

Jeung

Die Strafzumessung in Deutschland und Korea im Vergleich



Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts
für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br.


Reihe K: Kriminologische Forschungsberichte

Herausgegeben von Hans-Jörg Albrecht und Günther Kaiser

Band K 111

Die Strafzumessung in Deutschland und Korea
im Vergleich, insbesondere in Bezug
auf die relevanten Strafzumessungstatsachen
in § 46 Abs. 2 dStGB und § 51 korStGB

Chel-Ho Jeung

 edition
iuscrim

Freiburg im Breisgau 2004

Chel-Ho Jeung, Dr. jur., war von Oktober 1997 bis Juni 2001 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Breisgau.

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar

Druck: TYPOS-Digital Print, spol. s r.o., Plzeň

© 2004 edition iuscrim
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht
Günterstalstraße 73, D-79100 Freiburg i. Br.

Alle Rechte vorbehalten

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	IX
EINLEITUNG:	1
1. <i>Problemstellung</i>	1
2. <i>Der Gang der Untersuchung</i>	3
ERSTER TEIL:	5
ALLGEMEINE UND THEORETISCHE GRUNDLAGEN DER STRAFZUMESSUNG	5
<i>A. Definition und Bedeutung der Strafzumessung</i>	5
I. Grundbegriffe der Strafzumessung	5
II. Bedeutung der Entscheidung über das Strafmaß	8
<i>B. Straftheorien als Grundlagen der Strafzumessungstheorien</i>	10
I. Vereinigungstheorien	11
II. Positive Generalprävention	14
III. Spezialprävention	17
IV. Tatschuldvergeltung	19
V. Konsequenzen für die Strafzumessung	21
<i>C. Schuld und Prävention im positiven Recht der Strafzumessung</i>	22
I. Schuld als Grundlage der Strafzumessung	22
II. Die Antinomie zwischen Schuld und Prävention bei der Strafzumessung	25
III. Strafzumessungstheorien	28
1. Spielraumtheorie	28
2. Die Theorie der Punktstrafe	31
3. Die Theorie vom sozialen Gestaltungsakt	33
4. Stellenwertheorie (Stufentheorie)	34
5. Die Theorie der Tatschuldvergeltung	36
6. Positive Generalprävention als Strafzumessungslehre	37
7. Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung	40
IV. Zusammenfassung	44
ZWEITER TEIL	47
STRAFZUMESSUNG IM DEUTSCHEN UND KOREANISCHEN RECHT	47
<i>A. Deutschland</i>	47
I. Ermittlung und Bewertung der Strafzumessungstatsachen	47
1. Festlegung der Strafzumessungsfaktoren	47
2. Bewertung der Strafzumessungstatsachen	49
3. Doppelverwertungsverbot	52
II. Bedeutung von Schuld in der Strafzumessung	56
1. Inhalt der Strafzumessungsschuld	57
1.1 Verhältnis von Strafbegründungsschuld und Strafzumessungsschuld	57
1.2 Strafbegrenzung als Aufgabe der Strafzumessungsschuld	60
1.3 Strafzumessungsschuld als Tatschuld oder Täterschuld	62
2. Komponenten der Strafzumessungsschuld	65

2.1 Überblick	65
2.2 Handlungsunwert.....	67
2.3 Erfolgswert.....	69
3. Strafmilderndkeit als strafmildernder Faktor	70
III. Strafzumessungstatsachen gemäß § 46 II dStGB	73
1. Die Bedeutung des Katalogs des § 46 II dStGB	73
2. Die Beweggründe und Ziele des Täters	75
2.1 Beweggründe, Motive, Ziele, Absichten	75
2.2 Gewissenstäter, Überzeugungstäter i. e. S. und Täter zivilen Ungehorsams	78
3. Die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille.....	80
3.1 Die Gesinnung, die aus der Tat spricht.....	80
3.2 Der bei der Tat aufgewendete Wille	84
4. Das Maß der Pflichtwidrigkeit	86
5. Die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat	88
5.1 Die Art der Ausführung	88
5.2 Die verschuldeten Auswirkungen der Tat	90
5.2.1 Tatbestandsmäßige Rechtsgutsverletzung.....	91
5.2.2 Außertatbestandliche Folgen	93
6. Das Vorleben, das Nachtatverhalten und die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters.....	95
6.1 Allgemeines	95
6.2 Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters.....	96
6.2.1 Die berufliche und soziale Stellung.....	97
6.2.2 Die wirtschaftlichen Verhältnisse.....	98
6.3 Vorleben und Nachtatverhalten des Täters.....	100
6.3.1 Der Tatbegriff in der Strafzumessungslehre.....	100
6.3.2 Die Relevanz der Vorstrafen in der Praxis	103
6.3.3 Das Verhalten im Verfahren.....	107
6.3.4 Die Wiedergutmachung.....	109
B. Korea	113
I. Die Entwicklungsgeschichte des koreanischen Strafrechts	113
1. Überblick.....	113
2. Kochosun-Zeitalter (das erste koreanische Altreich, etwa 2333 v.Chr.)	115
3. Drei Königreiche-Zeit	116
4. Koryo-Zeitalter (918 bis 1392 n.Chr.)	117
5. Chosun-Zeitalter (Yi-Dynastie, 1392-1910)	117
6. Kolonialzeit (1910-1945)	118
7. Nach der Unabhängigkeit von Japan.....	119
8. Die Strafrechtsreform (im Jahr 1995)	120
II. Exkurs: Das Sanktionensystem im koreanischen Strafgesetzbuch	121
1.Überblick.....	121

2. Die verschiedenen Straffarten	123
2.1 Todesstrafe.....	123
2.2 Freiheitsstrafe.....	125
2.3 Vermögensstrafe	127
2.4 Ehrenstrafe	129
3. Der Grad der Schwere der Straftat.....	130
4. Strafaussetzung zur Bewährung und Verwarnung mit Strafvorbehalt.....	131
5. Aussetzung des Strafrestes (bedingte Entlassung).....	134
6. Maßregeln der Besserung und Sicherung	135
III. Der Stand der Strafzumessung in Korea.....	137
1. Strafzumessungstheorie.....	137
2. Strafzumessungspraxis.....	139
3. Gesetzgebung	141
IV. Die gesetzlichen Regelungen der Strafzumessung im koreanischen StGB	142
1. Überblick über die Vorschriften.....	142
2. Die Strafmilderung nach richterlichem Ermessen (§ 53 korStGB).....	145
V. Relevante Strafzumessungstatsachen gemäß § 51 korStGB.....	147
1. Die Bedeutung des § 51 korStGB	147
2. Das Alter, der Charakter und die Lebensführung, die Intelligenz und das Milieu des Täters.....	149
2.1 Das Alter des Täters.....	149
2.2 Der Charakter und die Lebensführung des Täters	150
2.2.1 Allgemeiner Charakter und allgemeine Lebensführung	
2.2.2 Vorstrafen	
2.3 Die Intelligenz des Täters	153
2.4 Milieu des Täters	154
3. Das Verhältnis zum Opfer (die Umstände, die das Opfer betreffen).....	157
3.1 Allgemeines	157
3.2 Strafzumessungsrelevanz des Opfers.....	158
3.2.1 Die Rolle des Opfers im Hinblick auf das Ausmaß des Erfolgsunrechts	158
3.2.2 Die Rolle des Opfers im Hinblick auf das Ausmaß des Handlungsunrechts.....	160
4. Die Beweggründe, die Mittel und der Erfolg der Straftat	160
4.1 Die Beweggründe der Straftat.....	160
4.2 Die Ausführungsweise der Straftat	162
4.3 Der Erfolg der Straftat	163
4.3.1 Allgemeines	163
4.3.2 Tatbestandsmäßiger Erfolg.....	164
4.3.3. Außertatbestandsmäßiger Erfolg.....	166
5. Die Umstände nach der Tatbegehung	167
5.1 Schadenswiedergutmachung und das Bemühen um Schadensverminderung.....	168

5.2 Prozeßverhalten	169
5.3 Die sonstigen Umstände nach der Tatbegehung.....	171
DRITTER TEIL	173
RECHTSVERGLEICHENDE ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNG	173
A. ZUSAMMENFASSENDE BETRACHTUNG DER STRAFZUMESSUNGSTATSACHEN IM DEUTSCHEN UND KOREANISCHEN StGB.....	173
I. Strafrechtsvergleich.....	173
II. Zusammenfassende Betrachtung der Strafzumessungstatsachen im dStGB.....	176
III. Zusammenfassende Betrachtung der Strafzumessungstatsachen im korStGB.....	185
B. STRAFZUMESSUNGSRECHT IN DEUTSCHLANDS UND KOREA IM VERGLEICH ..	192
I. Die Grundlagenformel der Strafzumessung im korStGB und im dStGB ..	192
II. Die Strafzumessungstatsachen der § 51 korStGB sowie § 46 Abs. 2 dStGB	196
III. Die Regelung der Strafzumessungserwägungen im Vergleich	201
IV. Die strafrechtlichen Sanktionen im Vergleich	203
V. Strafzumessung und Strafverfahren im Vergleich.....	207
C. SCHLUSSBEMERKUNG	210
I. Gemeinsame Befunde.....	210
II. Besondere Schlußfolgerungen für das koreanische Recht	211
LITERATURVERZEICHNIS	215
I. Schriftum zum deutschen Recht.....	215
II Schriftum zum koreanischen Recht	225

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuch
a.F.	alte Fassung
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BverwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
dGG	deutsches Grundgesetz
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
dStGB	deutsches Strafgesetzbuch
dStPO	deutsche Strafprozeßordnung
dStVollzG	deutsches Strafvollzugsgesetz
f. ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GS	Der Gerichtssaal
GS	Gedächtnisschrift
h.L./h.M.	herrschende Lehre/herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KKW	Kleines Kriminologisches Wörterbuch
korBGB	koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch
korGG	koreanisches Grundgesetz
korJGG	koreanisches Jugendgesetz

korOGH	koreanischer Oberster Gerichtshof
korStGB	koreanisches Strafgesetzbuch
korStPO	koreanisches Strafprozeßordnung
korStVollzG	koreanisches Strafvollzugsgesetz
korVerfG	koreanisches Verfassungsgericht
KrimGegfr	Kriminologische Gegenwartsfragen
LB	Lehrbuch
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
M SchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖRiZ	Österreichische Richterzeitung
ÖZStrR	Österreichische Zeitschrift für Strafrecht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
sog.	sogenannte(r)
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
u.a.	unter anderem, unter anderen
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WStG	Wehrstrafgesetz
won	koreanische Währung
z.B.	zum Beispiel
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrR	Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

Einleitung

1. Problemstellung

Die vorliegende Arbeit versucht, das Problem der Strafzumessung aus rechtsvergleichender Sicht zu bearbeiten. Sie bezieht das deutsche und das koreanische Strafrecht sowie in beiden Systemen verfügbares empirisches Wissen der Kriminologie ein. Dabei steht die Besprechung der in § 46 Abs. 2 dStGB und § 51 korStGB genannten Strafzumessungstatsachen im Mittelpunkt. Obwohl die Arbeit die Rechte beider Länder untersucht, steht die Darstellung der deutschen Lehre und Rechtsprechung im Vordergrund. Das hat seine Gründe zum einen darin, dass die Strafzumessungslehre in Korea ganz allgemein noch in den Anfängen steckt. Zum anderen ist im koreanischen Strafrecht – im Vergleich zu anderen Rechtssystemen – die Rezeption deutscher Lehre und Rechtsprechung im Bereich der Strafzumessung am weitesten gediehen.

In beiden Ländern ist die jeweils herrschende Meinung, die sich der Individualisierung der Strafe im Hinblick auf Schuldproportionalität und Individualprävention verpflichtet fühlt, auf das Ziel ausgerichtet, im Rahmen einer schuldangemessenen Sanktion präventive Folgen zu erreichen: „Prävention im Rahmen der Repression“.¹ Jedoch wird offensichtlich – gerade bei Betrachtung der empirischen Strafzumessungsforschung – der Anspruch auf Individualisierung nur unzureichend eingelöst.² Darüber hinaus kommt individualisierungsorientierten Strafzumessungsfaktoren in der Praxis keineswegs die nach dem theoretischen Grundansatz zu erwartende Bedeutung zu.³ Auch unter dem Gesichtspunkt der Strafungleichheit ist das Individualisierungsgebot ein schwer zu erfassender Strafzumessungsfaktor: Je mehr Strafzumessungsfaktoren anerkannt werden, um so größer wird zwangsläufig die Unvorhersehbarkeit und fehlende Steuerbarkeit der Strafzumessungspraxis. Dies gilt insbesondere für solche Faktoren, bei denen die Bewertung der Täterpersönlichkeit im Vordergrund steht.⁴ Ferner kann

¹ Grundlegend Zipf, 1969, S. 55ff.; Bruns, 1985, S. 89ff.; Streng, 1991, S. 183; Erhard, 1992, S. 98; Jescheck/Weigend, AT, S. 880f.; J.S. Lee, AT, S. 552.

² Kaiser, Kriminologie, S. 930ff.

³ Albrecht, 1994, S. 192ff., 415f.; ders, ZStW 102 (1990), 619f.

⁴ Hörmle, JZ 1999, 1083.

eine Einschränkung der in die Entscheidung einzubeziehenden Strafzumessungstatsachen eine bessere Nachvollziehbarkeit der Entscheidung und eine weitreichende revisionsrechtliche Kontrolle versprechen und die tatrichterlichen Schwierigkeit bei der Herstellung und Darstellung der Strafzumessung vermindern.⁵

Obwohl in den achtziger und neunziger Jahren die dogmatische und empirische Behandlung der Strafzumessung große Aufmerksamkeit erfuhr, blieben noch viele Fragen auf dem Gebiet der Strafzumessung offen⁶, z.B. das Verhältnis der Strafzwecke zueinander, die Gewichtung und Abwägung der verschiedenen Strafzumessungstatsachen, ihre Umsetzung in absolute Größen und die Entscheidung zwischen den verschiedenen Strafzumessungstheorien.

Zentraler Topos im deutschen und koreanischen Strafzumessungsrecht ist die Schuld. Dementsprechend verweist die gesetzliche Ausgangsbasis für die Strafzumessung auf die Schuld: Grundlage für die Strafzumessung ist nach § 46 Abs. 1 S. 1 dStGB die Schuld des Täters. Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit denjenigen Strafzumessungstatsachen, die der Exemplifizierung der in § 46 Abs. 1 dStGB genannten Grundlagenformel dienen. Demzufolge muss sich aus Gehalt und Struktur der Strafzumessungsschuld zumindest eine klare Vorstellung darüber ergeben, ob und in welchem Umfang die Strafzumessungstatsachen bei der Strafzumessung berücksichtigt werden können, da ansonsten die Ausgangsgröße unbekannt bliebe.

Die wichtigsten und am häufigsten vorkommenden Strafzumessungstatsachen werden in § 46 Abs. 2 dStGB und § 51 korStGB genannt. Bei ihrer Untersuchung gilt es, vor allem die folgenden Fragen zu behandeln:

1. Welche Faktoren sind für die Strafzumessungsentscheidung wichtig und wie lauten die Kriterien, nach denen solche Faktoren ausgewählt werden?
2. Wenn die Schuld des Täters aufgrund des Schuldprinzips die Grundlage und Grenze der Strafzumessung darstellt, welchen konkreten Inhalt hat dann die Strafzumessungsschuld und was sind ihre Bestandteile?
3. Wenn man die präventiven Ziele in der Strafzumessung berücksichtigen will, welches sind die von Schuld und Prävention vorausgesetzten Strafzumessungsfaktoren ?

⁵ Albrecht, 1994, S. 51; Schünemann, 1987, S. 226.

⁶ Vgl. die Nachweise bei Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, Fn. 2, S. 17.

4. Welche Bedeutung haben die in § 46 Abs. 2 dStGB und § 51 korStGB aufgeführten Strafzumessungsfaktoren nach der Auslegung der heutigen Rechtsprechung und Lehre in Deutschland und Korea ?
5. Welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten sind bei der Untersuchung der deutschen und koreanischen Strafzumessungstatsachen festzustellen?

2. Der Gang der Untersuchung

Die Arbeit soll das deutsche und das koreanische Strafzumessungsrecht vergleichen. Es erscheint sinnvoll, die deutsche und koreanische Rechtslage im Hinblick darauf zu befragen, wie beide Rechte an das Problem der Herstellung der Strafzumessungsentscheidung herangehen und welche Lösungsansätze empfohlen und zugelassen werden. Der Ertrag dieser rechtsvergleichenden Arbeit soll in einer Analyse von Inhalt und Funktionsweise sowie in einer Fortentwicklung liegen.

Im ersten Teil der Arbeit werden allgemeine und theoretische Grundlagen der Strafzumessung dargestellt. Dabei werden zunächst Strukturen und Probleme von Straftheorien erörtert sowie die Frage gestellt, welche Konsequenzen sich hieraus für eine Theorie der Strafzumessung ergeben. Im Anschluß hieran werden die in Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Theorien zum Strafzumessungsrecht dargestellt und daraufhin überprüft, ob sie die Voraussehbarkeit, Nachvollziehbarkeit, Strafkongretisierung und Rechtsrichtigkeit leisten.

Der zweite Teil der Arbeit ist den Strafzumessungstatsachen in § 46 dStGB und § 51 korStGB gewidmet. In einem ersten Schritt wird versucht, eine Forderung nach einer Verringerung der Strafzumessungstatsachen, insbesondere solcher, mit denen die Täterpersönlichkeit erfaßt werden soll, einzulösen. Hieran schließt sich die Erörterung der Strafzumessungsschuld an, da die Schuld die Grundlage im deutschen und koreanischen Strafzumessungsrecht ist. Dabei wird die Arbeit zur Präzisierung des Begriffs der Strafzumessungsschuld auf die Straftatsystematik zurückgreifen, indem etwa Erfolg- und Handlungsunwert zentrale Bedeutung beigemessen wird. Im Anschluß hieran werden die in § 46 Abs. 2 dStGB und § 51 korStGB aufgeführten Faktoren nach den Auffassungen der heutigen Rechtsprechung und Strafzumessungslehre in Deutschland und Korea untersucht.

Im dritten und letzten Teil der Arbeit wird schließlich der Vergleich zwischen dem deutschen und dem koreanischen Strafzumessungsrecht durchgeführt. Dabei wird zunächst das positive Recht der Strafzumessung in bei-

den Ländern dargestellt, denn das Problem des Umgangs mit der Strafe und der Strafzumessung spiegelt sich nicht zuletzt in den gesetzlichen Regeln und deren Entwicklung wider, die zur Anleitung des Richters aufgestellt werden. Durch den normativen Vergleich treten die Änderungen und Abweichungen der betreffenden Rechtsinstitute im koreanischen gegenüber dem deutschen Recht deutlich hervor. Daran wird sich die Profilierung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden anschließen, die sich aus den einschlägigen Vorschriften, der jeweiligen Rechtsprechung und den Lehren ergeben.

Erster Teil: Allgemeine und theoretische Grundlagen der Strafzumessung

A. Definition und Bedeutung der Strafzumessung

I. Grundbegriffe der Strafzumessung

Unter dem Begriff der Strafzumessung wird allgemein im Strafrecht die Festsetzung der Rechtsfolgen einer Straftat durch den Richter verstanden. Über die Frage, was der Begriff „Strafzumessung“ umfassen soll, was damit am sinnvollsten gezeigt werden kann, ist sich das Schrifttum jedoch nicht einig. Hinter diesen Meinungsverschiedenheiten kann sich ein Auseinanderfallen von Begriff und Rechtswirklichkeit verbergen.¹ In heutiger Zeit hat der Richter nicht mehr nur die Aufgabe, ein Strafmaß zu bestimmen, sondern muss auch prüfen, ob andere Maßnahmen der Intervention ausreichend sind. Ferner ist der Vorgang der Strafmaßbestimmung selbst viel komplexer als das bloße Zumessen des „Verdienten“, und er muss es auch sein, weil der im Grundgesetz verbürgte Anspruch des Beschuldigten auf Wahrung seiner Menschenwürde und auf Wiedereingliederung in die Gesellschaft dies erfordert.

Ausgangspunkt ist, dass sowohl der Gesetzgeber als auch der Richter das Strafmaß bestimmen.² Der Gesetzgeber legt grundsätzlich die Strafarten sowie die Strafmaxima und die Strafminima fest. Nur ausnahmsweise ordnet er für bestimmte Delikte absolute Strafen an. Der Richter setzt innerhalb eines ihm vorgegebenen Rahmens eine bestimmte Strafe fest. Dementsprechend wird von der gesetzlichen Strafbemessung und der richterlichen Strafzumessung oder von gesetzlichen Strafbestimmungsgründen und richterlichen Strafzumessungsgründen gesprochen.³ Die gesetzliche Strafbemessung enthält alle gesetzlichen Normen und grundlegenden Regeln des Strafzumessungsrechts über die Strafrahmen. Unter der Voraussetzung eines den Unwert eines Verhaltens in typischer Weise erfassenden Straftatbestandes gibt der Gesetzgeber dem Richter durch Angabe von Strafart und von Höchststrafe und Mindeststrafe einen Strafrahmen an die Hand. Dieser

¹ Walther, 2000, S.166f.

² Zipf, 1977, S. 4ff.; Bruns, 1985, S. 4.

³ Bruns, 1974, S.36; ders, 1985, S. 4; Schmidhäuser, AT, S. 775; Jescheck, AT, S. 777.

Strafrahmen wird durch strafmildernde und strafschärfende Umstände ausgefüllt, die sich aus dem Allgemeinen und dem Besonderen Teil ergeben.⁴ Deshalb gilt die gesetzliche Strafbemessung, die sog. Strafzumessung, als die Grundlage der richterlichen Straffestsetzung.

Nach dem koreanischen Schrifttum⁵ durchläuft der Weg, den der Richter bis zur Fixierung des endgültigen Strafmaßes zu durchschreiten hat, drei Schritte. Die Anfangsphase ist die Ermittlung der gesetzlichen Strafdrohung, welche den bestimmten Strafrahmen vorsieht. Der Strafrahmen stellt den gesetzlich vorgegebenen Ausgangspunkt für die konkrete Strafzumessungstätigkeit dar.⁶ Das geltende korStGB sieht meistens relativ bestimmte Strafdrohungen und ausnahmsweise absolut bestimmte Strafdrohungen⁷ vor. Die Zwischenphase ist die Ermittlung derjenigen Strafe, die sich aus der gesetzlichen Strafmilderung, Strafschärfung oder der Strafmilderung nach richterlichem Ermessen⁸ ergibt. Diese Strafe ist ein endgültiger Maßstab für die durch das Urteil ausgesprochene Strafe. Die Endphase ist die Ermittlung der durch das Urteil ausgesprochenen Strafe, die der Richter im Rahmen der in der Zwischenphase ermittelten Strafe durch konkrete Zumessung der Strafe für den Angeklagten verhängt. Die ersten beiden Phasen entsprechen der gesetzlichen Strafzumessung im deutschen Recht, die dritte Phase der richterlichen.

Die richterliche Strafzumessung ist richterliche Tätigkeit, die innerhalb der gesetzlichen Strafrahmen auf die Auswahl der Strafart und die Bestimmung der Strafgröße gerichtet ist. Weiterhin wird unterschieden zwischen der Strafzumessung im engeren Sinn und der Strafzumessung im weiteren Sinn.⁹ Die Strafzumessung im engeren Sinn endet mit der Auswahl und Ausfüllung des richtigen Strafrahmens nach Art und Maß, d.h. der Findung der der Tatschuld entsprechenden und den Präventionserfordernissen genügenden konkreten Strafgröße.¹⁰ Anders als im deutschen Strafzumessungsrecht wird im koreanischen zunächst die Strafart und dann das Strafmaß

⁴ Schmidhäuser, AT, S. 777ff.; Bruns, 1985, S. 4.

⁵ H.M. Sonn, AT, S. 1191; I.S. Kim, AT 2, S. 710ff.; J.S. Lee, AT, S. 546f.; H.M. Lee, AT, S. 455.

⁶ I.S. Kim, AT 2, S. 710; J.S. Lee, AT, S. 546.

⁷ Z.B. § 93 korStGB (Kollaboration mit dem Feind).

⁸ Siehe hierzu ausführlich Teil 2 B IV 2. Neben den gesetzlichen Strafmilderungsgründen stellt das korStGB (§ 53) dem Richter als sogenannte gerichtliche Strafmilderungsgründe einen Ermessensspielraum zur Verfügung.

⁹ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 542ff.; Bruns, 1985, S. 4f.

¹⁰ Zipf, 1977, S. 7; Bruns, 1985, S. 4f.; Horn, SK, § 46 Rn. 4.

bestimmt.¹¹ Das geltende korStGB enthält neun verschiedene Strafarten und das Gesamtsummensystem bei der Verhängung der Geldstrafe. Ferner sieht § 54 korStGB (wahlweise Strafe und Strafmilderung nach richterlichem Ermessen) wie folgt vor: Wenn mehrere Strafarten für ein einzelnes Delikt vorgesehen sind, wird erst die Strafart bestimmt und dann gegebenenfalls die Strafe gemildert. Aus diesen Gründen muss der Richter vor der Festsetzung des Strafmaßes erst die Strafart bestimmen.

Die Strafzumessung im engeren Sinn erfolgt nach zeitlicher Systematisierung in fünf Phasen.¹² Bruns verfeinert die drei Strafzumessungsgründe von Spendel und empfiehlt, fünf Phasen der Strafzumessung zu trennen. Danach stellen sich die aufeinanderfolgenden Stufen der Strafzumessung wie folgt dar: 1. Die Ausrichtung an den gesetzlichen Strafzwecken, Repression – Prävention; 2. Die Ermittlung der relevanten Strafzumessungstatsachen; 3. Die Festlegung ihrer Bewertungsrichtung; 4. Die Abwägung aller gewonnenen Strafzumessungsumstände gegeneinander; 5. Einordnung in den gesetzlichen Strafraum („Umwertung“).

Die Strafzumessung im engeren Sinn kann man nach logischer Systematisierung in drei Gruppen einteilen¹³: in die finalen, die realen und die logischen Strafzumessungsgründe.

Was den finalen Strafzumessungsgrund betrifft, so verhängt der Richter eine bestimmte Strafe, weil damit die Schuld gesühnt, das Unrecht vergolten, der Täter abgeschreckt, gebessert oder erzogen werden soll. Reale Strafzumessungsgründe sind tatsächliche Vorgänge und Gegebenheiten, die das Strafmaß beeinflussen. Der logische Strafzumessungsgrund meint Strafzumessungserwägungen. Das ist die schwierigste der drei Kategorien, weil sie bei Lichte betrachtet überhaupt keinen eigenen Bezugspunkt hat, sondern nur in der Verknüpfung der beiden anderen hervortritt. Es kommt hier darauf an, eine Strafzumessungstatsache zu einem Strafzumessungszweck in die richtige Beziehung zu setzen. Logischer Strafzumessungsgrund ist die richtige Kombination der beiden anderen.¹⁴

¹¹ I.S. Kim, a.a.O., S. 694; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 171ff.

¹² Bruns, 1985, S. 6. Manche halten heute das 5-Phasen-Modell für die zutreffendste Darstellung des gesamten Strafzumessungsvorganges, dazu aber kritisch, Streng, 1991, S. 192; Montenbruck, 1989, S. 21; Fahl, 1996, S. 110ff.

¹³ Spendel, 1954, S. 191ff.; Bruns, 1985, S. 6.

¹⁴ Fahl, 1996, S.101; Montenbruck, 1989, S. 19f.

Zur Strafzumessung im weiteren Sinn gehören die nach der eigentlichen Strafmaßfestlegung zu treffenden Folgenentscheidungen.¹⁵ Dies sind beispielsweise die Strafaussetzung zur Bewährung, die Verwarnung mit Strafvorbehalt, das Absehen von Strafe oder eine Ratenzahlungsbewilligung bei der Geldstrafe usw. Dabei sind zunächst die Überlegungen zur Strafzumessung im engeren Sinn durchzuführen und erst dann anschließend die weiteren Strafzumessungsfragen zu entscheiden.¹⁶ Die Trennung der Strafzumessung im engeren Sinn von der im weiteren Sinn erscheint wichtig, weil das Antinomienproblem innerhalb der Strafzwecke in beiden Abschnitten unterschiedlich zu lösen ist: im Gegensatz zur Strafzumessung im engeren Sinn, die vom Vorrang des Schuldprinzips beherrscht wird, gewinnen bei der Strafzumessung im weiteren Sinn die Präventionsgesichtspunkte für die Folgenentscheidung Bedeutung.¹⁷ Insbesondere nach der Stufentheorie (Stellenwerttheorie) ist für die Festsetzung des Strafmaßes, d.h. die Strafzumessung im engeren Sinn, das Schuldprinzip herrschend, aber bei der Strafzumessung im weiteren Sinn gewinnen die Präventionsgesichtspunkte sogar ausschließliche Bedeutung.

II. Bedeutung der Entscheidung über das Strafmaß

Während das Augenmerk der wissenschaftlich tätigen Juristen vornehmlich auf den Fragen der Strafbarkeitsbegründung und der ordnungsgemäßen Verfahrensführung liegt, bleibt das Feld der Strafzumessung in der Regel einigen wenigen Spezialisten in Forschung und Lehre vorbehalten. Gleichzeitig besteht jedoch kein Zweifel daran, dass gerade die Strafhöhe für den Angeklagten, aber auch für die pozeßbeobachtende Öffentlichkeit von vorrangigem Interesse ist.¹⁸

Die Bemessung der Strafe ist im allgemeinen der für den Angeklagten wichtigste Teile des Urteils. Wie lange und auf welche Art er bestraft wird, ist für ihn wichtiger als die Frage nach dem materiellen Rechtsgrund der Verurteilung.¹⁹ Denn je nach ihrer Art und Höhe stellt die Strafe einen Eingriff in die Freiheitsrechte und Grundrechte des Täters dar, und dieser Ein-

¹⁵ Bruns, 1985, S. 4f.; Zipf, 1977, S. 7f.

¹⁶ Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., S. 542.

¹⁷ Bruns, ZStW 94 (1982), 114.

¹⁸ Bruns, 1974, S. 2ff.; ders, 1985, S. 19ff.

¹⁹ Korschel/Meyer-Grossner, Die Urteile in Strafsachen, 1994, S. 147. Den Angeklagten wird es wenig kümmern, ob sein „Trickdiebstahl“ nun als Betrug oder als Diebstahl abgeurteilt wird, sofern nur die Strafhöhe gleich ist.

griff kann sich entscheidend auf sein Leben und das seiner Familie auswirken.²⁰ Die Ungleichmäßigkeit und Unangemessenheit der Strafzumessung können je nach Angeklagtem als strafzweckstörend und als kontraproduktiv eingestuft werden²¹ und widersprechen damit grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in der Anwendung des Strafrechts²². Darüber hinaus erschwert die ungerechte Strafe die Resozialisierung des Verurteilten, weil diese die Bereitschaft voraussetzt, die Gesellschaft und die in ihr existierenden Werte im wesentlichen zu akzeptieren und sich an sie anzupassen.²³

Unter den vielen schwierigen Aufgaben des Strafrichters ist die Strafzumessung die schwierigste. Daher ist selbst der auf Strafrecht spezialisierte Jurist erst einmal weitgehend unfähig, Strafzumessungsentscheidungen in konkreten Fällen vorherzusagen. Nur die langjährige Erfahrung und die Unterstützung durch erfahrenere Kollegen wird dem Strafruristen einen Blick für die in Frage kommende Strafhöhe bei bestimmten Fallgestaltungen ermöglichen.²⁴ Die Strafzumessung ist eine „Kunst, deren Ausübung das Höchste erfordert an Beurteilungsfähigkeit der Äußeren Vorgänge und Wirkungen einer Straftat, an Beherrschung des positiv rechtlichen Stoffs, an Selbstzucht, Unbefangenheit und Gerechtigkeit“.²⁵ Gesetzliche Strafzumessungsrichtlinien sind daher keine Beeinträchtigung für das Ermessen der Richter, sondern ein wichtiger Anhaltspunkt, der bei der Entscheidung über das Strafmaß dem Richter helfen kann.

Die Auswirkungen der Strafzumessungspraxis sind sowohl für den Angeklagten und den Richter als auch für die Öffentlichkeit von Bedeutung. Die Strafzumessung erregt in großem Masse das Interesse der Öffentlichkeit und ist oft ein Kennzeichen für soziale und politische Verhältnisse einer Epoche.²⁶ Genauso wie der Angeklagte wird auch die Öffentlichkeit erfahren, dass eine Verurteilung erfolgt und wie hoch die verhängte Strafe ist; welcher Delikte im einzelnen der Angeklagte schuldig gesprochen wurde, wird meistens nur beiläufig von der Öffentlichkeit registriert. Im Hinblick darauf, dass die Bestrafung der Straftäter für die Öffentlichkeit eine erforderliche Bestätigung der in der Sozialisation verinnerlichten Gebote

²⁰ Vgl. Bruns, 1985, S. 19.

²¹ Streng, 1984, S. 16f.

²² Jung, 1992, S. 193ff.

²³ Streng, 1984, S. 17.

²⁴ Mösl, DriZ 1979, 165.

²⁵ Kahl, DJZ, 1906, 895.

²⁶ Bruns, 1985, S. 20.

und Verbote darstellt, wird evident, dass die ungerechte Strafe Normkonfusion fördert.²⁷ Die Ungleichmäßigkeit und Unangemessenheit der Strafzumessung müssen die generalpräventive Funktion des Strafrechts und die Strafjustiz in Gefahr bringen.

Noch bedeutsamer ist auch die Strafzumessung für das Opfer, weil sie das Ende des Konflikts zwischen Täter und Opfer bedeutet. Nummer 2 des § 51 korStGB sieht als eine selbständige Strafzumessungstatsache das Verhältnis zu dem Opfer (die Umstände, die das Opfer betreffen) vor. Das Verhältnis zu dem Opfer kann sich aus den persönlichen Eigenschaften des Opfers, den Beziehungen zwischen Täter und Opfer und dem Verhalten des Opfers zur Straftat ergeben.²⁸ Auch in Deutschland besteht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass bestimmte Opferverhaltensweisen sowie Täter- Opfer- Beziehungen für die Beurteilung der Straftat herangezogen werden und sich im Rahmen der Strafzumessung, obwohl sie in § 46 Abs. 2 dStGB nicht ausdrücklich erwähnt sind, niederschlagen müssen.²⁹ Empfindet das Opfer die für den Täter durch das Urteil ausgesprochene Strafe als zu leicht, ist es unzufrieden mit dem Urteil. Folglich kann das Vertrauen in die Strafjustiz und die Norm nicht wiederhergestellt werden.

B. Straftheorien als Grundlagen der Strafzumessungstheorien

Warum und zu welchem Ende strafen wir, heißt die alte Frage nach Sinn und Zweck der staatlichen Strafe. Es geht zum einen um den Begriff der staatlichen Strafe und ihren Sinn, zum anderen geht es um ihren Zweck, und beides geht typischerweise nicht gut zusammen.³⁰

Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit fordern einander in allen Seiten des Rechts einander, aber sie widersprechen zugleich. Für die grundsätzliche Frage des Verhältnisses der Schuld zur Prävention im Strafzumessungsvorgang stehen sich auch unterschiedliche, stark voneinander abweichende Theorien gegenüber.³¹

²⁷ Streng, 1984, S. 16.

²⁸ H.K. Lee, 1986, S. 9; I.S. Kim, AT 2, S. 718; J.S. Lee, AT, S. 553; H.M. Sonn, AT, S. 1196.

²⁹ Büch-Schmitz, 1997, S. 57; einen anderen sachlichen Zugang zur Bewertung des Opferverhaltens hatte die in den 70er Jahren entwickelte Viktimodogmatik. Siehe hierzu Kaiser, Kriminologie, 9. Aufl. 1993, S. 631.

³⁰ Hassemer, ZRP 1997, 316f.

³¹ Maurach/Zipf, AT, Teilband 1, S. 87f.; Grasnick, 1987, S. 2ff.

Bei der gegenwärtigen Diskussion um die Auflösung dieses Widerspruchs stehen drei Leitgedanken im Mittelpunkt. Zunächst wird davon ausgegangen, dass die Schuldwertung innerhalb des Strafrahmens einen verengten Schuldrahmen nach der konkreten Tatschuld ergibt, innerhalb dessen Präventionszwecke zum Einsatz kommen können.³² Gerechtigkeit bedarf der Ergänzung der Zweckmäßigkeit, aber ist gegenüber Zweckmäßigkeit vorrangig. Demgegenüber lassen sich zwischen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit Gemeinsamkeiten feststellen, etwa diese, dass sich erstere nach letzterer materiell ausrichtet.³³ „Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur“ („Kein vernünftiger Mensch straft wegen der Sünden der Vergangenheit, sondern damit in Zukunft nicht mehr gesündigt werde“) – diese Formel ist zwar so alt, dass ihr Geburtstag nicht datiert werden kann, aber das völlige Gebundensein der Strafgewalt durch den Zweckgedanken ist das Ideal der strafenden Gerechtigkeit.³⁴ Andere meinen schliesslich, für die Auflösung des Widerspruchs gelte konsequent nur „tertium non datur“.³⁵ Man kann also nur eins haben; entweder das Gerechte oder das Zweckmäßige. Dabei wird meist der Gerechtigkeit eine ausschließliche Bedeutung zugestanden, so dass bei der Strafzumessung die Prävention gänzlich ausgeschlossen ist.

Den Straftheorien obliegt es nun, diese inhaltliche Legitimation für staatliche Übelzufügung generell zu begründen und zu stärken sowie die einzelne Strafzumessungsentscheidung nach Grund und Höhe „gerecht“ und „zweckmäßig“ erscheinen zu lassen. Im folgenden will ich nicht in sämtliche Verästelungen des „Strafzweckgestrüpps“ vordringen. Vielmehr wird ein kurzer Überblick über Straftheorien als Grundlagen der Strafzumessungstheorie in Deutschland und Korea gegeben.

I. Vereinigungstheorien

Nach der absoluten Straftheorie bleibt die Strafe frei von jeder Zweckerwägung und erscheint lediglich als gewollte Übelzufügung zum Ausgleich

³² Sogenannte Spielraumtheorie oder Schuldrahmentheorie (die herrschende Meinung in Deutschland und Korea).

³³ Bloße Vergeltung vergangenen Unrechts ist sinnlos, auch wenn der Begriff der Strafe nichts als die vergeltende Zufügung eines Übels bezeichnen mag (Hassemer, ZRP 1997, 316.).

³⁴ von Liszt, ZStW 3 (1883), 131f.

³⁵ Vgl. Hierzu vor allem Köhler, 1983, S. 11ff.; Hart-Höning, 1992, S. 97; Kunz, ZStW 98(1986), 830f.

der schuldhaft begangenen Rechtsverletzung, sei es als Vergeltung (insbesondere Kant, Hegel) oder als Sühne.³⁶ Danach soll Strafe rein repressiv wirken und von jeder gesellschaftlichen Wirkung losgelöst sein. Der Rechtsgrund der staatlichen Strafe kann nach absoluter Vorstellung allein die Herstellung von Gerechtigkeit sein. Im Gegensatz dazu ist die Strafe nach der relativen Straftheorie nicht Selbstzweck, sondern allein Mittel zu dem Zweck, strafbare Handlungen in der Zukunft zu verhindern.³⁷ Damit soll Strafe allein präventiv wirken und auf die Aufgabe der Verbrechensverhütung bezogen sein. Dem Staat wird die Aufgabe zugeschrieben, den Schutz von Rechtsgütern und grundlegenden menschlichen Interessen und solchen der staatlich verfassten Gesellschaft zu befördern.

Bei absoluten und relativen Straftheorien wurde aber – wie von neueren rechtshistorischen Studien belegt werden konnte – von einem Gegensatz ausgegangen, der den absoluten und relativen Positionen zwar jeweils geschlossene theoretische und ideologische Vorstellungen zuordnete, die allerdings substantiell wohl lediglich rhetorischen Charakter hatte.³⁸ Darüber hinaus ist die Entwicklung über beide Extreme hinweggegangen. In einer freiheitlichen Gesellschaft kann es nicht Aufgabe der Strafe sein, Schuldausgleich und Gerechtigkeit um ihrer selbst willen zu üben.³⁹ Sie ist statt dessen nur dann gerechtfertigt, wenn sie sich zugleich als ein erforderliches Mittel zur Erfüllung der präventiven Schutzaufgabe des Strafrechts erweist. Das Ergebnis dieses langen Entwicklungsprozesses war schließlich die Entstehung einer Synthese, der bis heute gültigen Vereinigungstheorien.⁴⁰

Die Vereinigungstheorien und die hierzu passende Spielraumtheorie werden von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre in Deutschland vertreten.⁴¹ Sie verstehen die Strafe als vielschichtige Rechtsfolge, die zwar aus Gründen der Gerechtigkeit und zum Schutze des Bürgers durch die Schuld begrenzt wird, innerhalb dieser Grenzen aber eine Anzahl einander zum Teil widerstreitender präventiver Zwecke verfolgt, die unter den Begriffen Generalprävention und Spezialprävention zusammengefaßt wer-

³⁶ Schmidhäuser, 1971, S. 19ff.; Jescheck/Weigend, AT, 70ff.

³⁷ Jescheck/Weigend, AT, S.70-71.

³⁸ Frommel, 1987, S. 191.

³⁹ Arthur Kaufmann, FS für Henkel, S. 100; Stratenwerth, 1979, S. 8ff.

⁴⁰ Roxin, JuS, 1966, S. 387; Jescheck/Weigend, AT, S. 75ff.

⁴¹ Jescheck/Weigend, AT, S. 75ff.; Roxin, AT, S. 53ff.; Maurach/Zipf, AT, Teilband I, S. 67ff.

den.⁴² Sie verleiht zwar dem Schuldgedanken ein besonderes Gewicht, doch will sie individuelle Einwirkung und allgemeine Prävention berücksichtigen. Daher vermeidet sie einerseits den gegen die relativen Theorien erhobenen Vorwurf, dass sie die Schuld des Täters an seinem Verbrechen als Grund der Strafbarkeit nicht benennt. Und was noch besser zu sein scheint, sie entgeht andererseits dem Nachteil der absoluten Theorie, dass sie die Prävention nicht zum Zweck der Strafe erhebt.⁴³ Darüber hinaus äußern sich in einem Vereinigungskonzept der Straferklärung zunächst pragmatische Bedürfnisse der Praxis, worauf vor allem Bruns mit Nachdruck hinweist.⁴⁴ Der Grund hierfür liegt darin, dass die Vereinigungstheorie ein Konzept bietet, das flexibel ist und unterschiedlichen Bedürfnissen, Erwartungen und Interessen gerecht werden kann. Die immer wieder betonte Strafzweckantinomie läßt sich im Rahmen einer solchen Theorie zwar nicht auflösen, doch entsteht eine Struktur, die keinen der zulässigen oder zugelassenen bzw. als legitim empfundenen Strafzwecke ausschließt.⁴⁵ Ferner bemüht sich die moderne Gesetzgebung um ein ausgewogenes Verhältnis von Schuldausgleich, Generalprävention und Spezialprävention.

„Punitur, quia peccatum est, ne peccetur“ sagen die Vereinigungstheorien – wobei sie freilich offenlassen, worauf das Strafrecht nun eigentlich beruhen soll, ob auf dem „quia peccatum“ oder „ne peccetur“ oder auf beidem.⁴⁶ Ferner ist es unter dem Anspruch einer konsistenten Methodologie ausgeschlossen, die Identität der Strafe zugleich unterschiedlich zu bestimmen und danach ganz gegensätzliche Maßbestimmungsgründe anzunehmen. Eine derartige Begründung von Strafe sei zu offen und öffne geradezu die Tür für Ungleichmäßigkeit und Unbestimmtheit in der Festsetzung der Einzelstrafe.⁴⁷ Wenn Schuld und Prävention so zwei gänzlich verschiedene Dimensionen bezeichnet, so ist grundsätzlich davon ausgehen, dass die schuldgerechte Strafe nicht präventiv wirkt. Schließlich ist natürlich Voraussetzung theoretischer Bemühungen um einen Ausgleich von Strafzwecken, dass Konflikte zwischen Schuldausgleich und Prävention

⁴² Lackner/Kühl, § 46 Rn. 2; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 3.

⁴³ Lampe, 1999, S. 59.

⁴⁴ Bruns, 1988, S. 5f.

⁴⁵ Jescheck/Weigend, AT, S. 76; Roxin, JuS, 1966, S. 387.

⁴⁶ Lampe, 1999, S. 59.

⁴⁷ Köhler, 1986, S. 5.

und hieraus resultierender Integrations- und Harmonisierungsbedarf theoretisch begründet und empirisch beobachtbar sind.⁴⁸

Die h.M. innerhalb der heutigen koreanischen Strafwissenschaft vertritt – ähnlich wie in Deutschland, mehrheitlich Vereinigungstheorien.⁴⁹ Diese lassen sich allerdings aufgrund ihrer unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen oder Bezugspunkte in vergeltende Vereinigungstheorien und präventive Vereinigungstheorien unterscheiden.⁵⁰ Deren Struktur und Inhalt sind zwar in Korea noch nicht eingehend untersucht worden, doch wird das Thema „Schuld und Prävention“ voraussichtlich heute und in der Zukunft einen wesentlichen Einfluß auf die Diskussion ausüben.⁵¹

II. Positive Generalprävention

In § 46 des deutschen StGB und § 51 des koreanischen StGB, die die Grundsätze der Strafzumessung enthalten, ist auf die ausdrückliche Erwähnung der Generalprävention als Kriterium für die Strafhöhenbestimmung verzichtet worden. Trotzdem wird die Generalprävention als Strafzweck in Deutschland und Korea grundsätzlich anerkannt, insbesondere in der Rechtsprechung beider Länder.⁵² Sie bedeutet einmal, dass durch die Furcht vor Strafe jedermann von der Begehung strafbarer Handlungen abgeschreckt werden soll (negative Generalprävention oder Abschreckungsprävention).⁵³ Auf der anderen Seite will sie der Begehung von Straftaten durch die Erhaltung und Stärkung der Rechtstreue der Bevölkerung und ihres Vertrauens in die Bestandskraft und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung entgegenwirken (positive Generalprävention oder Integrationsprävention).⁵⁴

⁴⁸ Albrecht, 1994, S. 31f.

⁴⁹ J.S. Lee, AT, S. 55; H.K. Lee, AT, S. 440; I.S. Kim, AT 2, S. 125f.

⁵⁰ Hierzu vor allem I.S. Kim, a.a.O., S. 122ff.

⁵¹ Y.S. Lee, 1992, S. 168.

⁵² BGH 7, 28ff. (32ff.); 264ff. (267); BGH StV 1983, 14; Verwaltungsstelle beim korOGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 92ff.

⁵³ Jescheck/Weigend, AT, S. 68.

⁵⁴ Jescheck/Weigend, AT, S. 68; Gribbohm, LK, vor § 46 Rn. 29. Hassemer bezeichnet die anderen Modelle der positiven Generalprävention insgesamt als Integrationsprävention und unterscheidet sie von seiner Theorie der positiven Generalprävention (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S. 324 ff.); Roxin hat eine durch Befriedigung des Rechtsgefühls das allgemeine Rechtsbewußtsein stärkende Wirkung der Generalprävention als „Integrationsprävention“ im Vergleich zu der herkömmlichen „Abschreckungsprävention“ bezeichnet. Damit sieht er die positive Generalprävention als Oberbegriff der Integrationsprävention und anderer Wirkun-

Die negative Generalprävention ist weder empirisch noch normativ abgesichert.⁵⁵ Die empirische Legitimation der negativen Variante der Generalprävention, welche die Abschreckung verbrechensgeneigter Anderer durch Strafverhängung bzw. Strafvollzug bezweckt, scheitert im allgemeinen schon daran, dass zwei notwendige Bedingungen nicht, jedenfalls nicht kumulativ, erfüllt sind: entweder mangelt es bereits an der Vermittlung des erforderlichen Wissens von der Strafzumessungsentscheidung an die Adressaten oder aber an der Motivierbarkeit der Adressaten durch das Urteil. Die normative Problematik der negativen Generalprävention heißt, den Täter als Mittel zur Förderung des allgemeinen Wohls zu mißbrauchen; das verstößt gegen die durch die Verfassung geschützte Menschenwürde (Art. 1 I dGG und Art. 10 korGG).

Die Theorie der positiven Generalprävention ist auf die Kritik am Vereinigungskonzept als Rechtfertigung von Strafe gegründet und stellt den Versuch dar, Strafe auf eine andere Art und Weise zu rechtfertigen.⁵⁶ In der Strafrechtslehre in Deutschland wird in Abkehr von der Vereinigungstheorie zunehmend die Auffassung vertreten, dass die staatliche Strafe nur durch positive Auswirkungen auf das gesellschaftliche Zusammenleben legitimiert werden kann.⁵⁷ Dabei führt die Kritik in verschiedene Richtungen, die man anhand der durch Strafe verfolgten Ziele sowie an der Einordnung der Schuldkatagorie im jeweiligen Konzept unterscheiden kann.⁵⁸ Für Jakobs, der die positive Generalprävention ganz in das Zentrum der Begründung und Erklärung der Strafe stellt, ist die präventive Begründung von Strafe im Sinne einer Garantie sozialer Interaktion oder der beständigen Validierung von Normen zu betrachten.⁵⁹ Die Begrenzung strafrechtlicher Zurechnung erfolgt nicht aus der Schuld, sondern aus positiver Generalprävention, weil die Schuld selbst gemäß positiver Generalprävention definiert wird und ihre Substanz aus dem Bedarf an positiver Generalprä-

gen an (FS für Bockelmann, S. 306, dazu kritisch vor allem Zipf, FS für Pallin, S. 483.); Müller-Dietz bezeichnet die positive Generalprävention insgesamt als Integrationsprävention (FS für Jescheck, S. 813ff.).

⁵⁵ Hart-Hönig, 1992, S. 47ff.

⁵⁶ Die Krise der Resozialisierung und die Intention, die Antinomie der Strafziele mittels eines Integrationsbegriffs zu überwinden, begünstigen die positive Generalprävention (Mir Puig, ZStW 102 (1990), 925ff.).

⁵⁷ Giehring, in: Pfeifer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung, 1989, S. 85.

⁵⁸ Bauermann, GA 1994, 373; Mir Puig, ZStW 102 (1990), 917ff.

⁵⁹ Jakobs, 1976, S. 37ff.; ders., in: Greive (Hrsg.), Loccum Protokolle, S. 53ff.; ders., AT, S. 3ff.

vention enthält. Der Gegensatz von Schuld und Generalprävention ist damit aufgelöst, weil eine schuldangemessene Strafe nur die generalpräventiv erforderliche Strafe sein kann.⁶⁰ Bei der positiven Generalprävention geht es um die Normbegründung, einer durch die einzelne Tat bewirkten Enttäuschung des Normvertrauens entgegenzuwirken. Jemand, der durch sein Verhalten allgemeine Erwartungen enttäuscht hat, wird deshalb bestraft, weil der durch den Normverstoß begründete Konflikt nur auf Kosten des Normverletzers verarbeitet werden kann.⁶¹

Es gibt bei der positiven Generalprävention unterschiedliche Varianten.⁶² Nach dem Denkmodell von H. Mayer wirkt die gerechte Strafe als sittenbildende Kraft auf die Allgemeinheit und auf den Verurteilten wegen ihres an das Verantwortungsgefühl appellierenden Maßprinzips warnend und erzieherisch ein.⁶³ Mayer hat auf die Bedeutung der Strafe für die Gesellschaft aufmerksam gemacht und sie als „sittenbildende Kraft der Strafe“ bezeichnet. Dem Strafrecht wird eine direkte sozialisierende Wirkung zugesprochen. Bei dem soziopsychologischen Modell geht es dagegen um einen indirekten Einfluß der Strafe auf das Bewußtsein des Bürgers, wodurch die Normgeltung untermauert wird. Zurückgeführt wird dieses Modell zumeist auf E. Durkheim.⁶⁴ Dieser stellte u.a. die Thesen auf, dass das Verbrechen das Kollektivgefühl der Gesellschaft verletze und dass die Strafe die moralische Mißbilligung der Gesellschaft bzw. des Kollektivbewußtseins bezeichne. Unter dem Gesichtspunkt der sozialen Integration kommt der Strafe eine sozialisierende Wirkung zu. Roxin hat eine durch Befriedigung des Rechtsgefühls das allgemeine Rechtsbewußtsein stärkende Wirkung der Generalprävention als Integrationsprävention bezeichnet.⁶⁵

Während in den oben genannten Modellen insbesondere die Auswirkungen der Strafrechtspraxis auf Verhaltensnormen unterstellt werden, stellt Hassemer vor allem auf die Sanktionsnormen bzw. auf die Verfahrensnormen ab.⁶⁶ Dabei nimmt er an, dass das Strafrecht eine Form der gesellschaftlichen Verarbeitung von Abweichungskonflikten ist. Das Strafrecht

⁶⁰ Jakobs, 1976, S. 14; ders, AT, S. 471ff.; ders, ZStW 101 (1989), 516ff.

⁶¹ Jakobs, 1976, S. 13; ders, AT, S. 13f.

⁶² Mir Puig, ZStW 102 (1990), 917ff.

⁶³ Mayer, 1962, S. 15.

⁶⁴ Lampe, 1999, S. 10.

⁶⁵ Roxin, FS für Bockelmann, 1979, S. 306.

⁶⁶ Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S. 324ff.

tritt als ein Mittel sozialer Kontrolle in Erscheinung, das durch „Formalisierung“ charakterisiert ist.

Offensichtlich bleiben die Konsequenzen einer Straftheorie positiver Generalprävention für die Strafzumessung ähnlich vage wie diejenigen einer schuldorientierten Straftheorie. Denn aus der positiven Generalpräventionstheorie von Jakobs ergibt sich ein Rahmen, der von der schon ernst zu nehmenden Reaktion und der noch nicht übertrieben scharfen Reaktion auf den Normbruch gebildet wird.⁶⁷ Demzufolge ist die Problematik dieses Ansatzes ebenso von der Spielraumtheorie her bekannt: Die Bestimmung der „Grenzstrafquanten“, also des „noch ernstzunehmenden“ und „noch nicht übertrieben scharfen“ Strafmaßes, ist nicht in intersubjektiv vorhersehbarer und nachvollziehbarer Weise möglich.⁶⁸ Im übrigen wird geltend gemacht, dass dadurch, dass der Schuldbegriff durch denjenigen der positiven Generalprävention ersetzt wird, fundamentale Wertstrukturen zerstört werden, da nur im Schuldbegriff Legitimationspotential im Hinblick auf die wertrationale Vertretbarkeit von Strafe liege.⁶⁹

III. Spezialprävention

Der deutsche Gesetzgeber stellt den strafzumessenden Richter vor die Aufgabe, die Wirkung der Strafe auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft, also im weitesten Sinne spezialpräventive Aspekte, zu beachten (§ 46 Abs. 1 S. 2 dStGB). In diesem Zusammenhang ist auch § 2 dStVollzG zu erwähnen, welcher das spezialpräventive Vollzugsziel definiert. Oberstes Ziel ist danach die Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft. Das korStGB enthält dagegen keine Funktionsbestimmung der Strafe. Man kann allerdings aus den Strafzumessungsfaktoren des § 51 korStGB⁷⁰ einen bedeutsamen Schwerpunkt auf den spezialpräventiven Gesichtspunkt erkennen. Neben diesen Strafzumessungsfaktoren sollen weitere spezialpräventive Gesichtspunkte berücksichtigt werden, insbesondere auch bei der Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung und die Verwarnung mit Strafvorbehalt.⁷¹ Der Strafvollzug ist gemäß § 1

⁶⁷ Jakobs, AT, S. 28.

⁶⁸ Albrecht, 1994, S. 34.

⁶⁹ Albrecht, 1994, S. 35; Schönemann, in: ders (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 171.

⁷⁰ Siehe dazu Teil 2 B V 1.

⁷¹ Siehe dazu Teil 2 B II 4.

korStrafvollzugsgesetz auf die Resozialisierung der Strafgefangenen ausgerichtet.

