¹⁰⁹ *R v Polanco*, 2019 ONSC 3073, at para. 37.

¹¹⁰ See, e.g., *Gray*, VandLRev 63 (2010), p. 1619. For a defence of the relevance of the subjective sensitivity of offenders to assessments of punishment severity, see *Kolber*, CollRev 109 (2009), p. 182. Although I share his view that "any successful justification of punishment must take subjective experience into account" (p. 235), my response to the problem of the sensitive offender differs from his.

¹¹¹ *von Hirsch/Ashworth*, *Proportionate Sentencing*, 2005, p. 147. For key pieces in the subjectivist-retributivist debate in punishment theory, discussing whether the severity of punishment should be indexed to the subjective experience of offender, including his or her particular abilities, sensitivities, baseline conditions, and the burdens he or she experiences from non-state sources, see, e.g., *Bayern*, NewCrimLRev 12 (2009), p. 1; *Bronsteen/Buccafuso/Masur*, UChicagoLRev 76 (2009), p. 1037; *Markel/Flanders*, CalLRev 98 (2010), p. 907; *Bronsteen/Buccafuso/Masur*, CalLRev 98 (2010), p. 1463; *Markel/Flanders/Gray*, CallRev 99 (2011), S. 605.

My sense is that the proper response is not to resile from this truth and the challenge it presents by retreating into the comfort of a quantitative retributivism that blinds itself to the expanded range of factors and considerations that affect the contextualized experience — and, hence, true severity — of a punishment.¹¹² Instead, the conceptual and doctrinal challenge is to generate a principled basis on which to distinguish the kinds of features and experiences that we think ought to concern us in the task of individualization. I am not able to take up this challenge fully here, but a plausible starting point — one drawn from an underlying commitment to ensuring that sentencing contributes to a more just and equitable society — would be that we ought to exclude from consideration those circumstances whose effect would be to exacerbate systemic inequality.

And yet however significant this conceptual challenge, it vanishes in comparison with the second limit facing the future and impact of individualized proportionality, one that is systemic and institutional in character.

That challenge is as follows: however robust the commitment to individualized proportionality as the measure of fitness in the sentencing process, at the conclusion of the sentencing hearing the offender is deposited into a system that is manifestly not driven by this ethic, but the practices of which can fundamentally alter the true nature of the punishment. Far from being organized around principles of individualized proportionality, practices of prisons and correctional authorities are governed by an approach that approximates what Simon and Feeley famously described in their article, “The New Penology.”¹¹³ This approach is not centrally concerned with “responsibility, fault, moral sensibility, diagnosis, or intervention and treatment of the individual offender. Rather it is concerned with techniques to identify, classify, and manage groupings sorted by dangerousness.”¹¹⁴ The conditions produced by those decisions and techniques are what most directly affect the experience of punishment and with this, as I have argued, they control the true nature of the sentence imposed. The sharpest example is the operation of classification systems that sort offenders into institutions with diverse conditions of constraint, access to programming, and living conditions. No matter how sensitively arrived at, the ultimate character of a sentence is determined by the decisions and practices of non-judicial actors that the sentencing judge does not control and, indeed, about which she is usually

¹¹² Acknowledging the essential nature of the task of gauging the severity of punishment to a coherent approach to proportionality, *von Hirsch and Ashworth* (Proportionate Sentencing, 2005, pp. 147-148) propose a ranking penalties based on “how they typically impinge on persons’ *living standard*” — a kind of “interests analysis” rather than an approach focused on the experience of punishment. Not only is this approach at odds with the phenomenological approach to understanding the severity of a sanction defended in this paper, it is confined, for *von Hirsch and Ashworth*, to ranking the severity of non-custodial sanctions. With respect to custodial sanctions, they are breezily quantitative, stating only that “prison sanctions can be compared by their duration” (p. 147).

¹¹³ *Feeley/Simon*, *Criminology* 30 (1992), p. 449. *Feeley and Simon* subsequently qualified many of their claims in *The Form and Limits of the New Penology*, 2003, p. 75, but their description of the orientation of modern penal practices is still heuristically useful.

¹¹⁴ *Feeley/Simon*, *Criminology* 30 (1992), p. 452.

left ignorant. This is the paradox that darkens the promise of individualized proportionality, one that flows from attention to the institutional context of sentencing.

Although judges have made some efforts to engage with the conditions of incarceration for sentencing purposes,¹¹⁵ this paradox is a product of the administration of sentences, and prisons themselves, being largely treated as a “black box”¹¹⁶ by not just sentencing theory, but by contemporary sentencing practices. Yet, perhaps we can begin to imagine new possibilities in these practices that can respond to the ethic and duty of individualized proportionality. Seized with the inescapable salience of the conditions and consequences of punishment to their duty to craft a fit sentence, perhaps sentencing judges will begin to insist on more information about the real conditions and foreseeable experiences that an offender will face: the carceral institution at which the sentence will be served, but also the living conditions, practices of confinement, available programming, and extant levels of violence at that institution, to name but a few crucial factors. And met with an inability or resistance to supply that information, perhaps a judge will inaugurate a practice of sentencing an offender on the basis of a “reasonably worst hypothetical” — explicitly assuming, for example, incarceration in a maximum security facility with poor conditions and limited programming — so as to ensure that the sentence she authorizes does not prove unfit. Though innovative, even disruptive, such a step would be faithful to Parliament’s command for parsimony in the use of sanctions¹¹⁷ and would honour the fundamental duty and principles as articulated by the Supreme Court in the cases I have discussed.

It may be that the systemic membrane (made of inertia, bureaucracy, and administrative difficulty) between sentencing courts and those responsible for administering sentences will prove too thick to readily pierce, resisting such innovations. But a judge who made such efforts — one who sees that the seal between the quantum of sentence and the experience of punishment cannot be coherently maintained and has, indeed, already been broken by force of the principle of individualization — would, in my view, stand on firm ground, both ethically and legally. Moreover, the cost of failing to try is simply too high. Once seen, the role of sensitive regard for the actual experience of punishment in properly discharging the burdens of sentencing cannot be readily put out of mind. To then acquiesce to the character of that experience being determined entirely by correctional bureaucracy is to turn one’s back on the salutary moral sensibilities that have informed the emergent principle of individualized proportionality, and to foreclose the futures of sentencing that it might inspire.

¹¹⁵ *Kerr*, CJLS 32 (2017), p. 201.

¹¹⁶ See *Kerr*, UTLJ 69 (2018), p. 85.

¹¹⁷ *Criminal Code*, sec. 718.2(d).

Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11.

Constitution Act, 1867 (UK), 30 & 31 Vict, c 3, reprinted in RSC 1985, Appendix II, No 5.

Criminal Code, RSC 1985, c C-46.

Faster Removal of Foreign Criminals Act, SC 2013, c 16.

Immigration and Refugee Protection Act, SC 2001, c 17.

Case Law

R c Pelletier (1989), 52 CCC (3d) 340 (Qc CA).

R v Anthony-Cook, 2016 SCC 43.

R v Boudreault, 2018 SCC 58.

R v Collins, [2011] OJ No 978, 104 OR (3d) 241 (Ont CA).

R v Ferguson, 2008 SCC 6, [2008] 1 SCR 96.

R v Ipeelee, 2012 SCC 13.

R v Klaus, 2018 ABQB 97.

R v Lacasse, 2015 SCC 63.

R v Lloyd, 2016 SCC 13.

R v M(CA), [1996] 1SCR 500.

R v McDonnell, [1997] 1 SCR 948.

R v Nur, 2015 SCC 15.

R v Nasogaluak, 2010 SCC 6.

R v Pham, 2013 SCC 15.

R v Polanco, 2019 ONSC 3073.

R v Proulx, 2005 SCC 5.

R v Smith, [1987] 1 SCR 1045.

R v Suter, 2018 SCC 34.

R v Vuozzo, 2015 PESC 14.

R v Zinck, 2003 SCC 6.

Criminal Sentencing in Canada and Germany: Law without Order? A Commentary from a German Perspective

Thomas Grosse-Wilde

1 Introductory Remarks on Similarities between the Canadian and German Criminal Justice System

The title of my comment on the exciting paper by *Benjamin Berger* of course alludes to the famous 1973 book by *Marvin E. Frankel*,¹ which kicked off the sentencing guidelines and reform movement in the United States. As an introductory remark I will refer to some similarities between the Canadian and the German Criminal Justice and Sentencing System, then I will comment on the first section of *Berger's* paper with a focus on three topics, namely mandatory minimum sentences and constitutional review, the role of appellate courts and the role of public prosecutors in Germany's sentencing system. In the second section, I will comment on *Berger's* idea of "individualized proportionality" as a new fundamental principle in Canadian sentencing law by referring to some parallel discussions in the German sentencing discourse.

One striking similarity of the Canadian and German sentencing approach seems to me that there are neither sentencing guidelines nor a sentencing commission yet. But in both countries there are general provisions in the respective national criminal codes, in Canada in sections 718 et seq. and in Germany in sections 46 et seq. So

¹ *Frankel*, *Criminal Sentences*, 1973.

unlike in the US we have a uniform criminal law across the country both in Canada and Germany. The administration of criminal justice is on the other hand largely carried out by territorial governments (“Bundesländer” in Germany). Furthermore judges and prosecutors are not elected by the general public but serve as career officials, both the Canadian Crown Attorneys and the German Public Prosecutors are civil servants.² Both criminal justice systems are often seen as less politically influenced than other systems.³ Furthermore, the prison population rates, which constitutes a rough proxy for how punitive a society is, are at least comparable, in Germany about 75 persons per 100,000 inhabitants, in Canada 114, while England/Wales with about 140, Australia with 172, New Zealand with 214 and of course the US with more than 600 are much more punitive;⁴ to quote *Michael Tonry*:

*Canadian agencies have not emphasized zero-tolerance and other aggressive forms of policing, and the Canadian Parliament did not enact three-strikes, truth-in-sentencing, and life-without-possibility-of-parole laws. Only in the last couple of years have significant mandatory minimum sentence laws been enacted; they do not, however, require sentences measured in decades and life-times and are meeting strong resistance from the appellate courts.*⁵

Finally it seems to be the case that in both countries there is not enough data – perhaps due to a lack of research and public interest – to evaluate exactly how widespread sentencing disparity is:

Unwarranted disparity in sentencing continues to exist. How widespread and how substantial is the disparity? Nobody knows for sure because there is no sentencing commission or other body to study that issue. There is no reason to believe that sentencing disparity has significantly decreased since 1996. Neither the pre-1996 nor the current sentencing purposes and principles in ss. 718-718.2 are detailed enough to help eliminate unwarranted disparity. This can be dramatically illustrated by looking at just two cases that wound their way to the Supreme Court of Canada. In R. v. McDonnell, [1997] 1 SCR 948, the accused was convicted of two sexual assaults seven years apart. Thus, in total, six judges thought that 5 years was a fit

² <https://www.cbc.ca/news/canada/choosing-judges-in-canada-1.866668> <02.06.2020>; in Canada judges are appointed either federally or provincially, depending on the level of court. What differs Canada from Germany is the fact that all judges have been experienced lawyers before while in Germany they are directly appointed after the completion of their legal education (“Second State Exam”); that leads to rather strange results (and might be a major problem for the acceptance of the criminal justice system as a whole in the future) with 25/26 year old (mainly female) judges (and prosecutors) in criminal courts, see <https://www.bento.de/politik/beruf-richterin-katrin-ist-26-und-schickt-straftaeter-in-den-knast-a-787dc4f1-4384-4290-ae02-48a2abf3d708#refsoni> <02.06.2020>.

³ Compare *Hörnle*, Comparative Assessment of Sentencing Laws, 2019, pp. 887 ff.; *Tonry*, GLJ 5 (2004), pp. 1187 ff.

⁴ *Walmsley*, World Prison Population List, 2018, table 2, p. 6, table 4 pp. 12 f.; table 5 p. 15.

⁵ *Tonry*, Crime&Just 43 (2014), pp. 1 ff.

*sentence and seven judges thought that 1 year was a fit sentence even though they were all applying the same sentencing principles to the same case. Clearly those principles permit a wide disparity in the sentence each judge chooses to apply.*⁶

*There is no comparable degree [author's note: compared to the US debate] of scholarly or public focus on the possibility of sentence disparity in Germany.*⁷

Although problems of sentencing law “should actually be a permanent topic of the reform discussion”,⁸ the law of sentencing in Germany moves largely “below the radar” of German criminal law scholarship. There have been all too many complaints about this state of affairs, for example by *Horn* almost 40 years ago in his discussion of *Bruns’ magnum opus* on the German Law of Sentencing⁹:

*It [author's note: the work of Bruns] is, to the same extent, a memento to the criminal law scholarship [Strafrechtswissenschaft], which is interested in other topics, to analyse the law of sentencing with the same rigorous methodical means that it relentlessly tests on problems such as intent, negligence and proximate cause/harm within the risk, so that this discipline (again) deserves the label ‘law’.*¹⁰

There are some instructive introductory English articles available on the general sentencing law of Germany,¹¹ so in the first part of my comment I will refrain from giving a general description of German sentencing law and will only touch on some issues that *Berger* focuses on in his overview on the Canadian sentencing law.

2 Comments on Section I – Sentencing Guidance

2.1 Mandatory Minimum Sentences and Constitutional Review

Berger describes the Canadian Supreme Court’s role as a “muscular approach to the constitutional review of mandatory minimum sentences”.¹² He discusses the leading case *R v Nur* in which the court had to decide on whether or not the mandatory minimum sentences of three and five years for possession of a loaded prohibited firearm, contrary to section 95 of the Canadian Criminal Code, contravened the right

⁶ *Ferguson*, A Review, 2016, sub E. 1.

⁷ *Hörnle*, LCP 76 (2013), pp. 189 ff.

⁸ *Verrel*, JZ 2018, p. 811.

⁹ *Bruns*, Das Recht der Strafzumessung, 1967 (1. edn.), 1985 (2. edn.); *id.*, Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980.

¹⁰ *Horn*, NJW 1981, p. 672 (my translation); see also *Hörnle*, Stärken und Schwächen, 2018, pp. 183 ff.

¹¹ *Albrecht*, LCP 76 (2013), pp. 211 ff.; *Hörnle*, LCP 76 (2013), pp. 189 ff.; *Frisch*, CLF 28 (2017), pp. 437 ff.; *Harrendorf*, CLF 28 (2017), pp. 501 ff.; *Nestler*, BCLR 7 (2003), pp. 109 ff.; *Streng*, GLJ 8 (2007), pp. 153 ff.

¹² *Berger*, in this volume, p. 260.

not to be subjected to any “cruel and unusual punishment” under section 12 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

In comparison, the German Constitutional Court takes a much more reserved, deferential position when it comes to mandatory minimum sentences, which are quite common in the German Criminal Code and other criminal statutes. In 2010 the court had to decide whether the mandatory minimum sentence of five years for “especially aggravated arson”, section 306b (2) no. 2,¹³ which covers offenders who commit aggravated arson, section 306a,¹⁴ with the intention of facilitating or covering up another offence, violated the principle of guilt (Schuldprinzip), deduced as an unwritten constitutional principle from the constitutional right to dignity, the right to autonomy (Article 1 (1), Article 2 (1) German Basic Law) and the rule of law (“Rechtsstaatsprinzip”, Article 20 German Basic Law). Despite the martial, official title “especially aggravated arson”, the offence does not require¹⁵ that life and limb of other persons are endangered, so the “abstract” risk which results from fire is sufficient to trigger its application, as long as the accused has the special intent to facilitate e.g. an insurance fraud by burning down a building. Furthermore, section 306b provides no exceptions for less severe cases with a lower mandatory minimum sentence as is normally provided in the Special Part of the German Criminal Code. In its inadmissibility decision, the court denied a violation of the principle of guilt with the following words:

A criminal who uses the typically uncontrollable instrument of fire to achieve his other criminal goals while at least abstractly endangering people, is particularly dangerous. (...) The Basic Law therefore gives legislators a wide range of leeway when it comes to enacting criminal laws with sentence ranges. The Federal Constitutional Court takes this into account when reviewing the content of statutory sentence ranges. In such cases, it can only find a violation of the principle of guilt or the prohibition of disproportionate measures if the statutory regulation – measured by the idea of justice – leads to absolutely intolerable results (...). This would be the case if the threatened punishment according to the nature and extent of the offence appears to be simply inadequate or even cruel, inhuman or degrading. (...) The fact that a threat of punishment can appear inappropriate in individual cases does not call its

¹³ Which cannot be suspended according to sec. 56 StGB.

¹⁴ Sec. 306a (Aggravated arson) reads as follows:

- (1) Whoever sets fire to or by setting fire to them destroys, in whole or in part,
 1. a building, ship, hut or other premises which serve to accommodate people,
 2. a church or other building which serves the practice of religion,
 3. premises which serve to temporarily accommodate people, at a time when people are usually in those premises,
 incurs a penalty of imprisonment for a term of at least one year.
- (2) Whoever sets fire to an object referred to in section 306 (1) nos. 1 to 6 or destroys it in whole or in part by setting fire to it, and thereby places another person at risk of damage to health, incurs the same penalty.

¹⁵ At least in the provisions which were challenged before the Constitutional Court.

*constitutionality into question (...). The peculiarities of the individual case can be taken into account here in various ways. Reductions of the sanction can be considered if the prerequisites of provisions of the General Part of the Criminal Code are met.*¹⁶

The German Constitutional Court also seems to be rather reluctant when it comes to “reasonable hypotheticals” as a test for the constitutionality of a certain criminal sanction. It puts the burden of proof to the referring inferior court to specify and give concrete cases in which the sanction would be deemed disproportionate,¹⁷ while the Supreme Court of Canada seems to play a much more active and “creative” role in contemplating about “reasonable hypotheticals”.¹⁸

Furthermore, the Federal Constitutional Court showed considerable deference in older decisions, concerning i.a. a recidivist’s clause (sec. 48 a.F. StGB)¹⁹ and the sanctioning of petty crimes, in casu shoplifting by repeated offenders.²⁰ In both cases, the court failed to make clear how narrowly or broadly it understands the notion of guilt and corresponding wrongdoing and whether it is allowed under the constitution to favor e.g. a broad culpability account and the assessment of the dangerousness of the convict’s character. It is still unclear whether the constitutional principle of guilt really includes a strict proportionality principle in the sense that the sanction has to be strictly proportionate to the wrongdoing and corresponding blameworthiness of the offender or whether a totally different, more relaxed standard applies which is met if the punishment/sentence is not grossly disproportionate.²¹ All in all, despite of the lip service to the constitutionally enshrined principle of guilt, German sentencing law is not predominantly derived from and influenced by constitutional law,²² contrary to criminal law procedure law, which is commonly characterized as “applied constitutional law” or a “seismograph of the constitution” (“geronnenes/angewandtes Verfassungsrecht”,²³ “Seismograph der Staatsverfassung”²⁴).

¹⁶ BVerfG (K), Beschl. v. 16.11.2010 - 2 BvL 12/09 = BeckRS 2011, 48101 (my translation); see for a discussion of the referring inferior court LG Itzehoe, Beschl. v. 12.03.2009 - 3 KLS 19/08 also *Noltenius*, HRRS 2009, pp. 499 ff.

¹⁷ *Ibid.*, at para. 95.

¹⁸ See *R v Nur*, 2015 SCC 15, at para. 68: “The reasonable foreseeability test is not confined to situations that are likely to arise in the general day-to-day application of the law. Rather, it asks what situations may reasonably arise. It targets circumstances that are foreseeably captured by the minimum conduct caught by the offence. Only situations that are ‘remote’ or ‘far-fetched’ are excluded.”

¹⁹ BVerfG, NJW 1979, p. 1037.

²⁰ BVerfG Beschl. v. 9.6.1994 – 2 BvR 710/94 = BeckRS 2014, 54254.

²¹ See *Hörnle*, Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes, 2010, pp. 105 ff.

²² *Hörnle*, Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes, 2010, p. 106: “Nevertheless, it is an astonishing finding that the basic principles of sentencing law are not understood as practiced constitutional law” (my translation); *id.*, LCP 76 (2013), pp. 189 ff.: “Challenging the length of a criminal sentence by way of constitutional complaint is generally not a promising strategy.”

²³ *Kudlich*, in: MüKo-StPO, 2014, Einleitung margin no. 45.

²⁴ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 2017, § 2 Rn. 1; but compare also *Kadish*, ClevStLRev 29 (1980), p. 10, who makes a similar characterization of criminal procedure in the US: “it is the way

2.2 The Role of Appellate Courts in Germany's Sentencing System

The Appellate proportionality review has more influence on sentencing law, despite the fact that the Appellate courts have not questioned any statutory mandatory minimum sentence, probably because the German legislator mostly has provided exceptional clauses for minor cases (“minder schwere Fälle”) if there are significant mandatory minimum sentences.²⁵ These “minder schwere Fälle” are the German “safety valve” for which Chief Justice *Mac Lachlin* called in the Canadian case *R v Lloyd*.²⁶ The picture concerning the “subconstitutional” proportionality review is rather mixed. The Federal Court of Justice declined to give guidance for the upper limits of sanctions for notorious repeat offenders of petty thefts (i.a. shoplifting) and fare evasions within the broad sentencing range for simple theft, which is one month's up to five years' imprisonment, because this question was supposed to be a question of fact, not a question of law.²⁷ Some other Regional Appeal Courts (Oberlandesgerichte) have applied a more robust proportionality review and have declared sentences doubling or tripling the minimum imprisonment term of one month (sec. 38 (2) StGB) for absolutely petty offences with minimal harm (e.g. stealing two bottles of beer or one bar of chocolate) as a violation of the principle of guilt.²⁸ Due to a lack of guidance by the Federal Court of Justice there are no uniform and clear, not even presumptive rules concerning the upper limits of sanctioning frequent recidivists of petty crimes in Germany.²⁹ Apart from this special problem and compared to other countries, German sentencing legislation strongly discourages short prison sentences, especially those below six months (sec. 47 StGB) and aims to replace unsuspended prison sentences up to two years by suspended ones (sec. 56 StGB).³⁰ These provisions are widely applied in practice³¹ and the courts of appeal

in which criminal procedure is taught nowadays. It is mainly about constitutional prohibitions on the law enforcement process, and these prohibitions involve basic rights of individuals against the government – search and seizure, interrogation, right to counsel, self-incrimination. In a way, it is a course in civil liberties.”

²⁵ These leads to quite strange results, e.g. the German criminal courts obviously do not accept the post-1998 mandatory minimum sentence for aggravated robbery, which is three years or even five years imprisonment, and they circumvent the legislator's decision by declaring more than 50% of all aggravated robbery cases as less serious ones under sec. 250 (3), in which the mandatory minimum is dropped to one year's imprisonment (and can therefore be suspended). Thus the normative exception to the rule becomes the normal case.

²⁶ 2016 SCC 13, at para. 36.

²⁷ BGHSt 52, p. 84; from a legal theory perspective, this is clearly false – it is a (vexed) question of law, see *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, p. 363; *id.*, Erfolgsszurechnung, 2017, pp. 186 ff.

²⁸ OLG Braunschweig, NStZ-RR 2002, p. 75; see for an english translation of the decision *Dubber/Hörnle*, Criminal Law, 2014, pp. 55 f.; OLG Stuttgart, NStZ 2007, p. 37; OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.06.2008 - Ss 187/08 = BeckRS 2008, 11453.

²⁹ Compare OLG Hamm, NStZ-RR 2015, p. 205.

³⁰ *Tony*, Sentencing Fragments, 2016, pp. 25 f.; *Harrendorf*, CLF 29 (2017), pp. 501 ff.

³¹ See for further details *Harrendorf*, CLF 28 (2017), pp. 501 ff.

exercise quite a detailed control over the trial court's discretion, so the interpretation and application of these provisions are mainly seen as questions of law.³²

One recent development concerning the appellate review of sentences was established by the First Criminal Senate of the Federal Court of Justice in a 2008 decision concerning severe tax evasion offences. Here the court ruled as a matter of law that for tax evasion with a total damage of one million euros or more, a suspended prison sentence – which means two years or less (sec. 56 (2) StGB) – would only be proportionate to the wrongdoing and guilt of the offender if there are extraordinary mitigating circumstances at hand, or to put it differently, as a presumptive, defeasible rule that only a prison sentence of more than two years would normally be appropriate.³³ In a later decision of 2012 it clarified this presumptive rule that at least a confession in the main trial hearing, absence of a criminal record and a full payment of the tax arrears would, even if taken together, not suffice to constitute extraordinary mitigating circumstances.³⁴ Without going into the details of these judge-made, “prima facie” rules of tax evasion sentencing, the decisive point is that these rules are treated as *questions of law*, not questions of fact, which compared to earlier decisions is a true “innovation”.³⁵ The reaction among criminal law scholars and law practitioners was mixed, many writers criticized these decisions as arbitrary numerical rulings,³⁶ a pseudo-rational mathematization of sentencing discretion,³⁷ as too much harm-orientated³⁸ and unlawful intrusions into the discretion of trial court judges³⁹ or the domain of the legislator,⁴⁰ while others have applauded the court for its guidance:

*This recent jurisprudence has made an important contribution to greater equality of sentencing in these matters. It is to be hoped that these efforts of the higher courts will not remain restricted to sentencing for tax offences but will be extended to other areas of criminal law as well.*⁴¹

³² Compare i.a. *Maier*, in MüKo-StGB, 2016, § 47 Rn. 57 ff.

³³ BGHSt 53, p. 71 (86).

³⁴ BGHSt 57, p. 123 (132) = BGH, NJW 2012, p. 1458 (1460, Rn. 35).

³⁵ See for a detailed examination of this development and the defeasibility of rules in sentencing *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, pp. 363 ff.; *id.*, Erfolgzurechnung, 2017, pp. 165 ff.; *id.*, ZIS 2019, pp. 130 ff.

³⁶ *Stam*, NSStZ 2013, p. 144 ff.; *Adick*, StV 2016, p. 566.

³⁷ *Flore*, HRRS 2009, pp. 493 ff.

³⁸ *Tsambikakis*, PStR 2009, pp. 1 ff.

³⁹ *Fischer*, StGB, 2019, § 46 Rn. 75; *Schaefer*, NJW-Spezial 2009, pp. 88 ff.

⁴⁰ *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies trichterliches Ermessen, 2018, pp. C111 f. – abstract general evaluations of the appropriate sentence in some universalizable constellations as a “genuine task” of the legislator (“ureigene Aufgabe des Gesetzgebers”).

⁴¹ *Frisch*, CLF 28 (2017), pp. 437 ff.; see also *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, pp. 363 ff.; *id.*, Erfolgzurechnung, 2017, pp. 198 ff.; *Gaede*, Der Steuerbetrug, 2016, pp. 831 ff.; *Giannoulis*, Studien zur Strafzumessung, 2014, pp. 302 f.; *Radtke*, DRiZ 2018, pp. 250 ff.; *Tomiak*, HRRS 2018, pp. 18 ff.

However, in a brand new decision the second criminal senate of the Federal Court of Justice declined to extend this rule beyond tax evasion sentencing to cases of severe embezzlement. Five bank managers of a private bank, Sal. Oppenheim jr. & Cie KGaA, were found guilty of misusing bank assets in connection with a real estate deal with a total damage of 83 million euros – but only one of them, the bank’s former risk manager, was given a prison sentence; the other former senior managers received fines and suspended sentences:

The outcome of the trial came as a surprise to many. Observers had expected this would be one of those rare cases where bankers would be severely punished for their actions. Instead, murmurs were heard in the courtroom when the mild sentences were read out.⁴²

On the appeal of the public prosecutor the Federal Court of Justice upheld the sentencing decisions for all bankers, declining to transfer the “one million” prima facie rule of tax evasion to embezzlement:

On the other hand, the offence of breach of trust with its abstract and general elements can be applied to very different circumstances in economic life, so that the cases under consideration cannot be examined in a standardized way. For example, section 266 StGB also covers (...) high-risk transactions with possible amounts of harm that are not easily foreseeable. In such cases, the wrongdoing of the relevant conduct per se might be much less severe, although it might lead to serious harm. A major damage caused by the act is therefore not necessarily an expression of a comparable wrongdoing in the context of breach of trust, so that a schematic, mainly harm-orientated sentencing is misplaced here.⁴³

While in principle this distinguishing between sentencing cases of tax evasion – which is a rather simple offence with a mostly symmetrical wrongdoing concerning the criminal conduct and its consequences – and the much more complicated embezzlement cases seems convincing, it is rather misleading when the Federal Court of Justice suggests that the only way to criticize and correct the trial court’s decision in the Oppenheim case was to indiscriminately extend the “one million” rule. – There could have been other rules and evaluations why the crimes in question were much more severe and could only be sanctioned with unsuspended prison sentences.⁴⁴

⁴² <https://www.handelsblatt.com/today/finance/sal-oppenheim-financial-crimes-but-no-punishment/23504414.html?ticket=ST-1138252-cW9nfKbeixcm9rOCTJIc-ap6<05.06.2020>>.

⁴³ BGH, NZWiSt 2018, pp. 463 ff.

⁴⁴ See for a detailed criticism of the decision *Grosse-Wilde*, NZWiSt 2018, pp. 457 ff.; more sympathetic *Lutfullin*, wistra 2019, pp. 91 ff.

But the general point is rather whether these evolving, judge-made sentencing rules will remain exceptional or whether they will have any future at all in German sentencing law. At the last session of the German Assembly of Jurists (*Deutscher Juristentag*, DJT – an association of mainly practitioners and some law school professors) in 2018 in Leipzig, the new chairman of the First Senate of the Federal Court of Justice, *Rolf Raum*, pointed out that the sentencing rules for tax evasion were developed in a unique situation after sanctions for tax offences had plummeted in the 1990s and early 2000s.⁴⁵ He again stressed the sentencing discretion of the trial courts and defended the very lenient punishment – 3 ½ years’ imprisonment – for the tax evasion of the famous German football manager *Ulrich Hoeneß* with a total societal harm of (officially) 28.5 million euros,⁴⁶ a decision which has been heavily criticized by some commentators.⁴⁷ It is still open whether the German courts of appeal will play a vital role in the development of sentencing law in the future or whether they will step back from the idea of further judge-made *prima facie* rules for sentencing.