Ziel dieser Theorie ist es, mit Hilfe der Strafe den höchstmöglichen Schutz der menschlichen Lebensinteressen zu gewährleisten. Programatisch heißt es dazu bei ihrem Begründer Franz v. Liszt: „Alles Recht ist um der Menschen willen da. Es bezweckt den Schutz menschlicher Lebensinteressen. Interessenschutz ist das Wesen des Rechts; der Zweckgedanke ist die das Recht erzeugende Kraft.“ Die Strafe solle den Täter zwingen, von weiteren Interessenverletzungen Abstand zu nehmen.⁷² Nach der Individualprävention richtet die Strafe sich auf die Verbrechensverhinderung durch unmittelbare Einwirkung auf den Täter selbst, der durch eine geeignete Beeinflussung dazu gebracht werden soll, in Zukunft ein straffreies Leben zu führen.⁷³ Dabei können drei präventive Gesichtspunkte berücksichtigt werden: Die Prävention durch Abschreckung, die Prävention durch Erziehung, Rehabilitation, Behandlung oder Resozialisierung und die Prävention durch Sicherung. Bei der Abschreckungsprävention geht es darum, durch das Erleiden von Strafe den Täter in der Zukunft von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten. Die Rehabilitationsprävention geht davon aus, dass bei strafrechtlichen Sanktionen Verhaltensmodifikationstechniken eingesetzt werden können, die durch Persönlichkeitsveränderung des Täters zum Unterlassen von weiteren Straftaten führen.⁷⁴ Bei der Sicherungsprävention geht es darum, dass die Freiheitsbeschränkung des Täters die Gelegenheiten zum Begehen von Straftaten reduzieren kann. Diese drei spezialpräventiven Gesichtspunkte werden in einer Stufenfolge eingesetzt, bei der der nächstfolgende Strafzweck immer erst dann zum Zuge kommt, wenn der vorhergehende nicht genügend erscheint.⁷⁵

Die optimistische Vorstellung, die mit einer resozialisierenden Ausgestaltung der Strafe verbunden war, gibt es heute nicht mehr, da einer solchen optimistischen Vorstellung zunehmender Pessimismus im Hinblick auf die Gestaltungskraft des Strafrechts insgesamt wie im Hinblick auf das präventive Potential der Einzelstrafe entgegensteht.⁷⁶ In jedem Fall muss die Strafe, die auf täterspezifischer Grundlage verhängt wird, statt der Tat die indi-

⁷² Jescheck/Weigend, AT, S. 73ff.; Lampe, 1999, S. 7.

⁷³ Bruns, 1985, S. 94ff.; Streng, 1991, S. 10.

⁷⁴ Albrecht, 1994, S. 66.

⁷⁵ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 592; Bruns, 1974, S. 323; Hirsch, LK, § 46 Rn. 13ff.

⁷⁶ Albrecht, 1994, S. 3.

viduelle Motivation des Täters zur Tat und die Besserungschance bzw. die Rückfallwahrscheinlichkeit des konkreten Täters berücksichtigen. Zumindest mit einem Tatstrafrecht, wie es in Deutschland und Korea gilt⁷⁷, läßt sich daher diese Abstufung nicht vereinbaren. Denn für sie ist die einzelne Tat nur noch auslösende Bedingung, während sie ihre rechtfertigende Begründung durch andersartige, täterbezogene Kriterien erhält.⁷⁸ Ferner haben wir im Moment keine empirische valide Theorie, die den Bedarf an Resozialisierung in ein konkretes Maß an Strafe umsetzen könnte.⁷⁹ Eine an Spezialprävention orientierte Strafzumessung stößt deshalb auf Prognoseprobleme sowie auf das Problem, dass korrigierende, belastende Eingriffe auf der Basis unsicheren Wissens nicht akzeptabel sind.⁸⁰

IV. Tatschuldvergeltung

Hier wird davon ausgegangen, dass Rechtsstrafe sich von anderem Zwang oder Gewalt unterscheidet durch die prinzipielle Anerkennung der Straftäters als vernünftigen selbstgesteuerten, autonomen Menschen. Die Begründung, Bestimmung und Modifikationen der Strafe müssen sich allein auf die Tatschuld konzentrieren.⁸¹ Von diesem Standpunkt aus sei es nicht statthaft, das Strafrecht unmittelbar als „Instrumentarium“ zur Verbrechensbekämpfung zu betrachten und dementsprechend die Strafe und den Bestraften als Mittel zur Verwirklichung irgendwelcher Zwecke zu benutzen⁸². Die Verfolgung präventiver Zwecke, seien diese spezialpräventiver, seien sie generalpräventiver Art, schließe die intersubjektiv-autonom vermittelte Konstruktion des Rechtsverhältnisses aus.⁸³ Diese Position ergibt sich aus der These Kants: „Der Nutzen vieler gibt ihnen kein Recht gegen einen“. Auch aus der Lehre Hegels übernimmt die Tatschuldtheorie die These, dass der Täter durch die Tat für sich „Überpersonalität“ behauptet,

⁷⁷ Auf der Ebene deutscher und koreanischer Strafgesetze tritt nunmehr hinzu, dass sämtliche Verbrechen durch ihre Tatorientiertheit charakterisiert sind. Sämtliche Strafnormen beschreiben also den abstrakt-generellen Bestand von Taten, und sie indizieren die Erfüllung des Tatbestandes als rechtswidrig.

⁷⁸ Lampe, 1999, S. 8.

⁷⁹ Hierzu vor allem Hart-Hönig, 1992, S. 52ff.; Stratenwerth, 1995, S. 11.

⁸⁰ Albrecht, 1994, S. 474; Hart-Hönig, 1992, S. 60ff.; Baurmann, 1987, S. 89ff.; Schünemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neue Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 214f.

⁸¹ Köhler, 1983; ders., 1986; Wolff, ZStW 97 (1985), 786-830.

⁸² Köhler, 1983, S. 9ff.

⁸³ Köhler, 1986, S. 50ff.

da er hierdurch die anderen Menschen als Vernunftwesen mißachte. Denn kein Vernünftiger könne das Böse wollen.

Die Tatschuldtheorie gründet die Geltung der Rechtsordnung, insbesondere des Strafrechts in der freiheitlich-rechtsstaatlichen Epoche, auf den verfaßten Allgemeinwillen der Bürger. Der Bürger, auch der Delinquent, sei aufgrund seiner auf Vernunftnatur beruhenden autonomen Rechtssubjektivität Beteiligter dieses Rechtsverhältnisses. Das Strafrecht weise eine Widersprüchlichkeit auf, die grundsätzlich aufgelöst werden müßte, und zwar durch eine Strafrechtsbegründung, die von der Rechtsgesetzlichkeit der Freiheit, also vom Tatschuldausgleich, auszugehen habe.⁸⁴ Nur so kann der in der Straftat angelegte Geltungswiderspruch aufgehoben werden. Aus diesem Grund kritisiert Köhler die Spielraumtheorie.⁸⁵ Sie biete nur eine Scheinlösung für den Widerspruch zwischen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit im Strafrecht und verdunkle nur den Anspruch der systematischen Rechtsrationalität, wenn sie der Sache nach noch begriffswesentliche Strafmodifikationen nach Gesichtspunkten zulasse, deren widerspruchsfreie Begründung sie andererseits offenlasse.

Nach der Tatschuldtheorie könnte der Rechtsfrieden durch eine Aufhebung der in der Tat hervorgetretenen Selbstnegation der Vernunft wiederhergestellt werden. In diesem Zusammenhang wird jedoch zu Recht die Frage aufgeworfen, wieso die Wiederherstellung des Rechtsfriedens notwendig mit einer Beeinträchtigung der Äußeren, empirischen Freiheit des Täters zusammen hängen soll.⁸⁶ Außerdem trifft die Theorie Köhlers zwar die Aussage, dass die Selbstnegation der Vernunft von der Gemeinschaft der Vernünftigen aufzuheben ist, kann jedoch nicht erklären, durch welchen Akt eine solche Aufhebung zu geschehen hat.⁸⁷

Ferner stellt sich das Problem der Bedeutung von Autonomie oder Freiheit in einer grundsätzlich auf Pluralismus ausgerichteten Gesellschaft, die sich von der Gesellschaftsform der Zeit unterscheidet, in der absolute Straftheorien entwickelt wurden.⁸⁸

⁸⁴ Köhler, 1983, S. 10.

⁸⁵ Köhler, 1983, S. 12ff., 27; ders, 1986, S. 3f.

⁸⁶ Vgl. Hoffmann, 1992, S. 172.

⁸⁷ S.G. Im, 2000, S. 14.

⁸⁸ Albrecht, 1994, S. 37.

V. Konsequenzen für die Strafzumessung

Aus den oben genannten Straftheorien folgt, dass keine maßstababbildende Straftheorie besteht, insbesondere in bezug auf die Lösung der Antinomie zwischen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit. Aus diesem Grund ergibt sich, dass keine einheitliche und gleichmäßige Berücksichtigung eines Strafzweckes existiert, sondern dies weitgehend dem subjektiven Dafürhalten des Richters überlassen ist. Daher liegt der Schluß nahe, dass das Fehlen präziser und allgemein anerkannter Maßstäbe für die Anwendung und Gewichtung bestimmter Strafzwecke einem gleichmäßigen Strafzumessungsrecht zuwiderläuft. Als einer der wesentlichen Gründe für regionale und innergerichtliche Strafzumessungsdisparität wurde die unterschiedliche Einstellung von Richtern zu den Sanktionszwecken ausgemacht.⁸⁹ Das in der Theorie meist diskutierte Antinomieproblem wäre nur dann vermeidbar, wenn empirisch valide Theorien zur Verfügung stünden, die den Bedarf an Spezialprävention und an Generalprävention in ein konkretes Strafmaß übertragen oder gar dazu genutzt werden könnten, Feinabstimmungen in der Konkretisierung der Strafe vorzunehmen. Wir wissen jedoch wenig von einer spezial- oder generalpräventiven Wirkung der Strafe. Diesem Wissensstand entsprechend sollten auch die Antinomieprobleme formuliert und diskutiert werden.⁹⁰

Ein weiteres Problem ist, wie sich das Maß der Schuld mit einem konkreten Strafmaß in Relation setzen läßt. Die Antwort wird sich aus der herrschenden Ansicht⁹¹ über die Schuld im Sinne des § 46 dStGB nicht ergeben. Daher dient als theoretische Begründung für die Richtigkeit der Strafzumessung zumeist die Berufung auf langjährige Strafzumessungstraditionen. Diese Mängel an Grundsätzen, die eine Bestimmung der Strafe auf Grund rationaler Überlegung ermöglichen würden, führen dazu, dass die Strafzumessung weitgehend gefühlsmäßig-intuitiv vorgenommen wird und dass sich darin die Eigenarten der Richterpersönlichkeiten, außergerichtliche Motive, insbesondere ideologische Momente usw. niederschlagen.⁹²

⁸⁹ Streng, 1984, S. 225ff., ders, JuS 1993, 919.

⁹⁰ Albrecht, 1994, S. 473f.; Frisch, ZStW 99 (1987), 364ff.

⁹¹ Nach dieser Meinung soll die Schuld des § 46 die – von der Tatschuld zu unterscheidende – Strafzumessungsschuld sein, welche neben der Tatschuld weitere Faktoren wie Nachtatverhalten, Länge des Strafverfahrens usw. berücksichtigt (Bruns, 1985, S. 145ff.).

⁹² Haag, 1970, S. 15.

Letztlich genügen die oben genannten Straftheorien keinem Anspruch einer Theorie, der die praktischen Resultate ihrer Anwendung vorhersehbar und nachvollziehbar macht. Sie erlauben eine unterschiedliche Individualisierung der Strafe durch eine umfassende Einschätzung der mit der Straftat in Verbindung stehenden Persönlichkeitselemente und des sozialen Umfeldes der Person.⁹³ Aufgrund der unvollständigen gesetzlichen Vorgaben (insbesondere § 46 dStGB) sowie der spärlichen Begründungspflicht gemäß § 267 dStPO können die jeweiligen strafzumessungsrelevanten Faktoren und deren Gewichtung selbst für am Verfahren beteiligte Dritte mitunter vollständig im Verborgenen bleiben. Eine demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsentscheiden verpflichtete Strafwissenschaft kann und darf sich aber mit einer dergestalt eingeschränkten Funktion der Strafzwecklehre nicht zufrieden geben.⁹⁴ Hieraus folgt die Notwendigkeit eines transparenten, rationalen, von einer unbedingten Differenzierung freien Strafzumessungsrechts.

C. Schuld und Prävention im positiven Recht der Strafzumessung

I. Schuld als Grundlage der Strafzumessung

Der Ausgangspunkt der Aufklärung der normativen Struktur der Strafzumessung ist zunächst in § 46 dStGB zu finden, der als allgemeine Regel die rechtlichen Grundlagen der Strafe darstellt. Die Regelung ist damit Ergebnis der verfassungsrechtlichen Arbeitsteilung zwischen Legislative und Judikative im Bereich der Strafzumessung, in der dem Gesetzgeber die Aufgabe zufällt, rechtlich verbindliche Maßstäbe zu setzen.⁹⁵

Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung⁹⁶ und Lehre⁹⁷ nimmt an, dass das Erfordernis der Schuldorientierung der Strafe nicht nur einfachgesetzlich vorgeschrieben ist (§ 46 Abs. 1 S. 1 dStGB), sondern auch aus den grundlegenden Prinzipien der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen (Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 dGG) sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip zu folgern ist. Aber der Gesetzgeber läßt auch die Wirkung der

⁹³ Albrecht, 1994, S. 473.

⁹⁴ Reichert, 1998, S. 18ff.

⁹⁵ Weigend, FS für Uni Köln, 1988, S. 583f.

⁹⁶ BGHSt 2, 200f.; 7, 216; 13, 192; 20, 266f.

⁹⁷ Bruns, 1974, S. 317f.; Horn, SK, § 46 Rn. 11; Jescheck/Weigend, AT, S. 404; Jakobs, AT, S. 487f.; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 1; Schönke/Schröder/Stree, vor §§ 38ff. Rn. 6; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 4.

Strafe auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft beachten (§ 46 Abs. 1 S. 2) und verfolgt damit vor allem spezialpräventive Zwecke.⁹⁸ Die Einbeziehung der generalpräventiven Abschreckung wird zwar durch den Wortlaut des § 46 dStGB nicht gedeckt, aber die Rechtsprechung hält unter gewissen Voraussetzungen den Strafzweck generalpräventiver Abschreckung im Rahmen des Schuldangemessenen für grundsätzlich legitim.⁹⁹ Dagegen hat der Gesetzgeber die positive Generalprävention mit der Berücksichtigung der „Verteidigung der Rechtsordnung“ in § 47 Abs. 1, § 56 Abs. 2 und § 59 Abs. 1 Nr. 3 dStGB auch betont und als präventiv relevant herausgestellt, in denen dieser Strafzweck als Entscheidungskriterium für die Sanktionswahl verstanden wird.

Die in § 46 Abs. 1 S. 1 dStGB enthaltene Grundlagenformel bietet bis heute Grund zur Diskussion darüber, welche theoretische Erklärung von Strafe aus dieser Regelung hergeleitet werden kann, da § 46 Abs. 1 S. 1 dStGB über die Aussage, dass die Schuld des Straftäters Grundlage der Strafzumessung sein muss, hinaus greift.¹⁰⁰ Schuld und Prävention können bei der Strafzumessung gegenläufige Wirkung haben. Das geltende Recht geht also davon aus, dass die Strafe sowohl Schuldausgleich als auch Verbrechensvorbeugung bezweckt und beides in ein ausgewogenes Verhältnis miteinander zu bringen ist.¹⁰¹ Dabei ist umstritten, ob die präventiven Strafziele wegen des Schuldprinzips bei der Strafmaßfestsetzung nur im Rahmen der nach oben und unten noch schuldangemessenen Strafe berücksichtigt werden müssen oder ob die Verhängung schuldunterschreitender oder schuldüberschreitender Strafen aus präventiven Gründen möglich sein kann.¹⁰²

Die herrschende Lehre¹⁰³ sieht im Schuldausgleich den primären Strafzweck, der die Strafhöhe bestimmt. Präventions Gesichtspunkte können nur eingeschränkt zur Geltung kommen, nämlich nur in dem Rahmen, in dem die Strafe noch Schuldstrafe bleibt. Die Grundlagen der Strafzumessung sind in erster Linie die Schwere der Tat und ihre Bedeutung für die verletz-

⁹⁸ Schäfer, 1995, Rn. 360; Bruns, 1985, S. 94ff.; Jescheck/Weigend, AT, S. 878.

⁹⁹ BGH 7, 28ff. (32ff.); 20, 264ff. (267); BGH StV 1983, S. 14.

¹⁰⁰ Stratenwerth, 1972, S. 8ff.; Bruns, 1985, S. 90ff.

¹⁰¹ BVerfGE 20, 187, 253.

¹⁰² Roxin, JuS 1966, 385ff.; ders, MschKrim 1973, 318ff.; ders, Schw ZStrR 1987, 375ff.; Bruns, MDR 1987, 177.

¹⁰³ Bruns, 1974, S. 311; ders, FS für Welzel, S. 739; Zipf, 1977, S. 46ff.; Roxin, MschKrim 1973, 318ff.

te Rechtsordnung sowie der Grad der persönlichen Schuld des Täters.¹⁰⁴ Außerdem sind die Auffassungen der herrschenden Lehre damit vereinbar, dass das Schuldprinzip nicht nur eine limitierende, sondern auch eine konstitutive Bedeutung hat. Die Strafe darf sich demnach nicht von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich lösen, und zwar weder nach oben noch nach unten.¹⁰⁵ Der Gesichtspunkt des Schuldausgleichs, mag er auch nicht um seiner selbst willen erfolgen, sondern nur insoweit gerechtfertigt sein, als er zugleich das notwendige Mittel zur Erfüllung präventiver Zwecke des Strafrechts darstellt, gibt letztlich auch der Strafe ihren Sinn und ihre Bedeutung.¹⁰⁶

Nach den oben skizzierten Erörterungen ist die Schuld zentraler Topos im deutschen Strafzumessungsrecht. Was aber ist Schuld im Sinn des § 46 Abs. 1 S. 1 dStGB? Der Begriff der Strafzumessungsschuld ist zu entmystifizieren.¹⁰⁷ Das Problem der traditionellen Strafzumessungslehre liegt in der unreflektierten Übernahme eines ganz spezifischen, in der Verbrechensdogmatik heute am Rand stehenden Verständnisses von Strafbegründungsschuld.¹⁰⁸ Der Kern der Schuldvorwurfs soll darin bestehen, dass dem Täter vorgehalten wird, vermeidbarerweise eine unrechtmäßige Tat begangen zu haben.¹⁰⁹ Demgemäß „sei Strafzumessungsschuld die der Tat entsprechende graduell steigerungsfähige Rechtsfriedensstörung, die dem Täter [...] angelastet werde“.¹¹⁰ Diese moderne Definition des Begriffs der Strafzumessungsschuld spiegelt die grundsätzliche Tatbezogenheit heutiger Strafzumessungsdogmatik wider. Demzufolge ist die Grundlagenformel des § 46 Abs. 1 S. 1 dStGB neu zu interpretieren in dem Sinn, dass nur noch die dem Täter zur Schuld zurechenbaren Umstände die tatsächliche

¹⁰⁴ BGHSt 20, 264, 266; BGH NSZ 1987, 405; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 9.

¹⁰⁵ Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 4; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 11; Bruns, 1985, S. 92. Roxin plädiert dafür, eine Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe dann zu erlauben, wenn diese aus spezialpräventiven Gründen kontraindiziert wäre und im übrigen auch aus Erwägungen positiver Generalprävention nicht erforderlich ist (Roxin, FS für Schultz, 473ff.).

¹⁰⁶ Bruns, 1985, S. 92.

¹⁰⁷ Hierzu siehe Teil 2 A II.

¹⁰⁸ Frisch, ZStW 99 (1987), 384. Dieses Verständnis von Strafzumessungsschuld richtet sich aber nicht nach der Tat, sondern nach den Täterfaktoren; es läuft daher Gefahr, zu einer Lebensführungsschuld zu führen. Daher dürfen die Täterfaktoren keine Bedeutung für die Tatschuld haben, sondern sind nur unter Präventionsgesichtspunkten relevant.

¹⁰⁹ Vgl. Horn, SK, § 46 Rn. 41ff.

¹¹⁰ Frisch, ZStW 99 (1987), 388.

Grundlage der Strafzumessung bilden dürfen.¹¹¹ Der Schuldgrundsatz kann dann als beachtet gelten, wenn er sich in der Zurechnung des strafbaren Verhaltens auswirkt, wenn Schuld also insoweit als Grundlage der Strafe und der Strafzumessung verstanden wird, als nur dasjenige als Grundlage für die Strafzumessung dienen darf, was vom Verschulden erfaßt wird.¹¹² Der Maßstab für „was vom Verschulden erfaßt wird“, ist die sich in der Intensität, d.h. in Art, Ausmaß und Modalität der Rechtsgutsverletzung materialisierende Bedrohlichkeit der Tat, also die aus Sicht der Allgemeinheit zu beurteilende Unwertigkeit.¹¹³ Das Strafmaß richtet sich nach dem Ausmaß des vom Täter schuldhaft herbeigeführten Tatumrechts.

II. Die Antinomie zwischen Schuld und Prävention bei der Strafzumessung

Nach der herrschenden Meinung¹¹⁴ in der deutschen Strafrechtswissenschaft haben die Strafzwecke richtungsweisende Bedeutung für die Strafzumessung. Sie stellen die obersten Ausrichtungspunkte dar, an denen sich alle Bemühungen um das richtige Strafmaß orientieren müssen. Dabei werden als Strafzwecke in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die folgenden genannt: Bei der Repression geht es um die Sühne, die Vergeltung des Unrechts und den Schuldausgleich. Bei der negativen Generalprävention geht es um die Verhinderung weiterer Rechtsverletzungen durch Abschreckung. Bei der positiven Generalprävention geht es um die Normbegräftigung und darum, einer durch die einzelne Tat bewirkten Enttäuschung des Normvertrauens entgegenzuwirken. Bei der negativen Spezialprävention geht es um die Verwahrung des Täters, und bei der positiven Spezialprävention um seine Besserung bzw. Resozialisierung.

Der Verhängung der schuldangemessenen Strafe können zunächst präventive Erwägungen entgegenstehen, und auch Generalprävention und Spezialprävention können bei der Strafzumessung in Widerspruch geraten. Ferner kann nicht übersehen werden, dass es sich bei Schuldausgleich und Prävention der herrschenden Ansicht zufolge um unvereinbar gegensätzli-

¹¹¹ Albrecht, 1994, S. 53; Schünemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, S. 225; Hörnle, 1999, S. 324ff.; Reichert, 1999, S. 123.

¹¹² Albrecht, 1994, S. 53.

¹¹³ Schünemann, a.a. O., S. 225; Frisch, ZStW 99 (1987), 388; Albrecht, 1994, S. 51.

¹¹⁴ Bruns, 1985, S. 6, 81ff.; ders, FS für Welzel, S. 743f.; Kunz, ZStW 98 (1986), 829; Köhler, 1986, S. 6; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 559ff.; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 3; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 7.

che Begriffe handelt; erstere betrifft etwas in der Vergangenheit Liegendes, während letztere der Zukunft zugewandt ist.¹¹⁵ Wenn Schuldangemessenheit und Prävention also zwei völlig verschiedene Dimensionen bezeichnen, so ist grundsätzlich anzunehmen, dass die schuldgerechte Strafe nicht präventiv wirkt, auch nicht mittelbar. Statt dessen ist sie schon konzeptionell nur eine präventiv unberührte, zwecklose Strafe, wie sie Kant durchsetzen wollte.¹¹⁶ So tritt der Widerspruch zwischen der schuldangemessenen Strafe und der spezialpräventiv erforderlichen stets dann offen zutage, wenn beim günstig prognostizierten Täter die Vollstreckung der schuldangemessenen Strafe die Gefahr der Entsozialisierung zur Folge hätte.¹¹⁷ Hinter dem Antinomieproblem zwischen der schuldangemessenen Strafe und der generalpräventiv erforderlichen Strafe steht auch die Frage, ob die Strafe aus generalpräventiven Gründen über die Schuldstrafe hinaus (aber innerhalb ihres Strafrahmens) zur Abschreckung potentieller Täter geschärft werden kann.¹¹⁸ Auch kann die Verhängung der schuldangemessenen Strafe aus generalpräventiven Gründen im Interesse der Integrationswirkung der Strafe erforderlich erscheinen, andererseits kann diese Strafe aber die Gefahr der spezialpräventiv unerwünschten Entsozialisierung des Täters zur Folge haben.

Jeder dieser Strafzwecke erlaubt nicht nur, sondern fordert oft eine bestimmte Strafe und verbietet damit eine andere Strafzumessung. Die Strafzwecke stehen sich jedoch antinomisch, d.h. im Widerstreit gegenüber, in dem der scheinbare Zielkonflikt auch nicht durch einen aus den tatsächlichen Verhältnissen hergeleiteten Kompromiß zum Ausgleich gebracht werden kann.¹¹⁹ Zur Lösung dieses Widerspruchs ist versucht worden, die unterschiedlichen Stufen der Strafrechtsdurchsetzung (Strafandrohung, Strafzumessung, Strafvollstreckung) mit unterschiedlichen Strafzielen zu verknüpfen.¹²⁰ Dabei wird jedoch keine ausschließliche Reihenfolge, son-

¹¹⁵ Bruns, 1985, S. 82f.; Maurach/Zipf, AT, Teilband 1, S. 417; Stratenwerth, 1977, S. 45; Hirsch, ZStW 106 (1994), 752ff.; Schreiber, 1980, S. 288; Arthur Kaufmann, FS für Wassermann, S. 895; Müller-Dietz, 1979, S. 17.

¹¹⁶ Ellscheid, 1982, in: Wadler (Hrsg.), Recht und Gesetz im Dialog, S. 79f.; Kunz, ZStW 98 (1986), 830; Hart-Hönig, 1992, S. 14f.

¹¹⁷ Schäfer, 1995, Rn. 335.

¹¹⁸ Frisch, ZStW 99 (1987), 365.

¹¹⁹ Bruns, 1988, S. 30.

¹²⁰ Roxin, AT, 1992, S. 39f.; Streng, 1991, S. 15f.; Bruns, in: FS für Dreher, S. 251, 252f.

dem ein Nebeneinander der Ziele in den unterschiedlichen Etappen¹²¹ des Strafverfahrens angestrebt, welches eine unterschiedliche Gewichtung der verschiedenen Strafzwecke ermöglichen soll.¹²² Dem entscheidenden Problem der Antinomie der Strafzwecke muss auf der ganzen Breite der Strafzumessung standgehalten werden.¹²³ Tatsächlich geht die ganz h.M. von einer Vereinigungstheorie der Art aus, dass im Rahmen des Schuldangemessenen die Strafzwecke in einem ausgewogenen Verhältnis gleichzeitig nebeneinander verfolgt werden können. Dieses Bild einer Harmonisierung der Strafzwecke innerhalb der Vereinigungstheorie entspricht allerdings allein bei bloß äußerlicher Betrachtungsweise oder in besonderen Fällen der Realität. Ganz grundsätzlich bestehen mannigfaltige Gegensätzlichkeiten zwischen den Anforderungen verschiedener Strafzwecke, so dass allgemein von der Antinomie der Strafzwecke gesprochen wird.¹²⁴ So verlangt etwa der Gedanke der Abschreckung harte Strafen, hingegen der Gedanke des Vermeidens von Entsozialisierung durch Strafe milde Sanktionen.¹²⁵

Theoretische Konflikte zwischen Schuldangemessenheit und generalpräventiven bzw. spezialpräventiven Zielsetzungen haben jedoch in der Praxis wenig Bedeutung.¹²⁶ Das Problem der Antinomie der Strafzwecke könnte nur dann nicht entstehen, wenn der Bedarf an Resozialisierung oder der an Generalprävention dazu genutzt werden könnte, Feinabstimmungen in der Konkretisierung der Strafe vorzunehmen. Wir wissen jedoch wenig von der spezialpräventiven und generalpräventiven Wirkung der Strafe, und empirisch valide Theorien, die den Bedarf an Spezial- und Generalprävention in ein konkretes Maß an Strafe übersetzen könnten, stehen nicht zur Verfügung.¹²⁷ Nach der herrschenden Meinung spielen jedoch spezial- und generalpräventive Erwägungen für die Konkretisierung des Strafmaßes – beispielsweise im Rahmen der Spielraumtheorie – eine große Rolle. Demzufolge ist die Problematik der Antinomie der Strafzwecke in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten. Im folgenden Abschnitt wird dieses Problem in bezug auf die Strafzumessungstheorien erörtert.

¹²¹ Henkel, 1969, S. 19f.

¹²² Roxin, AT, 1992, S. 56f.; Albrecht, 1994, S. 30f.

¹²³ Dreher, JZ 1968, 210.

¹²⁴ Köhler, 1983, S. 26ff.; Schünemann, in: ders (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153-196.

¹²⁵ Streng, 1991, S. 15.

¹²⁶ Albrecht, 1994, S. 475; Frisch, ZStW 99 (1987), 364ff.; Hörmle, 1999, S. 34f.

¹²⁷ Albrecht, 1994, S. 475.

III. Strafzumessungstheorien

Die mit dem 1. StrRG erstmals gesetzlich formulierten Strafzumessungsregeln, nach denen die Schuld Grundlage der Strafzumessung sei, wurden teilweise als inhaltlich unzureichend kritisiert¹²⁸ und teils als Offenheit des Gesetzes für weitere Entwicklungen der Lehre begrüßt.¹²⁹ Tatsächlich läßt das Gesetz offen, wie der häufig auftretende Zielkonflikt zwischen Schuldausgleich sowie Generalprävention und Spezialprävention zu lösen ist. Die vielen Meinungsverschiedenheiten in Literatur und Rechtsprechung hinsichtlich der Auslegung des Gesetzes ergeben sich aus der Vagheit der Grundlagenformel sowie der Ungeklärtheit des Schuldbegriffs. Dabei basieren die verschiedenen Meinungen teils auf der Vereinigungstheorie und müssen daher mit der Antinomie der Strafzwecke fertig werden, teils aber versuchen sie sich auch hiervon zu lösen, indem beispielsweise die Beachtung bestimmter Strafzwecke bestimmten Phasen im Strafzumessungsvorgang zugewiesen wird oder die Anzahl und Art der strafzumessungsrelevanten Umstände reduziert wird. Inwieweit die bisherige Entwicklung der Strafzumessungslehre zu großen Hoffnungen auf substantielle Verbesserungen der Strafzumessungspraxis Anlaß gibt, wird daher im folgenden untersucht. Dabei handelt es sich um die Spielraumtheorie, die Theorie der Punktstrafe, die Theorie des sozialen Gestaltungsakts, die Stufentheorie, die Theorie der Tatschuldvergeltung, die positive Generalprävention und die Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung.

1. Spielraumtheorie

Die Spielraumtheorie (BGH) – zuweilen als Schuldrahmentheorie (Maurach/Zipf) bezeichnet – wird nicht nur von der Rechtsprechung¹³⁰, sondern auch von einem Großteil der Literatur¹³¹ vertreten. Ausgangspunkt spielraumtheoretischer Überlegungen wie der Vereinigungstheorie ist die Frage

¹²⁸ Stratenwerth, 1972, S. 11; Streng, 1991, S. 173ff.; Albrecht, 1994, S. 25.

¹²⁹ Lackner, FS für Gallas, S. 128f.

¹³⁰ BGHSt. 7, 28, 32 hat sich die Spielraumtheorie zu eigen gemacht. BGHSt. 29, 319, 321 f.; 34, 345, 349 (GS); BGH StV 1985, 366; StV 1987, 530; NSiZ 1988, 97; NSiZ 1990, 334; StV 1993, 638; StV 1996, 427; BGHR, § 46 Abs. 1 Beurteilungsrahmen 1,2,3,5,6b, Begründung 9.

¹³¹ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 562ff.; Jescheck/Weigend, AT, S. 880f.; Jakobs, AT, S. 28 Fn. 74; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 4f.; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 10; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 24f.; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 11f.; Bruns, 1985, S. 105ff.; Erhard, 1992, S. 316ff.; Günther, JZ 1989, 1025ff.

nach der Lösung der Strafzweckantinomie. Aus der straftheoretischen Konzeption der Vereinigungstheorie versucht die Strafzumessungslehre, das Antinomieproblem für die Strafzumessung in der Form zu bewältigen, dass die Strafe nicht in einem Punkt, sondern in einem Spielraum zu finden sein soll, der nach unten durch die schon schuldangemessene und nach oben durch die noch schuldangemessene Strafe begrenzt wird. Um die endgültige Strafe festzusetzen, soll innerhalb des Spielraums mit Hilfe von präventiven Überlegungen die Strafe konkretisiert werden. Nur innerhalb dieses Spielraums besteht Raum für die Verwirklichung der Prävention. Das Verhältnis von Schuld- und Präventionsgesichtspunkten ist demnach ein hierarchisches: Prävention im Rahmen der Repression. Nach dem BGH darf der Tatrichter diesen Rahmen nicht überschreiten¹³² und auch nicht unterschreiten¹³³. Nach den Anhängern dieser Theorie hat die Spielraumtheorie den Vorteil größerer Flexibilität. Sie ist geeignet, die Komplexität der richterlichen Strafzumessung sachgerecht aufzugliedern und transparent zu machen und das Spannungsverhältnis zwischen den Strafzwecken zu entschärfen.¹³⁴ Das Gericht kann aus Gründen der Generalprävention oder Spezialprävention an die Obergrenze dieses Spielraums gehen, aus Gründen der Spezialprävention, um den Täter nicht entsozialisierend hart zu treffen, auch an die untere Grenze.¹³⁵ Der Spielraum wird als Folge methodischer und theoretischer Probleme verstanden.¹³⁶ In methodischer Hinsicht ist zu bedenken, dass sich die Unzulänglichkeit menschlichen Erkenntnisvermögens als Grenze letzter Eindeutigkeit darstellt. In theoretischer Hinsicht wird in Analogie zur Entwicklung in den Naturwissenschaften die Beweglichkeit bzw. Unschärfe des Gegenstands der Erkenntnis betont, und von daher theoretische Eindeutigkeit verneint.

Ausgangspunkt der Spielraumtheorie, wie oben gesagt, ist die Bewältigung des Antinomieproblems. Aber sie will und kann das Antinomieproblem nicht auflösen, sondern im Ergebnis nur in eine Strafzumessungsmethode aufnehmen. Die Rahmentheorie ist ein brauchbares, allerdings nicht zwingend beweisbares Modell zur planmäßigen Einordnung

¹³² BGHSt. 20, 264, 267; BGH StV 1987, 530; StV 1990, 494; StV 1992, 271; NStZ 1992, 318; StV 1993, 71; StV 1995, 173; NStZ 1977, 336, 337.

¹³³ BGHSt. 24, 132, 134; 29, 319, 321 f.; BGH NStZ 1990, 84; NStZ 1994, 494; StV 1996, 427.

¹³⁴ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 18.

¹³⁵ Schäfer, 1995. Rn. 348.

¹³⁶ Albrecht, 1994, S. 99ff.

und Abwägung der u.U. widerstreitenden Strafzumessungsgesichtspunkte, aber kein Allheilmittel zur Auflösung der Strafzweckantinomie.¹³⁷ Die Schwerpunkte der Kritik zeichnen sich sowohl bei der Frage nach der Weite des Schuldrahmens als auch bei der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe nach oben bzw. unten ab.¹³⁸ Die Spielraumtheorie kann kein genau zu bezeichnendes Strafquantum, das dem Schuldquantum entspricht, angeben. Sie ersetzt diese eine Größe durch zwei Größen, nämlich eine Ober- und eine Untergrenze, ohne damit aber einer nachvollziehbaren Konkretisierung näherzukommen. Denn wenn es schon schwierig ist, eine bestimmte quantitative Größe anzugeben, so ist es besonders schwierig, deren zwei zu ermitteln. Des weiteren sei es unlogisch, dass innerhalb des Spielraums (Schuldrahmens) alle Strafhöhen noch schuldangemessen sind, wenn von zwei unterschiedlichen Aussagen, die sich auf denselben Gegenstand beziehen, nur eine wahr sein kann. Ferner kann der im Strafraumen begründete Konkretisierungsauftrag an den Richter nur als Aufforderung interpretiert werden, die eine richtige (im Sinne von beste) Lösung – der Idee des Rechts entsprechend – zu bestimmen, nicht aber zwischen mehreren Strafgrößen zu wählen.¹³⁹ Ein weiterer Kritikpunkt ist, dass sich eine prospektive Vorgehensweise mit Hilfe des Schuldrahmenkonstrukts nicht durchführen läßt.¹⁴⁰ Vielmehr scheint es sich bei der Bestimmung des Schuldrahmens eher um eine grundsätzlich retrospektiv, intersubjektiv gerade nicht nachvollziehbare Angemessenheitsprüfung durch übergeordnete Instanzen zu handeln, die keine Aussagekraft für künftige tatgerichtliche Entscheidungen haben kann. In wissenschaftlicher Hinsicht verdient die Spielraum- bzw. Schuldrahmentheorie nicht die Bezeichnung als „Theorie“.¹⁴¹ In quantitativer Hinsicht spielen zudem folgenorientierte Strafzumessungsgründe nur eine geringe Rolle. In der tatrichterlichen Praxis finden sich – nach einer Aktenanalyse von H.-J. Albrecht, der Verurteilungen wegen Einbruchsdiebstahl, Raub und Vergewaltigung zugrunde lagen – generalpräventive Erwägungen nur „in marginalem Umfang“.¹⁴² Auch spezialpräventive Begründungen reduzieren sich im wesentlichen auf die Wie-

¹³⁷ Bruns, 1985, S. 108f.

¹³⁸ Albrecht, 1994, S. 38; Lackner, FS für Gallas, S. 119f.; Köhler, 1983, S. 23; Horstkotte, in: Jehle (Hrsg.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, S. 153; von Hirsch/Jareborg, 1991, S. 3.

¹³⁹ Frisch, ZStW 99 (1987), 362.

¹⁴⁰ Albrecht, 1994, S. 40ff.

¹⁴¹ Albrecht, 1994, S. 41.

¹⁴² Albrecht, 1994, S. 415f., 427; ders., ZStW 102 (1990), 619f.

dergabe der Vorstrafenbelastung.¹⁴³ Eine konsequente Durchsetzung dieser Theorie müßte zu einer Überforderung der Tatrichter führen, weil in den meisten Fällen die erforderlichen Erhebungen zur Persönlichkeit des Angeklagten bzw. der Verbreitungsgefahr von Straftaten nicht möglich sind.¹⁴⁴ Außerdem hat die Spielraumtheorie keine Bedeutung für die Steuerung der Praxis,¹⁴⁵ denn die großen Abweichungen¹⁴⁶ zwischen dem staatsanwalt-schaftlichen Strafmaßantrag und der richterlichen Straferkenntnis belegen, dass die Spielraumtheorie keine Steuerungsfunktion besitzt, weil Staatsanwaltschaft und Gericht gleichermaßen an das Recht gebunden sind.

2. Die Theorie der Punktstrafe

Die Theorie der Punktstrafe lehnt den Begriff des Spielraums ab und geht davon aus, dass es theoretisch für eine bestimmte Tat nur eine richtige Strafe geben könne.¹⁴⁷ Sie zielt darauf ab, eine Grundlage für die volle Nachprüfung der Strafzumessung in der Revision zu schaffen, weil mit der Ablehnung eines Ermessensspielraums des Tatrichters bei der Strafzumessung auch die rechtliche Basis für einen revisionsfreien Raum in der Strafmaßbestimmung entfällt.¹⁴⁸ Trotz dieser theoretischen Festlegung auf eine einzige richtige Strafe für den Einzelfall wird von den Vertretern der Punktstraftheorie betont, dass dieser Punkt sich in der Praxis nur als Annäherungswert erfassen und sich nicht exakt errechnen lasse.¹⁴⁹ Denn es gebe wohl keine objektiv richtige Strafe, sondern lediglich eine aus dem Urteil des Richters begründete richtige Strafe.

Die Schuld ist ein metaphysisches Phänomen, und daher kann keine Theorie, die überhaupt noch am Schuldgrundsatz festhält, ein Maßprinzip für die Errechnung der absolut richtigen Strafe aufstellen.¹⁵⁰ Da die metaphysische Erkenntnis nur sehr undeutlich ist, wird die Punktstraftheorie als Ideal kritisiert.¹⁵¹ Vor allem Arthur Kaufmann hat im Gegensatz zu dieser

¹⁴³ Albrecht, 1994, S. 415; ders, ZStW 102 (1990), 615ff., 619.

¹⁴⁴ Hörnle, 1999, S. 75.

¹⁴⁵ Giehring, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung, 1989, S. 81; Albrecht, 1994, S. 494.

¹⁴⁶ Albrecht, 1994 S. 361ff.

¹⁴⁷ Kaufmann, 1976, S. 261; Bruns, FS für Henkel, S. 294; Frisch, ZStW 99 (1987), 361ff.; Grasnick, 1987, S. 265; Jescheck/Weigend, AT, S. 880.

¹⁴⁸ Vgl. Dreher, 1968, S. 212; Streng, 1984, S. 34.

¹⁴⁹ Kaufmann, 1976, S. 261; Bruns, NJW 1979, 289.

¹⁵⁰ Kaufmann, 1976, S. 127f., 136.

¹⁵¹ Grasnick, 1987, passim.; Günter, JZ 1989, 1025ff.

Argumentation mit Nachdruck gefordert, beide Fragen zu trennen: man dürfe nicht von der Undeutlichkeit der metaphysischen Erkenntnis auf die Undeutlichkeit des metaphysischen Gegenstands schließen.¹⁵² Versteht man Schuld als Entität, als metaphysischen Gegenstand, dann kann die Unbestimmtheit in der Tat nur aus Unvollkommenheit unseres Erkenntnisvermögens resultieren; die Idee eines unbestimmten Seienden ist unzulässig und widersprüchlich.¹⁵³ Aber diese Argumentation stellt sich selbst in Frage. Denn die Frage ist, was uns zur Annahme von Entitäten berechtigt, die prinzipiell unerkennbar sein sollen. Was heißt es denn, dass etwas existiert, das konstitutionell unerkennbar ist? Auf diese Frage hat Neumann mit Nachdruck geantwortet.¹⁵⁴ Die Erkennbarkeit eines Gegenstandes kann sinnvoll nur als Frage der Vollständigkeit unserer Information über diesen Gegenstand interpretiert werden. Welche Informationen fehlen uns, die eine genaue Feststellung der schuldangemessenen Strafe im Einzelfall ermöglichen würden? Diese Frage läßt sich nicht beantworten. Denn auch wenn wir alles über den Täter und seine Tat wüßten, was für die Schuldfrage relevant sein kann, ließe sich die schuldangemessene Strafe nicht auf Monat und Tag genau ermitteln. Die Regeln der Schuldbestimmung dienen nicht der Erkenntnis, sondern der Konstitution von Schuld. Das Maß der Schuld bestimmt sich nicht durch sich selbst, sondern nach den Regeln der Gesellschaft und ihrer spezifischen Rechtsordnung. Die schuldrelevanten Faktoren sind keine Indizien, die nur die Erkenntnis einer vorgängig existierenden Schuld des Täters ermöglichen würden, sondern Kriterien, die diese Schuld zuallererst konstituieren.¹⁵⁵

Die sich aus dieser Theorie ergebende unbeschränkte Revisibilität der Strafzumessung wäre zwar ein im Ansatz richtiger Schritt hin zur Schaffung von mehr Strafgleichheit; er scheint allerdings aus praktischen Gründen nicht durchführbar zu sein.¹⁵⁶ Wenn letztlich nur eine Strafe die gesetzliche ist, dann ist auch nur dieses Strafmaß rechtmäßig; jedes andere, darüber oder darunter liegende Strafmaß dagegen ist rechtswidrig und damit auf revisionsrechtliche Rüge hin aufzuheben. Ferner bleibt der Kern der Aussage der Punktstrafentheorie ebenso unverbindlich wie derjenige der Spielraumtheorie. Denn diese Aussage mündet letztlich in eine Ermessens-

¹⁵² Kaufmann, 1976, S. 66.

¹⁵³ Neumann, F.S. für Spender, 1992, S. 439.

¹⁵⁴ Neumann, Ellscheid zum 65. Geburtstag, 1999, S. 119ff.

¹⁵⁵ Neumann, Ellscheid zum 65. Geburtstag, 1999, S. 119.

¹⁵⁶ Streng, 1984, S. 34.

entscheidung wie die Spielraumtheorie. Eine wesentliche Anforderung an eine Theorie, nämlich dass die aus ihr abgeleiteten Aussagen nachprüfbar sein müssen, ist also nicht erfüllt.¹⁵⁷

3. Die Theorie vom sozialen Gestaltungsakt

Die von Dreher und Jescheck vertretene Theorie vom sozialen Gestaltungsakt geht davon aus, dass die gerechte Strafe das Postulat eines schöpferischen sozialen Aktes durch den Richter ist und ihr nur ein einziger fester Punkt innerhalb des Strafrahmens der schuldangemessenen Strafe entspricht.¹⁵⁸ Der Richter muss innerhalb des Strafrahmens die nach seiner Überzeugung von den Wertmaßstäben der Rechtsordnung schuldangemessene Strafe bestimmen.¹⁵⁹ Dieser Konsequenz entgeht nur eine neuere Variante der Punktstrafe, die in der Festlegung des Strafmaßes durch den Richter einen „sozialen Gestaltungsakt“¹⁶⁰ erblickt, durch den mit der Herstellung der Strafzumessungsentscheidung das rechtlich zutreffende Strafmaß im Akt richterlicher Gesamtbetrachtung erst festgelegt wird. Wird in der Spielraumtheorie die Grenze durch die noch schuldangemessene und die schon schuldangemessene Strafe festgesetzt, handelt es sich bei der Theorie vom sozialen Gestaltungsakt in der Fassung Jeschecks um eine Vertretbarkeitsprüfung.¹⁶¹ Erforderlich ist dabei, dass die Strafe nach diesem persönlichen richterlichen Gestaltungsakt immer noch in einem vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft vertretbaren inneren Zusammenhang mit der Grundlage der Tatschuld steht.¹⁶² Diese Theorie betont die Bedeutung der spezifischen, historischen und sozialen Gegebenheiten und der Besonderheiten in der Beziehung zwischen dem Richter und dem Angeklagten für die Strafzumessung im Einzelfall.¹⁶³

Soziale Gestaltung kann wohl nur so verstanden werden, dass der Richter über die Anwendung der Rechtsnormen und die Implementation von Wissen über Wirkung von Normen und Sanktionen hinaus eine Eigenleis-

¹⁵⁷ Albrecht, 1994, S. 43.

¹⁵⁸ Dreher, JZ 1967, 41ff.; ders., in: Institut für Konfliktforschung (Hrsg.), Pönometrie, 1977, S. 43; ders., FS für Bruns, 165; Jescheck, AT, S. 768.

¹⁵⁹ Tröndle/Fischer, § 46, Rn. 12.

¹⁶⁰ Dreher, JZ 1967, 44.

¹⁶¹ Jescheck, AT, S. 786.

¹⁶² Jescheck, AT, S. 786.

¹⁶³ Dreher, JZ 1967, 44; ders., in: Institut für Konfliktforschung (Hrsg.), Pönometrie, 1977, S. 45ff.; ders., FS für Bruns, S. 163.

tung erbringt im Sinne einer angestrebten Veränderung der Wirklichkeit.¹⁶⁴ Es fragt sich daher, ob diese Theorie nicht einiges von dem allseits als Fortschritt betrachteten Ansatz von der Strafzumessung als Rechtsanwendung wegnimmt. Außerdem kann die Theorie des sozialen Gestaltungsaktes keine Maßstäbe für die Strafzumessung und damit keine Ansätze zur Vermeidung von Ungleichheit leisten. Nur als eine Art ergänzende Betrachtungsweise neben anderen Strafzumessungslehren hat sie breitere Anerkennung in der Literatur erfahren.¹⁶⁵ Je mehr eine Theorie auf den gestalterischen Aspekt des richterlichen Entscheidungsakts abstellt, um so schwieriger wird eine intersubjektive Nachprüfbarkeit der Entscheidung.

4. Stellenwerttheorie (Stufentheorie)

Die von Henkel¹⁶⁶ begründete und von Schöch¹⁶⁷ und Horn¹⁶⁸ weiterentwickelte Stellenwerttheorie richtet sich auf die Strafzumessung im engeren Sinn, also die Feststellung der Strafhöhe ausschließlich nach dem Schuldmaß. General- und spezialpräventive Überlegungen dagegen fließen erst in die Entscheidungen über die Strafart (Freiheits- oder Geldstrafe), über das Absehen von Strafe, ihre Aussetzung zur Bewährung oder die Verwarnung mit Strafvorbehalt ein (Strafzumessung in weiteren Sinn). Der Vorteil dieser strafzumessungstheoretischen Konzeption wird in der Vereinfachung der Entscheidungsstrukturen gesehen, da eine Vermischung von Präventions- und Schuldgesichtspunkten vermieden wird.¹⁶⁹ Die antinomische Konstellation von Strafzwecken wird damit theoretisch ausgeschlossen. Insbesondere aus kriminologischer Sicht wird zur Begründung dieser Theorie angeführt, dass es angesichts des heutigen kriminologischen Wissensstandes schlechthin unmöglich sei, eine prognostisch exakte Aussage über die sub specie Prävention richtiger Dauer oder Höhe einer Strafe zu machen.¹⁷⁰ Hingegen könne die Kriminologie viel besser überprüfbare Hypothesen zur präventiven Wirkung jener Begleitentscheidung aufstellen und so dem strafzumessenden Richter Hilfe bei der Entscheidungsfindung leisten.¹⁷¹

¹⁶⁴ Albrecht, 1994, S. 42.

¹⁶⁵ Bruns, 1985, S. 299; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 562f.

¹⁶⁶ Henkel, Die richtige Strafe, 1969.

¹⁶⁷ Schöch, FS für Schaffstein, S. 255-273.

¹⁶⁸ Horn, FS für Schaffstein, S. 241-254; ders, SK, § 46 Rn. 33ff.

¹⁶⁹ Albrecht, 1994, S. 43.

¹⁷⁰ Schöch, FS für Schaffstein, S. 262 ff.; Horn, SK, § 46 Rn. 32f.

¹⁷¹ Schöch, FS für Schaffstein, S. 259.

Diese Lehre versucht, die Nachteile der Vereinigungstheorie, insbesondere der Antinomie der Strafzwecke, zu vermeiden, indem sie für die eigentliche Strafhöhenbestimmung lediglich schuldrelevante Gesichtspunkte erlaubt. Die Kritik an dieser Theorie geht über deren regelmäßig herangezogene Unvereinbarkeit mit der in § 46 Abs. 1 S. 2 geforderten Berücksichtigung der von der Strafe auf das zukünftige Leben des Straftäters ausgehenden Wirkungen hinaus.¹⁷² Diesem Einwand versucht Horn dadurch zu begegnen, dass § 46 Abs. 1 S. 2 nur als die allgemeine und in weiteren Vorschriften (§§ 47, 56 dStGB) aufgelöste und präzierte Regel zu sehen ist, d.h. nur als ein, wenn auch substantieller, Programmsatz, dessen Inhalt nur bei der Strafzumessung im weiteren Sinn verwirklicht werden kann.¹⁷³ Aber diese Ansicht konnte sich in Literatur¹⁷⁴ und Rechtsprechung¹⁷⁵ nicht durchsetzen. Bereits der Wortlaut des § 46 Abs. 1 S. 1 dStGB, wonach die Schuld nur Grundlage für die Strafzumessung ist, und § 46 Abs. 1 S. 2 dStGB sprechen gegen eine solche Konzeption.¹⁷⁶ Die Grundlagenformel des Satz 1 des § 46 Abs. 1 wird ergänzt durch Satz 2 desselben Absatzes. Danach folgt im zweiten Absatz der Katalog des § 46 Abs. 2 S. 2 dStGB.

Für die Stellenwertheorie ist das Maß der Schuld entscheidend für die Bestimmung der Strafhöhe. Von ihrer Grundannahme her muss die exakte Strafhöhe schließlich auch durch die Schuld bestimmt werden. Aber wie schon die anderen bisher genannten Theorien gibt sie dem strafzumessenden Richter keinerlei Maßstab an die Hand, mit dem er Schuldumstände in Schuldquanten und Schuldquanten in Strafquanten umrechnen könnte. Das Maß der Schuld entzieht sich genauer Fixierung, weil es nicht intersubjektivierbar ist und somit weder eine theoriegeleitete Überprüfung noch die revisionsgerichtliche Kontrolle ermöglicht. Eine Kontrolle ist nur bei groben Abweichungen von dem gegeben, was das Revisionsgericht für schuldangemessen hält.¹⁷⁷

¹⁷² Bruns, 1985, S. 83; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 27; Lackner, 1978, S. 10ff.; Müller-Dietz, 1979, S. 29; Schaffstein, FS für Würtenerberger, S. 449ff.

¹⁷³ Horn, SK, § 46 Rn. 39; ders, 1975, S. 252.

¹⁷⁴ Bruns, FS für Dreher, S. 251ff.; ders 1985, S. 83; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 27; Müller-Dietz, 1979, S. 29; Roxin, FS für Bruns, S. 186ff.; Schaffstein, FS für Würtenerberger, S. 451ff.

¹⁷⁵ Die Rechtsprechung hält daran fest, dass bereits für die Strafmaßfestsetzung spezialpräventive Aspekte bedeutsam sind. Vgl. BGH StV 1987, 345(346); NSZ 1987, 550; Wistra, 1990, 98.

¹⁷⁶ Roxin, FS für Bruns, S.186ff.

¹⁷⁷ Reichert, 1999, S. 112.

5. Die Theorie der Tatschuldvergeltung

Die vor allem in neuerer Zeit von Köhler und Wolff vertretene Theorie der Tatschuldvergeltung widersetzt sich der fremdzweckbestimmten Präventionsstrafe, weil sie darin die Verletzung der Subjektstellung des Täters als freies Gesellschaftsmitglied erblickt.¹⁷⁸ Aus dieser Perspektive ist eine präventive Ausrichtung des Strafrechts wie des Strafzumessungsrechts deshalb abzulehnen, weil damit eine heteronome Zwangswirkung des Rechts begründet würde. Heteronomer Zwang, der zukünftig rechtmäßiges Verhalten erzwingen wolle, könne mit einem richtig verstandenen Rechtsbegriff nicht in Einklang gebracht werden, da jedermann als ein sich selbst bestimmendes, autonomes Subjekt ernst genommen werden müsse.¹⁷⁹

Die Begründung dieser Theorie kann sich auf Elemente der Lehre Kants und Hegels berufen. Die schärfste Kritik, die aus Kantischer Sicht („Der Nutzen vieler gibt ihnen kein Recht gegen einen“) an den präventiven Straftheorien geübt wird, ist der Vorwurf des Mißbrauchs des Täters als ein der Zweckerreichung unterordnetes Objekt. Nach Hegel ist Strafe als „Negation der Negation“ zu umschreiben: Auf das Verbrechen, welches trotz seiner äußerlichen Existenz an sich nichtig sei, müsse die Manifestation dieser Nichtigkeit folgen.¹⁸⁰ Der Täter verschaffe sich das Privileg einer erweiterten Freiheitssphäre mit Allgemeingeltungsanspruch, der im Handeln eines prinzipiell Vernünftigen unaufhebbar mitenthalten ist. Zur Wiederherstellung des durch die Tat gestörten Rechtsgleichheitsverhältnisses müsse der in der Straftat zum Ausdruck gekommene Geltungswiderspruch zum Recht aufgehoben werden.¹⁸¹ Aus der Subjektstellung des Straftäters soll sich auch im Bestrafungsprozeß und dessen Ziel, nämlich mit der Strafe das durch die Straftat zerstörte Rechtsverhältnis wiederherzustellen, ergeben, dass Strafen, die eben die Möglichkeit eines Fortbestehens dieses Rechtsverhältnisses auch in der Sanktion bzw. nach ihrem Vollzug ausschließen würden, keine rechtmäßigen, d.h. straftheoretisch gesicherten Sanktionen seien.¹⁸²

Nach dieser Theorie bestimmt sich das Strafmaß als Einheit von Qualität und Quantität einer Freiheitswerteinbuße, durch die Wertangleichung mit der Straftat nach schlüssig aus dem Schuldprinzip abgeleiteten Strafbemes-

¹⁷⁸ Köhler, 1983; ders, 1986; Wolff, ZStW 97 (1985), 786-830.

¹⁷⁹ Köhler, 1983, S. 33ff.; Wolff, ZStW 97 (1985), 804f.

¹⁸⁰ Seelmann, 1995, S. 11f.

¹⁸¹ Köhler, 1983, S. 37ff.; ders, 1986, S. 44ff.