To take a brief comparative outlook, the reporter of the ALI’s Model Penal Code on sentencing, *Kevin R. Reitz*, favors a much more important role of the courts of appeal through robust appellate review in sentencing. The current US appellate practice seems to be a mess of totally different approaches,⁴⁸ but *Reitz* wants to entrust mainly the appellate courts with the development

*of a common law of sentencing — a web of judicial precedent to coordinate trial courts’ decisionmaking processes, and “correct” trial court decisions that are not supportable as reasoned applications of the Code’s purposes.*⁴⁹

The vital role English appellate courts play in their sentencing system seems to be a model in this context:

In contrast to the review conducted in the federal courts of appeals [author’s note: in the US], appellate review of criminal sentences in England is quite robust. (...) The appellate court in England conducts de novo review of sentencing law and principles to develop a common law of sentencing independent of the English sentencing

⁴⁵ *Raum*, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, 2018, p. M147.

⁴⁶ LG München II, Urt. v. 13.03.2014 – W5 KLS 68 Js 3284/13, S. 48 = *wistra* 2015, pp. 77 ff.

⁴⁷ I.a. *Grosse-Wilde*, Erfolgszurechnung, 2017, pp. 449 ff.; *id.*, ZIS 2019, pp. 130 ff.; *Grasnick*, FAZ, 12 November 2014, p. 16 (print); *Strate*, HRRS 2014, pp. 134 ff.; *Zenthöfer*, *myops* 2015, pp. 38 ff.

⁴⁸ *Reitz* (Reporter), Model Penal Code: Sentencing, 2017, § 7.09, Appellate Review of Sentences, Comment, pp. 498 f.: “Over decades of experimentation with guidelines systems in the United States, this has led to great divergence in appellate practice in jurisdictions with otherwise-similar authorizing legislation. At one extreme, some appellate benches have conceived their role primarily as enforcers of the literal terms of sentencing. (...) At the opposite extreme, a number of appellate judiciaries have taken a ‘hands off’ approach to sentence appeals, thus depriving guidelines of legal force – even the relatively modest ‘presumptive’ force (...)”.

⁴⁹ *Reitz* (Reporter), Model Penal Code: Sentencing, 2017, § 1.02(2), Purposes of Sentencing and the Sentencing System, Comment, p. 15.

*guidelines.*⁵⁰ (...) *The English experience most clearly provides a rebuttal to the functional argument that there is no principled way to implement substantive reasonableness review without simply resorting to re-sentencing defendants on appeal. Although the English Court of Appeal does re-sentence some defendants, it does not do so in every case: When the sentence falls within the guidelines range, the Court of Appeal explicitly says that it will not tinker with it. In these cases, the Court takes a mixed-deference approach, deferring to the sentencing court's ultimate decision and findings of facts, but retaining de novo review of sentencing principles. By setting principled and clear limits on appellate review like the no-tinker rule, the Court has stopped itself from becoming essentially a second trial court for sentencing issues.*⁵¹ (...) *The English example shows that appellate courts are perfectly capable of providing guidance on sentencing law and policy, while still providing trial courts the discretion they need to craft sentences that are appropriate for each individual defendant.*⁵²

In the current German sentencing debate, the US Federal Sentencing Guidelines unfortunately play a predominant role as the only “model” for better guidance and more rule-based decisions in sentencing. But some scholars have pointed out that this focus on the mechanical “sentencing machine” of the US Federal Sentencing Guidelines⁵³ is misleading and that there are other, much more promising – but also more complicated – approaches in the common law world, especially the English model.⁵⁴ What a rule-based system of sentencing with an important role of the courts of appeal should look like and how their interplay with the trial courts, public prosecutors, sentencing databases and eventually sentencing commissions should be managed, cannot be elaborated upon any further here.⁵⁵

⁵⁰ Rosenbaum, JAppPrac&Process 14 (2013), pp. 81 ff.

⁵¹ Rosenbaum, JAppPrac&Process 14 (2013), pp. 81 ff.

⁵² Rosenbaum, JAppPrac&Process 14 (2013), pp. 81 ff. The article also mentions the interesting procedural aspect that both in the US and in England the appellant is not allowed to simply make a request for resentencing but must state specific reasons for appealing a sentence, *ibid.* (p. 152) – as opposed to Germany, where at least in theory the appellant merely has to claim a violation of substantive law (“Sachrüge”) which encompasses sentencing law; however, this claim would not be very promising in practice, for a successful sentencing appeal the appellant normally has to give reasons why the trial court made manifest errors in sentencing.

⁵³ Compare Tony, Sentencing Fragments, 2016, pp. 145 f.

⁵⁴ Hörnle, GA 2019, pp. 282, 285 ff.; Grosse-Wilde, ZIS 2019, pp. 130 ff.

⁵⁵ See for further contributions to the German debate i.a. Grosse-Wilde, Erfolgzurechnung, 2017, pp. 165 ff.; *id.*, HRRS 2009, pp. 363 ff.; *id.*, ZIS 2019, pp. 130 ff.; Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014, pp. 301, 315 ff.; Tomiak, HRRS 2017, pp. 225 ff.

2.3 The Role of Public Prosecutors

As in the Canadian sentencing process, prosecutors in Germany play an important role, too. In Germany the principle of legality (“Legalitätsprinzip”) applies, which is regarded as a fundamental principle of the rule of law pursuant to the German Constitution, though not expressly stated.⁵⁶ The German Code of Criminal Procedure (StPO) states that “the public prosecution office shall be obliged to take action in relation to all prosecutable criminal offences, provided there are sufficient factual indications” (sec. 152(2), German Code of Criminal Procedure (StPO)). Furthermore sec. 160(2) requires “The public prosecution office shall ascertain both incriminating and exonerating circumstances and shall ensure that evidence of which the loss is to be feared is taken.” Therefore the German prosecutors do not have a wide discretion which offences they want to charge – to take the example from above, it would not be permissible to bargain away carrying a weapon while committing a robbery, so that aggravated robbery (sec. 250 StGB) cannot be bargained “down” to a “simple” robbery (sec. 249 StGB), even if all participants of the trial (accused and defence, public prosecutor, court, supposed victims) agreed with the outcome (no charge bargaining).⁵⁷ Since 2009, German criminal law procedure formally acknowledges the possibility of negotiations about sentence outcomes (sec. 257c StPO), but it is not permissible to bargain away aggravating circumstances which are likely to be proven. Therefore, in systems like Germany that embrace the legality principle and the inquisitorial maxim, not only the prosecutor but also the court is obliged to make a comprehensive legal evaluation of all discoverable facts, that is, convict on all offences that are proven (sec. 261, 264 StPO).⁵⁸ However, since sentencing discretion is wide and the courts should not give any guidance on what a proportionate sentence would be with and without a confession,⁵⁹ a lot of defendants are forced by risk aversion to enter into a negotiated agreement and to confess the charges. To end lawlessness in this field, some scholars have recently called for reform and proposed a statutory provision which should clarify why, when and how such a confession could mitigate a sentence.⁶⁰

Furthermore, for less serious offences it is possible to drop a case despite sufficient evidence if there is no public interest in prosecuting (opportunity decision as an exception to the legality principle). It does not require a judge’s approval if the

⁵⁶ See *Peters*, in: MüKo-StPO, 2016, § 152 Rn. 3 with further references.

⁵⁷ *Norouzi*, in: MüKo-StPO, 2016, § 264 Rn. 9; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg-StPO, 2012, § 257c Rn. 10.

⁵⁸ *Stuckenberg*, Double Jeopardy, 2019, pp. 457 ff.

⁵⁹ BGH, NStZ 2011, pp. 592 ff. – engaging in hypothetical reasoning what would be an appropriate sentence if some sentencing aspects were not fulfilled could be regarded as an error of law and therefore endanger the trial courts verdict; cf. BGH, NStZ 2013, p. 671.

⁶⁰ *Alternativ-Entwurf – Abgekürztes Strafverfahren im Rechtsstaat*, GA 2019, p. 1, 14 ff. – Compare also the sentencing guidelines for England and Wales: Reduction in sentence for a guilty plea: Definitive guideline, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Reduction-in-Sentence-for-Guilty-Plea-definitive-guideline-SC-Web.pdf> <05.06.2020>.

offence is minor and consequences are slight (sec. 153, 153a, 154, 154a StPO). For more serious offences,⁶¹ the non-prosecution shall be authorized by a Court and requires the defendant accepts voluntary restorative or other measures. These non-prosecution agreements are used frequently but are heavily criticized, mostly by academics but also by some practitioners for the (mis-)use of discretion concerning section 153a StPO. Some even call into question the very existence of the norm itself.⁶² Because of the fact that currently no white collar crime is categorized by the German legislator as a “Verbrechen” (“felony”, bearing a mandatory one-year minimum sentence) according to substantive criminal law, all white collar crimes – even those which cause damages of hundreds of millions of euros – are in principle open to non-prosecution agreements according to section 153a StPO.⁶³ There were several prominent cases in which the misuse of this provision became obvious, as in the *Ecclestone* case of 2014 in which a Munich court and the public prosecutor agreed to end the bribery trial of the former Formula 1 boss Bernie Ecclestone in exchange for a \$100 million payment, while the bank manager who accepted the bribes by Ecclestone (about US \$ 44 million) was sentenced to eight and a half years in prison in 2012.⁶⁴ In another decision, again concerning the *Oppenheim* case (mentioned above), the proceedings against the head of the supervisory board for aiding and abetting severe embezzlement with a total harm of 23.5 million Euros were terminated according to section 153a StPO in exchange for the payment of 7 million euros.⁶⁵ All in all, one gets the impression that especially for sanctioning white collar crimes there is a kind of “anything goes”/“law without order” mentality in the German judiciary from informal sanctions⁶⁶ up to severe long-term imprisonment sentences. It would be real progress if not only the public prosecutor’s decisions regarding the use of the opportunity rules but also their sentencing proposal made in their pleadings were more guided by transparent rules, which ideally should be published, as it is already the case e.g. in the Netherlands and Switzerland; currently a lot of public prosecutor’s offices refuse to publish them.⁶⁷

⁶¹ But not those which are categorized as “Verbrechen” (felonies) – they have to be prosecuted according to the legality principle.

⁶² *Stuckenberg*, Gründe für die Abschaffung des § 153a StPO, 2016, pp. 369 ff.; *Verrel*, Der Staatsanwalt als Richter, 2019, pp. 839 ff.; *Wiegand*, Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO, 2016, pp. 413 ff.

⁶³ As opposed to robbery, which constitutes always a “Verbrechen” even if the financial harm is only 1 euro.

⁶⁴ See *Kudlich*, ZRP 2015, pp. 10 ff.; <https://www.bbc.com/news/world-europe-28656050> <05.06.2020>; *Cannon*, JJA 24 (2014), p. 129 erroneously states that *Ecclestone* could only have been found guilty giving bribes in commercial practice contrary to sec. 299 StGB with a maximum statutory sentence of three years; however it could have been an especially serious case according to sec. 300 StGB with a sentencing range from three months to five years imprisonment.

⁶⁵ FAZ, 23. March 2018, p. 26 (print).

⁶⁶ As decisions according to the opportunity principle, e.g. sec. 153, 153a StPO, do not entail a formal guilty verdict but only a hypothetical assessment of the accused’s guilt if the offence in question was proven they are not regarded as infringements of the presumption of innocence, see BVerfG, NJW 1991, pp. 1530 ff.); critical *Stuckenberg*, Gründe für die Abschaffung des § 153a StPO, 2016, pp. 369 ff.

⁶⁷ See *Grosse-Wilde*, Erfolgzurechnung, 2017, pp. 226 f.

3 Comments on Section II – Individualized Proportionality

The approach *Berger* favors and sees emerging in some recent verdicts of the Supreme Court of Canada is an even more individualized approach to sentencing that tries to calibrate the sentence to the “individualized experience of punishment” (p. 264); thereby encompassing not only the intentional infliction of suffering by the state with reference to a committed crime but a bunch of other collateral consequences of criminal conviction and taking into account a variety of other injustices the offender has suffered either as an offender, so linked in some way to his conviction, or as a suspect or even a member of a special social group (e.g. as a minority). Before I will formulate my final opinion to this general approach I will draw some parallels to German Court practices, which have been confronted with some problems related to the ones *Berger* describes – except that there is no discriminated Indigenous population in Germany (which might be a decisive point here).

3.1 Suspects as Victims of Police Abuse of Power – Comparing the *Nasogaluak* case with the *Gäfgen* case and further collateral consequences

Gäfgen was arrested on the suspicion of having kidnapped a young child (while at that point in time he had already killed it). The Deputy Chief of Frankfurt police, believing the boy’s life to be in grave danger and in the face of the suspect’s continued resistance to police questioning, authorized an Officer to threaten *Gäfgen* with considerable pain, and to inflict that pain if necessary. This threatening was regarded as a violation of Art. 3 ECHR (“inhuman and degrading treatment”). However, according to the Regional’s Court judgement, these obviously illegal police acts did not mitigate *Gäfgen*’s own guilt:

*The misconduct of police officers belonging to the executive power, could not prevent the judiciary from assessing findings of fact in accordance with the law.*⁶⁸

This reasoning by the Regional Court was not further investigated by the European Court of Human Rights (ECHR). However, the ECHR took a groundbreaking path to establish some sort of *positive obligations* of the state to punish certain conduct.⁶⁹ *Gäfgen* was regarded not only as a perpetrator but recognized as a victim, too, but the Court argues that not *his* sentence should be reduced to redress the wrongdoing done to him, rather, the sanctions against the officers should have been *more severe*⁷⁰

⁶⁸ As is stated in the judgment of the ECHR, *Gäfgen vs. Germany*, no. 22978/05, ECHR, 1 June 2010, at para. 36.

⁶⁹ For an instructive overview of the ECHR case law see *Tomiake*, ZStW 130 (2018), pp. 804 ff.

⁷⁰ Both did not receive a real sanction but only a symbolic warning to pay a suspended fine in case of further misbehavior (“Verwarnung mit Strafvorbehalt”), one 90 day-fine units, the other 60, LG Frankfurt a. M., NJW 2005, p. 692.

to be proportionate with the crime and sufficiently deterrent.⁷¹ This verdict was criticized within German literature for interfering in inner-state, domestic affairs of sentencing,⁷² which is seen traditionally only as a right *of the state* to punish, not one which addresses also the victim. Yet, the Federal Constitutional Court of Germany has accepted recently in the aftermath of the ECHR some kind of *positive obligations* of the state to investigate and punish certain major crimes too, derived from a *subjective right of the victim according to public (constitutional) law*.⁷³ However, in our context the decisive point is to *distinguish* sentencing of the offender, which should at least primarily be proportionate to his wrongdoing and guilt, from other state-related wrongdoing he has suffered; according to German court practice, those two wrongs normally cannot be compared, weighted against each other, added or subtracted. So misconduct of the police in the course of arrest like in the Canadian *Nasogaluak* case⁷⁴ would not lead to a reduction of the sentence for the crime the arrested has committed.

When it comes to other procedural errors committed by the state during the investigation and/or trial, the picture is more complicated with regard to whether these errors can be compensated within the sentencing stage – the German courts accept this e.g. in the context of excessive delays in criminal proceedings – in other areas it is not generally accepted⁷⁵ – but even then they try to uphold the principle that the sentence should reflect the guilt of the offender by *not directly* reducing the penalty imposed on the convicted person (so-called “mitigation of penalty approach” – *Strafabschlagslösung*), but instead by stating in their judgment that a specified part of the penalty imposed is to be considered as having been served (so-called “execution approach” – *Vollstreckungslösung*).⁷⁶ – In the literature, another position is

⁷¹ Gäfgen vs. Germany, no. 22978/05, ECHR, 1 June 2010, at para. 124: “Nevertheless, imposing almost token fines of 60 and 90 daily payments of EUR 60 and EUR 120 respectively, and, furthermore, opting to suspend them, cannot be considered an adequate response to a breach of Article 3, even seen in the context of the sentencing practice in the respondent State. Such punishment, which is manifestly disproportionate to a breach of one of the core rights of the Convention, does not have the necessary deterrent effect in order to prevent further violations of the prohibition of ill-treatment in future difficult situations.”; see further on the case-law of the ECHR concerning proportionality and sentencing *Tomiak*, ZStW 130 (2018), pp. 804 ff.

⁷² *Grabenwarter*, NJW 2010, p. 3128 (3129); see also *Weigend*, StV 2011, pp. 325 ff.

⁷³ BVerfG (K), NJW 2015, p. 150; NStZ-RR 2015, p. 347; JZ 2015, p. 890; NStZ-RR 2020, p. 51; BVerfG (K), Beschl. v. 15. 1. 2020 – 2 BvR 1763/16 = JZ 2020, p. 358 with note *Gärditz*; this seems to be an acceptance of some aspects of an expressive, victim-orientated theory of punishment, see *Hörnle*, Straftheorien, 2017, pp. 36 ff.

⁷⁴ 2010 SCC 6.

⁷⁵ Compare *Fischer*, StGB, 2019, § 46 Rn. 145; unlawful entrapment (agent provocateur) is accepted as a guilt-independent mitigating aspect, see BGHSt 45, pp. 321 ff.; BVerfG (K), NJW 2015, pp. 1083 ff., but this intricate problem cannot be discussed here further; see for an illuminating discussion *Puppe*, NStZ 1986, pp. 404 ff. and from a comparative law perspective *Dubber/Hörnle*, Criminal Law, 2014, pp. 497 ff. with an English translation of the leading case BGHSt 45, pp. 321.

⁷⁶ When applying the “execution approach”, the criminal courts first have to determine the extent and causes of undue delays in the proceedings. In fixing the sentence in accordance with the defendant’s guilt, they should take into consideration as a mitigating factor that a long lapse of time between the offence and the judgment in general reduces the necessity to punish the offender.

quite popular which criticizes both the sentencing mitigation approach and the execution approach as incommensurable and “cheap” solutions compared to state liability in tort law, which should be the first resort remedy for the redress of state wrongdoing.⁷⁷

Private revenge by relatives or others, e.g. co-prisoners, bad luck while in prison (e.g. contracting infectious diseases such as HIV⁷⁸) which leads to additional suffering of the offender etc. cannot be attributed to the state and affect its “right to punish” – the only exception might be rare cases where such suffering would amount to a “*poena naturalis*” so that imposition of any penalties at all would be clearly inappropriate (section 60 StGB⁷⁹).⁸⁰ Still, this point is controversial and not clearly decided by the superior courts – whether the pain suffered by the offender in *R. vs. Suter*⁸¹ would be sufficient to trigger section 60 StGB is not clear, either.

3.2 *R v Pham* – immigration consequences of a criminal sentence as mitigating factors?

There is a parallel discussion in Germany whether immigration law consequences of criminal convictions, especially mandatory or probable deportation, should be taken into account at the sentencing stage. The general, perhaps surprising answer is no – immigration law consequences, even if the expulsion is mandatory, do not have to be mentioned in the sentencing reasoning of the court unless it is an exceptional case in which the expulsion appears to be of “special hardship”.⁸² This also puzzles some scholars in Germany,⁸³ especially if you take into account that the automatic termination of service as a civil servant after a conviction (of an intentional criminal offence with imprisonment of at least one year⁸⁴) *has* to be discussed as a collateral consequence of a criminal sentence according to settled case law. The rather short

Moreover, the undue duration of the proceedings could play a role in that the defendant was subjected to a greater burden as a result. In a further step the criminal courts, having regard to all the circumstances of the case, then have to determine which part of the penalty should be considered as having already been served in order to compensate the defendant for the delay caused by the State authorities and courts contrary to the rule of law.

⁷⁷ See i.a. *Paeffgen*, StV 2007, pp. 487 ff. (comparing “apples with tadpoles”); SSW-*Eschelbach*, 2016, § 46 Rn. 53 f.

⁷⁸ Which has been used as an example by *David Lewis* for bad “moral luck”, *Lewis*, Phil&PublAff 18 (1989), pp. 53 ff.: “Covert and impure penal lotteries are commonplace in our own time. If one drawback of prison is that it is a place where one is exposed to capricious violence, or to a serious risk of catching AIDS, then a prison sentence is in part a penal lottery.”

⁷⁹ Sec. 60 StGB reads as follows: “The court may order a discharge if the consequences of the offence suffered by the offender are so serious that an imposition of penalties would be clearly inappropriate. This shall not apply if the offender has incurred a sentence of imprisonment of more than one year for the offence.”

⁸⁰ Controversial, compare *Groß*, in: MüKo-StGB, 2016, § 60 Rn. 13.

⁸¹ *R v Suter*, 2018 SCC 34.

⁸² BGH, NStZ 2012, p. 147; BGH, StV 2017, p. 379.

⁸³ E.g. *Epike*, StV 2017, pp. 268 ff.

⁸⁴ According to Sec. 24 Status of Civil Servants Act (BeamtStG).

and simple answer for this distinguishing of the deprivation of a certain *status* was eventually given by the Austrian Supreme Court (OGH):

*according to settled case-law, the foreign status of an accused person must remain irrelevant to the question of punishment and therefore must not be of significance either as an aggravating or a mitigating factor.*⁸⁵

Nearly all criminal statutes are formulated irrespective of nationality, gender and the like and read as applying in the same way to all persons under the law, in Germany by the pronoun “Wer ...” and in English by phrases like “A person is guilty of/ commits ...”; “Where a person ...”. Of course these indefinite pronouns have to be instantiated by real, individual persons but the very question is whether a sentencing decision-rule is allowed to refer to the nationality or ethnic background of the offender, even if it is only a “prima facie norm” which does not stipulate that nationality should always be a mandatory mitigating aspect but only a relevant one in guiding the judges’ sentencing discretion. Making such norm *explicit* would sound like the following:

*A person guilty of theft shall be liable to imprisonment for a term not exceeding ... years or a fine.
If that person is a foreigner, the court is allowed to mitigate the sentence ... not exceeding ...*⁸⁶

Probably due to these problems of decision rules which carry the “odium of discrimination”, the German criminal courts are required to “close their eyes” with respect to “ordinary” immigration law consequences, even if this sentencing policy to some ears sounds “inhuman” because indeed a deportation means far more suffering than getting a two year, probably suspended sentence in the German criminal justice system.⁸⁷ On the other hand one might ask why favoring a civil servant in sentencing is better than favoring a foreigner, and courts have been criticized for

⁸⁵ OGH, Urt. v. 09.03.1995 - 15Os11/95.

⁸⁶ Sec. 718.2 of the Canadian Criminal Code of course does not read as suspicious but is only formulated as “(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.”.

⁸⁷ One argument in favor of ignoring consequences of immigration laws is the presupposition that the legislator, by referring to certain serious crimes with specific imprisonment lengths, has decided beforehand that the commission of such crimes should be sufficient for an expulsion. Mitigating the sentence might lead to a “vicious circle” that the sentence is mitigated because of possible later immigration law consequences, which in the end do not happen because the sentence is mitigated and around the circle – compare *Streng*, NStZ 1988, p. 485: “obscure feedback process” (“undurchsichtiger Rückkopplungsprozess”); *Peglau*, wistra 2016, pp. 289 ff.

taking into account the status as a civil servant, too.⁸⁸ However, nationality as the classic forbidden ground of discrimination seems to contradict the ideal that all persons shall be equal before the criminal law even *more* than other unequal treatment relating to status does. The same consideration probably stands behind decisions which prohibit invoking the foreign status of the convicted in itself as a mitigating factor due to a special sensitivity and suffering of serving a prison sentence; only in exceptional circumstances, e.g. being in prison makes family contacts especially difficult, is a court allowed to recognize this as a mitigating aspect.⁸⁹

3.3 The problem of “over-individualization”

This leads us to the heart of *Berger’s* argument, namely that an “individualized sentencing proportionality” should

*engage in an individualized assessment of all of the relevant factors and circumstances, including the status and life experiences, of the person standing before them,*⁹⁰

so in the end it is about sentencing “the offender”, as expressed in his opening citation.⁹¹ In Germany we have a parallel long-standing debate whether the sentencing of the offender should be focused on a very individualized understanding of guilt, embedded in his whole life (“Lebensführungsschuld”), or on his criminal conduct, which constitutes an offence (“Tatschuld-Prinzip” – “Blame for the criminal deed” principle – however, I leave open the intricate problem of what “offence” means exactly under sentencing law, namely the “real offence” vs. “charge offence” approach⁹²). The dominant view in the German sentencing discourse holds that the offender is not to blame or to praise for his whole life or character, but for what he has done to others or the society, and that a very fine-grained blameworthiness assessment, taking into account e.g. various social disadvantages which have at least contributed to the commission of the crime, should be ignored because this would

⁸⁸ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, p. 347 (instead of individualizing sentencing and privileging civil servants, restraint in the use of imprisonment would be the better alternative); *Streng*, NStZ 1988, p. 485.

⁸⁹ BGH, StV 1997, p. 183; NStZ-RR 2010, p. 337.

⁹⁰ *Berger*, in this volume, p. 271, citing Justice *LeBel* in *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13, at para. 75.

⁹¹ *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13, at para. 86: “Who are courts sentencing if not the offender standing in front of them?”.

⁹² All sentencing systems make use of information beyond the elements of the offence of conviction. This practice, known generally as “real-offence sentencing”, is necessary because of the complexity and variety of criminal behavior and the need to keep criminal statutes relatively simple. Two defendants convicted of violating the same statute may be very different in terms of amount of harm caused, levels of personal culpability etc., see for the US Federal Sentencing Guidelines’ to real offence sentencing *Yellen*, StanLRev 58 (2005), pp. 267 ff.; one of the intriguing problems of sentencing is what kind of conduct and caused harm which is not explicitly mentioned in the definition of the offence or somewhere else as an aggravating/mitigating factor in the criminal code can be attributed to the offence on the sentencing stage.

lead to arbitrary attributions and results.⁹³ The courts are not always clear on this matter; to illustrate the problem I will refer to two more cases:

In Germany as well as in Australia, there have been two recent cases concerning prominent individuals, namely the case *Werner Mauss*, a well-known ex-spy/undercover agent in Germany – called the German “James Bond”, and the Australian cardinal *George Pell*. *Mauss* was convicted of tax fraud with a societal harm of 13.8 million euros and got a two-year suspended sentence.⁹⁴ The Bochum regional court argued it took into account *Mauss*’s “impressive life achievement” in handing down the sentence, which fell far short of the six years and three months’ imprisonment proposed by the prosecutor.⁹⁵ *Pell* was convicted of sexually abusing two young boys and received a six-year imprisonment sentence, the court having considered as mitigating factors his “life’s contribution and good character”.⁹⁶ Here we come to the heart of the problem – how to evaluate and to compare e.g. a crime of sexual abuse with the life achievement of a cardinal (whatever that is ...)? Is there a social consensus on what counts as a life achievement, and what about the problem of moral luck? Criminal law and especially criminal sentencing law is not well suited to rectify and compensate all the injustices, wrongs and also wrongful gains a person has experienced throughout his life, which reaches from constitutive luck, circumstantial luck to the old problem of resultant moral luck^{97,98} Sentencing law comes much too late to tackle the problems of an unjust world or society, so it seems to me a category mistake to try to fight distributive problems of social justice by means of criminal

⁹³ See *Hörnle*, *Grenzen der Individualisierung* 2014, pp. 93 ff.; she is even more radical with her approach that mitigation clauses because of the offender’s pathological mental state (sec. 21 StGB) deserve critical review, *id.*, BJCLCJ 4 (2016), pp. 1 ff. From her point of view it is necessary to establish, as a prerequisite for criminal responsibility, that the offender could have participated in a communication about the relevant factual and normative issues at the time of the offence (reason-responsiveness, “normative Ansprechbarkeit”). However, if this threshold has been reached, further attempts to assess mental states in a fine-grained way need not to be undertaken (“de-psychologizing of criminal law”).

⁹⁴ The court thereby ignored or better circumvented the abovementioned “one million” sentencing rule, see for the details of the case *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, pp. 130 ff.

⁹⁵ Quite surprisingly, the Federal Court of Justice has rejected “life’s achievement” as a mitigating factor in a brand new decision, overruling the Bochum regional court judgment (while in 2008 it had still referred to it as a possible aspect for mitigation), BGH, NZWiSt 2019, pp. 261 ff.: “Furthermore, the Senate notes that the consideration of the defendant’s “life’s achievement” as a mitigating consideration meets legal concerns. The term “life’s achievement” is an “empty formula” that needs to be filled in and will be difficult to define (without definition BGH, judgment of 2 December 2008 - 1 StR 416/08, BGHSt 53, p. 71 at para. 45). According to sec. 46 (1) sentence 1 StGB, the culpability of the offender is the primary basis for punishment and not his lifestyle or life achievement.” (my translation).

⁹⁶ *DPP v Pell* (Sentence) [2019] VCC 260, at paras. 110 ff.; in a recent decision, the High Court of Australia quashed that conviction, https://www.wsj.com/articles/australias-high-court-quashes-cardinal-george-pells-child-sex-abuse-conviction-11586219863?mod=article_open <04.06.2020>.

⁹⁷ The latter has puzzled criminal law for centuries, but it can be dealt with, compare my dissertation, *Grosse-Wilde*, *Erfolgzurechnung*, 2017, pp. 116 ff.

⁹⁸ Of course *Berger* is aware of this argument and responds on p. 275 to it that “we ought to exclude from consideration those circumstances whose effect would be to exacerbate systemic inequality”, so probably a millionaire like *Mauss* who cheats the community and harms it by millions of euros cannot invoke his “great life achievements” as a spy and undercover agent.

law and sentencing, which at its core has the idea of a free, responsible agent who could have acted otherwise.⁹⁹

If the common denominator for measuring different types of burdens is the individual experience of pain and suffering, it is unclear whether e.g. the convicted are allowed to refer to statistics, such as whether a female co-perpetrator who had exactly the same influence on the crime as her male co-author can refer to statistics that women in jail, even if strictly separated from men as prisoners or guards, suffer more than men do.¹⁰⁰ If we do not want to go back to the indeterminate sentencing system with parole boards like the US from the 1930s till the 1970s, there is simply no alternative to strictly separating the amount of punishment which fits the crime from its execution and the assessment of pain it exactly causes.¹⁰¹ The first question has to be answered at the trial (either bifurcated or with a single verdict), the second question can only be answered months or years afterwards when we know to which prison the offender is sent and how he has reacted to the new social environment. This does not mean that the trial judge should close his eyes to the prison conditions in reality, but it shows the intricate problems an individualized proportionality approach faces that really takes seriously the experience of punishment. This is the reason why German sentencing law strictly separates finding the sentence, which is mainly dominated by retributive justice (assessing the amount of wrongdoing and corresponding guilt of the offender), from its execution (“Strafvollzugsrecht”), which focuses mainly on special prevention.¹⁰² However, in cases of special hardship the execution of a sentence can be postponed or interrupted,¹⁰³ which seems to be a sensible compromise; but this compromise means e.g. for elderly offenders of serious crimes that their guilt-orientated sentence cannot be reduced below the supposed proportionate level so there is no general rule that every offender must have the certainty that he will be released during his lifetime after having served his sentence. This is only up to the execution of the sentence.¹⁰⁴

⁹⁹ See for the unjust world problem in sentencing *Tony*, *Can Deserts Be Just*, 2014, pp. 141 ff.; *Ewing*, *Law&Phil* (2018), pp. 37, 29 ff.