¹⁸² Köhler, 1983, S. 30.

sungsgründen.¹⁸³ Die konkret-gerechte Strafe auf ein Verbrechen hin besteht daher in einem bestimmten Maß der Freiheitswerteinbuße, und zwar entsprechend dem Verbrechenswert als besondere/allgemeine Freiheitsverletzung.¹⁸⁴ Demzufolge fordert die Tatschuldgeltungslehre, die Konkretisierung der Schuldstrafe einzustellen auf die jeweils individuellen Auswirkungen einer Freiheitsstatusminderung und etwaige regionale Häufungen eines Delikts als gesteigerte Rechtsfriedensstörung einzubeziehen. Hierdurch wird die Strafhöhe völlig unbestimmt.¹⁸⁵ Der Schwachpunkt dieser Theorie liegt darin, dass die Wiederherstellung des gestörten Rechtsgleichheitsverhältnisses notwendig mit einer Beeinträchtigung der äußeren, empirischen Freiheit des Täters zusammenhängen soll. Die Notwendigkeit der Wiederherstellung des Anerkennungsverhältnisses kann nur bedeuten, dass es einer Reaktion auf die Verletzung des Rechts bedarf, nicht aber, dass diese Reaktion die Form einer Übelzufügung annehmen muss.¹⁸⁶ Im Zusammenhang mit der Kritik an präventiven Straftheorien erlegt gleichzeitig aber die Tatschuldvergeltung dem Täter die Pflicht auf, durch Erduldung einer Freiheitseinbuße eine positive Leistung zur Wiederherstellung der Rechtsgleichheit zu erbringen.¹⁸⁷ Er wird hierdurch gezwungen, den Schluß zum Gleichheitsverhältnis nachzuvollziehen. Einer Strafzumessungstheorie, die unmittelbar auf eine absolute Straftheorie aufbaut und aus dieser ihre Begründung zieht, kann übrigens schon auf dem Boden der grundsätzlich auf Interdependenz angelegten Gesellschaftsform nicht mehr gefolgt werden, deren Aufgabe sich drastisch unterscheidet von der Vergesellschaftung, die zur Zeit der Entwicklung absoluter Straftheorien jedenfalls noch gut erinnerlich war.¹⁸⁸

6. Positive Generalprävention als Strafzumessungslehre

Wie bei den oben dargelegten Positionen recht deutlich wird, ist der Schuldausgleich heute von ausschließlicher oder doch vorrangiger Bedeutung für die strafzumessungsspezifische Frage, wofür und wieviel der Täter zu bestrafen ist. Bei der Kritik an der die Rechtsprechung dominierenden Vereinigungstheorie, die dem Schuldausgleich in der Strafbegründung be-

¹⁸³ Köhler, AT, S. 578.

¹⁸⁴ Köhler, AT, S. 580.

¹⁸⁵ Albrecht, 1994, S. 47.

¹⁸⁶ Seelmann, a.a.O., S. 74ff.

¹⁸⁷ Wolff, a.a.O., S. 822f.

¹⁸⁸ Albrecht, 1994, S. 37.

stimmenden Einfluß beimißt, steht im Mittelpunkt der Diskussion über Zweck und Rechtfertigung staatlicher Strafe ein neuartiges theoretisches Konzept für den Umgang mit Rechtsbrechern.¹⁸⁹ Die sog. positive Prävention spricht von Normstabilisierung bzw. Einübung in Normanerkennung¹⁹⁰, von einer Aufrechterhaltung der strafrechtlich geschützten Tabus durch eine staatlich gelenkte Verarbeitung von allgemeinen Bestrafungsbedürfnissen¹⁹¹, die als Folge einer Straftat entstehen, oder von einer integrativen Wirkung der Strafe, die Ergebnis einer bewußtseinsbildenden und erzieherischen, das Rechtsvertrauen erhaltenden oder gar stärkenden Einwirkung auf die Allgemeinheit ist.¹⁹² Die immer mehr an Bedeutung gewinnende Theorie der positiven Generalprävention ist heute die dominante Straftheorie¹⁹³, was zur Integration von entsprechenden Ansätzen auch in die Strafzumessungslehre geführt hat.¹⁹⁴

Diese Straftheorie basiert auf der Annahme, dass sich durch die Verhängung von Strafen die Bereitschaft der Allgemeinheit, Normen zu befolgen, positiv beeinflussen läßt. Bei der Normbekräftigung geht es darum, einer durch die einzelne Tat bewirkten Erschütterung des Normvertrauens entgegenzuwirken. Die Bestrafung des Täters trägt demnach den durch die Straftat provozierten Selbststabilisierungsbedürfnissen der Mitbürger Rechnung. Bei positiver Generalprävention geht es darum, Konformitätswünsche auf der Basis von verinnerlichten Wertorientierungen der Mitbürger aufzunehmen, um so der Wahrung bzw. Stärkung von Selbststeuerungsmechanismen zu dienen. Hingegen weist die Abschränkungstheorie der Strafe die Aufgabe eines Rechnungspostens in einer von außen aufgezwungene Kosten-Nutzen-Analyse, also Fremdsteuerung, zu.¹⁹⁵ Ferner steht die positive Generalprävention im Einklang mit rechtssoziologischen Erwägungen zu Norm und Sanktion und hat daher weitere unmittelbar einleuchtende Vor-

¹⁸⁹ Neumann, ZStW 99 (1987), 591; Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 324ff.; Giehing, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung, 1989, S. 85ff.

¹⁹⁰ Jakobs, AT, S. 9f.; Hassemer, a.a.O., S. 326.

¹⁹¹ Streng, ZStW 101 (1989), 287ff.; Hafte, 1976, S. 162ff.

¹⁹² Roxin, FS für Bockelmann, S. 306; Müller-Dietz, FS für Jescheck, S. 813ff.; Moos, FS für Pallin, S. 300ff.

¹⁹³ Zur dieser Einschätzung Bock, ZStW 103 (1991), 636; Dölling, ZStW 102 (1990), 1; Schünemann/von Hirsch/ Jareborg (Herg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 1; Streng, 1991, S. 10.

¹⁹⁴ Frisch, ZStW 99 (1987), 378f.; Hart-Hönig, 1991, S. 125ff.

¹⁹⁵ Vgl. Streng, ZStW 101 (1989), 285ff.; ders, 1991, S. 10.

teile. Es ist unbestritten, dass die Geltung von Normen abhängig ist von ihrer Sichtbarkeit sowie beständiger, kontrafaktischer Bestätigung der Richtigkeit in ihr enthaltener Erwartungen und dass diese Sichtbarkeit und die Aufrechterhaltung der Erwartungen nur dann gewährleistet werden, wenn die Verletzung der Norm sanktioniert wird.¹⁹⁶ Dabei führt die positiv-präventive Straftheorie in unterschiedliche Richtungen, die sich anhand der durch Strafe verfolgten Ziele unterscheiden lassen.¹⁹⁷ Ältere Ansätze stellen auf die sittenbildende Kraft des Strafrechts ab, neuere Modelle auf Normkonformität, wobei sie davon ausgehen, dass Strafen Verhaltensdispositionen mitprägen oder durch Überzeugungsbildung die Akzeptanz der Normen fördern. Eine an tiefenpsychologische Erkenntnisse anknüpfende Variante sieht den Grund für die Bestrafung des Täters in der Unterstützung der Über-Ich-Kontrolle bei Dritten.¹⁹⁸

Auf der anderen Seite kann man aus dieser Theorie jedoch keinen konkretisierbaren Hinweis auf ein bestimmtes Strafmaß entnehmen, weil das Quantum dessen, was zur Normstabilisierung notwendig ist, für den Einzelfall nicht festgestellt werden kann. Letztlich verweist der Gesichtspunkt der positiven Generalprävention im Bereich der Strafzumessung wieder auf das Kriterium der Schuldangemessenheit zurück.¹⁹⁹ Daher hat sie keine ausschlaggebende Bedeutung für die Strafzumessung sowie für die Strafvollstreckung.²⁰⁰ Bei der positiven Generalprävention ist die Verwandtschaft ihrer Strafbegründung mit der von ihr kritisierten Tatschuldvergeltungstheorie interessant,²⁰¹ da sowohl nach der Vergeltungstheorie als auch nach der Theorie der positiven Generalprävention Strafe verhängt wird, um eine Normgeltung zu erreichen. Der Unterschied ist zum einen in der Terminologie zu sehen²⁰², zum anderen in Bezug auf den Täter: Während die positive Generalprävention dem Täter nur unter der Voraussetzung einen

¹⁹⁶ Luhmann, N., Rechtssoziologie, 1983, S. 40ff., 53ff.

¹⁹⁷ Zu den Verhaltensmodellen, auf die die verschiedenen Varianten der Theorie aufbauen, Schumann, in: Schünemann, von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 2ff.; Burmann, GA 1994, 373ff.

¹⁹⁸ Haffke, 1976, S. 87ff.; Streng, ZStW 92 (1980), 637, 642; ders ZStW 101 (1989), 288f.

¹⁹⁹ Jescheck/Weigend, AT, S. 881 Fn. 72. Diese Demonstration der Normgeltung könne sowohl von der schon ernstzunehmenden als auch von der noch nicht übertriebenen Strafe geleistet werden (Jakobs, AT, S. 28).

²⁰⁰ Albrecht, 1994, S. 47.

²⁰¹ Mir Puig, ZStW 102 (1990), 914f.; Albrecht, 1994, S. 25ff., 32ff., 47ff.

²⁰² Bei der Tatschuldvergeltung geht es um Wiederherstellung des Rechtsgleichheitsverhältnisses und bei der positiven Prävention um Normstabilisierung.

Rechtseingriff zumutet, dass er normativ ansprechbar war und die konkret in Aussicht genommene Freiheitsbelastung überhaupt geeignet und erforderlich erscheint, eine Stabilisierung der Norm zu erreichen, ist die Tat-schuldvergeltung zunächst reiner Selbstzweck.²⁰³ Ferner stößt die positive Generalprävention auf schwerere empirische Vorbehalte als die anderen Formen der Prävention.²⁰⁴ Überlegungen, welches Ausmaß an Normvertrauen notwendig ist bzw. wann kritische Werte erreicht sind, dürften das erste Hindernis bei der empirischen Überprüfung von Strafzumessungseffekten sein.²⁰⁵ Die positive Generalprävention kann also entweder nur die Position der zweifelhaft gewordenen, absoluten Vergeltung einnehmen oder aber am fehlenden empirischen Beweis für ihre Wirkungszusammenhänge scheitern. Wie soll man von der zur Einübung in Normanerkennung erforderlichen Strafe zu einem konkreten Strafmaß gelangen?

7. Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung

Die in Deutschland u.a. von Schönemann²⁰⁶ vertretene Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung, die in den USA und in den skandinavischen Ländern zur herrschenden Lehre geworden ist, kritisiert, dass die gegenwärtig beherrschende Spielraumtheorie keinen konkreten Maßstab für die Strafzumessung gebracht habe und behauptet, dass die Spielraumtheorie durch die Tatproportionalitätstheorie ersetzt werden müsse. Für die Begründung einer tatproportionalen Strafzumessungslehre (just deserts) ist der Blick in andere Rechtskreise von Nutzen. Während nach dem anglo-amerikanischen System die Tat und ihre Schwere im Zentrum der Strafzumessungsentscheidung stehen, sind nach kontinental-europäischer Tradition Gesichtspunkte der Schuldsschwere (mit)bestimmend. In den Vereinigten Staaten und den skandinavischen Ländern hat die Praxis der unbedingten Freiheitsstrafe, die sich auf der Grundlage der bloß vermuteten Wirksamkeit des resozialisierenden Strafvollzugs entwickelt hat, in Kriminalpolitik und Strafpraxis Kritik hervorgerufen.²⁰⁷ Das Erstarken der Tatproportionalität in diesen Ländern ist daher gewissermaßen als Pendelausschlag in

²⁰³ Wolff, ZStW 97 (1985), 820ff.

²⁰⁴ Stratenwerth, 1995, S. 12f.

²⁰⁵ Giehring, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung, S. 91; Frisch, in: Schönemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, S. 134.

²⁰⁶ Schönemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 209ff.

²⁰⁷ von Hirsch, ZStW 94 (1982), 1048ff.; Weigend, ZStW 94 (1982), 805ff.; Uphoff, 1998, S. 80ff.; Asworth, ZStW 106 (1994), 607ff.

die andere Richtung zu verstehen, die nun ein möglichst bestimmbares und objektives Zumessungssystem zu erreichen suchte.

Die Lehre von der Tatproportionalität verlangt zum einen, die Verhältnismäßigkeit der Strafen untereinander zum Prinzip der Strafzumessung zu erheben, tritt des weiteren für eine Orientierung des Strafmaßes an der Tat schwere ein und fordert schließlich die Konkretisierung von Schuldbewertungen.²⁰⁸ Schönemann²⁰⁹ hat als Ausgangspunkt eine präventive Erklärung von Strafe und Strafmaß gesetzt, die in der Folge aber für die Konkretisierung der Strafe weiter wirkt. Notwendig ist Strafe also nur dann, wenn sie präventiv begründet werden kann, unter der Bedingung aber, dass sie durch Schuld getragen wird und entsozialisierende Folgen tunlichst abgemildert würden. Als Argument begründet er den Charakter der Strafe: im modernen Präventionsstrafrecht könne primär die integrationspräventive und ergänzend androhungsgeneralpräventive Wirkung des Strafrechts den geforderten Rechtsgüterschutz durch Strafe begründen.²¹⁰ Aus einer umfassend generalpräventiv begründeten Erklärung von Strafe könne jedoch das Ob und das Wie der konkreten Einzelstrafe nicht in Form empirischer Hypothesen abgeleitet werden.²¹¹ Daher muss eine normative Ergänzung in einer prinzipiellen Orientierung des Bestrafungsvorgangs an dem Gleichheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfolgen. Die Fortführung des Leitgedankens der Integrationsprävention münde nun zwangsläufig in eine Tatproportionalitätstheorie, deren zentraler Maßstab die quantifizierte Unwertigkeit der Tat sei.²¹² Als Grundlage der Strafzumessung sei damit die aus der Sicht der Allgemeinheit zu beurteilende Unwertigkeit der Tat entscheidend, d.h. die sich in Art, Ausmaß und Modalität der Rechtsgüterverletzung widerspiegelnde Bedrohlichkeit der Tat.²¹³

Von Hirsch/Jareborg leiten das Prinzip der Tatproportionalität in der Strafzumessung – anders als Schönemann – aus ethischen Prinzipien²¹⁴ oder Gerechtigkeitserwägungen her.

Das Hauptmerkmal dieser Theorie liegt in der Betonung von Gesichtspunkten der Gerechtigkeit vor dem Präventionsgedanken bei der Bemes-

²⁰⁸ V. Hirsch/Jareborg, 1991, S. 8ff.

²⁰⁹ Schönemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, S. 209ff.

²¹⁰ Schönemann, a.a.O., S. 209, 210, 219ff., 223f.

²¹¹ Albrecht, 1994, S. 50f.

²¹² Schönemann, a.a.O., S. 225.

²¹³ Schönemann, a.a.O., S. 226.

²¹⁴ von Hirsch/Jareborg, 1991, S. 11.

sung der Sanktion. Der Strafanspruch solle keine kriminologische Übung in der Maximierung präventiver Wirksamkeit sein, sondern solle statt dessen rechtliche und ethische Auffassungen von Strafe proportional zu der Schwere der Tat widerspiegeln.²¹⁵ Als Argument begründen von Hirsch/Jareborg den Charakter der Strafe: Strafe bestehe in einer Übelzufügung wegen der Begehung einer Straftat. Sie bringe eine Mißbilligung gegenüber dem Täter für seine Tat zum Ausdruck. Die Behandlung des Täters als verantwortlich handelnder Übeltäter sei eine zentrale Eigenschaft von Strafe. Würden Strafen in bezug auf die Strenge nach der Tatschwere gestaffelt, so spiegele die dabei zum Ausdruck gebrachte Mißbilligung den Grad der Verantwortlichkeit der Handlung wider. Würden sie anders angeordnet, so sei dies nicht nur ineffizient, sondern nicht fair. Das Tatproportionalitätsprinzip leite sich von diesem Gesichtspunkt des Tadels und des Unwerturteils ab.²¹⁶

Trotz der unterschiedlichen Ableitung des Tatproportionalitätsprinzips versuchen beide, die für strafzumessungsrelevant erachteten Umstände auf spezielle tatschuldbezogene Merkmale zu verkleinern. Schönemann fordert unter dem Gleichbehandlungsaspekt eine Begrenzung der beachtlichen Strafzumessungsgesichtspunkte und den Ausschluß der irrationalen Aspekte, damit dadurch die präventiv sinnvolle quantifizierte Unwertigkeit der Tat gleich und berechenbar festgesetzt werden kann. Maßgeblich für das Strafzumessungsverhalten sind die vom Täter verschuldeten Bedrohungen des Rechtsfriedens, d.h. die Merkmale, die wegen der präventiven Bedeutung des Strafrechts an die Rechtsgutsverletzung und Bedrohlichkeitsintensität der Tat anknüpfen.²¹⁷ Nach von Hirsch/Jareborg besteht die Schwere von Verbrechen aus zwei Hauptelementen: dem Grad der Schädlichkeit und dem der Vorwerbarkeit des Verhaltens.²¹⁸ Prognostische Faktoren sollen für die Bemessung der Strafhärte nicht herangezogen werden können, da sie in keiner Beziehung zum maßgeblichen Unwerturteil oder zur Schwere des kriminellen Verhaltens stehen.²¹⁹

Beide Vorschläge hätten verschiedene Vorteile. Denn die im wesentlichen dem Resozialisierungsgedanken und der Strafzumessungsschuldidee verbundene Individualisierung der Strafe unter Zuhilfenahme von persönli-

²¹⁵ von Hirsch/Jareborg, 1991, S. 5.

²¹⁶ von Hirsch/Jareborg, 1991, S. 12.

²¹⁷ Schönemann, a.a.O., S. 209, 228, 232.

²¹⁸ von Hirsch/Jareborg, 1991, S. 25.

²¹⁹ von Hirsch/Jareborg, 1991, S. 29ff.

chen und sozialen Merkmalen des Straftäters soll drastisch reduziert werden.²²⁰ H.-J. Albrecht hat darauf verwiesen, dass nur das Strafzumessungsmodell der Tatproportionalitätstheorie dem Gesichtspunkt der Herstellung einer vorhersehbaren und nachvollziehbaren Strafe Geltung verschafft.²²¹ Er geht davon aus, dass in Deutschland die Strafzumessungspraxis unabhängig von den in der Theoriediskussion herrschenden Individualisierungstendenzen bestimmt wird von dem Bemühen um eine weitgehende Komplexitätsreduktion.²²² Er ist der Auffassung, dass die Strafzumessungspraxis auch in Deutschland am ehesten mit der Theorie der Tatproportionalität übereinstimmt; gerade die Einfachheit des Proportionalitätsansatzes trage den Bedürfnissen der Praxis nach einfachen, vorhersehbaren, nachvollziehbaren und diskursfähigen Entscheidungsmodellen für die Strafzumessung Rechnung.²²³

Gegen die Theorie der Tatproportionalität werden aber auch Einwände erhoben. Die nach Schuld- oder Tatproportionalitätskriterien vorgenommene Strafbestimmung ist aus der Sicht von Streng²²⁴ eine notwendigerweise unsichere. Diese unsichere Quantifizierung könne durch präventive Aspekte, die unter Umständen zumindest eine Richtung angeben können, ergänzt werden. Die Festlegung des Strafmaßes bedürfe tatsächlich eines dezisionistischen Aktes. Jedoch gelte dies nicht weniger für die endgültige Strafmaßbestimmung nach einer Tatproportionalitätslehre. Außerdem wird sich eine tatproportionale Strafzumessung von Seiten der herrschenden Lehre dem gleichen Einwand ausgesetzt sehen, der gegen die Stellenwerththeorie erhoben wird, nämlich dass diese nicht mit dem Gesetzeswortlaut²²⁵ vereinbar sei.²²⁶ Unter dem Anspruch einer individualisierten Strafe müsse man sich von einer einseitigen Betonung des Gleichheitsgesichtspunktes

²²⁰ Stratenwerth, 1972, S. 22ff.; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 560; Günther, JZ, 1989, S. 1029.

²²¹ Albrecht, 1994, S. 52ff., 473f.

²²² Albrecht, 1994, S. 497ff.

²²³ Kilchling, in: MschrKrim 2000, 33.

²²⁴ Streng, ZStW 108 (1996), 185.

²²⁵ § 46 Abs. 1 S. 2 dStGB: Die Wirkungen, die von der Strafe für das zukünftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.

²²⁶ Lackner, 1978, S. 18ff.; Bruns, FS für Dreher, S. 263; Roxin, FS für Bruns, S. 187; Schreiber, NSTZ 1981, 339; Günther, JZ 1989, 1027; Schäfer, 1995, Rn. 344; Müller-Dietz, FS für Spindel, S. 418; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 5; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 16.

entfernen.²²⁷ Die Spannung zwischen Individualisierung und Gleichmäßigkeit der Strafe sei erträglicher als andere Formen der Ungleichheit in der Strafzumessung, die sich aus regionalen oder religiösen Gründen ergibt. Nach Kaiser ist es nicht erkennbar, wie eine auf Generalprävention, Gleichheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gestützte Tatproportionalitätstheorie sowohl Sanktionsauswahl als auch Strafbemessung subjektiv eindeutig und gleichmäßig bestimmen kann.²²⁸

IV. Zusammenfassung

Soweit es um die grundlegende Frage geht, welche Strafzumessungstheorie die Basis der strafzumessungsdogmatischen Erwägungen bilden soll, so ist auch hier noch keine befriedigende Antwort gegeben worden. Während sich früher großer Optimismus mit der Resozialisierungsidee verband, hat dieser vor dem Hintergrund der empirisch nachgewiesenen Schwierigkeiten der Resozialisierung durch den üblichen Strafvollzug einer Ernüchterung Platz gemacht. Unter diesem Verfall der Bedeutung der präventiven Straftheorien leidet vor allem die Begründung der Strafmaß- und Strafartdifferenzierung.²²⁹ Allerdings ist auch die Schuldstrafe in die Krise geraten. In dem Zugeständnis, dass man Schuldquanten nicht einfach in Strafquanten umrechnen kann, dass Schuld nicht leicht gewogen werden könne, dass nur „Wegweiser“, jedoch keine Maßstäbe zur Verfügung gestellt werden können oder dass Schuld ein schwer destillierbares Produkt sei, ist die Orientierung an der Strafzumessungsschuld ein unverbindlicher Programmsatz. Offene Ermessens- oder Beurteilungsspielräume, Vertretbarkeits- oder Toleranzräume sollten akzeptiert werden.²³⁰

Die gegenwärtige Diskussion der Strafzumessungstheorien wird dabei im wesentlichen durch zwei Leitgedanken geprägt. Zunächst wird davon ausgegangen, dass die Schuldverankerung der Strafe als Ausdruck der Verantwortlichkeit des Täters für seinen Normbruch in das Zentrum der Strafzumessung gestellt wird und diese Schuldvergeltung der Ergänzung zweckleiteter Überlegungen bedarf. In diesem Fall ist die Gerechtigkeit gegenüber der Zweckmäßigkeit vorrangig. Der andere betont hingegen die präventive Zwecksetzung des strafrechtlichen Eingriffs, sieht aber die

²²⁷ Horstkotte, H., in: Jehle (Hrsg.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, S. 171.

²²⁸ Kaiser, Kriminologie, S. 947.

²²⁹ Albrecht, 1994, S. 3.

²³⁰ Albrecht, 1994, S. 53.

Notwendigkeit der Limitierung zweckmäßiger Strafe durch ein hiervon losgelöstes Gerechtigkeitskriterium. Die erste Meinung ist die herrschende Meinung in Deutschland, die häufig mit der Formel „Prävention im Rahmen des Schuldausgleichs“ ausgedrückt wird. Aber sie bleibt offen und vermag keine wirksamen Anweisungen zu geben. Das relative Gewicht von Schuldstrafe und Präventionsstrafe, in anderen Worten, die Weite des Schuldrahmens, ist nicht geklärt.²³¹ Daher beschränkt sie sich im wesentlichen darauf, die Grenzen der Kontrolle der Strafmaßentscheidung festzulegen. Die zweite Meinung, die Theorie der positiven Generalprävention, ist im Hinblick auf ihre empirische Validierung mit Schwierigkeiten behaftet. Welche Strafen sind geeignet und erforderlich, um ein bestimmtes Rechtsbewußtsein zu schaffen oder zu stabilisieren? Wenn sich strafzumessungsrelevante Kriterien und Strafkongretisierung aus der Strafzumessungstheorie ableiten lassen, und man versucht, diesen Schritt aus der positiven Prävention zu tun, so wird schnell klar, dass man sich auf schwankendem Grund bewegt: Wie soll man von der zur Einübung in Normanerkennung erforderlichen Strafe zu einem konkreten Strafmaß gelangen?²³²

Die Möglichkeit einer Zuordnung von Schuld und Strafe kann nicht zweifelhaft sein. Schuld und Strafe können in Beziehung gesetzt und damit Strafe durch Schuld gemessen und quantifiziert werden. In gewissem Sinne aber könnte man auch im Umkehrschluss daran denken, dass es – wenn das System in sich stimmig wäre – möglich sein müsste, vom Strafquantum auf die Schuld zu schließen. Aber es ist sehr schwierig, klare Meßmethoden bei der Quantifizierung der Schuld zu finden. Ein Bewertungsmaßstab für die Schuldquantifizierung wird sich mit Hilfe des Vergleichens entwickeln lassen. Es handelt sich um „Vergleichsprozesse“, die die Strafmaßbestimmung steuern.²³³ Dafür muss die Strafzumessungsschuld an eine konkrete Tatbezogenheit – im Sinne von Handlungs- und Erfolgswert – gebunden sein und eine andere Meßeinheit für ihren Umfang erreichen, denn die Gewinnung von Vergleichsmaßstäben komparativer Strafzumessung hat sich auf das verschuldete, quantifizierbare Unrecht zu konzentrieren.²³⁴ Vergleichbarkeit wird allein durch eine Reduktion von unwägbaren Merkma-

²³¹ Lackner, FS für Gallas, S. 119f.; Köhler, 1983, S. 23; Horstkotte, in: Jehle (Hrsg.), Individualprävention und Strafzumessung, S. 153; von Hirsch/Jareborg, 1991, S. 3.

²³² Frisch, in: Schönemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, S. 134; Hömle, 1999, S. 91.

²³³ Albrecht, 1994, S. 498.

²³⁴ Albrecht, 1994, S. 116.

len der Person auf intersubjektiv darstellbare Faktoren möglich sein. Der Vergleich erfordert eine Vereinfachung und Reduktion des Strafzumessungssachverhaltes.²³⁵ Eine Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung begrenzt und erklärt die in die Strafmaßdifferenzierung einzubeziehenden Merkmalsbereiche.²³⁶ Das Konzept der komparativen Strafzumessung bedarf der Ausrichtung an einer Tatproportionalitätstheorie und erfordert die Anwendung eines Systems von Strafzumessungsrichtlinien.²³⁷

²³⁵ Schünemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), *Neue Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, S. 209, 226.

²³⁶ Albrecht, 1994, S. 473.

²³⁷ Uphoff, 1998, S. 259.

Zweiter Teil: Strafzumessung im deutschen und koreanischen Recht

A. Deutschland

I. Ermittlung und Bewertung der Strafzumessungstatsachen

1. Festlegung der Strafzumessungsfaktoren

Die Strafzumessung steht zunächst vor der Aufgabe, alle im konkreten Fall einschlägigen Schuld Faktoren und Präventionsfaktoren festzustellen. Denn die tatsächliche Grundlage für die Strafzumessung folgt aus der Gesamtheit der relevanten Strafzumessungstatsachen.¹ Diese ergeben sich im allgemeinen aus Tatkomponente und Täterkomponente. Die Strafzumessungsrelevanz bestimmter Tatsachen wird nach h.M. nicht nur von den konkreten Umständen des eigentlichen Tatgeschehens bestimmt, sondern auch von den Strafzwecken gesteuert, die sich an Schuld, Unrecht oder Prävention orientieren, denn ohne derartige Beziehung läßt sich ihre Relevanz gar nicht beurteilen und insbesondere nicht entscheiden, ob und wie sie die Höhe der Strafe mitbestimmen.² Je nach den unterschiedlichen Strafzwecken haben die Strafzumessungstatsachen bei der Strafmaßentscheidung eine andere Bedeutung.³

Im Schrifttum⁴ wurde eine besondere Gruppe von sogenannten sachfremden oder unzulässigen Strafzumessungsgründen entwickelt, die aus dem Kreis der legitimen Strafzumessungsfaktoren ausscheiden, weil sie zur Strafhöhe keine Beziehung haben. Auch in vielen gerichtlichen Entscheidungen⁵ kann man diese irrelevanten Strafzumessungsgründe, die mit der abgeurteilten Tat und mit dem Täter nicht in sachgerechte Verbindung gebracht werden können, finden. Was die irrelevanten Strafzumessungsgründe miteinander verbindet, sind lediglich ihre Unbrauchbarkeit und ihre Fehlerhaftigkeit. Diese können auf ganz verschiedenen Gründen beruhen und

¹ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 601.

² Bruns, 1985, S. 129.

³ So wirkt z.B. eine mangelhafte Erziehung des Täters im Schuldbereich in der Regel schuldmindernd, während sie im Präventionsbereich ein verstärktes Resozialisierungsbedürfnis anzeigen kann.

⁴ Lackner/Kühl, § 46 Rn. 32; Jagusch, 1956, S. 12ff.; Bruns, 1974, S. 359.

⁵ Vgl. die Nachweise bei Bruns, 1985, S. 129ff.

auf allen Ebenen der Strafzumessung vorkommen. Das reicht aber nicht aus, um über die Verneinung ihrer Strafzumessungsrelevanz hinaus daraus eine spezifische Kategorie von unzulässigen Strafzumessungsgründen zu bilden.⁶ Damit stellt sich das Problem der Umgrenzung des Strafzumessungssachverhalts. Dieses Problem beschäftigt die Strafzumessungswissenschaft seit langem und hat zu unterschiedlichen Lösungsansätzen geführt. Zumeist wird mit einem eigenen erweiterten Tatbegriff für die Strafzumessung gearbeitet.⁷ Im folgenden werde ich die Argumentationen über die Bestimmung des Tatbegriffs in der Strafzumessungslehre kurz untersuchen, bevor der ausführliche Inhalt des Tatbegriffs in der Strafzumessung in bezug auf das Vor- und Nachtatverhalten des Täters erörtert wird. Diejenigen Wissenschaftler, die die Idee der einen Schuld im Strafrecht befürworten oder der Meinung sind, dass die Rechtsanwendungsbegriffe der Schuld nicht voneinander getrennt werden können, sind der Ansicht, dass die Gesamtheit der realen Strafzumessungsgründe den gesetzlichen Tatbestand in materieller Deckungsgleichheit überlagert.⁸ Müller-Dietz gelangt daher zu der Auffassung, dass es durchaus zulässig sei, außertatbestandliche Elemente in der Strafzumessung zu berücksichtigen, solange die Zurechnung tatbestandbezogen ist.⁹ Andere Wissenschaftler anerkennen in weiten Teilen materielle Unterschiede zwischen der Tat im Sinne der Verbrechenlehre und der Strafzumessungstat, ohne allerdings die Idee von der einen Schuld zu verabschieden.¹⁰ Bruns zieht den Kreis der verwertbaren realen Strafzumessungsgründe in seiner Indiztheorie beträchtlich weiter.¹¹ Allerdings werde nicht die Tat, sondern der Strafzumessungssachverhalt ausgedehnt, weshalb das Vor- und Nachtatverhalten keine direkte, selbständige Strafzumessungsrelevanz habe, sondern lediglich als positives oder negatives Indiz für die Schuld und Gefährlichkeit des Täters berücksichtigt werden dürfe.¹²

Für die Feststellung der Strafzumessungstatsachen gelten grundsätzlich dieselben Regeln wie für die Bestimmung der den Schuldspruch tragenden

⁶ Bruns, 1985, S. 130.

⁷ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 601.

⁸ Vgl. die Nachweise bei Hauser, 1985, S. 55ff.

⁹ Müller-Dietz, 1967, S. 81.

¹⁰ Vgl. Achenbach, 1974, S. 10ff., der die Einwände gegen die Unterscheidung von Strafmaßschuld und Strafbegründungsschuld zusammenfaßt.

¹¹ Bruns, 1974, S. 567ff., 575.

¹² Bruns, 1985, S. 221.

Tatsachen.¹³ Zu Lasten des Angeklagten dürfen nur erwiesene Tatsachen berücksichtigt werden, die strafscharfende Verwertung bloßer Vermutungen des Gerichts, die sich auf belastende Umstände beziehen, widerspricht dem Grundsatz, dass im Zweifel für den Angeklagten zu entscheiden ist.¹⁴ Diese Gleichbehandlung gewährleistet die beweisrechtliche Absicherung der Straffrage und des Strafzumessungsmaterials. Sie würde durch die Einführung des sog. Schuld- und Tatinterlokuts¹⁵, d.h. die Trennung des Verfahrens in zwei selbständige Verfahrensabschnitte, weiterentwickelt, weil dadurch die Gleichwertigkeit der Straffrage als zweiter Teil des prozessualen Sachthemas unterstrichen würde.¹⁶ Allerdings müssen dem Strafzumessungssachverhalt enge Grenzen gesetzt werden. Je mehr Gesichtspunkte in die Strafzumessung einfließen, desto umfangreicher wird der Strafzumessungssachverhalt. In diesem Zusammenhang ist eine Verringerung der Strafzumessungsfaktoren, insbesondere solcher, bei denen die Täterpersönlichkeit im Vordergrund steht, geboten.¹⁷ Anders als die in der Theoriediskussion herrschenden Tendenzen zur individualisierenden Anpassung an die Persönlichkeit des Täters ist die trichterliche Praxis durch das Bemühen um eine Vereinfachung gekennzeichnet. Dabei stehen Schadenshöhe und eventuelle Vorstrafen im Vordergrund.¹⁸ So können z.B. beim Einbruchsdiebstahl unterschiedliche Strafmaße mit wenigen Faktoren wie der Anzahl der Taten, der Schadenshöhe und der Vorstrafenbelastung zu einem relativ hohen Anteil erklärt werden.¹⁹ Selbst bei schwereren Straftaten wie Raub- und Vergewaltigungsdelikten ist eine dominante Rolle von Tatschwere und Vorstrafenbelastung erkennbar.²⁰

2. Bewertung der Strafzumessungstatsachen

Die Frage nach der Bewertungsrichtung einer Strafzumessungstatsache bestimmt, ob der betreffende Faktor die Strafe erhöht oder verringert. Dabei geht es um die Unterscheidung und Abgrenzung der für oder gegen den

¹³ BGH NStZ 1987, 505; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 602

¹⁴ BGH StV 1983, 456; 1987, 20; NStZ, 1991, 182; Bruns, 1985, S. 286ff.

¹⁵ Kaiser, Kriminologie, S. 949; Schöch, Strafzumessung, in: KKW, S. 528.

¹⁶ Wolter GA, 1980, 87ff.

¹⁷ Schünemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neue Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 226; Albrecht, 1994, S. 114ff.

¹⁸ Albrecht, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschung, 1983, S. 1317ff.; ders 1994, S. 333f.; Hart-Hönig, 1992, S. 80ff.

¹⁹ Albrecht, 1994, S. 333ff.

²⁰ Albrecht, 1994, S. 338ff.

Täter sprechenden Umständen und ihre strafmildernden oder strafschärfenden Auswirkungen. So spricht auch der Große Senat des Bundesgerichtshofes davon, Aufgabe des Strafrichters sei es, „die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und hierbei gegeneinander abzuwägen“.²¹ Diese Abwägung verlangt, die Strafzumessungstatsachen in doppelter Hinsicht zu bewerten. Der Tatrichter hat zunächst die Bewertungsrichtung festzustellen und dann zu prüfen, mit welchem Gewicht er den Umstand in die Abwägung einbezieht.²² Sie kann zu einer gegenseitigen Kompensation führen, so dass auch bei Vorliegen von Umständen, die die Tat zu einem schweren Delikt machen würden, dennoch die Regelstrafe angemessen erscheint, weil diese Umstände durch mildernde Umstände aufgewogen werden.²³ Der Gesetzgeber hat lediglich in § 46 Abs. 2 S. 2 dStGB die wichtigsten Strafzumessungstatsachen beispielhaft aufgeführt, ohne dabei ihre Bewertungsrichtung festzulegen.²⁴ Daher ist die erforderliche Bewertung der Strafzumessungstatsachen nur möglich anhand eines Maßstabs. Bei der Bewertung der einzelnen festgestellten Strafzumessungstatsachen muss der Tatrichter die gesetzlichen, höchstrichterlichen oder sonst anerkannten Bewertungsgrundsätze beachten.²⁵

Ein und dieselbe Strafzumessungstatsache darf nicht zugleich strafmildernd und strafschärfend berücksichtigt werden.²⁶ Dieser von der Rechtsprechung anerkannte Bewertungsgrundsatz ist grundsätzlich richtig. Aber seine Anwendung kann im Einzelfall nicht immer überzeugen. Die richtige Bewertung dieser Strafzumessungsfaktoren verlangt große Sorgfalt und Genauigkeit bei der Auswahl und Beurteilung des Strafzumessungsmaterials. Für die Abwägung ist als wichtigster Grundsatz zu beachten, dass nur jeweils Schuld Faktoren untereinander und Präventionsfaktoren untereinander abgewogen werden dürfen, weil Schuld Faktoren und Präventionsfaktoren jeweils nach ganz unterschiedlichen Gesichtspunkten gewonnen werden und auch in ihrer Bewertungsrichtung nicht übereinstimmen müssen.²⁷

²¹ BGH-GS StV 1987, 337.

²² Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 6; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 32; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 57.

²³ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 6.

²⁴ § 46 Abs. 2 S. 1 schreibt wie folgt vor: der Tatrichter hat die Umstände abzuwägen, die für und gegen den Täter sprechen.

²⁵ BGH NSiZ 1987, 405.

²⁶ BHG StV 1986, 101; 1987, 62; NSiZ 1987, 405, 406.

²⁷ Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., S. 604.

Die Rechtsprechung hat immer wieder als Grundsatz hervorgehoben, es sei unzulässig, das Fehlen von Strafmilderungsgründen strafscharfend zu berücksichtigen und umgekehrt das Fehlen von Strafschärfungsgründen strafmildernd.²⁸ Auch das Doppelverwertungsverbot gehört zu den allgemeinen Bewertungsgrundsätzen. Es ist in Rechtsprechung und Schrifttum schon seit langem anerkannt. Da der Tatbestand bereits einen allgemeinen Strafzumessungsgrund darstellt, darf der Richter diese Umstände nicht nochmals bei der Strafzumessung verwerten. Die verfassungsrechtliche Ausrichtung der Bewertung von Strafzumessungsstatsachen ist auch ein wichtiger Bewertungsgrundsatz. Die Fixierung der richtigen Strafe ist nicht nur eine Frage der Rechtsstaatlichkeit, sondern auch der auf dem Verhältnismäßigkeitsprinzip basierenden Gerechtigkeit, deren Justitiabilität überall auf besondere Schwierigkeiten stößt.²⁹

Strafzumessungsstatsachen sind nicht nur in ihrer Bewertungsrichtung festzustellen. Sie sind darüber hinaus auch mit Strafzielen oder Strafzwecken zu verknüpfen.³⁰ Der Entscheid über die Bewertungsrichtung hängt eng mit der Frage nach der Strafzumessungsrelevanz des Faktors und diese wiederum mit den Strafzielen und Strafzwecken zusammen. Erst wenn feststeht, welchem Zweck eine Veränderung des Strafmaßes dienen soll, können diejenigen Sachverhaltsausschnitte bestimmt werden, welche strafzumessungserheblich sein sollen. Schwierigkeiten tauchen allenfalls dort auf, wo ein und derselbe Strafzumessungsfaktor im Lichte unterschiedlicher Strafzwecke das Strafmaß einmal erhöht und einmal verringert. Dies ist eine Folge der Antinomie der Strafzwecke in der Strafzumessung³¹, und sie erfordert eine Vereinfachung und Reduktion des Strafzumessungssachverhalts. Die herrschende Meinung stellt tat- und täterbezogene Merkmale nebeneinander und geht von einer Gesamtbewertung aller Strafzumessungsumstände aus.³² Die Gesamtbetrachtung wird zwar durch die Richtlinien des § 46 Abs. 2 dStGB strukturiert, aber endet im wesentlichen im richterlichen Ermessen.³³ Nach dieser Vorgehensweise soll eine Vielzahl von Tatsachen, die Täterpersönlichkeit und Tat beschreiben, in einem Schritt ge-

²⁸ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 67.

²⁹ Bruns, 1985, S. 8.

³⁰ Albrecht, 1994, S. 414ff.

³¹ Bruns, 1985, S. 129.

³² Bruns, 1985, S. 256ff.; Schäfer, 1995, Rn. 368f.; Tröndle, § 46 Rn. 7; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 6; BGHSt. 16, 351, 353; 24, 268, 269; StV 1988, 249.

³³ Albrecht, 1994, S. 91.

gineinander abgewogen werden. Bei einer realistischen Einschätzung der Grenzen menschlicher Informationsverarbeitung ist die sog. Gesamtbeurteilung, die zahlreiche Umstände in einem Urteil zusammenfassen kann, keine gültige Vorgehensweise.³⁴ Auch dies erfordert, wie beim Fall des Antinomieproblems, eine Begrenzung der verwertbaren Strafzumessungstatsachen auf intersubjektiv darstellbare Faktoren.³⁵ Der Begrifflichkeit der Strafzumessung, wie sie in „Strafschärfung“, „Strafmilderung“, „zugunsten“, „zuungunsten“, „für und gegen“ enthalten ist, entfaltet Sinn und Wirksamkeit nur dann, wenn sie auf Vergleichbares bezogen werden kann.³⁶ Die Begrenzung der verwertbaren Strafzumessungstatsachen auf intersubjektiv darstellbare Faktoren kann die Bewertungsrichtungsprobleme erleichtern und die Vergleichbarkeit von Strafzumessungsfällen verbessern.

3. Doppelverwertungsverbot

Das in § 46 Abs. 3 dStGB aufgestellte Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen bedeutet, dass die Merkmale des Tatbestandes, die schon bei der Bestimmung des gesetzlichen Strafrahmens als maßgeblich verwertet worden sind und sich somit bereits in der konkreten Strafe auswirken, nicht nochmals bei der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfen.³⁷ Auch in Korea ist das Doppelverwertungsverbot in der Strafrechtswissenschaft und in der Praxis als ein Prinzip für rationale Strafzumessung allgemein anerkannt³⁸, jedoch ohne ausdrückliche Manifestation im koreanischen Strafgesetzbuch.

Bei der Aufstellung der Straftatbestände hat der Gesetzgeber mit Hilfe abstrakter Merkmale ganze Gattungen verbotener Verhaltensweisen beschrieben und der jeweiligen Gattung einen Strafrahmen zugeordnet. Die vom Gesetzgeber festgelegten abstrakten Merkmale haben eine strafbarkeitsbegründende Funktion, daher spricht man von „antizipierten Strafzumessungsgründen“.³⁹ Der Richter hat diese Wertung als generelle Vorgabe

³⁴ Hörmle, 1999, S. 147.

³⁵ Schünemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neue Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 209, 226.

³⁶ Albrecht, 1994, S. 104.

³⁷ Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 37; Horn, SK, § 46 Rn. 149f.; Hettinger, 1982; Timpe, 1983;

Jescheck/Weigend, AT, 90If.; Bruns, 1985, S. 132ff.

³⁸ J.S. Lee, AT, S. 554; I.S. Kim, AT 2, S. 695; S.K. Park, AT, S. 510.

³⁹ Schall/Schirmacher, Jura, 1992, S. 625.

des Gesetzgebers gleich in mehrfacher Hinsicht zu berücksichtigen. Zum einen darf er sie nicht beiseiteschieben oder aus bewußter Opposition unterlaufen.⁴⁰ Zum anderen kann er sie nicht für seine eigene, also die konkrete Strafzumessung in Anspruch nehmen.⁴¹ Das in dieser Bestimmung verankerte Doppelverwertungsverbot hat entscheidenden Anteil an der Entwicklung einer rationalen Strafzumessungslehre und insbesondere der revisionsgerichtlichen Überprüfung des Strafmaßes. Es hat seine wichtigste Grundlage in der Notwendigkeit individueller Tatschuldwertung. Die Funktion des Doppelverwertungsverbots betrifft damit hauptsächlich das Verhältnis zwischen Strafrahen und Schuldrahmen.⁴² Die Begründung für das Doppelverwertungsverbot ergibt sich aus dem arbeitsteiligen Zusammenwirken und der Aufteilung der Verantwortung für die richtige Strafe zwischen Gesetzgeber und Richter.⁴³

Als schwierig hat es sich jedoch erwiesen festzustellen, welche Umstände den Mindeststandard der Tatbestandsverwirklichung ausmachen und daher bei der Strafzumessung nicht mehr gesondert berücksichtigt werden dürfen.⁴⁴ Das Doppelverwertungsverbot gilt über den Wortlaut hinaus nicht nur für Tatbestandsmerkmale, sondern auch für sonstige strafrahmenbestimmende Umstände und für den kriminalpolitischen Grundgedanken, der zu dem jeweiligen Straftatbestand zum Schutz eines bestimmten Rechtsguts führte.⁴⁵ Daraus folgt aber zugleich, dass das Doppelverwertungsverbot es nicht verbietet, Abstufungen nach der individuellen Tatschuld im Bereich des Erfolgsunwerts und Handlungsunwerts bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.⁴⁶

Das Tatbestandsmerkmal der Tötung eines Menschen bei einer fahrlässigen Tötung oder einem Totschlag kann nicht strafschärfend wirken, da der Schutz des Rechtsguts „Leben“ bereits für die Strafrahen des § 222 oder des § 212 bestimmend war. Es sollte nach dem oben Gesagten selbstverständlich sein, dass das tatbestandsmäßige Verhalten als solches kein tauglicher Strafzumessungsgrund sein kann. Aus denselben Gründen unterlie-

⁴⁰ Bruns, 1985, S. 133.

⁴¹ Schall/Schirmmacher, Jura 1992, S. 626.

⁴² Zipf, 1977, S. 40.

⁴³ Bergmann, 1988, S. 23; Horn, SK, § 46 Rn. 159; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 576.

⁴⁴ Grasnack, JZ 1991, 933; Hettinger, GA 1993, 1.

⁴⁵ Schall/Schirmmacher, Jura 1992, 626; Schäfer, 1995, S. 137.

⁴⁶ Hettinger, GA 1993, 1; Schall/Schirmmacher, Jura 1992, S. 626; Neumann, StV 1991, 256; Schäfer, 1995, Rn. 301,

gen auch solche Wertungen dem Doppelverwertungsverbot, die im Grunde nur das tatbestandsmässige Verhalten oder den tatbestandsmässigen Erfolg umschreiben. Daher ist es bspw. unzulässig, dem Täter vorzuwerfen, er habe bei einem Tötungsdelikt einem anderen das Leben genommen oder mit unbedingtem Vernichtungswillen dem Opfer keine Chance zum Überleben gelassen.⁴⁷ Dies alles schließt nicht aus, quantitative oder qualitative Abstufungen bei der Tatbestandsverwirklichung vorzunehmen oder Verhaltensweisen, die über die Vollendung des Tatbestands hinausgehen, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Berücksichtigt werden darf und muss deshalb z.B. die Tötung oder Verletzung mehrerer Menschen bei den Tötungsdelikten durch eine Handlung, die Art und Weise der Tötung und das Maß der Körperverletzung bei den Körperverletzungsdelikten.⁴⁸

Auch der kriminalpolitische Grundgedanke, auf dem der Tatbestand basiert, unterliegt ebenfalls dem Doppelverwertungsverbot und darf deshalb bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden.⁴⁹ Trotzdem erscheint es sachgerecht, dass sich der Richter der Grundgedanken der verletzten Norm bewußt ist und dass die öffentliche Sicherheit eine nachhaltige Bestrafung von Gewaltverbrechern verlangt.⁵⁰ Daher hatte schon Zipf darauf hingewiesen, dass die Erweiterung auf die Hintergründe der Strafnormierung in der Praxis auf unvermeidliche Schwierigkeiten stoßen müsse und heute den neuralgischen Punkt der ganzen Lehre darstelle.⁵¹ Insbesondere ist die Erwägung unzulässig, dass das jeweilige Rechtsgut besonderen Schutzes bedürfe, z.B. die sexuelle Selbstbestimmung bei den Sexualdelikten, die Entwicklungsschäden beim sexuellen Mißbrauch von Kindern, die Gesundheit anderer bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln und die Funktionsfähigkeit des Geldverkehrs bei Geldfälschung.⁵² Grundsätzlich wie Tatbestandsmerkmale sind diejenigen Umstände zu behandeln, die den Strafraum bestimmen, weil der Gesetzgeber mit der tatbestandsähnlichen Umschreibung von besonders schweren und minder schweren Fällen durch Beispiele und Regelbeispiele dem Richter wenigstens einen Anhaltspunkt dafür gegeben hat, wann der Ausnahmenstrafrah-

⁴⁷ BGH bei Theune NStZ 1987, S. 163.

⁴⁸ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 577; NStZ 1991, 33.

⁴⁹ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 577f.

⁵⁰ Bruns, 1974, S. 371ff.

⁵¹ Zipf, 1969, S. 98; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 576f.

⁵² BGH StV 1987, 146.

men anwendbar sein soll.⁵³ Das Problem des Doppelverwertungsverbots bei den nicht umschriebenen besonders schweren Fällen und minder schweren Fällen stellt sich in ähnlicher Weise wie bei den Regelbeispielen, weil bei der Subsumtion der konkreten Tat unter die Strafrahen alle strafzumessungserheblichen Umstände erneut untereinander abzuwägen sind.⁵⁴ Das Doppelverwertungsverbot gilt darüber hinaus für die vertypten Milderungsgründe, die zwingend oder fakultativ zu einer Strafrahenverschiebung nach § 49 dStGB führen.⁵⁵

Es ist allerdings zulässig, bei der Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung dieselben Umstände zu verwerten, die für die Strafzumessung maßgeblich sind. Die besondere Schuld des Täters oder die besonders strafwürdigen Tatumstände können daher zur Strafschärfung und zur Versagung der Strafaussetzung führen.⁵⁶ Das Doppelverwertungsverbot gilt nicht im Verhältnis zwischen Schuldwertung und Prävention. Bei den häufigen doppelrelevanten Strafzumessungstatsachen, die sowohl für die Schuldwertung als auch für die Präventionsentscheidung von Einfluß sind, findet eine Auswertung unter beiden Gesichtspunkten statt, ohne dass das Doppelverwertungsverbot entgegensteht.⁵⁷

Wesentlich ungeklärter ist das Verhältnis der Bildung des Einzelstrafmaßes zur Gesamtstrafenbildung.⁵⁸ Dabei wird vorgetragen, das Verbot der Doppelverwertung werde im Akt der Gesamtstrafenbildung nicht berührt, da zwar auf äußerlich dieselben Merkmale und Erwägungen zurückgegriffen werde, die auch für die Festsetzung der Einzelstrafen eine Rolle spielten, aber diese unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten ausgewertet würden.⁵⁹ Dieses Argument ist natürlich insoweit unzutreffend, als die rechtliche Perspektive im Falle der Gesamtstrafenbildung dieselbe sein muss wie diejenige der Einzelstrafenfestsetzung. Denn auch die Gesamtstrafenbildung hat eben die Strafzwecke und Strafziele anzustreben, die bei den Einzelstrafen bereits berücksichtigt werden mußten.⁶⁰

⁵³ Fahl, 1996, S. 48.

⁵⁴ Schäfer, 1995, S. 140.

⁵⁵ Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 38a; Schäfer, 1995, Rn. 305d.

⁵⁶ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 50.

⁵⁷ Zipf, 1977, S. 43.

⁵⁸ In der deutschen kriminalpolitischen Diskussion wird über die Abschaffung der Gesamtstrafe und ihre Ersetzung durch die Einheitsstrafe gesprochen.

⁵⁹ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 579; Bruns, 1985, S. 140, 187ff.

⁶⁰ Albrecht, 1994, S. 388.

Ob und in welchem Umfang die regelmäßigen oder typischen Begleitumstände und Tatfolgen vom Doppelverwertungsverbot erfaßt sind, ist umstritten.⁶¹ Fehlerhaft ist nach der h.M. die Verwertung von Umständen, die für die Durchführung der Tat typisch sind und diese nicht über den Tatbestand hinaus besonders kennzeichnen oder die regelmäßige Begleitumstände eines Delikts sind, z.B. beim Betrug die Ausnutzung der Gutgläubigkeit und Unerfahrenheit des Opfers, bei Vergewaltigung die Erniedrigung des Opfers zum Sexualobjekt oder die Gefahr der Schwängerung.⁶² Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat auch in der Tat lange Zeit in solchen Fällen das Doppelverwertungsverbot angewendet. Inzwischen hat BGH 37, 153 in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung bei einer Vergewaltigung (ungeschützter Geschlechtsverkehr) entschieden, dem Doppelverwertungsverbot unterlägen nur die Umstände, die Voraussetzung der Vollen- dung des Tatbestands seien, wenn es auch Anzeichen gibt, dass die anderen Senate ihre Argumentation nicht grundsätzlich umstellen.

Vom Standpunkt der Arbeitsteilung von Gesetzgeber und Richter her hätte im Urteil Stellung zu der drängenden Frage bezogen werden müssen, wieviel der Gesetzgeber wirklich vom Regeltatbild schon vorweggenom- men hat. Neumann warnt vor dieser subjektivierenden, auf mutmaßliche Vorstellungen des Gesetzgebers bezogenen Argumentation.⁶³

Es ist jedoch keineswegs so, dass das Doppelverwertungsverbot auf Tat- bestandsmerkmale beschränkt bleiben sollte; dafür besteht kein Anlaß. Man kann es auch auf Regelbeispielmerkmale erstrecken, wenn sie ausnahmslos für sämtliche Tatbestandsverwirklichungen gleichermaßen zutreffende Er- wägungen darstellen. Nur dann stimmt, dass der betreffende Umstand auf alle Stellen des Strafrahmens, auf das Strafminimum, das Maximum und alle dazwischen liegenden Strafgrößen unterschiedslos in gleicher Weise zutrifft.⁶⁴

II. Bedeutung von Schuld in der Strafzumessung

§ 46 Abs. 1 S. 1 dStGB („Die Schuld des Täters ist die Grundlage für die Strafzumessung“) muss Ausgangspunkt für jede strafzumessungsrechtliche

⁶¹ Hettinger, GA 1993, 10ff.; Schäfer, 1995, Rn. 307aff.; Fahl, 1996, S. 68ff.; Schall/Schirrmacher, Jura 1992, 626; Neumann, StV 1991, 258.

⁶² Tröndle/Fischer, § 46, Rn. 37; Lackner/Kühl, § 46, Rn. 45; Hirsch, LK § 46 Rn. 100; Streng, 1991, S. 206; Schönke/Schröder/Stree, § 46, Rn. 45a.

⁶³ Neumann, StV 1991, 257.

⁶⁴ Fahl, 1996, S. 92ff.

Entscheidung sein. Aber mit der Feststellung, die Schuld sei zentraler Strafzumessungsgesichtspunkt, ist bereits die erste große Hürde auf dem Weg zur Erkenntnis des richtigen Strafmaßes aufgestellt, die es zu überwinden gilt, bevor irgendeine Aussage zur Höhe der Strafe erfolgen kann. Denn wenn die Schuld des Täters für die Bestimmung der Strafhöhe zentral ist, bleibt die Notwendigkeit der inhaltlichen Ausfüllung des Begriffs der strafzumessungsrelevanten Schuld.⁶⁵ Mit der inhaltlichen Konkretisierung könnte man intersubjektiv nachvollziehbare Strafzumessungsentscheidungen erzielen. Bei einer Sichtung der Definitionen von Strafzumessungsschuld kann jedoch von einer gesicherten Begriffsbedeutung keine Rede sein, es handelt sich vielmehr um einen der umstrittensten und am wenigsten geklärten Bereiche des Strafrechts.⁶⁶ Die Annahme, die Schuld des Täters sei Maß des Vorwurfs, der dem Täter für seine Tat zu machen ist, führt nicht weiter, da diese Definition offen läßt, nach welchen Kriterien dieses Maß ermittelt werden soll. Die Strafzumessungstatsachen (§ 46 Abs. 2 S. 2 dStGB und § 51 dStGB) sind nur beispielhaft aufgezählt. Umstände zur Exemplifizierung der Grundlagenformel in § 46 Abs. 1 S. 1 dStGB, aber keine abschließende Regelung des Strafzumessungsrechts. Aus dem Gehalt und der Struktur der Strafzumessungsschuld muss sich daher zumindest eine wichtige Vorentscheidung dafür ergeben, ob und in welchem Umfang die Strafzumessungstatsachen bei der Strafzumessung berücksichtigt werden müssen. Ohne inhaltliche Konkretisierung der Strafzumessungsschuld bleibt die Ausgangsgröße unbekannt, und es ist selbst bei Vorgabe aller notwendigen Rechenschritte und einzubeziehender Faktoren nur wenig gewonnen.

1. Inhalt der Strafzumessungsschuld

1.1 Verhältnis von Strafbegründungsschuld und Strafzumessungsschuld

Der Schuldbegriff ist – wie bereits gesagt – einer der umstrittensten Begriffe im Strafrecht und Strafzumessungsrecht. Er ist in der allgemeinen Verbrechenslehre genauso relevant wie im Strafzumessungsrecht. Die Bedeutung, die der Schuldbegriff hat, ist heute überwiegend anerkannt. Es gibt aber keine einheitliche Funktion von Schuld, obwohl begrifflich nur von Schuld gesprochen wird. Daher gibt es auch nicht einen herrschenden

⁶⁵ Erhard, 1990, S. 87f.; Albrecht, 1994, S. 53; Hörnle, 1999, S. 38.

⁶⁶ Erhard, 1990, S. 89; Streng, 1984, S. 22ff.; ders, 1991, S. 167; Frisch, ZStW 99 (1987), 384f.; Dreher, FS für Bockelmann, S. 58.

Strafzumessungsschuld, obwohl dieser die Grundlage der Strafzumessung bilden muss.

Zunächst lassen sich aber rein formal zwei unterschiedliche Gruppen ausmachen. Einige Autoren⁶⁷ vertreten einen einheitlichen Schuld begriff, definieren also Strafbegründungsschuld und Strafzumessungsschuld gleich. Die Mehrzahl der Autoren⁶⁸ vertritt heute dagegen einen uneinheitlichen Schuld begriff: Sie bezeichnen mit Strafzumessungsschuld etwas anderes als mit Strafbegründungsschuld.⁶⁹ Nach letzterer Meinung betrifft die Strafbegründungsschuld die Frage nach dem *Ob* der Strafe und die Strafzumessungsschuld die Frage nach dem *Wie* der Strafe. In einer Formel zusammengefaßt: Wer in vorwerfbarer Weise tatbestandsmäßig und rechtswidrig gehandelt hat, werde in dem Maße bestraft, das dem Handlungs- und Erfolgswert seiner Tat entspricht. Mit dem Begriff der Strafzumessungsschuld werde, so eine andere Definition, der „gesamte Umfang dessen gekennzeichnet, was dem Täter in bezug auf die begangene Tat, einschließlich des insoweit relevanten Vor- und Nachtatverhaltens, subjektiv zuzurechnen und dementsprechend vorzuwerfen“ sei.⁷⁰

Die Unterschiedlichkeit der beiden Kategorien wird zwar in der Lehre betont, aber viele der Faktoren, die schon für die Begründung der Strafbarkeit von Bedeutung waren, spiegeln sich in der Feststellung der Strafzumessungsschuld wider. Achenbach⁷¹ hebt die Unterschiedlichkeit zwischen

⁶⁷ Horn, SK, § 46 Rn. 42; Frisch, ZStW 99 (1987), 386; Hettinger, 1982, S. 119.

⁶⁸ Bruns, 1985, S. 145; Zipf, 1977, S. 28; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 9a; Erhard, 1992, S. 92; Jescheck/Weigend, AT, S. 887; Roxin, AT, S. 747f.; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 23; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 4.

⁶⁹ Nach Achenbach unterscheiden sich Schuldidee, Strafbegründungsschuld und Strafzumessungsschuld. Die Schuldidee findet ihren klassischen Ausdruck in der Formel „keine Strafe ohne Schuld“. Die Strafbegründungsschuld ist auf das strafrechtsdogmatische System bezogen. Es geht der Strafbegründungsschuld um die einzelnen Merkmale der Schuld im strafrechtlichen System. Sie erscheint als wesentliches Moment des Anknüpfungstatbestandes für die Strafverhängung. Die Strafzumessungsschuld findet ihren klassischen Ausdruck in dem Satz „Strafe nach dem Maß der Schuld“. Sie bezieht sich unmittelbar auf die Rechtsanwendung. Es wird jedoch nicht die gesamte formelle Schuld beschrieben, sondern nur ein Ausschnitt, nämlich der Anknüpfungstatbestand für die rechtliche Strafzumessung. Er wird verstanden als Inbegriff der Momente, die für die Strahlöhe im konkreten Fall von Bedeutung sind (Achenbach, 1974, S. 3ff.).

⁷⁰ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 9a.

⁷¹ Achenbach, 1977, S. 5; ders., in: Schönemann(Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 136.

Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld hervor, jedoch mit dem Zugeständnis, dass es sich zwar um funktional selbständige Begriffe handle, aber dennoch die Schuldidee eine höhere Einheit zwischen ihnen schaffe. Damit ist nicht viel gewonnen, da es darauf ankommt, in welcher Weise diese höhere Einheit beschaffen ist. Die Strafbegründungsschuld hätte nur dann einen relevanten Einfluß auf die Strafzumessungsschuld, wenn sie nach beiden Richtungen (nach oben und unten) quantifizierbar wäre, wenn also der Schuldvorwurf auf die in ihrem Ausmaß steigerbare fehlerhafte Gesinnung des Täters bezogen wird.⁷² Nach diesem Konzept würde sich die Strafzumessungsschuld aus dem Tatumrecht plus der konkreten Ausprägung der fehlerhaften Gesinnung zusammensetzen. Deshalb verläuft die entscheidende Trennlinie für die Strafzumessung zwischen einem gesinnungsorientierten Schuldvorwurf und Konzepten der Schuldzurechnung bzw. Schuldzuschreibung. Die modernen Definitionen des Begriffs der Strafzumessungsschuld spiegeln sich hingegen in der grundsätzlichen Tatbezogenheit heutiger Strafzumessungsdogmatik.⁷³

Nach Horn⁷⁴ bedeutet Schuldvorwurf im Rahmen der Strafzumessung nicht Vorwurf der Schuld, sondern Vorwurf des Unrechts bei Schuld. Demzufolge kann Strafzumessungsschuld auf Erfolgs- und Handlungswert aufgebaut werden.⁷⁵ Für das Maß der Strafe hat Schuld somit nur eine Begrenzungsfunktion. Wenn die Quantifizierung von Schuld verlangt wird, so kann das Schuldmaß im Normalfall der uneingeschränkten Schuld (vollen Schuld) so groß sein wie das Unrecht und bei verminderter Schuld geringer als das Unrechtsquantum. Schuldangemessene Strafe ist also immer dann, wenn die Schuld nicht vermindert ist, als unrechtsangemessene Strafe zu verstehen. So gesehen ist konstitutiv für das Maß der Strafe nur die Schwere des vom Täter verwirklichten Unrechts. Strafbegründungsschuld gibt es im Regelfall nur als Vollform, also Unrechtsbewußtsein und Fähig-

⁷² Hörmle, 1999, S. 328.

⁷³ Frisch, ZStW 99 (1987), 388. Am Begriff der „Rechtsfriedensstörung“ versucht Frisch, die strafzumessungsbezogene Schuld festzumachen: „Schuld im Sinne des Strafzumessungsrechts ist (...) die der Tat entsprechende, graduell steigerungsfähige Rechtsfriedensstörung (im Sinn einer Erschütterung der Erwartung der Unverbrüchlichkeit der im entsprechenden Sanktionstatbestand je vorausgesetzten Verhaltensnormen), die dem Täter nach den der Rechtsordnung immanenten Maßstäben angelastet und zu deren Behebung er daher legitimerweise herangezogen werden kann“.

⁷⁴ Horn, SK, § 46 Rn. 41-44.

⁷⁵ Schäfer, 1995, S. 108ff.; Erhard, 1992, S. 141ff.; Theune, StV 1985, 162; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 47.

keit zu einsichtsentsprechender Motivation; Abweichungen sind nur in Form von Schuld minderungsgründen (z.B. vermeidbarem Verbotsirrtum) denkbar. Daher lautet das Verhältnis von Strafbegründungsschuld und Strafzumessungsschuld wie folgt: Im Regelfall hat die Strafbegründungsschuld keinen Einfluß auf die Strafzumessungsschuld. Nur bei geminderter Strafbegründungsschuld wird auch die Strafzumessungsschuld tangiert.⁷⁶

1.2 Strafbegrenzung als Aufgabe der Strafzumessungsschuld

Wird der Begriff der Strafzumessungsschuld konkretisiert, so hat dies den Vorteil, dass damit einem ausschließlich an unmittelbar-präventiven Effekten orientierten Strafzumessungsrecht eine eindeutige Absage erteilt wird, wodurch eine tatsächliche Limitierung der Staatsgewalt ermöglicht werden kann. Die Strafzumessungsschuld hat die Funktion, den Bestraften davor zu schützen, etwa aus abschreckungsgeneralpräventiven Gründen eine höhere Strafe hinnehmen zu müssen. Der als Alternative genannte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁷⁷ stellt keine wirkliche Begrenzung der staatlichen Strafgewalt dar, da eine Zweck-Mittel-Abwägung zumindest in Ausnahmefällen das Täterinteresse an einer fairen Bestrafung hinter einem überragenden Allgemeininteresse zurücktreten lassen kann.⁷⁸

Aus dem Erfordernis der Rechtsstaatlichkeit ergibt sich die Aufgabe der Strafzumessung als Strafbegrenzung.⁷⁹ Ein sich als Rechtsstaat definierendes Gemeinwesen ist verpflichtet, bei der Erfüllung dieser Aufgabe nicht willkürlich vorzugehen, sondern rechtliche Grundsätze zu beachten, Strafe demgemäß in rechtsstaatliche Bahnen zu lenken. Der demokratische Aspekt wird so durch den der Rechtsstaatlichkeit ergänzt. Die Beachtung sich daraus ergebender Einschränkungen ist gerade angesichts des Umstands, dass Strafsanktionen zu den intensivsten Eingriffsmöglichkeiten des Staates in die Rechtssphäre des Bürgers zählen, von besonderer Bedeutung. Dies gilt um so mehr in dem Maße, in dem der Staat für sich in Anspruch nimmt, mit Strafe präventive Zwecke zu verfolgen. Strafe im Rechtsstaat stellt sich daher als eine an rechtsstaatlichen Prinzipien wie dem Übermaßverbot, dem Willkürverbot und dem Prinzip der Vorhersehbarkeit staatli-

⁷⁶ Hörnle, 1999, S. 329.

⁷⁷ Ellscheid/Hassemer, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar Abweichendes Verhalten, 1975, S. 281ff.; Baumann, 1987, S. 256f.; Jung, 1992, S. 208.

⁷⁸ Hörnle, 1999, S. 128.

⁷⁹ Roxin, 1973, S. 20ff.

cher Maßnahmen orientierte Kanalisierung gesellschaftlicher Strafbedürfnisse dar.⁸⁰

Franz v. Liszt⁸¹ hat versucht, die Unterscheidung von Zweck und Grenze der staatlichen Strafen zu überwinden, indem er als Kriminalpolitiker den sozialen Gedanken in den Mittelpunkt rückte und den Strafvollzug an den Belangen des Täters und der Gemeinschaft orientierte, als Strafrechtsdogmatiker aber liberal-rechtsstaatlich dachte und deshalb die Tat, d.h. das Tatunrecht und die Tatschuld, zur unübersteigbaren Schranke der Kriminalpolitik und die Strafnormen zur „Magna Charta“ des Verbrechers erklärte. Anders als für v. Liszt erscheint es der heute herrschenden Meinung aber auch nötig, die begrenzende Funktion der Strafrechtsdogmatik nicht auf die Strafbegründung zu beschränken, sondern auf die Strafzumessung zu erstrecken, weil dem Rechtsstaatsprinzip und dem Übermaßverbot entsprechende dogmatische Schranken auch bei der Strafzumessung notwendig sind.⁸² Es muss deshalb die Aufgabe des Begriffes der Strafzumessungsschuld sein, diese begrenzende Funktion zu erfüllen.⁸³ Der Strafzumessungsschuld begriff, der Grundlage der Strafzumessung sein soll (§ 46 Abs. 1 S. dStGB), ist angesichts der spärlichen positiv-rechtlichen Regelungen der Strafzumessung im engeren Sinn ein zentraler Gesichtspunkt zur umfassenden dogmatischen Begrenzung präventiver Strafwünsche.

Dass die Strafzumessungsschuld jedenfalls die Obergrenze des Strafmaßes bildet, ist heute allgemein anerkannt⁸⁴ und gilt als verfassungsrechtlich geboten.⁸⁵ Umstritten ist dagegen die Frage der Zulässigkeit einer Unterschreitung der dem Schuldmaß entsprechenden Strafhöhe. Teile der Lehre vertreten, dass zwar nicht regelmäßig, aber doch in Ausnahmefällen aus spezialpräventiven Gründen auch die Grenzen der schuldangemessenen

⁸⁰ Erhard, 1992, S. 95.

⁸¹ v. Liszt, ZStw 3 (1883); 1ff.

⁸² Grasnack, 1987, S. 33; Erhard, 1992, S. 96.

⁸³ Hassemer, in: Lüderssen/Klaus (Hrsg.), Seminar abweichendes Verhalten, 1977, S. 252; Stratenwerth, 1977, S. 42; Schönemann, in: ders (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 187; Roxin, JA 1980, 223; Schw ZStrR 1987, 360, 372, 376; Bruns, 1985, S. 92; Erhard, 1992, S. 92ff.

⁸⁴ Roxin, 1977, S. 472; Frisch, ZStW 99 (1987), 366; Gribbohm, LK, § 46 Rn 13; Erhard, 1992, S. 312; Schaffstein, FS für Gallas, S. 103; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 5; Jescheck/Weigend, AT, S. 879; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 12; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 27; Horn, SK, § 46 Rn. 21.

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 45, 260; 50, 133; 54, 108.

Strafe unterschritten werden dürften.⁸⁶ Demgegenüber hält die Rechtsprechung⁸⁷ ebenso wie Teile der Lehre daran fest, dass die Strafzumessungsschuld auch eine verbindliche Untergrenze für die Strafe vorgibt.⁸⁸ Die Untergrenze der zulässigen Strafhöhe an generalpräventiven Bedürfnissen des Einzelfalls zu orientieren⁸⁹, erscheint im Hinblick auf die mangelnde konkrete Fassbarkeit dieser Größe bedenklich. Gegenüber der Verhängung einer Strafe, die im Verhältnis zu dem schuldhaft verwirklichten Unrecht grob unangemessen wäre, ist dies jedoch das kleinere Übel, würde doch eine solche Strafe dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechen und damit ihren sozialen Zweck verfehlen.⁹⁰

1.3 Strafzumessungsschuld als Tatschuld oder Täterschuld

Es ist angesichts der nach wie vor auszumachenden Spuren eines Schuldverständnisses schwer vorstellbar, dass es viele Theorien gibt, die eine Tatschuldrelevanz der jeweils für strafrelevant erachteten Sachverhalte zum Ausdruck bringen. Für ein großes Gebiet der Tatschuld findet sich im Schrifttum und der Rechtsprechung häufig die Begründung, grundlegend für die Zumessung der Strafe seien sowohl das Ausmaß des Unrechts als auch die persönliche Schuld des Täters.⁹¹ Es ist deshalb die Frage zu stellen, auf welches Handeln, auf welchen Gegenstand sich der die Strafzumessungsschuld begründende Vorwurf beziehen soll. Ist es auch im Rahmen der Strafzumessung ausschließlich die Tat, oder sind es Lebensführung, Lebensentscheidung, Charakter oder Persönlichkeit des Täters, auf die sich der Vorwurf der Strafzumessungsschuld zu erstrecken hat? Es soll demnach eine Antwort auf die Frage gefunden werden, was eigentlich unter der die Grundlage der Strafzumessung bestimmenden Schuld zu verstehen ist.

⁸⁶ Roxin, FG für Schultz, S. 473ff.; ders, FS für Arthur Kaufmann, S. 522; Frisch, ZStW 99 (1987), 367ff.; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 5; Lackner, § 46 Rn. 27; ders, 1978, S. 25f.; Kaufmann, Jura 1987, 228.

⁸⁷ BGH 24, 132; 29, 319, 321.

⁸⁸ Bruns, 1985, 91f.; Zipf, 1969, 60f.; Horn, SK, § 46, Rn. 21; Schaffstein, FS für Gallas, S. 105ff.; Tröndle/Fischer, § 46, Rn. 12; Gribbohm, LK, § 46, Rn. 14, Jescheck/Weigend, AT, S. 879f.

⁸⁹ Roxin, 1977, S. 473f.

⁹⁰ Jescheck/Weigend, AT, S. 880.

⁹¹ Bruns, 1985, S. 145f.; Maurach/Gösse/Zipf, AT, Teilband 2, S. 556f.; Jescheck/Weigend, S. 889f.; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 4.

Die Theorie der Lebensführungsschuld, die von Mezger⁹² entwickelt und von Bockelmann⁹³ auch als Lebensentscheidungsschuld bezeichnet wurde, hält insbesondere daran fest, dass nur das, wofür der Täter „etwas kann“, als schuldhaft vorgeworfen werden kann. Dieser Vorwurf sei dem Täter jedoch nicht nur in bezug auf die Tat, sondern unter Umständen auch in bezug auf Aspekte der Lebensführung zu machen. Als Ausdruck der vorwerfbareren Lebensführung begreift Mezger den schrittweisen „Persönlichkeitsverfall“ eines Täters und die „Gewöhnung an den verderbten Lebenswandel“.⁹⁴ Bockelmann stellt statt auf einen kontinuierlichen Prozeß auf einzelne zurückliegende „Lebensentscheidungen“ des Täters ab. „Seine Schuld besteht darin, dass er [...] vor den Scheideweg gestellt, die falsche Bahn wählt, sein schlechteres Selbst siegen läßt und dem dunklen Dämon folgt.“⁹⁵ Abgesehen von der forensischen Schwierigkeit der Feststellung jener Persönlichkeitsmerkmale und ihrer Gewichtung⁹⁶ ist dieser Ansatz auch im Hinblick auf die Rechtsgüterschutzorientierung⁹⁷ des Strafrechts zweifelhaft.⁹⁸ Das Strafrecht hat nicht die Aufgabe, anlässlich einer bemerkten Tat die Persönlichkeitsbildung und die Lebenswegentscheidungen des Angeklagten einem Urteil zu unterziehen. Auch wenn man anerkennt, dass die letztlich zur Tat führende Entscheidung in einer langen Reihe schuldhafter Fehlentscheidungen steht, die alle mitursächlich für die Verfehlung sein mögen, so führt die notwendige Positivierung zu einer unausweichlichen und dem Recht „immanenten Grenze [...], die der Verwirklichung des Schuldprinzips gesetzt ist.“⁹⁹ Eine Loslösung von der durch die Tatschuld gesetzten Begrenzung dessen, was zur Feststellung der strafzumessungsrelevanten Schuld herangezogen werden darf, bedeutet die Loslösung von faßbaren und damit einer rechtlichen Beurteilung zugänglichen Faktoren.

⁹² Mezger, ZStW 57 (1938), 688ff.; ders, ZStW 60 (1941), 370ff.

⁹³ Bockelmann, 1940, S. 145ff.

⁹⁴ Mezger, ZStW 57 (1938), 687f., 690; ders, ZStW 60 (1941), 370ff.

⁹⁵ Bockelmann, 1940, S. 153f.

⁹⁶ Vgl. Kaufmann, 1976, S. 190.

⁹⁷ Auch wenn es Zweifel geben mag, ob das Strafrecht überhaupt geeignet ist, das Ziel des Rechtsgüterschutzes zu befördern (Plack, 1974), so ist jedenfalls die Strafe aufgrund der Unverzichtbarkeit strafrechtlicher Normbruchsreaktion unentbehrlich, um elementare soziale Normen zu sichern (Stratenwerth, AT, S. 4ff.).

⁹⁸ Erhard, 1992, S. 106f.

⁹⁹ Kaufmann, 1976, S. 195.

Dies wiederum bedeutet eine Überforderung des Richters und damit die Gefahr willkürlicher Entscheidung.¹⁰⁰

Trotz dieser grundsätzlichen und systematischen Kritik wird aber die Frage, ob eine strikte Ausgrenzung der Lebensführungsschuld in der Tat auch im Rahmen der Strafzumessung möglich sei, auch heute nicht selten in Zweifel gezogen. Einen Ansatzpunkt hierzu bietet § 46 Abs. 2 S. 2 dStGB, der Vorleben und persönliche Verhältnisse wie auch Nachtatverhalten des Täters als bei der Zumessung der Strafe in Betracht zu ziehende Umstände nennt. Gleichzeitig betont der Bundesgerichtshof jedoch, dass Umstände der allgemeinen Lebensführung nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn ein schuldrelevanter Zusammenhang mit der Tat besteht, der Rückschlüsse auf eine höhere Tatschuld zuläßt.¹⁰¹ Entweder ein Umstand betrifft die allgemeine und sich nicht in der Tat äußernde Lebensführung, dann ist er nicht tatbezogen. Oder er kennzeichnet die besondere, in der Tat liegende Vorwerfbarkeit, dann ist er kein Umstand der allgemeinen Lebensführung. Bei einer Vermischung von allgemeiner und besonderer Lebensführung wird das Kriterium der Tatbezogenheit völlig beliebig.¹⁰²

Der Schuldvorwurf richtet sich gegen den Täter wegen seiner Tat (Tatschuld). Nur Umstände, die in Beziehung zur Tat stehen, können deshalb ihre Schwere beeinflussen. Demzufolge ist die Strafe eines Tatbeteiligten unabhängig von der Bestrafung anderer nach dem Maß seiner Schuld festzusetzen. Die Frage, ob ein minder schwerer Fall anzunehmen ist, kann daher für Haupttäter und Gehilfen unterschiedlich beurteilt werden. Es ist zulässig, den Gehilfen härter zu bestrafen als den Täter.¹⁰³ Der BGH betont, dass am Tatschuldprinzip festzuhalten sei und man die Strafzumessungsschuld nicht in Willensmängeln und Charaktermängeln finden könne, die sich in der allgemeinen Lebensführung zeigen.¹⁰⁴ Zudem wird die Schuld im Rahmen der Strafzumessung ganz überwiegend¹⁰⁵ als Tatschuld oder

¹⁰⁰ Kaufmann, 1976, S. 195.

¹⁰¹ BHG NStZ 1984, 259; NJW 1990, 221ff.; BGH 2 StR702/93 bei Detter, Strafzumessungs- und Maßregelrecht, in: NStZ 1994, 475.

¹⁰² Reichert, 1998, S. 40.

¹⁰³ BGH NJW 1984, 2329; Beschluß vom 6. 11. 1984- 4 StR 577/84.

¹⁰⁴ NStZ 1984, 259; NJW 1988, 1153, 1154; NStZ 1986, 459.

¹⁰⁵ Kaufmann, 1976, S. 187ff.; Henkel, 1969, S. 29; Stratenwerth, 1972, S. 36f.; Schaffstein, FS für Gallas, S. 109; Lackner, FS für Gallas, S. 123f.; ders., § 46, Rn. 47; Streng, 1991, S. 200; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 18; Erhard, 1992, S. 102ff.; Jescheck/Weigend, AT S. 887f.; Bruns, 1985, S. 145; Horn, SK, § 46, Rn. 42, 44;

verschuldetes Unrecht bezeichnet und inhaltlich näher bestimmt. Denn je weiter der Begriff der Schuld verstanden wird, um so mehr würde die Schutzfunktion des Schuldbegriffs gefährdet. Daher können außerhalb der Tat liegende Umstände nur unter präventiven Gesichtspunkten bei der Strafzumessung bedeutsam sein. Die Problematik einer Anpassung der Strafe an die Täterpersönlichkeit tritt noch deutlicher zutage, wenn die praktische Umsetzung mitbedacht wird. Probleme ergeben sich aus der Zahl zulässiger Strafzumessungserwägungen, die mit der Einbeziehung der Täterpersönlichkeit beträchtlich erhöht wird. Nicht nur die Herstellung der Strafmaßentscheidung, sondern auch die Begründung derselben stellt einen Trichter vor Schwierigkeiten, der das Individualisierungsgebot ernst nimmt. Mit einer solchen Überforderung wird das Bemühen um eine sorgfältige Abwägung der Entscheidung eher behindert, und Tendenzen zur Orientierung allein an einer revisionssicheren Darstellung werden gefördert.¹⁰⁶

2. Komponenten der Strafzumessungsschuld

2.1 Überblick

Nach dem Standardmodell des BGH ist die Grundlage der Strafzumessung die Schwere der Tat in ihrer Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung und der Grad der persönlichen Schuld des Täters.¹⁰⁷ Das Bundesverfassungsgericht betont ebenfalls, dass die verhängte Strafe die Schuld nicht übersteigen dürfe, die durch die Schwere der Tat und das Maß der Schuld des Täters bestimmt werde.¹⁰⁸ BGH und BVerfG geht es um die zentrale Stellung der Faktoren, die das Tatunrecht charakterisieren. Die modernen Auffassungen der Strafzumessungsschuld spiegeln die grundsätzliche Tatbezogenheit heutiger Strafzumessungsdogmatik wider.¹⁰⁹ Auch eine konkrete Tatbezogenheit des Begriffs der Strafzumessungsschuld im Sinne einer auf Handlungs- und Erfolgsunwert beruhenden Schuld gibt einen Maßstab für den Umfang der Strafzumessungsschuld. Nach den meisten heute

Frisch, ZStW 99 (1987), 381; Achenbach, 1974, S. 13f.; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 564ff.

¹⁰⁶ Schünemann, in: Eser/Cornils, Neue Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 226f.; Müller-Dietz, FS für Spendal, S. 328; Albrecht, 1994, S. 466; Hörmle, 1999, S. 51f.

¹⁰⁷ BGH, 20, 264, 266.

¹⁰⁸ BVerfGE, 25, 269, 286; 27, 18, 29.

¹⁰⁹ Frisch, ZStW 99 (1987), 388.

vertretenen Schuldkonzeptionen kommt der Strafbegründungsschuld somit nur die Funktion eines Filters zu, den das Unrecht zu passieren hat, bevor es die Basis des strafrechtlichen Tadels bilden kann. Dabei erklärt Horn das Verhältnis von Unrecht und Schuld bildhaft: „In diesem Sinne läßt sich das Schuldurteil am besten veranschaulichen, wenn man es als ein Sieb mit verstellbaren Maschen versteht, das von dem vom Täter verwirklichten Unrecht auf dem Weg in die Strafe passiert werden muss: je nachdem, ob Unrechtsbewußtsein (volle Schuld) vorhanden oder – wenn nicht – wie groß die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht und zu entsprechender Motivation (verminderte Schuld) gewesen ist, fällt das gesamte Unrecht oder eben nur ein Teil davon in die Strafe durch; bei Schuldunfähigkeit bleibt das gesamte verwirklichte Unrecht im Schuldsieb hängen.“¹¹⁰ Aus diesen modernen Auffassungen kann man bei der Ausarbeitung der Regeln zur Bewertung einer Straftat im Ergebnis auf Gemeinsamkeiten mit Autoren schließen, die zur Präzisierung des Begriffs der Strafzumessungsschuld auf die Straftatsystematik zurückgreifen wollen.¹¹¹ Die Kriterien zur Festsetzung der Strafzumessungsschuld werden in einer Weise strukturiert, die sich am Ausmaß des verschuldeten Unrechts orientieren läßt, indem etwa Erfolgs- und Handlungsunwert zentrale Bedeutung beigemessen wird.

Die Strafzumessungsschuld ist auf Handlungsunwert und Erfolgsunwert aufgebaut.

Es geht bei der Strafzumessungsschuld also um verschuldetes Unrecht. Demzufolge kämen nur solche Umstände als Strafschärfungsgründe oder Strafmilderungsgründe in Betracht, die das verschuldete Unrecht steigern oder mildern. Die Schuld hat demnach nur bezüglich des Ausmaßes einer Schuldinderung strafzumessungsrechtliche Bedeutung.¹¹² Strafzumessungsrelevant ist zunächst das Ausmaß des Erfolgsunrechts, d.h. Umfang und Intensität der Schädigung und Gefährdung der Rechtsgüter. Die empirischen Untersuchungen zur Strafzumessungspraxis der erstinstanzlichen Gerichte belegen, dass die praktisch wichtigsten Strafzumessungsfaktoren die Schwere der Tat beschreiben.¹¹³ Allein die Höhe des verursachten tat-

¹¹⁰ Horn, SK, § 46, Rn. 41.

¹¹¹ Frisch, ZStW 99 (1987), 386; ders, GA 1989, 355f.; ders, 140 Jahre GA, S. 1ff.; Hart-Hönig, 1992, S. 98ff.; Horn, SK, § 46, Rn. 24, 42; Erhard, 1992, S. 141ff.; Hörle, 1999, S. 151f.

¹¹² Siehe. oben 2.1 „Siebmodell“ Horns.

¹¹³ Albrecht, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschungen, 1983, S. 131f.; ders, 1994, S. 333ff.; ders, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung, 1989, S.

bestandsrelevanten Schadens bzw. das Ausmaß der eingetretenen Gefährdung dürften in der Praxis das Strafmaß in wesentlichem Umfang mitbestimmen. Der Handlungsunwert erfaßt das Maß der Vorwerfbarkeit des Täterhandelns. Bei der Strafzumessung ist der Handlungsunwert für das Strafmaß von erheblicher Strafzumessungsrelevanz. Es genügt zur Begründung der Verweis auf die allgemein üblichen erheblichen Strafrahmen- und Strafmaßunterschiede bei vorsätzlicher im Vergleich zur fahrlässigen Erfolgsherbeiführung.

Beide Komponenten dürfen freilich nicht isoliert gesehen werden. Insbesondere darf die Handlungskomponente gegenüber der Erfolgskomponente nicht überbewertet werden und umgekehrt. Die Strafe soll bei höherem Erfolgswert höher sein, als sie es bei demselben Handlungswert ist. Entsprechendes gilt bei gleichem Erfolgswert für das unterschiedliche Maß an Handlungswert.¹¹⁴ Der Umfang des pflichtwidrigen Verhaltens und das Ausmaß der zurechenbaren Tatfolgen bestimmen die Strafzumessungsschuld gemeinsam. Im folgenden Abschnitt soll versucht werden, die Inhalte von Handlungswert und Erfolgswert kurz zusammenzufassen. Im Anschluss daran wird der ausführliche Inhalt in den Strafzumessungstatsachen in bezug auf § 46 Abs. 2 dStGB und § 51 korStGB untersucht.

2.2 Handlungswert

Das Gesetz nennt in § 46 Abs. 2 dStGB selbst als Handlungswert die Beweggründe und Ziele des Täters, den bei der Tat aufgewendeten Willen, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Tatausführung und die persönlichen Verhältnisse. Von Bedeutung ist zunächst die objektive Komponente des Handlungswerts. § 46 Abs. 2 nennt dazu beispielhaft „die Art der Ausführung“ der Tat¹¹⁵ und das „Maß der Pflichtwidrigkeit“.¹¹⁶ Die Art und Weise der Ausführung der Tat ist die Realisierung des bei der Tat aufgewendeten Willens. Die maßgebenden Kriterien für die Art und Weise der Ausführung der Tat sind die eigentlichen Handlungsmodalitäten. Das Handlungswert ist gesteigert, wenn Tatmodalitäten sich in einer weiteren Verletzung oder konkreten Gefährdung der Güter und Interessen des

66ff.; Hart-Hönig, 1991, S. 80ff.; Schönemann, in Eser/Cornils, Neue Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 228.

¹¹⁴ Schäfer, 1995, S. 107.

¹¹⁵ Frisch, ZStW 99 (1987), 759; Erhard, 1992, S. 207f.; Jescheck/Weigend, AT, S. 887; Roxin, AT, S. 265ff.; Schäfer, 1995, Rn. 256.

¹¹⁶ Schäfer, 1995, Rn. 252.; Jescheck/Weigend, AT, S. 887; Erhard, 1992, S. 210f.

Opfers niedergeschlagen haben. Das Maß der Pflichtwidrigkeit hat Bedeutung vor allem bei Fahrlässigkeitsdelikten. Bei einem Fahrlässigkeitsdelikt kommt es nicht nur auf den Umfang dessen, was voraussehbar war, an, sondern auch auf den Grad der Fahrlässigkeit. Für die Strafzumessung ist daher wichtig, ob leichte oder schwere Fahrlässigkeit vorgelegen hat. Leichtfertigkeit enthält ein weit höheres Maß an Pflichtwidrigkeit als geringfügige Fahrlässigkeit.

Zu berücksichtigen ist ferner die subjektive Komponente des Handlungswerts. § 46 Abs. 2 nennt in diesem Zusammenhang die Beweggründe und Ziele des Täters¹¹⁷, den bei der Tat aufgewendeten Willen¹¹⁸ und seine persönlichen Verhältnisse. Die Beweggründe und Ziele des Täters finden sich in neueren Ausführungen unter dem Stichwort Handlungsunrecht.¹¹⁹ Strafmaßerhöhende Beweggründe sind nur denkbar, wenn das Unrecht dadurch erhöht wird. Strafmaßmindernde Beweggründe können sich dagegen sowohl als unrechts- wie auch als schuld mindernde Beweggründe auswirken. Der bei der Tat aufgewendete Wille ist vor allem bei Vorsatzdelikten wesentlich. Die Vorsatzform als solche ist kein taugliches Kriterium für die Bewertung der Strafzumessungsschuld.¹²⁰ Entscheidend ist der verbrecherische Wille, welcher unabhängig von der Art des Vorsatzes ist.¹²¹ In der Verbrechenslehre wird allerdings vertreten, dass beim Unterschied von bedingtem Vorsatz und direktem Vorsatz von einer Ordnungsreihenfolge des Unrechtsgehalts auszugehen sei.¹²² Die Unterschiede in der Intensität des strafrechtlichen Vorsatzes sind unrechtsrelevant, denn die verhaltenssteuernde bzw. appellierende Funktion der Norm führt dazu, dass es für die Bewertung der Tat einen Unterschied macht, ob sich der Täter bewußt über den Appell hinweggesetzt hat oder ob ihm die potentielle Schadensdimen-

¹¹⁷ Die systematische Einordnung der Beweggründe ist umstritten. Aus Sicht einer konsequent personalen Unwertlehre ist die Motivation des Täters ein wesentlicher Bestandteil des Unrechts (Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11, Aufl., S. 62f.; Armin Kaufmann, 1954, S. 208f.). Andere Ansätze in der Verbrechenslehre ordnen die Beweggründe bei der Schuld ein (Roxin, *AT*, S. 259f.; Jescheck/Weigend, *AT*, S. 244).

¹¹⁸ Hörnle, 1999, S. 260ff.; Erhard, 1992, S. 210ff.; Schäfer, 1995, Rn. 251.

¹¹⁹ Schäfer, 1995, Rn. 246f.; Jescheck/Weigend, *AT*, S. 887; Erhard, 1992, S. 213ff.; Hörnle, 1999, S. 268ff.

¹²⁰ Bruns, 1985, S. 214; Gribbohm, *LK*, § 46, Rn. 86; Schäfer, 1995, Rn. 251a; Jescheck/Weigend, *AT*, S. 887.

¹²¹ Gribbohm, § 46 Rn. 86; Jescheck/Weigend, *AT*, S. 887; Schäfer, 1995, Rn. 251a.

¹²² Jescheck/Weigend, *AT*, S. 299.

sion nicht bewußt war.¹²³ Von den Umständen, die unter dem Stichwort „persönliche Verhältnisse des Täters“ abgehandelt werden, kann man auch auf handlungsunwertsrelevante Faktoren schließen. Zur subjektiven Komponente des Handlungsunwerts zählen die objektiv-täterschaftlichen Merkmale: so ist das Vorhandensein einer besonders starken Pflichtenbindung des Täters ein Grund für erhöhtes Unrecht¹²⁴, weil das Unrecht stets einen Rechtsgüterbezug aufzuweisen hat.

2.3 Erfolgswert

In der deutschen Strafrechtswissenschaft werden häufig zwei Maßstäbe für die Bewertung des Erfolgswerts angeführt. Die Formulierungen des ersten Maßstabs sind zwar im einzelnen unterschiedlich, gehen aber alle auf einen ähnlichen Kern zurück: Es komme auf das Ausmaß der durch die Tat entstandenen Erschütterung der Rechtsordnung bzw. Gesamtrechtsgüterordnung oder auf die Rechtsfriedensstörung bzw. Störung des sozialen Friedens an.¹²⁵ Ein anderer Maßstab für die Bewertung des Erfolgswerts stellt auf Umfang und Intensität der Schädigung und Gefährdung der Rechtsgüter ab.¹²⁶ Die verschuldeten Auswirkungen der Tat (§ 46 Abs. 2 dStGB) sind für die Bewertung des Erfolgswerts bei der Strafzumessung von zentraler Bedeutung. Auch bei der Schadenswiedergutmachung wird der Erfolgswert in gewissem Umfang gemildert und durch Kompensation nachträglich verringert.¹²⁷ Der sogenannte Täter-Opfer-Ausgleich ermöglicht eine Berücksichtigung der so eingetretenen Schadensminderung bei der Quantifizierung des Erfolgswerts.

Zwei Aspekte kennzeichnen den Erfolgswert. Zu dem durch die Erfüllung des jeweiligen Tatbestandes entstandenen Erfolgswert können weitere Beeinträchtigungen entweder des Tatopfers oder anderer Rechtsgüter hinzutreten. Üblich ist die Differenzierung zwischen tatbestandsmäßigem

¹²³ Hörmle, 1999, S. 214f.

¹²⁴ Frisch, ZStW 99 (1987), 764; Erhard, 1992, S. 209f.

¹²⁵ Bruns, 1985, S. 153; Köhler, AT, S. 599; Frisch, ZStW 99 (1987), 379; ders., 140 GA, 1993, S. 35 Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 566f.; Montenbruck, 1989, S. 76ff.

¹²⁶ Schünemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neue Tendenzen der Strafpolitik, 1987, S. 227; Albrecht, 1994, S. 53; Erhard, 1992, S. 205; Schäfer, 1995, Rn. 234; Kühl, AT, § 3 Rn. 3.

¹²⁷ Schäfer, 1995, Rn. 238; Hertz, 1973, S. 90ff.; Frisch, ZStW 99 (1987), 779ff.; Hörmle, 1999, S. 296ff.; Erhard, 1992, S. 226ff.

und außertatbestandsmässigem Erfolg.¹²⁸ Bei dem tatbestandsmässigen Erfolg handelt es sich um quantitative und qualitative Abstufungen. Umstritten ist, wo die Grenze für die Berücksichtigung außertatbestandlicher Folgen zu ziehen ist. Außertatbestandsmäßige Folgen bestehen aus der vom Schutzbereich der Norm erfaßten Tatfolge und der vom Schutzbereich der Norm nicht erfaßten Tatfolge. Das, was über innertatbestandliche Folgen hinaus zum strafzumessungsrelevanten Erfolgsunwert zu zählen habe, müsse allein in Orientierung an denjenigen Gefahrenkreis erfolgen, der von dem jeweils konkret verletzten Delikt geschützt werde.¹²⁹

3. Strafempfindlichkeit als strafmildernder Faktor

In der Strafzumessungslehre und der Rechtsprechung ist die Bedeutung der Strafempfindlichkeit für die Gewichtung der Strafschwere weitgehend anerkannt. Ob die strafmildernde Einbeziehung individuellen Strafleidens auf Schuldausgleich (§ 46 Abs. 1 S. 1)¹³⁰ oder Spezialprävention (§ 46 Abs. 1 S. 2) beruht,¹³¹ ist jedoch umstritten. Die Lehre ist sich seit der von Henkel gemachten grundlegenden Unterscheidung zwischen Strafempfindlichkeit, die das Maß der schuldangemessenen Strafe betreffe, und Strafempfänglichkeit, welche sich auf das spezialpräventiv Gebotene beziehe,¹³² weitgehend darüber einig, dass dem empfindlicheren Täter eine mildere Strafe aufzuerlegen sei als demjenigen, der die zugefügte Sanktion als geringere Belastung empfindet. Es komme bei der Bemessung der schuldangemessenen Strafe nicht auf eine objektiv gleich schwere Strafe an, sondern darauf, dass das individuelle Strafleiden gleich sei.¹³³ Diese Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit ist auch im Tagessatzsystem des § 40 dStGB zu finden. Die Geldstrafe muss in eine angemessene Relation zum Vermögen des Täters und seinen sonstigen persönlichen Verhältnissen gebracht werden.

¹²⁸ Frisch, ZStW 99 (1987), 751ff.; Bruns, 1985, S. 151; Streng, 1991, S. 176; Schäfer, 1995, Rn. 233ff.; Bloy, ZStW 107 (1995), 580ff.

¹²⁹ Frisch, ZStW (1987), 751, 754; ders, GA 1972, S. 321, 332; Horn, SK, § 46, Rn. 109.

¹³⁰ BGHSt. 35, 149f.; BGHStV. 1987, 101, 346; Denkner, StV 1992, 127, NSIZ 1998, 350.

¹³¹ BGH NSIZ 1983, 408; BGH StV 1991, 207; Erhard, 1992, S. 398; Schäfer, FS für Tröndle, S. 398.

¹³² Henkel, 1970, S. 179f.

¹³³ Henkel, 1970, S. 182f.; Schäfer, 1995, Rn. 308; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 574; Horn, SK, § 46, Rn. 121; Bruns, 1985, S. 197.

Eine Strafzumessung, die konsequent an der subjektiven Strafschwere ausgerichtet ist, würde Probleme aufwerfen. Das subjektive Erleben der Strafe kann vom Gericht kaum bewertet werden.¹³⁴ Daher ist es schwierig, im Rahmen der eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten des Strafverfahrens Aufschluß über die subjektive Bedeutung der zu verhängenden Strafe zu erlangen.¹³⁵ Hier kann nach den Grenzen der Individualisierung bei der Strafzumessung gefragt werden, weil mit dieser eine gewisse Ungleichmäßigkeit im Strafmaß zusammenhängt und man diese Individualisierung theoretisch beliebig weit fortführen kann.¹³⁶ Diesbezüglich führt H.-J. Albrecht aus, dass bei Annahme einer unbegrenzten Individualisierung unendlich viele Individualisierungsgründe bearbeitet werden müßten.¹³⁷ Daher stünde einer begrenzten Anzahl von differenzierenden Strafmaßnahmen ein Überschuß an Individualisierungsgründen gegenüber. Eine weitere Grenze würde der Individualisierung dadurch gesetzt, dass das Gebot, wonach jedes System lernfähig bleiben müsse, um überleben zu können, der Individualisierung eine weitere Grenze setze. Der Grund hierfür liegt darin, dass es zur Aufrechterhaltung der Lernfähigkeit notwendig sei, in einen Vergleich mit anderen Fällen einzutreten. Bei einer zu starken Individualisierung sei das unmöglich, da hier lediglich eine Willkürentscheidung in Betracht komme. Zudem sei es logisch zwingend, dass eine unbegrenzte Individualisierung unbegrenzte Zeit erfordere, und da diese nicht zur Verfügung stünde, könne die Individualisierung nicht grenzenlos sein. Ferner könnte aus einer Versubjektivierung des Gewichts der Strafe eine ungleiche Strafzumessung folgen. Nach Streng darf es keine uneingeschränkte Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit geben, da die Rechtseinbuße des Verurteilten allgemein als gerecht anerkannt werden müsse.¹³⁸

Dies ist aus verschiedenen Gründen missverständlich. Das Thema der Strafempfindlichkeit wird häufig unter der Überschrift „Schuldausgleich“ erörtert.¹³⁹ Vor allem fehlt es schon an einem intersubjektiv vermittelbaren, objektiven Maßstab dafür, wie Strafleid zu definieren oder gar zu quantifizieren wäre. Die schuldbezogene Würdigung der Strafempfindlichkeit stellt

¹³⁴ Streng, NStZ 1988, 468; der, 1991, S. 211; Müller-Dietz, FS für Spendel, 1992, S. 428.

¹³⁵ Hörnle, 1999, S. 168.

¹³⁶ Albrecht, 1994, S. 113ff.; Müller-Dietz, 1992, S. 426.

¹³⁷ Albrecht, 1994, S. 113ff.

¹³⁸ Streng, NStZ 1988, 486; ders, 1991, S. 210f.

¹³⁹ Horn, SK, § 46, Rn. 121; Streng, NStZ, 1988, S. 487; ders, 1991, 210f.; Hörnle, 1999, S. 341.

also ein zentrales Einfallstor für Wertungsunsicherheiten und auch für die Individualität des Urteilenden in die Bestimmung des Schuldrahmens dar. Im Kontext der Spielraumtheorie, d.h. einer Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit innerhalb des Schuldrahmens für präventive Zwecke, führt es zu konzeptuellen Unklarheiten. Denn das relative Gewicht von Schuldstrafe und Präventionsstrafe, in anderen Worten, die Weite des Schuldrahmens, ist nicht geklärt.¹⁴⁰

Eine Entscheidung ist nur dann möglich, wenn in einen Vergleich mit bereits Erfahrenem eingetreten werden kann, also ein Bezug möglich ist zu Vergangenen.¹⁴¹ Eine komparative Strafzumessung macht es notwendig, neben den unterschiedlichen Taten auch die Rechtsfolgen (Sanktionen) in eine Ordnung ansteigender Schwere zu bringen. Bei der Beurteilung der Schwere einer strafrechtlichen Reaktion werden Maßstäbe für die Erstellung einer Sanktionsreihenfolge benötigt.¹⁴² Darin liegt der wesentliche Unterschied zwischen einer subjektiven und einer objektiven Bewertung der Sanktionsschwere. Ein objektiver Maßstab ist wichtig, um zu sehen, wie schwer im allgemeinen eine bestimmte Übelzufügung eingeschätzt wird. Dagegen orientiert sich ein subjektiver Maßstab an der Schwere einschätzung des zu bestrafenden Täters, d.h. an seiner subjektiven Strafempfindlichkeit. Es ist jedoch in Abgrenzung zu der Theorie von der subjektiven Bewertung des Strafübels erforderlich, klarzustellen, dass es sich um Ausnahmen von einer Regel handelt, die deshalb in besonderem Maß begründungsbedürftig sind.¹⁴³ Zwar betrifft die Strafempfindlichkeit weder die Vorwerfbarkeit der Unrechtshandlung noch die verschuldeten Tatfolgen, jedoch wäre es wohl unbillig, drastische und bereits zum Urteilszeitpunkt bekannte Verschärfungen der Strafempfindlichkeit ausschließlich unter Berufung auf den objektiven Charakter des zugefügten Übels nicht berücksichtigen zu wollen. Die entscheidende Frage ist deshalb, unter welchen Umständen ausnahmsweise eine Strafmilderung aufgrund persönlicher Lebensumstände zu rechtfertigen ist. Zu dieser außergewöhnlichen

¹⁴⁰ Köhler, 1983, S. 22; Lackner, FS für Gallas, S. 119f.; Horstkotte, in: Jehle (Hrsg.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, S. 153; von Hirsch/Jareborg, 1991, S. 3; Hörnle, 1999, S. 27f.

¹⁴¹ Albrecht, 1994, S. 115.

¹⁴² Hörnle, 1999, S. 167.

¹⁴³ Henkel, 1970, S. 186ff.; Erhard, 1992, S. 308ff.; Hörnle, 1999, 342ff.

Fallgruppe kann beispielsweise die Verkürzung der Lebenserwartung¹⁴⁴ gehören.

III. Strafzumessungstatsachen gemäß § 46 II dStGB

1. Die Bedeutung des Katalogs des § 46 II dStGB

Die wichtigsten und häufigsten Strafzumessungstatsachen sind im Katalog des § 46 Abs. 2 dStGB beispielhaft umschrieben. Die in § 46 Abs. 2 namentlich hervorgehobenen Faktoren sind nicht als abschließender Katalog der zulässigen Strafzumessungserwägungen zu verstehen¹⁴⁵; sie geben jedoch die Sachbereiche an, auf die das Gericht sein Augenmerk richten soll.¹⁴⁶ Von den im Katalog genannten Umständen beziehen sich die verschuldeten Auswirkungen der Tat auf den Erfolgswert. Auch die Art der Ausführung spielt entweder bei der Prüfung des Erfolgs- oder des Handlungswerts eine Rolle. Das Maß der Pflichtwidrigkeit wird beim Handlungswert, vor allem bei Fahrlässigkeitsdelikten, relevant. Die Beweggründe und Ziele des Täters gehören zur subjektiven Komponente des Handlungswerts. Der bei der Tat aufgewendete Wille ist bezüglich des Unterschieds in der Intensität des strafrechtlichen Vorsatzes handlungswertsrelevant. Vorleben und persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse schließen auch die Strafempfindlichkeit ein, und man kann durch sie auf schuld mindernde Umstände schließen, die zu einer Einschränkung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit bei der Tatbegehung geführt haben.

Der Katalog zur Strafzumessung enthält keine Berechnungs- oder Gewichtungsskala, die geeignet wäre, negative und positive Umstände einigermaßen verlässlich abzuwägen.¹⁴⁷ Es fehlt also an Anhaltspunkten zur

¹⁴⁴ Das hohe Alter des Angeklagten, eine HIV-Infektion, eine Krebserkrankung oder eine sonstige schwere Krankheit betreffen krasse Ausnahmefälle. Im Ergebnis dürfte Einigkeit über die Behandlung solcher Umstände bestehen (Bruns, 1985, S. 197f.; Schäfer, 1995, Rn. 312; Nestler-Tremel, 1992, S. 41; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 26a; SK-Horn, § 46 Rn. 139a, Hörnle, 1999, S. 342f.).

¹⁴⁵ Streng, 1991, S. 180. Wichtige Zumessungstatsachen, die zwar außerhalb der genannten Strafzumessungsfaktoren liegen, aber als Grundlage für einen möglichen „Strafabatt“ diskutiert werden, sind eine überlange Verfahrensdauer, die Verleitung zur Tat durch übermäßig intensiven Lockspitzel-Einsatz, die in § 31 BtMG geregelte Möglichkeit zur Prämierung von „Aufklärungshelfern“ und die „Kronzeugenregelung bei terroristischen Gewalttaten“.

¹⁴⁶ Jescheck/Weigend, AT, S. 886; Streng, 1991, S. 182f.

¹⁴⁷ Lackner/Kühl, § 46 Rn. 32; Jescheck/Weigend, AT, S. 886; Streng, 1991, S. 182; Eisenberg, Kriminologie, S. 387f.

Prüfung dessen, welche Bedeutung das Vorliegen von positiven oder negativen Ausprägungen für den jeweiligen konkreten Fall der Strafzumessung hat. Daher vermag § 46 Abs. 2 zur Herstellung der Strafmaßentscheidung wenig beizutragen; bei deren Darstellung im Urteil sind die in der Vorschrift genannten Faktoren jedoch als Anknüpfungspunkt von einigem Wert.¹⁴⁸ Der Katalog gibt allerdings insofern keine hinreichend bestimmten Maßstäbe, als bei jedem der angeführten Umstände zu prüfen ist, ob und bejahendenfalls inwieweit er den Schuldgehalt der Tat oder aber Fragen der General- oder Spezialprävention betrifft. Im Ergebnis erweist sich der Katalog als nur begrenzt aussagekräftig. Dies gilt ganz unabhängig davon, dass es sich dabei um eine Aufzählung ohne Vollständigkeitsanspruch handelt. Auch die angesprochenen „Umstände“ sind sehr weit gefaßt und benennen so eigentlich nur Themen, mit denen sich der Richter bei der Strafzumessungsentscheidung oder der Staatsanwalt bei seinem Strafantrag vorrangig zu befassen hat.¹⁴⁹

Ein wichtiger Mangel dieses Katalogs liegt in der Verwendung von ungenauen und moralisierenden Kriterien, die einerseits geeignet sind, über die Vorstellungen von der Tatschuld hinauszugehen, andererseits aber erfahrungswissenschaftlich kaum feststellbar sind.¹⁵⁰ Dies gilt etwa für die „Gesinnung, die aus der Tat spricht“. Eine Charakterisierung der Tat als böswillig oder gewissenlos hat keinen Aussagewert – dies sind Formeln zur Beschreibung des Täters, wobei die strafrechtliche Relevanz offen bleibt.¹⁵¹ Ferner sind die Strafzumessungstatsachen in dem Katalog ambivalent, d.h. dass sie im Einzelfall für oder gegen den Täter sprechen können. Dabei kann unter Umständen ein und dieselbe Tatsache einmal zugunsten und einmal zu Lasten des Täters zu berücksichtigen sein. Somit fehlt es der Praxis an einem Instrument, das eine einigermaßen einheitliche und verlässliche Überprüfung kriminologisch relevanter Gesichtspunkte der Strafzumessung gewährleisten würde.¹⁵² Als Maßstab für die Berücksichtigung der strafzumessungsrelevanten Tatsachen bietet sich folgende Überlegung an: Aus dem Inhalt der Strafzumessungsschuld (§ 46 Abs. 1) und „der Wirkungen, die von der Strafe für das zukünftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind“ (§ 46 Abs. 2), muss sich zumindest eine wich-

¹⁴⁸ Jescheck/Weigend, AT, S. 886.

¹⁴⁹ Streng, 1991, S. 182.

¹⁵⁰ Eisenberg, Kriminologie, S. 388.

¹⁵¹ Hörnle, 1999, S. 354.

¹⁵² Eisenberg, a.a.O., S. 388.

tige Vorentscheidung dafür ergeben, ob und in welchem Umfang die Strafzumessungstatsachen bei der Strafzumessung berücksichtigt werden müssen.

2. Die Beweggründe und Ziele des Täters

2.1 Beweggründe, Motive, Ziele, Absichten

In der Strafzumessungslehre werden im allgemeinen die Motive und Beweggründe gleichgesetzt.¹⁵³ Auch wenn eine Unterscheidung dieser Begriffe aus erfahrungswissenschaftlicher Sicht möglich ist¹⁵⁴, ist es in der forensischen Praxis fast unmöglich, alle im jeweiligen Handlungsszenario wirkenden motivationalen Kräfte zu erfassen, da es sich um seelische Vorgänge des Täters handelt, die nur schwer zu beurteilen sind.¹⁵⁵ Bei den intentional bestimmten Beweggründen ist die Abgrenzung zu den Absichten des Täters schwierig. Veranlaßt etwa die Wunschvorstellung, von finanziellen Sorgen befreit zu sein, den Täter zu Tötungsdelikten, so wird dieser Antrieb zum Beweggrund und umschließt jene „Beruhigungslage“, welche die Handlung herstellen will. Der Beweggrund, sich zu bereichern, und die Absicht, bestimmte Vermögenswerte zu erlangen, kommen de facto zur Deckung.¹⁵⁶ Eine Abgrenzung von Beweggründen und Zielen wäre grundsätzlich möglich. Jedes Handeln orientiert sich an einem künftigen Ereignis. Insoweit kann diese Zielverfolgung (sprachlich fixiert in „um zu“- Sätzen) typischerweise ein vorausschauendes Motiv für personales Verhalten sein. Dagegen kann eine rückschauende Motivation, deren Sinn darin besteht, Erlebnisse mit Vergangenheitscharakter in ihrem motivationalen Gehalt fruchtbar zu machen, d.h. eine in „Weil-Sätzen“ wiedergegebene Motivation, als Beweggrund bezeichnet werden.¹⁵⁷ Aber es ist zweifelhaft, ob eine Ausgliederung der Ziele des Täters aus den Beweggründen sinnvoll ist. Daher wird in der Lehre den Zielen regelmäßig keine eigenständige Bedeutung beigemessen.¹⁵⁸ Nach Frisch¹⁵⁹ spielt die Unterscheidung zwischen

¹⁵³ Bruns, 1985, S. 211; Streng, 1991, S. 175; Darmis, 1984, S. 74; Paeffgen, GA 1982, 256ff.

¹⁵⁴ Lampe, 1967, S. 141ff.

¹⁵⁵ Paeffgen, GA 1983, 260.

¹⁵⁶ Heine, 1988, S. 172f.

¹⁵⁷ Heine, 1988, S. 167ff.

¹⁵⁸ Bruns, 1985, S. 212; Schönke/Schröder/Stree, § 46, Rn. 13 a; Gribbohm, LK, § 46, Rn. 77.

¹⁵⁹ Frisch, ZStW 99 (1987), 767.

Beweggrund und Ziel keine entscheidende Rolle, weil sie von jeweiligen sprachlichen Formulierungen der subjektiven Befindlichkeiten abhängig ist. Im folgenden ist daher ungeachtet einer Abgrenzung von Beweggrund und Ziel von einem weiten Verständnis der Beweggründe auszugehen, da die inhaltliche Frage vorrangig ist, welche Rolle überhaupt Beweggründe für die Handlung in der rechtlichen Unwertigkeit haben.

Nach der herrschenden Strafzumessungslehre sind die Beweggründe des Täters wichtige Faktoren zur Bestimmung der schuldangemessenen Strafe. Sie können sich sowohl schuldsteigernd als auch schuld mindernd auswirken.¹⁶⁰ In neueren Ausführungen finden sich die Beweggründe unter dem Stichwort Handlungsunrecht.¹⁶¹ Vereinzelt wird auch angeführt, dass die Beweggründe die präventionsorientierten Entscheidungen betreffen würden.¹⁶² Außerdem sei die Sozialschädlichkeit einer Tat von der Motivation des Täters abhängig, wenn diese die Tat in den Augen der Allgemeinheit besonders bedrohlich erscheinen lasse.¹⁶³ Nach dem hier dargestellten Schuldbegriff liegt Strafbegründungsschuld nur entweder in vollem Ausmaß oder als geminderte Schuld vor. Daher kann es keine schulderhöhen, sondern nur schuld mindernde Beweggründe geben. Strafmaßerhöhende Beweggründe sind dagegen nur denkbar, wenn sie unrechtssteigernd wirken. Ebenso können sich unrechtmildernde Beweggründe strafmassmildernd auswirken.¹⁶⁴

Nach der traditionellen Strafzumessungslehre schlagen sich die Motive in den die Strafzumessungsschuld je nach ihrem sozialetischen Wert steigernden oder mildernden Erwägungen nieder.¹⁶⁵ Anständige Beweggründe sollen strafmildernd, verwerfliche Beweggründe strafschärfend wirken, wobei das Ausmaß der Anständigkeit bzw. der Verwerflichkeit über das Ausmaß der Schärfung bzw. Milderung entscheidet.¹⁶⁶ Die gesetzlichen Vorschriften scheinen zu zeigen, dass etwa reiner Egoismus, Habgier und Gewinnsucht den „niedrigen Beweggründen“ im Rahmen der Strafzumessung gleichzustellen sind. Außerdem legt die Rechtsprechung zum Mord-

¹⁶⁰ Bruns, 1985, S. 210f.; Streng, 1991, S. 175; Köhler, AT, S. 599; Lackner/Kühl, § 46, Rn. 33; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 13.