¹⁰⁰ Compare the ECHR case *Khamtokhu et al. vs Russia*, no 60367/08 and 961/11, ECHR, 24 January 2017, dealing with the problem of whether a ban on life imprisonment on women would be discriminatory and whether statistical data would be relevant, at para. 82.

¹⁰¹ Remember e.g. *Sheldon Glueck's* famous article “Principles of a Rational Penal Code”, *HarvLRev* 41 (1928), pp. 453 ff. in which he advocated an *individualized criminal justice* that takes into consideration not so much the crime a man has committed but his personality, character, motivation and therefore urged all prison sentences to be indeterminate – that there should be sentences for which the precise term of confinement is not known on the day of judgment but should be subject within a substantial range to the later decision of a parole board or some comparable agency (pp. 475 ff.).

¹⁰² See sec. 2 of the German Prison Act: “By serving his prison sentence the prisoner shall be enabled in future to lead a life in social responsibility without committing criminal offences (objective of treatment). The execution of the prison sentence shall also serve to protect the general public from further criminal offences.”

¹⁰³ Sec. 455 StPO – Postponement of enforcement of sentence of imprisonment due to unfitness to serve.

¹⁰⁴ BGH, *NStZ* 2006, p. 500 (the so-called “Grandpa gang” case/“Opabanden”-Fall); see also BVerfG (K), *Beschl. v. 21.12.2017 – 2 BvR 2772/17 = NJW* 2018, p. 289 (non-postponement of the four-

4 Concluding Remarks

There might be a huge difference between Germany and Canada in that at least some years ago most Germans probably believed that they lived in a rather homogenous society with well-developed social security and without widespread systemic discrimination of large social groups,¹⁰⁵ so that there is no need to improve distributive justice issues by means of sentencing and retributive justice. This might be different in an “ethnically and culturally diverse society”, as Justice *LeBel* describes Canada (citing Professor *Quigley*) in *Ipeelee*.¹⁰⁶ However, at least since the last wave of immigration to Germany in 2015, societal self-perception in Germany has changed and today most would describe Germany as a pluralistic, diverse society as well. The very question is whether the right answer to this development is a kind of pluralism and ethical particularism in sentencing, or rather to stick to the rules accepted by the majority of society even more closely, so that the conduct norms of criminal law are regarded as the “ethical minimum of a society” with no tolerance for other, parallel value systems.¹⁰⁷

From my point of view the most pressing problem of the German sentencing system at the moment is not that sentencing is not individualized enough, but that on the contrary we do not have enough rules which direct sentencing – especially for serious sanctions which are marked by the threshold of more than two years’ imprisonment in the German sanction system, because these sentences no longer can be suspended.¹⁰⁸ My impression is that especially in the field of white collar crimes it is totally arbitrary when this threshold is met and whether an accused will receive a 1 ½-year suspended sentence or four or five years’ imprisonment. On the other hand sanctioning petty crimes, e.g. shoplifting by repeated offenders, which is largely committed by socially disadvantaged persons, also should be more rule-based to avoid especially sanction excesses that no longer focus on the minimal wrongdoing realized in those cases (and correspondingly minimal guilt), but rather on the stubbornness of the character of the accused and the inability to correct him by

year sentence against the 96-year old former Auschwitz guard *Gröning* would not violate any constitutional rights); in the criminal law literature there is quite an influential position that favors desert to function only as an upper limit for sanctions, i.a. *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 2006, § 3 Rn. 59.

¹⁰⁵ Whether this societal self-perception has ever been true for Germany cannot be discussed here.

¹⁰⁶ *R v Ipeelee*, 2012 SCC 13, at para. 79: “It is true that on the surface imposing the same penalty for the nearly identical offence is only fair. That might be closer to the truth in a society that is more equitable, more homogenous and more cohesive than ours. But in an ethnically and culturally diverse society, there is a differential impact from the same treatment. Indeed, that has been recognized in the jurisprudence on equality rights under the Charter. Thus, there is a constitutional imperative to avoiding excessive concern about sentence disparity.”

¹⁰⁷ *Hörnle* has published extensively and in great depth on this subject in Germany, i.a. *NJW-Beilage* 2014, p. 34; *id.*, *Grenzen der Individualisierung*, 2014, pp. 93 ff.; *id.*, *Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages*, 2014.

¹⁰⁸ Sec. 56 (2) StGB. – Admittedly only about 8% of all German prison sentences are above that threshold, see *Harrendorf*, *CLF* 28 (2017), pp. 501 ff.

previous sentences.¹⁰⁹ Favoring more rules for sentencing should not be confused with a plea for more punitiveness – Germany should defend robustly its general approach of comparatively low incarceration rates, discouraging short prison sentences in favor of fines, moderate custodial sentences which fall mostly in the lower third of the statutory range of sentences, and providing exemption clauses (“minder schwere Fälle”) for exceptional cases. Also, looking only at the aggregate data, there seems to be no widespread and massive disparity in sentencing,¹¹⁰ but as already noted we do not have enough data and aggregate data tell us nothing about disparities and lack of rules between individual cases. Who is the best suited author of these “soft” sentencing rules, a sentencing commission, the courts of appeal etc. is another topic that cannot be discussed further here. However, sentencing – even if one does it with the notoriously bad conscience of a trial judge¹¹¹ – remains a “fascinating side of the law”.¹¹²

¹⁰⁹ I am unable to further discuss the eternal problem of recidivism and the justifications for a harsher sentence, especially the problems for retributivist accounts to explain the “recidivist premium”. There might be some concepts which can explain why there is a more severe wrongdoing and or guilt for the repeated offence (“recidivism as omission” etc.). However if German courts impose custodial sentences for petty thefts of repeat offenders with a long criminal record but a minimal damage of e.g. 1 euro of 6, 7, 8 months (as some of them have done!), they clearly no longer are punishing proportionally according to the offence-related guilt, but only the offender’s “bad character”.

¹¹⁰ Compare *Albrecht*, LCP 76 (2013), pp. 211 ff.; *Hörnle*, LCP 76 (2013), pp. 189 ff.; but see also *Grundriss*, *Gleiches Recht für alle?*, 2016, pp. 511 ff. who has analysed statistically different patterns of regional sentencing traditions within Germany.

¹¹¹ Compare *Radbruch*, *Feuerbach Gedenkrede*, 1952, p. 24.

¹¹² *Hart*, *Punishment and Responsibility*, 2008, pp. 158 ff.

Literaturverzeichnis/Bibliography

- Albrecht, Hans-Jörg: Sentencing in Germany: Explaining Long-Term Stability in the Structure of Criminal Sanctions And Sentencing. In: LCP 76:1 (2013), pp. 211-236.
- Alexander, Michelle: The new Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness, New York 2010.
- Amar, Akhil Reed: America's Constitution: A Biography, New York 2012.
- Ambos, Kai: Einheitlichere und transparentere Strafzumessung durch Strafzumessungsrichtlinien? Die englischen Sentencing Guidelines als lohnenswertes Untersuchungsobjekt. In: R. Haverkamp/M. Kilchling/J. Kinzig/D. Oberwittler/G. Wößner (eds.), Festschrift für H.-J. Albrecht, Berlin 2021.
- American Law Institute: Model Penal Code: Sentencing - Proposed Final Draft, Philadelphia 2017.
https://robinainstitute.umn.edu/sites/robinainstitute.umn.edu/files/mpcs_proposed_final_draft.pdf <08.06.2020>.
- Anthony, Thalia/Bartels, Lorana/Hopkins, Anthony: Lessons Lost in Sentencing: Welding Individualized Justice to Indigenous Justice. In: MULR 39:1 (2015), pp. 47-76.
- Arbeitskreis Alternativentwurf: Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat. In: GA 166:1 (2019), pp. 1-128.
- Arbel, Efrat: Rethinking the 'Crisis' of Indigenous Mass Imprisonment. In: CJLS 34:3 (2019), pp. 437-456.

- Ashworth, Andrew: Sentencing Guidelines and the Sentencing Council. In: *CLRev* 2010, pp. 389-401.
- Ashworth, Andrew: *Sentencing and Criminal Justice*. Cambridge 2015.
- Ashworth, Andrew/Roberts, Julian V. (eds.): *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford 2013.
- Ashworth, Andrew/Wasik, Martin: Sentencing the multiple offender: In search of a “Just and Proportionate” total sentence. In: J. Ryberg/J.V. Roberts/J. de Keijser (eds.), *Sentencing Multiple Crimes: Studies in Penal Theory and Philosophy*, New York 2017, pp. 211-224.
- Auerhahn, Kathleen: Selective Incapacitation, Three Strikes, and the Problem of Aging Prison Populations: Using Simulation Modeling to See the Future. In: *Crim&PubPol* 1:3 (2002), pp. 353-388.
- Bayern, Shawn J.: The Significance of Private Burdens and Lost Benefits for a Fair-Play Analysis of Punishment. In: *NewCrimLRev* 12:1 (2009), pp. 1-42.
- Bazon, Emily/Krinsky, Miriam: There’s a Wave of New Prosecutors. And They Mean Justice. In: *NYT*, Dec. 11, 2018, <https://www.nytimes.com/2018/12/11/opinion/how-local-prosecutors-can-reform-their-justice-systems.html> <08.06.2020>.
- Beckett, Katherine: *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics*, New York 1997.
- Berger, Benjamin L.: Mental Disorder and the Instability of Blame in the Criminal Law. In: F. Tanguay-Renaud/J. Stribopoulos (eds.), *Rethinking Criminal Law Theory: New Canadian Perspectives in the Philosophy of Domestic, Transnational, and International Criminal Law*, London 2012, pp. 117-140.
- Blumstein, Alfred/Cohen, Jacqueline: A Theory of the Stability of Punishment. In: *JCL&Criminology* 64:2 (1973), pp. 198-207.
- Bontrager, Stephanie/Bales, William/Chiricos, Ted: Race, Ethnicity, Threat and the Labeling of Convicted Felons. In: *Criminology* 43:3 (2005), pp. 589-622.
- Bottoms, Anthony: *The Sentencing Council in 2017: A Report on Research to Advise on how the Sentencing Council can best Exercise its Statutory Functions*, Cambridge 2018, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/SCReport.FINAL-Version-for-Publication-April-2018.pdf> <08.06.2020>.
- Bronsteen, John/Buccafuso, Christopher/Masur, Jonathan: Happiness and Punishment. In: *UChicagoLRev* 76:3 (2009), pp. 1037-1081.
- Bronsteen, John/Buccafuso, Christopher/Masur, Jonathan: Retribution and the Experience of Punishment. In: *CalLRev* 98:5 (2010), pp. 1463-1496.

- Bruns, Hans-Jürgen: *Das Recht der Strafzumessung*, 1st edn., Köln 1967.
- Bruns, Hans-Jürgen: *Leitfaden des Strafzumessungsrechts*, Köln 1980.
- Bruns, Hans-Jürgen: *Das Recht der Strafzumessung*, 2nd edn., Köln 1985.
- Bundeskriminalamt (ed.): *Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland* 2017, Wiesbaden 2018,
https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2017/pks2017_node.html <08.06.2020>.
- Cannon, Andrew: *The Bernie Ecclestone Case in Germany: Principled Pragmatism*. In: *JJA* 24:2 (2014), pp. 129-134.
- Caplow, Theodore/Simon, Jonathan: *Understanding Prison Policy and Population Trends*. In: *Crime&Just* 26 (1999), pp. 63-120.
- Chiao, Vincent: *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, Oxford 2019.
- Department of Justice-FBI (ed.): *Crime in the United States*, Washington 2017,
<https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2017/crime-in-the-u.s.-2017/tables/table-1> <15.06.2020>.
- Dervan, Lucian. E.: *Arriving at a System of Pleas*. In: V.A. Edkins/A.D. Redlich (eds.), *A System of Pleas: Social Sciences Contributions to the Real Legal System*, Oxford 2019, pp. 11-23.
- Dixon, Jo: 1995. *The Organizational Context of Criminal Sentencing*. In: *AJS* 100:5 (1995), pp. 1157-1198.
- Doob, Anthony N./Webster, Cheryl Marie: *Weathering the Storm? Testing long-standing Canadian Sentencing Policy in the Twenty-First Century*. In: M.H. Tonry (ed.), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*, *Crime&Just* 45 (2016), pp. 359-418.
- Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana: *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford 2014.
- Duff, R. Antony: *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford 2009.
- Duff, R. Antony. *Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial*. In: *Ratio* 23:2 (2010), pp. 123-140.
- Eisenstein, James/Flemming, Roy. B./Nardulli, Peter F.: *The Contours of Justice: Communities and their Courts*, Boston 1988.
- Epik, Aziz: *Die Berücksichtigung aufenthaltsrechtlicher Folgen bei der Strafzumessung*. In: *StV* 37:4 (2017), pp. 268-272.

- Eschelbach, Ralf in: H. Satzger/W. Schluckebier/G. Widmaier (eds.), *Kommentar zum StGB*, 3rd edn., Köln 2016.
- Ewing, Benjamin: *Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage*. In: *Law&Phil* 37:1 (2018), pp. 29-68.
- Feeley, Malcolm M./Simon, Jonathan: *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*. In: *Criminology* 30:4 (1992), pp. 449-474.
- Feeley, Malcolm M./Simon, Jonathan: *The Form and Limits of the New Penology*. In: T.G. Blomberg/S. Cohen (eds.), *Punishment and Social Control*, New York 2003, pp. 75-116.
- Ferguson, Gerry: *A Review of the Principles and Purposes of Sentencing in Sections 718-718.21 of the Criminal Code*, Department of Justice Canada 2016, https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/jr/rppss-eodpa/RSD_2016-eng.pdf <02.06.2020>.
- Feuer, Alan: *He Sued Police 75 Times. Democrats Want Him as Philadelphia's Top Prosecutor*. In: *NYT*, Jun. 17, 2017, <https://www.nytimes.com/2017/06/17/us/philadelphia-krasner-district-attorney-police.html> <08.06.2020>.
- Flore, Ingo: *Strafzumessungsraster bei Steuerhinterziehung?*. In: *HRRS* 10:11 (2009), pp. 493-499.
- Forman Jr., James: *Racial Critiques of Mass Incarceration: Beyond the New Jim Crow*. In: *NYULRev* 87:1 (2012), pp. 21-69
- Forman Jr., James: *Locking up our Own: Crime and Punishment in Black America*, New York 2017.
- Frankel, Marvin E: *Criminal Sentences: Law Without Order*, New York 1973.
- Frase, Richard S.: *Sentencing Reform in Minnesota, Ten years After: Reflections on Dale G. Parent's Structuring Criminal Sentences*. In: *MinnLRev* 75:3 (1991), pp. 727-754.
- Frase, Richard S.: *Sentencing in Germany and the United States: Comparing Äpfel with Apples*, Freiburg 2001.
- Frase, Richard S.: *State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues*. In: *CollRev* 105:4 (2005), pp. 1190-1232.
- Frase, Richard S.: *Just Sentencing: Principles and Procedures for a Workable System*, Oxford 2013.

- Frase, Richard S.: *Varying Binding Effects of Guidelines*, Minneapolis 2015, <https://sentencing.umn.edu/content/varying-binding-effects-guidelines-mandatory-advisory-continuum> <08.06.2020>.
- Frase, Richard S.: *Forty Years of American Sentencing Guidelines: What Have We Learned?*. In: M.H. Tonry (ed.), *American Sentencing: What Happens and Why?*, *Crime&Just* 48 (2019), pp. 79-135.
- Frase, Richard S./Roberts, Julian V.: *Paying for the Past: Prior Record Enhancements in the US Sentencing Guidelines*. New York 2019.
- Freiberg, Arie: *The Road Well Traveled in Australia: Ignoring the Past, Condemning the Future*. In: M.H. Tonry (ed.), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*, *Crime&Just* 45 (2016), pp. 419-457.
- Frisch, Wolfgang: *From Disparity in Sentencing Towards Sentencing Equality: The German Experience*. In: *CLF* 28:3 (2017), pp. 437-475.
- Fünfsinn, Helmut: *Referat*. In: *Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Bd. II/2: Sitzungsberichte – Diskussion und Beschlussfassung*, München 2019, pp. M11-M21.
- Gaede, Karsten: *Der Steuerbetrug*, Baden-Baden 2016.
- Gärditz, Klaus Ferdinand: *Anmerkung zu BVerfG (K), Beschl. v. 15.01.2020 – 1 BvR 1763/16*. In: *JZ* 75:7 (2020), pp. 362-365.
- Garland, David: *The Culture of High Crime Societies*. In: *BJC* 40:3 (2000), pp. 347-375.
- Garland, David: *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford 2001.
- Ghandnoosh, Nazgol: *Race and Punishment: Racial Perceptions of Crime and Support for Punitive Policies*, 2014, <https://www.sentencingproject.org/publications/race-and-punishment-racial-perceptions-of-crime-and-support-for-punitive-policies/> <08.06.2020>.
- Ghandnoosh, Nazgol: *Black Lives Matter: Eliminating Racial Inequity in the Criminal Justice System*, 2015, <https://www.sentencingproject.org/publications/black-lives-matter-eliminating-racial-inequity-in-the-criminal-justice-system/> <08.06.2020>.
- Ghandnoosh, Nazgol: *Can We Wait 75 Years to Cut the Prison Population in Half*, 2018, <https://www.sentencingproject.org/publications/can-wait-75-years-cut-prison-population-half/> <08.06.2020>.
- Giannoulis, Georgios: *Studien zur Strafzumessung*, Tübingen 2014.

- Giannoulis, Georgios: Vorstrafen und das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung, ZIS 9:10 (2014), pp. 522-535.
- Glueck, Sheldon: Principles of a Rational Penal Code. In: HarvLRev 41:4 (1928), pp. 453-482.
- Grabenwarter, Christoph: Androhung von Folter und faires Strafverfahren – Das (vorläufig) letzte Wort aus Straßburg. In: NJW 63:42 (2010), pp. 3128-3132.
- Grasnack, Walter: Das Hoeneß-Urteil ist voller Widersprüche. In: FAZ, 12.11.2014, Nr. 263, p. 16.
- Gray, David: Punishment as Suffering. In: VandLRev 63:6 (2010), pp. 1619-1693.
- Groß, Karl-Heinz in: W. Joecks/K. Miebach (eds.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2, 3rd edn., München 2016.
- Grosse-Wilde, Thomas: Eine normentheoretische Rekonstruktion der Strafzumessungsentscheidung und die Unterscheidung von Rechts- oder Tatfrage. In: HRRS 10:8 (2009), pp. 363-372.
- Grosse-Wilde, Thomas: Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, Tübingen 2017.
- Grosse-Wilde, Thomas: Richterrechtliche Strafzumessungsregeln für die Untreue? – Zugleich Anmerkung zu BGH 2 StR 416/16, Urt. v. 16.3.2018 (Sal. Oppenheim). In: NZWiSt 7:11 (2018), pp. 457-463.
- Grosse-Wilde, Thomas: Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? Gedanken anlässlich der Diskussion in der Strafrechtsabteilung des 72. Deutschen Juristentages in Leipzig 2018. In: ZIS 14:2 (2019), pp. 130-143.
- Grundies, Volker: Gleiches Recht für alle? – Eine empirische Analyse lokaler Unterschiede in der Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland. In: F. Neubacher/N. Bögelein (eds.), Krise - Kriminalität - Kriminologie, Mönchengladbach 2016, pp. 511-526
- Harrendorf, Stefan: Sentencing Thresholds in German Criminal Law and Practice: Legal and Empirical Aspects. In: CLF 28:3 (2017), pp. 501-539.
- Hart, H.L.A.: Punishment and Responsibility, 2nd edn., Oxford 2008.
- Hester, Rhys: Sentencing Policies and Practices in South Carolina, Oxford 2016.
- Hester, Rhys: Judicial Rotation as Centripetal Force: Sentencing in the Court Communities of South Carolina. In: Criminology 55:1 (2017), pp. 205-235.
- Hester, Rhys: Sentencing Disparity and Mass Incarceration. In: V.A. Edkins/A.D. Redlich (eds.), A System of Pleas: Social Sciences Contributions to the Real Legal System, New York 2019, pp. 153-167.

- Hester, Rhys/Hartman, Todd K.: Conditional Race Disparities in Criminal Sentencing: A Test of the Liberation Hypothesis from a Non-Guidelines State. In: JQC 33:1 (2017), pp. 77-100.
- Hester, Rhys/Sevigny, Eric L.: Court Communities in Local Context: A Multilevel Analysis of Felony Sentencing in South Carolina. In: JCJ 39:1 (2016), pp. 55-74.
- Hirsch, Andrew von: Proportionality in the Philosophy of Punishment, In: Crime&Just 16 (1992), pp. 55-98.
- Hirsch, Andrew von: Censure and Sanctions, Oxford 1993.
- Hirsch, Andrew von/Ashworth, Andrew: Proportionate Sentencing: Exploring the Principles, Oxford 2005.
- Horn, Eckhard: Buchbesprechung Leitfaden des Strafzumessungsrechts von H.-J. Bruns. In: NJW 34:13 (1981), p. 672.
- Hörnle, Tatjana: Tatproportionale Strafzumessung, Berlin 1999.
- Hörnle, Tatjana: Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective. In: BCLR 3:1 (1999), pp. 175-209.
- Hörnle, Tatjana: Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes. In: E. Schumann (ed.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Berlin 2010, pp. 105-138.
- Hörnle, Tatjana: Moderate and Non-Arbitrary Sentencing Without Guidelines: The German Experience. In: LCP 76:1 (2013), pp. 189-210.
- Hörnle, Tatjana: Kultur, Religion, Strafrecht: Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft. In: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Bd. I: Gutachten Teil C, München 2014, pp. C1-C118.
- Hörnle, Tatjana: Kultur, Religion, Strafrecht - Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft. In: NJW-Beil. 67:2 (2014), pp. 34-38.
- Hörnle, Tatjana: Grenzen der Individualisierung von Schuldurteilen. In: R. Hefendehl/T. Hörnle/L. Greco (eds.), Festschrift für Bernd Schönemann, Berlin 2014, pp. 93-106.
- Hörnle, Tatjana: Guilt and Choice in Criminal Law Theory – A Critical Assessment. In: BJCLCJ 4:1 (2016), pp. 1-24.
- Hörnle, Tatjana: Straftheorien, 2nd edn., Tübingen 2017.
- Hörnle, Tatjana: Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft. In: H. Dreier (ed.), Rechtswissenschaft als Beruf, Tübingen 2018, pp. 183-226.

- Hörnle, Tatjana: Comparative Assessment of Sentencing Laws, Practices, and Trends. In: D.K. Brown/J.I. Turner/B. Weisser (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford 2019, pp. 887-910.
- Hörnle, Tatjana: Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland. In: *GA* 166:4 (2019), pp. 282-295.
- House of Commons Justice Committee: *Revised Sentencing Guideline: Assault*, London 2011.
- Hoven, Elisa: Die öffentliche Wahrnehmung von Strafzumessungsentscheidungen: Anlass für Reformen?. In: *KriPoZ* 2018, pp. 276-290.
- Irwin-Rogers, Keir/Perry, Thomas W.: Exploring the Impact of Sentencing Factors on Sentencing Domestic Burglary. In: J.V. Roberts (ed.), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Basingstoke 2015, pp. 194-220.
- Jeffries, Samantha/Bond, Christine: Does Indigeneity Matter? Sentencing Indigenous Offenders in South Australia's Higher Courts. In: *ANZJC* 42:1 (2009), pp. 47-71.
- Jehle, Jörg-Martin: *Strafrechtspflege in Deutschland*, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 7th edn., Mönchengladbach 2009, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Strafrechtspflege_Deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=15 <08.06.2020>.
- Jehle, Jörg-Martin: *Criminal Justice in Germany*, ed. by the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, 7th edn., Mönchengladbach 2019.
- Jehle, Jörg-Martin/Albrecht, Hans-Jörg/Hohmann-Fricke, Sabine/Tetal, Carina: *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen: Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013*, ed. by Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Mönchengladbach 2016, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Legalbewaehrung_nach_strafrechtlichen_Sanktionen_2010_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=1 <08.06.2020>.
- Johnson, Brian D./Van Wingerden, Sigrid/Nieuwbeerta, Paul: Sentencing Homicide Offenders in the Netherlands: Offender, Victim, and Situational Influences in Criminal Punishment. In: *Criminology* 48:4 (2010), pp. 981-1018.
- Kadish, Sanford H.: Why Substantive Criminal Law - A Dialogue. In: *ClevStLRev* 29:1 (1980), pp. 1-15.
- Kaspar, Johannes: Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?. In: *Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Bd. I: Gutachten Teil C*, München 2018, pp. C1-C129.

- Kautt, Paula M.: Location, Location, Location: Interdistrict and Intercircuit Variation in Sentencing Outcomes for Federal Drug-Trafficking Offenses. In: JQ 19:4 (2002), pp. 633-671.
- Kerr, Lisa: Sentencing Ashley Smith: How Prison Conditions Relate to the Aims of Punishment. In: CJLS 32:2 (2017), pp. 187-207.
- Kerr, Lisa: How the Prison is a Black Box in Punishment Theory. In: UTLJ 69:1 (2018), pp. 85-116.
- Kerr, Lisa/Berger, Benjamin L.: Methods of Severity: The Two Tracks of Section 12. In: SCLR (2nd) 94 (2020), pp. 235-256.
- Kilian, Ines: Referat. In: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Bd. II/2: Sitzungsberichte – Diskussion und Beschlussfassung, München 2019, pp. M43-M61.
- Knapp, Kay A.: Organization and Staffing. In: A. von Hirsch/K.A. Knapp/ M.H. Tonry (eds.), *The Sentencing Commission and its Guidelines*, Boston 1987, pp. 117-124.
- Knapp, Kay A.: Allocation of Discretion and Accountability Within Sentencing Structures. In: UColoLRev 64:3 (1993), pp. 679-705.
- Köcher, Renate: Sehnsucht nach starker Führung. In: FAZ, 18.07.2018, Nr. 164, p. 8.
- Kolber, Adam J.: The Subjective Experience of Punishment. In: CollRev 109:1 (2009), pp. 182-236.
- Koppetsch, Cornelia: *Die Gesellschaft des Zorns: Rechtspopulismus im globalen Zeitalter*, Bielefeld 2019.
- Kovandzic, Tomislav V./Sloan, John J. III/Vieraitis, Lynne M.: Unintended Consequences of Politically Popular Sentencing Policy: The Homicide Promoting Effects of “Three Strikes” in US Cities (1980–1999). In: Crim&PubPol 1:3 (2002), pp. 399-424.
- Kudlich, Hans in: C. Knauer/H. Kudlich/H. Schneider (eds.), *Münchener Kommentar zur StPO*, Bd. 1, 1st edn., München 2014.
- Kudlich, Hans: Ecclestone, Verständigungsgesetz und die Folgen – Reformbedarf für § 153 a StPO?. In: ZRP 48:1 (2015), pp. 10-13.
- Kudlich, Hans/Koch, Jennifer: Das Ringen um die richtige Strafzumessung. In: NJW 71:38 (2018), pp. 2762-2766.
- Krajewski, Krzysztof: Sentencing in Poland: Failed Attempts to Reduce Punitiveness. In: M.H. Tonry (ed.), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*, Crime&Just 45 (2016), pp. 175-219.

- Lacey, Nicola/Pickard, Hanna: The Chimera of Proportionality: Institutionalizing Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems. In: *MLR* 78:2 (2015), pp. 216-240.
- Lappi-Seppälä, Tapio: Explaining Imprisonment in Europe. In: *EJC* 8:4 (2011), pp. 303-328.
- Lappi-Seppälä, Tapio: Nordic Sentencing. In: M.H. Tonry (ed.), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*, *Crime&Just* 45 (2016), pp. 17-82.
- Law Commission: *The Sentencing Code*. Law Com No 382, HC 1724, Her Majesty's Stationery Office 2018.
- Lewis, David: The Punishment That Leaves Something to Chance. In: *Phil&PubAff* 18:1 (1989), pp. 53-67.
- Lippke, Richard L.: *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford 2011.
- Lutfullin, Timur: Zur Berücksichtigung der Wertgrenzen des Vermögensschadens im Rahmen der Strafzumessung. In: *wistra* 38:3 (2019), pp. 91-93.
- Lynch, Gerard E.: Screening versus Plea Bargaining: Exactly What Are We Trading Off. In: *StanLRev* 55:4 (2003), pp. 1399-1408.
- Maier, Stefan in: W. Joecks/K. Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 2, 3rd edn., München 2016.
- Malakieh, Jamil: Adult and youth correctional statistics in Canada, 2017/2018, May 9, 2019, <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2019001/article/00010-eng.htm> <08.06.2020>.
- Markel, Dan/Flanders, Chad: Bentham on Stilts: The Bare Relevance of Subjectivity to Retributive Justice. In: *CalLRev* 98:3 (2010), pp. 907-988.
- Markel, Dan/Flanders, Chad/Gray, David: Beyond Experience: Getting Retributive Justice Right. In: *CalLRev* 99:2 (2011), pp. 605-628.
- Mauer, Marc/Nellis, Ashley: The Impact of Life Imprisonment on Criminal Justice Reform in the United States. In: D. van Zyl Smit/C. Appleton (eds.), *Life Imprisonment and Human Rights*, Oxford 2016, pp. 23-42.
- Meier, Bernd-Dieter: *Strafrechtliche Sanktionen*, 4th edn., Berlin 2015.
- Mezger, Edmund: *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, 2nd edn., Stuttgart 1942.
- Minister of Supply and Services (ed.): *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, Report of The Canadian Sentencing Commission, Ottawa 1987.
- Minister of Supply and Services (ed.): *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vol. 1-5, Ottawa 1996.