¹⁶¹ Jescheck/Weigend, AT, S. 887; Schäfer, 1995, Rn. 246.

¹⁶² Horn, SK, § 46, Rn. 113.

¹⁶³ Heine, 1988, S. 216.

¹⁶⁴ Hörmle, 1999, S. 268ff.

¹⁶⁵ Schönke/Schröder/Stree, § 46, Rn. 13.

¹⁶⁶ Bruns, 1985, S. 211; Schäfer, 1995, Rn. 247; Streng, 1991, S. 175; Gribbohm, LK, § 46, Rn. 75; Tröndle/Fischer, § 46, Rn. 18; Lackner/Kühl, § 46, Rn. 33.

merkmal „niedrige Beweggründe“ eine sittliche Wertung der Handlungsantriebe zugrunde: solche Beweggründe sind als Motive einer Tötung nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert und stehen auf tiefster Stufe.¹⁶⁷ Überträgt man diesen Gedanken auf die Strafzumessung für die Beweggründe bei anderen Delikten, so bestätigt sich, dass bei der Bewertung der Beweggründe auch sozialetische Maßstäbe anzulegen sind. Diese Betrachtungsweise ist jedoch problematisch, weil sie einem moralisierenden Maßstab vor einem rechtlichen Maßstab den Vorzug geben kann.¹⁶⁸ Die herrschende Bewertung der Anständigkeit bzw. Verwerflichkeit der Handlung kann zu der Vermischung einer Bewertung der Tatschuld und einer Bewertung von Lebensführung bzw. Persönlichkeit führen.

Der Richter muss versuchen, den Motivationsvorgang nach allen Seiten zu durchleuchten, um die Wirkung auf den Verbrechensentschluß richtig würdigen zu können. Bei der Tötung eines Menschen, also bei identischem Erfolgsunwert, können verschiedenartige Beweggründe einerseits den minder schweren Fall eines Totschlags mit der gesetzlichen Höchststrafe von 5 Jahren, andererseits den Mord mit der gesetzlichen Androhung von lebenslanger Freiheitsstrafe begründen. Für die Betrachtung von Beweggründen ist die wichtigste Frage, ob ein Beweggrund überhaupt bei der Strafzumessung berücksichtigt werden darf bzw. ob eine straffmaßerhöhende Wertung von Beweggründen überhaupt gerechtfertigt werden kann. Dies ist aber nur der Fall, wenn man dafür rechtliche Maßstäbe hat, wenn sich die Handlung in ihrer rechtlichen Unwertigkeit erfassen, die ungünstige Bewertung des Subjektiven auf Abweichungen von den Wertungen der Rechtsordnung stützen läßt.¹⁶⁹ Wenn der Beweggrund des Täters mit einer Herabsetzung des Opfers verbunden ist, ist eine strafschäfernde Bewertung in Erwägung zu ziehen.¹⁷⁰ Als Erklärung für die erhebliche strafschärfende Wirkung der niedrigen Beweggründe bei Mord wird auf die „solipsistische Rücksichtslosigkeit“ des Täters verwiesen.¹⁷¹ Eine extrem selbstsüchtige Motivation des Täters muss das Unrecht tangieren. Das Doppelverwertungsverbot ist hier besonders sorgfältig zu beachten. Beweggründe, die mit dem tatbestandsmäßigen Verhalten zwingend einhergehen, müssen als solche bei der Strafzumessung außer Betracht bleiben. Das schließt nicht aus, Modifikati-

¹⁶⁷ NJW 1981, 1382; NStZ 1993, 183; StV 1996, 212.

¹⁶⁸ Frisch, ZStW 99 (1987), 66ff.; Horn, SK, § 46, Rn. 113; Hörmle, 1999, S. 61.

¹⁶⁹ Frisch, ZStW 99 (1987), 767.

¹⁷⁰ Hörmle, 1999, S. 271.

¹⁷¹ Heine, 1988, S. 213; Paeffgen, GA 1982, 269.

onen, die die Tatbestandsmäßigkeit nicht berühren, zu berücksichtigen, wie ein besonders hohes oder besonders geringes Maß an Geldgier beim Handeltreiben.¹⁷²

2.2 Gewissenstäter, Überzeugungstäter i. e. S. und Täter zivilen Ungehorsams

Aufgrund pluralistischer und multikultureller Entwicklungen innerhalb der Gesellschaft erhält die Überzeugungstäterproblematik zunehmende Aktualität, z. B. für die Wehr- und Ersatzdienstverweigerung, die Ablehnung der Pflichtimpfung, die Versagung der elterlichen Zustimmung zur lebensretenden Bluttransfusion, die durch die Liberalisierung des Schwangerschaftsabbruchs zu Aktualität gelangte ärztliche Verweigerung des Eingriffs, gewissenbedingte Eidesverweigerung, aktive Euthanasie, der durch Eltern aus religiösen Gründen veranlaßte Verstoß gegen die Schulpflicht, Sitzblockaden durch Anhänger der Friedensbewegung, das Beschädigen von Eisenbahnanlagen aus Protest gegen Atom Mülltransporte und politisch-weltanschaulich motivierte Hausbesetzungen.¹⁷³ Allen genannten Sachverhalten ist gemeinsam, dass die Täter durch eine Überzeugung zur Tat veranlaßt wurden, unabhängig davon, ob diese Überzeugung religiöser oder quasi-religiöser, allgemein sittlicher oder weltanschaulich-politischer Natur war.

Besonders im Hinblick auf Art. 4 GG hat sich seit den 50er Jahren die Diskussion auf den Gewissenstäter konzentriert. Dies führte dazu, dass der Begriff „Überzeugungstäter“ in den letzten Jahrzehnten oft nur im Sinne von „Gewissenstäter“ verstanden wurde.¹⁷⁴ Mittlerweile gibt es wieder eine umfassendere, aber auch differenzierende Betrachtungsweise, nämlich zwischen Gewissenstätern, Überzeugungstätern und Tätern zivilen Ungehorsams.¹⁷⁵ Während die Gewissenstaten durch den inneren ethischen Konflikt zwischen „gut“ und „böse“ geprägt sind, handelt es sich bei den Überzeugungstaten im engeren Verständnis nur um die subjektive Alternative „richtig“ oder „falsch“. Außerdem findet sich eine Differenzierung zwischen „harten“ (d.h. Gewissenstätern) und „weichen“ Überzeugungstätern. Ihre

¹⁷² Bruns, 1985, S. 211; Schäfer, 1995, Rn. 247.

¹⁷³ Hirsch, 1996, S. 7ff.

¹⁷⁴ Jescheck/Weigend, AT, S. 414f.; Stratenwerth, AT, S. 464; Baumann/Weber/Mitsch, AT, S. 391f.; Schmidhäuser, AT, S. 46; Maurach/Zipf, AT, Teilband I, S. 470.

¹⁷⁵ Peters, FS für Mayer, S. 257; Ebert, 1975, S. 59f.; Roxin, AT, S. 870f.; Jakobs, AT, S. 577.

Notwendigkeit ergibt sich aus der in Art. 4 GG grundrechtlich hervorgehobenen Gewissensfreiheit und schon unabhängig davon aus der sachlichen Besonderheit des durch eine jahrhundertelange Entwicklung geprägten Gewissensbegriffs.¹⁷⁶ Dem Täter zivilen Ungehorsams geht es darum – regelmäßig zusammen mit anderen Personen –, durch provokante leichtere Rechtsverletzung öffentliche Aufmerksamkeit für einen Problembereich zu wecken und damit Signalhandlungen zur geistigen Beeinflussung der Mehrheit vorzunehmen. Für den Überzeugungstäter und den Täter zivilen Ungehorsams bestehen keine strafrechtlichen Besonderheiten. Die Beweggründe und Ziele des Täters sind daher wie bei anderen Straftaten im Rahmen der gewöhnlichen Strafzumessung gemäß § 46 dStGB zu berücksichtigen. Bezüglich des Gewissenstäters könnte dagegen eine besondere Berücksichtigung von Bedeutung sein.

Nach der im Strafrecht herrschenden Meinung verhält sich der einen Straftatbestand verwirklichende Gewissenstäter rechtswidrig und schuldhaft. Der Gewissenskonflikt soll nur mildernd unter bestimmten Voraussetzungen im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden können.¹⁷⁷ Weil diesen Einstellungen dieser Täter unter Umständen ein achtenswertes Motiv oder Ziel zugrunde liegt, ist seit langer Zeit die Frage nach der Sonderbehandlung des Überzeugungstäters aufgetaucht, insbesondere erörtert worden, ob diese Besonderheit des Täters die Art (Verwarnung mit Strafvorbehalt, § 59 dStGB) oder die Höhe der ihm aufzuerlegenden Strafe soll beeinflussen können.¹⁷⁸ In der neueren Lehre wird eingehend diskutiert, ob auch für Gewissenstäter unter bestimmten Umständen ein besonderer Schuldausschließungsgrund anerkannt werden sollte. Ein Teil der Lehre möchte einen Schuldausschließungsgrund unmittelbar aus Art. 4 I dGG ableiten¹⁷⁹, während andere für die analoge Anwendung von § 35 dStGB mit dem Argument eintreten, dass für den Täter der Verlust des „ewigen Le-

¹⁷⁶ Hirsch, a.a.O., S. 9.

¹⁷⁷ Jescheck/Weigend, AT, S. 415; Baumann/Weber/Mitsch, AT, S. 36f; Schmidhäuser, AT, S. 190f.; Maurach/Zipf, A.T., Teilband 1, S. 470; aber nach Peters werde die Gewissensfreiheit in Art. 4 GG grundsätzlich garantiert, und deshalb beanspruche der Gewissensentscheid Vorrang vor staatlichen Normbefehlen, so dass also schon keine Rechtswidrigkeit vorläge (Perters, FS für Mayer, S. 276; ders, FS für Stree/Wessel, S. 9).

¹⁷⁸ So Lang-Hinrichsen, JZ 1966, 154ff. am Beispiel der Ehrenhaft bzw. der Einschließung; Bruns, 1985, S. 216.

¹⁷⁹ Roxin, AT, S.877f.; Rudolphi, SK, vor § 19, Rn. 7; Kühl, AT, § 12, Rn. 123f.; Ebert, 1975, S. 66ff.

bens“ nicht weniger schwer wiege als der des zeitlichen.¹⁸⁰ Hier hat man nun aber zu beachten, dass ein Gewissenskonflikt das Steuerungsvermögen des Täters nicht auf Null reduziert. Liegen die für die Entschuldigungsgründe neben der seelischen Konfliktlage erforderlichen, insbesondere objektiven Erfordernisse nicht vor – und so verhält es sich in den meisten Fällen –, dann kommt für den Gewissenstäter bei der Schuldfrage nur eine Schuldinderung in Betracht.¹⁸¹ Um zu einer Schuldinderung zu gelangen, muss eine als echter Druck empfundene Beeinflussung der Steuerungsfähigkeit bzw. eine überzeugungsbedingte Verengung der Einsichtsfähigkeit vorgelegen haben.¹⁸² Grundsätzlich ist aus der verfassungsrechtlichen Verankerung des Schuldgrundsatzes einer Verminderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen, ohne dass die Achtenswertigkeit der Motivation zu prüfen ist.¹⁸³ Aber die verfassungsrechtliche Verankerung des Schuldgrundsatzes ist nicht mit einer absoluten Geltung gleichzusetzen; vielmehr können andere fundamentale Verfassungsprinzipien zur Einschränkung herangezogen werden. Aus diesem Grund können politische oder weltanschauliche Einstellungen des Täters, die mit dem Achtungsanspruch der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 dGG) unvereinbar sind, für die Strafzumessung belanglos sein, auch wenn die Einsichtsfähigkeit des Täters aufgrund solcher verfestigter Einstellungen eingeschränkt war.

3. Die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille

3.1 Die Gesinnung, die aus der Tat spricht

In der Rechtsprechung und Lehre wird versucht, die sogenannte Einzeltatgesinnung von einer allgemeinen Bewertung des Charakters abzugrenzen.¹⁸⁴ Die Gesinnung muss also aus der Tat sprechen, in der Tat zum Aus-

¹⁸⁰ v. Burski, 1970, S. 457ff.; Stratenwerth, AT, S. 252.

¹⁸¹ Hirsch, 1996, S. 22ff.

¹⁸² Horn, SK, § 46, Rn. 114; Schünemann, GA 1986, 307f.; Hörnle, 1999, S. 312.

¹⁸³ Horn, SK, § 46, Rn. 114, Hörnle, 1999, S. 319.

¹⁸⁴ BGH NJW 1979, 1835; BGH MDR 1980, 240; Bruns, 1985, S. 212f.; Streng, 1991, S. 175; Schäfer, 1995, Rn. 250; Jescheck/Weigend, AT, S. 889; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 605f.; Tröndle/Fischer, § 46, Rn. 19; Schönke/Schröder/Stree, § 46, Rn. 16; Gribbohm, LK, § 46, Rn. 78f.

druck gekommen sein, wie besondere Niederträchtigkeit, Skrupellosigkeit, Bosheit, Böswilligkeit, Gewissenlosigkeit oder Rücksichtslosigkeit.¹⁸⁵

Das herkömmliche Verständnis des Gesinnungsbegriffs dürfte jedoch eine weitergehende Auslegung nahelegen. Der Begriff der Gesinnung dient seinem ursprünglichen Verständnis nach nicht der Kennzeichnung der Tat, sondern der des Täters.¹⁸⁶ Auch die „Gesinnung, die aus der Tat spricht“, ließe sich deshalb in einem zwar die Tat zum Anlaß nehmenden, aber doch vor allem die Persönlichkeit des Täters betreffenden Sinn verstehen. Die Grenzziehung zwischen der Gesinnung und den Beweggründen und Zielen des Täters ist schwierig. Beweggründe und Ziele führen zu den entscheidenden Kriterien für die Beurteilung der Gesinnung des Täters.¹⁸⁷ Beispielsweise liefern die niedrigen Beweggründe im Mordtatbestand das Kriterium für die Bezeichnung des Täters als Mörder und offenbaren eine besonders verwerfliche Gesinnung. Die Nähe der Gesinnungsmerkmale zu den Beweggründen und Zielen ist also groß, die Gefahr moralisierender Erwägungen liegt nahe.¹⁸⁸ Der Begriff der Gesinnung diene häufig unterschwelligen Einmengungen verschiedenster nicht offengelegter Kriterien. Zu Recht wird deshalb seine zurückhaltende Anwendung empfohlen.¹⁸⁹

Die Gesinnung ist früher meist unter spezialpräventiven Gesichtspunkten berücksichtigt worden, um Aussagen über die Gefährlichkeit des Täters zu erhalten. Je stärker die Gesinnung des Täters von der eines ordentlichen Bürgers abweicht, je schwächer die Erkenntnis der Mängel an seiner Gesinnung oder die Fähigkeit zu dieser Erkenntnis ist, um so erforderlicher ist eine intensive Einflußnahme auf den Verurteilten, um so sein Sozialisationsdefizit zu beseitigen.¹⁹⁰ Auf der Ebene der Generalprävention ist auch die Gesinnung, die aus der Tat spricht, zu berücksichtigen. Die Abstufung der gesetzlichen Strafraumen zwischen Mord, der eine niedrige Gesinnung aufweist, und einer fahrlässigen Tötung, die keine niedrige Gesinnung hat, legt die Annahme nahe, dass die Gesinnung auch für die Generalprävention relevant ist. Die Allgemeinheit würde in ihrer Rechtstreue nicht gestärkt, wenn der versuchte Mord nicht schärfer bestraft würde als die fahrlässige

¹⁸⁵ Schönke/Schröder/Stree, § 46, Rn. 16; Tröndle/Fischer, § 46, Rn. 19.

¹⁸⁶ Bruns, 1985, S. 210, 212f.; ders., 1988, S. 56f.

¹⁸⁷ Schönke/Schröder/Stree, § 46, Rn. 16; Darmis, 1984, S. 82; Erhard, 1992, S. 222.

¹⁸⁸ Schäfer, 1995, S. 117.

¹⁸⁹ Horn, SK, § 46, Rn. 113; Frisch, ZStW 99 (1987), 766ff.

¹⁹⁰ Peters, 1932, S. 89.

Tötung.¹⁹¹ Dennoch gibt es keine empirisch valide Theorie, die den Bedarf an Spezial- und Generalprävention in ein konkretes Maß an Strafe umsetzen könnte.

Ein abweichendes Schuldverständnis vertreten Gallas, Jescheck und Schmidhäuser, die für bestimmte Schuldvorwürfe eigenständige Definitivonskriterien entwickelt haben. Diese beziehen den Schuldvorwurf auf eine fehlerhafte Gesinnung des Täters, die in der Tat zum Ausdruck komme.¹⁹² Jescheck vertritt die Auffassung, dass zum personalen Handlungsunrecht die „rechtsgutverletzende Willensrichtung (Willensbetätigung)“ zu zählen sei, die „Willensbildung“ dagegen die Schuld betreffe.¹⁹³ Die Gesinnung ist daher ein Umstand, der die Willensbildung des Täters in einem mehr oder weniger günstigen Licht erscheinen läßt und damit den Grad der Verwerflichkeit vermindert oder erhöht.¹⁹⁴ „Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen“ hat Gallas darauf hingewiesen, dass der Schuldbegriff des Strafrechts als Gesinnung zu erfassen sei. Unter Gesinnung sollte hierbei, wie Gallas ausdrücklich bemerkt, nicht eine dauernde Artung des Täters, also auch nicht seine individuelle Gefährlichkeit im Sinne der Spezialprävention zu verstehen sein, sondern eine in der konkreten Tat aktualisierte Haltung.¹⁹⁵ Dann wird der Rechtsbrecher nicht wegen seiner Taten als solcher, sondern nur insoweit bestraft, als seine Taten Ausdruck einer verbrecherischen Gesinnung sind.¹⁹⁶ Gesinnung ist hierbei als ein biologischer Triebbestand gemeint, der als Quelle möglicher weiterer Rechtsbrüche gesehen wird.¹⁹⁷ Nach Jescheck und Weigend kann ein und derselbe Unrechtssachverhalt durch die Gesinnung des Täters ganz unterschiedliches Gewicht erhalten.¹⁹⁸ Beispielsweise müsse die Bestrafung eines Arztes wegen eines Behandlungsfehlers davon beeinflusst werden, ob der Fehler durch unverschuldete Übermüdung verursacht wurde oder ob etwa Geldgier der Anlaß war.

¹⁹¹ Haag, 1970, S. 154ff.; Darmis, 1985, S. 89.

¹⁹² Gallas, ZStW 67 (1955), 45; Schmidhäuser, AT, 6/16ff.; ders, FS für Gallas, S. 93ff.; Jescheck/Weigend, AT, S. 421f.

¹⁹³ Jescheck, AT, 1988, S. 203; siehe auch Lampe, 1967, S. 234.

¹⁹⁴ Jescheck, AT, 1988, S. 794.

¹⁹⁵ Gallas, ZStW 67 (1955), 45; Jescheck/Weigend, AT, S. 426; Wessels/Beulke, AT, S. 123f.

¹⁹⁶ Schmidhäuser, FS für Gallas, S. 89.

¹⁹⁷ Schmidhäuser, 1958, S. 98ff.

¹⁹⁸ Jescheck/Weigend, AT, S. 889.

Aus einem Schuldvorwurf, der sich an der Gesinnung orientiert, ergibt sich, dass dieser uneingeschränkt gesteigert werden kann.¹⁹⁹ Die Abweichung ist nach beiden Richtungen abstufbar, nach unten über das Stadium der verminderten Schuld bis zur Schuldlosigkeit; vor allem aber sind der Verwerflichkeit der Gesinnung nach oben keine Grenzen gesetzt.²⁰⁰ Aber der hier vertretene Begriff der Schuld liegt im Regelfall nur als Vollform vor, und Abweichungen sind nur in Form von Schuld minderungsgründen denkbar.²⁰¹ Nach Erhard können die Umstände der Willensbildung deshalb nur schuldmindernde Bedeutung erlangen, und eine strafscharfende Berücksichtigung einzelner Elemente der Willensbildung kommt nur ausnahmsweise in Frage, nämlich wenn man diesen Elementen eine besondere rechtsgutsgefährdende Wirkung zumessen kann.²⁰² Die Gesinnungen, die auf die Tat bezogen sind, steigern die Schuld nur dann, wenn sie wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit für das Rechtsgut bereits als Tatmotiv ausnahmsweise als unrechtssteigernd anerkannt werden müssen, und zwar unabhängig von der Person des Täters.²⁰³ Als eine Begründung für die Unrechtsrelevanz der Gesinnung sieht Schönemann die Relevanz der voluntativen Komponente des Vorsatzes darin begründet, dass damit eine für die Rechtsgüter besonders gefährliche Gesinnung gebrandmarkt und durch eine schärfere Bestrafung symbolisch tabuisiert werde.²⁰⁴ Eine Charakterisierung der Tat als böswillig oder gewissenlos hat dagegen keinen Aussagewert. Dies sind vielmehr Formeln zur Beschreibung des Täters, wobei die strafrechtliche Relevanz offen bleibt. Hinter der Einzeltatgesinnung verbirgt sich die Bewertung der Persönlichkeit des Angeklagten bzw. seines Auftretens in der Hauptverhandlung. Alle in unrechtsrelevante Rechtsgutsgefährlichkeit oder bloße Schuld minderung nicht integrierbaren Gesinnungselemente sind für die Schuldrelevanz auszuschließen²⁰⁵; sie behalten Bedeutung allenfalls im Rahmen des Topos Prävention und können daher nicht zur Bestimmung der Härte eines Urteils

¹⁹⁹ Gallas, ZStW 67 (1955), 45f.; Schönke/Schröder/Lenckner, vor § 13, Rn. 119.

²⁰⁰ Hörnle, 1999, S. 153.

²⁰¹ Siehe dazu Teil 2 A II 1.1.; Lampe vertritt die auch hier zugrunde gelegte Auffassung, wonach die Schuld nur der Zuschreibung des vorangehend zu betrachtenden Unrechts dient, und er hält Schuldsteigerungsmerkmale deshalb ebenfalls für begrifflich ausgeschlossen. (Lampe, 1967, S. 109).

²⁰² Lampe, 1967, S. 264; Erhard, 1992, S. 220.

²⁰³ Erhard, 1992, S. 222.

²⁰⁴ Schönemann, Chengchi Law Review 50 1994, 270.

²⁰⁵ Frisch, ZStW 99 (1987), 766ff.; Horn, SK, § 46, Rn. 13; Erhard, 1992, S. 221.

nicht zur Bestimmung der Härte eines Urteils benutzt werden, sondern spielen bei der Bestimmung der Art der Strafe eine Rolle.

3.2 Der bei der Tat angewendete Wille

Die kriminelle Energie ist ein häufig verwendeter, in der Rechtsprechung auch anerkannter Strafzumessungsgrund.²⁰⁶ Unklar ist das Verhältnis zwischen dem Willen und der kriminellen Energie: Teilweise wird der Wille nur als ein wesentliches Indiz für die am Ende ausschlaggebende kriminelle Energie angesehen²⁰⁷; überwiegend werden die Begriffe allerdings synonym verwendet.²⁰⁸ Der Begriff der kriminellen Energie hat in seiner praktischen Anwendung die Aufgabe, bei der Bestimmung des verschuldeten Unrechts viele verschiedene einzelne Aspekte zu verbinden, diese aber auch mit Gefährlichkeits-, also prognostischen Gesichtspunkten zu vermischen.²⁰⁹ In der Lehre wird überwiegend ebenfalls ein die Tatschuld bzw. das Unrecht erhöhender Strafzumessungsgrund der kriminellen Energie anerkannt.²¹⁰

Die schuldsteigernde Wirkung der besonderen kriminellen Energie des Täters wird häufig damit begründet, dass der Täter bestimmte äußere oder innere Hemmungen überwunden habe. Aus der Überwindung dieser Hemmungen sei zu schließen, dass seine kriminelle Energie, die selbst vor solchen Hemmungen nicht zurückschreke, besonders groß sei.²¹¹ Die Wurzeln dieser Vorstellungen liegen unverkennbar im Bild der Strafzumessungsschuld, wie es einst etwa von Dreher vertreten wurde: Die Höhe der Schuld hänge davon ab, wie der innere Widerstreit des Täters zwischen Faktoren, die zur Tat drängten, und solchen, die der Tat hemmend entgegenstanden, beschaffen war.²¹² Der von Dreher in seiner 1947 erschienenen Monographie „Über die gerechte Strafe“ dargelegte Begriff der Strafzumessungsschuld ist das die Täterpersönlichkeit akzentuierende Schuldver-

²⁰⁶ Albrecht, 1994, Tab. 24, S. 420; ders. ZStW 102 (1990), Tab. 3, S. 621; BGH StV 1986, 58; BGH NJW 1979, 248; NSiZ 1981, 436; NSiZ 1993, 134.

²⁰⁷ Bruns, 1985, S. 213; Schönke/Schröder/Stree, § 46, Rn. 16.

²⁰⁸ Schäfer, 1995, Rn. 251; Streng, 1991, S. 175; Gribbohm, LK, § 46, Rn. 83; Tröndle/Fischer, § 46, Rn. 20; Lackner/Kühl, § 46, Rn. 33.

²⁰⁹ Horn, SK, § 46, Rn. 115a.

²¹⁰ Bruns, 1985, S. 213; Schünemann, 1987, S. 227; Streng, 1991, S. 175; Schönke/Schröder/Stree, § 46, Rn. 16; Gribbohm, LK, § 46, Rn. 83; Tröndle/Fischer, § 46, Rn. 20; Lackner/Kühl, § 46, Rn. 33; Horn, SK, § 46, Rn. 119.

²¹¹ Walter, GA 1985, 197ff.; der, FS für Hilde Kaufmann, 1986, S. 499ff.

²¹² Dreher, 1947, S. 86ff.

ständnis. Hinter der Basis der „kriminellen Energie des Täters“ verbirgt sich eine bunte Mischung von unterschiedlichen Topoi, nämlich einerseits unrechtsbezogenen Erwägungen, aber vor allem Zuschreibungen negativer Eigenschaften und präventiver Strafzumessungserwägungen.²¹³ Angesichts der empirischen Ignoranz der Strafrichter bei der Feststellung und Verwertung entsprechender Befunde läßt sich jedoch nicht ausschließen, dass die kriminelle Energie des Täters in Wahrheit generalpräventiv bestimmt, nämlich daran gemessen wird, bei „wieviel Strafe sich die Menschen zu beruhigen scheinen.“²¹⁴

Der bei der Tat aufgewendete Wille ist vor allem bei Vorsatztaten für die Strafzumessung von Bedeutung. In der zeitgenössischen Strafrechtslehre herrscht nahezu einstimmiger Konsens über die systematische Stellung des Vorsatzes beim Unrecht. Hinsichtlich der in der Vorsatzdogmatik der allgemeinen Verbrechenslehre geläufigen Unterscheidung zwischen absichtlichem und bedingt vorsätzlichem Handeln mögen sich dagegen Zweifel anmelden lassen, inwieweit diese Abstufungen für die Strafzumessung unmittelbar relevant sind.²¹⁵ Es mangelt der Rechtsprechung an einer einheitlichen Linie, ob dem Unterschied von direktem und bedingtem Vorsatz Einfluß auf die Strafmaßentscheidung einzuräumen ist. In einigen Entscheidungen wurde klargelegt, dass direkter Vorsatz jedenfalls nicht als Strafschärfungsgrund angeführt werden dürfe, da dies der Regelfall eines vorsätzlichen Deliktes sei.²¹⁶ In einer neueren Entscheidung befand der BGH, dass eine Handlung mit nur bedingtem Vorsatz die Schuld mindere.²¹⁷ Für die Bewertung der Tat ist es wichtig, ob sich der Täter bewußt über den Appell des Strafgesetzes hinwegsetzt oder ob ihm nicht bewußt ist, zu welchen Ergebnissen sein Verhalten führt.²¹⁸ Mit dieser normtheoretischen Begründung kann die Relevanz des Unrechts bei Vorsatzarten erklärt werden, wonach nur bedingt vorsätzliches Handeln einen geringeren Unwertgehalt hat als Handeln mit direktem Vorsatz. Auch unter Berücksichtigung der Opferperspektive macht die Intensität des Wollens des Tä-

²¹³ Stratenwerth, 1972, S. 17ff.; Walter, 1986, S. 504ff.; Horn, SK, § 46, Rn. 115a; Erhard, 1992, S. 257ff.; Hörmle, 1999, S. 58ff.

²¹⁴ Horn, SK, § 46, Rn. 115a.

²¹⁵ Bruns, 1985, S. 214; Schäfer, 1995, Rn. 251a; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 86; Jescheck/Weigend, AT, S. 887; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 33; Schünemann, GA 1985, 363.

²¹⁶ BGH StV 1986, 340; StV 1990, 304, StV 1993, 72.

²¹⁷ BGH NSZ 1997, 431, 432.

²¹⁸ Hörmle, 1999, S. 214f.

ters einen Unterschied. Das absichtliche, zielstrebig auf die Verletzung ausgerichtete Handeln ist mit einem größeren Gefährdungs- und dadurch auch Bedrohungspotential verbunden.²¹⁹ Unter dem „bei der Tat aufgewendeten Willen“ wird man dem hier skizzierten Unterschied zufolge also vor allem die Intensitätsgrade des Vorsatzes zu verstehen haben (Absicht, direkter Vorsatz und bedingter Vorsatz).

4. Das Maß der Pflichtwidrigkeit

Zu den objektiven Faktoren des Handlungsunrechts gehört das Maß des Pflichtwidrigkeit im Sinne einer Verletzung der dem Täter auferlegten Pflichten.²²⁰ Während die Intensität des bei der Tat in Erscheinung getretenen Willens stärker auf vorsätzliche Begehungsdelikte konzentriert ist, ist das Maß der Pflichtwidrigkeit ein gewichtiger Strafzumessungsumstand bei unechten Unterlassungsdelikten und Fahrlässigkeitsdelikten sowie bei den Tatbeständen, bei denen dem Täter der Verstoß gegen besondere Rechtspflichten vorgeworfen wird.²²¹ Es sind zwei große Gruppen von Pflichten zu unterscheiden.²²² Es handelt sich zum einen um Pflichten, die die Strafbarkeit erst begründen, etwa bei § 266 (Untreue) oder den §§ 331 ff. (Bestechungsdelikte), zum anderen um solche, die im Vergleich zu einem von jedermann erfüllbaren Grundtatbestand zu einer erhöhten Strafe führen, etwa § 340 (Körperverletzung im Amt). Darüber hinausgehend wird auch diskutiert, inwieweit außertatbestandliche Pflichten aus der sozialen oder beruflichen Stellung des Täters ableitbar sind.²²³

Zu den Täterpflichten, die tatbestandlich vertypt sind, gehören die Amtspflichten.²²⁴ Für die Strafzumessung kann lediglich das Maß der Pflichtwidrigkeit entscheidend sein. Es kommt auf die objektive Bedeutung und das Ausmaß der Rechtswidrigkeit der Diensthandlung an. Dabei bestimmen die Größe der Pflichtverletzung, die dem Täter zur Last fällt, und das Maß seiner Nachlässigkeit bei der Tat die Strafhöhe. Weiterhin ist wesentlich, ob leichte oder schwere Fahrlässigkeit vorgelegen hat. Leichtfertigkeit enthält ein weit höheres Maß an Pflichtwidrigkeit als geringfügige Fahrlässig-

²¹⁹ Hörmle, 1999, S. 263.

²²⁰ Schäfer, 1995, Rn. 252ff.; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 100ff.; Ebert/Kühl, Jura 1981, S. 208; Erhard, 1992, S. 192f.; Darmis, 1984, S. 98; Hörmle, 1999, S. 278.

²²¹ Schäfer, 1995, Rn. 252; Darmis, 1984, S. 98; Schönke/Schröder/Stree, §46 Rn. 17.

²²² Gribbohm, LK, § 46 Rn. 101ff.; Hörmle, 1999, S. 278.

²²³ Die soziale oder berufliche Stellung des Täters wird später im Zusammenhang mit seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen getrennt behandelt.

²²⁴ Streng, 1991, S. 176.

keit.²²⁵ Bei fahrlässiger Tötung im Straßenverkehr durch Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit ist es ein großer Unterschied, ob der Täter das Maß des Zulässigen nur ganz knapp oder sehr erheblich überschritten hatte.²²⁶ Bei Unterlassungsdelikten entscheidet das Maß des Verstoßes gegen die Handlungspflicht. Es gibt Fälle, wo wegen der besonders intensiven Pflichtenlage der Verstoß gegen die Handlungspflicht so schwer wiegt wie falsches Handeln, und es gibt Fälle, in denen die Vorwerfbarkeit ganz gering ist, weil die Schwelle der Zumutbarkeit des Handelns gerade eben erreicht ist.²²⁷ Bei den Tatbeständen mit besonderen Pflichtenverhältnissen gilt ähnliches. Das Maß der Pflichtwidrigkeit ist dabei um so größer, je bedeutender die verletzte Pflicht ist. Bei der Ausnutzung von Vertrauensstellungen (z.B. § 266 dStGB) kann auch die Art dieser Stellung für das Maß der Pflichtwidrigkeit wesentlich sein. Daher ist z.B. die Vermögensbetreuungspflicht eines Vormunds bei § 266 dStGB größer als die eines Täters, bei dem eine ähnlich bedeutende Pflicht nicht vorliegt.²²⁸ Auch aus strafrechtssystematischer Betrachtung folgt, dass die Ausnutzung einer Vertrauensstellung das Unrecht einer Straftat erhöht.²²⁹

Anders als in der Rechtsprechung früher vertreten worden war, kommt der Ausländereigenschaft im allgemeinen keine Strafzumessungsrelevanz zu. Sie darf nicht generell zur Straferhöhung oder -milderung führen.²³⁰ Art. 3 III dGG verbietet jede Unterscheidung, die auf der Herkunft eines Menschen beruht. Ein Verstoß gegen Art. 3 III dGG liegt jedoch nur dann vor, wenn ein Zusammenhang zwischen der Ausländereigenschaft und der Sonderbehandlung hergestellt wird und sie also gerade wegen dieser Eigenschaft erfolgte. Der Richter handelt willkürlich, wenn er einen Ausländer wegen „Verletzung des Gastrechts“ oder „Mißbrauchs des ihm ausnahmsweise entgegengebrachten Vertrauens“ härter bestrafen würde.²³¹ Dass die Strafe der Schuld des Täters entsprechen muss, wird aus dem Grundgesetz (Art. 1 dGG, Rechtsstaatsprinzip) gefolgert. Daher hat sich die Schuldefi-

²²⁵ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 17.

²²⁶ Schäfer, 1995, Rn. 252.

²²⁷ Schäfer, 1995, Rn. 253.

²²⁸ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 101; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 17; Schäfer, 1995, Rn. 253; Büch-Schmitz, 1997, S. 170.

²²⁹ Büch-Schmitz, 1997, S. 199ff.; Hörnle, 1999, S. 280.

²³⁰ Mösl, NStZ 1981, 133; Stree, 1960, S. 65; BHG StV 1981, 123; BGH StV 1991, 105; Grundmann, NJW 1985, 1254.

²³¹ Bruns, 1974, S. 201; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 610; Stree, 1960, S. 65; BGH StV 1987, 20; BGH NStZ 1993, 337.

dition nach der allgemeinen Rechtsordnung zu richten, von der sie nicht isoliert werden kann; es kann aber auch keine andere Rechtsordnung zu ihrer Grundlage gemacht werden.²³² Darüber hinaus würde das Heranziehen ausländischer Rechtsvorstellungen und Strafpraktiken gegen das „nulla poena sine lege“-Prinzip verstoßen; denn auch wenn sich Art. 3 II dGG nicht ausdrücklich auch auf die Rechtsfolge bezieht, so läßt sich doch meist erst aus der Höhe der Strafandrohung entnehmen, welches Gewicht der Straftat vom Gesetzgeber zugemessen wird. Daher bezieht sich Art. 3 II dGG sowohl auf den Tatbestand als auch auf die Rechtfolgende.²³³

5. Die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat

5.1 Die Art der Ausführung

Die Art und Weise der Tatbegehung ist die Realisierung des bei der Tat aufgewendeten Willens, und sie wird in der Strafzumessungsliteratur als Faktor angeführt, der das Handlungsunrecht einer Tat bestimmt.²³⁴ In vielen Fällen führt jedoch eine tatbestandlich umschriebene Vorgehensweise zu einer zusätzlichen Beeinträchtigung des betroffenen Rechtsgutträgers und erhöht deshalb auch das Erfolgsunrecht.²³⁵ Die Frage, welche Handlungsbesonderheiten Strafzumessungsrelevanz haben, wird sich daran orientieren müssen, dass das Unrecht stets einen Rechtsgüterbezug aufzuweisen hat.²³⁶ Vordringlich muss deshalb die Gefährlichkeit der Vorgehensweise für die strafrechtlich geschützten Güter sein. Die dabei notwendigen Wertungen haben sich ebenfalls an den erkennbaren Intentionen des Gesetzes zu orientieren; berücksichtigungsfähig dürften deshalb vor allem solche Merkmale sein, die in ähnlicher Form im Gesetz, wenn auch teilweise an

²³² Nestler-Tremel, NJW 1986, 1408.

²³³ Nestler-Tremel, NJW 1986, 1408.

²³⁴ Frisch, ZStW 99 (1987), 759; Erhard, 1992, S. 192f; Ebert/Kühl, Jura 1981, 233; Jescheck/Weigend, AT, S. 216; Roxin, AT, S. 265f., 272. Dagegen verlangen Lenckner und Rudolphi, dass die Handlungsmodalitäten dem Erfolgsunrecht zugeschlagen und das Handlungsunrecht unter Ausklammerung der objektiven Tatumstände auf das Intentionsunrecht reduziert wird (Schönke/Schröder/Lenckner, vor § 13 Rn. 56; Rudolphi, FS für Maurach, 1972, S. 51ff.).

²³⁵ Hörnle, 1999, S. 274. z.B. eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5), eine Körperverletzung durch Beibringen von Gift (§ 224 Abs. 1 Nr. 1) oder ein Einbruchsdiebstahl in eine Wohnung (§ 244 Abs. 1 Nr. 3).

²³⁶ Walter, GA 1985, 207ff.; ders., 1986, S. 502; Frisch, ZStW 99 (1987), 759; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 606f.

andere Stelle, für berücksichtigungswert erachtet werden.²³⁷ Verzichtet man auf eine solche Rechtsgüterorientierung, so ist die Schwelle zum „grundlosen Moralisieren und Fantasieren“ rasch überschritten.²³⁸

Die Art und Weise, wie der Täter seine Tat begeht, der Ort und die Zeit der Tatbegehung, die Mittel, die er anwendet, um seinen Plan zu verwirklichen, ob er allein oder mit anderen, durch positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen die von ihm durch die Tat befolgten Ziele erreicht, die Beziehung zwischen Täter und Opfer, all diese Tatumstände können für die Strafzumessung eine Rolle spielen.²³⁹ Das Gesetz selbst berücksichtigt an zahlreichen Stellen viele diese Umstände. Deshalb ist immer darauf zu achten, ob diese Besonderheiten der Tatausführung nicht bereits als Tatbestandsmerkmale berücksichtigt worden sind. Wenn sie schon vom Gesetzgeber verwertet worden sind, um die Strafbarkeit der Tat zu begründen, dürfen sie nach dem Doppelverwertungsverbot im Rahmen der Strafzumessung nicht noch einmal verwertet werden. Zulässig ist aber, das Vorliegen mehrerer Modalitäten des Tatbestands strafschärfend zu berücksichtigen, etwa bei der gefährlichen Körperverletzung die Tatbegehung mittels einer Waffe und eines hinterlistigen Überfalls. Außerdem kann die größere oder geringere Intensität des angewandten Mittels bei der Strafzumessung verwertet werden.²⁴⁰ Das Mitsichführen einer Waffe bei einem Diebstahl, einem Raub oder einer räuberischen Erpressung kann deshalb strafschärfend beurteilt werden, weil in diesen Situationen regelmäßig die Gefahr einer Eskalation mit Verletzungsfolgen für das Raubopfer oder eine dritte Person besteht. Das gleiche gilt auch für die gemeinsame Tatbegehung, da mit der verstärkten Intensität eines solchen Angriffs typischerweise die Gefahr von schwereren Verletzungen verbunden ist.²⁴¹ Solche Beteiligung kann bei vielen Delikten, vor allem Gewaltdelikten, strafschärfend wirken.²⁴² Bei mehreren Tatbeteiligten ist nach dem Umfang und dem Gewicht der einzelnen Tatbeiträge zu unterscheiden und zu beachten, dass dem Täter nach dem Rechtsgedanken des § 29 nur die ihm vorwerfbareren Tatmodalitäten bei der Strafzumessung zugerechnet werden dürfen.²⁴³ Der Diebstahl zu

²³⁷ Frisch, ZStW 99 (1987), 758f.

²³⁸ Walter, GS für Hilde Kaufmann, 1986, S. 506.

²³⁹ Bruns, 1985, S. 175; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 21; Darmis, 1984, S. 102.

²⁴⁰ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 21; Schäfer, 1995, Rn. 242.

²⁴¹ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 120; Schäfer, 1995, Rn. 242; Hörmlle, 1999, S. 275.

²⁴² Gribbohm, LK, § 46 Rn. 120.

²⁴³ Schäfer, 1995, Rn. 267.

Lasten eines hilflosen bzw. sich in einer Gefahrensituation befindenden Opfers oder der hinterlistige Überfall bei der gefährlichen Körperverletzung gehört zu Strafschärfungen wegen Tatmodalitäten, da die Ausnutzung einer besonderen Verletzlichkeit des Opfers ein relevantes Merkmal bei der Beschreibung des ihm zugefügten Unrechts ist.²⁴⁴ Schärfend wirkt auch die sorgfältig geplante oder besonders hartnäckige Tatbegehung, soweit diese eine besondere Gefährlichkeit zur Folge hat und nicht schon durch einen erhöhten Strafrahmen abgegolten ist.²⁴⁵ Bei der Strafzumessung muss der Tatsache, dass jemand ein Verbrechen durch Unterlassen anstatt durch positives Tun begangen hat, Rechnung getragen werden. Der Schuldgehalt des Unterlassens ist meistens geringer, weil mehr Unrechtsrelevanz dazu gehört, einen Erfolg durch Handeln herbeizuführen als entgegen einer Pflicht zum Eingreifen ein Geschehen untätig ablaufen zu lassen.²⁴⁶ In der Strafzumessungsliteratur wird die Tatzeit gelegentlich als strafschärfend angeführt, etwa die Begehung der Tat zur Nachtzeit.²⁴⁷ Diese Argumentation ist aber unhaltbar, was sich an diesem Beispiel besonders gut zeigt, da im gleichen Atemzug auch erwogen wird, die „Tatbegehung am Tag“²⁴⁸ wegen der besonderen Dreistigkeit ebenfalls strafschärfend zu bewerten.²⁴⁹ Die Tatzeit als solche hat deshalb keinen Unrechtsbezug. Anders kann es dagegen sein, wenn der Täter durch die besondere Kombination von Tatort und Tatzeit eine maximale Wehrlosigkeit des Opfers sicherstellt, so bei einem nächtlichen Raubüberfall auf ein abgelegenes Anwesen.²⁵⁰ Solches Vorgehen ist geeignet, eine besonders erhöhte Gefährdung des Rechtsgutsträgers zu bewirken, und daher ist eine Unrechtssteigerung anzunehmen.

5.2 Die verschuldeten Auswirkungen der Tat

Den Erfolgswert der Strafzumessungsschuld umschreibt der Gesetzgeber in § 46 Abs. 2 mit dem Begriff der „verschuldeten Auswirkungen der Tat“. In vielen Darstellungen wird darauf hingewiesen, dass die quantitative Di-

²⁴⁴ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 21; Hörnle, 1999, S. 275.

²⁴⁵ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 83; Walter, GA, S. 208; Tröndle, § 46 Rn. 20; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 16; Schäfer, 1995, Rn. 251; Tröndle, § 46 Rn. 22.

²⁴⁶ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 119; Roxin Jus, 1973, 200.

²⁴⁷ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 111, Bruns, 1985, S. 180.

²⁴⁸ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 111, Bruns, 1985, S. 180.

²⁴⁹ Walter, GS Für Hilde Kaufmann, 1986, S. 502; Hörnle, 1999, S. 276

²⁵⁰ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 111; Hörnle, 1999, S. 277.

mension des Erfolgs strafzumessungsrelevant sei.²⁵¹ Der verschuldete Tat-erfolg ist der bei weitem wichtigste Strafzumessungsgesichtspunkt. Da das Strafrecht für das soziale Zusammenleben besonders wichtige Rechtsgüter schützt und in der Schwere der Strafdrohung nach Rechtsgütern spezifiziert, ist es folgerichtig, auch innerhalb eines Tatbestandes nach der Schwere der Rechtsgutverletzung zu differenzieren.²⁵² Die „verschuldeten Auswirkungen der Tat“ sind von zentraler Bedeutung für die Praxis der Strafzumessung bei Erfolgsdelikten. Dies haben empirische Studien immer wieder gezeigt.²⁵³ Die verschuldeten Auswirkungen der Tat können in einem tatbestandsmässigen Erfolg oder in einer außertatbestandsmäßigen Folge bestehen. Im Hinblick auf ersteren ist schon anhand der gesetzlichen Regelungen ersichtlich, dass entweder die Straffrahmenwahl oder sogar die Strafbarkeit selbst von dem Eintritt der tatbestandsmäßig vorgesehenen Tatfolgen abhängen kann. Beispielsweise setzt die fakultative Milderbestrafung beim Versuch das Ausbleiben des Erfolgs voraus, während die Strafbarkeit von fahrlässigen Erfolgsdelikten vom Eintritt desselben abhängt. Neben dem Erfolg können jedoch auch noch die sogenannten außertatbestandlichen Folgen von Bedeutung für die Strafzumessung sein. Von besonderem Interesse sind die Voraussetzungen, unter denen eine Berücksichtigung der außertatbestandlichen Auswirkungen möglich ist.

5.2.1 Tatbestandsmässige Rechtsgutsverletzung

Soweit zum Strafbestand ein bestimmter Erfolg gehört, darf dessen Eintritt nach dem Doppelverwertungsverbot allein nicht strafschärfend berücksichtigt werden. Doch sind quantitative und qualitative Besonderheiten des Erfolgs unter dem Gesichtspunkt der Auswirkungen der Tat für die Strafzumessung relevant.²⁵⁴ Bei Straftaten gegen das Leben darf für die Gewichtung der Tat grundsätzlich nicht auf das Alter des Getöteten abgestellt werden, weil der Wert des menschlichen Lebens solcher Abstufung nicht zugänglich ist. Deshalb sind die wichtigsten Kriterien bei Straftaten gegen das Leben die Zahl der Opfer.²⁵⁵ Bei Körperverletzungsdelikten sind es Art und

²⁵¹ Bruns, 1985, S. 151ff.; Streng, 1991, S. 176; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 146; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 19.

²⁵² Baumann, AT, 1985, S. 634.

²⁵³ Albrecht, 1983, S. 1317; ders 1989, S. 66ff.; ders 1994, S. 333ff.; Streng, 1984, S. 65f.; ders. 1991, S. 176; Hart-Hönig, 1991, S. 80; Schünemann, 1987, S. 228.

²⁵⁴ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 146; Schäfer, 1995, Rn. 234.

²⁵⁵ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 147; Schäfer, 1995, Rn. 234.

Schwere der Verletzung sowie ebenfalls die Zahl der Opfer. Bei einer gegen Eigentum oder Vermögen gerichteten Straftat sind es das Ausmaß des Schadens und die Zahl der durch eine Handlung Geschädigten.²⁵⁶ Hinsichtlich der Vergewaltigungstaten sind es Verletzungen, die Schwere des sexuellen Eingriffs, die Drohungsintensität und die Beeinträchtigung des Opfers in seinem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.²⁵⁷ Bei dem Delikt des Einbruchsdiebstahls ist es die Anzahl der durch die Tat verwirklichten Delikte und die Schadenshöhe.²⁵⁸ Bei Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz sind es Menge und Gefährlichkeit des Stoffs. Wenn der Täter bspw. nur den Eigenbedarf einführt, so dass eine Gefahr für Dritte nicht besteht, mindert dies den Erfolgswert.²⁵⁹ Bei Steuerhinterziehung geht es um den Betrag der hinterzogenen Steuern sowie den Umstand, ob es sich im Ergebnis um eine Verringerung auf Dauer oder auf Zeit handelt.²⁶⁰ Bezüglich der Determinanten des Strafmaßes bei Raub sind die Schadenshöhe, das Ausmaß der Verletzungen des Opfers und die Drohungsintensität wichtig.²⁶¹

Die tatsächliche Anwendung der fakultativen Milderbestrafung des Versuchs (§§ 23, 49) bei Erfolgsdelikten ist bei nicht eintretenden Folgen aus dem Grund sachlich gerechtfertigt, dass der Verhaltensnormverstoß in der Außenwelt keinen Niederschlag gefunden hat. In allen Fällen ist zwar der subjektive Normbruch gleich. Unterschiede bestehen aber in der Manifestation derselben in der Wirklichkeit. Legitimationsgrund für eine Verhaltensnorm ist die Vermeidung eines schadensträchtigen Verlaufs.²⁶² Auch eine Mitverursachung Dritter, insbesondere des Geschädigten, vermindert das Gewicht der dem Täter zuzurechnenden Tatfolgen und wirkt deshalb strafmildernd. Dies hat einen Bezug zu dem Verstoß gegen Obliegenheiten als Vorverhalten des Opfers. Das Opfer hat also die ihm in seinem Eigeninteresse obliegenden Sorgfaltpflichten.²⁶³ Dies ist etwa der Fall bei Verkehrsdelikten: Eigene Verstöße des Geschädigten gegen die Sorgfalts-

²⁵⁶ Albrecht, 1994, S. 199ff.; Schäfer, 1995, Rn. 234.

²⁵⁷ Albrecht, 1994, S. 431ff.; Schäfer, 1995, Rn. 235.

²⁵⁸ Albrecht, 1994, S. 331ff.; Schäfer, 1995, Rn. 235.

²⁵⁹ Schäfer, 1995, Rn. 235.

²⁶⁰ Albrecht, 1994, S. 199ff.; Schäfer, 1995, Rn. 236.

²⁶¹ Albrecht, 1994, S. 338ff.; Schäfer, 1995, Rn. 235.

²⁶² Freund, AT, § 1, Rn. 9; ders, 1992, S. 100

²⁶³ Büch-Schmitz, 1997, S. 161ff.; Maeck, 1983, 84ff.; Hörnle, 1999, S. 290ff.

pflichten im Straßenverkehr sind unrechtmindernd zu berücksichtigen, wenn sie zur Tatgenese beigetragen haben.²⁶⁴

5.2.2 Außertatbestandliche Folgen

Sehr umstritten ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sogenannte außertatbestandlichen Folgen für die Bestimmung der Strafhöhe von Bedeutung sind. Darunter fallen Folgen der Tat, die zwar aus einem bestimmten deliktischen Verhalten erwachsen, nicht tatbestandlich vertypt, aber dennoch tatbestandlich relevant sind.²⁶⁵ Wenn bspw. ein Unschuldiger wegen Meineides eingesperrt wird, stellt sich die problematische Frage, ob die Meineidstrafe aufgrund der verursachten Freiheitsberaubung erhöht werden kann.²⁶⁶

Als Ansatzpunkt könnte hier die Anwendung des Grundgedankens der §§ 15, 16 dStGB in Betracht kommen.²⁶⁷ Hierfür könnte die Identität der von Gesetzgeber und Richter zu bearbeitenden Sachprobleme mit dem Erfordernis des Vorsatzes bei Vorsatzdelikten sprechen. Der Ausgangspunkt dieser Überlegung liegt darin, dass Strafzumessungstatsachen grundsätzlich nichts anderes sind als individualisierte Tatmerkmale, die vom Gesetzgeber auch ausdrücklich im Tatbestand hätten aufgezählt werden können.²⁶⁸ Hätte der Gesetzgeber diese Merkmale in die Tatbestände aufgenommen, so würden die §§ 15, 16 Anwendung finden. Dies muss konsequenterweise auch dann gelten, wenn es sich um Umstände handelt, die der Richter bei der Bestimmung der Strafhöhe hätte berücksichtigen müssen.²⁶⁹ Es ist aber zweifelhaft, ob die Grundvoraussetzung haltbar ist, dass bei der Aufnahme strafzumessungsrelevanter Aspekte durch den Gesetzgeber stets die §§ 15, 16 anwendbar seien. Hiergegen spricht, dass das Gesetz selbst neben den §§ 15, 16 auch den § 18 vorsieht, der verdeutlicht, dass für den

²⁶⁴ Schäfer, 1995, Rn. 237; Bruns, 1985, 167; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 125; Hörnle, 1999, S. 292.

²⁶⁵ Frisch, ZStW 99 (1987), 755, der auch darauf hinweist, dass die Bezeichnung „außertatbestandliche“ Folgen wenig geglückt ist, weil Folgen, die im wahren Sinne des Wortes außertatbestandlich sind, bei der Bestrafung wegen eines Tatbestandes keine Rolle spielen dürfen. Verwertet werden dürfen genau genommen „außertatbestandliche“ Folgen nur dann, wenn sie zwar nicht im Tatbestand genannt, jedoch tatbestandsrelevant sind.

²⁶⁶ Beispiel aus Horn, SK, § 46 Rn. 107.

²⁶⁷ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 26.

²⁶⁸ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 26.

²⁶⁹ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 26.

Fall der erfolgsqualifizierten Delikte auch solche Auswirkungen für die Strafzumessung herangezogen werden können, die lediglich vorhersehbar waren.²⁷⁰ Der Verallgemeinerung, wonach die §§ 15, 16 den „Regelfall“ darstellten, stehen somit gesetzssystematische Gründe entgegen. Dies spricht möglicherweise dafür, auf den Rechtsgedanken des § 18 zurückzugreifen und lediglich die Vorhersehbarkeit der Folgen zu verlangen.²⁷¹ Allerdings wird damit wiederum aus einer gesetzlichen Regelung ein allgemeines Prinzip abgeleitet, obwohl sie gesetzssystematisch nur auf einen eng umgrenzten Bereich, hier der erfolgsqualifizierten Delikte, bezogen ist.²⁷² Indem der Gesetzgeber auf der Seite der Strafbarkeit die Anwendbarkeit des § 18 nur auf die vereinzelt Fälle der straf erhöhenden innertatbestandlichen Folgen beschränkt hat und dort nur ganz bestimmte Erfolge mit ganz bestimmten Grundtatbeständen in Beziehung gebracht hat, macht er deutlich, dass er nur insoweit Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip als gewahrt ansieht. Dies spricht gegen die Überlegung, die Struktur des § 18 pauschal auf alle unregelmäßig Strafumessungsfälle anzuwenden.²⁷³ Der differenzierende Ansatz berücksichtigt dagegen das doppelspurige System der §§ 15, 16 und 18 auch auf der Strafzumessungsebene, indem er weder nur die Wertung der §§ 15, 16 noch ausschließlich die des § 18 heranzieht, sondern auf Folgen, die die Realisierung von tatbestandstypischen Gefahren darstellen²⁷⁴, bzw. solche, die in den Schutzbereich der verletzen Norm fallen²⁷⁵, abstellt. Indem der Schutzbereich bzw. die tatbestandstypischen Gefahren anhand des Grundtatbestandes festgestellt werden, stellt letzterer eine vorgelagerte Schutznorm dar.²⁷⁶ Nur bei letzterer Betrachtungsweise wird insbesondere die Gefahr einer „indirekten Bestrafung“²⁷⁷ gebannt, die sich ergeben könnte, wenn die Verwirklichung eines Tatbestandes als Legi-

²⁷⁰ Frisch, GA 1972, 327.

²⁷¹ Gribbohm, LK, § 46 Rn. 151; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 570; Spindel, NJW 1964, 1764; ders., ZStW 83 (1971), 215; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 23.

²⁷² Frisch, GA 1972, 328.

²⁷³ Frisch, GA 1972, 328.

²⁷⁴ Frisch, GA 1972, 333, ders., ZStW 99 (1987), 754; Bruns, 1974, S. 424, ders., 1985, S. 164; BGH NStZ 1993, 337.

²⁷⁵ Horn, SK, § 46, Rn. 109; Jescheck/Weigend, AT, S. 888; Schäfer, 1995, Rn. 241ff.

²⁷⁶ Frisch, GA 1972, 332.