- Minnesota Sentencing Guidelines Commission: Minnesota Sentencing Guidelines and Commentary, St Paul 1981.
- Mosbacher, Andreas: Referat. In: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Bd. II/2: Sitzungsberichte – Diskussion und Beschlussfassung, München 2019, pp. M23-M42.
- Nagel, T.: Moral Luck. In: ProcArisSoc (Supp.) 50 (1976), pp. 137-151.
- National Research Council: The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences, ed. by J. Travis/B. Western/F. Redburn, Washington 2014.
- Nellis, Ashley: The Color of Justice: Racial and Ethnic Disparity in State Prisons. Sentencing Project, 2016, <https://www.sentencingproject.org/publications/color-of-justice-racial-and-ethnic-disparity-in-state-prisons/> <09.06.2020>.
- Nestler, Cornelius: Sentencing in Germany. In: BCLR 7:1 (2003), pp. 109-138.
- Noltenius, Bettina: „Verhältnismäßige“ Gerechtigkeit im Strafmaß?. In: HRRS 10:11 (2009), pp. 499-509.
- Norouzi, Ali B. in: C. Knauer/H. Kudlich/H. Schneider (eds.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 2, 1st edn., München 2016.
- Padfield, Nicola: Time to Bury the Custody “Threshold”?. In: CLRev 2011, pp. 593-612.
- Padfield, Nicola: Justifying Indeterminate Detention – On What Grounds?. In: CLRev 2016, pp. 795-820.
- Paeffgen, Hans-Ullrich: Irrungen und Wirrungen im Bereich der Strafzumessungskürzung bei Verstößen gegen die Verfahrensgerechtigkeit, namentlich gegen das Beschleunigungsgebot. In: StV 27:9 (2007), pp. 487-494.
- Park, Hyungkwan: The Basic Features of the First Korean Sentencing Guidelines. In: FSR 22:4 (2010), pp. 262–271.
- Parkes, Debra: From Smith to Smickle: The Charter’s Minimal Impact on Mandatory Minimum Sentences. In: SCLR (2nd) 57 (2012), pp. 149-172.
- Peglau, Jens: Verfahrensfremde (rechtliche) Folgen einer Tat bzw. ihrer Bestrafung als Strafmilderungsgrund. In: wistra 35:8 (2016), pp. 289-293.
- Peters, Sebastian in: C. Knauer/H. Kudlich/H. Schneider (eds.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 2, 1st edn., München 2016.
- Pfaff, John: Locked In: The True Causes of Mass Incarceration - And How to Achieve Real Reform. New York 2017.

- Pina-Sánchez, Jose: Defining and measuring Consistency in Sentencing. In: J.V. Roberts (ed.), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Basingstoke 2015, pp. 76-92.
- Puppe, Ingeborg: Verführung als Sonderopfer - Zugleich Besprechung von BGH - 2 StR 446/85, NStZ 1986, 162. In: NStZ 6:9 (1986), pp. 404-406.
- Radbruch, Gustav: *Feuerbach Gedenkrede*, Tübingen 1952.
- Radtke, Henning: Begrenzungen tatrichterlicher Strafzumessung?. In: DRiZ 96:7 (2018), pp. 250-253.
- Radtke, Henning in: W. Joecks/K. Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 5, 3rd edn., München 2019.
- Radzinowicz, Leon: *History of the English Criminal Law*. London 1948.
- Raum, Rolf: Diskussionsbeitrag. In: *Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Bd. II/2: Sitzungsberichte – Diskussion und Beschlussfassung*, München 2019, pp. M147-M150.
- Reckwitz, Andreas: *Die Gesellschaft der Singularitäten*, Berlin 2017.
- Reitz, Kevin R.: Modeling Discretion in American Sentencing Systems. In: *Law&Pol* 20:4 (1998), pp. 389-428.
- Reitz, Kevin R.: The Disassembly and Reassembly of U.S. Sentencing Practices. In: M.H. Tonry/R.S. Frase, (eds.), *Sentencing and Sanctions In Western Countries*, Oxford 2001, pp. 222-258.
- Reitz, Kevin R.: Don't Blame Determinacy: US Incarceration Growth has been Driven by Other Forces. In: *TexLRev* 84:7 (2005), pp. 1787-1802.
- Reitz, Kevin R.: Proof of Aggravating and Mitigating Facts at Sentencing. In: J.V. Roberts (ed.), *Mitigation and Aggravation at Sentencing*, Cambridge 2011, pp. 228-246.
- Reitz, Kevin R. (ed.): *American Exceptionalism in Crime and Punishment*. New York 2017.
- Reitz, Kevin R./Klinge, Cecelia M.: Model Penal Code: Sentencing - Workable Limits on Mass Punishment. In: M.H. Tonry (ed.), *American Sentencing: What Happens and Why?*, *Crime&Just* 48 (2019), pp. 255-311.
- Research and Statistics Division: *Research at a Glance: Sentencing Commissions and Guidelines*, 2018, <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/jr/rg-rco/2018/mar05.html> <09.06.2020>.
- Roberts, Julian V.: Sentencing Reform: The Canadian Approach. In: *FSR* 9:5 (1997), pp. 245-249.

- Roberts, Julian V.: The Evolution of Sentencing Guidelines in Minnesota and England and Wales. In: M.H. Tonry (ed.), *American Sentencing: What Happens and Why?*, *Crime&Just* 48 (2019), pp. 187-253.
- Roberts, Julian V./Ashworth, Andrew: The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015. In: M.H. Tonry (eds.), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*, Chicago 2016, pp 307-358.
- Roberts, Julian V./Bradford, Ben: Sentence Reductions for a Guilty Plea in England and Wales: Exploring New Empirical Trends. In: *JELS* 12:2 (2015), pp. 187-210.
- Roberts, Julian V./Cole, David: Sentencing in Canada: Current Issues and Concluding Thoughts. In: J.V. Roberts/ D. Cole (eds.), *Sentencing in Canada: Essays in Law, Policy and Practice*, Toronto 2020.
- Roberts, Julian V./Doob, Anthony N.: Race, Ethnicity, and Criminal Justice in Canada. In: *Crime&Just* 21 (1997), pp. 469-522.
- Roberts, Julian V./Hough, Mike/Jackson, Jonathan/Gerber, Monica M.: Public Attitudes towards the Lay Magistracy and the Sentencing Council Guidelines: The Effects of Information on Attitudes. In: *BJC* 52:6 (2012), pp. 1072-1091.
- Rosenbaum, Briana Lynn: Sentence Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing through Robust Appellate Review. In: *JAppPrac&Process* 14:1 (2013), pp. 81-157.
- Roxin, Claus: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4th edn., München 2006.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 29th edn., München 2017.
- Ryberg, Jesper/Roberts, Julian V./de Keijser, Jan (eds.), *Sentencing Multiple Crimes*, New York 2017.
- Samuels, Julie/La Vigne, Nancy/Thomson, Chelsea: Next Steps in Federal Corrections Reform: Implementing and Building on the First Step Act. In: *FSR* 32:2 (2019), pp. 92-101.
- Schaefer, Torsten: Strafmaß bei Steuerhinterziehung, In: *NJW-Spezial* 6:3 (2009), pp. 88-89.
- Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M./van Gemmeren, Gerhard: *Praxis der Strafzumessung*, 6th edn., München 2017.
- Sentencing Council of England and Wales: *Assault: Definitive Guideline*, 2011, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Assault-definitive-guideline-Web.pdf> <09.06.2020>.

- Sentencing Council of England and Wales: Imposition of Community and Custody Penalties: Definitive Guideline, 2016, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Imposition-definitive-guideline-Web.pdf> <09.06.2020>.
- Sentencing Council of England and Wales: Robbery Offences: Definitive Guideline, 2016, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Robbery-definitive-guideline-Web.pdf> <09.06.2020>.
- Sentencing Council of England and Wales: Reduction in Sentence for a Guilty Plea: Definitive Guideline, 2017, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Reduction-in-Sentence-for-Guilty-Plea-definitive-guideline-SC-Web.pdf> <09.06.2020>.
- Simon, Jonathan/Feeley, Malcolm M.: The Form and Limits of the New Penology. In: T.G. Blomberg/S. Cohen (eds.), *Punishment and Social Control*, New York 2003, pp. 75-116.
- Statistics Canada: *Adult and Youth Correctional Statistics in Canada, 2017/2018*, May 9, 2019.
- Statistisches Bundesamt: Rechtspflege: Strafvollzug - Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3.2018, https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafvollzug-2100410187004.pdf?__blob=publicationFile <09.06.2020>.
- Stemen, Don/Rengifo, Andres/Wilson, James: *Of Fragmentation and Ferment: The Impact of State Sentencing Policies on Incarceration Rates, 1975-2002*, New York 2005.
- Stith, Kate/Cabranes, José A.: *Fear Of Judging: Sentencing Guidelines in the Federal Courts*, Chicago 1998.
- Stolzenberg, Lisa/D'Alessio, Stewart J.: "Three Strikes and You're Out": The Impact of California's New Mandatory Sentencing Law on Serious Crime Rates. In: *CAD* 43:4 (1997), pp. 457-469.
- Strate, Gerhard: Strafvollzug in unserer Zeit. In: *HRRS* 15:4 (2014), pp. 134-142.
- Streng, Franz: Mittelbare Strafwirkungen und Strafzumessung – Zur Bedeutung disziplinarrechtlicher Folgen einer Verurteilung für die Bejahung milder schwerer Fälle. In: *NStZ* 8:11 (1988), pp. 485-487.
- Streng, Franz: Sentencing in Germany: Basic Questions and New Developments. In: *GLJ* 8:2 (2007), pp. 153-171.

- Streng, Franz: *Strafrechtliche Sanktionen*, 3rd edn., Stuttgart 2012.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich in: V. Erb/R. Eser/U. Franke/K. Graalmann-Scheerer/H. Hilger/A. Ignor (eds.), *Löwe-Rosenberg: Die StPO und das GVG*, Bd. 6, 26th edn., Berlin 2012.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich: Gründe für die Abschaffung des § 153a StPO. In: F. Herzog/R. Schlothauer/W. Wohlers (eds.), *Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, Berlin 2016, pp. 369-390.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich: Double Jeopardy and Ne Bis in Idem in Common Law and Civil Law Jurisdictions. In: D.K. Brown/J.I. Turner/B. Weißer (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, New York 2019, pp. 457-476.
- Sylvestre, Marie-Eve: Rethinking Criminal Responsibility for Poor Offenders: Choice, Monstrosity, and the Logic of Practice. In: *McGillJ* 55:4 (2010), pp. 771-817.
- Tadros, Victor: Poverty and Criminal Responsibility. In: *JVI* 43:3 (2009), pp. 391-413.
- Taylor, Peter M.: Judges and Sentencing: In: 1993, *JLawScot* 38 (1993), pp. 129-131.
- Thomas, David A.: Judicial discretion in sentencing. In: L. Gelsthorpe/N. Padfield (eds.), *Exercising Discretion: Decision-making in the criminal justice system and beyond*, Cullompton 2003, pp. 50-73.
- Tomiak, Lucas: Direkter Tötungsvorsatz und Strafzumessung. In: *HRRS* 18:5 (2017), pp. 225-231.
- Tomiak, Lucas: Der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil als Strafmilderungsgrund beim sexuellen Missbrauch von Kindern. In: *HRRS* 19:1 (2018), pp. 18-25.
- Tomiak, Lucas: Die Verhältnismäßigkeit der Strafen in der Rechtsprechung des EGMR. In: *ZStW* 130:3 (2018), pp. 804-827.
- Tonry, Michael H.: 2004. *Thinking about Crime: sense and sensibility in American penal culture*, Oxford 2004.
- Tonry, Michael H.: Why Aren't German Penal Policies Harsher and Imprisonment Rates Higher?. In: *GLJ* 5:10 (2004), pp. 1187-1206.
- Tonry, Michael H.: Explanations of American Punishment Policies: A National History. In: *Punish&Society* 11:3 (2009), pp. 377-394.
- Tonry, Michael H.: *Punishing Race: A Continuing American Dilemma*. New York 2011.

- Tonry, Michael H.: Can Deserts Be Just in an Unjust World?. In: A.P. Simester/A. du Bois-Pedain/U. Neumann (eds.), *Liberal Criminal Theory – Essays for Andrew von Hirsch*, Oxford 2014, pp. 141-168.
- Tonry, Michael H.: Why Crime Rates are Falling throughout the Western World?. In: *Crime&Just* 43 (2014), pp. 1-63.
- Tonry, Michael H.: *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*, New York 2016.
- Truth and Reconciliation Commission of Canada (ed.): *Final Report Vol. 1-6*, Montreal 2015.
- Tsambikakis, Michael: Das erste Urteil in der „Liechtenstein-Affäre“. In: *PStR* 2009, pp. 1-2.
- Ulmer, Jeffery T.: Criminal Courts as Inhabited Institutions: Making Sense of Difference and Similarity in Sentencing. In: M.H. Tonry (ed.), *American Sentencing: What Happens and Why?*, *Crime&Just* 48 (2019), pp. 483-522.
- Ulmer, Jeffery T./ Johnson, Brian: Sentencing in Context: A Multilevel Analysis. In: *Criminology* 42:1 (2004), pp. 137-178.
- United States Sentencing Commission: *Overview of Federal Criminal Cases Fiscal Year 2017*, Washington, DC 2017, https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2018/FY17_Overview_Federal_Criminal_Cases.pdf <09.06.2020>.
- Verrel, Torsten: Brauchen wir eine neues Strafzumessungsrecht?. In: *JZ* 73:17 (2018), pp. 811-815.
- Verrel, Torsten: Der Staatsanwalt als Richter oder warum § 265a Abs. 1 3. Variante StGB sofort abgeschafft werden sollte. In: M. Böse/K.H. Schumann/F. Toepel (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Baden-Baden 2019, pp. 1071-1086.
- Walmsley, Roy: *World Prison Population List, 12th edn.*, 2018, http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf <09.06.2020>.
- Watts, Alexis Lee: *Timelines of Sentencing Commissions and Sentencing Guidelines Enactments: 1978 to the Present*, 2016, <https://sentencing.umn.edu/content/timelines-sentencing-commissions-and-sentencing-guidelines-enactments-1978-present> <10.06.2020>.

- Weigend, Thomas: Sentencing and Punishment in Germany. In: M.H. Tonry/R.S. Frase, (eds.), *Sentencing and Sanctions In Western Countries*, Oxford 2001, pp. 188-221.
- Weigend, Thomas: Anmerkung zu EGMR Nr. 22978/05 G ././. Deutschland v. 01.06.2010: Folterverbot im Strafverfahren. In: *StV* 31:6 (2011), pp. 325-329.
- Weigend, Thomas: Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO: praktikabel, aber nicht legitim. In: F. Herzog/R. Schlothauer/W. Wohlers (eds.), *Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, Berlin 2016, pp. 413-426.
- Weigend, Thomas: No News Is Good News: Criminal Sentencing in Germany since 2000. In: M.H. Tonry (ed.), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*, *Crime&Just* 45 (2016), pp. 83-106.
- Whitman, James Q.: *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide Between America and Europe*, Oxford 2003.
- Yellen, David: Reforming the Federal Sentencing Guidelines' Misguided Approach to Real-Offense Sentencing, In: *StanLRev* 58:1 (2005), pp. 267.
- Young, Warren/King, Andrea: The Origins and Evolution of Sentencing Guidelines: A Comparison of England and Wales and New Zealand. In: A. Ashworth/J.V. Roberts (eds.), *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford 2013, pp. 202-217.
- Zenthöfer, Jochen: Verschlussache »urteil_ulrich_h._30_10_2014« Oberste Geheimhaltungsstufe: Die Urteilsgründe im Fall Hoeneß – mehrere Lehrstunden in Sachen Pressefreiheit. In: *myops* 9:23 (2015), pp. 38-77.

Teil II/Part II

Tagungsbericht/Conference
Report

Bericht über das Kolloquium: Sentencing/Strafzumessung – Comparative Insights

*Inês Freixo**

Am 5. Juli 2019 veranstaltete das Institut für Kriminalwissenschaften der juristischen Fakultät Göttingen sein dreizehntes Kolloquium. Unter der diesjährigen Themenstellung „Sentencing/Strafzumessung – Comparative Insights“ sollten rechtsvergleichende Einblicke aus der Praxis der Strafzumessung Englands/Wales, der Vereinigten Staaten von Amerika, Kanadas und Deutschlands geschildert werden. Den Berichten aus den einzelnen Ländern folgte jeweils der Kommentar eines sich um die internationalen Beziehungen zwischen Deutschland und den drei Common Law Jurisdiktionen verdient gemachten deutschen Strafrechtlers.

In seiner Eröffnungsrede erläuterte *Prof. Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen)* das mit der Veranstaltung verbundene Ziel, die jüngst durch den *Deutschen Juristentag* (26. bis 28. September 2018) angestoßene Diskussion fortzusetzen und um eine detailliertere Analyse der genannten Rechtssysteme zu bereichern. Kann das dortige Strafzumessungsrecht und die entsprechende Praxis die deutsche Debatte inspirieren? Können die Erfahrungen aus dem Ausland dazu beitragen, mehr Konstanz und größere Einheitlichkeit in der inländischen Bestrafung herzustellen, insbesondere durch den Einsatz von Strafzumessungsrichtlinien (wobei über die – in der Praxis ohnehin weniger relevanten – U.S. Federal Guidelines hinaus auch der englische bzw. walisische Ansatz in den Blick zu nehmen ist). Gleichzeitig solle der

* Aus dem Englischen übersetzt von Eric Armbrecht.

Austausch nicht nur einseitig dem hiesigen Diskurs zugutekommen – könne doch die deutsche Praxis und die diesbezügliche Reformdebatte auch interessante Erkenntnisse für die Common Law Jurisdiktionen liefern.

1 Der englische/walisische Ansatz und die deutsche Perspektive

Prof. Nicola Padfield (Cambridge University) führte in die englische bzw. walisische Perspektive ein, indem sie fragte: 1) Über wie viel Ermessen verfügen Richter/-innen und wie viel sollte ihnen tatsächlich zustehen? 2) Sollten Richter/-innen ihren eigenen Ermessensgebrauch kontrollieren? 3) Wer sonst könnte diese Kontrolle übernehmen? Sie erwähnte Abschnitt 142 des Criminal Justice Act 2003, in dem die Strafzwecke normiert sind. Namentlich die Sanktionierung von Straftätern, eine Verringerung der Kriminalität, die Sozialisierung und Rehabilitation der Täter, der Schutz der Öffentlichkeit und die Wiedergutmachung des von dem Täter begangenen Unrechts gegenüber den betroffenen Personen. Weiter führte sie aus, dass es empirisch nicht ausreichend belegt sei, wie die breite Bevölkerung über das Strafzumessungsrecht und die diesbezügliche Praxis denkt. Prof. Padfield machte darauf aufmerksam, dass ein umfassend geregeltes Strafzumessungsrecht wie in England und Wales nicht unweigerlich eine Beschneidung von Ermessen zur Folge haben müsse. Ihrer Meinung nach erfolgte in letzter Zeit vielmehr eine Verlagerung des Ermessens von den Richter/-innen hin zur Staatsanwaltschaft, die derzeit in der Lage sei, mit der Anklage einen bestimmten gerichtlichen Strafausspruch zu determinieren. In Bezug auf die einzelnen in England/Wales zur Verfügung stehende Sanktionsformen erwähnte Prof. Padfield Freiheitsstrafe, Geldstrafe und „community order“; letztere könne etwa in unbezahlter Arbeit, einer Ausgangssperre, Beaufsichtigung oder medikamentöser Behandlung bestehen.

Die Anwendung von Freiheitsstrafen sei sehr komplex. Prof. Padfield stellte drei diesbezügliche Unterkategorien vor: Lebenslange, verlängerte und befristete Haftstrafen. Sie wies darauf hin, dass Gefangene in Deutschland durchschnittlich mehr Zeit im Gefängnis verbringen würden als in England, obwohl die hiesigen Strafen von kürzerer Dauer seien.

Nachdem sie einige der aktuell problematischen Fragen des englischen bzw. walisischen Strafzumessungsrechts aufgezeigt hatte, erklärte Prof. Padfield, dass die Gerichte nach dem Coroners and Justice Act 2009 bei der Aburteilung von Straftaten zur Befolgung der Strafzumessungsrichtlinien verpflichtet seien, es sei denn, dies würde den „Interessen der Gerechtigkeit“ zuwiderlaufen. Anschließend stellte sie die tatbestandsspezifischen Richtlinien kurz vor, und verwies auf eine feste Abfolge von neun Schritten zur Entscheidungsfindung (1. Festlegung der Tatkatgorie; 2. Ausgangsstrafe und Strafraumen; 3. Berücksichtigung weiterer strafzumessungsrechtlich relevanter Faktoren, z.B. Unterstützung bei der Strafverfolgung; 4. Strafminderung bei Geständnissen; 5. Besondere Gefährlichkeit; 6. „Totality Principle“;

7. Kompensation und sonstige Nebenverfügungen; 8. Nennung von Gründen; 9. Berücksichtigung von in Untersuchungshaft verbrachter Zeit).

Zum Abschluss ihres Beitrags wies Prof. Padfield auf die Dichotomie zwischen Einheitlichkeit und Einzelfallgerechtigkeit der Strafen hin, die im Laufe des Nachmittags immer wieder deutlich wurde. Schließlich warf sie die Frage nach der national unterschiedlichen Handhabung der Strafzumessung auf, indem sie das Publikum danach fragte, wie die deutsche Praxis an dieser Stelle verfare.

Prof. Jörg M. Jehle (*Georg-August-Universität Göttingen*) ging aus deutscher Sicht zunächst auf die Schwierigkeiten eines Vergleichs solch unterschiedlicher Strafrechtsmodelle ein. Er führte weiter aus, dass die meisten Strafsachen in Deutschland schon im Ermittlungsverfahren erledigt würden. An dieser Stelle werde den Strafverfolgungsbehörden ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt, dessen Regulierung durch interne Weisungen – ähnlich wie bei Strafzumessungsrichtlinien – erfolge.

Prof. Jehle nahm sich die Zeit, auf einige Fragen zur Strafzumessung in Deutschland einzugehen, etwa die Wechselwirkung zwischen dem Grad der Schuld und präventiven Aspekten.

Er machte auf empirische Studien aufmerksam, die eine bemerkenswerte Inkonsistenz in der Strafzumessung zwischen den einzelnen Bundesländern belegten. Bezugnehmend auf den *Deutschen Juristentag* fügte er hinzu, dass über verschiedene Vorschläge zur Überwindung dieser Ungleichheiten diskutiert worden sei. Während die Einführung von Strafzumessungsrichtlinien und die Einrichtung einer Expertenkommission zur Strafzumessung verworfen worden wären, hätten die Ideen der Schaffung einer zentralen Datenbank für Urteile sowie der Einführung periodischer Überprüfungen und einer Verlaufsstatistik Zustimmung gefunden. Solche Maßnahmen könnten signifikante Auswirkungen auf die Konstanz der Strafzumessung innerhalb Deutschlands haben.

In der anschließenden *Diskussion* konzentrierte sich die Debatte hauptsächlich auf folgende Themen: 1) Sollte eine nähere Aufschlüsselung der Gefangenenpopulation nach Geschlecht, sozialer Herkunft etc. die normative Perspektive beeinflussen? 2) Sind die die Strafzumessung betreffenden regionalen Unterschiede problematisch? Prof. Padfield bekräftigte die große Bedeutung exakten und detaillierten Datenmaterials, das die Strafzumessung sowohl aus normativer als auch aus praktischer Sicht zu beleuchten vermag. Den regionalen Unterschieden schenkte sie hingegen wenig Beachtung, indem sie danach fragte „Warum können wir uns nicht darauf einigen, dass es mehr als eine Antwort geben kann?“. Im Gegensatz dazu argumentierte Prof. Jehle, dass Gleichheit in der Strafzumessung wichtig sei, weswegen auch die zentrale Datenbank mit den Urteilen sowohl zur Orientierung beim Erlass neuer Entscheidungen als auch zur Bewertung bereits ergangener Urteile von entscheidender Bedeutung sei.

2 Der US-amerikanische Ansatz und die deutsche Perspektive

Der US-amerikanische Ansatz wurde von *Prof. Rhys Hester (Clemson University)* vorgestellt. Zu Beginn wiederholte er zustimmend, dass die Federal Guidelines (Strafzumessungsrichtlinien auf US-Bundesebene) nicht repräsentativ für das Strafzumessungsrecht der USA seien. Denn nur ein geringer Anteil aller Strafsachen werde auf Ebene des Bundesrechts abgehandelt, etwa Taten im Zusammenhang mit illegaler Einwanderung, Betrugsdelikte und einige Drogendelikte. Der Großteil der Straftaten wie Tötungsdelikte, Einbruchs- und Diebstahlstaten und viele Drogendelikte falle jedoch unter das Recht der einzelnen Bundesstaaten. Prof. Hester kam dann auf die Idee zurück, dass die Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls und die Konstanz in der Strafzumessung in ein ausbalanciertes Verhältnis zueinander gebracht werden müssten. Für den sogenannten „Amerikanischen Exzeptionalismus“, der einen signifikanten Anstieg der US-Gefangenenpopulation ab den 1970er Jahren zur Folge hatte, nannte er mehrere mögliche Gründe, etwa einen paranoiden Politikstil, eine Tendenz zum moralischen Absolutismus, strukturelle Faktoren wie die Wahl von Staatsanwälten und die Wahl oder die politische Ernennung von Richtern sowie Amerikas andauernde Aufarbeitung von Sklaverei und Rassentrennung. Nach diesen einleitenden Bemerkungen fuhr Prof. Hester mit den Unterschieden zwischen den einzelnen US-Bundesstaaten fort, wie er es ausdrückte: „Die Strafzumessungswissenschaft in den USA ist rechtsvergleichend“ („sentencing scholarship in the US is comparative“). Nur 17 Staaten verfügten überhaupt über Strafzumessungsrichtlinien. Schließlich begrüßte er das Projekt einer deutschen Datenbank als ersten Schritt in Richtung eines besseren Verständnisses der Realität der Strafzumessung. Er verwies auch auf den unbestreitbaren Einfluss althergebrachter Kulturen auf die Strafzumessung und schloss mit der Aussage, dass zum Ausgleich von Einzelfallgerechtigkeit und Einheitlichkeit gleiche Strafzumessungsbedingungen geschaffen werden müssten, die auch einen gewissen Ermessensspielraum beinhalteten. Als positives Beispiel sei hier etwa das Strafzumessungsrecht des US-Bundesstaats Minnesota zu nennen, wo die Richter in etwa einem Drittel aller Fälle von den Vorgaben der dortigen Richtlinien abwichen.

Aus deutscher Sicht merkte *Prof. Tatjana Hörnle (Humboldt-Universität Berlin/Max-Planck-Institut Freiburg i. Br.)* zunächst an, dass der drastische Anstieg der Gefangenenpopulation in den USA in den 1970er Jahren auch die Folge einer effizienteren Strafverfolgung gewesen sein könnte. In diesem Zusammenhang warnte sie vor den Gefahren einer ausschließlich ergebnisorientierten Betrachtung der Strafzumessung, da auch der Vorgang der Entscheidungsfindung als solcher kritisch hinterfragt werden sollte.

Anschließend wies sie darauf hin, dass die deutsche Justiz in extrem bürokratischen Strukturen arbeite und ihre Strafzumessungsentscheidungen für Außenstehende den Charakter einer „Black-Box“ hätten. Eine unterschiedliche Praxis der Strafzumessung lasse sich nicht nur zwischen einzelnen Bundesländern beobachten, sondern trete gleichfalls auch auf regionaler Ebene auf. Über diese Differenzen sollte

nicht hinweggesehen werden, auch wenn sie geringer ausfielen als in den USA (schließlich sichere hierzulande der letztinstanzlich einheitlich für das gesamte Bundesgebiet zuständige Bundesgerichtshof die Wahrung eines gewissen Mindestmaßes an Einheitlichkeit in der Strafzumessung). Ebenso wie in anderen Jurisdiktionen, sei die öffentliche Meinung zur Strafzumessung in Deutschland eher negativ geprägt. Hinsichtlich möglicher Reformen des hiesigen Strafzumessungsrechts stellte Prof. Hörnle fest, dass es in der Juristerei jedoch bedauerlicherweise einen allgemeinen Hang zur Bequemlichkeit gebe, der zur Aufrechterhaltung des *Status quo* führe und Fortschritte erschwere. Gleichwohl sollte die Reformdiskussion wieder aufgenommen werden, diesmal mit dem Fokus auf die englischen bzw. walisischen Strafzumessungsrichtlinien anstelle der U.S. Federal Guidelines.

Im Rahmen der *Diskussion* beteiligten sich die Zuhörer an einer Debatte über das staatsanwaltschaftliche Ermessen und den exzessiven Gebrauch von „plea bargaining“ in den USA. Prof. Hester stand dem US-System an dieser Stelle sehr kritisch gegenüber. Er verwies aber auch auf einen Silberstreif am Horizont in Gestalt einer Bewegung progressiver Staatsanwälte, die in den städtischen Gebieten einiger Bundesstaaten aktiv sei und sich für ein milderes Strafniveau einsetze. Hinsichtlich der Defizite bei der Auswahl von Staatsanwälten und Richtern in den USA wendete Prof. Hörnle ein, dass „ein bürokratisches System [wie in Deutschland] nicht notwendigerweise menschenwürdigere Strafen impliziert“.

3 Der kanadische Ansatz und die deutsche Perspektive

Prof. Benjamin Berger (*Osgoode Hall Law School, York University, Toronto*) stellte den kanadischen Ansatz vor. Einführend erläuterte er, dass das Strafrecht in Kanada nach wie vor sehr unreguliert sei. Kanada verfüge über ein Strafgesetzbuch, dennoch gebe es nur eine begrenzte Anzahl kodifizierter Normen, wovon die meisten aus dem Common Law abgeleitet seien.