²⁷⁷ Bruns, 1974, S. 413; ders., 1985, S. 159; Frisch GA, 1972, 342; ders., ZStW 99 (1987), 752.

timation für die strafschärfende Berücksichtigung sonstiger für sich genommen nicht strafbarer Folgen dient.

Bei dem zuvor erwähnten Meineid-Beispiel stellt sich demnach die Frage, ob die Freiheitsberaubung in den Schutzbereich der Eidesdelikte fällt. Gerade hier zeigt sich die Schwierigkeit des Ansatzes: einerseits könnte davon ausgegangen werden, dass der Schutzzweck der Eidesdelikte lediglich für die Rechtspflege gelte, so dass die Freiheitsberaubung wegen eines falschen Urteils dem Täter als außertatbestandliche Folge nicht zur Last gelegt werden könnte²⁷⁸; andererseits ließe sich jedoch auch vertreten, dass der Schutzzweck der Rechtspflegedelikte auch darin besteht, falsche Urteile zu verhindern und daher bei der Strafzumessung des Meineidtäters der Schaden des zu Unrecht Verurteilten berücksichtigt werden kann.²⁷⁹ Dies zieht allerdings nicht den differenzierenden Ansatz selbst in Zweifel, sondern macht nur deutlich, dass eine Auseinandersetzung mit der genaueren Bestimmung der Schutzzwecke erforderlich ist. Festzuhalten bleibt, dass auch die sogenannten außertatbestandlichen Folgen, soweit sie vom Schutzbereich der Norm umfaßt werden bzw. wenn sie eine Realisierung der im tatbestandlichen Verhalten enthaltenen Gefahr sind, Bedeutung für die Strafzumessung haben können.

6. Das Vorleben, das Nachtatverhalten und die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters

6.1 Allgemeines

Es ist in der Literatur streitig, ob das Vortatverhalten und das Nachtatverhalten des Täters bei der Bewertung der Tatschuld von Bedeutung sein können oder ob es sich dabei um Gesichtspunkte handelt, die allenfalls unter präventiven Aspekten bei der Strafzumessung eine Rolle spielen.²⁸⁰ Der in § 46 Abs. 2 S. 2 dStGB normierte Katalog von Strafzumessungstatsachen umfaßt auch einige täterbezogene Tatsachen wie zum Beispiel die persönlichen und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters, sein Vorleben sowie sein Nachtatverhalten. Der Katalog ist jedoch weder abschlie-

²⁷⁸ So Horn, SK, § 46 Rn. 109.

²⁷⁹ So Frisch, GA 1972, 334.

²⁸⁰ Schäfer, 1995, Rn. 231; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 573; Bruns, 1974, S. 562ff.; dcrs, 1985, S. 219ff.; Jescheck/Weigend, AT, S. 890ff.

hend²⁸¹ noch gibt er Aufschluß über die Relevanz der aufgezählten Tatsachen für die Bestimmung der Schuld.²⁸² In welcher Form diese Strafzumessungserwägungen angestellt bzw. wie die Strafzumessungsentscheidung strukturiert werden soll, ist Teil der Strafzumessungstheorie. Weiterhin herrscht heute noch dahingehend Einigkeit, dass auch die Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit nur in gewissen Grenzen zulässig ist. Zum einen gebietet das Schuldprinzip, dass die Strafe nur an die Schuld im strafrechtlichen Sinn anknüpft, dass also die Tat Grundlage der Strafzumessung ist.²⁸³ Zum anderen ist der Angeklagte im Verfahren Subjekt mit eigenen Rechten, so dass die Erforschung seiner Persönlichkeit nicht zu einer „see-lischen Entkleidung“ führen darf.²⁸⁴ Ferner ist noch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine richtige Erfassung der Persönlichkeitsmerkmale aufgrund der zumeist kurzen Hauptverhandlungsdauer nur schwer möglich ist. So wie im Strafprozeß nur nachgewiesenes Unrecht und nachgewiesene Schuld zur Verurteilung wegen einer Straftat führen dürfen, so müssen auch die Strafzumessungstatsachen prozeßordnungsgemäß festgestellt werden, d.h. es muss ein rechtsgenügender Beweis erbracht sein.²⁸⁵ Die in Art. 3 III dGG genannten Eigenschaften dürfen weder strafscharfend noch strafmildernd berücksichtigt werden.²⁸⁶ Der Gleichheitssatz wird dagegen verletzt, wenn aus bestimmten persönlichen Eigenschaften des Täters dessen erhöhte Pflicht zu rechtstreuem Verhalten und folglich ein höheres Schuldmaß bei der Bewertung von Straftaten abgeleitet wird.²⁸⁷

6.2 Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters

Im Rahmen der persönlichen Verhältnisse des Täter sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Bewertung seiner Schuld und für die Feststellung des Grades seiner Gefährlichkeit von Bedeutung sein können. Zu den persönlichen Verhältnissen des Täters gehören zum Beispiel sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine Intelligenz, seine Herkunft und Erziehung, seine berufliche und soziale Stellung sowie seine Strafempfindlichkeit. Die

²⁸¹ Bruns, 1985, S. 129; Lackner/Kühl, § 46, Rn. 36; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 10, 52.

²⁸² Streng, 1984, S. 25; ders, 1991, S. 182.

²⁸³ Bruns, 1985, S. 192; Schäfer, 1995, Rn. 226.

²⁸⁴ Bruns, 1985, S. 192.

²⁸⁵ Henkel, FS für Lange, 1970, S. 187; Bruns, 1985, S. 283; Mösl, NSZ 1982, 149; BGH NSZ 1997, 336.

²⁸⁶ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 36

²⁸⁷ Jescheck/Weigend, AT, S. 890.

wirtschaftlichen Verhältnisse sind in mancherlei Hinsicht von Bedeutung.²⁸⁸ Sie kennzeichnen oft das Motiv des Täters in seiner Bedeutung für den Tatenschluß. Vor allem bilden sie die Bemessungsgrundlage von Geldstrafen. Sie sind aber auch bei der Verhängung von Freiheitsstrafen zu berücksichtigen. Im folgenden werden die Probleme der Einbeziehung der beruflichen und sozialen Stellung und der wirtschaftlichen Verhältnisse in die Strafzumessung am Beispiel dieser Faktoren dargestellt.

6.2.1 Die berufliche und soziale Stellung

Die berufliche und soziale Stellung kann als außertatbestandliche Verhaltenspflicht Strafzumessungsrelevanz haben.²⁸⁹ Anders als die Strafzumessungsrelevanz von tatbestandlichen Pflichten bereiten außertatbestandliche Pflichten größere Schwierigkeiten. Es besteht kein allgemeiner Rechtssatz dahingehend, dass Angehörigen gewisser Berufsgruppen oder solchen mit einer hohen sozialen Stellung schlechthin eine erhöhte Pflicht zur Befolgung von Normen obliegt.²⁹⁰ In der früheren Rechtsprechung war jedoch eine gehobene berufliche oder soziale Stellung des Täters regelmäßig Anlaß für moralisierende Ausführungen. Insbesondere im Verkehrsstrafrecht wurde dies zu einem gleichheitswidrigen Prominentenstrafrecht ausgedehnt. So wurde beispielsweise die Möglichkeit eines Absehens von Strafe hinsichtlich der Tat eines Verkehrsstaatsanwaltes verneint, da er durch seinen Beruf mit den besonderen Bedürfnissen des Straßenverkehrs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht weitgehend vertraut sei und eine Bestrafung aufgrund seiner Vorbildfunktion erforderlich sei.²⁹¹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass grundsätzlich alle Verkehrsteilnehmer im Straßenverkehr die gleichen Pflichten haben. In den neueren höchstrichterlichen Entscheidungen herrscht eine restriktive Tendenz. In ständiger Rechtsprechung wird gefordert, die berufliche Stellung des Angeklagten dürfe nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, wenn eine „innere Beziehung zwischen Beruf und Straftat“ bestünde.²⁹² Diese Formulierung beanstandet die auf

²⁸⁸ Jescheck/Weigend, AT, S. 891; Maurach/Gössel/Zipf, A.T., Teilband 2, S. 611, Bruns, 1985, S. 198; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 37, 38.

²⁸⁹ Siehe dazu oben 4.

²⁹⁰ Bruns, 1985, S. 193; Stree, 1960, S. 67.

²⁹¹ BGH VRS 15, 412(413).

²⁹² BGH NSiZ 1981, 258; NJW 1987, 2686; NSiZ 1988, 175; BGH wistra 1991, 265, 256.

besondere Pflichten abstellende tatrichterliche Entscheidung.²⁹³ „Innere Beziehungen zwischen Beruf und Straftat“ scheinen jedoch ein viel zu vages, aber auch zu unspezifisches Kriterium zu sein.²⁹⁴ Daher bleibt offen, was den inneren Zusammenhang zwischen Beruf und Begehung der Straftat ausmacht: Ob und aus welchem Grund außertatbestandliche Pflichten unrechtssteigernd sein können. Hierzu hat Frisch vorgeschlagen, auf das Vorhandensein einer Garantenstellung gegenüber dem vom Täter verletzten Rechtsgut abzustellen.²⁹⁵ Die Garantenstellung ist ein sogenanntes objektiv-täterschaftliches Merkmal, das aufgrund der Beziehung zwischen Beruf und Straftat ein gesteigertes Unrecht begründen kann. Es gibt andere Strafzumessungsgründe, die auf eine berufsbedingte, überlegene Kenntnis des Täters von der Tragweite seines Handelns abstellen.²⁹⁶ Eine Strafschärfung beim Verkehrsstrafrecht kann daher nicht generell aus einer sozialen Stellung oder einem Beruf resultieren, sondern allenfalls aus der größeren Erfahrung am Steuer oder aus besonderen technischen Kenntnissen.²⁹⁷ Natürlich ist das Fehlen der Kenntnis strafzumessungsrelevant. Daraus ergibt sich aber nicht im Umkehrschluß, dass die schuldsteigernde Wirkung von „geschärfter Kenntnis“ anzuerkennen ist. Die Vorstellung einer „besonders gesteigerten“ Kenntnis macht keinen Sinn, da es zur Kenntnis eines Sachverhaltens keine Steigerung, sondern nur Abschwächungen geben kann.²⁹⁸ Es zeigt sich erneut, dass es hier vielfach nicht um Fragen des erleichterten Könnens („der betreffende Täter mußte in besonderem Maß wissen, was er tut“), sondern allenfalls um erhöhtes Sollen geht.

6.2.2 Die wirtschaftlichen Verhältnisse

Neben den persönlichen Verhältnissen erwähnt § 46 Abs. 2 dStGB auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters als strafzumessungsrelevante Tatsache. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters haben ganz verschiedene Bedeutungen, je nach dem, ob die wirtschaftlichen Verhältnisse für den Entschluß zur Tatbegehung ursächlich geworden sind und deshalb als Tat-

²⁹³ Der restriktiven Rechtsprechung zustimmend Bruns, 1985, S. 193ff; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 103ff.

²⁹⁴ Frisch, ZStW 99 (1987), 764.

²⁹⁵ Frisch, ZStW 99 (1987), 764.

²⁹⁶ Im Fall eines mit Betäubungsmitteln handelnden Arztes wurde nicht unmittelbar auf ärztliche Pflichten Bezug genommen, sondern auf die Kenntnis von der Gefährlichkeit dieses Tuns, BGH Beschl. vom 16.2.1993, 5 StR 3/93.

²⁹⁷ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 610; Tiedemann, GA 1964, 363.

²⁹⁸ Hörmle, 1999, S. 165f.; Erhard, 1992, S. 77f.

motiv bezeichnet werden dürfen oder ob sie die ganz andere Frage betreffen, wie die aufgeworfene Strafe im Zeitpunkt der Entscheidung auf den Verurteilten wirken, wie stark sie ihn finanziell belasten wird.²⁹⁹ Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters sind vor allem für Geldstrafen von Bedeutung. Insbesondere bei ihrer Bemessung orientiert sich die Höhe der zu zahlenden Tagessätze als schulddeterminierte Entscheidung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Täters.³⁰⁰ Sie sind aber auch bei Freiheitsstrafen zu berücksichtigen, nicht nur insoweit, als sie das Tatmotiv kennzeichnen können, sondern auch hinsichtlich der Lebensverhältnisse des Täters, die für die Tatbeurteilung von Bedeutung sein können.³⁰¹ Hinsichtlich der Festlegung der Anzahl der Tagessätze als schulddeterminierte Entscheidung ist die wirtschaftliche Situation jedoch nur zu berücksichtigen, sofern sie sich auf die Handlungskomponente oder Erfolgskomponente auswirkt. Die finanzielle Lage darf jedoch nicht ausschlaggebend für die Wahl zwischen Geldstrafe und Freiheitsstrafe sein.³⁰² Die Frage, ob ausreichende wirtschaftliche Verhältnisse zur Strafschärfung herangezogen werden dürfen, war lange ungeklärt. Die Rechtsprechung hat die Frage früher häufig verneint,³⁰³ weil sie immer wieder den Grundsatz hervorgehoben hat, dass es unzulässig sei, das Fehlen von Strafmilderungsgründen strafschärfend und das Fehlen von Strafschärfungsgründen strafmildernd zu berücksichtigen. Nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH vom 10. 4. 1987 ist nunmehr anerkannt, dass sich ausreichende wirtschaftliche Verhältnisse für den Täter auch nachteilig auswirken können. Die Feststellung, dass der Täter nicht in Geldnot war, bedeutet, dass er die Straftat aus Motiven begangen hat, für die angesichts seiner wirtschaftlichen Verhältnisse kein Verständnis aufgebracht werden könne.³⁰⁴ Dagegen war schon immer in der Rechtsprechung anerkannt, dass wirtschaftliche Bedrängnis insbesondere bei Eigentums-, Steuer- und Vermögensdelikten zur Strafmilderung führen kann.³⁰⁵ Auch in der Lehre werden die wirt-

²⁹⁹ Bruns, 1985, S. 198.

³⁰⁰ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 37f.; Jescheck/Weigend, S. 891.

³⁰¹ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 37f.

³⁰² Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 60; Bruns, 1974, S. 494ff.

³⁰³ BHG NStZ 1981, 343 ; 1982, 113 ; 1987, 323 ; StV 1987, 100.

³⁰⁴ Gribbohm, LK, § 46 Rn.183.

³⁰⁵ BGH StV 1988, 248; StV 1992, 570; StV 1995, 584; BGH bei Detter, NStZ 1996, 184.

schaftlichen Verhältnisse des Täters hinsichtlich einer Notsituation überwiegend als strafmildernd anerkannt.³⁰⁶

6.3 Vorleben und Nachtatverhalten des Täters

§ 46 Abs. 2 dStGB normiert, dass sowohl das Vorleben als auch das Nachtatverhalten des Täters für die Strafzumessung relevante Faktoren sind. Deshalb gibt es eine Reihe von traditionell im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigten Umständen³⁰⁷, deren Integration in die Kategorien von Unrecht und Schuld schwierig ist. Inwieweit außerhalb des Tatbestandes liegende Umstände in die Strafzumessung einbezogen werden können oder müssen und wie ihre Relevanz zu begründen ist, ist streitig. Festzuhalten ist, dass die Einbeziehung dieser Faktoren weder zur Bestrafung im Sinne einer Lebensführungsschuld noch zur einer Ausdehnung der Prävention über den Rahmen der Schuld hinaus führen darf.

6.3.1 Der Tatbegriff in der Strafzumessungslehre

Beling formulierte als erster die Idee der Strafzumessungsrelevanz des gesetzlichen Tatbestandes. Später griff Spendel diesen Ansatz auf und entwickelte ihn weiter.³⁰⁸ Das Vorleben des Täters und sein Verhalten nach der Tat sind für die Strafzumessung relevant, sofern sie mit dem verwirklichten Tatbestand in einem inneren Zusammenhang stehen, noch in seine „Sphäre“ fallen und mit ihm ein Ganzes bilden.³⁰⁹ Tatsachen, die sich als Außenzone um den eigentlichen Tatbestandskern herumlegen und mit ihm zusammen den erweiterten Tatbestand konstituieren, sind für die Strafzumessung relevant.³¹⁰ Der Tatbestandskern hebt sich von seiner Außenzone ab, die ihrerseits Vor-, Nach-, und Nebenhandlungen umfaßt.³¹¹ Eine derartige Erweiterung des Tatbestandes führt jedoch nur zu einer begrenzten Einbeziehung des Nachtatverhaltens, da die Relevanz der Tatsachen einerseits in zeitlicher Hinsicht begrenzt wird und andererseits nur solches Verhalten

³⁰⁶ Streng, 1991, S. 178; Gribbohm, LK. § 46 Rn. 182; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 13; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 18; Hömle, 1999, S. 322.

³⁰⁷ Hierher gehören beispielsweise Bemühungen um Wiedergutmachung, das Prozeßverhalten des Angeklagten, die Folgen der Tat und die Folgen, die den Täter selbst getroffen haben.

³⁰⁸ Beling, 1906, S. 245ff.; Spendel, 1954, S. 231ff.; Hertz, 1973, S. 84ff.; Hettinger, 1982, S. 84ff.

³⁰⁹ Beling, 1906, S. 246; Spendel, 1954, S. 233ff.

³¹⁰ Beling, 1906, S. 246.

³¹¹ Beling, 1906, S. 246ff.

berücksichtigt wird, welches das durch den Tatbestand geschützte Rechtsgut betrifft.

Auf die Vorarbeiten von Beling und Spendel baut Lang-Hinrichsen seinen normativen Tatbegriff auf. Der gesetzliche Tatbestand ist lediglich eine knappe Stilisierung des strafbaren Verhaltens, bezeichnet aber nicht die Tat in ihrer Gesamtheit.³¹² Die Tat in ihrer Ganzheit wird durch weitere individuelle, über das tatbestandliche Verhalten hinausgehende Umstände gekennzeichnet (Theorie des erweiterten Tatbegriffs). Der Tatbegriff im Sinne des gesetzlichen Tatbestandes ist demnach von dem Tatbegriff im Sinne der Strafzumessung zu unterscheiden.³¹³ Für die Strafzumessung sind diese Tatsachen als Vorzone, begleitende Zone und Nachzone relevant, um die Schuld der Gesamttat feststellen zu können.³¹⁴ Ausgangspunkt für die Strafzumessung ist das konkrete Tatverhalten, welches nach materiellen Wertungsgesichtspunkten bestimmt und in das alle Handlungen einbezogen werden, die unter Wertungsgesichtspunkten für eine umfassende Würdigung des Verhaltens erforderlich sind.³¹⁵ Nur was bei wertender Betrachtung zum einheitlichen Tatkomplex gehört, darf in die Gesamttat einbezogen werden.³¹⁶ Zu einer Werteinheit kann jedoch auch ein Umstand gehören, der zum Wertkern eine größere zeitliche Distanz aufweist, so dass sich hier die oben genannten zeitlichen Probleme nicht ergeben. Die Merkmale des erweiterten Tatbegriffs lassen sich, da sie durch Wertungen zu ermitteln sind, nicht klar festlegen. Welche Umstände in die Gesamttat einzubeziehen sind, bleibt daher vage und ist jeweils von subjektiven Entscheidungen des Richters abhängig. Eine Strafzumessung auf der Basis von subjektiven Wertungen kann aber dem Rechtsstaatsprinzip nicht genügen.

Gegenüber den Lehren Belings und Spendels hat Bruns sich darum bemüht, die entsprechenden Umstände dadurch in die Kategorien von Schuld und Unrecht einzubinden, dass sie nur als Indizien für eine entsprechend geringere oder größere Schuld im eigentlichen Tatzeitpunkt verstanden werden.³¹⁷ Von der Rechtsprechung³¹⁸ und einem Großteil der Lehre³¹⁹

³¹² Lang-Hinrichsen, FS für Engisch, S. 359.

³¹³ Lang-Hinrichsen, a.a. O., 359.

³¹⁴ Lang-Hinrichsen, a.a.O., S. 360.

³¹⁵ Lang-Hinrichsen, a.a.O., S. 363.

³¹⁶ Lang-Hinrichsen, a.a.O., S. 364.

³¹⁷ Bruns, 1974, S. 565ff., 577f.

³¹⁸ BGH NStZ 1984, 259; BGH StV 1984, 21; BGH MDR 1985, 184; eingehende Darstellung dieser Indizkonstruktionen m.w.N. bei Bruns, 1974, S. 565ff., 577f.

werden seither das Vorleben des Täters und sein Nachtatverhalten mittels der sogenannten „doppelspurigen Indizkonstruktion“ in die Strafzumessung einbezogen. Danach haben diese Umstände keine eigenständige, unmittelbare Strafzumessungsrelevanz, sondern werden in die Strafzumessung als positives oder negatives Indiz für die Schuld des Täters oder seine Gefährlichkeit einbezogen, sofern sie Rückschlüsse darauf zulassen.³²⁰ Erforderlich ist, dass die Umstände in einem inneren Zusammenhang mit der konkreten Tat stehen.³²¹ Grundlage der Strafzumessung bleibt zwar nur die Tat, aber die Strafe wird an die Täterpersönlichkeit, wie sie sich aus dem Vorleben und dem Nachtatverhalten ergibt, angepaßt.³²² Diese Theorie geht damit weit über die oben erwähnte Theorie hinaus. Die Rückschlüsse, die vom Vortat- und Nachtatverhalten des Täters auf sein Tatverhalten gezogen werden, lassen sich in psychologischer Hinsicht kaum verifizieren, so dass die Indizkonstruktion Gefahr läuft, auf Fiktionen zu basieren.³²³ Insbesondere fehlt es an psychologischen Erkenntnissätzen dazu, ob und inwieweit das Nachtatverhalten Schlüsse auf die Einstellung des Täters zu seiner Tat zuläßt.³²⁴ Dieses Argument von Frisch zeigt deutlich, dass der Indizkonstruktion – ebenso wie der Lehre des erweiterten Tatbegriffs – der Gedanke zugrundeliegt, dass alle für die Strafhöhe bedeutsamen Faktoren in irgendeiner Weise schon das Maß der Schuld beeinflussen.

Vorleben und Nachtatverhalten müssen insoweit einen selbständigen Bezug zu den Kategorien von Unrecht und Schuld haben, als sie für die Strafmaßentscheidung von Bedeutung sein können. Relativ unproblematisch ist die Erfassung des Vorlebens. Denn diesem kommt nach heute wohl ganz h.M. Bedeutung nur insoweit zu, als es z.B. auf Einschränkungen der Möglichkeiten zur Tatvermeidung hinweist oder durch Vorstrafen das Ausmaß der Schuld selbst beeinflusst (die Problematik solcher Schuld-erhöhung wird im nächsten Abschnitt behandelt).³²⁵ Wenn man der Meinung ist, dass Unrecht und Schuld der Tat mit deren Vollendung oder Beendigung feststehen, können Umstände, die der Tatbegehung zeitlich nach-

³¹⁹ Jescheck/Weigend, AT, S. 891; Schäfer, 1995, Rn. 269; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 30, 39; Streng, 1991, S. 177; Hirsch, LK, § 46 Rn. 6-8; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 186; Horn, SK, § 46 Rn. 123, 132; Lackner, § 46 Rn. 36.

³²⁰ Bruns, 1974, S. 576.

³²¹ BGH NJW 1979, 1835; BGH NStZ 1984, 259; BGH StV 1984, 21.

³²² Bruns, 1974, S. 577.

³²³ Frisch, ZStW 99 (1987), 772.

³²⁴ Frisch, ZStW, 99 (1987), 780.

³²⁵ Frisch, GA 1993, 16 Fn. 71.

folgen, das Tatunrecht und die Schuld nicht mehr beeinflussen.³²⁶ Im Interesse wirksamen Opferschutzes auf der Ebene der Strafzumessung wird es jedoch als unproblematisch angesehen, das Ausmaß der Opferbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Damit wird aber auch die Einbeziehung von kompensatorischen Maßnahmen in die Bewertung des Erfolgsunrechts ermöglicht.³²⁷ Im übrigen ist sonstigem Nachtatverhalten häufig zumindest erhebliche präventive Bedeutung beizumessen,³²⁸ die sich in der Vollstreckungsphase auswirkt.³²⁹

6.3.2 Die Relevanz der Vorstrafen in der Praxis

Vorstrafen und Vortaten sind in der Praxis bedeutsame Strafzumessungsfaktoren.³³⁰ In § 48 dStGB a.F. war die strafe erhöhende Relevanz von Vorstrafen ausdrücklich normiert („... ist ihm im Hinblick auf Art und Umstände der Strafe vorzuwerfen, dass er sich die früheren Verurteilungen nicht hat zur Warnung dienen lassen.“). Trotz seines Wegfalls werden auch heute Vorstrafen strafe erhöhend berücksichtigt, sofern der Täter die von der Vorstrafe ausgehende Warnfunktion³³¹ in vorwerfbarer Weise mißachtet hat (regelmäßig werden Vorstrafen als schuldsteigernde Umstände angeführt³³²) oder die Rückfälligkeit auf die zukünftige Gefährlichkeit des Täters schließen läßt (Prävention).³³³

³²⁶ In diesem Sinne differenziert Zipf zwischen dem Erfolgsunrecht und der sogenannten Erfolgskomponente der Strafzumessungsschuld (Maurach/Gössel/Zipf, A.T., Teilband 2, S. 564, 574ff.).

³²⁷ Schäfer, 1995, Rn. 238; Hörnle, 1999, S. 297; Erhard, 1992, 227; Frisch, 1987, S. 780f., der auf den Aspekt der „Rechtfriedensstörung“ abstellt.

³²⁸ Horn, SK, § 46 Rn. 135; Frisch, ZStW 99 (1987), S. 778f.; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 573f.; Erhard, 1992, S. 228.

³²⁹ Bspw. durch die Veränderung der verhängten Strafe im Vollstreckungsverfahren, vgl. Albrecht, 1994, S. 148ff.

³³⁰ Albrecht, 1994, S. 330ff.; Streng, 1991, S. 177; Erhard, 1992, S. 22.

³³¹ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 608; Zipf, FS für Tröndle, 1989, S. 445; Bruns, 1985, S. 223; Schäfer, 1995, Rn. 275ff.; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 37; Schöнке/Schröder/Stree, § 46 Rn. 31.

³³² BVerfGE 50, S. 125, 136; BGHSt. 24, S. 198, 200; Bruns, 1985, S. 224; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 608; Schäfer, 1995, Rn. 281; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 158; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 24a; Köhler, AT, S. 604.

³³³ Jescheck/Weigend, AT, S. 892; Bruns, 1985, S. 223; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 158; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 24a; Zipf, 1977, S. 70

Warum soll die Warnung, die von einer früheren Verurteilung ausgeht, eine Erhöhung der Tatschuld bedeuten? Was hat dieser Umstand mit der jetzt zu beurteilenden Tat zu tun?

Die Hemmschwellentheorie begründet dies folgendermaßen: Durch die Vorverurteilungen werde eine besonders hohe Hemmschwelle vor der Begehung erneuter Straftaten aufgebaut. Die Überwindung einer solchen Hemmschwelle bedeute erhöhte Schuld.³³⁴ Alles kriminologische Wissen spricht jedoch dafür, dass frühere Verurteilungen regelmäßig geminderte Schuld indizieren. Vorstrafen können zu einer Einschränkung der Wahlmöglichkeit geführt haben, weil sich nicht aus (einem Teilbereich von) Bewußtsein auf das voluntative Element schließen läßt.³³⁵ Bei dem typischen Rückfalltäter werden nämlich motivatorische Wirkungen der Vorstrafen nicht nur „regelmäßig durch habituelle oder entwicklungsbedingte Defizite der Vermeidemacht wieder voll kompensiert“³³⁶, vielmehr wird dessen Deliktsresistenz mit der ersten Straftat und deren Folgen noch weiter geschwächt.³³⁷

Ein neuerer Erklärungsansatz interpretiert die herrschende Praxis der Rechtsprechung so, dass sie dem Vorbestraften eine höhere Pflicht zur Rechtstreue auferlegt: Die vorherrschend praktizierte Strafverschärfung gegenüber Vorbestraften ist der Sache nach nicht als Fall erhöhter Schuld, sondern als die Postulierung erhöhten Aktunrechts zu bewerten.³³⁸ Es bleibe dann also eine Interpretation des Rückfalls als objektiv-täterschaftliches Merkmal, das strukturell vergleichbar ist mit einer gesteigerten Rechtspflicht wie etwa bei Amtsträgern und Garanten.³³⁹ Amtsträger oder Garanten trifft aber nur deswegen eine gesteigerte Pflicht zur Rechtstreue, weil ihnen besondere Rechtsgutsobjekte zum Schutz zugewiesen wurden. Die Verletzung ihrer Pflichten gefährdet die Rechtsgutsobjekte in größerem Masse und hat somit eine nachvollziehbare Unrechtssteigerung zur Fol-

³³⁴ Erhard, 1992, S. 61 ff.

³³⁵ Eisenberg, Kriminologie, § 31 Rn. 54.

³³⁶ Frisch, ZStW 99 (1987), 774; Stratenwerth, 1972, S. 16.

³³⁷ Stratenwerth, 1972, S. 16; Albrecht, 1994, S. 324; Meier, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschung, 1983, S. 1338 ff.; Schönemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neue Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 236; Hart-Höning, 1992, S. 42; Erhard, 1992, S. 67 ff.

³³⁸ Mir Puig, ZStW 86 (1974), 197 ff.; Köhler, AT, S. 604; vgl. auch Armin Kaufmann, 1954, S. 212.

³³⁹ Erhard, 1992, S. 264 ff.

ge.³⁴⁰ Anders hingegen bei Vorbestraften: Von ihnen wird niemand größeren Schutz für bestimmte Rechtsgüter erwarten können. Außerdem wird Handlungsunrecht ausschließlich durch die Umstände der abzuurteilenden Handlung bestimmt.³⁴¹ Auch in spezialpräventiver Hinsicht wird die Praxis anwachsender Strafhöhen bei zunehmender Vorstrafenanzahl begründet. Dies ist jedoch aus folgendem Grund eine zweifelhafte Begründung. Die vorangegangenen Strafen sind schon ein Indiz für die Fruchtlosigkeit von Resozialisierungsbemühungen bzw. Individualabschreckung.³⁴² Außerdem begründet eine erhöhte Strafe wegen der erneuten Straftat sogar die Gefahr einer weiter desozialisierenden Wirkung.³⁴³

§ 51 BZRG grenzt die Verwertung von Vorstrafen stark ein, indem er die Berücksichtigung getilgter oder zu tilgender Eintragungen im Rechtsverkehr verbietet.³⁴⁴ Zudem sieht die Rechtsprechung die Berücksichtigung weit zurückliegender Vortaten grundsätzlich als unzulässig an, da deren Auswirkung auf die jetzige Tat nicht mehr zu begründen ist.³⁴⁵ In Anknüpfung an die ehemalige Regelung des § 48 IV dStGB a.F. werden Vorstrafen nicht mehr berücksichtigt, wenn sie bereits mehr als fünf Jahre zurückliegen. Auch frühere DDR-Vorstrafen indizieren nicht unbedingt eine erhöhte Schuld.³⁴⁶ Problematisch ist insbesondere die Einbeziehung nicht abgeurteilter Taten, der schon die Unschuldsvermutung entgegensteht.³⁴⁷ Ihrzufolge hat ein Angeklagter so lange als unschuldig zu gelten, bis seine Schuld prozeßordnungsgemäß durch ein Urteil einwandfrei und rechtskräftig festgestellt wurde.³⁴⁸ Eine prozeßordnungsgemäße Feststellung nach § 261 dStPO reicht demnach zu einer Widerlegung der Unschuldsvermutung nicht aus. Durch eine Strafschärfung würde man aber gerade zum Ausdruck bringen, dass der Täter dieser Taten schuldig ist. Selbst im Prozeß festgestellte, aber nicht abgeurteilte Taten, dürfen also nicht straf erhöhend berücksichtigt werden. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass diese nicht

³⁴⁰ Erhard, 1992, S. 268; Frisch, ZStW 99 (1987), 764; Walter, 1986, GS für Hilde Kaufmann, S. 499, 503f.

³⁴¹ Frisch, ZStW 99 (1987), 773; Albrecht, 1994, S.324.

³⁴² Streng, 1991, S. 177.

³⁴³ Stratenwerth, 1972, S. 18; Meier, a.a.O., 1983, S. 1337; Frisch, ZStW 99 (1987), 772; Horn, SK, § 46 Rn. 124ff.; Jescheck/Weigend, AT, S. 893.

³⁴⁴ Zipf, FS für Tröndle, 1989, S. 445; Jescheck/Weigend, AT, S. 892.

³⁴⁵ BGH MDR 1974, 721; BGHSt. 5, S. 124 (131f.); 6, S. 243 (246).

³⁴⁶ BGH NSLZ 1992, 327.

³⁴⁷ Vogler, FS für Kleinknecht, S. 438ff.

³⁴⁸ BVerfGE 35, S. 202 (232).

abgeurteilten Taten bei späteren Verurteilungen erneut strafschärfend berücksichtigt werden, was aufgrund des Doppelbestrafungsverbots aber nicht zulässig ist („ne bis in idem“, Art. 103 III dGG).³⁴⁹ Die von der Praxis angenommene Steigerung der Schuld ist letztlich wohl doch eng verwoben mit dem Gedanken der Lebensführungs- oder Charakterschuld³⁵⁰, die vom Standpunkt eines an der Tatschuld orientierten Schuldbegriffs nicht als relevant angesehen werden kann.

Allein positiv-generalpräventiver Bedarf könnte eine Erklärung für die Strafpraxis geben. Hartnäckiges Wiederholen von Straftaten werde als besonders bedrohliche Auflehnung gegen die Rechtsordnung erlebt; diese Bedrohungsgefühle lösten punitive Reaktionen aus³⁵¹, weil die Strafzumessung den Normbestätigungsbedürfnissen der Allgemeinheit Rechnung tragen solle.³⁵² Aber auch die Annahme einer aus Gründen besonders ausgeprägter Beunruhigung in der Bevölkerung wegen wiederholter Straffälligkeit desselben Täters gesteigerten Strafe ist Bedenken ausgesetzt. Die Tatsache der Tatwiederholung selbst wird nämlich im Regelfall nicht bekannt sein.³⁵³ Die straflimitierende Funktion des Schuldprinzips würde geschwächt, wenn Strafbedürfnisse der Allgemeinheit ausreichen, um damit Straferhöhungen zu begründen.³⁵⁴ Die allgemeine Gefährlichkeit des Täters für die geschützten Rechtsgüter, seine mangelnde Rechtstreue, dies sind allenfalls spezialpräventive Gesichtspunkte oder maßregelrelevante Faktoren, die aber mit Tatunrecht und Tatschuld im eigentlichen Sinne nichts zu tun haben und daher keine straf erhöhenden Gründe sind.

Ein straffreies Vorleben wird in der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung³⁵⁵ und von einem Großteil der Literatur³⁵⁶ als Milderungsgrund

³⁴⁹ Vogler, FS für Kleinknecht, S. 440; Erhard, 1992, S. 267.

³⁵⁰ Erhard, 1992, S. 270.

³⁵¹ Stratenwerth, 1972, S. 18; Streng, 1991, S. 177; Walter, GS für Hilde Kaufmann, 1986, S. 503.

³⁵² Streng, 1991, S. 177; Frisch, ZStW 99 (1987), 772ff.; Jescheck/Weigend, AT, S. 892; Schünemann, in: Eser/ Cornils (Hrsg.), Neue Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 337; Erhard, 1992, S. 320; Hart-Hönig, 1992, S. 42.

³⁵³ Albrecht, 1994, S. 324; Horstkotte, in: Jehle, Individualprävention, S. 169-171; Horn, SK, § 46 Rn. 124ff.; Zipf, FS für Tröndle, S. 444.

³⁵⁴ Walter, GS für Hilde Kaufmann, S. 511; Hörmle, 1999, S. 164.

³⁵⁵ BGH StV 1981, 236; BGH NStZ 1982, 376; BGH NStZ 1988, 70; BGH StV, 1988, 205; BGH StV 1996, 205.

³⁵⁶ Bruns, 1985, S. 228; Jescheck/Weigend, AT, S. 891; Schäfer, 1995, Rn. 271; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 608f.; Horn, SK, § 46 Rn. 84; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 38; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 173, 174.

angesehen. Wenn der BGH Vorstrafen als Strafschärfungsgrund ansieht, weil es im Normalfall an einer solchen Warnung fehle, dann setzt er sich meines Erachtens dazu selbst in Widerspruch, wenn er bisherige Unbestraftheit als Milderungsgrund ansieht. Die Annahme einer Milderung ist nur dann richtig, wenn vom vorbestraften Täter als Normalfall ausgegangen wird.³⁵⁷ Die Rechtsprechung behilft sich mit dem Postulat, es gebe keine normativen Normalfälle in der Strafzumessung.³⁵⁸ Diese Begründung stiftet jedoch mehr Verwirrung, als dass sie zu einer Klärung beiträgt, wie noch ausführlicher zu begründen sein wird.³⁵⁹ Ferner basiert die Strafrechtsordnung auf der Vorstellung, dass bereits der Ersttäter voll schuldfähig ist, weil es keine Differenzierung von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit zwischen Erst- und vorbestraften Tätern gibt.³⁶⁰

6.3.3 Das Verhalten im Verfahren

Das Verhalten im Verfahren ist, wie sich in einer Vielzahl von Urteilsaufhebungen gezeigt hat, für den Tatrichter offensichtlich ein bedeutender Strafzumessungsumstand.³⁶¹ In bezug auf die Einbeziehung des Prozeßverhaltens stellt sich jedoch das Problem, dass es keine wissenschaftlich verlässlichen Antworten auf die Frage gibt, inwieweit aus der Verhandlungssituation auf die Tatbegehung geschlossen werden kann.³⁶² Eine derartige Auswirkung ist mithin psychologisch nicht oder kaum feststellbar. Zudem befindet sich der Angeklagte vor Gericht in einer Ausnahmesituation, die für ihn mit physischen und psychischen Belastungen verbunden ist und in der er andere Reaktionen zeigt als unter normalen Umständen.³⁶³

Die Rechtsprechung berücksichtigt hartnäckiges Leugnen oder wahrheitswidrige Behauptungen zum Teil strafferhöhend, da dies ein Indiz für größere Verstocktheit, Verschlagenheit und ein Mangel an Reue oder Einsicht sei.³⁶⁴ Der Täter weise damit eine höhere Rechtsfeindschaft auf, die die Gefahr künftiger Rechtsbrüche indiziere.³⁶⁵ Gegen eine solche Wertung des Prozeßverhaltens sprechen zwei Gesichtspunkte, nämlich die Beurtei-

³⁵⁷ Frisch, GA 1989, 358 Fn. 82.

³⁵⁸ BGHSt. 34, 345 (350ff.).

³⁵⁹ Frisch, GA 1989, 345f.; Hörnle, 1999, S. 381f.

³⁶⁰ Erhard, 1992, S. 301f.

³⁶¹ Schäfer, 1995, Rn. 291.

³⁶² Frisch, ZStW 99 (1987), 780.

³⁶³ Maurach/Gössel/Zipf, AT. Teilband 2, S. 614.

³⁶⁴ BGH 1, S. 105 (106); BGH NJW 1955, 1158.

³⁶⁵ BGH NStZ 1982, 453; BGH NStZ 1985, 545.

lungsprobleme des Prozeßverhaltens hinsichtlich der Aussagekraft und die Verteidigungsrechte des Angeklagten.³⁶⁶ Es ist Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte, die Wahrheit zu erforschen und festzustellen, es gelten also Officialprinzip und Untersuchungsgrundsatz. Der Täter kann daher schweigen, leugnen oder lügen, ohne dass dies negative strafprozessuale Folgen für ihn hat (§ 243 Abs. 4 dStPO).³⁶⁷ Strafbar macht der Täter sich nur dann, wenn durch sein Verhalten Rechtsgüter betroffen sind, die über die Verhandlungsführung hinausgehen.³⁶⁸ Da das Leugnen, Schweigen und Lügen prozeßrechtlich zulässig ist, darf es nicht mittels der Begründung erhöhter Schuld faktisch durch eine Straferhöhung sanktioniert werden.³⁶⁹ Dem schweigenden oder leugnenden Anklagten darf deshalb wegen seines Schweigens oder Leugnens nicht vorgeworfen werden, dass er uneinsichtig sei und keine Reue zeige, sich nicht beim Opfer entschuldigt habe, keine Schadenswiedergutmachung geleistet oder sich im Schadensersatzprozeß streitig verhalten habe.³⁷⁰

Ein Geständnis des Angeklagten als solches ist überhaupt kein Indiz für geringere Schuld oder Gefährlichkeit des Täters, entscheidend ist vielmehr das ihm zugrundeliegende Motiv in seiner symptomatischen Bedeutung.³⁷¹ Deshalb gilt eine strafmildernde Berücksichtigung sicher dann, wenn das Motiv von Einsicht in das begangene Unrecht getragen ist. Aber wer kann das beurteilen?³⁷² Die Schlüsse, die aus dem Geständnis als Indiz für die Schuld des Täters im Zeitpunkt der Tat, auf seine Persönlichkeit, auf seine Gefährlichkeit und auf die zu stellende Prognose zu ziehen sind, können von Fall zu Fall stark variieren.³⁷³ Anders ist dies aber dann, wenn es sich um ein Geständnis handelt, mit dem der Täter die Wiedergutmachung fördern kann, und dieses Geständnis eine Beseitigung oder Verringerung der Tatfolgen erreicht.³⁷⁴

³⁶⁶ Fezer, FS für Stree/Wessels, S. 682.

³⁶⁷ Fezer, a.a.O., S. 677, 683; Roxin, StPO, S. 199.

³⁶⁸ Fezer, a.a.O., S. 678.

³⁶⁹ Fezer, a.a.O., S. 683.

³⁷⁰ Schäfer, 1995, Rn. 291ff.

³⁷¹ Bruns, 1974, S. 596.

³⁷² Schäfer, 1995, Rn. 296.

³⁷³ Brauns, 1996, S. 199.

³⁷⁴ Brauns, 1996, S. 200.

6.3.4 Die Wiedergutmachung

§ 46 Abs. 2 dStGB hebt hervor, dass aus dem Komplex des Nachtatverhaltens insbesondere das Bemühen um Schadenswiedergutmachung und einen Ausgleich mit dem Verletzten von Relevanz für die Strafzumessung sind. Dem Gedanken der Schadenswiedergutmachung und des Täter-Opfer-Ausgleichs wurde überdies durch die Einführung des § 46a dStGB mit dem Verbrechenbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober größeres Gewicht eingeräumt. So besteht nunmehr nach § 46a die Möglichkeit einer Strafmilderung oder eines Absehens von Strafe bei kleinerer und mittlerer Kriminalität, wenn der Täter in seinem Bemühen um einen Täter-Opfer-Ausgleich seine Tat ganz oder teilweise wiedergutmacht oder doch deren Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt hat oder wenn er unter persönlichen Opfern oder persönlichem Verzicht das Opfer entschädigt hat.³⁷⁵ Dieser Regelung liegt die Auffassung zugrunde, dass die Schadenswiedergutmachung auf den Ausgleich der materialisierbaren Tatfolgen abzielt und damit inhaltlich dem Schadensersatz des bürgerlichen Rechts nahesteht, ohne freilich hierauf beschränkt zu sein, während der Täter-Opfer-Ausgleich eine zwar den Schadensersatz einbeziehende, sachlich jedoch auf umfassendere Friedensstiftung angelegte Konfliktbewältigung meint.³⁷⁶

In der Strafrechtswissenschaft wird in erster Linie diskutiert, inwieweit Wiedergutmachung mit den Strafzwecken vereinbar ist, d.h. vor allem, ob Wiedergutmachungsleistungen zur präventiven Funktion des Strafrechts beitragen.³⁷⁷ Eine in das Strafrecht integrierte Wiedergutmachung ist keine Strafe, weil die Strafe auf jeden Fall ein Zwangseingriff in die Rechte des Täters ist. Die Wiedergutmachung ist ferner kein Strafzweck und keine Maßnahme. Sie ist eine eigenständige strafrechtliche Reaktion mit teilweise zivilrechtlichen Elementen, die keinen neuen Strafzweck ergibt, sondern den herkömmlichen Strafzwecken der Integrationsprävention und Spezialprävention dient.³⁷⁸ Die Wiedergutmachung bietet aus spezialpräventiver Perspektive ein Lern- und Kommunikationskonzept, das Einsicht und positive Erfahrungen verspricht und darüber hinaus sogar die Möglichkeit,

³⁷⁵ Kaiser, Kriminologie, S. 940

³⁷⁶ Walther, 2000, S. 71; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 209ff.

³⁷⁷ Frehsee, 1987, S. 47ff.; Brauns, 1996, S. 172ff.; Albrecht, in: Eser/Kaiser/Madlener (Hrsg.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, 1990, S. 46ff.

³⁷⁸ Roxin, in: Eser/Kaiser/Madlener (Hrsg.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, 1990, S. 370; Frehsee, 1987, S. 41.

strafrechtlich vermittelte Sozialpädagogik am Opfer selbst einzusetzen.³⁷⁹ Bezüglich der positiven Generalprävention kann auf die Vereinbarkeit mit dem Rechtsbewährungsgedanken verwiesen werden, mit dem es möglich ist, jedenfalls die Sanktionsintensität zu mildern, gegebenenfalls auch ganz auf Sanktionen zu verzichten, wenn sich der Straftäter mit dem Angebot und dem Vollzug der Wiedergutmachung unterwirft und damit deutlich macht, dass er am Rechtsbruch selbst und dessen Folgen nicht festhalten will.³⁸⁰ Die Wiedergutmachung kann jedoch auch auf dem Kalkül des Täters beruhen, sich möglichst bequem aus der Affäre zu ziehen, um neue Straftaten zu begehen, und bei der positiven Generalprävention könnten etwa Einbussen auftreten, wenn der Eindruck entstünde, manche Täter könnten sich „freikaufen“.³⁸¹

Im StGB und in strafrechtlichen Nebengesetzen finden sich Regelungen, die eine Privilegierung desjenigen Täters ermöglichen, der von der weiteren Ausführung seiner Tat absieht, einen Schaden verhindert oder ein sonstiges Verhalten zeigt, das die negativen Auswirkungen seiner Straftat verhindern oder mildern soll.³⁸² Wenn aber Unrecht und Strafe in Bezug zueinander stehen, muss auch eine Strafmilderung bzw. Strafbefreiung bewirkende Wiedergutmachung zum zuvor verwirklichten Unrecht in Bezug stehen.³⁸³ Dann stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen auch Ausnahmen von der bereits verwirkten Strafandrohung legitimiert sein können. Diese Legitimation kann sich grundsätzlich darin finden, dass der Täter eine Wiedergutmachung gezeigt hat, die von der Rechtsordnung als so wertvoll angesehen wird, dass sie dazu geeignet erscheint, das Unrecht der zuvor begangenen Straftat wieder aufzuheben oder zu mildern. Denn soweit das vom Täter zunächst verwirklichte Unrecht auch nach der Wiedergutmachung in unveränderter Art und Weise fortbestünde, wäre auch der staatliche Strafanspruch unverändert legitimiert und durchsetzbar.

Wenn der Täter den durch die Tat verursachten Schaden vollständig ersetzt hat, muss die Tatschwere durch das Handlungsunrecht definiert wer-

³⁷⁹ Frehsee, 1987, S. 47ff.; Streng, 1991, S. 179; Jescheck/Weigend, AT, S. 896.

³⁸⁰ Frisch, ZStW 99 (1987), 781; Streng, 1991, S. 179; Jescheck/Weigend, AT, S. 896; Roxin, a.a.O., 1990, S. 370; Albrecht, a.a.O., 1990, S. 47.

³⁸¹ Brauns, 1996, S. 172f.

³⁸² Frisch, ZStW 99 (1987), 781; Brauns, 1996, S.104ff; Blöcker, 2000, S. 20. Das Strafgesetzbuch benennt solches Nachtatverhalten mit so unterschiedlichen Bezeichnungen wie Rücktritt, tätige Reue und Wiedergutmachung.

³⁸³ Brauns, 1996, S.171ff.; Hörnle, 1999, S. 297; Schäfer, 1995, Rn. 238; Blöcker, 2000, S. 21.

den, weil der Erfolgswert dann fehlt (z.B. durch die sofortige Rückgabe der Tatbeute).³⁸⁴ Die materielle Wiedergutmachung des durch die Tat angerichteten Schadens ist im Rahmen der Strafhöhenzumessung dazu geeignet, zumindest einen Teil des Erfolgswerts zu ersetzen. Bei immateriellen Schäden ist es umstritten, welche Anforderungen an erfolgsmindernde Kompensationsleistungen zu stellen sind. Die Alternative, Leistungen ohne unmittelbaren Bezug zum Taterfolg bei der Bewertung des Erfolgswerts überhaupt nicht zu berücksichtigen,³⁸⁵ bringt nicht genügend den Unterschied zwischen bloßen Bemühungen und einer real erfolgten Besserstellung des Opfers zum Ausdruck. Deshalb geht die Mehrheit der Lehre von einem weiten Spektrum an kompensatorischen Leistungen als Wiedergutmachung aus.³⁸⁶ Zwar wirkt sich eine Wiedergutmachung durch Dritte auch auf die Erfolgskomponente der Tat aus³⁸⁷, es zeigt sich darin jedoch nicht, dass der Täter die Geltung der Norm wieder anerkennt. Daher kann eine solche Wiedergutmachung dem Täter grundsätzlich nicht zugerechnet werden, obwohl die damit verbundene Minderung des Erfolgswerts beim Strafbemessungsvorgang gemäß § 46 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen sein mag.³⁸⁸ Auch der Umstand, dass der Täter die Wiedergutmachung durch Dritte veranlaßt, gefördert oder erleichtert hat, kann für die Strafzumessung berücksichtigt werden.³⁸⁹ Die Wiedergutmachung ist grundsätzlich bis zum Verfahrensabschluß möglich,³⁹⁰ wobei ihr in Abhängigkeit vom Verfahrenszeitpunkt ein jeweils anderer Wert zukommt.³⁹¹ Dabei muss insbesondere beachtet werden, dass die Wiedergutmachung möglicherweise nur aufgrund des Verfahrensdrucks und damit unfreiwillig vorgenommen wird

³⁸⁴ Hömle, 1999, S. 298.

³⁸⁵ Brauns, 1996, S. 183, nennt als Beispiel eine Erholungsreise für das Opfer einer Körperverletzung: Geschenke des Täters, die den Schadensverlauf beeinflussen, sollen bei der Bestimmung des Erfolgswerts zu berücksichtigen sein, während andere Geschenke außer Betracht bleiben sollen.

³⁸⁶ Horn, SK, § 46 Rn. 3; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 40; Kilchling, NSZ 1996, 310; Hömle, 1999, S. 300f.

³⁸⁷ Für die strafmildernde Berücksichtigung aus diesem Grund, siehe Gribbohm, LK, § 46 Rn. 215.

³⁸⁸ Brauns, 1996, S. 197; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 40.

³⁸⁹ Brauns, 1996, S. 197.

³⁹⁰ Nach § 46a dStGB ist die Wiedergutmachung dagegen nur bis zu Beginn der Hauptverhandlung möglich.

³⁹¹ Horn, SK, § 46a Rn. 4f.; Schönke/Schröder/Stree, § 46a Rn. 4; Brauns, 1996, S. 228.

oder dass der Täter sie bewußt einsetzt, etwa wenn sich seine Verfahrensposition verschlechtert.³⁹²

³⁹² Brauns, 1996., S. 231ff.

B. Korea

I. Die Entwicklungsgeschichte des koreanischen Strafrechts

1. Überblick

Zum besseren Verständnis des koreanischen Strafzumessungsrechts soll zunächst ein historischer Überblick über das koreanische Strafrecht gegeben werden. In ihm werden die Einflüsse aufgezeigt, die verschiedene Denkmodelle und politische Ereignisse auf die strafrechtliche Entwicklung des Landes hatten. Darüber hinaus erscheint ein solcher rechtshistorischer Überblick notwendig, um die Rechtsvergleichung mit dem deutschen Strafzumessungsrecht durchzuführen. In Korea gab es bereits in früher Zeit Strafgesetze. Allerdings sind aus der Zeit bis Ende des 10. Jahrhunderts keine genauen Materialien überliefert. Bis zum Beginn der modernen Zeit war das koreanische Strafrecht im großen und ganzen von den einheimischen Traditionen, chinesischen Einflüssen sowie dem jeweiligen Zustand der koreanischen Gesellschaft geprägt.¹ Die koreanische Gesellschaft ist auch heute noch durch den Konfuzianismus beeinflusst. Konfuzianische Moral und Weltanschauung haben die bedeutendste Stellung und sie bilden die Verhaltensnormen und Maßstäbe für das Alltagsleben der Menschen, auch wenn die heutige koreanische Kultur von verschiedenen Kulturelementen geprägt wird, in die neben der westlichen Kultur auch verschiedene fernöstliche Kulturen eingeflossen sind.²

Nach konfuzianischer Auffassung wird die Sittlichkeit als Grundlage aller rechtlichen Ordnung angesehen. Riten und sittliche Normen sind ihr zufolge von größerem Gewicht als das positive Recht.³ Das Recht war im traditionellen Korea daher nur ein Mittel der Wahrung und Aufrechterhaltung der Sittenordnung und hatte in diesem Sinne die Bedeutung eines ethischen Minimums.⁴ Es regelte denjenigen Teil der Moral, der zur Wahrung der

¹ Z.U. Tjong, FS für Welzel, S. 277, ders., ZStW 88 (1976), 785; H.K. Lee, AT, S. 33; Y.S. Lee, 1992, S. 117; C.C. Ryu, 1997, S. 95. Bis zum Ende des neunzehnten Jahrhunderts, bis zur Öffnung Koreas für die abendländische Zivilisation, stand das koreanische Strafrecht im wesentlichen unter chinesischem Einfluß. Das traditionelle chinesische Recht war dadurch gekennzeichnet, dass es die konfuzianische ethische Lehre zur geistigen Grundlage hatte.

² B.H. Suh, 1996, S. 4ff.

³ Z.U. Tjong, FS für Welzel, S. 277.

⁴ Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976), 797.

sozialen Ordnung unbedingt verwirklicht werden mußte. Ihm räumte man nur eine sekundäre Bedeutung ein. Das bedeutet, dass das Recht in Gestalt der Gesetze immer nur dann zum Zuge kommt, wenn die sozialetischen Normen von den Bürgern nicht befolgt wurden.⁵ Ein weiterer ideologischer und gesellschaftlicher Hintergrund des traditionellen koreanischen Strafrechts ist in einem streng hierarchischen Aufbau der Gesellschaftsstruktur zu sehen.⁶ Es bildeten sich in etwa vier Klassen heraus: die obere Yangban-Klasse, das mittlere, das einfache und das niedere Volk. Die Yangban-Klasse besaß viele rechtliche und gesellschaftliche Privilegien. Angehörige dieser Klasse blieben von körperlicher Strafe verschont, abgesehen von schweren Staatsdelikten wie Hoch- und Landesverrat. Sie genossen einen absoluten Ehrenschatz und konnten ihrerseits das untergeordnete Volk ungestraft beleidigen. Diese streng hierarchisch aufgebaute Gesellschaftsstruktur stand mit der konfuzianischen Staatsidee in Einklang, die die dominante Stellung und Berufung der herrschenden Klasse betonte. Hieran kann man erkennen, dass der Konfuzianismus eine philosophische Weltanschauung ist, die vor allem das Interesse der herrschenden Klasse legitimierte. Jeder Versuch, diesen Status zu ändern, wurde nicht nur als Verbrechen gegen die Gesellschaft, sondern auch als Sünde gegen den Himmel betrachtet.⁷ Als dritter ideologischer und gesellschaftlicher Hintergrund des traditionellen koreanischen Strafrechts kann die patriarchalische Familienordnung herausgestellt werden.⁸ Die Gesellschaft im traditionellen Korea war nicht auf das Individuum, sondern auf die patriarchalisch geprägte Familie aufgebaut. Das Individuum war nicht als Subjekt freier und persönlicher Verantwortung von Bedeutung, sondern nur als Mitglied der Familie, die durch Blutsverwandtschaft miteinander verbunden war. Der Charakter der patriarchalischen Familienordnung kommt vor allem in der Stellung und den Befugnissen des Familienoberhauptes zum Ausdruck, dem Respekt und Gehorsam von Seiten der Familienmitglieder entgegenzubringen war. Die patriarchalische Familienordnung wurde hauptsächlich durch zwei ethische Grundwerte getragen: die Tugend der Ehrerbietung des Sohnes und die der Treue der Ehefrau. Die Ehrerbietung des Sohnes bildete mit der Loyalität der Untertanen dem Herrscher gegenüber und der Treue der Ehefrau ihrem Mann gegenüber drei Grundwerte der konfuzianischen Ethik.

⁵ Y.S. Lee, 1992, S. 121f.

⁶ Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976). 792ff.; I.S. Kim AT 1, S. 34.

⁷ Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976), 793.

⁸ Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976), 793ff.