Er ging besonders auf etwaige mit einer Strafe in Zusammenhang stehende Nebenfolgen ein, beispielsweise die möglichen Folgen einer Abschiebung in Fällen, in denen Migranten involviert sind.

Prof. Berger machte in der kanadischen Strafzumessung drei Trends aus: 1) Eine proportionale Überrepräsentation der indigenen Bevölkerung in den kanadischen Gefängnissen (5 % der Einwohner Kanadas seien Angehörige indigener Völker, die Gefangenenpopulation auf Bundesebene bestehe zu 27 % aus Indigenen, in einigen Provinzen belaufe sich diese Zahl auf bis zu 80 %); 2) Die Befolgung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und eine dementsprechende Anweisung habe zu größerer Berücksichtigung der einzelfallspezifischen Tatumstände bei der Strafzumessung geführt; 3) Die Einführung von verbindlichen Mindeststrafen, insbesondere unter der konservativen Regierung Anfang der 2000er Jahre, welche mittlerweile jedoch in zahlreichen Fällen von den Gerichten für verfassungswidrig erklärt worden seien.

Abschließend schlug er eine starke Einbeziehung der Richter/-innen in die Strafvollstreckung vor. Eine solche Auseinandersetzung mit den Haftbedingungen, der Vollzugspraxis und den damit einhergehenden Konsequenzen könne sie darin schulen, die Härte einer bestimmten Strafe richtig einzuschätzen.

Dr. Thomas Grosse-Wilde (Universität Bonn) kommentierte aus deutscher Sicht, indem er zunächst aufzeigte, dass Kanada und Deutschland – im Gegensatz zu den ausufernden Gefangenenzahlen in den USA – vergleichsweise ähnlich geringe Inhaftierungsquoten aufwiesen. Dennoch existierten in beiden Ländern weder Strafzumessungsrichtlinien noch eine Strafzumessungskommission. Er kritisierte die Tatsache, dass Strafzumessungsentscheidungen in Deutschland zu stark einzelfallbezogen getroffen werden würden und es ihnen daher insgesamt an einer gewissen systematischen Kohärenz mangle. Dem ließe sich entgegenwirken durch eine strukturierte Rechtsprechungspraxis der Rechtsmittelgerichte oder mittels des Erlasses von Strafzumessungsrichtlinien durch ein mit einer Strafzumessungskommission vergleichbares Gremium – insbesondere bei schweren Straftaten.

Derzeit scheine in Deutschland Konsens darüber zu bestehen, dass justizielles Fehlverhalten oder andere von einem staatlichen Akteur verursachte Schäden eine strafrechtliche Sanktion nicht mildern sollen, es sei denn, damit ist eine besondere Härte verbunden. Weiterhin stellte er in Frage, ob sich der Hintergrund des Täters und eine etwaige gesellschaftliche Benachteiligung als mildernde Faktoren strafzumessungsrechtlich auswirken sollten oder ob dies nicht eher zur Verwirrung und Vereitelung von Verteilungs- und vergeltender Gerechtigkeit („distributive and retributive justice“) beitragen würde. Er schloss damit, dass der deutsche Strafzumessungspluralismus nicht die richtige Reaktion auf eine immer diversifiziertere Gesellschaft sein könnte.

In der *Diskussion* wurden zwei zentrale Punkte hervorgehoben: 1) Das Zusammenspiel von Straf- und Zuwanderungsrecht; 2) Die unverhältnismäßig hohe Gefangenenrate einzelner Gruppen innerhalb der Gesellschaft. In Beantwortung der erstgenannten Frage betonte Prof. Berger, dass Richter/-innen die Wirkungen einer Strafe über ihre rechtlichen Voraussetzungen hinaus einschätzen können sollten und vorrangig die damit einhergehenden Konsequenzen für den konkreten Menschen im Blick haben sollten. Was den letzteren Punkt anbelangt, so sollten nicht nur Soziologen, sondern auch Juristen über die Überrepräsentation bestimmter Gruppen in den Gefängnissen besorgt sein, schließlich könne die Strafjustiz als treibende Kraft für die Herstellung einer gerechteren und gleichberechtigteren Gesellschaft dienen.

In der *abschließenden Diskussionsrunde* fasste Prof. Ambos einige der zentralen Aussagen der bisherigen Vorträge zusammen und gab den Teilnehmern die Möglichkeit, diese nochmals aufzugreifen. Auf Basis dieses sehr angeregten Gedankenaustauschs lassen sich folgende (vorläufige) Schlussfolgerungen festhalten, die jedoch nicht auf den Konsens aller Teilnehmer gestoßen sind:

- Höhere Gerichte sollten bestimmte Vorgaben für den Strafzumessungsvorgang machen, die von den Prozessgerichten zu befolgen sind;
- wünschenswert sind institutionelle Reformen, die eine Vernetzung von Strafzumessungsrecht, Strafvollzugsrecht und den Regeln zur Haftbeendigung ermöglichen;
- regionalen Unterschiede, die auch innerhalb einzelner Bundesländer auftreten, können durch eine einheitlichere Strafzumessungspraxis minimiert werden. Erreichen lässt sich diese durch umfassende Schulungen des Richterpersonals sowie durch die Einrichtung einer nationalen Entscheidungsdatenbank (was auch Forderung des *Deutschen Juristentages* ist);
- Richtlinien tragen grundlegend zur Erhöhung des allgemeinen Verständnisses des Strafzumessungsrechts bei, indem sie die zu einem konkreten Strafausspruch führenden Gründe transparent für die Öffentlichkeit machen;
- ungeachtet der Bedeutung der öffentlichen Meinung darf sich das Strafzumessungsrecht nicht von den populären Forderungen nach mehr Strenge oder größerer Nachsicht leiten lassen;
- mit einem stabilen Rechtsmittelsystem lässt sich gewährleisten, dass die Richter/-innen für ihre Entscheidungen eine gewisse Rechenschaftspflicht trifft.

Colloquium Report: Sentencing/Strafzumessung – Comparative Insights*

Inês Freixo

On 5 July 2019 the Institute for Criminal Law and Justice of the Faculty of Law of the University of Göttingen held its 13th Colloquium. This year's topic was "Sentencing/*Strafzumessung* – Comparative Insights", which included perspectives from England/Wales, the United States of America, Canada, and Germany. Each country's report was followed by comments by German scholars that established bridges between Germany and the three common law jurisdictions.

In his opening remarks, *Prof. Kai Ambos (University of Göttingen)* explained the aim of the event, namely to continue the recent discussion started at the last *Deutscher Juristentag* (26–28 September, Leipzig) with a more detailed analysis of three major common law jurisdictions. Can the sentencing law and practice in these jurisdictions inspire the German debate? Can it perhaps help to achieve a greater consistency and uniformity in sentencing, especially by using sentencing guidelines (based not only on the – in practice, not so relevant – US Federal Guidelines but also on the English/Welsh approach). On the other hand, the exchange should not be a one-way street, since common law jurisdictions may learn something valuable from the German practice and debate.

* Originally published in CLF 30 (2019), p. 473.

1 The English/Welsh Approach and the German Perspective

Prof. Nicola Padfield (Cambridge University) introduced the English/Welsh perspective by asking: 1) how much discretion do judges enjoy and how much they should indeed enjoy? 2) Should the judges control their own use of discretion? 3) Who else should monitor such discretion? She mentioned Section 142 of the Criminal Justice Act of 2003 that provides the purposes of sentencing. These are the punishment of offenders, the reduction of crime, the reform and rehabilitation of offenders, the protection of the public and the making of reparation by offenders to persons affected by their offences. Nevertheless, she proceeded, there is insufficient empirical evidence on the community's perception of sentencing law and practice. Prof. Padfield carried on by drawing attention to the fact that although England/Wales is a prolific jurisdiction on sentencing law, this does not inevitably lead to less judicial discretion. In her opinion, there was a shift of discretion from the Judges to the Prosecutors, who are currently able to adjust the charges to the prospect of a specific outcome. Regarding the specific sentences in England/Wales, Prof. Padfield mentioned imprisonment, fine, and community order; the latter may entail requirements such as unpaid work, curfew, supervision, drug treatment.

The application of imprisonment sentences is of great complexity. Prof. Padfield presented three subcategories: lifers, extended sentences, and fixed term sentences. She pointed out that although sentences in Germany are shorter than in England and Wales, people stay longer in prison.

After focusing mainly on the current problematic issues regarding the law of sentencing, Prof. Padfield mentioned that according to the Coroners and Justice Act 2009, when sentencing offences, the courts must follow the sentencing guidelines, unless it would be contrary to the interests of justice to do so. She then briefly illustrated the offence-specific guidelines, referring to a sequence of nine steps to decision-making (1. determining the offence category; 2. starting point and category range; 3. consider any other factors which indicate a reduction, such as assistance to the prosecution; 4. reduction for guilty pleas; 5. dangerousness; 6. totality principle; 7. compensation and ancillary orders; 8. reasons; 9. consideration for remand time.)

In her concluding remarks, Prof. Padfield mentioned the dichotomy – that would be recurring throughout the afternoon – between consistency of the decisions and individualization. She finally referred to the question of addressing ethnicity while sentencing, by asking the audience what the German practice regarding this matter was.

From a German perspective *Prof. Jehle (Göttingen University)* started by acknowledging the difficulties of comparing systems that entail such distinctive models of criminal justice. He proceeded by mentioning that in Germany most criminal cases end at the prosecution level, which comprises a certain discretionary power of the prosecution authorities regulated by internal directions akin to sentencing guidelines.

Prof. Jehle took the time to address some issues of sentencing in Germany such as the interdependency between the degree of guilt and preventive aspects.

He mentioned that empirical studies show a remarkable lack of consistency in sentencing between the Federal States. With regard to the *Deutscher Juristentag*, he added that several suggestions to overcome those inequalities were discussed. The introduction of sentencing guidelines and the establishment of an experts' commission on sentencing was rejected; however, there was an overall adherence to the creation of a central database of sentences and periodical reconviction and flow statistics. Such measures could have a great impact on the consistency of sentencing within Germany.

In the subsequent *discussion* the debate focused mainly on the following topics: 1) should the breaking down of the incarcerated population based on gender, social background, etc. influence the normative perspective? 2) Are the region-based differences problematic? Prof. Padfield reiterated the crucial importance of accurate and detailed data from both a normative and a practical perspective, on the other hand she paid little attention to the regional differences, asking: "Why can't we agree that there can be more than one response?" In contrast, Prof. Jehle argued that equality is important, therefore the central database of sentences is of crucial importance for both the orientation and the evaluation of the decisions.

2 The US Approach and the German Perspective

The US approach was presented by *Prof. Rhys Hester (Clemson University)*. He began by agreeing and reiterating that the Federal Guidelines are not representative of the US system. Only a reduced number of criminal cases are dealt with at the federal level, namely immigration cases, fraud crimes, and some drug crimes. The bulk of criminal offences such as homicides, burglaries, and many drug crimes are decided at the state level. He then returned to the idea that individualization and consistency need to be balanced. As for the so-called "US Exceptionalism" that caused a significant increase of the incarcerated population in the US from the 1970s onwards, Prof. Hester advanced several possible reasons, namely, a paranoid political style, a tendency to moral absolutism, structural features like the election of prosecutors and election or political appointment of judges, and America's enduring struggle with slavery and race. Following these introductory remarks, Prof. Hester proceeded with the interstate differences in the US. As he put it, "sentencing scholarship in the US is comparative". Only 17 states have sentencing guidelines. Finally, he welcomed the project of a database in Germany, for it is the first step to better understand the existing reality. He also referred to the undeniable influence of culture in sentencing and concluded by saying that a level playing field which allows for some discretion needs to be created in order to balance individualism and unity, for example in Minnesota the judges deviate from the Guidelines in around one third of the cases.

From a German perspective Prof. Tatjana Hörnle (*Humboldt University of Berlin/Max Planck Institute Freiburg i. Br.*) noted firstly that the drastic rise of the incarcerated population in the US during the 1970s could be a consequence of more efficient prosecution. In this regard, she also warned about the dangers of analyzing sentencing based exclusively on the outcome, since the fairness of the decision making process as such should be taken into account as well.

Subsequently, she pointed out that the German judiciary is extremely bureaucratic, and it has a black box model of sentencing. Cultural differences in sentencing are visible not only at the state level but also at a regional level. Even if less troublesome than in the US, since there is one Federal Court, these differences should not be overlooked. As in other jurisdictions, public opinion on sentencing in Germany is rather negative. Concerning the possible reforms of the German system, she sadly noted that there is a general feeling of comfort with the *status quo*, thus it is difficult to move forward. Nonetheless the discussion should return to the table, this time centered on the English/Welsh Guidelines instead of the US Federal Guidelines.

In the *discussion* the audience engaged in a debate on the prosecutorial discretion and the excessive use of “plea bargaining” in the US. Prof. Hester was very critical of the US system on this point. He mentioned, however, a silver lining, in urban areas of certain states there is a movement of progressive prosecutors requesting milder sentences. Regarding the shortcomings of prosecutors and judges’ selection in the US, Prof. Hörnle countered that “a bureaucratic system [in Germany] does not necessarily imply more humane sentences”.

3 The Canadian Approach and the German Perspective

Prof. Benjamin Berger (*Osgoode Hall Law School, York University, Toronto*) presented the Canadian approach. He started by saying that sentencing law in Canada remains highly unregulated. Canada has one criminal code, but nonetheless there is only a limited number of legislative guidelines, most of them common law derived.

He was particularly concerned with the collateral effects of sentencing that surpass the criminal sanction, for example the possible consequence of deportation in cases involving immigrants.

Prof. Berger identified three trends in Canadian sentencing: 1) reckoning with Indigenous over-incarceration (Canada has a total of 5% Indigenous people, but 27% of the incarcerated population at the federal level is Indigenous, these numbers go up to 80% in some provinces); 2) increasing individualization, based on proportionality criteria and under guidance; 3) introduction of mandatory minima for sentences, the latter was especially evident during the conservative government in the first decade of the 21st century, but courts have ruled many of these unconstitutional.

He concluded by suggesting that judges ought to be more involved with the execution of the sentences, meaning that they should be more concerned with the experience, effects, and conditions of imprisonment in order to properly evaluate the severity of a sentence.

Dr. Thomas Grosse-Wilde (University of Bonn) commented from a German perspective, stating that both Germany and Canada have similarly lower incarcerated prison rates compared to the US. There are neither sentencing guidelines nor a sentencing commission yet in both countries. He criticized the fact that in Germany sentencing decisions might be overly individualized and lack some systematic coherence. This could be overcome with the introduction of structured rules by the courts of appeal or guidelines by a body comparable to a sentencing commission – especially for serious crimes.

Currently the consensus in Germany seems to be that judicial misconduct or other sufferings imposed by a state agent should not mitigate the criminal sanction, unless it implicates a special suffering. Moreover, he called into question whether the background of the offender and social discrimination should be mitigating factors for sentencing or whether this would obscure and confuse both distributive and retributive justice. He concluded by defending that in the German case legal pluralism in sentencing might not be the right reaction for a more diverse society.

During the *discussion* two key issues were emphasized: 1) the interplay between sentencing and immigration law; 2) the disproportional incarceration rates of specific groups within society. In reply to the former question, Prof. Berger emphasized that the judges should understand the consequences of sentencing beyond the criminal sanction itself and give priority to the consequence for the specific individual at the moment of sentencing. As to the latter, it should not be only the social policy makers who worry about the overrepresentation of certain groups in prison, but also legal scholars and practitioners, since criminal justice can be a driving force for a fairer and more equal society.

In the *final discussion round* Prof. Ambos summarized some of the major points of the previous presentations and asked the participants to pick up on a few of these. On the basis of the highly interesting exchange of ideas the following (provisional) conclusions – that did not achieve consensus among all participants – may be drawn:

- Higher courts ought to set a sentencing margin to be followed by trial courts;
- institutional reforms that enable an interconnectivity of sentencing, prison law and rules on release would be beneficial;
- despite regional differences, including within nation states and sub-entities (*Länder*, federal states), uniformity could be achieved by structured trainings as well as by the establishment of a national database (which is, in fact, a demand of the *Deutscher Juristentag*);
- guidelines are fundamental for the general public's understanding of sentencing law as they increase transparency;

- notwithstanding the importance of public opinion, sentencing law cannot be guided by popular demands of severity or leniency;
- an effective means to ensure judges' accountability for their decisions would be a robust appeal system.

Teil III/Part III

Dokumentation/
Documentation

Sentencing Guidelines vs. Free Judicial Discretion – Is German Sentencing Law in Need of Reform?

*Johannes Kaspar**

1 Introduction: Sentencing in the light of German Constitutional Law

If punishment is the sharpest sword in the armory of possible measures the state can impose on its citizens, then sentencing is the process of deciding how deep the perpetrator is to be wounded. This quite common metaphor indicates that the process of sentencing has an extremely burdening effect on the convict as it decides on the extent of a serious interference with their fundamental rights.¹ This again makes it necessary for reasons of constitutional law that the legislator establishes sufficiently precise standards and rules in order to provide a binding and at the same time restricting framework for sentencing courts.² In the light of German constitutional law, sentencing regulations should be able to provide for legal certainty, equality and proportionality of sentencing.³

* The following text is a summary of Kaspar, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? Gutachten C für den 72. Deutschen Juristentag, 2018.

¹ Kaspar 2018, C 10; cf. also Kaspar 2014; MüKo-StGB-Miehbach/Maier § 46 Rn. 1.

² Kaspar 2018, C 86 et seq.

³ These three major dimensions of constitutional law with regard to sentencing are discussed in more depth in Kaspar 2019.

However, the presently applicable German law on sentencing does not sufficiently comply with these requirements. In many cases the ranges of sentences for certain types of offences show a significant width which is at least questionable when it comes to legal certainty and definiteness that are demanded by Art. 103 section 2 of the German constitution (Grundgesetz, GG). The principle of legality regulated in this provision relates not only to the question whether a certain type of behavior is punishable or not, but also to the question of what kind of punishment one has to face in case of a violation of the law.⁴ Each citizen should be able to answer both questions in advance just by checking the criminal law – which is obviously quite hard if possible punishment ranges (e.g.) from 1 to 10 years of prison (cf. § 249 StGB, robbery) or from a small fine up to five years of prison (cf. § 242 StGB, theft).

The problem is aggravated by the fact that judges are also granted remarkable discretion by the legislator in other areas, e.g. when deciding about unspecified particularly serious or less serious cases (unbenannte besonders schwere/minder schwere Fälle). Here, the choice of the range of sentences is supposed to depend on a quite vague overall assessment by the judge, whereas the legislator does not even indicate which constellations are meant by “particularly serious” or “less serious”. The most problematic provision in this regard is § 212 section 2 of the German Penal Code (StGB) which regulates that the judge may impose a lifelong prison sentence (instead of a prison sentence between 5 and 15 years) if he or she deems a concrete case of homicide to be a “particularly serious” one.⁵ If we combine particularly serious and less serious cases, the range of sentences for homicide reaches from one year of prison up to lifelong imprisonment.⁶

The central legal provision concerning sentencing, § 46 I StGB, is not very helpful in this regard either. It is a mere compromise, which soon after its introduction was criticized as a “first rank mistake”⁷ and is still criticized today.⁸ Indeed, many essential questions have remained without an answer.⁹ This also touches on the issue of relevant purposes of punishment, which directly affects sentencing: if we as a judge would have to choose between two or three years of imprisonment, which both seem approximately appropriate in the particular case, the question of one more (or less) year of prison cannot be reasonably answered without relating to the question of “why” or respectively for what purpose do we punish in this (and not in another) way. We have to keep in mind here that the principle of proportionality

⁴ Cf. BVerfGE 25, 269 et seq.; BVerfGE 105, 305 et seq. (Vermögensstrafe).

⁵ The majority of the Criminal Law Department of the German Convention of Legal Scholars and Practitioners (Strafrechtliche Abteilung des Deutschen Juristentags) voted in favor of abolishing this type of provisions in 2018.

⁶ Cf. Radtke DRiZ 2018, 251.

⁷ Stratenwerth 1977, 13.

⁸ Kaspar 2018, C 58 ff.; Radtke DRiZ 2018, 251; Hoven KriPoZ 2018, 287; Grosse-Wilde ZIS 2019, 134.

⁹ Cf. Lackner 1978, 7.

based in the German constitution requires the state to keep infringements into liberty rights as lenient as possible – therefore, state representatives always have to look for the mildest measure that is sufficiently appropriate to achieve the purpose pursued (principle of necessity, *Erforderlichkeit*). Coming back to our example: If the purposes of punishment also would be served in a satisfying way by the two-year prison sentence, the judge would be obliged to choose this alternative – without any discretion! The problem, however, is obviously that there are a lot of assumptions here that are themselves not clear and open for a quite broad subjective assessment by the judge: What are the relevant purposes of punishment? And when and how are they sufficiently fulfilled in a concrete case?

Little is gained (in terms of legal certainty and proportionality) by the vague commitment to guilt (“*Schuld*”) as the ‘basis for sentencing’ in § 46 I 1 StGB.¹⁰ Quite remarkably, the legislator does not explicitly state that punishment serves a particular aim of “retribution” or “compensation of guilt”. We can only conclude that “guilt” is meant to be an important sentencing factor, that it is supposed to influence the amount of punishment – but the question of what actual aim we want to achieve by punishing people is not clearly answered. Furthermore, the question of what exactly the term ‘guilt’ is supposed to mean in the context of sentencing is very controversial.¹¹ While the prevailing opinion favors a concept of ‘guilt regarding the criminal act’ (*Tatschuld*) and rejects concepts of guilt concerning lifestyle or character (*Lebensführungsschuld/Charakterschuld*),¹² it still remains to be justified why aspects like the behavior after the criminal act that have nothing to do with the actual offence should be relevant for the determination of “guilt” (in the sense of the “blameworthiness” of the act) as § 46 II StGB indicates.

In addition to this, the prevailing opinion’s concept of guilt contains the risk that – compared to the objective gravity of the offence – too much emphasis is placed on personal factors like the offender’s ‘attitude’ or the number of previous convictions.¹³ The sound principle, according to which not the person of the offender as such, but the offence as an external incident is to be addressed and condemned by the sentence,¹⁴ is thereby put at risk and the dividing line to mere preventive measures of rehabilitation and incapacitation (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*, §§ 61 ff. StGB) as the second type of sanctions in the German two-track system of criminal sanctions (*zweispuriges System*) becomes blurred.

¹⁰ Verrel JZ 2018, 811; Kudlich/Koch NJW 2018, 2762 et seq.

¹¹ Streng StV 2018, 595.

¹² Cf. Epik StV 2019, 490 fn. 17; Streng 2012 recitals 524 et seq.; Meier 2015, 187.

¹³ Cf. among others Hörnle JZ 1999, 1080 (1083).

¹⁴ Frisch ZStW 1987, 384 et seq.

Even the catalogue of sentencing factors in § 46 II StGB helps only partially as it contains an explicitly non-exhaustive list of rather heterogeneous circumstances without making clear how these are to be weighted and to be taken into consideration.¹⁵ Relevant factors are (inter alia) the offender's motives and objectives, the degree of the breach of the offender's duties, the *modus operandi* and the consequences caused by the offence, the offender's prior history, personal and financial circumstances and the offender's conduct in the period following the offence, in particular efforts to make restitution for the harm caused as well as efforts at reconciliation with the victim.

Overall, legal requirements for sentencing are *de lege lata* rather vague. Especially the entry point into the broad range of sentences as a "key problem" of sentencing¹⁶ remains without any legal provision guiding the judge in this difficult task. In practice, courts obviously react to this situation by following the locally or regionally common level of sentencing.¹⁷ This level is partially laid down in informal guidelines¹⁸ or at least transmitted by the advice of experienced colleagues.¹⁹ It is obvious that in this way selective and subjective, certainly not representative empirical figures become quite important in practice.²⁰ And it is no surprise that we can see quite broad differences in sentencing between different courts and different regions all over Germany, as will be discussed later. This orientation towards local sentencing traditions cannot be a satisfactory solution, for it lacks the necessary transparency and state-wide uniformity; furthermore, it is to be considered problematic with regard to the principle of equality according to Art. 3 I GG, which allows a different treatment only if there are justifying reasons – in my opinion, the mere fact that there is a certain local sentencing tradition itself is no such justifying reason as it is not linked to any of the purposes or rationales of punishment.

Finally, the vagueness of the law with its huge discretion for the judge does not sufficiently guarantee that the principle of proportionality in the abovementioned sense is obeyed as a guiding principle for sentencing. Even though the level of sentencing in Germany is comparably modest (as will be shown below), the fact that we can see quite different sanction levels for similar offences in different regions shows that there is some potential for a further mitigation of punishment. Inequalities can always be dissolved in two ways, by adjusting one figure to the other or vice versa. In other words: the aim of equal sentencing could also be pursued by aggravating the level of punishment in regions with hitherto comparably lenient sentences. But

¹⁵ SSW-StGB-Eschelbach § 46 recital 13; Hörnle, GA 2019, 282 et seq.

¹⁶ Schöch 1972, 128.

¹⁷ Streng 1984, 239.

¹⁸ SSW-StGB-Eschelbach § 46 recital 3; cf. also Schäfer/Sander/van Gemmeren 2017 recital 1719 et seq. (sentencing table regarding traffic offences).

¹⁹ Hörnle 2011, 113 (114).

²⁰ Schöch 1972, 128 (129).

in the light of the principle of proportionality and its limiting character, constitutional law is in favor of going in the other direction and focusing on the lower sentencing levels.

2 The role of sentencing theories

When approaching this problem of vagueness with regard to the common sentencing theories one will find that neither of them is suitable to solve it in a satisfying way.

Especially the prevalent so-called margin theory (*Schuldrahmenlehre/Spielraumtheorie*)²¹ is problematic. Following this theory, the judges operate within a framework of sentences in line with the level of guilt, from which they can choose quite freely on the basis of complementary preventive considerations. Yet, they are not obliged to specify the limiting points of the scope of possible guilt-related sentences, which weakens the theory's explanatory power and at the same time raises doubts whether judges actually do proceed in this way. A major point of criticism is that the assumption of a certain level of "guilt" that is of crucial importance in this approach is not based on objective empirical findings which allow for a rational discussion. The method of considering preventive purposes and the relation of special and general preventive aspects (i.e. rehabilitation, selective incapacitation and individual and general deterrence) remain unclear as well. Regarding the actual effect, the often-propagated general preventive aggravation of sentencing²² is just as much to be questioned as special preventive aggravations. After all the margin theory is based on the idea that the mere compensation of guilt (*Schuldausgleich*) as an end in itself can justify the sentencing, even if there are no special or general preventive needs for this kind of punishment in the individual case. Yet, this idea has to be rejected as the allegation that punishment has to necessarily reach a certain level for reasons of "guilt compensation" or retribution does not meet the requirements of a legitimate interference in fundamental rights, pursuant to the principle of proportionality based on the German constitution.²³

A more recent theory (*Tatproportionalitätslehre*)²⁴ rightly stresses the seriousness of the act's wrongfulness as the decisive standard for sentencing. In this context, the common differentiation between the wrongfulness of the result (*Erfolgsunrecht*) and the wrongfulness of the act (*Handlungsunrecht*) in German criminal law

²¹ This traditional position of the judiciary was founded in BGHSt 7, 28. Cf. also Schäfer/Sander/van Gemmeren 2017 recital 828 et seq.

²² Schäfer/Sander/van Gemmeren 2017 recital 839 (with reference to empirical findings contradicting the general assumption that higher sentencing would automatically lead to a higher level of deterrence and less offences respectively).

²³ Cf. Kaspar 2014.

²⁴ Cf. Hörnle 1999; Frisch/v. Hirsch/Albrecht 2003.

theory can be applied. The vague term of ‘sentencing guilt’ (Strafzumessungsschuld)²⁵ loses its central importance. The sole question is whether the wrongfulness of the act is fully or (e.g. in the case of § 21 StGB) only to a limited extent reproachable. However, an intensification of ‘guilt’ beyond full blameworthiness is not possible. All in all, this doctrine offers a better connection of sentencing with the doctrine of wrongfulness (Unrechtslehre) and avoids some flaws of guilt-related sentencing theories.

However, even the theory of proportionality of the act cannot answer the question of purposes of punishment in a satisfying way. The reproach incorporated in punishment proportionate to the criminal act is not a justifying purpose for punishment but only describes its nature. Punishment as a disapproval or reproach of the criminal act is only justified to the extent that its use for society can be made at least plausible.

The theoretical concept defended in this paper is a general preventive combination theory predominantly referring to the restoration of peace under the law by a sentence proportionate to the wrongfulness of the act (which is called “positive general prevention” in the German discussion)²⁶. The upper limit of guilt for a certain sentence (“Schuldobergrenze”) as a requirement of human dignity (Art. 1 I GG) remains untouched.²⁷ Yet, if preventive needs are lacking or are strongly reduced there is no compulsory reason for a certain level of punishment only for reasons of absolute ‘guilt compensation’. The idea of a minimum level of guilt leading necessarily to a certain amount of punishment without regard to its preventive usefulness is therefore to be rejected. The judge is obliged to find the ‘general preventive minimum’, i.e. the mildest sentence that sufficiently expresses the wrongfulness of the act. This refers to a level of sentence that is in principle appropriate enough to be accepted by the general public and thus to restore peace under the law. The decisive point in time for this assessment is not the criminal act, but the time of the verdict. If anything relevant for the positive general preventive need for punishment has happened in between, e.g. efforts of compensation or victim-offender mediation by the perpetrator, it is no problem to argue for a mitigation of punishment – whereas the theoretical basis for the assumption of lesser “guilt” in these cases is quite fragile.

To some extent, one will have to work with plausible assumptions in this regard due to the lack of hard empirical data. This fact together with the idea of “in dubio pro reo” support the restrictive concept of aiming at the lowest possible sentence. It has some similarities with the so-called “asymmetric margin theory” (asymmetrische Spielraumtheorie) put forward by Streng where in case of doubt, the judge is supposed to choose the lower end of the sentencing margin.²⁸

²⁵ Cf. the criticism raised by Hörnle JZ 1999, 1080.

²⁶ Cf. Schünemann et al (eds.), Positive Generalprävention, 1998.

²⁷ It is questionable, however, if the so-called guilt principle (Schuldprinzip) is actually necessary to come up with this result. According to the author’s opinion, it also follows from general proportionality requirements, cf. Kaspar 2014, 821 et seq.

²⁸ Cf. Streng StV 2018, 597 f.

I am aware that this is a very controversial point and I would have to elaborate much more on this – but in my opinion, empirical findings about the population’s expectations regarding sentencing should be taken into consideration here in order to get at least some more solid ground under one’s feet.²⁹ “Legal peace” should not be understood in a mere normative sense in order to distinguish the theory from a mere retributive point of view. Insofar as representative surveys can be used to support lower sentences (or even the partial abolishment of criminal law) compared to the status quo, there are no objections – neither based on criminal theory nor based on constitutional law.³⁰ On the contrary, in this way the constitutional principle of proportionality (with its requirement of always looking for the least intrusive alternative of equally appropriate measures that has already been described above) would be taken into account. A good example for this approach are empirical studies by Sessar that showed that the general public in Germany is much in favor of Restorative Justice measures like compensation or victim-offender mediation and is willing to accept them as a reason for mitigating or even refraining from punishment.³¹ The sentencing concept oriented towards ‘proportionate general prevention’ addressed thereby is supposed to be reflected in the suggested new wording of § 46 StGB (see *infra*).

3 Empirical findings

Empirical findings confirm the problem of vague regulatory standards with regard to sentencing.³² It was found in different studies that offences with an identical range of sentences often show quite a varying distribution of levels of sentence. And we can see that sentences tend to remain quite stable even if the legislator changes the end points of the scale, e.g. raises its upper end. These findings contradict the idea of a range of sentences in form of a ‘continuous severity scale’ (“kontinuierliche Schwereskala”) predefined by the legislature that constitutes a decisive orientation guide for judges.

Besides, empirical studies show that the wide span of the range of sentences is not made use of in many cases. In general, a ‘downward trend’ can be observed: Concrete sentences are often taken from the lower third of the range of sentences while the upper range (e.g. for offences against property) rarely becomes relevant at all.³³ Moreover, it is striking that for some offences (e.g. robbery, §§ 249 ff. StGB)

²⁹ See the contributions in Kaspar/Walter 2019.

³⁰ Kaspar 2014, 668 et seq.; Kaspar 2019a; cf. also Kaspar/Höffler/Harrendorf NK 2020 (forthcoming) for considerations on the use of Legal Tech in this regard.

³¹ Sessar 1992.

³² For the following cf. Kaspar 2018, C 16 et seq.

³³ Cf. Götting 1997, 224; Verrel 2013, 804.

courts often allege less serious cases,³⁴ which indicates that the regular range of sentences with its increased minimum sentence of at least one year of prison is perceived as “too high”.³⁵

Ultimately, the idea of moderate, proportionate sentencing is thereby considered, however this is a development of the judicial practice, which cannot be clearly ascribed to normative requirements or limitations by the legislature and is therefore not ensured for the future.³⁶

Finally, different studies repeatedly detected significant differences in the German sentencing practice of different persons and within different regions respectively.³⁷ Regional differences were already shown in a famous sentencing study by Exner published in 1931;³⁸ in a study conducted by Schöch in the 1970s, these differences also appeared in the area of traffic offences.³⁹ And the results of a quite recent research project by Grundies made clear that these differences have not disappeared:⁴⁰ We can still see local and regional sentencing patterns, not only between the German federal states, but also within these states. Generally speaking, sentencing in the southern states is more severe than the one in northern ones.

The existence of such inequalities (despite overall similarities in the underlying cases) is broadly acknowledged today in spite of all methodical problems of the respective studies.⁴¹

One reason for this phenomenon should have become obvious: The law itself gives much discretionary space for assessing the individual sentence by the judge. And there is only very little control exercised by the appellate courts: in most cases, the individual sentencing decision of the judge (as his “natural domain”) will be accepted by the higher courts.

Studies have shown that the judge’s personality and his personal characteristics and opinions do play quite a role in this regard. One study (where judges had to come up with sentences for fictitious cases) showed e.g. that the preferred choice of purposes of punishment was relevant. Judges who preferred retribution or general deterrence tended (unsurprisingly) to higher sentences than judges who were in favor of rehabilitation.⁴² According to a study conducted in Israel even the question of whether judges were hungry or not has shown to be relevant for the severity of sentencing decisions.⁴³

³⁴ Albrecht ZStW 1990, 610; cf. also Verrel JZ 2018, 814.

³⁵ Kudlich/Koch NJW 2018, 2763.

³⁶ Cf. also Hörnle, GA 2019, 295.

³⁷ Cf. e.g. Kaspar 2018, C 18 et seq.

³⁸ Exner 1931.

³⁹ Schöch 1973.

⁴⁰ Grundies 2016, 518 et seq.

⁴¹ Cf. also Albrecht 1994.

⁴² Streng 1984, 227.

⁴³ Danziger et al. PNAS 2011, 6888 (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3084045/>).

As mentioned above, a certain standardization is achieved by an orientation towards the (perceived) ‘common’ level of sentences, but the latter is based on unwritten and informal traditions and often does not reach beyond the local or regional area. Obviously, this cannot be a comprehensive and satisfactory solution as it lacks transparency and does not serve the needed nationwide homogeneity. As mentioned above, local customs alone are not an objective reason for differentiation according to Art. 3 I GG.⁴⁴ “Guilt” does not weigh more in Bavaria than it does in Hamburg. And the famous term coined by Dreher, according to which the judge uses a “secret measurement” (*geheimes Metermaß*) when coming up with the sentence,⁴⁵ clearly accentuates the problem: In a constitutional democracy with a strong emphasis on “due process” (*Rechtsstaatsprinzip*), there is a need for clear and transparent legal standards to prevent inequalities and arbitrariness.

And this is not just a matter of justice or equality as a value in itself but also stabilizes the functioning of the state and its legal system. The intuitions of justice of the general public demand similar punishment for similar crimes.⁴⁶ Discrepancies between these intuitions of justice and the judicial practice can in the long run lead to harmful consequences like the loss of trust in the legal system and its moral credibility and – together with that – a declining willingness to obey the law oneself.⁴⁷

All things considered, the current law should be reformed in a manner that provides for more equality, legal certainty and proportionality of sentencing.

4 Sentencing guidelines as a solution?

A possible way to tackle the problem and to narrow the scope of discretion of the judges could be differentiated sentencing guidelines, e.g. based on the US-American model. Their operating principle can be described by means of the Federal Sentencing Guidelines (FSG) applying at the federal level⁴⁸ introduced in 1987 (in full awareness that a wide range of different models and systems does exist on the US state level or in other countries, which cannot be addressed here⁴⁹). The FSG were created by an expert commission established by law in 1984. By means of these guidelines with their two main parameters the judge can read the comparatively narrow range of sentences provided for the respective offence off a table. First the offence level is to be determined on a scale from 1 to 43.⁵⁰ The second central category is the criminal history with six stages. In general, previous convictions lead to drastic increases of the already very highly set range of sentences.

⁴⁴ Cf. also Hörnle, GA 2019, 284 et seq.

⁴⁵ Dreher MDR 1961, 344.

⁴⁶ Streng StV 2018, 594.

⁴⁷ Cf. Robinson 2014, 152 ff.; Hörnle, GA 2019, 293 and the contributions in Kaspar/Walter 2019.

⁴⁸ Reichert 1999, 199 et seq.

⁴⁹ For the U.K. cf. Hörnle, GA 2019, 282 et seq.; Grosse-Wilde ZIS 2019, 131 et seq.

⁵⁰ Meyer ZStW 2006, 517 et seq.

In its original form, the FSG were binding for the courts inasmuch as deviations from the given range of sentences were only possible under certain conditions and with a respective justification. Since a US Supreme Court decision in 2005,⁵¹ the FSG are only considered to be “advisory”⁵². Still they have at least some factual orientation effect; many judges seem to have become used to the provisions of the FSG, which obviously have a certain ‘anchor effect’.

In the described form, however, the sentencing guidelines are not a recommendable model.⁵³ Even though they do not represent a complete ‘mathematization’ of sentencing, which is to be rejected as too schematic considering the complexity of the sentencing process and too restrictive regarding the judge’s autonomy of decision, it is clearly apparent that the categorization of an offence by means of the two main factors offence level and criminal history still leads to a remarkable reduction of relevant factors.⁵⁴ Other (perhaps only in individual cases) particularly relevant factors risk becoming marginalized.⁵⁵ The ‘calculation’ of the sentence by means of the FSG results in seemingly exact ‘pseudo point (i.e. precisely defined) sentences’ (Pseudo-Punktstrafen) determined by the legislature on an abstract and general level, whose adequacy in the individual case is possibly no longer questioned with due diligence. In this way, very different cases would be schematically treated in a similar manner, which is also problematic with regard to the principle of equality (Art. 3 I GG).⁵⁶

In addition, the construction principle of the FSG probably led (among other factors) to a drastic increase of the level of sentencing in the US, especially through the abovementioned heightened minimum sentences.⁵⁷ At the same time a table system automatically results in a simplification of the range of sanctions; it is no coincidence that the FSG consider prison sentences (expressed in months) as the standard form of sanction.⁵⁸

Altogether, the aim of proportionate (i.e. moderate) sentencing based on Constitutional Law is thwarted by making use of this kind of guidelines. The possible advantage of predictable and definite sentences does not come without cost. By now, deviations from the jurisdiction scheme of the Supreme Court are readily possible anyway. If ultimately the sentencing depends on an overall assessment, where the previously complexly determined range of sentences of the FSG is just one of many factors, the system seems inefficient and unnecessarily complicated.

⁵¹ U.S. vs. Booker/Fanfan 543 U.S. 220.

⁵² Meyer ZStW 2006, 512 et seq.; Walther MSchKrim 2005, 362.

⁵³ Kaspar 2018; cf. also Giannoulis 2014, 255 et seq.; a more positive opinion is expressed by Reichert 1999, 247 et seq.; Hoven KriPoZ 2018, 289 et seq.; Grosse-Wilde ZIS 2019, 130 et seq.

⁵⁴ Meyer ZStW 2006, 74, 85; Kudlich/Koch NJW 2018, 2764.

⁵⁵ Streng 1984, 315.

⁵⁶ BVerfGE 42, 64, 72.

⁵⁷ Uphoff 1998, 150.

⁵⁸ Fischer 1999, 138.

At least the idea of an independent expert commission, which on the basis of empirical findings frames ‘standard sentences’ for certain offences as non-binding recommendations, should be adopted in my opinion. These recommendations could take the place of the so far partly used (informal and more or less “secret”) sentencing guidelines without restricting judicial independence too much. At the same time, unnecessary margins that open up the possibility of arbitrary decisions should be eradicated in the area of criminal law. By this means, the charged relationship of justice to each individual case on the one hand and legal certainty and clarity on the other hand could be balanced in a new and better way.

5 Reform proposals

As § 46 StGB does not contain a sufficiently determined program for the judges to establish and evaluate the exemplary factors in section 2 of the norm, a reform should, inter alia, be targeted at adjusting its wording – in full awareness that such general legal provisions will only have a limited effect on the equality of sentencing⁵⁹ and that additional points of orientation are needed.

5.1 New version of § 46 StGB

Based on the thoughts only roughly sketched and summarized above, the following new version of § 46 StGB is suggested:

§ 46. Principles of sentencing

- (1) The sentence serves the purpose of restoration of peace under the law through a proportionate effect upon the general public and the offender. The sentence is to be oriented towards the extent of the interference with peace under the law that was caused by the offence and still exists at the time of the sentencing decision.
- (2) The sentence required for restoring peace under the law is primarily determined based on the extent of the wrongfulness of the offence as far as it was culpably executed. The wrongfulness of the act is determined especially by the manner of the execution of the offence, the degree of the violation of the offender’s duties and the motives and aims of the offender. The wrongfulness of the offence’s consequences is determined in particular by the seriousness of the results of the offence attributable to the offender.
- (3) Other circumstances, which reduce the need for restoration of peace under the law, namely a confession, efforts of compensation or victim-offender mediation, a long passage of time between the offence and the sentencing decision as well as procedural delay contrary to the rule of law have to be regarded in favor of the

⁵⁹ Epik StV 2019, 492.

offender. The same applies to severe consequences of the act that affect the offender and to exceptionally burdensome effects of the sentence for the future life of the offender in society.

(4) The offender's prior history and their personal and financial circumstances are only to be taken into consideration as far as it is essential for evaluating the facts in paragraph 2 and 3. An aggravation of the sentence because of already committed offences which are currently not up for sentencing is only to be considered if their commission was bindingly established or was admitted by the offender and if they (namely because of the point of time of the commission and the type of offences) increased the menace of the offence and thereby the level of interference with peace under the law. The aggravation of the sentence must not exceed a third compared to the sentence without regarding this factor.

In section 1, the norm contains a reference to the primary (positive) general preventive aim of restoring peace under the law and proportionality of state sentencing, which has to be targeted concurrently. The most important sentencing factors are named in section 2, with the wrongfulness of the act and the wrongfulness of the act's result to be differentiated. The wording clarifies that 'culpability' in the sense of personal fault regarding the committed wrong is not unlimited but can only either fully exist or exist to a limited extent.⁶⁰ The problematic factor of the offender's 'attitude' (*Gesinnung*, cf. § 46 II StGB) is too vague and is consciously disregarded.⁶¹ It is made clear that the results of the offence are only considered insofar as they are attributable to the offender, which, *inter alia*, requires that the results of the offence are covered by the protective purpose of the violated norm.⁶²

In section 3 the broadly recognized factors for reducing the sentence are explicitly listed, the relevance of which for the determination of the blameworthiness of the offences itself is at least questionable, but which can clearly reduce the need for punishment if we consider the aspect of restoring peace under the law.⁶³ As clarified in section 1, this depends on the date of the sentencing decision. Therefore, positive behavior after the commission of the offence is clearly relevant as well. Mentioning the post-offence behavior as a reason for aggravating the sentence is deliberately desisted from in order to reliably exclude the risk of covert penalization of insubordinate behavior or the mere exercise of procedural rights (like the right to remain silent).⁶⁴ A recent article published by a high-ranking state attorney (and at the same time co-author of a well known book on sentencing⁶⁵) has shown that this is a real

⁶⁰ Cf. also Epik StV 2019, 489 et seq. with further references.

⁶¹ Cf. also Streng StV 2018, 598; Schäfer/Sander/van Gemmeren, 2017 recital 614 et seq. are proposing a restrained use of this sentencing factor.

⁶² Frisch ZStW 1987, 753.

⁶³ Schäfer/Sander/van Gemmeren 2017, recital 848.

⁶⁴ SSW-StGB-Eschelbach § 46 recital 11.

⁶⁵ Bruns/Güntge 2019.

threat: The author openly admits that judges will most likely tend to impose higher sentences if the unappealing defendant stubbornly defends himself.⁶⁶

Section 4 clarifies that a comprehensive exploration of the offender's personality must not happen (for their protection). The offender's prior history and their personal and financial circumstances should only be taken into account insofar as they are relevant for evaluating the aspects mentioned in sections 2 and 3. Moreover, the practically very relevant number of prior offences or convictions⁶⁷ is recognized as an aggravating factor, but is limited to a third of the sentence regardless of this circumstance. This prevents the drastic sanction leaps based on previous convictions that we can see in German jurisprudence; thus, especially the problem of prison sentences of several months for repeat offenders of absolutely minor petty crimes⁶⁸ can at least be reduced if not completely avoided.

5.2 Reform of the range of sentences

Besides this, several changes are advisable in the field of range of sentences. Two central ideas are pursued here: Where abstract-general decisions by the legislature are possible, unnecessary discretionary power of the courts should be avoided. In addition, the legal system of the range of sentences shall enable (and secure) moderate and proportionate sentencing.

For this purpose, the partially very broad range of sentences should be reduced by lowering some of the (in practice almost irrelevant) upper limits.⁶⁹ One example is the range of up to five years of imprisonment for regular larceny without any aggravating circumstances as per § 242 StGB.

Increased minimum sanctions are not to be generally abrogated, but in cases where the judges currently often assume a minor case, one should consider lowering the minimum sanction. Eventually, less serious cases provided for by law, which are shaped very differently for the individual offences, should be abolished; instead there should be a general regulation⁷⁰ that is to be integrated into § 49 StGB, which allows for a mitigation of the sentencing frame if mitigating circumstances are clearly predominant.

The unspecified particularly serious cases ("unbenannte besonders schwere Fälle") should be abolished as well;⁷¹ if the legislature sees the need for an aggravation of sentences, it will have to work with explicit (binding or non-binding) qualification attributes. The technique of non-binding qualification attributes serving as

⁶⁶ Gütge ZIS 2018, 386.

⁶⁷ This fact is widely criticized, cf. e.g. Hörnle 1999, 159 et seq.; Streng StV 2018, 598.

⁶⁸ Cf. Kaspar 2014, 845 et seq. with further references.

⁶⁹ Streng 2012, 293 et seq.; Streng StV 2018, 594.

⁷⁰ Streng StV 2018, 595; Kudlich/Koch NJW 2018, 2765.

⁷¹ Verrel JZ 2018, 813; Kudlich/Koch NJW 2018, 2765.

mere examples (“Regelbeispiele”) is, despite all criticism, a suitable compromise between legal certainty and justice in each individual case. In its modified form (i.e. without the possibility of assuming an unspecified particularly severe case) it could be carefully extended.

Abrogating the absolute sanction of lifelong imprisonment for murder in § 211 StGB that prevents any consideration of special circumstances in the individual case⁷² should also be part of a reform. If the life sentence is to be upheld at all,⁷³ the possibility of imposing a fixed-term imprisonment should be included as an alternative.

Finally, for the extenuating excuses as designed by law, where a lower need for punishment is to be assumed generally, namely for § 21 (limited culpability), § 23 (attempt) and § 46a StGB (victim-offender mediation and compensation), the merely facultative extenuation of the range of sentences should be made obligatory.

5.3 Improved level of information about sentencing

Finally, more information about sentencing should be provided on different levels. The very practical question of sentencing should play a stronger role in the area of university education in the future.⁷⁴ Sentencing research should be strengthened and subsidized by public funds.⁷⁵ For the reasons stated above, this should also involve studies concerning the attitudes and needs of the public (including victims of criminal offences) in relation to sentencing by the state. This should aim at a nationwide set of statistics which contains differentiated data about the practice of sentencing.⁷⁶

In the long term, establishing a sentencing database should be considered,⁷⁷ which could serve as a source of information for the actors of criminal justice. In doing so, the experiences in Japan with such a database (introduced in 2009) should be taken into account.⁷⁸ The Japanese database contains features of more than 12,000 cases of severe crimes falling into the jurisdiction of courts with lay judges (so-called Saiban’in). It was introduced to make sure that the traditionally very homogenous level of sentencing in Japan would be continued after the installation of the lay judge system. This was successfully achieved: The level of sentencing changed only slightly in certain areas, but has remained quite stable on the whole; in cases with remarkable deviations from the usual sentencing, the Japanese High Court has

⁷² Cf. also BVerfGE 45, 187 et seq. where the Constitutional Court demands the possibility of avoiding life long imprisonment at least in exceptional cases for reasons of Constitutional Law. Unfortunately, the legislator has remained inactive until today.

⁷³ Cf. Höffler/Kaspar GA 2015, 453.

⁷⁴ Güntge ZIS 2018, 387; Kudlich/Koch NJW 2018, 2766.

⁷⁵ Kudlich/Koch NJW 2018, 2766.

⁷⁶ This has already been demanded by Schöch 1972, 66 et seq.; for current developments cf. Heinz, NK 2020, 3.

⁷⁷ Streng 1984, 309 et seq.; Streng StV 2018, 599.

⁷⁸ Cf. Nakagawa 2011, 209; Kaspar/Höffler/Harrendorf, NK 2020 (forthcoming).

overridden the court's decision if the deviation was not thoroughly explained. The German High Court (Bundesgerichtshof) has a similar tendency – the huge difference, however, is that only in Japan, the High Court has a clear empirical base for the assumption of a “usual sentencing standard”, whereas in Germany, the High Court can only rely on subjective impressions of a limited and unrepresentative number of cases. The introduction of a sentencing database could thus serve as an important tool to make both sentencing decisions and their judicial control more transparent.⁷⁹

Finally, an expert commission should be installed⁸⁰ in order to formulate ‘standard sentences’ for certain offences based on already existing and if necessary newly collected empirical data. These standard sentences could function as anchor points with mere recommendatory character which would have to be modified with regard to the circumstances of the individual case. At least these recommendations would be explicitly laid down, transparent and standardized on the Federal level, which would be some progress compared to the status quo.

Bibliography

- Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, 1994
- Bruns/Güntge, *Das Recht der Strafzumessung*, 3rd edition, 2019
- Exner, *Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte*, 1931
- Fischer, *Die Normierung der Strafzwecke nach dem Vorbild der U. S. Sentencing Guidelines*, 1999
- Frisch/v. Hirsch/Albrecht (eds.), *Tatproportionalität*, 2003
- Giannoulis, *Studien zur Strafzumessung*, 2014
- Götting, *Gesetzliche Strafraumen und Strafzumessungspraxis*, 1997, 224
- Grundies, *Gleiches Recht für alle? — Eine empirische Analyse lokaler Unterschiede in der Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, in: Neubacher et al. (eds.), *Krise – Kriminalität – Kriminologie*, 2016, 518
- Hörnle, *Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat*, in: Frisch (ed.), *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, 2011, 113
- Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999

⁷⁹ This proposal was accepted by the majority of the Criminal Law Section of the German Assembly of Jurists (Strafrechtliche Abteilung des Deutschen Juristentags) in 2018.

⁸⁰ *Streng StV* 2018, 600; s. auch Hörnle, *GA* 2019, 287 et seq. The proposal was rejected by the majority of the Criminal Law Section of the German Assembly of Jurists in 2018.

- Kaspar, Wege zur Strafgleichheit, in: Beckmann et al. (eds.), Gedächtnisschrift für Tröndle, 2019, 279
- Kaspar, Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention, in: Kaspar/Walter (eds.), Strafen im Namen des Volkes?, 2019, 61 (quoted as Kaspar 2019a)
- Kaspar, Sentencing Guidelines versus freies richterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? Gutachten C für den 72. Deutschen Juristentag, 2018
- Kaspar, Grundrechtsschutz und Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht, 2014
- Kaspar/Walter (eds.), Strafen im Namen des Volkes?, 2019
- Lackner, Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die Praxis, 1978
- Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 4th edition, 2015
- Nakagawa, Die Strafzumessung in der Tatsachensatz, in: Frisch (ed.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, 209
- Reichert, Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien, 1999
- Robinson, Intuitions of justice and the utility of desert, 2014
- Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6th edition, 2017
- Schöch, Strafzumessung und Verkehrsdelinquenz, 1973
- Schöch, Möglichkeiten und Grenzen einer Typisierung der Strafzumessung bei Verkehrsdelikten mit Hilfe empirischer Methoden, in: Göppinger/Hartmann (eds.), Kriminologische Gegenwartsfragen, 1972, 128
- Schünemann et al. (eds.), Positive Generalprävention, 1998
- Sessar, Wiedergutmachen oder Strafen?, 1992
- Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977
- Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3rd edition, 2012
- Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984
- Uphoff, Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien, 1998
- Verrel, Die normative Kraft des Faktischen. Plädoyer für eine konsequentere empirische Fundierung der Strafzumessung, in: Zöllner et al. (eds.), Festschrift für Wolter, 2013, 804

The Struggle for Apposite Sentencing

– With reference to Johannes Kaspar’s Report (Gutachten C) for the German Assembly of Jurists (Deutscher Juristentag) –

*Hans Kudlich and Jennifer Koch**

1 Almost 50 years of the “fundamental formula for sentencing” (Grundlagenformel der Strafzumessung)

The autumn of 2018, when the Deutscher Juristentag (German Assembly of Jurists) once again concerned itself with the topic of ‘legal consequences’¹ and, more specifically, with sentencing, almost coincided with the 50th birthday of what is referred to as the “Grundlagenformel der Strafzumessung”, the fundamental formula for sentencing. In the summer of 1969, by dint of the so-called *erstes Strafrechtsänderungsgesetz*² (First Criminal Law Amendment Act, which came into force on 1 January 1970), a provision had, for the very first time, been incorporated into the *Strafgesetzbuch* (German Criminal Code; StGB) – into what was then section 13 of the old version – which was supposed to provide points of reference to help identify the appropriate sentence within the traditionally broad range of sentences (which, in view of the diversity of the circumstances of a person’s life *a priori*, was not unjustly

* The original German version of the article was first published in NJW 2018, 2762. This translation by Dr. Kevin Pike is published by courtesy of C.H.Beck.

¹ Cf. in particular the *Gutachten* by *Schöb* and the papers from the 59th *Deutscher Juristentag* 1992.

² BGBl. I 1969, p. 645.

broad³). Despite initial criticism hereto,⁴ it has now been in existence in the guise of section 46 StGB since 1975 and is still applicable today, broadly unchanged.

It is a well-known fact, of course, that this fundamental formula did not, based solely upon the normative text,⁵ succeed in rendering sentencing in all its minutiae clearly predictable and substantially uniform given that subsection 1 merely refers to “guilt” as being the basis for sentencing. It cannot “temper” the breadth of the ranges of sentences⁶ for individual criminal offences (ranges which, when applied positively, enable justice to be done for each and every convicted offender based upon the merits of the individual case and which should thereby provide the judges with the opportunity of acknowledging all the circumstances of each individual case, allowing them to let this then form part their decision). This is something which becomes evident in the light of the north-south divide or other regional sentencing discrepancies for different offences which are frequently reported upon. In the field, there are also reports – and independent ones at that (even if they do not always deviate far from each other regarding the subject matter) – of informal but even written local “guidelines”, which determine the respective typical level of sentencing for that area for particular (frequently committed) offences which have been perpetrated in typical situations. Ultimately, empirical studies have revealed⁷ that, on the one hand, different sentences are often imposed for offences within the same range of sentences which also have comparable factual circumstances. On the other hand, it becomes apparent that the full breadth of the range of sentences is not being fully exploited, but rather in most cases that a sentence in the lower third of the statutorily prescribed range of sentences, or indeed a *minder schwerer Fall* (a less serious offence), is accepted. This leads to the conclusion that the statutorily prescribed range of sentences with regard to particular types of offence, for example sections 249 *et seq.* StGB, is clearly perceived to be too high. It is, therefore, blatantly obvious that both this vagueness and unequal treatment⁸ are particularly problematic when dealing

³ A further question is whether the range of sentences really needs to be so broad, particularly as empirically speaking they are seldom exploited to their full potential anyhow (cf. also *Kaspar Gutachten C* for the 72nd *Deutscher Juristentag*, 2018, C 107 f.). However, even if the maximum sentence for theft were not five but rather three years or a case of basic robbery were only ten years and not fifteen (cf. section 38 subs. 2 StGB), the methodological problem would remain the same, merely its effect it would be mitigated.

⁴ A popular citation here is *Stratenwerth's* adage, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, p. 13, that it is a matter of a “legislative mistake of particular note”, incorporated into *Kaspar Gutachten C* 2018, C 60 and *Streng Strafrechtliche Sanktionen*, 3. ed. 2013, n. 521.

⁵ Overview of the discussion of the extremely critical appraisal of sentencing in the past in *Streng, Strafrechtliche Sanktionen*, 3. ed. 2013, n. 480 ff. with further references.

⁶ According to a general definition, the range of sentences should constitute a “continual scale of severity”, which should serve as orientation for the judges in their decision making with regard to sentencing the individual offender, cf. also *Kaspar Gutachten C* 2018, C 47 with further references.

⁷ Overview of the empirical findings in *Kaspar Gutachten C* 2018, C 16 ff.

⁸ For more on the criticism from a constitutional law angle both in terms of a lack of determinacy as well as in reference to the general principle of equality (Art. 3 GG) cf. *Kaspar Gutachten C* 2018, C 86 ff.

with the ultimately crucial decision which must be made when the State is performing its most incisive intervention into the legal position of its citizens.

The high degree of latitude which the trial judge has in this respect⁹ is, incidentally, also reflected in the restricted scrutiny of the appellate courts. Although decisions with legal consequences (*Rechtsfolgenentscheidungen*) are initially unqualified here as being the “normal application of the law” (for instance, in the correct determination of the range of sentences), they can, however, only be subject to very limited review regarding the act of assessing the specific imposition of the sentence.¹⁰ The number of reviews thereby corresponds, by its very nature, to the level of detail in the regulations pertaining to sentencing.

Thus, if one were to ask *Kaspar* whether we require “a complete overhaul of the law pertaining to sentencing”, this would have to involve, on the one hand, the type and extent of the statutory provisions, in particular with the aim of achieving a greater degree of uniformity and increased rationality, and would also raise a significant follow-up question: should this overhaul ensue by adjusting the screws in the existing system or via a change of system altogether, moving closer to sentencing guidelines modelled upon the US-American system? On the other hand, and within the existing system, one can scrutinise the cogency of the statements contained in the so-called “*Grundlagennorm*” of section 46 StGB – which is the fundamental provision which regulates sentencing – as well as reviewing the persuasiveness of the “*Strafzumessungsgesichtspunkte*”, the specific aspects of sentencing.

2 The great solution: Sentencing Guidelines?

2.1 Between the discretion of the trial judge and the determination of the sentence

It is, of course, inevitable that a “*Rechtsfolgenausspruch*” – in this case, the part of the judgment which announces legal consequences, i.e. the sentence – which is meant to consider the specifics of each individual case, and not simply eject a “blanket sentence” for an offence, cannot be precisely appraised in the wording of the law in view of the multiplicity of conceivable circumstances which can arise. The question is just how much latitude and indeterminacy one can allow oneself. Section 46, subsection 1 StGB in its current version operates by taking into account the “guilt”, thereby using a term which itself needs to be defined more closely (guilt pertaining to the offence vs. guilt with regard to sentencing?). Besides, even if guilt could be precisely determined, there is no fixed “exchange rate” into a specific level of sentencing. Although section 46, subsection 2 lists diverse aspects regarding sentencing,

⁹ For the categorisation of this latitude as an act of assessing, as a discretionary decision, as a process of (atypical because not only binary) weighing-up and as a continuation of the legislative decision cf. *Kaspar* Gutachten C 2018, C 93 ff.