Die Tugend der Ehrerbietung stellte im traditionellen Korea das Leitprinzip des ethischen und rechtlichen Verhaltens und die Grundlage des staatlichen Leben dar. Wer der Tugend der Ehrerbietung zuwiderhandelte, dem wurde nicht nur Unmoral vorgeworfen, er wurde auch strafrechtlich verfolgt.⁹ Als weiteres Merkmal ist der Charakter als Standesstrafrecht zu nennen. Der Begriff des Standesstrafrechts wird hier im Gegensatz zum Schuldstrafrecht gebraucht. Im Standesstrafrecht wurde nicht nach der Schuld der Täters, sondern je nach dem gesellschaftlichen Stand des Täters bestraft. In vielen Fällen hatte sich das Schuldstrafrecht nicht durchsetzen können, weil der Personenstand (obere Klasse oder niedere Klasse) oder die familiäre Verbindung des Täters (Sippenhaft bei Rebellion und Hochverrat) Grund der Verschärfung oder Milderung der Strafe oder der Straffreiheit wurde.¹⁰

Die Geschichte des koreanischen Strafrechts läßt sich nach der geschichtlichen Formation im allgemeinen in sechs Perioden einteilen: Kochosun-Zeitalter, Drei Königreiche-Zeitalter, Koryo-Zeitalter, Chosun-Zeitalter, Kolonialzeit und die Zeit von der Befreiung von Japan bis zur Gegenwart.¹¹ Im folgenden wird ein Überblick über die strafrechtliche Regelung jeder Zeit und den ideologischen und gesellschaftlichen Hintergrund gegeben.

2. Kochosun-Zeitalter (das erste koreanische Altreich, etwa 2333 v.Chr.)

Die ursprünglichen Lebensformen der antiken koreanischen Gesellschaft wurden durch eine schamanistische bzw. animistische Weltanschauung bestimmt. Der Mythos von Dangun, den Begründer des legendären ersten koreanischen Reiches, war offenbar auch ein Erzeugnis des schamanistischen Glaubens.¹² Das Volk sah Gebote und Verbote in der Natur widergespiegelt. Diese schamanistische Anschauung bildete die Hauptform des politischen und religiösen Lebens in der antiken Gesellschaft Koreas.¹³ Etwa um

⁹ Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976), 795.

¹⁰ Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976), 799ff.

¹¹ H.M. Sonn, AT, S. 40; I.S. Kim, AT I, S. 24.

¹² Nach diesem Mythos ist Dangun der Sohn des Himmelssohnes Hanung und einer aus einem Bär verwandelten Frau. In Wirklichkeit war Dangun der Schaman des koreanischen Volksstammes, der Bären als heilige Tiere verehrt. Der Schaman, der die politische und religiöse Macht in einer Person verkörperte, fungierte als Medium zwischen Menschen und der sakral-magischen Welt, indem er durch die Abhaltung ritueller Prozesse zum einen den Schutz der Götter suchte oder die bösen Geister austrieb und zum anderen die zornigen Götter durch Opfer milde stimmte.

¹³ I.S. Kim, AT I, S. 24. Tjong, ZStW 88 (1976), 786.

450 v. Chr. wurde das „Gesetz der acht Verbotsnormen erlassen, die das ursprüngliche Rechtsleben Koreas regelten. Bekannt sind davon nur noch drei Strafbestimmungen¹⁴: 1. Die Tötung eines Menschen wird mit dem Tode bestraft. 2. Wer jemanden körperlich schädigt, soll dem Täter Entschädigung in Gestalt von Korn leisten. 3. Stiehlt jemand eine fremde Sache, so wird er entweder dazu verurteilt, als Sklave für die Geschädigten zu arbeiten oder aber eine Geldstrafe bis zu 500.000 Kupfergeldstücke zu entrichten. Aus diesem sog. Acht-Artikel-Kodex kann man auf eine auf dem Vergeltungsgedanken basierende Strafe schließen.¹⁵

3. Drei Königreiche-Zeit

Die Drei Königreiche sind die Kokuryo-Dynastie (37 v.Chr. bis 668 n.Chr.), Paekche (18 v.Chr. bis 660 n. Chr.) und Silla (57 v. Chr. Bis 935 n. Chr.). In den Zeiten der drei Königreiche wurden die Kultur und die Lebensverhältnisse in Korea von denen Chinas beeinflusst, und auch das koreanische Recht entwickelte sich nach dem Muster der chinesischen Gesetzgebung durch Anpassung der chinesischen Gesetze an das damals bestehende Gewohnheitsrecht des Landes.¹⁶ Die Kokuryo-Dynastie erließ bereits im Jahre 373 n. Chr. ein Gesetz (Ryong). Als besonders schwerwiegend wurden jetzt die Straftaten gegen staatliche Rechtsgüter erachtet. Die Strafjustiz hatte sich auf die Idee der öffentlichen Strafe festgelegt. Wer einen Diebstahl beging, wurde zwölffach zum Schadenersatz verurteilt. Daraus kann auf einen generalpräventiv orientierten Vergeltungszweck geschlossen werden.¹⁷ Auch die Paekche-Dynastie hatte ein eigenes Gesetzbuch, das schon 262 n.Chr. erlassen wurde. Wie in der Kokuryo-Dynastie erachtete dieses Gesetz den Verrat und das Tötungsdelikt als schwerwiegend, und bei Bestechung eines Beamten wurde zu lebenslänglicher Gefängnisstrafe verurteilt. Die Strafe zielte vor allem auf die Festigung der staatlichen Justiz ab, weshalb die Strafgesetze sehr abschreckend und die Vollstreckung der Straftaten sehr brutal waren.¹⁸ Die Silla-Dynastie erließ im Jahre 520 n. Chr. auch ein Gesetz.¹⁹ Während dieser Zeit entwickelte sich der Buddhismus, so dass die heutige buddhistische Kulturtradition im we-

¹⁴ I.S. Kim, AT 1, S. 24; H.M. Sonn, AT, S. 40. H.K. Lee, AT, S. 34.

¹⁵ H.M. Sonn, AT, S. 40.

¹⁶ I.S. Kim, AT 1, S. 25; Y.S. Lee, 1992, S. 118.

¹⁷ H.M. Sonn, AT, S. 40; I.S. Kim AT 1, S. 26.

¹⁸ H.M. Sonn, AT, S. 40; I.S. Kim, AT 1, S. 26; Y. S. Lee, 1992, S.119.

¹⁹ I.S. Kim, AT 1, S. 26; H.M. Sonn, AT, S. 41.

sentlichen aus dieser Zeit stammt. Die sog. „fünf Gebote“²⁰, die in der Weltanschauung des Volkes der Silla-Dynastie, insbesondere in der Bildung des Geistes des „hwarangdo“, d.h. des Rittertums der Silla-Dynastie, eine bedeutende Rolle gespielt hatten, gingen maßgeblich auf buddhistische und zum Teil auch auf konfuzianische Vorstellungen zurück.²¹

4. Koryo-Zeitalter (918 bis 1392 n.Chr.)

In diesem Zeitalter wurde gegen Ende des 10.Jahrhunderts das Koryo-Strafgesetz (Koryo Yul) nach dem Vorbild des Tang-Strafkodex²² und des später entstandenen Sung-Strafkodex verfaßt, das heute als das älteste überlieferte Gesetzbuch in der koreanischen Rechtsgeschichte anerkannt ist.²³ Die Strafen dieser Zeit waren verglichen mit dem Drei Königreich-Zeitalter milde, weil die Regierungsidee der Koryo-Dynastie auf dem humanistischen Gedanken des Buddhismus basierte.²⁴ Eine bemerkenswerte Entwicklung im Koryo-Zeitalter bildete der Einfluß des Buddhismus. Der Buddhismus wurde Staatsreligion und auch Regierungsidee. Daher spielte die humanistisch orientierte Rechtsphilosophie des Buddhismus in dieser Zeit neben dem konfuzianischen Rechtssystem eine bedeutsame Rolle.²⁵ Das Koryo-Strafgesetz enthielt 13 Bücher und 71 Artikel und galt ohne Änderung während der gesamten Zeit der Koryo-Dynastie. Es hatte einen Allgemeinen Teil (Myongnye) mit zwölf Artikeln, in dem die Strafbarkeitsvoraussetzungen und die Strafen festgelegt waren.²⁶

5. Chosun-Zeitalter (Yi-Dynastie, 1392-1910)

Vom Beginn der Yi-Dynastie an wurde in Korea das chinesische Strafbuch, das Ta-Ming-Lü von 1389, als geltendes Strafgesetz angewendet, wobei dieses freilich an die koreanischen Verhältnisse angepaßt wurde.²⁷

²⁰ 1. Man soll sich dem Herrscher gegenüber loyal verhalten.

2. Man soll Eltern gegenüber ehrerbietig sein.

3. Man soll Freunden gegenüber vertrauensvoll sein.

4. Man soll im Kampf nicht feige sein.

5. Man soll Lebewesen nicht wahllos töten.

²¹ Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976), 787.

²² Alte Bezeichnung des Gebietes des heutigen China (ebenso wie Sung).

²³ H.M. Sonn, AT, S. 41; I.S. Kim, AT I, S. 27; H.K. Lee, AT, S.34.

²⁴ I.S. Kim, AT I, S. 27. Der Buddhismus hatte in der Koryo-Dynastie seine Hochblüte.

²⁵ Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976), 787.

²⁶ I.S. Kim, AT I, S. 27; H.M. Sonn, AT, S. 41.

²⁷ Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976), 788.

Es wurde jedoch durch einheimische Gesetzgebungen, deren Ergebnis das Kyongguk taejon (Großer Kodex zum Regieren des Staates, 1485), das Sok taejon (Nachtrag zum Großen Kodex, 1746), das Taejon Tongpyon (Allgemeine Erweiterung des Großen Kodex, 1785) und das Taejon Hoetong (Allgemeine Ergänzung des Großen Kodex, 1865) waren, nach und nach verdrängt.²⁸ Das Kyongguk Taejon bestand aus sechs Rechtsbereichen: Verwaltungsorganisation des Staatsapparates; statistische Erfassung des Volkes und Steuern und Bodenrecht; Rituale, Zeremonien und Erziehungswesen; Militärwesen; Strafrecht und Sklavenbehandlung sowie staatliches Bauwesen. Es kannte keine Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, so dass es nicht die privaten Beziehungen der Bürger untereinander, sondern lediglich die Voraussetzungen für die Ausübung von staatlicher Gewalt regelte.²⁹ Die erste moderne Kodifikation des Strafrechts in Korea erfolgte erst im Jahre 1894. In diesem Jahr führte Korea die „Kabo kyongjang“ (Kabo Reform), die mit der Meiji-Restauration von 1868 in Japan vergleichbar ist, ein. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Reform des Rechtssystems in Korea von vornherein unter dem starken Einfluß Japans stand. Aufgrund dieser Reform von 1894 wurde in Korea 1905 ein einheitliches Strafgesetzbuch geschaffen, Hyongpop Taejon (der Große Strafkodex).³⁰ Es orientierte sich zwar inhaltlich noch stark am traditionellen Recht, aber war als Folge der Reformen des Rechtssystems unter dem starken Einfluß Japans zustande gekommen. Es hatte 680 Artikel und wurde kurz nach seiner Inkraftsetzung von der Annexion Koreas durch Japan (am 29.8.1910) durch das japanische Strafgesetzbuch abgelöst.³¹

6. Kolonialzeit (1910-1945)

Das traditionelle Strafrecht wurde unter dem politischen Druck Japans von einem an westlichen Vorbildern orientierten modernen Strafrecht zunächst zurückgedrängt und später abgelöst. Nach der Annexion durch Japan wurde das von damals bis heute geltende japanische Strafgesetzbuch von 1907, das unter dem Einfluß des deutschen Strafgesetzbuches von 1871 entstanden war, durch das Dekret Nr. 11 des japanischen Generalgouverneurs (die

²⁸ H.M. Sonn, AT, S. 41; I.S. Kim, AT I, S. 28f.; H.K. Lee, AT, S. 34.

²⁹ Lee, 1992, S. 120; C.C. Ryu, 1997, S. 100.

³⁰ I.S. Kim, AT I, S. 31; H.K. Lee, AT, S. 35f.; H.M. Sonn, AT, S. 42.

³¹ I.S. Kim, AT, I, S. 31; Y.S. Lee, 1992, S. 132.

sog. Chosun keijirei) aus dem Jahre 1912 unmittelbar in Korea eingeführt.³² Japan stand zunächst bei der Rezeption des kontinental-europäischen Rechts unter französischem Einfluß, orientierte sich jedoch bald, nachdem es seine Verfassung von 1889 nach preußischem Vorbild gestaltet hatte, am deutschen Recht. Das japanische Strafgesetzbuch von 1907 und die Strafprozeßordnung von 1922 standen daher vornehmlich unter dem Einfluß des deutschen Rechts.³³ Auf diesem Wege wurde das kontinental-europäische, insbesondere das deutsche Strafrecht, durch Vermittlung des japanischen Strafrechts auch in Korea rezipiert.³⁴

7. Nach der Unabhängigkeit von Japan

Nach der Unabhängigkeit Koreas von Japan am 15.8.1945 blieb das in Korea geltende japanische Strafgesetzbuch durch die Verordnung Nr. 21 der amerikanischen Militärregierung vom 2. November 1945 und später durch die koreanische Verfassung von 1948 (Artikel 100), die sich auf die Prinzipien der Unabhängigkeit, Freiheit und sozialen Gerechtigkeit berief, zunächst in Geltung, soweit es mit den Bestimmungen dieser Verfassung nicht in Widerspruch stand.³⁵ Man sah jedoch die Abschaffung des japanischen StGB und die Kodifikation eines eigenen StGB als eine der dringenden Aufgaben. Demzufolge nahm bereits im Jahre 1947, in der Zeit der amerikanischen Militärregierung, der „Ausschuß der strafrechtlichen Abteilung“ des „Legislations-Kompilations-Komitees“ die Arbeit an einer neuen Strafgesetzgebung auf und erarbeitete schließlich die „Grundlinien des Strafgesetzbuches“ (Hyongpop yogang). Nach der Gründung der Republik Korea wurde die Gesetzgebungsarbeit von der „Kodifikationskommission“ der Regierung fortgesetzt, die im Jahr 1951 dem Parlament den „Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches“ (Hyonpop choan) vorlegte. Dieser Entwurf wurde mit einigen Änderungen durch das parlamentarische Legislations- und Justizkomitee am 18.9.1953 vom Parlament als erstes eigenständiges koreanisches StGB verabschiedet, das am 3.10.1953 in

³² C.K. Choi, in: Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, Manfred Rehbinder/J.C. Sonn (Hrsg.), 1990, S. 51; I.S. Kim, AT I, S. 31; H.M. Sonn, AT, S. 42; H.K. Lee, AT, S. 36f.

³³ Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976), 808 Fn. 68.

³⁴ I.S. Kim, AT I, S. 32; H.K. Lee, AT, S. 37; H.M. Sonn, AT, S. 42.

³⁵ H.M. Sonn, AT, S. 42; I.S. Kim, AT I, S. 32f; H.K. Lee, S. 38; Z.U. Tjong, ZStW 88 (1976), 809.

Kraft trat.³⁶ Das Strafgesetzbuch enthält 372 Artikel mit einem Allgemeinen und einem Besonderen Teil und basiert grundsätzlich auf dem deutschen Strafrecht, weil die zur Zeit der japanischen Herrschaft ausgebildeten koreanischen Juristen an das deutsche Strafrecht gewöhnt waren. Es ist vor allem unter Heranziehung des deutschen RStGB, aber auch der deutschen Reformentwürfe von 1925, 1927 und 1936 sowie des Vorläufigen Entwurfs des japanischen StGB von 1940 verfaßt worden.³⁷ Daneben zeigen sich Spuren amerikanischen Einflusses, zu denen man etwa die Aussetzung der Urteilsspruchs (Art.59) zählen kann.

8. Die Strafrechtsreform (im Jahr 1995)

Das geltende koreanische StGB trat am 3.10.1953 in Kraft. Inzwischen ist viel Zeit vergangen. In diesem Zeitraum stellten sich neue soziale Probleme und neue Aufgaben in der Strafrechtspolitik, die auf die rasche Entwicklung in den Bereichen der Politik, Wissenschaft und Kultur und auf Veränderung im Bewußtsein des Volkes zurückzuführen sind. Es liegt daher auf der Hand, dass das geltende koreanische StGB und sein Strafsystem der raschen Wandlung der Rechtsverhältnisse und den neuen Grundzüge der modernen Kriminalpolitik nicht mehr gerecht werden.³⁸ Aus diesen Umständen ergab sich die dringende Aufgabe, das geltende Strafrecht zu verbessern und weiter zu entwickeln. Am 2.12. 1995 hat das koreanische Parlament das Strafrechtsänderungsgesetz (sogenannter Ersatzentwurf gegenüber dem Regierungsentwurf³⁹) verabschiedet. Dieses neue koreanische Strafrecht trat am 1.1.1997 Kraft, nur die Vorschriften über die Schutzbewährung gelten ab 1.1.1997. Das Gesetz enthält nur eine Teilreform – anders als es der Regierungsentwurf vorsah, der eine umfangreiche gründliche Strafrechtsreform enthalten hatte. Wichtige Neuerungen des neuen ko-

³⁶ H.M. Sonn, AT, S. 42; I.S. Kim, AT I, S. 33; H.K. Lee, AT, S. 37; B.H. Suh, 1996, S. 22.

³⁷ H.K. Lee, AT, S. 37; P.K. Ryu, 1968, S. 2.

³⁸ H.M. Sonn, AT, S. 43; H.S. Bo, 1996, S. 34.

³⁹ Der Regierungsentwurf enthielt eine umfangreiche Strafrechtsreform.

Er lautete in § 44 Abs. 1 : Die Schuld des Täters bildet die Grundlage der Strafzumessung. Damit wurde das Schuldprinzip ausdrücklich verankert und deutlich gemacht, dass eine Strafe, die in ihrer Begründung mit dem Schuldprinzip unvereinbar ist, nicht zulässig sein kann. Als sonstige bedeutsame Regelungen des Entwurfs können Aufgabe und Zweck der Strafe, die Krise des Behandlungsgedankens und die Gestaltung des Sanktionensystems – insbesondere seine Zweispurigkeit – angesehen werden (S.H. Suh, 1996, S. 38ff.).

reanischen StGB von 1995 sind im Rechtsfolgenteil die Einführung der Führungsaufsicht, die erstmalige Normierung der gemeinnützigen Arbeit, die Teilnahme an einem Unterricht für die erwachsenen Straftäter (§§ 59-2, 61 Abs. 2, 62-2, 64 Abs.2, 73-2, 75, 76), die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Geldstrafe (§§ 123, 136, 137 etc.) und die Heraufsetzung der Geldstrafe (§§ 45, 47). Im Besonderen Teil sind es die Aufhebung der Todesstrafe in einigen Vorschriften (§§ 173 Abs. 3, 177 Abs. 2, 188), die Kriminalisierung von neuen Formen des Verbrechenens wie Computerkriminalität (§§ 140 Abs. 2 und Abs. 3, 232-2, 227-2 etc.), Geiselnahme (§§ 336, 324-2, 324-5 etc.), unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs (§ 331-2) oder von Automaten (§ 348-2) und die Änderungen der Strafrahmen und Tatbestandsmerkmale in einigen Vorschriften.⁴⁰

II. Exkurs: Das Sanktionensystem im koreanischen Strafgesetzbuch

1. Überblick

Das geltende koreanische Strafgesetzbuch mit Allgemeinem Teil (§§ 1-86) und Besonderem Teil (§§ 87-372) ist stark vom kontinental-europäischen Rechtssystem beeinflusst.

Im Allgemeinen Teil des koreanischen Strafgesetzbuches ist zusammengefaßt, was sich grundsätzlich über das Strafgesetz, die Straftat und die Strafe sagen läßt. Er bezieht sich auf den Besonderen Teil und enthält vier Abschnitte, die entweder die Tatbestände oder die Rechtsfolgen der Vorschriften des Besonderen Teils betreffen oder beide gemeinsam.⁴¹

Der erste Abschnitt beschäftigt sich mit dem Anwendungsbereich des Strafgesetzbuches (§§ 1-8). Dabei setzt er zwei Schwerpunkte, und zwar auf den Standpunkt des internationalen Strafrechts im Zusammenhang mit dem Territorialitätsprinzip und auf den Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“. Das geltende koreanische Strafgesetzbuch erwähnt diesen Grundsatz nicht ausdrücklich. Auf Grund der Verfassungsregelungen⁴², § 1

⁴⁰ H.M. Sonn, AT, S. 44ff.

⁴¹ I.S. Kim, BT 1, S. 6ff.; J.S. Lee, BT, S. 3ff.

⁴² Art. 12 Abs.1 korGG: Alle Bürger genießen körperliche Freiheit. Niemand darf ohne Gesetz verhaftet, in Haft gehalten, durchsucht oder verhört werden. Ebenso darf niemand ohne gesetzliche Grundlage und rechtmäßigen Prozeß einer Bestrafung, einer Zwangsarbeit oder einer besmernden und sichernden Maßnahme unterworfen werden. Art. 13 Abs. 1: Niemand darf wegen einer Handlung strafrechtlich verfolgt werden, welche nach dem Gesetz zur Zeit ihrer Begehung nicht unter Strafe gestellt ist, und wegen derselben Straftat nicht wiederholt bestraft werden. Abs. 2: Durch

Abs. 1 korStGB⁴³ und der Rechtsprechung⁴⁴ ist er jedoch im koreanischen Strafrecht anerkannt.⁴⁵

Der zweite Abschnitt enthält den Aufbau des Strafrechtssystems und die verschiedenen Deliktsarten. Dabei handelt es sich um die Strafbarkeit (§§ 9-24), den Versuch (§§ 25-29), die Teilnahme (§§ 30-34), den Rückfall (§§ 35, 36) und die Konkurrenz mehrerer Delikte (§§ 37-40). Die gemeinsame Basis zwischen der deutschen und der koreanischen Strafrechtsdogmatik kommt besonders in diesem Abschnitt zum Ausdruck. So werden an koreanischen Universitäten beispielsweise die Dreiteilung des Verbrechenssystems, der Streit zwischen der kausalen und der finalen Handlungslehre, die Unterscheidung zwischen Handlungsunwert und Erfolgsunwert und die psychologische und normative Schuldlehre gelehrt.⁴⁶

Der dritte Abschnitt ist dem Strafsystem (§§ 41-82) gewidmet. § 41 korStGB formuliert folgende neun unterschiedliche Arten der Strafe: 1. Todesstrafe, 2. Zuchthausstrafe, 3. Einschließungsstrafe, 4. Verlust von Rechten, 5. Aberkennung von Rechten, 6. Geldstrafe, 7. Strafhaft, 8. Geldbusse, 9. Einziehung. Hierbei ist auffallend, dass er keine Untergliederung in Hauptstrafe und Nebenstrafe kennt. Der vierte Abschnitt enthält die allgemeinen Vorschriften über die Fristenberechnung (§§ 83-86).

Wie der Besondere Teil des dStGB beschreibt der Besondere Teil des koreanischen Strafgesetzbuches die einzelnen Straftaten und die Möglichkeiten ihrer Bestrafung. Er ist eingeteilt in Straftaten gegen staatliche, gegen gemeinschaftliche und gegen persönliche Rechtsgüter und enthält 42 Abschnitte.

rückwirken-de Gesetzgebung dürfen die politischen Rechte der Bürger weder beschränkt noch darf jemandem sein Recht auf Eigentum vorenthalten werden.

⁴³ In Übereinstimmung mit diesem Grundsatz formuliert das korStGB in § 1 Abs. 1 wie folgt: „Die Strafbarkeit einer Tat und die Strafe bestimmen sich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt.“

⁴⁴ korOGH, 85 Do 728, 09.07.1985: „In Achtung der erworbenen Rechte und der Rechtssicherheit ist die Rückwirkung eines neu erlassenen Gesetzes auf vorher entstandene Sachverhalte grundsätzlich ausgeschlossen. Insbesondere ist die rückwirkende Anwendung der Strafgesetze verfassungsrechtlich strikt verboten.“

⁴⁵ H.M. Sonn, AT, S. 51f.; I.S. Kim, AT I, S. 194f.; J.S. Lee, AT, S. 9f.; H.K. Lee, AT, S. 40f.; J.D. Bac, AT, S. 114; S.K. Chong, AT, S. 17f.; S.K. Park, AT, S. 21f.

⁴⁶ Y.H. Kim, FS für Arthur Kaufmann, S. 701; Y.S. Lee, 1992, S. 140ff.

2. Die verschiedenen Straffarten

Die oben genannten neun verschiedenen Arten der Strafe können nach der Art des beeinträchtigten Rechtsguts wiederum in Lebensstrafe, Körperstrafe, Freiheitsstrafe und Vermögensstrafe eingeteilt werden.⁴⁷ Ferner kann man auch allgemein unterscheiden zwischen einer getrennt ausgesprochenen Hauptstrafe und einer Nebenstrafe, die aber nur neben einer gleichzeitigen Verurteilung zu einer Hauptstrafe verhängt werden kann. Im alten koreanischen StGB von 1907 gab es die Strafe in Form von Hauptstrafe und Nebenstrafe (§ 9 korStGB von 1907). Die Hauptstrafe betraf den Eingriff in das Leben (Todesstrafe), in die Freiheit (Zuchthaus-, Einschließungsstrafe und Strafhaft) und in das Vermögen (Geldstrafe, Geldbusse). Als Nebenstrafe war nur die Einziehung vorgesehen. Das geltende korStGB kennt keine Untergliederung in Hauptstrafe und Nebenstrafe, erkennt jedoch die Einziehung aufgrund ihrer Eigenschaft auch als Nebenstrafe an, so dass diese für sich allein oder neben anderen Strafen verhängt werden kann. (§49 korStGB).⁴⁸

2.1 Todesstrafe

§ 41 Abs.1 korStGB sieht die Todesstrafe als Strafdrohung vor. Nur ausnahmsweise darf der Täter nach § 59 korJGG nicht mit dem Tode bestraft werden, wenn er bei Begehung der Straftat noch nicht achtzehn Jahre alt war. Im geltenden koreanischen Recht gibt es drei Delikte mit der absoluten Strafdrohung der Todesstrafe, und zwar die Kollaboration mit dem Feind (§ 93 StGB), der militärische Aufstand (§ 5 Abs.1 Militärstrafgesetz) und die Tötung des Vorgesetzten (§ 5 Abs.1 Militärstrafgesetz).⁴⁹ Im korStGB gibt es für 16 Delikte die Möglichkeit der Todesstrafe. Dies sind Delikte, die die innere sowie Äußere Sicherheit des Landes oder das Leben eines Menschen beeinträchtigen, nämlich Hochverrat (§ 87), Tötung zum Zweck des Hochverrats (§ 88), Herbeiführung eines ausländischen Angriffs (§ 92), Kollaboration mit dem Feind (§ 93), Begünstigung des Feindes durch Soldatenaushebung (§ 94), Begünstigung des Feindes durch Lieferung von Rüstungsmaterial (§ 95), Begünstigung durch Zerstörung von Gütern (§ 96), Spionage (§ 98), Verwendung von Sprengstoffen mit Todesfol-

⁴⁷ H.M. Sonn, AT, S. 1170; I.S. Kim, AT 2, S. 672; J.S. Lee, AT, S. 528.

⁴⁸ H.M. Sonn, AT, S. 1171; I.S. Kim, AT 2, S. 672; J.S. Lee, AT, S. 528.

⁴⁹ Bei diesen Straftaten könnte es eine Milderungsmöglichkeit nach § 53 StGB (die Strafmilderung nach richterlichem Ermessen) geben (I.S. Kim, AT 2, S. 674).

ge oder folgender Körperverletzung (§ 119), Brandstiftung an Wohngebäuden mit Todesfolge (§ 164), Totschlag (§ 250 Abs. 1), Totschlag an Verwandten in aufsteigender Linie (§ 250 Abs. 2), Vergewaltigung mit vorsätzlicher Tötung (§ 301-2), Geiselnahme mit vorsätzlicher Tötung (§ 324-4), Raubmord mit Todesfolge (§ 338) Seeraubmord und Seeraub mit Todesfolge oder Vergewaltigung (§ 340 Abs. 3).⁵⁰

Von Gerichten der ersten Instanz wurde die Todesstrafe in den letzten Jahren wie folgt verhängt: 1994 (35), 1995 (19), 1996 (23), 1997 (10), 1998 (14).⁵¹ Nach der Auffassung des korOGH stellt die Todesstrafe keinen Verstoß gegen die Verfassung dar.⁵² Dabei beruft er sich zumeist auf das Rechtsbewußtsein der Bevölkerung und auf den Gesichtspunkt der Generalprävention, also die Aufrechterhaltung der Gesellschaftsordnung. In seinem Urteil von 28.11.1996 sah auch das korVerfG die Todesstrafe als verfassungsmäßig an.⁵³ Als Maßstäbe für die Verhängung der Todesstrafe hat der korOGH bereits die folgenden festgelegt: die Beweggründe der Straftat, die Art der Ausführung, die Verbrechensqualität, Grausamkeit, die Schwere der Tatfolgen, die Zahl der Opfer, das Leiden des Opfers, das Alter des Täters, Vorstrafen, die Umstände nach der Tat, das Milieu des Täters und seine Erziehung.⁵⁴ Im koreanischen Schrifttum gibt es zwei Meinungen zur Todesstrafe: eine schrittweise Abschaffung der Todesstrafe einerseits⁵⁵, da

⁵⁰ Unter Einbeziehung des Nebensstrafe gibt es 169 Bestimmungen, die die Todesstrafe androhen.

⁵¹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S.150.

⁵² korOGH, 62 Do 241, 28.02.1963 ; 67 Do 988, 12.09.1967 ; 82 Do 3238, 08.03.1983 ; 87 Do 1458, 12.06.1987 ; 90 Do 319, 24.04. 1990.

⁵³ Der Hauptinhalt des Urteils lautet wie folgt : Art. 12 Abs. 1 korGG sieht das Prinzip der gesetzmäßigen Prozedur vor, und Art. 110 Abs. 4 stellt fest, dass die Todesstrafe im Ausnahmezustand nicht in erster Instanz verhängt werden darf. Aus beiden Vorschriften scheint die Todesstrafe unmittelbar aufgrund des Gesetzes anerkannt und vollstreckbar zu sein. Wenn die Verhängung der Todesstrafe iSd Verhältnismäßigkeitsgebots unausweichlich erscheint, um das Leben anderer und das öffentliche Interesse zu schützen, so stellt sie keine Verletzung des Verbots der wesentlichen Beeinträchtigung der Freiheit und der Rechte der Bürger dar. Art. 37 Abs. 2 schreibt vor, dass die Grundrechte der Bürger zum Schutz der Staatssicherheit, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und zum Schutz des Gemeinwohls zwar durch das Gesetz eingeschränkt werden können, aber in ihrem wesentlichen Inhalt nicht verletzt werden dürfen.

⁵⁴ KorOGH, 94 Do 2662, 13.01.1995.

⁵⁵ J.S. Lee, AT, S. 533; H.M. Sonn, AT, S. 1178; S.K. Park, AT, S. 490.

die Zeit für die Abschaffung der Todesstrafe noch nicht reif sei, und ein Eintreten für die sofortige Abschaffung der Todesstrafe andererseits.⁵⁶

2.2 Freiheitsstrafe

Das geltende korStGB sieht drei Arten der Freiheitsstrafe vor: Zuchthausstrafe, Einschließungsstrafe und Strafhaft.⁵⁷ Eine solche Aufgliederung wirft allerdings gewisse Probleme auf. Im geltenden korStGB ist die traditionelle Einteilung der Freiheitsstrafen nach ihrer jeweiligen Schwere prinzipiell übernommen worden; der deutlichste Unterschied zwischen den Freiheitsstrafen liegt aber in ihrer möglichen Dauer. Zuchthausstrafe und Einschließungsstrafe dauern einen Monat bis fünfzehn Jahre, und wo das Gesetz es besonders bestimmt, lebenslänglich. Dies deckt sich mit den in § 39 dStGB genannten Mindestgrenzen und Obergrenzen der Freiheitsstrafe. Bei der Verschärfung der zeitigen Strafe kann bis auf 25 Jahre erkannt werden (§ 42 Satz 3). Bei einer Milderung kann die lebenslange Zuchthausstrafe oder die lebenslange Einschließung auf nicht unter sieben Jahre herabgesetzt werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 2). Bei der Milderung einer zeitigen Strafe kann sie um die Hälfte der Strafdauer herabgesetzt werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 3). Erst nach 10jähriger Verbüßung kann die Restzeit der lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden.⁵⁸ Die Strafhaft dauert einen Tag bis 29 Tage. Sie ist für die leichte Kriminalität vorgesehen, für deren Ahndung die schwereren Freiheitsstrafen, die Zuchthausstrafe oder die Einschließungsstrafe nicht geeignet sind.

Die Vereinheitlichung der Freiheitsstrafen ist ein wichtiges Thema in Korea, und im Schrifttum wird die Einführung der Einheitsfreiheitsstrafe gefordert.⁵⁹ Für dieses System spricht vor allem die Annahme, dass die Unterschiede, die zwischen Zuchthausstrafe und Einschließungsstrafe bestehen oder gemacht werden können, generalpräventiv wirkungslos sind und

⁵⁶ J.D. Bae, AT, S.632f.; I.S. Kim, AT 1, S. 677; H.K. Lee, AT, S. 444.

⁵⁷ Die Einschließungsstrafe ist grundsätzlich für politische Delikte und Fahrlässigkeitsdelikte vorgesehen. Die Einschließungsstrafe unterscheidet sich von der Zuchthausstrafe dadurch, dass es bei der Einschließungsstrafe keine Zwangsarbeit, sondern nur freiwillige Arbeit gibt. Das gilt auch für die Strafhaft (J.S. Lee, AT, S. 534f.; H.M. Sonn, AT, S. 1179f.; I.S. Kim, AT 2, S. 678f.).

⁵⁸ In Deutschland wird eine Reststrafenaussetzung bei der lebenslänglichen Freiheitsstrafe nach 15 Jahren erlaubt.

⁵⁹ I.S. Kim, AT 2, S. 680; J.S. Lee, AT, S. 536; H.M. Sonn, AT, S. 1181; S.K. Park, AT, S. 492; J.D. Bae, AT, S. 626f.; H.K. Lee, AT, S. 446.

sich spezialpräventiv eher negativ auswirken müssen.⁶⁰ Darüber hinaus wird argumentiert, dass es nichts anderes als ein vormoderner arbeitsverachtender Gedanke sei, unter dem Deckmantel einer unterschiedlichen Behandlung die Erbringung von Arbeitsleistungen in den Vordergrund zu stellen.⁶¹ Das Schrifttum berücksichtigt neben dem Problem der Einheitsfreiheitsstrafe auch die kurzzeitige Freiheitsstrafe.⁶² Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten Dauer werden im allgemeinen als kurzfristige Freiheitsstrafen bezeichnet.⁶³ Kriminalpolitisch sind sie schon seit langem umstritten. Die kriminalpolitische Beurteilung der kurzfristigen Freiheitsstrafe hängt davon ab, mit welchen Alternativen man sie vergleicht. Bei einem kurzfristigen Aufenthalt im Strafvollzug gibt es keine meßbaren spezialpräventiven Vorteile gegenüber ambulanten Sanktionen, sondern er kann eher dazu beitragen, die Resozialisierungschancen des Täters durch die Störung bestehender sozialer Bedingungen in Beruf, Familie oder Bekanntheit zu mindern.⁶⁴ Deshalb versuchte der Gesetzgeber in Deutschland, die Anwendung kurzer Freiheitsstrafen in der Praxis stark einzuschränken.⁶⁵ Dagegen gibt es im koreanischen StGB keine ausdrückliche Beschränkung der kurzen Freiheitsstrafe. Allerdings wenden die Gerichte in Korea die Freiheitsstrafe unter sechs Monaten kaum an. Der Grund hierfür liegt darin, dass es vor der Änderung der korStPO von 01.01.1997 weitgehend üblich war, viele Angeklagte in Untersuchungshaft zu nehmen, die normalerweise sehr lange dauerte. Daher verhängten die Richter gewöhnlich eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten, da sie vermeiden wollten, dass die Verurteilten nach Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe gleich entlassen werden mußten.⁶⁶ Das heutige StGB von 1. 7. 1997 schreibt zudem bei leichten und mittelschweren Delikten die Geldstrafe als Alternative zur Freiheitsstrafe vor. Außerdem wird neuer-

⁶⁰ Vgl. Nachweis wie Fn. zuvor.

⁶¹ Vgl. Nachweis wie Fn. zuvor.

⁶² I.S. Kim, AT 2, S. 681; J.D. Bae, AT, S. 626; H.M. Sonn, AT, S. 1182; J.S. Lee, AT, S. 536f.; H.K. Lee, AT, S. 466.

⁶³ Jescheck/Weigend, AT, S. 763; Baumann/Weber, AT, S. 603.

⁶⁴ J.S. Lee, AT, S. 536f.; H.K. Lee, AT, S. 446; H.M. Sonn, AT, 1182; I.S. Kim, AT 2, S. 681; J.D. Bae, AT, S. 446.

⁶⁵ Vgl. Nachweise wie Fn. zuvor.

⁶⁶ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 162f.; Y.K. Oh, in: Korean Criminalogical Review, Sommer, 1992, S. 22; B.H. Suh, 1996, S. 110.

dings die Wiedergutmachung als Alternative zur kurzen Freiheitsstrafe diskutiert.⁶⁷

2.3 Vermögensstrafe

Als Vermögensstrafe kennt das koreanische StGB die Geldstrafe, die Geldbusse und die Einziehung (§ 41 Nr. 6, 8, 9 korStGB). Die Geldbusse entspricht der Strafhaft im Rahmen der Freiheitsstrafe. Sie ist in einigen Vorschriften über geringfügige Straftaten vorgeschrieben.

Geldstrafe und Geldbusse unterscheiden sich nur durch die Höhe des zu zahlenden Betrages. Einen zusätzlichen Unterschied gibt es bei der Einziehung: wer nicht das Strafgeld innerhalb der gesetzlichen Frist (30 Tage nach der Rechtskraft) zahlt, wird in einem Arbeitshaus untergebracht (§ 69 Abs. 2 korStGB).

Die Geldstrafe hat in Korea den Charakter einer Vermögensstrafe. Die Mindestsumme der Geldstrafe beträgt 50,000 won (etwa 100 Mark), aber sie kann bei einer Milderung auf unter 50,000 won herabgesetzt werden (§45 korStGB). Bei der Verhängung der Geldstrafe gilt gemäß §45 korStGB das Gesamtsummensystem. Ein wichtiger Grund für das Gesamtsummensystem liegt darin, dass die Einkommensverhältnisse des Verurteilten zur Festsetzung der Höhe eines Tagessatzes nicht genau ermittelbar sind und in der Praxis der Geldstrafenbemessung die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verurteilten bereits berücksichtigt werden.⁶⁸ Der Nachteil des Gesamtsummensystems liegt jedoch darin, dass die nur am Unrechtsgehalt der Tat orientierte Festsetzung der Gesamtsumme kaum die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten berücksichtigt und deshalb der weniger Bemittelte härter getroffen wird als der Wohlhabende.⁶⁹ Darüber hinaus kann das Gesamtsummensystem dem Richter im Rahmen der Geldstrafenbemessung keine exakten Anhaltspunkte geben, in welchem Umfang einerseits die Tatschwere, andererseits die wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt werden müssen.⁷⁰ Bei der Geldstrafe wird deshalb in der Lehre die Einführung des Tagessatzsystems empfohlen, weil diese Nachteile dadurch

⁶⁷ I.S. Kim, AT 2, S. 681; J.D. Bae, AT, S. 616; H.M. Sonn, AT, S. 1182.

⁶⁸ I.S. Kim, ZStW 106 (1994), 415.

⁶⁹ I.S. Kim, ZStW 106 (1994), 415; ders., AT 2, S. 685; H.M. Sonn, AT, S. 1184; J.S. Lee, AT, S. 538; J.D. Bae, AT, S. 618.

⁷⁰ B.H. Suh, 1996, S. 119.

vermieden werden können.⁷¹ Die Geldstrafe muss so bemessen sein, dass sie für jeden Täter wirksam ist. In der Realität kommt es jedoch sehr häufig vor, dass die Geldstrafe nicht einzubringen ist. Um die kriminalpolitisch unerwünschten Nachteile der Ersatzfreiheitsstrafe für Minderbemittelte zu vermeiden und zu verhindern, dass sie an die Stelle der Geldstrafe tritt, ist die Einführung von Zahlungserleichterungen wie die Einräumung von Ratenzahlungen oder die Gewährung einer Zahlungsfrist zu befürworten.⁷² Für die häufigere Anwendung der Geldstrafe werden auch die Aussetzung einer Geldstrafe zur Bewährung und die Erweiterung der Geldstrafenanwendung – etwa durch die Schaffung von mehr Tatbeständen oder durch höhere Obergrenzen – diskutiert.⁷³

Die Geldbusse ist im korStGB nur in einigen Vorschriften über geringfügige Straftaten⁷⁴ enthalten und überwiegend im Ordnungswidrigkeitengesetz vorgesehen.⁷⁵ Bei den abgekürzten, summarischen Verfahren, die zur schnellen Erledigung der geringfügigen Delikte dienen, spielt die Geldbusse eine dominierende Rolle (64% im 1998).⁷⁶ Die Summe der Geldbussen liegt zwischen 2,000 won (etwa 4 Mark) und 50,000 won (etwa 100 Mark) (§47 korStGB).

Mit der Einziehung wird bezweckt, die Gegenstände, die in unmittelbarem Tatzusammenhang stehen, einzuziehen. In Korea sind Verfall und Einziehung nicht getrennt geregelt, statt dessen übernimmt die Einziehung die Funktion beider Sanktionen. Zu den Einziehungsgegenständen gehören nämlich neben Gegenständen und Rechten auch die aus der Tat stammenden Gewinne (§48 korStGB).⁷⁷ Im korStGB ist die Einziehung grundsätzlich nur fakultativ und ausschließlich bei Bestechungsdelikten von Beamten obligatorisch vorgesehen (§ 134 korStGB).

⁷¹ I.S. Kim, AT 2, S. 685; H.M. Sonn, AT, S. 1184; J.S. Lee, AT, S. 538; J.D. Bae, AT, S. 618.

⁷² I.S. Kim, AT 2, S. 685f.; H.M. Sonn, AT, S. 1184; J.S. Lee, AT, S. 538f.; J.D. Bae, AT, S. 618.

⁷³ Vgl. Nachweise wie Fn. zuvor. Das korStGB kennt nur die Verwarnung mit Strafvorbehalt der Geldstrafe (§ 59 Abs. I, § 62 Abs. 1).

⁷⁴ Z.B. fahrlässige Körperverletzung, Fundunterschlagung oder unzüchtige Handlung in der Öffentlichkeit.

⁷⁵ I.S. Kim, AT 2, S. 686; H.M. Sonn, AT, S. 1185f.; J.S. Lee, AT, S. 540.

⁷⁶ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 167.

⁷⁷ I.S. Kim, AT 2, S. 686f.; H.M. Sonn, AT, S. 1186f.; J.S. Lee, AT, S. 540f.; J.D. Bae, AT, S. 629.

In Korea gibt es drei verschiedene Auffassungen über die Rechtsnatur der Einziehung. Das korStGB sieht sie als eine Art der Strafe (§41), und ihmzufolge ist sie formell eine Strafe, materiell aber eine Sicherungsmaßnahme in bezug auf die Gegenstände.⁷⁸ Nach anderer Auffassung ist die Einziehung ein eigenes Sanktionsmittel zwischen der Strafe und Maßregel.⁷⁹ Nach der dritte Meinung wird sie gegen Täter und Teilnehmer der Straftat bei der Vermögensstrafe, gegenüber Dritten bei den Maßregeln der Sicherung eingeordnet.⁸⁰ Die zuerst erwähnte Auffassung ist die herrschende Meinung in Korea.

2.4 Ehrenstrafe

Als Ehrenstrafe gelten der Entzug der Rechte und deren zeitlich begrenzte Aberkennung (§ 41 korStGB). Der Entzug der Rechte wird nicht allein angeordnet, sondern tritt immer nur als Nebenfolge einer Verurteilung ein. Wer zu einer Todesstrafe, lebenslanger Zuchthausstrafe oder lebenslanger Einschließung verurteilt wird, verliert automatisch folgende Rechte: 1) das Recht der Amtsfähigkeit, 2) die öffentlich-rechtliche Wählbarkeit und das öffentlich-rechtliche Stimmrecht, 3) das Recht, öffentlich-rechtliche Funktionen auszuüben, für die das öffentliche Recht die Voraussetzungen der Befähigung festlegt, 4) das Recht, Direktor, Rechnungsprüfer oder Geschäftsführer einer juristischen Person oder Aufseher oder Treuhänder des Geschäftsbetriebes einer juristischen Person zu werden (§ 43 Abs.1 korStGB). Der Entzug dieser Rechte gilt lebenslang. Beim jugendlichen Verurteilten gilt ausnahmsweise der Entzug der Rechte nur bis zur Beendigung oder dem Absehen der Vollstreckung (§ 67 kor JGG). Daneben gibt es die zeitige Aberkennung der Rechte einerseits als Folge der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, die automatisch eintritt (§ 43 Abs.2 korStGB), andererseits kann sie auch als selbständige Strafe oder Nebenstrafe neben der Freiheitsstrafe angeordnet werden (§§ 41, 44 korStGB). Die Dauer der zeitigen Aberkennung der Rechte beträgt zwischen einem Jahr und 15 Jahren (§ 44 Abs.1 korStGB). Wer zu zeitiger Zuchthausstrafe, zu Einschließungsstrafe oder zu einer Maßregel verurteilt wird, unterliegt automatisch der zeitigen Aberkennung der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts, bis der Vollzug der Strafe beendet ist oder die Strafe erlassen wird (§ 43 Abs. 2 korStGB). Wird neben zeitiger Zuchthausstrafe und Ein-

⁷⁸ S.K. Chong, AT, S. 659; H.K. Lee, AT, S. 449.

⁷⁹ I.S. Kim, AT 2, S. 687.

⁸⁰ J.S. Lee, AT, S. 541; J.D. Bae, AT, S. 629f.; H.M. Sonn, S. 1187.

schließungsstrafe die zeitige Aberkennung der Rechte kumulativ verhängt, so wird die Dauer der Aussetzung vom Tage der Beendigung des Vollzuges der Strafe oder deren Erlasses an berechnet (§ 44 Abs.2 korStGB). Es besteht die Möglichkeit der nachträglichen Aufhebung der Rechtsbeeinträchtigung durch Richterspruch unter der Voraussetzung des Ablaufs der Hälfte der vorgesehenen Dauer ohne schwerere Verurteilung als zeitige Aberkennung der Rechte. Der entsprechende Antrag kann vom Staatsanwalt oder dem Betroffenen gestellt werden (§82 korStGB). Das deutsche Strafgesetzbuch kennt keine allgemeine Ehrenstrafe, sondern statt dessen das Fahrverbot (§69ff) oder das Berufsverbot (§70ff) als Maßregel. § 45 dStGB bezeichnet den Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts weder als Nebenstrafe noch als Maßregel, sondern als Nebenfolge, d.h. Statusfolge einer strafgerichtlichen Verurteilung.

3. Der Grad der Schwere der Straftat

Das korStGB enthält viele Vorschriften, die die Schwere der Straftat ausdrücken. So besagt § 1 Abs. 2: Wenn die angedrohte Strafe durch eine gesetzliche Änderung nach der Tatbegehung milder ist als die durch das ältere Gesetz bestimmte, wird der Täter nach dem neuen Gesetz bestraft. Aus § 40 (Idealkonkurrenz) folgt: Die für das schwerste Delikt angeordnete Strafe wird auferlegt. § 38 (Realkonkurrenz und Bestrafung) lautet: Sind die für mehrere Delikte angedrohten Strafen gleichartig, so werden die Höchstmaße oder Höchstbeträge, die für die schwersten Delikte angedroht sind, um die Hälfte erhöht. Aufgrund dieser Vorschriften brauchen wir einen Maßstab, um den Grad der Schwere der Strafe zu bestimmen.⁸¹ Außerdem muss die Schwere der Strafe im Zusammenhang mit dem Verschlechterungsverbot (§ 368 korStPO) vergleichbar sein.⁸²

Der Grad der Schwere der Straftat wird gemäß der Reihenfolge der Aufzählung in § 41 korStGB bestimmt (§ 50 Abs.1 Satz 1 korStGB). Die Reihenfolge lautet: 1) Todesstrafe, 2) Zuchthausstrafe, 3) Einschließungsstrafe, 4) Entzug der Rechte, 5) zeitige Aberkennung der Rechte, 6) Geldstrafe, 7) Strafhaft, 8) Geldbusse und 9) Einziehung.

Dabei gilt jedoch, dass die lebenslange Einschließungsstrafe im Verhältnis zur zeitigen Zuchthausstrafe die schwerere Strafe ist, (§ 50 Abs.1 Satz 2 korStGB) und wenn die Dauer einer zeitigen Einschließungsstrafe diejeni-

⁸¹ I.S. Kim, AT 2, S. 692; H.K. Lee, AT, S. 452; J.D. Bae, AT, S. 633; S.K. Chong, AT, S. 664f.

⁸² Vgl. Nachweise wie Fn. zuvor.

ge einer zeitigen Zuchthausstrafe übersteigt, so gilt die Einschließung als die schwerere Strafe (§ 50 Abs.1 Satz 3 korStGB). Bei gleichartiger Strafe gilt diejenige als schwerer, die das größere Höchstmaß oder den größeren Höchstbetrag hat, und bei gleichem Höchstmaß oder Höchstbetrag wird diejenige Strafe als schwerer angesehen, die das höhere Mindestmaß oder den höheren Mindestbetrag hat (§ 50 Abs.2 korStGB). Unter Vorbehalt der Anwendung der Bestimmungen der vorangehenden zwei Absätze, d.h. bei der gleichen Strafandrohung (z.B. bei Betrug und Erpressung, Unterschlagung und Untreue)⁸³ wird der Grad der Schwere nach der Maßgabe der Art und der Umstände der Delikte bestimmt (§ 50 Abs. 3 korStGB).⁸⁴ Nach der Rechtsprechung ist die Strafaussetzung zur Bewährung milder als das Absehen von Strafe.⁸⁵ Geldstrafe ist schwerer als die Verwarnung mit Strafvorbehalt der Zuchthausstrafe.⁸⁶ Zuchthausstrafe mit der Strafaussetzung zur Bewährung ist schwerer als Zuchthausstrafe, vorausgesetzt dass die Strafdauer der Zuchthausstrafe mit der Strafaussetzung zur Bewährung länger ist als letztere.⁸⁷

4. Strafaussetzung zur Bewährung und Verwarnung mit Strafvorbehalt

Die Strafaussetzung zur Bewährung ist ein Rechtsinstitut, das die Strafvollstreckung für bestimmte Zeit aufschiebt und damit dem Verurteilten die Möglichkeit gibt, nach erfolgreicher Bewährungszeit einen Straferlaß zu erlangen.⁸⁸ Mit diesem Rechtsinstitut wollte der Gesetzgeber ein flexibles Mittel der resozialisierenden Einwirkung auf den Täter ohne kurze Freiheitsstrafe zur Verfügung stellen. Andererseits bleibt der Täter unter der Drohung der bevorstehenden Vollstreckung (§§ 63, 64 korStGB: Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung)⁸⁹ und wird auf diese Weise zu rechts-

⁸³ H.K. Lee, AT, S.453.

⁸⁴ Während der konkrete Inhalt der Verbrechensart hier durch Handlungsunwert und Erfolgsunwert gebildet wird, entsprechen die Umstände des Delikts der inneren fehlerhaften Gesinnung des Täters (I.S. Kim, AT 2, S. 693).

⁸⁵ Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass der Täter, der innerhalb der Bewährungszeit keine erneute Straftat begeht, im Gegensatz zu demjenigen, bei dem von einer Strafe abgesehen wird, unter keiner Wirkung des Strafausspruch steht. vgl. korOGH, 62 Do 248, 14.02.1983.

⁸⁶ korOGH, 65 Do 1261, 06.04.1966.

⁸⁷ korOGH, 66 Do 1319, 08.12. 1966, 75 Do 1543, 27.01.1976.

⁸⁸ H.M. Sonn, AT, S. 1199; I.S. Kim, AT 2, S. 732; J.S. Lee, AT, S. 569; J.D. Bae, AT, S. 650; H.K. Lee, AT, S. 477f.

⁸⁹ § 63 korStGB: Falls der Proband während der Bewährungszeit wieder zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und das Urteil rechtskräftig wird, wird die Strafaussetzung zur Bewährung widerrufen. § 64 korStGB: Werden die Umstände der Vorbehaltsklau-

treuem Verhalten veranlaßt.⁹⁰ Die Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung ist umstritten. Die herrschende Meinung betrachtet sie als Modifikation der Strafvollstreckung.⁹¹ In den Regelungen über die Strafaussetzung im alten koreanischen StGB zeigte sich ein institutioneller Mangel darin, dass sie ohne Führungsaufsicht verhängt wurde, und deshalb betrachteten manche die Rechtsnatur der Strafaussetzung als eine Modifikation der Strafvollstreckung. Das geltende korStGB verbindet jedoch die Strafaussetzung mit der Führungsaufsicht, um dem Verurteilten bei seiner Lebensgestaltung während der Bewährungszeit zu helfen (§ 62-2 korStGB). Die Rechtsnatur der Strafaussetzung soll daher als eine von Strafe und Maßregel unabhängige besondere Strafart angesehen werden, wenn sie mit der Führungsaufsicht verknüpft ist.

Die Aussetzung der Vollstreckung der Freiheitsstrafe zur Bewährung hat in der Praxis sehr große Bedeutung erlangt. Im Jahre 1996 wurden bei 66.9% der von der ersten Instanz zu einer zeitigen Freiheitsstrafe Verurteilten die Strafen zur Bewährung ausgesetzt.⁹²

§ 62 korStGB sieht als Voraussetzungen für die Strafaussetzung zur Bewährung in Abs.1 vor: Ist eine Zuchthausstrafe oder Einschließungsstrafe bis zu drei Jahre aufzuerlegen, so kann, wenn mildernde Umstände vorliegen, unter Berücksichtigung von § 51⁹³ die Vollstreckung ausgesetzt werden, und die Bewährungszeit beträgt zwischen einem Jahr und 5 Jahren. Abs.2 setzt fest, dass die Teilaussetzung auf eine oder mehrere Strafen möglich ist, wenn mehrere Strafen zusammen auferlegt werden. Nach § 59

sel des § 62 entdeckt, nachdem auf Aussetzung zur Bewährung erkannt wurde, so wird die Aussetzung zur Bewährung widerrufen (nach § 62 korStGB ist Strafaussetzung zur Bewährung nicht anzuwenden, wenn noch nicht fünf Jahre seit Vollzug oder Nachlaß eines Urteils zur Einschließungsstrafe oder einer schwereren Strafe verstrichen sind.).

⁹⁰ J.S. Lee, AT, S. 569; I.S. Kim, AT 2, S.732; H.M. Sonn, AT, S. 1199; H.K. Lee, AT, S. 477f; J.D. Bae, AT, S. 650.

⁹¹ J.S. Lee, AT, S. 570; H.K. Lee, AT, S. 478; H.M. Sonn, AT, S. 1199; S.K. Park, AT, S. 521.

⁹² Verwaltungstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 180.

⁹³ § 51 korStGB behandelt Bedingungen der Strafzumessung und fordert, bei der Strafzumessung folgende Umstände zu berücksichtigen: 1) das Alter, den Charakter, die Lebensführung, die Intelligenz und das Milieu des Täters, 2) das Verhältnis zum Opfer, 3) die Beweggründe, die Mittel und den Erfolg der Straftat und 4) die Umstände nach der Tatbegehung.

korStGB⁹⁴ kann das Gericht den Schuldspruch unter bestimmten Voraussetzungen mit einer ausdrücklichen Verwarnung des Täters verbinden. Sie ist die mildeste Sanktion der geltenden Rechtsordnung in Korea. Ihr sanktionierender Charakter kommt in dem die Tat feststellenden Schuldspruch und in der Verwarnung zum Ausdruck. Ihr kriminalpolitischer Vorteil besteht darin, dass der Täter trotz seiner Schuld von einem Strafmakel verschont bleibt, solange es in der Bewährungszeit zu keinem Zwischenfall kommt.⁹⁵ Die Verwarnung mit Strafvorbehalt ist nach ihrem Wesen weder eine Strafe noch eine resozialisierende Maßnahme, weil sie eine Strafe zwar gerade nicht ausspricht, aber dennoch bestimmt. Sie stellt daher eine kriminalrechtliche Sanktion eigener Art dar.⁹⁶ Im Jahre 1996 wurde in der ersten Instanz nur in 1,467 Fällen die Verurteilung zur Verwarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen (0.85% von allen strafrichterlichen Aburteilungen).⁹⁷ Der Grund für diese geringe Anwendung liegt darin, dass die korStPO das Opportunitätsprinzip anwendet und die eigentlich dieses Institut betreffenden Fälle schon durch das Absehen von der Klageerhebung seitens des Staatsanwalts erledigt werden.⁹⁸ Eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ist dann möglich, wenn der Täter Zuchthausstrafe oder Einschließungsstrafe unter einem Jahr, eine zeitige Aberkennung von Rechten oder eine Geldstrafe verwirkt hat, wobei die Verurteilung unter Berücksichtigung von §51 korStGB⁹⁹ im Falle besonderer Umstände und tätiger Reue des Täters aufgehoben wird (§ 59 korStGB). Im koreanischen Recht gilt es als Erfolg der Verwarnung mit Strafvorbehalt, wenn das Verfahren nach Ablauf von zwei Jahren ohne Widerruf eingestellt wird (§ 60 korStGB). Der Widerruf und die Verurteilung zu der vorbehaltenen Strafe ist möglich, wenn der Verwarnte während der Bewährungszeit aufgrund einer neuen Straftat zu einer zeitigen Aberkennung von Rechten oder einer schwereren Strafe verurteilt und das Urteil rechtskräftig wird oder wenn der einer Füh-

⁹⁴ Auch in § 59 dStGB ist die Verwarnung geregelt.