¹⁰ Cf. for an overview *Knauer/Kudlich*, in: *Münchener Kommentar zur StPO*, 2018 (forthcoming), section 337 n. 110 f.; *Kett-Straub/Kudlich* Sanktionenrecht, 2017, section 11 n. 7 ff.

these are – and *Kaspar* rightly refers to this in his report¹¹ – not exhaustive, and neither the relationship nor their weighting amongst themselves are regulated in the statute.

2.2 Sentencing Guidelines

Idea and Function

The model based upon the sentencing guidelines¹² which have been under US law since the late eighties¹³ would entail there being a sentencing range prescribed by statute for a particular offence which the judge, on the basis of various parameters, can extract from a table (sentencing table). In the *Federal Sentencing Guidelines*, the first parameter constitutes the evaluation of the gravity of the offence (the so-called “base offense level”) on a scale of 1-43, which can be modified (both in terms of mitigation and aggravation) on the basis of the specific circumstances or characteristics of the offence. The second parameter appertains to the previous convictions of the offender (the so-called “criminal history”) on a scale of 1-6.¹⁴ Although adjustments to a sentencing range within the guidelines are possible (so-called “departures”), in the majority of cases they are, however, restricted to circumstances which are reflected in the guidelines themselves or in an official commentary of the *Sentencing Commission*.¹⁵

If one considers this American model – which, of course, would not have to be adopted in precisely the same form if one wanted to move closer towards this idea in Germany – the level of detail therein immediately becomes apparent. Compare the 43 characteristics – or if one includes the topos “criminal history”, 44 characteristics – with the number of so-called “*Strafzumessungsaspekte*” (sentencing aspects), which even in major commentaries are mentioned under the heading of “*Strafzumessung*” (sentencing), usually with regard to a provision, or which are discussed with reference to both the written and unwritten characteristics pursuant to section 46 subs. 2 StGB. Even if one considers that the *Sentencing Guidelines* apply to all types of offence, it becomes clear just how much individual case experience from within the practice of sentencing has been incorporated here.

¹¹ Cf. *Kaspar* Gutachten C 2018, C 66 f.

¹² In the US-American system with its strong federal influence, such guidelines exist both in individual states as well as at a national level. Due to the restricted nature of this article, the following statements only refer to the sentencing guidelines at a federal level (*Federal Sentencing Guidelines* – FSG).

¹³ The guidelines were compiled under statute by a committee of experts, were implemented into US-American law on 1 January 1987 and are regularly revised and adapted. The basis for the creation of *Federal Sentencing Guidelines* was the so-called “Sentencing Reform Act” of 1984. For further details on this development in the USA and on the approach with regard to the updating of the *Sentencing Guidelines* see also *Kaspar*, Gutachten C 2018, C 77 ff.; *Meyer ZStW* 118 (2006), 74 (75 ff.).

¹⁴ Cf. also in more detail *Kaspar* Gutachten C 2018, C 80 with further references.

¹⁵ Cf. Chapter 5 Part K FSG and also *Meyer ZStW* 118 (2006), 74 (81).

In the case of the *Federal Sentencing Guidelines*, this table was developed by an independent commission of experts (*United States Sentencing Commission*) which also revises and adapts them at regular intervals. It is only at first sight that this appears to contravene the recognised postulate under German criminal law which states that sentencing must remain the domain of the trial court, as this court came into direct contact with the defendant. This is because the guidelines themselves do not contain the judges' act of evaluation – the “*Wertungsakt*” – which corresponds to the sentencing decisions in Germany. Instead, they merely formulate – albeit in great detail (and in their early years in a comparatively binding manner, cf. b) below) – the criteria which are to be observed in the requisite processes of consideration. Nevertheless, attempting to establish a stronger determination of sentencing by employing pre-set and case-independent parameters does have its price. Indeed, one does not require a great deal of imagination to be able to see that precisely such aspects which can be formulated in a case-independent manner (without looking at the specific offender and his past), for as many offence types as possible and which can, ideally, be quantifiable in ascending order, are certainly at risk of being overstated. The American experience proves this to be the case, on the one hand through a strong alignment towards quantity, something which has a particularly marked effect on casing involving illegal narcotics,¹⁶ and, on the other hand, with regard to the consideration of the offender's criminal history.¹⁷ In the USA, the latter in particular leads in numerous cases to vastly higher sentences¹⁸ as offenders correspondingly move up one column in the table for every previous offence they have been convicted of.

Binding effect of the guidelines

What would be of vital importance for such a system is how the binding effect of such guidelines is formulated. In the USA – in line with the regulatory objective – it was initially assumed that the judges were basically bound by these guidelines.¹⁹ However, since a 2005 decision of the US Supreme Court²⁰ the *Sentencing Guidelines* are now only allowed to be used in an advisory capacity, or they should serve as guidance for the judges when they are evaluating all the aspects of the case. Prior to this decision, deviations from the prescribed range of sentences were more strictly administered so that these were only possible under specific prerequisites and when justified. A last remnant of this earlier binding effect still exists, however, in that it

¹⁶ Cf. *Meyer* ZStW 118 (2006), 74 (85).

¹⁷ Cf. *Meyer* ZStW 118 (2006), 74 (80).

¹⁸ Cf. *Kaspar* Gutachten C 2018, 84; *Meyer* ZStW 118 (2006), 74 (80).

¹⁹ The binding effect of the US *Federal Sentencing Guidelines* arose for the courts as a result of 18 U.S.C. section 3553 (b), cf. also in *Kaspar*, Gutachten C 2018, 78 f.

²⁰ *United States v. Booker*, 125 S.Ct. 738 (2005). Concerning this, on the precursory decisions and the ensuing development *Meyer* ZStW 118 (2006), 74 (91 ff.).

must be made clear in the judgment that the judge has applied the *Federal Sentencing Guidelines* when evaluating all the aspects of the case.

This charged relationship between the high degree of significance attached and the duty to consider, on the one hand, and the ultimately non-binding nature on the other, leads to difficulties in the judges' appraisal. This may well be historically determined (i.e. as a result of the fact that at least one generation of judges²¹ had worked with the more strictly binding guidelines²²). This becomes clear in *Kaspar's* report: on the one hand, he criticises the approach adopted by the *US Federal Sentencing Guidelines* (primarily) that "the categorisation of an offence by reference to two main factors, namely the gravity of the offence and the criminal history of the offender, leads to too strong a reduction of relevant factors. Other (maybe in an individual case) particularly relevant factors risk being marginalised as a result. (...) As a whole, the aim of proportionate sentencing, which is constitutionally underpinned, is thus thwarted". However, on the other hand, he observes that "after the decision of the *Supreme Court*, deviations from the formula are now easily possible anyway".²³

2.3 Evaluation

With regard to the question of whether this should be transferred to the German state of affairs, this would not necessarily have to be so. From the outset, sentencing guidelines could be considered merely a recommendation for judges or as *one* point of reference when they are evaluating all the aspects of the case. The problem that evidently still exists in the US today is that many judges there are still used to the fact that the sentencing guidelines *used to be* binding in character and, thus, they orient themselves more strongly towards them, a problem which could, however, not arise in Germany. But then, no further substantially deviating factors should be allowed to be left unconsidered, something which *Kaspar* criticises about the American system. Although the basic framework of such guidelines could consist of specifying these primary parameters for the calculation of sentences, it could still permit deviations or even subsequently explicitly insist upon a complete evaluation of all the aspects of the case.

Such a fundamental concept would certainly appear to be conceivable in Germany and could – even in the absence of a strictly binding nature – definitely result in a clear gain in determinacy and (legal) certainty. This is because the cornerstones of sentencing would be available to the judges as points of reference but would,

²¹ What force such a habit can develop famously became all too clear in Germany after the introduction of the provisions governing the formal agreements in the main proceedings. For some time afterwards, however, it did not prevent numerous courts from continuing to reach their agreements in an informal way in accordance with the old model (in fact, they were probably not permanently shaken up until the Federal Constitutional Court exercised its authority in BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058).

²² Cf. also *Meyer ZStW* 118 (2006), 74 (103: "Die FSG verbürgen Vertrautheit und Verlässlichkeit" (the *Federal Sentencing Guidelines* guarantee familiarity and reliability).

²³ *Kaspar* NJW 2018 (supplement to the 72nd *Deutscher Juristentag*), 37 (39) with further references.

nevertheless, (depending on modification) leave them a degree of discretion, which would enable them to include further factors on a case-by-case basis. However, even if one considers that to be so, there are two points that must be borne in mind, points to which *Kaspar* rightly alludes (at least indirectly) in his report (*Gutachten C*). On the one hand, if there is a catalogue of parameters – even if they are ultimately non-binding – one must ensure that a preponderance of quantifiable aspects which refer solely the offence (i.e. “*tatbezogene Aspekte*”) does not exist purely for reasons of purported practicability, but rather that there is also sufficient scope regarding those aspects pertaining to the individual offender (i.e. “*individuell-täterbezogene Aspekte*”). In this way, any mitigating aspects are not merely taken into account when the judges are evaluating all the aspects of the case, but rather already at the stage when they are working with the guidelines. On the other hand, with regard to a less binding model, it would have to be critically examined whether the effort involved in creating such guidelines is reasonably commensurate to their actual benefit.²⁴ Finally, if one were to impute that, as a rule, a more or less strict orientation towards such guidelines ensues in practice,²⁵ even despite the fact that they are ultimately non-binding, one would, constitutionally speaking, still need to consider very carefully who would actually be permitted to compile such regulations. The legitimisation of a commission comprising even the most competent experts cannot, in accordance with the legislative interpretation of competence in the *Basic Law*, be simply taken for granted.

3 A more circumspect approach: Reform of sentencing within the current system

Those seeking to amend the law pertaining to sentencing, but who are generally rather apprehensive of the sentencing guidelines model (particularly in its stricter form), or those who, on the basis of the inherent contradiction between the character of the guidelines and the lack of their binding nature, deem them unfit (particularly in a more lenient form), or even those who believe that the effort of compiling such guidelines is wholly disproportionate only have one option left open to them, and that is to amend specific parameters within the existing system. *Kaspar's* report puts forward numerous proposals in this respect and a few selected ones will be dealt with briefly below.

²⁴ *Kaspar*, Gutachten C 2018, C 84.

²⁵ Be it out of “*Bequemlichkeit*” (convenience), be it because an insufficiently justified deviation therefrom could carry the risk of creating grounds for appeal or be it merely because there would be these guidelines specifically for this purpose and in any other way the gain in rationality and uniformity would not arise.

3.1 Reforms in the area of the range of sentences

Although not necessarily on a theoretical and methodical basis, but certainly in practical terms, one significant root of the problem of inconsistent sentencing is the breadth of the existing range of sentences. In this respect, *Kaspar* proposes reducing the “*Spannweite*” (range).²⁶ By way of example, he mentions in this context the upper limits of a number of ranges of sentences for offences against property which could (due to a lack of application in practice) partially be dispensed with anyhow, or which could otherwise be attained by using a system of qualifications or so-called “*Regelbeispiele*”, presumptive examples, should the corresponding need for specific constellations arise.

This proposal appears, at least in that context, to be rather persuasive given that in practice it has anyhow become conspicuously common to resort to the “*minder schwerer Fall*” (a less serious offence) because the range of sentences in a provision are, as a whole, considered to be too high²⁷ (even though, with a view to maximum sentencing limits this actually affects cases of excessively high minimum sentences more intensely than cases with too broad a range of sentences). Incidentally, excessive maximum sentencing limits do not, of course, appear to be an insurmountable problem in practice as they are rarely used to their full potential anyhow. Furthermore, even though *Kaspar* rightly points out that, based upon empirical criminological knowledge, high ranges of sentences do not yield any increased general preventive effect, it is, however, an explicit indication by the legislator to make it abundantly clear that particular types of offence could, in individual cases, be deemed so serious that they result in correspondingly high sentences.

In addition to that, a thief who has been handed down a non-suspended two-and-a-half-year prison sentence, when facing a maximum sentence of up to five years, has to speculate less in that situation as to whether he is a very serious offender than he possibly would do if there were a range of sentences with a maximum of three years.²⁸

3.2 Limited judicial discretion with regard to the choice of the range of sentences

Furthermore, *Kaspar* argues in favour of converting, at least in part, the optional mitigating factors into obligatory ones and in his report he explicitly mentions section 21 and section 23 subs. 2 and section 46a StGB.²⁹ Strictly speaking, it is, of

²⁶ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 107.

²⁷ As in section 316a StGB, but also in sections 249 ff. StGB.

²⁸ This consideration is under the caveat that the level of the sentences which are usually imposed are deemed fundamentally reasonable; if one considers this not to be the case and deems the punishments on average as being too high, then the only logical thing to do is to reduce the maximum sentence which is available for the offence.

²⁹ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 109.

course, a question of another type of “vagueness” here than with the final sentencing decision. This is because it is not a decision concerning quantification, but rather a choice between two possibilities which is being made (adjustments to a sentencing range or not?). Ultimately, it is practically a matter regarding a fundamental decision of legal policy and whether one generally deems it advisable in specific constellations to adjust the range of sentences (an unsuccessful attempt; a considerable reduction in culpability). The gain in uniformity thereby attained appears, in contrast, to be merely a welcome secondary effect. This all the more so as the specifically imposed sentence would, at least *de lege lata*, frequently be possible both on the basis of the existing point of departure for sentencing (“*Regelstrafrahmen*”) as well as the reduced range of sentences.³⁰ Where this is not the case, i.e. because the imposed sentence lies below the minimum sentence of the existing basis for sentencing, the decision on adjusting the sentencing range should also prove to be a relatively easy one to make.

3.3 Changes in cases of aggravated offences (*besonders schwere Fälle*) and with regard to less serious offences (*minder schwere Fälle*)

Furthermore, *Kaspar* argues the case in favour of abolishing – and not then replacing – the unnamed aggravated offences and, at the same time, he also pleads in favour of a general rule for less serious cases in the General Part of the StGB.³¹ The first demand is to be welcomed as a simplification which, given the wide range of sentences currently available, would not entail any detrimental consequences. In combination with *Kaspar’s* demand for reductions in numerous maximum sentences, lacunae could, of course, arise and these would subsequently have to be closed – in what would be a rather arduous process – by using specific qualifications.

Introducing a generally applicable less serious case and entrenching it within section 49 subs. 1 StGB would, in any event, lead to the fact that in the situations where, up to now, less serious cases are envisaged, the difficulties in their relationship to the adjustment of a sentencing range would be reduced. Indeed, it is not really apparent why both systematically and notionally there should only be less serious cases with regard to particular offences. As such, this proposal also deserves to be endorsed.

Although the combination of the abolition of aggravated offences and a comprehensive introduction of less serious offences could, at first glance, resemble this, these measures suggested in *Kaspar’s* report are not to be understood as a general plea for lower sentences (even if this might be a side effect that *Kaspar* would be prepared to accept). It is much more about systemic simplifications, whereby the specifically discarded sentences might also be largely possible in this new classification.

³⁰ An exception hereto is, of course, the threat of the ultimate sentence under section 211 StGB.

³¹ Cf. *Kaspar* Gutachten C 2018, C 109 f.

3.4 Reform of section 46 StGB

Finally, *Kaspar* eagerly addresses the proposal for a new version of section 46 StGB. If a new subsection 1 thereby stipulated that the sentence “serves to restore peace under the law” (the German notion of “*Rechtsfrieden*”) and that the meting out of that sentence is to be oriented towards the extent of the infringement, and a new subsection 2 stated that the sentence required to restore this peace under the law is to be measured against the level of wrongdoing, as long as this wrongdoing was committed culpably, one could *cum grano salis* only conceive this to be a substantial and wordier formulation of “the offender’s guilt provides the basis on which the penalty is fixed”,³² which, as a succinct assertion, would certainly be, legislatively speaking, far more elegant. Now, *Kaspar* does not mean it in this way – however, everything that one can read into the formulation of his proposal could also be found in section 46 subs. 1 StGB in its current version.

Major differences arise with regard to the sentencing aspects (cf. section 46 subs. 2 StGB in its current version), where there are, not only content wise, several differences in the new version, but also where these overwhelmingly provide scope for considerations in the offender’s favour. In contrast, consideration of various circumstances to the detriment of the offender in the newly proposed subs. 4 is only possible under strict prerequisites. In particular, previous convictions should only be allowed to be taken into account “if they increase the threat of the instant offence and as such the extent of the disturbance of the legal peace, for example, if there is evidence concerning a serial killer with pertinent similar previous convictions, or if the periods of time preceding a lapse into recidivism are short”.³³

Precisely the latter proposal of weighting previous convictions within the framework of sentencing considerably more conservatively to the detriment of the offender might not only meet with approval on the part of those working in the field of prosecution. It is also certain that in this respect, the current sentencing practices seldom produce excesses, as is the case when applying the tabular increments in the *US Sentencing Guidelines*. However, also the customary underlying criminal theories – beyond the methodological question of a guideline orientation – are not concerned about a similarly excessive influence exerted by an offender’s previous convictions as sometimes could be – and still can be – experienced in America.

If one concurs with this appraisal, then there are definitely plausible grounds for taking into account the criminal history of an offender as being a factor which leads to harsher penalties. On the one hand, the fact that previous punishments have not made any impression on the offender evince for the main part structurally (and not merely exceptionally) just how dangerous the offender is. On the other hand, one is also justified in saying that the degree of blame is higher in such a case. By virtue of the fact that the punishment in a specific case is not only limited by the range of

³² Note of Editor: taken from Michael Bohlander’s translation of the German Criminal Code.

³³ Cf. *Kaspar* Gutachten C 2018, C 106 f.

sentences but is also restricted by the guilt of the offender, there is no risk of excesses occurring on purely preventive grounds. Precisely this “restitution of the legal peace” (*Wiederherstellung des Rechtsfriedens*), which *Kaspar* himself substitutes for guilt, could create the need for higher sentences when dealing with habitual offenders as a society living under the rule of law feels particularly threatened by them. Of course, at this juncture, one cannot and should not attempt to refute the extensive constitutional rationales which *Kaspar* not only deals with in his report but also in part in his post-doctoral thesis.³⁴ However, one should also make no bones about the fact that with regard to this point, which is not unsurprisingly controversial, there are at the very least *prima facie* counterarguments.

4 Conclusion and prospects

However circumspect *Johannes Kaspar* may be in his report on his considerations regarding the possibilities of sentencing guidelines, when it comes to reforms “within the traditional system” he is all the more imaginative. Not only the transformation of the “*Grundlagenformel*” (fundamental formula for sentencing) contained within section 46 StGB, but also the numerous other smaller proposals for change should, as a whole, lead to the law pertaining to sentencing becoming more lean, more transparent and possibly more uniform and this will ignite interesting debates (not only) at the *Juristentag*. And even if everything remains more or less unchanged, a conscious decision to do so based upon plausibly propounded alternatives would be of great benefit, as this would illustrate that the difficulties regarding the law pertaining to sentencing are not attributable to an absence of willingness to contemplate this, but rather that it is due to the complexity of a maximally invasive decision made by the state in which circumstances of people’s lives should be rendered into numbers. This task is equally challenging when it comes to figure skating, however, the consequences there are far less serious.

Finally, there are two postulates which are mentioned on the periphery and which should be supported in their entirety. On the one hand, one should attach greater importance to the idea of lawyers addressing the issue of sentencing during their studies. In doing so, sentencing would become a significant element in their university education and would no longer merely dwell in the shadows. On the other hand, research into sentencing should be advanced with the help of public funding so that pertinent data for a rational practical application can be collected.

³⁴ *Kaspar* Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014.

Do We Need a New Sentencing Law?

*Torsten Verrel**

1 Reform of the sentencing law: between Scylla and Charybdis?

The criminal law department of the 72nd German Assembly of Jurists took up and discussed the question “Sentencing Guidelines versus Free Judicial Practice Discretion – Do we need a new sentencing law?”.¹ With this, it rightly took up a topic that should actually be a long runner in the reform debate. Because what could be a stronger expression of criminal law than the concrete attribution of a penalty that gives its name to this field of law and constitutes its essence? And what could be more driving than the question of the appropriate punishment? Nevertheless, criminal sanctions have not been subject of a German Jurists’ Congress for a long time. Almost a quarter of a century has passed since the 59th German Assembly of Jurists in 1992 dealt with the reform of the sanctions without deprivation of liberty based on a report by *Schöck*.²

* The following text is a translation of *Verrel* Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? JZ 73 (2018), 811-815.

¹ This is also the title of the report by *Johannes Kaspar* Gutachten C, Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?, in: negotiations for the 72nd *Deutscher Juristentag*, Vol. 1: Gutachten, 2018; for a summary see above pp. 321 ff.

² *Schöck* Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C for the 59th *Deutscher Juristentag*, 1992.

Is it possible that the practice has come to terms well with the arid statutory specifications for the assessment of the legal consequence,³ which in law studies still stands far behind the mediation of the prerequisites for criminal liability? The study of substantive criminal law in the mandatory area is focused on the “whether” of the punishment, while the at least equally relevant legal reality of “what” and “how high” is mostly only taught as a subject of the focus area. Or is the attempt to pre-structure the penalty process by law in such a way that its outcome is predictable and not overly dependent on the person of the judge or his or her affiliation to a judicial district doomed to failure? Does not the aforementioned question already show the whole crux of punishment rules? Because either we put a straitjacket of sentencing requirements on the judge and thereby receive a uniform, but also schematic, and therefore no longer individualized sentencing practice. Or the courts are given the freedom to make such individual evaluations, but then we pay the price of non-uniform sentencing. The right way often lies in the middle. Because, not wanting to obey strict regulations of the penalty level does not mean following a completely ‘free’ legal consequence measurement by the judge in charge, which according to the valid sentencing law and its concretisation through jurisprudence and teaching does not exist.⁴

Rather, it is a question of examining how the legislator can contribute to a more transparent, uniform and ultimately fairer sentencing, how to counterbalance a stress ratio between determinacy and individual justice, between generalization and individualization. Exactly this venture is not in a good state in the *lex lata*, because in addition to a complex variety⁵ of wide, widely overlapping areas⁶ and modifications of the penalty framework and its modifications, the law in § 46 StGB (German Criminal Code) takes a vague position to criminal purposes and designates in an exemplary, non-selective way the aspects to be taken into account in the sentencing of the offence, without determining their direction and weight. All this could be accepted if the practice was successful with its “secret tape measure”⁷ in manufacturing equality in the imposing of penalties. The previous findings of sentencing research suggest that there is no arbitrary penalty in the sense of any “extra-legal” factors considered in the penalty.⁸ Also, law enforcement statistics enabling longitudinal comparisons show an amazing uniformity in sentencing behaviour. However, these are aggregated data, which conceal considerable disparities in penalties, especially since the penalty categories shown in these statistics are very broadly defined in the upper area. The research situation indicates the existence of local differences in penalty rates and

³ *Horstkotte* already suspected this, *Praktische Konsequenzen aus der Strafzumessungsforschung*, in: *Pfeiffer/Oswald* (Ed.) *Strafzumessung*, 1989, p. 281, 284; and *Hassemer ZStW* 90 (1978), 64, 95 f.

⁴ *Meier* *Strafrechtliche Sanktionen*, 2015, p. 162: “gebundenes Ermessen”; cf. also *Kaspar* *Gutachten C* 2018, C 9.

⁵ *Hettinger* in: *Festschrift für Streng*, 2017, p. 241; *Streng* in: *Festschrift für Küper* 2007, p. 95, 101 ff.

⁶ See already *Dreher* in: *Festschrift für Bruns*, 1978, p. 141, 151 f.

⁷ *Dreher* (note to OLG *Stuttgart*) *MDR* 1961, 344.

⁸ *Meier* *Strafrechtliche Sanktionen*, 2015, p. 256.

traditions.⁹ Almost everyone has heard of cases of exceptional sentences. Also, the “Judge Merciful” or “Judge Merciless” scolded or celebrated in the media suggest considerable latitude in sentencing.

2 The way forward: reformation, not revolutionization

If the criminal justice department deals with the question of what can be done to ensure a more calculable and more equal sentencing, it does not have in mind a completely new sentencing law. Of course, a radical change in the form of strict sentencing guidelines is not only rejected by the expert,¹⁰ but is also met with rejection in the vast majority of sentencing theory.¹¹ Without having to justify this in more detail here, the rigidity of such a system, which must be seen in the context of the peculiarities of adversarial criminal proceedings, in particular the strong position of the public prosecutor’s office in the United States,¹² is not a tempting reform perspective.

That, however, does not mean that the preferential alternative of a further development of the sentencing law could do without a stronger regulation in the direction of sentencing guidelines¹³ and without substantial interventions. If it is not supposed to be “keep it the way it was”, the horror picture of a “athematization” of sentencing¹⁴, especially drawn by the Federal Court of Justice, must be relieved of taboos in the sense that, on the one hand, the existing margins within which the judicial measurement of penalty can be exercised, clearly must be smaller and, on the other hand, the reference scale of the usual level of penalties in “comparable cases”,¹⁵ already used by the Federal Court of Justice, has to become more objective. It will be interesting to see whether such reform courage will arise in Leipzig. That also requires a critical evaluation of the developments in the most recent criminal legislation, which not only consist in partly questionable new criminalizations, but also in the increase of the minimum sentence, which lead to quite considerable frictions. This is still to be discussed.

⁹ Compiled by *Kaspar* Gutachten C 2018, C 18 ff.

¹⁰ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 82 ff.

¹¹ *Streng* Strafrechtliche Sanktionen, 2012, recital 765; *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, pp. 257 ff. each with additional references; different opinion *Uphoff* Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien, 1998, p. 254 ff.; *Höjer* Sanktionskarrieren, 2003, p. 153 ff.

¹² *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 246.

¹³ See also *Streng* Strafrechtliche Sanktionen, 2012, recital 766; *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 266.

¹⁴ *BGH* NStZ-RR 2006, 270; 2009, 200; 2010, 40 (No. 4) and 75; *BGH* NStZ 2008, 233.

¹⁵ *BGHR* StGB § 46 at para. 1 Penalty 7, 9, 10 and 12; on the development of the case law *Maurer* Komparative Strafzumessung, 2005, p. 130 ff.

3 The starting points: sentencing program, range of sentences, entry point and control by the courts of appeal

3.1 Sentencing in the narrower sense

The considerations put forward thus far are based on an implicit limitation to the applicable legal specifications required for the determination of the extent of the penalty. This topic delimitation is also made by the expert opinion¹⁶ in order to not get lost in the multitude of problems that arise discussing punishment in a broader sense. It also omits the influencing of the penalty level determination by criminal procedural law, in particular by the comprehension practice as well as by prosecutorial discretion, which both have a life of their own. That is quite appropriate, but we must not lose sight of the fact that a great part of sentencing today is not in the hands of a judge anymore but is carried out by the prosecution. This already starts with the procedural decriminalization in § 153 para. 1 StPO (German Code of Criminal Procedure), but is particularly evident in the intervening attitudes pursuant to § 153a para. 1 StPO¹⁷ based solely on the fiction that conditions and instructions are not punishments. Finally, the motions for criminal orders which clearly exceed the number of charges can be described as a manifestation of the de facto sanctioning power of the public prosecutor.¹⁸ However, the uncontrolled growth of procedural variants which no longer correspond to the original conception of the StPO (a thorough judicial clarification of the facts of the case and sanctions decision) and which have at least as much potential for an imbalanced sanction practice as the sentencing law in the narrower sense is a theme of its own (for the next DJT?), on which the Working Group of German, Austrian and Swiss Criminal law teachers will submit a legislative proposal soon.¹⁹

3.2 Clarification of § 46 StGB

The report focuses on a reform of the central sentencing provision of § 46 StGB.²⁰ Paragraph 1 thereof is predominantly interpreted, at any rate by the BGH (German Federal Court), in the sense that the measure of criminal guilt provides a framework for sentencing, which is filled with consideration of preventive aspects.²¹ Doctrine and jurisprudence disagree about whether this also includes negative deterrence not

¹⁶ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 15.

¹⁷ See only *Stuckenberg* in: *Gedächtnisschrift Weßlau*, 2016, p. 369, 378 f.

¹⁸ In more detail on these shifts of legal and factual sanction competence *Verrel*, in: *Festschrift Kindhäuser*, 2019, 1071 ff.

¹⁹ *Alternativ-Entwurf Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat - AEASR*, in: *GA* 2019, 1 ff.

²⁰ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 105 ff.

²¹ *BGHSt* 7, 28, 32; 20, 264, 266 (= *JZ* 1965, 684); 28, 320, 326.

mentioned in § 46 StGB, hence whether punitive measures for deterrence are permissible.²² Instead, the assessor proposes to use positive general prevention, i.e. the restoration of legal peace, as the measure principle.²³ The two main effects of this realignment are that

- circumstances after the crime, namely the behaviour of the perpetrator such as damage compensation, which so far could only be very laboriously considered in the penalty through indication constructions²⁴ is clearly anchored in the sentencing theory²⁵ and
- a guilt shortfall previously rejected by the BGH²⁶ is possible up to the limit of the general preventive minimum.²⁷

The obvious objection that the restoration of legal peace could be a gateway for possible punishment needs and demands more deterrence should be countered not only by the explicit emphasis on the principle of proportionality, but also by linking the extent of the disturbance of legal peace to the extent of the wrongfulness of the result, and thus ultimately to aspects of guilt.²⁸ In addition, the previous catalogue of facts relating to the imposition of penalties contained in § 46 para. 2 StGB is restructured, providing considerations that mitigate and very concrete measures that aggravate punishment.²⁹

§ 46 StGB, reformed in this way, undoubtedly would base sentencing on a much more precise legal basis and would impress with its innovative interlocking of positive general prevention and guilt compensation, as well as its rejection or containment of problematic penalty factors. Whether the constitutionally and criminologically well-founded overall penalty-limiting orientation of this conception will be listened to is doubtful, given the “stubborn”³⁰ belief in the preventive power of the aggravation of punishment that was also crucial for the last reforms of criminal law. Also, the extensive exclusion of special prevention from sentencing³¹ due to an approximation to the theory of proportionality³² to the crime will trigger a need for

²² Against the special provisions which have been in favour of this since BGHSt 7, 28, 32 f. *Streng* in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Ed.) *Nomos Kommentar (NK) StGB*, Vol. 1, 2013, § 46 recital 43 with additional references.

²³ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 104 f.

²⁴ *Streng* *Strafrechtliche Sanktionen*, 2012, recital 572.

²⁵ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 45, 106.

²⁶ *BGHSt* 24, 132, 134; 29, 319, 321 f. = *JZ* 1981, 32.

²⁷ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 29, 44, 91 f.; thus already *Roxin* *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Volume I, 2006, § 3 recital 41.

²⁸ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 90 ff., 105 f.

²⁹ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 104 ff.

³⁰ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 45.

³¹ *Hörnle* *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999.

³² *Kaspar* Gutachten C 2018, C 105 f.

discussion. However, this is not to be discussed in the following, because the welcomed clarification of the evaluation program and the evaluation criteria can only provide a limited contribution to the pre-shaping of the implementation of these abstract normative specifications in concrete sentencing.

3.3 Reduction of penalties

The legislator provides both numbers and reference values arising from these numbers exclusively by specifying the scope of penalties, to be more precise by designating a minimum and a maximum sentence. The penalty level spectra defined thereby are, however, currently extremely far-reaching, as they are supposed to be able to cover the the least and the most severe cases imaginable, in between which, consequently, lies the equally theoretical construct of the average case.³³ However, as is well known, in practice this range is not exhausted, the punishments, at least for common criminality, rather lie in the lower range of the lower half of the penalty range.³⁴ From this distribution of the penalties actually imposed and from the preferential treatment of certain criminal tariffs³⁵ that can be observed follows an empirical anchor point in the form of a “statistical rule” located in the lower half of the penalty framework.³⁶ The orientation function of these normative and legally relevant fixed points is aggravated, however, by the initially already mentioned large number of special punishment frameworks, which overlap with the normal penalty framework in a “hardly understandable”³⁷ way. For those special punishment frameworks the statistical rule is not supposed to be located below the centre of the penalty framework,³⁸ which is also not the case in manslaughter,³⁹ according to newer BGH case law.

Leaving aside the penalty framework modifications from the general part, e.g. for theft, there are to be found five special penalty frameworks in §§ 243 para. 1, 244 para. 1, 3, 4 and § 244a StGB in addition to the normal penalty framework, which overlap in the range of one to five years, which have an upper limit of 10 instead of five years in three cases and that at least have a spectrum of one, three, six and 12 months.

³³ *BGHSt* 27, 2, 4 = JZ 1977, 68; previously similar to OLG *Stuttgart* MDR 1961, 343; hereinafter inter alia *BGH* NStZ 1983, 217; *BGH* StV 1983, 102 f.; 1984, 114; 1994, 182; *BGHR* § 46 at para. 1 Durchschnittsfall 1.

³⁴ More detailed *Götting* Gesetzliche Strafrahen und Strafzumessungspraxis, 1997, p. 96, 231 f.; see also *Verrel* in: Festschrift Wolter, 2013, p. 799, 804 f. with additional references.

³⁵ *Streng* Strafrechtliche Sanktionen, 2012, recital 645, 762.

³⁶ *BGHSt* 27, 2, 4.

³⁷ *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung, 2017, recital 1167.

³⁸ *BGHSt* 34, 355, 360 f.; *BGH* NStZ 1988, 85.

³⁹ *BGH* StV 1999, 576, 577; different opinion still *BGHR* StGB § 212 No. 7; *BGH* NStZ 1984, 20; *BGH* StV 1984, 114; *StV* 1983, 102.

A reform of the sentencing law that deserves that name will not be able to avoid working its way through the thicket of punishment frameworks, not only in regard to the number of penalty frameworks, but first and foremost in terms of their width and the consistency of their gradation.

The expert opinion is, without delay, to be followed in the recommendation to create more legal certainty through the deletion without replacement of the few remaining undefined especially serious cases, in particular § 212 para. 2 StGB, as well as by the conversion of named optional mitigations into obligatory mitigations.⁴⁰ It is also true that on the other hand the absolute penalty for murder that leads to problems due to its rigidity should be replaced.⁴¹ However, this is a special case that must be handled in the context of the long overdue reform of the homicide legislation.⁴²

A core concern in the reform of the sentencing law should be the clear reduction of the normal penalty frameworks as demanded by the expert opinion.⁴³ Consequently, the capping of at least the upper half of the penalty framework, which is almost meaningless in legal practice, is possible.⁴⁴ For many crimes of common criminality, it should be appropriate to limit the maximum to 2 years and thus to remain in the range of custodial sentences which can, in principle, be suspended. Although this measure does not seem to have much effect on the uncertainty surrounding sentencing found in the lower half of the penalty framework.⁴⁵ The creation of a narrower framework, which is liberated from the requirement to cover hypothetical cases and instead supplies cornerstones of punishment for the spectrum of common crimes before the courts, should provide a more useful base⁴⁶ for the still necessary internal differentiation through formation of penalty framework segments for various degrees of severity, as they have rightly been demanded in many cases.⁴⁷ The

⁴⁰ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 119 but excluding the cases of diminished criminal responsibility caused by a chargeable offence.

⁴¹ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 11.

⁴² See, for example, the reform proposal „Alternativentwurf-Leben“ *Heine/Höpffel/Huber* GA 2008, 193 - 200.

⁴³ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 107 f.

⁴⁴ Also *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 270.

⁴⁵ *Streng* Strafrechtliche Sanktionen, 2012, recital 766: “only a limited contribution to a better legal precedence of the judicial sentencing”; similar to *Schott* Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung, 2004, p. 158.

⁴⁶ See *Schäfer/Sander/van Gemmeren* Praxis der Strafzumessung, 2017, recital 899; *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 229, 268 f.

⁴⁷ Proposals were already made by *Bruns* in: Festschrift für Welzel, 1974, pp. 739, 759 and *Montenbruck* Abwägung und Umwertung, 1983, pp. 47 ff.; for such a gradation in “selected facts” also *Kaspar* Gutachten C 2018, C 119 f.

further provisions on gradations of severity, to be precisely defined by the legislator,⁴⁸ can as usual be captured in form of qualifications or/and examples of a rule,⁴⁹ with which also the few cases previously located in the upper halves of the normal penalty frameworks can be covered.⁵⁰ However, with this amendment it seems questionable whether it is possible to do without the previously given possibility of an undefined particularly serious case concerning the rule examples, as proposed by the expert, especially because no excessive use is to be feared due to the requirements of justification.

If the lowering of the normal penalty frameworks already leads to a certain disentanglement of the special penalty frameworks, particular attention must be paid to their minimum punishment. Because, in contrast to the mostly symbolic increases in the upper limits of the penalty framework, this is a means by which the legislator can directly impact the sentencing practice. However, it has been mentioned that, in the past, drastic increases of the minimum penalties have led to the fact that the courts have switched to the approval of less severe cases in order to come to appropriate punishments.⁵¹ How little feeling the legislator has for the problems and upheavals caused by the selective increases in the minimum penalties for specific offences and how strong the belief in allegedly⁵² deterrent sentences is becomes particularly clear looking at the recent reform of home burglary in the form of the new § 244 para. 4 StGB.

Already in 1998 the 6th StrRG (reform of the penal system) sent a clear signal by the removal of home burglary under § 243 para. 1 sentence 2 StGB into the qualification of § 244 para. 1 no. 3 StGB with the consequence of a criminal framework from six months up to ten years. In 2017, an upgrade took place by § 244 para. 4 StGB classifying the burglary of homes such as “permanently used private dwellings” as a felony qualification and expressly waiving the opening of a minor case which had previously been combined with such a measure,⁵³ as if such cases could not exist.⁵⁴ A conflict with the principle of guilt is pre-programmed. The reference in para. 4 to home burglary in para. 1 no. 3 leads to the conclusion that the offence qualification in para. 1 no. 3 must be limited now, contrary to its wording, to not permanently occupied dwellings. It is even stranger or a sign of hasty legislation that it was forgotten to adapt the qualification of aggravated gang burglary in § 244 a

⁴⁸ To this advantage of a tight normal penalty frame *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 275, 278.

⁴⁹ So also *Kaspar* Gutachten C 2018, C 119; *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 276 ff.

⁵⁰ See *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 271.

⁵¹ *Streng* in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Ed.), Nomos Kommentar (NK) StGB, Vol. 1, 2013, § 46 StGB, recital 200.

⁵² The lack of empirical evidence for this so far should actually be criminological general knowledge.

⁵³ BT-Drs. 18/12 359, 1.

⁵⁴ Examples can be found in the opinion 40/2017 of 15 5th 2017 the German Bar Association by the Committee Criminal Law, S. 5, available at <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-40-17-strafrahmenverschaeferung-fuer-wohnungseinbruchdiebstahl> (called at 1. 8. 2018).

StGB to § 244 para. 4 StGB, so that only gang burglary in temporarily used private apartments is punished more severely, but with the option of a minor case, while the gang burglary of permanently used dwellings has the same penalty as a burglary without a gang.

This is anything but coherent legislation and shows how much the range of sentences can be the result of urgent daily political decisions, and that it is more necessary than ever to eliminate the evaluative contradictions and conflicts thereby resulting in an overall revision of the penalty framework.

When the legislator considers minimum penalties as a means of achieving higher levels of penalties,⁵⁵ it should consider their adequacy in the light of the previous sentencing practice and at least always leave open a route towards a lighter sentence. This flexibility is already given by using examples of a rule with the possibility to deny the indicative effect, which is a strong argument for this regulation method. In the case of qualifications, this opening is achieved by minor cases. It can be left open if their removal into a common § 49 para. 1 StGB for all offences – as suggested by the expert opinion⁵⁶ – would be an improvement.

3.4 Orientation on the previous sentencing practice

Even if through correcting the disorder of the statutory penalty framework considerable progress would already be achieved, it must not be underestimated that the most difficult part of the sentencing, namely the classification of the concrete case in the penalty framework – which remains wide even in the proposed narrower form – is hardly made any easier. Since, when renouncing sentencing guidelines, it is not possible to formulate the sentencing procedure normatively in such a way that mediated subsumption leads to a certain penalty or at least a certain range of justifiable penalties, the single guideline and point of orientation for the production of equality of punishment remains the orientation on the previous penal law.⁵⁷ The knowledge that sentencing practice provides the only really tangible clue for the classification in the penalty range stands in astonishing contradiction to the unwillingness of the BGH to draw consequences for the control of penalties. So, the BGH would have to come forward and determine how high the penalties for similar cases usually are in order to be able to assess the justifiability of the level of penalties in the specific case. On the one hand, the Federal Court of Justice does take into account the penalty levels “in comparable cases”,⁵⁸ i.e. a reference point obviously known to the

⁵⁵ For their retention *Kaspar* Gutachten C 2018, C 118.

⁵⁶ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 119.

⁵⁷ *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 273; *Streng* Strafrechtliche Sanktionen, 2012, recital 768; *Bruns* JZ 1988, 1053, 1058; *Horn* StV 1986, 168, 170; *Montenbruck* Abwägung und Umwertung, 1983, p. 21 f.; *Schöch* Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, 1973, p. 76; criticism against it *Foth* NStZ 1992, 444; *Schall/Schürmacher* JURA 1992, 624, 628; *Frisch* ZStW 99 (1987), 751, 791 f.; *Frisch* GA 1989, 338, 352 f.

⁵⁸ BGH NStZ 1992, 381 and evidence in *Theune* StV 1985, 205, 208 Fn. 46.

Court, when verifying penalty levels. On the other hand, the Court avoids an exact definition,⁵⁹ it rather deviates to the universally usable complaint of lack of reasoning in the rare cases as uncommonly objected penalty measures. Besides, the Court vehemently opposes “arithmetical considerations”⁶⁰ in the search for the right entry point and argues against a “mathematization”⁶¹ that is foreign to the essence of punishment. The Court emphasizes the necessity to acknowledge the “overall spectrum of all circumstances relevant to sentencing without commitment to other fixed points than the upper and lower limits of the penalty framework.”⁶²

In jurisprudence, it is true that the majority assumes that more transparency and equality of the penalty will only be achieved through comparative considerations. But here, too, we immediately find warnings with respect to an uncritical transfer of average values⁶³ and the reform demands drawn from sentencing practice remain quite vague. Considering a change in law, this is understandable, as the expert rightly noticed, it is difficult to imagine what a regulation should look like that is supposed to provide a ‘subsumption-capable’⁶⁴ entry help for the judge. If the “average case” or the “rule case” in his opinion is not a suitable legal term, then the demand for a stronger empirical foundation of sentencing should have a name and must have an ‘arithmetic’ relationship to the framework of punishment. If one does not want to pursue the idea of an explicit statutory internal grading in different degrees of severity or penalty segments of the penalty range, the only remaining possibility is the significantly stronger and more concrete connection of appealing penalty control to the common sentences and the entry points resulting from them.⁶⁵ This, in turn, has repercussions for the actual judiciary’s decision. The problem is not of a legal kind – the Federal Court of Justice does not have any difficulties in giving the criminal courts concrete guidelines for the (stricter) punishment of for example tax evasion⁶⁶ and speeding cases⁶⁷ – but rather a systematic illustration of the existing Criminal practice.⁶⁸ Neither do criminal justice statistics away with the need for in-depth coverage nor has the sentencing research extracted “basic types of judicial sentencing

⁵⁹ An exception can be found in *BGHR BtMG* § 29 Strafzumessung 13; approaches also in *OLG Celle* NStZ-RR 2004, 142 f.; *OLG Braunschweig* NStZ-RR 2002, 75 f. *OLG Schleswig* StV 1992, 380.

⁶⁰ *BGH* NStZ 2009, 43; for the inconsistency therein, see also *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 263 f.

⁶¹ *BGH* NStZ-RR 1999, 101 f.

⁶² *BGH*, Decisions of 23. 4. 2003 - 3 StR 106/02 and of 3. 12. 2000 - 3 StR 406/02; critical regarding the overall appraisal approach already *Horn* StV 1986, 168, 169; see also *Eschelbach* in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Ed.), StGB, 3rd edition 2016, § 46 recital 194.

⁶³ *Streng* Strafrechtliche Sanktionen, 2012, recital 769.

⁶⁴ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 119.

⁶⁵ For a “stricter tenability check under revision law” also *Streng* Strafrechtliche Sanktionen, 2012, recital 769.

⁶⁶ *BGHSt* 53, 71, 86 (= *JZ* 2009, 526 with note *Joeks*); 57, 123, 127 ff.

⁶⁷ *BGH* NStZ 2018, 29.

⁶⁸ See *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 23 f.

practice⁶⁹ to a notable extent so far. This would be remedied with relatively little effort⁷⁰ by refining the data collected in the criminal prosecution statistics, both with greater differentiation of the penalty groups identified therein, including the indication of average values and dispersion measures, as well as with the recording of the “key indicators” that have emerged from recent sentencing such as the amount of damage, criminal record or the willingness to confess.⁷¹ The penalty circumstances are in fact less individualized⁷² than expected according to the enumeration of potentially relevant factors mentioned in § 46 para. 2 of the Criminal Code and the great importance the Court puts on the overall appreciation. Such a survey would prove in which fractions of the penalty range the typical penalties lie and it could well result in the differences claimed by the Court in the entry points, in normal and special penalties or offence-specific features. The fear of a mathematization of sentencing that ultimately amounts to sentencing guidelines is unfounded, because the thus determined average sentences only allow for a first classification in the criminal context which must be followed by a two-way margin for the consideration of any particularities of the case.⁷³ Such deviations are then to be explained – and that would be a real step forward from the current sentencing justification platitude of “the penalty in proportion to the nature and seriousness of the offence” – in the reasons for judgement. Whether there is a need to establish a sentencing commission⁷⁴ equipped with an adequate research budget, as recommended by the expert, will depend on whether (a) the legislator accomplishes its task by ensuring a more homogeneous system of penalty ranges and (b) the Court opens itself up to a more transparent punishment control by recouring to the data from the prosecution statistics.⁷⁵

4 Conclusion: Have courage!

The criminal law division of the 72nd German Assembly of Jurists has faced no easy task. A reform of the Penal Code, which neither consists in detailed sentencing guidelines nor leaves the status quo unchanged, has to take a difficult middle course and stay open to compromises.⁷⁶ While retaining scope for individualisation, one large legislative bill cannot achieve more guidance for the assessment of the level of penalties by the judiciary, only a bundle of different measures will be able to do so.

⁶⁹ *Kaiser/Schöck/Kinzig* Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 2015, case 7 recital 57; similar *Horn StV* 1986, 169: “no line, but a case group”.

⁷⁰ So also the assessment of *Streng* Strafrechtliche Sanktionen, 2012, recital 768.

⁷¹ For more details see *Verrel* in: *Festschrift für Wolter*, 2013, p. 799, 811 ff.

⁷² See only *Meier* Strafrechtliche Sanktionen, 2015, p. 256 with evidence from sentencing research.

⁷³ See *Meier* Strafrechtliche Sanktionen, 2015, p. 238f.; *Bruns* JZ 1988, 1053, 1058.

⁷⁴ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 120; similar *Uphoff* Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien, 1998, p. 227.

⁷⁵ This happened so far in the past as it seems only in *BayObLG* JR 2002, 166 with note *Verrel*.

⁷⁶ *Schier* Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, p. 292.

Its spectrum is shown by Kaspar's expert report. Three aspects are most urgent: the legislator must provide frameworks of penalties, which are effective and just guidelines in terms of their key points as well as their gradation among themselves. The practice of sentencing assessment not only "should" but must absolutely be "empirically recorded to a significantly greater extent than previously"⁷⁷ in order to provide the courts with a reference scale showing the usual imposed punishment that exclusively serves the establishment of legal unity. This requires a technically possible, detailed and nationwide statistical recording of convictions. The Federal Court of Justice should abandon its timidity regarding the arithmetic of the sentencing system and is called upon to substantiate its sentencing control more empirically, too. Last but not least, this would make sentencing by criminal courts more predictable.

⁷⁷ *Kaspar* Gutachten C 2018, C 120; the development of statistics was already demanded by *Rolinski* Die Prägnanztendenz im Strafurteil, 1969, p. 102; see further *Seebald* BA 1974, 193, 196 f.

Autorenverzeichnis

Kai Ambos ist Lehrstuhlinhaber für Strafrecht, Straf- und Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung, internationales Strafrecht und Völkerrecht an der Georg-August-Universität Göttingen, geschäftsführender Direktor des dortigen Instituts für Kriminalwissenschaften und Direktor der Forschungsstelle für lateinamerikanisches Straf- und Strafprozessrecht (CEDPAL) sowie Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag und Berater (*amicus curiae*) der kolumbianischen Sondergerichtsbarkeit für den Frieden.

Benjamin L. Berger ist Professor und Inhaber des York Research Chair in Pluralism and Public Law an der Osgoode Hall Law School, York University in Toronto, Canada. Seine Forschung und Lehre konzentriert sich schwerpunktmäßig auf Straf- und Verfassungsrecht, Beweisrecht sowie Recht und Religion. Er ist Autor von *Law's Religion: Religious Difference and the Claims of Constitutionalism* (University of Toronto Press, 2015) und Herausgeber der Hart Publishing Serie *Constitutional Systems of the World*.

Inês Freixo ist Doktorandin an der Georg-August-Universität Göttingen und wissenschaftliche Mitarbeiterin der Forschungsstelle für lateinamerikanisches Straf- und Strafprozessrecht (CEDPAL). Zuvor hat sie Rechtswissenschaften an der Juristischen Fakultät der Universität Coimbra studiert.

Thomas Grosse-Wilde, Akademischer Rat am Strafrechtlichen Institut der Universität Bonn, Promotion mit der Dissertation „Erfolgszurechnung in der Strafzumessung“, summa cum laude, an der Universität Bonn, 2016 Eimer Heuschmidt Mehle-Preis für die für die beste strafrechtliche Dissertation des Fachbereiches Strafrecht, 2014 Visiting scholar am Chicago Kent College of Law, Illinois Institute of Technology

(IIT), 2019 Verleihung der Joachim Vogel-Gedächtnismedaille, Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, seit 2017 Teilnehmer der Zukunftsfakultät, Wissenschaftskolleg zu Berlin, Forschungsverbund Recht im Kontext.

Rhys Hester, JD, PhD, ist Professor an der Clemson University. Er war stellvertretender Direktor der Pennsylvania Commission on Sentencing und bekleidete ehemals Positionen als Juniorprofessor der Soziologie und Kriminologie an der Penn State University sowie als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Robina Institute der University of Minnesota Law School. Die Resultate seiner Forschung werden in den Fachzeitschriften „Criminology“, „Journal of Quantitative Criminology“ und „Crime and Justice: A Review of Research“ veröffentlicht.

Tatjana Hörnle, Direktorin am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg i.Br., Leiterin der Abteilung Strafrecht; Professorin an der Humboldt-Universität zu Berlin, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung.

Jörg-Martin Jehle, 1986-89/1996 Direktor der Kriminologischen Zentralstelle, Wiesbaden; seit 10/1996 Professor für Kriminologie, Strafrecht und Strafvollzug, Juristische Fakultät der Universität Göttingen; Mitglied (seit 1994) und Vorsitzender (2009-2019) der Expertengruppe „European Sourcebook of Criminal Justice“.

Johannes Kaspar ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht an der Universität Augsburg. Er ist Mitglied der Schriftleitung und Mitherausgeber der Zeitschrift „Neue Kriminalpolitik“. Seine Forschungsthemen sind neben allgemeinen strafrechtlichen und wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen auch die Bezüge des Strafrechts zum Verfassungsrecht sowie Recht und Praxis der strafrechtlichen Sanktionen bzw. der Strafzumessung (einschließlich Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung). Für den 72. Deutschen Juristentag 2018 hat er das strafrechtliche Gutachten zur Reform des Strafzumessungsrechts verfasst.

Jennifer Koch ist Doktorandin und war wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans Kudlich, an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Derzeit ist sie Referentin im Präsidialstab der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Hans Kudlich war nach Promotion in Würzburg und Habilitation in München ab 2002 Inhaber eines strafrechtlichen Lehrstuhls an der Bucerius Law School in Hamburg und ist seit 2004 Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg.

Nicola Padfield ist Professor für Straf- und Strafzumessungsrecht („Criminal and Penal Justice“) an der University of Cambridge und Mitglied auf Lebenszeit („Life Fellow“) des Fitzwilliam College. Ihre Forschung betrifft sowohl das ‚hard‘ law als auch kriminologisch-soziologische Fragestellungen. Sie hat in verschiedenen Bereichen publiziert, wie dem Strafzumessungsrecht, der Strafaussetzung zur Bewährung und dem Widerruf der Bewährung. Zwischen 2002 und 2014 bekleidete sie eine halbe Richterstelle.

Julian V. Roberts ist Professor für Kriminologie an der Juristischen Fakultät der University of Oxford. Er war Mitglied des Sentencing Council of England and Wales und hat das American Law Institute bei der Erarbeitung des Model Penal Code: Sentencing beraten. Sein zuletzt veröffentlichtes Buch („Paying for the Past“, zusammen mit Richard Frase) erschien 2019 bei der Oxford University Press.

Torsten Verrel, Jahrgang 1961, hat in Marburg und Göttingen Rechtswissenschaften studiert. Er wurde 1994 in Göttingen mit einer empirischen Arbeit zur Schuldfähigkeitsbegutachtung und Strafzumessung bei Tötungsdelikten promoviert und habilitierte sich 2001 an der LMU München mit einer strafprozessualen Schrift über die Selbstbelastungsfreiheit. Ihm wurde die *venia legendi* für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug erteilt. Er ist seit 2003 geschäftsführender Direktor des Kriminologischen Seminars der Universität Bonn.

List of Authors

Kai Ambos is Chair for Criminal Law, Criminal Procedure, Comparative Law, International Criminal Law and Public International Law at the University of Göttingen, Germany; Acting Director of the Institute for Criminal Law and Justice and Director of the “Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano” (CEDPAL); he also serves as Judge of the Kosovo Specialist Chambers, The Hague, Netherlands and as Advisor (*amicus curiae*) of the Colombian Special Jurisdiction for Peace.

Benjamin L. Berger is Professor and York Research Chair in Pluralism and Public Law at Osgoode Hall Law School, York University, in Toronto, Canada. His areas of research and teaching specialization are criminal and constitutional law and theory, the law of evidence, and law and religion. He is the author of *Law’s Religion: Religious Difference and the Claims of Constitutionalism* (University of Toronto Press, 2015) and is a general editor of the Hart Publishing series *Constitutional Systems of the World*.

Inês Freixo is a doctoral candidate at the University of Göttingen and a researcher at the Center for the Study of Latin-American Criminal Law and Criminal Procedure (CEDPAL). She previously studied Law at the Faculty of Law of the University of Coimbra.

Thomas Grosse-Wilde, senior lecturer (“Akademischer Rat”) at the Institute of Criminal Law, University of Bonn. Doctor iuris (thesis: “Erfolgzurechnung in der Strafzumessung”/“The Imputation of Harm in Sentencing Law”), summa cum laude, Bonn University, 2016 Eimer Heuschmid Mehle-Award for the best PhD thesis in Criminal Law of the University of Bonn in 2016, 2014 Visiting scholar at Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology (IIT), Joachim Vogel

Memorial Prize 2019, since 2017 Member of the “Zukunftsfakultät”, Recht im Kontext research network at the Wissenschaftskolleg Berlin.

Rhys Hester, JD, PhD, is a professor at Clemson University. He is former Deputy Director of the Pennsylvania Commission on Sentencing, and has previously held positions as Associate Research Professor of Sociology and Criminology at Penn State University, and Research Fellow with the Robina Institute at University of Minnesota Law School. His research appears in *Criminology*, *Journal of Quantitative Criminology*, and *Crime and Justice: A Review of Research*.

Tatjana Hörnle, Director at the Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Freiburg/Germany, Head of the Department of Criminal Law; Professor at the Humboldt-Universität zu Berlin/Germany, chair for criminal law, criminal procedure, legal philosophy, and comparative law.

Jörg-Martin Jehle, 1986-89/1996 Director of the Criminological Center (funded by the Ministries of Justice); since 10/1996 Professor for Criminology, Criminal Law and Penology, Law Faculty, University of Göttingen, member (since 1994) and chair (2009-2019) of the expert group “European Sourcebook of Criminal Justice”.

Johannes Kaspar holds the chair for criminal law, criminal procedural law, criminology and the law of criminal sanctions at Augsburg University. He is one of the editors of the journal “Neue Kriminalpolitik”. Besides general questions of criminal law and economic criminal law, his main research topics are the relation of criminal and constitutional law and legal and practical aspects of criminal sanctions and sentencing (including Restorative Justice). In 2018 he wrote an expert opinion on the reform of sentencing law for the 72nd convention of German legal scholars and practitioners (Deutscher Juristentag).

Jennifer Koch is a doctoral candidate and was a teaching and research assistant at the chair of Prof. Dr. Hans Kudlich at the University of Erlangen-Nuremberg. Jennifer Koch is member of the Presidential staff of the Friedrich-Alexander-University of Erlangen-Nuremberg.

After completing his doctorate in Würzburg and habilitation in Munich, *Prof. Dr. Hans Kudlich* held a chair in criminal law at the Bucerius Law School in Hamburg from 2002 and has been a professor of criminal law, criminal procedural law and legal philosophy at the University of Erlangen-Nuremberg since 2004.

Nicola Padfield is Professor of Criminal and Penal Justice at the University of Cambridge, and a Life Fellow of Fitzwilliam College. She has a broad research lens, engaged in both ‘hard’ law and in socio-legal-criminological research. Her publications

span many areas including sentencing, parole and recall to prison. She was a part-time judge from 2002-2014.

Julian V. Roberts is a Professor of Criminology in the Faculty of Law, University of Oxford. He was a member of the Sentencing Council of England and Wales and an advisor to the American Law Institute Model Penal Code Sentencing project. His latest book ('Paying for the Past', with Richard Frase) was published by Oxford University Press in 2019.

Torsten Verrel born in 1961 studied law at the Universities of Marburg and Göttingen. In 1994 he obtained his PhD on "Impact of Criminal Responsibility Reports on Verdicts and Criminal Trial Procedures in Homicide Cases" and in 2001 completed his post-doctoral lecture qualification (habilitation thesis) entitled "The Privilege against Self-Incrimination". His *venia legendi* covers the domains of criminal law, criminal trial law, criminology, juvenile criminal law and the penal system. He has been Chair of Criminology, Juvenile Criminal Law and the Penal System at the University of Bonn since December 2003.

Im September 2018 hat sich die strafrechtliche Abteilung des 72. Deutschen Juristentags mit der Frage „Sentencing Guidelines vs. freies richterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?“ befasst. Trotz des kritischen Gutachtens von Johannes Kaspar und begleitender literarischer Stellungnahmen sind jedoch grundlegende Reformvorschläge auf Ablehnung gestoßen. Der rechtsvergleichende Blick hat sich auf die U.S.-amerikanischen Strafzumessungsrichtlinien des Bundesstrafrechts beschränkt. Der vorliegende Band möchte einerseits ein differenzierteres Bild des angloamerikanischen Strafzumessungsrechts durch drei Länderberichte (England/Wales, USA und Kanada) mit Kommentaren aus deutscher Sicht zeichnen und andererseits die deutsche Perspektive im angloamerikanischen Rechtskreis bekannt(er) machen. Um eine möglichst weite Verbreitung sicherzustellen, haben wir uns für eine zweisprachige Open-Access-Veröffentlichung entschieden.

In September 2018 the criminal law section of the 72nd Deutscher Juristentag (DJT, “German Assembly of Jurists”) debated the question “Sentencing Guidelines vs. Free Judicial Discretion – Is German Sentencing Law in Need of Reform?” Despite the expert opinion provided by Johannes Kaspar and the accompanying scholarly commentaries, ensuing proposals for fundamental reform met with rejection. The comparative perspective was limited to the US Federal sentencing guidelines. The intention of this volume is therefore, on the one hand, to draw a more nuanced picture of Anglo-American sentencing law focusing on three legal systems (England/Wales, USA and Canada) accompanied by commentaries from a German perspective; on the other hand, we want to make the German perspective (better) known within the Anglo-American legal world by reproducing important DJT documents in English language. To ensure the widest possible distribution we opted for a bilingual open access publication.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-461-1
eISSN: 2512-7047

Göttingen University Press