⁹⁵ I.S. Kim, AT 2, S. 738; H.K. Lee, AT, S. 476; H.M. Sonn, AT, S. 1202; J.S. Lee, AT, S. 576.

⁹⁶ I.S. Kim, AT 2, S. 738; J.S. Lee, AT, S. 577; H.M. Sonn, AT, S. 1202; H.K. Lee, AT, S. 476.

⁹⁷ Verwaltungsstelle beim OGH, Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 204. Auch in Deutschland ist die Anzahl (0.52%) der ausgesprochenen Verwarnungen mit Strafvorbehalt sehr niedrig (Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, 1998, Tab.2.2).

⁹⁸ B.H. Suh, 1996, S. 176.

⁹⁹ Ausführlich dazu siehe unten V.

rungsaufsicht unterstellte Verwarnte während der Unterstellungszeit gegen eine Weisung gröblich verstößt (§ 61 korStGB).

5. Aussetzung des Strafrestes (bedingte Entlassung)

Die Aussetzung des Strafrestes schafft die Möglichkeit, verurteilte Straftäter nach Verbüßung eines Teils ihrer Strafe durch eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde vorzeitig aus dem Strafvollzug zu entlassen. Die Aussetzung des Strafrestes soll sich resozialisierend auf die Resozialisierung des Verurteilten auswirken.¹⁰⁰ Vor allem versucht sie einen gleitenden Übergang vom Strafvollzug in die Freiheit, da dem Täter bei seiner bedingten Entlassung ebenso wie bei der Strafaussetzung zur Bewährung Führungsaufsicht erteilt werden kann. Außerdem soll die drohende Vollstreckung des Strafrestes spezialpräventiv auf den Täter einwirken und ihn zu straffreiem Verhalten nach der Entlassung anspornen. Schließlich kann die Möglichkeit der frühzeitigen Entlassung auf die Entwicklung der Täter in der Anstalt einwirken.¹⁰¹

Die Rechtsnatur der Aussetzung des Strafrestes ist ein Akt der Strafvollstreckung, weil die Strafrestaussetzung in Korea durch eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde erfolgt (§ 72 Abs. 1 korStGB). Die Ansiedlung der Entscheidungskompetenz zur Strafaussetzung bei der Verwaltungsbehörde macht den Eindruck, als handele es sich bei der in Frage stehenden bedingten Entlassung nicht um ein kriminalpolitisches Gebot, sondern um eine Gnadenentscheidung.¹⁰² Es ist daher zu befürworten, die Zuständigkeit für die Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen der bedingten Entlassung von der Verwaltungsbehörde auf das Strafvollstreckungsgericht zu verlagern.¹⁰³ Die Aussetzung des Strafrestes ist dann möglich, wenn der Gefangene, der eine Zuchthaus- oder Einschließungsstrafe abbüßt, sich ernsthaft um eine soziale Wiedereingliederung bemüht und ein Drittel einer zeitigen Freiheitsstrafe oder zehn Jahre bei der lebenslangen Freiheitsstrafe verbüßt

¹⁰⁰ I.S. Kim, AT 2, S. 754f.; J.D. Bae, AT, S. 655; H.M. Sonn, AT, S. 1204; J.S. Lee, AT, S. 579f.; H. K. Lee, AT, S. 480; S.K. Chong, AT, S. 680; S.K. Park, AT, S. 528.

¹⁰¹ Die Aussicht auf eine frühzeitige Entlassung kann den Täter zu guter Führung im Gefängnis motivieren, vgl. Nachweise wie Fn. zuvor.

¹⁰² B.H. Suh, 1996, S. 180f.

¹⁰³ I.S. Kim, AT 2, S. 755; J.D. Bae, AT, S. 655; S.K. Park, AT, S. 528.

sind (§ 72 korStGB).¹⁰⁴ Die Frist der bedingten Entlassung beträgt zehn Jahre bei der lebenslangen Freiheitsstrafe. Bei der zeitigen Freiheitsstrafe entspricht sie dem Rest der Strafe. Aber wenn in diesem Fall der Rest länger als zehn Jahre ist, kann sie nicht zehn Jahre überschreiten (§ 73-2 Abs.1 korStGB). Während der Frist der bedingten Entlassung untersteht der bedingt Entlassene der Führungsaufsicht, sofern es die Verwaltungsbehörde nicht anders beschließt (§ 73-2 Abs. 2 korStGB). Der Vollzug der Strafe gilt als beendet, wenn nach Gewährung der bedingten Entlassung ihre Zeit abgelaufen ist, ohne die bedingte Entlassung zu widerrufen (§76 Abs.1 korStGB).

6. Maßregeln der Besserung und Sicherung

Im koreanischen Recht gibt es die Zweispurigkeit¹⁰⁵ der strafrechtlichen Sanktion: neben den Strafen Maßregeln der Besserung und Sicherung. Das geltende koreanische StGB enthält nur die Führungsaufsicht als Maßregel, aber andere Arten von Maßnahmen finden sich in verschiedenen Nebengesetzen.¹⁰⁶ Allgemein können Maßnahmen ihrem Inhalt nach in persönlich sichernde Maßnahmen und sachlich sichernde Maßnahmen unterteilt werden.¹⁰⁷ Persönlich sichernde Maßnahmen werden nach dem Maß der Frei-

¹⁰⁴ Trotz der großzügigen Regelung im koreanischen StGB zeigt sich in der Praxis ein ganz anderes Bild: Von den Entlassenen im Jahr 1995 machte der Anteil derjenigen, die über 90% der Dauer der verhängten Strafe verbüßt hatten, 60.9% aus, derjenigen, die 80-90% verbüßt hatte, 34.9% (Weißbuch, 1996, S. 225). Die Eindrittelstrafenentlassung ist wegen ihres unrealistischen Charakters zu kritisieren (B.H. Suh, 1996, S. 180).

¹⁰⁵ Nach der gesetzgeberischen Regelung, die das Verhältnis zwischen Strafe und Maßregel bestimmt, gibt es das einspurige System, das zweispurige System und das vikariierende System: Ob man eine Maßregel getrennt neben der Strafe verhängt (Zweispurigkeit: Frankreich, Italien, Holland, Korea) oder man nur eine einheitliche, zeitlich nicht bestimmte Freiheitsstrafe oder Maßregel schafft (Einspurigkeit: England, Schweden). Das vikariierende System optimiert die Vollstreckbarkeit innerhalb des zweispurigen Systems, um den Austausch von Strafe und Maßregel im Vollzug mit einer Anrechnung der Maßregelzeit auf die Strafzeit und die Möglichkeit der Aussetzung auch der Maßregeln zur Bewährung zu erlauben (Deutschland, Schweiz, Korea: § 23 kor Gesetz über den Schutz der Gesellschaft).

¹⁰⁶ § 52 Jugendgesetz, § 50 Rauschgiftgesetz, § 31 Gesetz zur Kontrolle von Psychopharmaka, § 12-3 Hanfkontrollgesetz, § 9 Gesetz gegen die Prostitutionshandlungen, § 20 Abs. 3 Staatssicherheitsgesetz, Sicherheitsbeobachtungsgesetz, Führungsaufsichtsgesetz, Gesetz über den Schutz der Gesellschaft.

¹⁰⁷ J.D. Bae, AT, S. 663; J.S. Lee, AT, S. 590; H.M. Sonn, AT, S. 1214; I.S. Kim, AT 2, S. 766.

heitsbeeinträchtigung in freiheitsentziehende Maßregeln und freiheitsbeschränkende Maßregeln eingeteilt. Zu den sachlichen Maßnahmen gehören die Einziehung, das Verschließen des Geschäftslokals und die Auflösung der juristischen Person.¹⁰⁸ Im koreanischen Recht gibt es allerdings keine sachlichen Maßnahmen.¹⁰⁹ Zu den freiheitsentziehenden Maßregeln gehören die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, die Sicherungsverwahrung, die Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt oder Entziehungsanstalt und die Unterbringung in einem Arbeitshaus. Im koreanischen Recht sind die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und die Sicherungsverwahrung als freiheitsentziehende Maßregeln anerkannt.¹¹⁰ Zu den freiheitsbeschränkenden Maßregeln zählen Führungsaufsicht, Friedensbürgschaft,¹¹¹ Berufsverbot, Aufenthaltsbeschränkung, Landesverweisung und Gaststättenverbot. Allerdings gibt es im koreanischen Recht nur die Führungsaufsicht.¹¹²

Strafen und Maßregeln sind staatliche Sanktionen. So wie die Zumessung der Strafe durch das Schuldprinzip begrenzt wird, ist die Anordnung einer Maßregel nur insoweit zulässig, als die mit ihr verbundenen Lasten nicht außer Verhältnis zu der vom Täter ausgehenden Gefahr stehen. Das deutsche StGB (§ 62) sieht daher folgendes vor: Eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht. In diesem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz können wir die Grenzen des mit einer Maßregel verbundenen tiefen Eingriffs finden.¹¹³ Trotzdem normiert das koreanische Recht diesen Grundsatz nicht ausdrücklich. Als Auslegungsprinzip der Maßregeln der Besserung und Sicherung muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im StGB ausgedrückt werden.¹¹⁴

¹⁰⁸ Vgl. Nachweise wie Fn. zuvor.

¹⁰⁹ Einziehung (§§ 41, 48, 49 korStGB) ist eine Art der Strafe gemäß § 41 (die Art der Strafe) korStGB.

¹¹⁰ § 8, das Gesetz über den Schutz der Gesellschaft.

¹¹¹ Das italienische StGB (§ 236) sieht Friedensbürgschaft als sachliche sichernde Maßnahme vor.

¹¹² § 59-2 StGB, § 10 das Gesetz über den Schutz der Gesellschaft.

¹¹³ J.D. Bae, 1985, S.72ff.; ders, AT, S. 665f.; J.S. Lee, AT, S. 590.

¹¹⁴ J.D. Bae, AT, S. 666; I.T. Hoh, FS für H.M. Sonn, 1993, S. 576.

III. Der Stand der Strafzumessung in Korea

Für den Angeklagten, den Richter, das Opfer und die Allgemeinheit – wenn auch aus unterschiedlichen Gründen – ist die Strafzumessung sehr wichtig.¹¹⁵ Zudem ist sie der Abschluß des Strafprozesses und der Ausgangspunkt des Strafvollzuges. Deshalb wird sie oft als ein besonders wichtiger Teil der strafrichterlichen Tätigkeit angesehen. Man kann daher sagen, dass die unzureichenden Vorschriften des Gesetzes, die Mängel in der Strafzumessungspraxis und die Rückständigkeit der Strafzumessungslehre zu verbessern sind. Dieser mangelhafte Zustand der Strafzumessung gilt für die gesetzlichen Bestimmungen, die Strafzumessungslehre und auch die Praxis der Strafzumessung in Korea.¹¹⁶

Der Strafzumessung wurde und wird immer wieder vorgeworfen, dass sie Ungleichheit erzeugt. Beklagt werden die Disparität in der Strafhöhe und die mangelnde Rationalität des Strafzumessungsvorganges. Man spricht in diesem Zusammenhang von „Willkür, Zufall, Griff ins Dunkle, Ergebnis eines Glücksspiels“.¹¹⁷ Diese Ungleichmäßigkeit der Strafzumessungspraxis läßt sich nur erklären durch die Verschiedenheit der angewendeten Grundsätze oder durch das Fehlen brauchbarer Kriterien, nach denen das Gericht im Einzelfall die konkrete Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens bestimmen kann. Dieser Mangel an Grundsätzen, die eine Bestimmung der Strafe aufgrund rationaler Überlegungen ermöglichen würden, führt in Korea dazu, dass die Strafzumessung weitgehend intuitiv vorgenommen wird und dass sich darin die Eigenarten der Richterpersönlichkeiten und außergerichtliche Momente niederschlagen.¹¹⁸

I. Strafzumessungstheorie

Während die Strafzumessung in der justiziellen Praxis von Bedeutung ist, wird die Strafzumessungstheorie in Korea dagegen nicht so ausgiebig behandelt. Die Dogmatik der Lehre vom Verbrechen in der koreanischen Strafrechtswissenschaft hat zwar einen hohen Stand erreicht, aber die Lehre vom richterlichen Strafmaß befindet sich erst am Anfang. Die wesentliche Ursache für das Mißverhältnis zwischen der dogmatischen Vertiefung und Verfeinerung der Schuldfrage und der primitiv-oberflächlichen Behandlung

¹¹⁵ Y.R. Lee, 1996, S. 19ff.

¹¹⁶ S. Y. Choi, 1996, S. 29ff.; W.B. Kim, 1985, S. 5ff.

¹¹⁷ J.S. Lee, AT, S. 545.

¹¹⁸ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 20; Y.K. Oh, 1986, S. 55.

der Straffrage liegt darin, dass die meisten Theorien die Strafzumessung als ein Problem des – von Rechtsregeln freien – richterlichen Ermessens betrachtet haben.¹¹⁹ Lange Zeit glaubten manche Wissenschaftler, die Strafzumessung habe keinen Bezug zur Theorie, sondern lediglich zur Praxis. Neuerdings werden aber in einigen Lehrbüchern¹²⁰ neue Strafzumessungstheorien vorgestellt, in denen die Strafzumessung als ein Akt richterlich gebundenen Ermessens angesehen wird.¹²¹ Aber damit sind die eigentlichen Schwierigkeiten, die sich der Entwicklung einer rechtsdogmatischen Strafzumessungslehre entgegenstellen, noch nicht gelöst.

Die Grundthese, wonach sich die Strafzumessung letzten Endes im Wege eines schöpferischen Gestaltungsaktes vollzieht, ist richtig. Versteht man jedoch das richterliche Urteil als zwar am Gesetz orientierte, aber nicht ausschließlich durch das Gesetz determinierte Entscheidung, die nicht nur am Maßstab des Gesetzes, sondern auch an den Anforderungen gerechten und vernünftigen Entscheidens zu messen ist, dann ist die Strafzumessung keine richterliche Ermessenshandlung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, sondern ein rechtlicher Argumentationsvorgang, der nach der Richtigkeit der Entscheidung strebt.¹²² Nach Frisch sind Rechtssätze, die in ihrem Tatbestand unbestimmte Begriffe enthalten, häufig nicht unmittelbar im Wege des Urteilssyllogismus anwendbar. Für die Rechtsfolgeseite gelte im Prinzip nichts anderes. Wenn es ihm zufolge hier auch vielfach an erläuterungsbedürftigen Begriffen zu fehlen scheint, so meint er, dass der Richter dennoch normpräzisierende Obersätze bilden müsse. Dies illustriert er am Beispiel der richterlichen Strafzumessung: Jeder Verhängung einer bestimmten Strafe geht gedanklich ein sich an bestimmten rechtlichen Kriterien (Strafzwecke, Strafzumessungsmaßstäbe) orientierender Prozeß des Zuordnens einer bestimmten Strafgröße zu einer bestimmten Konstellation

¹¹⁹ S.Y. Choi, 1996, S. 34ff.

¹²⁰ J.S. Lee, AT, S. 551ff.; I.S. Kim AT 2, S. 694ff.

¹²¹ Diese Theorie scheint beide Seiten, also die Idee und die Realität der Strafzumessung, zu umfassen und ist daher die herrschende Theorie. Bruns hat jedoch gegen diese Theorie wie folgt ausgeführt: selbst wenn sie die Schwierigkeiten des Strafzumessungsproblems richtig darstellen würde, dürfte man diese Schilderung nicht gegen die Bemühungen um eine rationale Verbesserung der Strafzumessung ins Feld führen, sondern müßte sie zum Anlaß nehmen, die Realität der Strafzumessung möglichst bald und umfassend der Idee anzunähern. Diese Theorie kann aber inhaltlich nichts über die Beziehung zwischen der Realität und der Idee der Strafzumessung sagen (Bruns, 1974, 17ff.).

¹²² Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 48ff., 68ff.; J.S. Lee, AT, S. 551; I.S. Kim, AT 2, S. 695.

von Tat- und Täterfaktoren voraus. Eine konkrete Bemessungsregel ist das Ergebnis dieser Zuordnung, das meist gar nicht recht bewußt wird, also ein vom Richter für alle Sachverhalte mit entsprechenden Tat- und Täterfaktoren für richtig gehaltener und insoweit generell gedachter Obersatz.¹²³ Auf der Tatbestandsseite und auch auf der Strafzumessungsseite handelt es sich um reine Rechtsnormkonkretisierung, bei der es der Intention nach nur eine richtige Lösung geben soll.

2. Strafzumessungspraxis

Intensiver als die akademische Welt beschäftigt sich die Rechtspraxis mit dem Problem der Strafzumessung. Am korOGH finden mitunter Strafzumessungsseminare statt, und man kann recht häufig von Praktikern geschriebene Aufsätze über die Strafzumessung finden.¹²⁴ Diese Bemühungen haben das Ziel, individuelle oder örtliche Abweichungen im Sanktionierungsstil zu überwinden. Es kann nicht erstaunen, dass ähnlich gelagerte Fälle an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich bestraft werden. Verschiedene Untersuchungen haben gezeigt, dass die Strafzumessungsentscheidungen tatsächlich regional und individuell stark voneinander abweichen.¹²⁵ Solche Unterschiede widersprechen nicht nur dem Gerechtigkeitsgefühl, sondern erwecken auch verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 11 korGG. Ferner wird davon ausgegangen, dass sich regionale Differenzierungen im Strafmaß bzw. in der Strafart „traditionell“ erklären lassen¹²⁶ und man individuelle richterliche Unterschiede auf ein zu breites Ermessen zurückführen kann.¹²⁷ Zwar sind die Anstrengungen der Strafzumessungspraxis zur Vermeidung dieser Unterschiede positiv zu werten, aber diese Anstrengungen sind begrenzt. Das kann das Problem der Ungleichheit punktuell lösen, aber dem Anspruch auf weitgehende normative Legitimation der Strafzumessung nicht dienen, weil die Strafzumessungsfeststellungen der Praktiker sich meist nach statistischen Modellen richten.¹²⁸

Das größere Problem bei der Strafzumessungspraxis liegt darin, dass manche Praktiker die Strafzumessung grundsätzlich noch immer als einen

¹²³ Frisch, 1973, S. 1346f.; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 68ff.

¹²⁴ Diesbezüglich siehe die Nachweise bei S.Y. Choi, 1996, S. 35 Fn. 95.

¹²⁵ S.Y. Choi, 1996, S. 37ff.; Y.R. Lee, 1996, S. 115ff.

¹²⁶ Albrecht, 1980, S. 83ff.; ders. 1994, S. 348.

¹²⁷ Y.R. Lee, 1996, S. 70f.

¹²⁸ S.Y. Choi, 1996, S. 36.

Vorgang tatrichterlichen Ermessens betrachten. Jede Strafzumessungsentscheidung räume also dem Richter ein freies Ermessen ein, sofern sie sich nur innerhalb der Grenzen des Strafrahmens hielte.¹²⁹ Daher werden die Bestrebungen, eine Systematisierung und gesetzliche Bindung der Strafzumessung zu erreichen, abgelehnt. Das sogenannte persönliche Moment im Prozeß sei der zentrale Faktor, nicht etwa eine Rechtsnorm. Die Ungerechtigkeit dieser Ansicht ist unschwer erkennbar, weil die Strafzumessung, wie schon dargelegt, nichts anderes als strukturelle Rechtsanwendung ist.¹³⁰ Viele Praktiker beklagen, dass sie auf der Grundlage zu weniger Informationen über den Täter (etwa durch das von der Staatsanwaltschaft und der Kriminalpolizei aufgenommene Protokoll oder das Vorstrafenregister) ein Urteil verkünden müssen.¹³¹ Deshalb richten sie sich nach irrationalen Faktoren, z.B. ihrer Erfahrung und der Tradition. Darüber hinaus pflegen viele Richter bei der Strafzumessung nicht vom gesetzlichen Strafrahmen, sondern von einem gewissen typischen Testfall auszugehen, für den sie eine bestimmte Strafe für angemessen halten. Eine solche Strafzumessungspraxis hat zur Folge, dass der gesetzliche Strafrahmen den Richter vorwiegend dann interessiert, wenn er seine eigenen Zumessungsvorstellungen stört.¹³² Diese Ausrichtung der Strafzumessung an irrationalen und verdeckten Momenten spielt in der koreanischen Strafjustiz eine große Rolle.¹³³ Im Ermittlungsverfahren bekennen sich viele Beschuldigte schuldig, um dadurch die Einstellung des Verfahrens durch den Staatsanwalt zu erreichen. Auch in der Hauptverhandlung versuchen sie, durch eine Schuld eingeständnis richterliche Strafmilderung oder Strafaussetzung zur Bewährung zu erlangen. Um diese Probleme aufzulösen, ist die Formalisierung und Verrechtlichung der Strafzumessung geboten.¹³⁴ Strafzumessungsrichtlinien bilden das Fundament, auf das sich auch das sichere Gefühl des erfahrenen Praktikers für das richtige Strafmaß stützen muss, wenn es Anspruch auf rechtliche Anerkennung erheben will. Denkbar wäre auch die Ausarbeitung von Richtlinien, durch die die derzeit in der Praxis übliche oder als angemessen angesehene Strafzumessung für häufig vorkommende

¹²⁹ S.Y. Choi, 1996, S. 40f.

¹³⁰ C.H. Cho, FS für J.W. Kim, 1991, S. 536f.; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 72f.

¹³¹ K.U. Lee, in: Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), 1995, S. 65ff.; Y.K. Chang, in: Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), S. 98ff.; S.C. Park, in: Verwaltungsstelle beim OGH, S. 93ff.

¹³² Y.K. Oh, 1986, S. 67f.

¹³³ J.D. Bae, AT, S. 635.

¹³⁴ Hassemer, ZStW 90 (1978), 82ff.

Fallgestaltungen ausgewertet und vereinheitlicht werden. Selbst ohne rechtliche Verbindlichkeit wären solche Richtlinien wertvoll, sofern die in ihnen niedergelegten konkreteren Maßstäbe auf einem möglichst breiten Konsens von Praxis und Wissenschaft gründeten.¹³⁵

3. Gesetzgebung

Nach dem Grundgedanken des Gesetzlichkeitsprinzips, der sich aus Art. 12 und 13 korGG und § 1 korStGB ergibt, bedürfen alle den Bürger belastenden staatlichen Akte der Grundlage in einem förmlichen Gesetz.¹³⁶ Der Grund hierfür liegt darin, dass die kriminalrechtliche Bestrafung nicht von der Willkür der Strafverfolgungsorgane und der Gerichte abhängt, sondern vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber festgestellt werden soll. Deshalb ist die Schaffung der gesetzlichen Strafdrohungen für die Strafzumessung als originäre Aufgabe des Gesetzgebers anzusehen.¹³⁷ Für die Strafzumessung gibt der Gesetzgeber dem Richter das Einordnungsschema für die konkrete Fallgestaltung vor, indem er mit der Aufstellung von Strafrahmen die Schwere der in einem Straftatbestand enthaltenen Unrechtsmaterie bewertet.¹³⁸ Aufgabe des Gesetzgebers ist es also, durch die Strafrahmenziehung eine Vorbedingung für eine gleichmäßige und dem Unrechtsgehalt der einzelnen Tat gerecht werdende richterliche Strafzumessung zu schaffen. Dieser Strafrahmen ist entsprechend dem Bestimmtheitsgrundsatz der gesetzlich vorgegebene Ausgangspunkt für die konkrete Strafzumessung.¹³⁹

Das geltende korStGB enthält derzeit nur wenig brauchbare Anhaltspunkte für die Strafzumessung. Zwar zählt § 51 korStGB die Bedingungen der Strafzumessung auf, aber er enthält keine Grundlagenformel wie z.B. den Verweis auf das Schuldprinzip oder die Wechselbeziehung zwischen den Strafzwecken. Nach Auffassung des Gesetzgebers widersetze sich die Strafzumessung ihrer Natur nach allgemeinen Richtlinien und habe mit Rechtsanwendung wenig zu tun. Deshalb, so glaubt man, wäre der Versuch, Strafzumessungsgrundsätze zu entwickeln, von vornherein wegen der

¹³⁵ Jescheck/Weigend, AT S. 876.

¹³⁶ I.S. Kim, AT 1, S. 191ff.; J.S. Lee, AT, S. 8ff.; H.M. Sonn, AT, S. 48.

¹³⁷ T.B. Im, 1972, S. 169.

¹³⁸ I.S. Kim, AT 2, S. 694f.; J.S. Lee, AT, S. 546; H.K. Lee, AT, S. 455; H.M. Sonn, AT, S. 1191.

¹³⁹ I.S. Kim, AT 2, S. 710; J.S. Lee, AT, S. 546; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 175.

Eigenart der Strafzumessung zum Scheitern verurteilt.¹⁴⁰ Mangels einer Grundformel in § 51 korStGB stehen der Praxis für die Strafzumessung keine eindeutigen Maßstäbe zur Verfügung. Sie hängt daher ausschließlich von der Auslegung und dem richterlichen Ermessen ab. Deshalb erscheint es angebracht, dass der Richter bei der Ausübung seines Strafzumessungsermessens durch genaue und in den konkreten Einzelfällen verwendbare gesetzliche Richtlinien angeleitet wird.¹⁴¹

Im geltenden korStGB erscheinen insbesondere die Überweite vieler Strafdrohungen und die zu schweren Strafdrohungen problematisch.¹⁴² Der Gesetzgeber besitzt um so weniger Einfluß auf das konkrete Strafmaß, je weiter er den vorgegebenen Strafraumen zieht. Hinzu treten weiter rechtsstaatliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgrundsatzes, der auch für die Deliktsfolgende gilt.¹⁴³ Ferner stellen die zu hohen Strafdrohungen auch ein rechtliches Hindernis für eine rationale Strafzumessung des Richters dar.¹⁴⁴ Dadurch tritt eine Verunsicherung des Richters ein. Die Konsequenz ist häufig, dass sich viel engere richterliche Straftaxen ergeben, welche den gesetzlichen Strafraumen nur teilweise und zwar im unteren Bereich abdecken. Aus diesem Zustand könnte nur eine grundsätzliche Neubestimmung der Strafraumen des Besonderen Teils herausführen, wobei die jeweilige Deliktsschwere nach den heutigen kriminalpolitischen Maßstäben über die Sozialschädlichkeit des pönalisierten Verhaltens neu bewertet und in wesentlich engeren und gegeneinander ausdifferenzierten Straftaxen auf sie eingegangen werden müßte.¹⁴⁵

IV. Die gesetzlichen Regelungen der Strafzumessung im koreanischen StGB

1. Überblick über die Vorschriften

Es erscheint sinnvoll, die koreanische Rechtslage im Hinblick darauf zu befragen, welche Problemsicht beim Finden der Strafzumessungsentscheidung auftritt und welche Lösungsansätze empfohlen und zugelassen werden. Dabei gilt es vor allem, das positive Recht der Strafzumessung, wie es in der koreanischen Rechtsordnung gestaltet wurde und sich aktuell entwi-

¹⁴⁰ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 44ff.

¹⁴¹ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 45.

¹⁴² J.D. Bae, AT, S. 639f.; S.Y. Choi, 1996, S. 30f.

¹⁴³ Schönemann, *nulla poena sine lege*, 1978, S. 37ff.

¹⁴⁴ J.D. Bae, AT, S. 639ff.

¹⁴⁵ Y.K. Oh/S.Y. Choi, 1993, S. 79ff.

ckelt, einzubeziehen. Denn das Problem des Umgangs mit der Strafe und der Strafzumessung spiegelt sich nicht zuletzt in der gesetzlichen Regel und deren Entwicklung wider, die zur Anleitung des Richters gesetzt wurde.¹⁴⁶

Der Zweite Titel des Dritten Abschnitts des korStGB enthält Vorschriften über die Strafbemessung, die neben der Tatsachenfeststellung, der Beweiswürdigung und der Anwendung der Strafvorschrift auf den festgestellten Sachverhalt die vierte wesentliche Funktion des Strafrichters darstellt.¹⁴⁷ Mit nur wenigen Paragraphen ist in Korea der gesamte Bereich der Strafzumessung abgedeckt; die §§ 51-58 korStGB ermöglichen, die festgestellte Straftat mit der im Einzelfall richtigen Strafe zu ahnden. Kern der gesetzlichen Bestimmung über die Festlegung der zu verhängenden Strafe sind die in § 51 korStGB normierten Strafzumessungskriterien. Der Inhalt des §51 korStGB wird im nächsten Abschnitt (V) ausführlich behandelt. Gemäß § 51 korStGB sind bei der Strafzumessung folgende Umstände zu berücksichtigen: 1) das Alter, der Charakter, die Lebensführung, die Intelligenz und das Milieu des Täters, 2) das Verhältnis zum Opfer, 3) die Beweggründe, die Mittel und der Erfolg der Straftat, 4) die Umstände nach der Tatbegehung. § 52 regelt die Strafmilderung und den Straferlaß bei Selbstanzeige und Eingeständnis.¹⁴⁸ § 53 und § 54 enthalten die Strafmilderung nach richterlichem Ermessen.¹⁴⁹ Die Regelung über die gesetzlichen Milderungen in § 55 enthält Strafrahmenvorschriften, die sich jedoch wegen der Funktion des Strafrahmens als Bezugsgröße für die Einordnung der Tat auch auf die Strafbemessung auswirken.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Albrecht, 1994, S. 124.

¹⁴⁷ H.K. Lee, 1986, S. 3f.

¹⁴⁸ § 52 korStGB : Abs. 1) wenn der Täter nach der Straftat Selbstanzeige bei der Ermittlungsbehörde erstattet hat, kann dies strafmildernd oder in Form eines Straferlasses berücksichtigt werden, Abs. 2). Bei einem Delikt, für das der Täter nicht gegen den Willen des Opfers bestraft werden darf, gilt § 52 Abs. 1 entsprechend, wenn der Täter dem Opfer gegenüber gestanden hat.

¹⁴⁹ § 53 : wenn die besonderen Umstände bei der rechtlichen Beurteilung der Straftat vorliegen, kann der Richter das Strafmaß mildern.

§ 54 : wenn die für ein Delikt vorgeschriebene Strafe mehrartig ist, bestimmt der Richter erst die Art der Strafe und kann dann das Strafmaß mildern.

¹⁵⁰ Vgl. § 55 Abs. 1) Die gesetzlichen Milderungsmöglichkeiten lauten wie folgt: 1. An die Stelle der Todesstrafe tritt die lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren. 2. An die Stelle der lebenslangen Freiheitsstrafe tritt Freiheitsstrafe nicht unter sieben Jahren. 3. Bei zeitiger Freiheitsstrafe darf auf die Hälfte des angedrohten Strafmaßes erkannt werden. 4. An die Stelle des Entzugs der

Die gesetzliche Strafmilderung untergliedert sich in obligatorische und fakultative Milderungsgründe. Die obligatorischen Milderungsgründe sind in den §§ 10 Abs. 2 (bei Geistesgestörtheit des Straftäters), 11 (beim taubstummen Täter), 26 (beim Rücktritt) und 32 Abs. 2 (für Gehilfen) vorgesehen. Obligatorische Strafschärfung gibt es beim Rückfall (§ 35), bei der Entdeckung des Rückfalls nach Urteilsverkündung (§ 36), bei Realkonkurrenz (§ 37ff.) und qualifizierten Fällen von Anstiftung und Beihilfe (§ 34 Abs. 2). Eine spezielle Strafschärfung gibt es bei qualifizierten Delikten und Gewohnheitstätern. § 56 enthält die Reihenfolge von Strafschärfung und Strafmilderung.¹⁵¹ In § 57 ist die Anrechnung der Untersuchungshaft geregelt. Die erlittene Untersuchungshaft kann ganz oder teilweise auf die Dauer der zeitigen Zuchthausstrafe oder Einschließungsstrafe, der Unterbringung in einem Arbeitshaus, an Stelle einer Geldstrafe oder Geldbusse oder der Strafhaft angerechnet werden. Die jeweilige Anrechnung steht aber im Ermessen der Richters.¹⁵² §58 schließlich regelt die öffentliche Bekanntmachung des Urteils. Diese kann dem Interesse des Verletzten¹⁵³ und der Rehabilitation des Angeklagten¹⁵⁴ dienen.¹⁵⁵

Rechte tritt die zeitige Aberkennung der Rechte nicht unter sieben Jahren. 5. Bei der zeitigen Aberkennung der Rechte darf auf die Hälfte des angedrohten Strafmaßes erkannt werden. 6. Bei Geldstrafe darf auf die Hälfte des Höchstmaßes erkannt werden. 7. Bei Strafhaft darf auf die Hälfte des Höchstmaßes erkannt werden. 8. Bei Geldbusse darf auf die Hälfte des Höchstmaßes erkannt werden.

Abs. 2) wenn es mehrere gesetzliche Milderungsgründe gibt, kann der Richter das Strafmaß wiederholt mildern.

¹⁵¹ § 56 : Beim Zusammentreffen der Strafmilderungsgründe und Strafschärfungsgründe ist die Reihenfolge wie folgt : 1. Strafschärfung durch den vorliegenden Paragraphen des Besonderen Teils des Strafrechts 2. Strafschärfung in § 32 Abs. 2 (qualifizierte Fälle der Anstiftung und Beihilfe) 3. Strafschärfung bei Rückfall 4. gesetzliche Milderung 5. Strafschärfung bei Realkonkurrenz 6. Strafmilderung nach richterlichem Ermessen.

¹⁵² korOGH, 22. 11. 1983 Do 2528

¹⁵³ § 58 Abs. 1: Wenn es im Interesse des Opfers erforderlich erscheint, kann die öffentliche Bekanntmachung des Urteils auf Kosten des Beklagten erfolgen, sofern ein dahingehender Antrag des Opfers vorliegt. Diese Vorschrift kann wegen der Gefahr für die Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kritisiert werden (J.D. Bae, AT, S. 643).

¹⁵⁴ § 58 Abs. 2: Ergeht ein Urteil, das den Angeklagten freispricht oder das Verfahren einstellt, so kann eine öffentliche Bekanntmachung des Urteils angeordnet werden.

¹⁵⁵ J.S. Lee, AT, S. 555; H.M. Sonn, AT, S. 1197; I.S. Kim, AT 2, S. 722.

2. Die Strafmilderung nach richterlichem Ermessen (§ 53 korStGB)

Zusätzlich zu den gesetzlichen Strafmilderungsgründen räumt das koreanische StGB dem Richter als sogenannte gerichtliche Strafmilderungsgründe einen Ermessensspielraum ein. Der Richter kann dann die Strafe nach seinem Ermessen im Einzelfall mildern. § 53 korStGB bestimmt Folgendes: „Wenn die vorliegenden besonderen Umstände bei der Beurteilung der Straftat zu berücksichtigen sind, kann der Richter das Strafmaß zu mildern.“ Das geltende koreanische StGB enthält dabei keine Regelungen über das Maß und die Weise der Strafmilderung nach richterlicher Erwägung. Hierzu dürfen nur die Auffassungen der Rechtsprechung und Theorie berücksichtigt werden.

Die Möglichkeit der Strafmilderung durch richterliches Ermessen erlaubt es dem Richter auch in den Fällen, in denen es keine gesetzlichen Milderungsgründe gibt und das Strafmaß schon gesetzlich verschärft oder gemildert wurde, das Strafmaß mildern.¹⁵⁶ Außerdem kann der Richter die Strafe nach seiner freien Überzeugung ohne Rekurs auf die gesetzlichen fakultativen Milderungsgründe mildern.¹⁵⁷ Dabei kann sich der Richter auf §51 StGB¹⁵⁸ stützen.¹⁵⁹ Diese Strafmilderungsform ist bis zur gesetzlichen Mindeststrafe zulässig.¹⁶⁰ Beim Vorliegen mehrerer Milderungsgründe nach richterlicher Erwägung darf der Richter nicht wiederholt das Strafmaß mildern.¹⁶¹ Falls Freiheitsstrafe und Geldstrafe zusammen verhängt werden, darf sich die Strafmilderung nach richterlicher Erwägung nicht nur auf eine Strafe beschränken, solange es keine gesetzliche Ausnahmeregelung gibt.¹⁶² Bei der Milderung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch richterliche Erwägung darf auf eine Freiheitsstrafe über 15 Jahre hinaus nicht erkannt werden¹⁶³, weil das Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe 15 Jahre beträgt.¹⁶⁴ Diese Strafmilderungsmöglichkeit liegt im richterlichen Ermes-

¹⁵⁶ J.S. Lee, AT, S. 549; H.K. Lee, AT, S. 459; I.S. Kim, AT 2, S. 715; S.K. Park, AT, S. 506.

¹⁵⁷ korOGH, 13.11.1984, 84 Do 1897; 03.12. 1985, 84 Do 3042.

¹⁵⁸ Dazu siehe, V I.

¹⁵⁹ I.S. Kim, AT 2, S.713; J.S. Lee, AT, S. 549.

¹⁶⁰ korOGH, 28.10.1964, 64 Do 454; J.S. Lee, AT, S. 550; I.S. Kim, AT 2, S. 715.

¹⁶¹ korOGH, 07.04.1964, 63 Do 10

¹⁶² korOGH, 14.09.1976, 76 Do 2012; 28.06.1977, 77 Do 1094; 26.07.1977, 77 Do 1872; 26.08.1997, 96 Do 3466.

¹⁶³ KorOGH, 13.10.1992, 92 Do 1428; 24.11.1992, 92 Do 2432.

¹⁶⁴ J.S. Lee, AT, S. 550.

sen, und der Richter braucht die Milderungsgründe in dem Urteilstenor nicht ausdrücklich zu nennen.¹⁶⁵

Diese Strafmilderung nach richterlichem Ermessen entspringt praktischer Notwendigkeit insbesondere, weil das Sonderstrafrecht¹⁶⁶ viele übermäßig schwere Strafdrohungen enthält und daher eine angemessene Strafzumessung erschwert.¹⁶⁷ Sie wirft dennoch viele Probleme auf. Da auch Strafzumessung Rechtsanwendung ist oder im Hinblick auf das Gesetzmäßigkeitsprinzip doch sein sollte, ist es problematisch, wenn der durch das Gesetz bestimmte Strafraum dem richterlichen Ermessen überantwortet wird.

Die Strafmilderung nach richterlichem Ermessen ist informell und unbestimmt.¹⁶⁸ Sie hat nichts mit den Grundprinzipien des Strafrechts selbst, z.B. dem Schuldprinzip, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip oder dem Ultima-ratio-Prinzip zu tun. Das Ergebnis könnte demnach der Verlust von Transparenz und Kontrollierbarkeit sein.¹⁶⁹ Um dieses Problem zu lösen, ist es notwendig, die Milderungsgründe in dem Urteilstenor konkret auszudrücken. Diese richterliche Milderungsmöglichkeit wurde jedoch von der Rechtsprechung entwickelt, weil es Straftaten gibt, deren gesetzlicher Strafraum mit einer so hohen Eingangsstrafe einsetzt, dass selbst nach Ausschöpfung aller gesetzlicher Milderungsmöglichkeiten die Strafe immer noch außerordentlich hart wäre. Deshalb müssen die Strafraum grundsätzlich neu bestimmt werden, wobei die jeweilige Deliktsschwere nach den heutigen kriminalpolitischen Maßstäben über die Sozialschädlichkeit des pönalisierten Verhaltens ebenfalls neu bewertet werden mußte.¹⁷⁰

Im Zusammenhang mit der Strafmilderung nach richterlichem Ermessen müssen die Voraussetzungen des § 54 korStGB (wahlweise Strafe und

¹⁶⁵ korOGH, 12.09.1958, 4292 Hyeong Sang 389.

¹⁶⁶ Z.B.: Sondergesetz über die Strafverschärfungen bestimmter Verbrechen, Sondergesetz über die Bestrafung bestimmter Gewaltdelikte, Sondergesetz über bestimmte Formen der Wirtschaftskriminalität; Gesetz über die Bestrafung der Gewalttätigkeiten oder Wehrstrafgesetz. „Kodifiziertes und nicht-kodifiziertes Strafrecht werden von der jeweiligen Strafrechtswissenschaft in Korea und in BRD sehr unterschiedlich systematisiert.“ Abweichende Terminologien sprechen auch von Nebenstrafrecht, Sonder- oder Verwaltungsstrafrecht und Quasi-StGB; (M.H. Song, 2000, S. 127).

¹⁶⁷ J.D. Bae, AT, S. 639ff.; Y.K. Oh/S.Y. Choi, 1993, S. 77.

¹⁶⁸ J.D. Bae, AT, S. 640; S.Y. Choi, 1996, S. 220f.

¹⁶⁹ J.D. Bae, AT, S. 640f.

¹⁷⁰ S.Y. Choi, 1996, S. 221; Y.K. Oh/S.Y. Choi, 1993, S. 77f.

Strafmilderung nach richterlicher Erwägung) geprüft werden. Die Vorschrift lautet: „Wenn die auf ein Delikt folgende Strafe „mehrartig“ (d.h. aus mehreren Teilstrafen unterschiedlichen Typs zusammengesetzt) ist, bestimmt der Richter erst die Art der Strafe und kann dann das Strafmaß mildern.“ Die Problematik des § 54 korStGB ergibt sich aus der Vielzahl der Strafarten. In § 54 korStGB zeigt sich die Unterschiedlichkeit der Strafzumessungsbegriffe zwischen Korea und Deutschland.¹⁷¹ Das koreanische StGB enthält neun verschiedenartige Strafen. Demzufolge soll der Richter vor der Bestimmung des Strafmaßes die Art der Strafe auswählen. Zudem scheint das Gesamtsummensystem bei der Verhängung der Geldstrafe diese Vorschrift (§ 54 korStGB) für die Strafzumessung notwendig zu machen. Aber wenn Freiheitsstrafe und Geldstrafe wahlweise verhängt werden können, müßte die Strafmaßentscheidung der Wahl der Strafart vorgehen. Sonst geht das Gleichgewicht zwischen Freiheitsstrafe und Geldstrafe bei gleicher Straftat verloren. Denn nach jetziger Rechtslage gemäß § 54 korStGB setzt der Richter die Strafart willkürlich fest. Aus diesem Grund wird die Einführung des Tagessatzsystems bei der Geldstrafe gefordert, weil dieses das dem Unrecht und der Schuld entsprechende Strafmaß bestimmen und dadurch die Ungleichbehandlung zwischen Freiheitsstrafe und Geldstrafe verhindern kann.

V. Relevante Strafzumessungstatsachen gemäß § 51 korStGB

1. Die Bedeutung des § 51 korStGB

Bei der Übersicht über das moderne Strafrecht verschiedener Länder stellt man fest, dass in ihm Maßstäbe der Strafzumessung – wenn auch in unterschiedlicher Form – normiert sind.¹⁷² Anders als im § 46 dStGB legt der Gesetzgeber in § 51 korStGB keine allgemeinen Prinzipien der Strafzumessung fest, insbesondere nicht in Form der Vorgabe eindeutiger Strafziele. Nur die wichtigsten Strafzumessungstatsachen sind im Katalog des § 51 beispielhaft umschrieben. Deshalb lassen sich die allgemeinen Prinzipien der Strafzumessung nur indirekt, u.a. durch Rückschlüsse aus bestimmten Strafzumessungstatsachen wie dem Charakter der Täters oder dem Erfolg der Straftat, ermitteln. Die Strafzumessungstatsachen im Katalog des § 51 korStGB werden in zwei Hauptgruppen untergliedert, die entweder die Tat

¹⁷¹ Diesbezüglich siehe oben Teil I A I.

¹⁷² Schmidt, 1961, S. 129ff.; M.T. Kwon, 1983, S. 116ff.; Albrecht, 1994, S. 129ff.

oder den Täter charakterisieren. Gemäß § 51 korStGB sind im Rahmen der Strafzumessung folgende Umstände zu berücksichtigen:

1. das Alter, den Charakter, das Verhalten, die Intelligenz und das Milieu des Täters,
2. das Verhältnis zum Opfer,
3. die Beweggründe, die Mittel und den Erfolg der Straftat,
4. die Umstände nach der Tatbegehung.

Nach der hier vertretenen Meinung wurde die Schwere der Straftat in den Mittelpunkt gestellt, während spezial- und generalpräventive Erwägungen im Bereich der Entscheidung über das Strafmaß nicht explizit gefordert werden. Die Strafzumessungstatsachen im Katalog des § 51 korStGB stehen jedoch unter dem starken Einfluß einer auch die persönliche Entwicklung und Entwicklungsfähigkeit sowie die persönlichen Umstände des Verurteilten berücksichtigenden Individualisierung der Strafe.

Der Katalog des § 51 enthält wertvolle Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob bestimmte Tatsachen strafzumessungsrelevant sind. Der Kreis der Bedingungen der Strafzumessung ist nicht abschließend normiert, steht also der Heranziehung weiterer Bedingungen der Strafzumessung nicht entgegen.¹⁷³ Es ist für den Gesetzgeber unmöglich, eine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungstatsachen zu benennen, da deren Zahl unbegrenzt ist. Der Katalog des § 51 verpflichtet den Richter nicht, im konkreten Fall alle im Katalog genannten Strafzumessungstatsachen im einzelnen durchzugehen. Ebenso wenig erfordern die im Katalog enthaltenen Strafzumessungstatsachen eine erhöhte Begründungspflicht, noch sind sie von höherem Rang für die Nachprüfung im Rechtsmittelverfahren. Die Bedeutung des Katalogs liegt nur darin, den Richter auf die für die Strafzumessung regelmäßig in Betracht kommenden Tatsachen aufmerksam zu machen.¹⁷⁴ Nach der herrschenden Meinung in Korea stehen, ähnlich wie Deutschland, die Strafzwecke und Strafzumessungstatsachen in einer engen Beziehung zueinander.¹⁷⁵ Ihrzufolge müßte die Relevanz der Strafzumessungstatsachen deshalb vom Standpunkt der verschiedenen Strafzwecke aus beurteilt werden, die sich an Schuldgesichtspunkten oder Präventions-

¹⁷³ H.K. Lee, 1986, S. 145; ders, AT, S. 464; I.S. Kim, AT 2, S. 716.

¹⁷⁴ J.D. Bae, in: Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), S. 133; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 128f.

¹⁷⁵ I.S. Kim, AT 2, S. 716; J.S. Lee, AT, S. 553; H.K. Lee, AT, S. 463; S.K. Park, AT, S. 508; Y.S. Chong/Y.K. Shin, 1998, S. 468.

gesichtspunkten orientieren,¹⁷⁶ obwohl § 51 korStGB keine Strafzumessungsrichtlinien gemäß dem Schuldprinzip oder der Prävention vorsieht und die Faktoren der Strafzumessung nicht entsprechend systematisiert. Zudem sei die gesetzliche Festschreibung der Schuld als Grundlage der Strafbemessung wie in Deutschland gefordert, wobei allerdings in Berücksichtigung der Auswirkungen, die von der Strafe auf den Täter und dessen zukünftiges Verhalten ausgehen, auch präventive Erwägungen einzubeziehen wären.¹⁷⁷

2. Das Alter, der Charakter und die Lebensführung, die Intelligenz und das Milieu des Täters

2.1 Das Alter des Täters

Nach Auffassung der Praxis ist das Alter des Täters eine Komponente des Handlungsunrechts und ein Maßstab der Zurechnungsfähigkeit.¹⁷⁸ Darüber hinaus kennt das geltende koreanische Recht viele Vorschriften, die einen Zusammenhang mit dem Alter des Täters aufweisen. Was die Berücksichtigung des Alters des Täters angeht, können vor allem Jugend und ein hohes Alter von Bedeutung sein.¹⁷⁹ So lautet § 9 korStGB (Strafunmündige): Die Tat einer Person unter 14 Jahren kann nicht bestraft werden. Nach § 59 korJGG (Strafmilderung der Todesstrafe und der lebenslangen Freiheitsstrafe) gilt: Wer bei Begehung der Straftat noch nicht 18 Jahre alt ist, wird mit Freiheitsstrafe von 15 Jahren bestraft, wenn er mit der Todesstrafe oder der lebenslangen Freiheitsstrafe bestraft werden würde.

§ 60 korJGG (Unbestimmte Strafe) sieht vor: Wenn ein Jugendlicher unter 20 Jahren eine Straftat begeht, die mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bedroht ist, soll der Richter auf eine Strafe zwischen 10 Jahren und 5 Jahren erkennen (Abs. 1). Hinsichtlich der Eigenschaften des Jugendlichen kann die Strafe gemildert werden, wenn die Strafmilderung als angemessen erachtet wird (Abs. 2). § 471 korStPO Abs.1 Nr. 2 (Absehen von Strafvollzug) stellt zudem fest: bei älteren Tätern über 70 Jahren kann vom Vollzug der Freiheitsstrafe abgesehen werden.

¹⁷⁶ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 127ff.

¹⁷⁷ J.S. Lee, AT, S. 552f.; I.S. Kim, AT 2, S. 696ff.; H.K. Lee, AT, S. 463; Y.K. Oh, 1986, S. 54ff.; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 80ff.

¹⁷⁸ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 57.

¹⁷⁹ H.K. Lee, 1986, S. 7; ders, AT, S. 464; I.S. Kim, AT 2, S. 716.

Dieser Strafmilderungsgrund betrifft persönliche, dem Täter anhaftende oder bei ihm vermutete Schwächen oder Unzulänglichkeiten, die ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden können und daher seine Schuld vermindern.¹⁸⁰ Hinsichtlich des Alters sind es die Unreife des Charakters und der Mangel an Erfahrung und an sozialem Verständnis, die die privilegierte Behandlung jugendlicher Rechtsbrecher rechtfertigen sollen.¹⁸¹ Unter spezialpräventiven Gesichtspunkten hat der Jugendliche größere Möglichkeiten für seine Besserung und der Ältere eine geringere Strafempfänglichkeit.¹⁸² Auch im Hinblick auf die Strafempfindlichkeit kann das Alter des Täters strafmildernde Bedeutung haben.¹⁸³ Beim Vorliegen der anderen negativen Strafzumessungstatsachen kann jedoch eine schwerere Strafe für den Jugendlichen verhängt werden.¹⁸⁴ Das jugendliche Alter des Täters im Zeitpunkt der Tat ist keine obligatorische strafmildernde Strafzumessungsbedingung, sondern ein die Zurechnungsfähigkeit beurteilender Umstand.¹⁸⁵ Das Alter kann auch im Zusammenhang mit der Eigenart der betreffenden Straftat berücksichtigt werden. Es kann eine strafmildernde Strafzumessungstatsache, aber keine strafscharfende Strafzumessungstatsache sein.¹⁸⁶

2.2 Der Charakter und die Lebensführung des Täters

2.2.1 Allgemeiner Charakter und allgemeine Lebensführung

Allgemeiner Charakter oder allgemeine Lebensführung des Täters hat außer Betracht zu bleiben, weil sonst die Tatschuld nicht mehr der maßgebende Zumessungsfaktor wäre.¹⁸⁷

Unter Charakter und Lebensführung im Sinne der Strafzumessungslehre sind sittlich wertwideriger Einzeltatcharakter und Lebensführung zu verstehen, nicht die sonstige innere Einstellung oder der allgemeine Charakter des Täters und nicht seine abstrakte oder grundsätzliche, d.h. von einer konkreten Verhaltensweise losgelöste Einstellung zu den Grundwerten der Ge-

¹⁸⁰ H.K. Lee, 1986, S. 7f.; ders, AT, S. 464; I.S. Kim, AT 2, S. 716f.

¹⁸¹ H.K. Lee, 1986, S. 7f.; ders, AT, S. 464; I.S. Kim, AT 2, S. 717.

¹⁸² I.S. Kim, AT 2, S. 717; H.K. Lee, 1986, S. 8.

¹⁸³ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 58.

¹⁸⁴ KorOGH, 13.12.1977, 77 Do 3133.

¹⁸⁵ KorOGH, 22. 02.1977, 76 Do 4034.

¹⁸⁶ H.K. Lee, 1986, S. 8.

¹⁸⁷ I.S. Kim, AT 2, S. 717; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 60.

sellschaft.¹⁸⁸ In der koreanischen Praxis gilt deshalb die in der deutschen Rechtsprechung entwickelte sogenannte „innere Beziehung zwischen Vorleben und Straftat“¹⁸⁹ für die Strafzumessungsrelevanz dieser Strafzumessungstatsache.¹⁹⁰ Wenn der Charakter des Täters eine enge Beziehung mit der Tat hat und in der Tat zum Ausdruck kommt, kann er als subjektive Komponente des Handlungsunrechts berücksichtigt werden.

Nach Auffassung der Praxis kommt ein verwerflicher Charakter zum Beispiel in Betracht bei¹⁹¹: Diebstahl, wenn der Täter Arbeit vermeiden und sich dadurch den Lebensunterhalt verdienen will; beim Betrug, wenn der bei der Tat aufgewendete Wille in Form einer stärkeren kriminellen Energie zum Ausdruck kommt; bei Roheit der gefährlichen Körperverletzung; bei Vermögensdelikten in der Neigung, sich auf anderer Leute Kosten ein schönes Leben zu machen. Nicht berücksichtigt werden darf dagegen der Umstand bei einer Kindestötung, dass das getötete Kind im Ehebruch empfangen worden war, oder bei Verurteilung eines Rechtsanwalts wegen Betrugs, dass er seine Anwaltspraxis allgemein nicht ordnungsmäßig geführt hat. Es ist in der Praxis allgemein anerkannt, dass bisherige Straffreiheit strafmildernd zu berücksichtigen ist. Ein weiterer Strafmilderungsgrund kann sich aus dem sonstigen Vorleben des Täters ergeben, insbesondere wenn es sich nach einer beachtlichen, sozial nützlichen Lebensleistung um ein einmaliges Versagen handelt¹⁹² und eine enge Beziehung zur abzuurteilenden Tat besteht.¹⁹³ Nach anderer Meinung aber ist es nicht zulässig, in der Unbestraftheit des Täters schlechthin eine strafmildernde Tatsache zu sehen, da auch ein nicht vorbestrafter Angeklagter nicht selten eine üble Vergangenheit hat und der leere Strafregisterauszug nicht unbedingt eine einwandfreie Lebensführung beweist.¹⁹⁴

2.2.2 Vorstrafen

Vorstrafen sind in der Praxis einer der bedeutsamsten Strafzumessungsfaktoren.¹⁹⁵

¹⁸⁸ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 144.

¹⁸⁹ Dazu kritisch siehe Teil 2 A III 6.2.1.

¹⁹⁰ Verwaltungsstelle beim OGH, Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 59.

¹⁹¹ Verwaltungsstelle beim OGH, Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 59.

¹⁹² H.K. Lee, 1986, S. 8.

¹⁹³ Verwaltungsstelle beim OGH, Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 61.

¹⁹⁴ I.S. Kim, AT 2, S. 717.

¹⁹⁵ Y.L. Lee, 1996, S. 71; Y.K. Oh, 1986, S. 67.

Bei rückfälligen Tätern sieht § 35 korStGB vor, dass die Höchststrafe das Doppelte des Höchstmaßes beträgt, das für die begangene Straftat vorgesehen ist. Diese Vorschrift bestimmt nur formelle Rückfallvoraussetzungen.¹⁹⁶ Als Voraussetzungen sind vorgesehen: Damit eine den Rückfall begründende Straftat festgestellt werden kann, muss der Täter zu einer Einschließungsstrafe oder einer schwereren Strafe verurteilt worden sein. Ferner muss für eine neue Straftat eine Einschließungsstrafe oder eine schwerere Strafe verhängt werden. Darüber hinaus kann nach § 36 korStGB die Strafe neu bestimmt werden, wenn der Rückfall erst nach der Urteilserkundung entdeckt wird.

Hiergegen werden jedoch in der koreanischen Strafrechtslehre Bedenken erhoben. Einige Fragen beziehen sich besonders auf den Grund der Strafschärfung wegen Rückfalls, z.B. worin ihre Rechtfertigung liegen kann und ob die auf das Doppelte erhöhte Rückfallstrafe den Grundsätzen des Verfassungsrechts – „ne bis in idem“ und dem Gleichheitsprinzip, d.h. der gleichen Bestrafung aller Täter – entspricht.¹⁹⁷ Nach der Rechtsprechung¹⁹⁸ und der überwiegenden Meinung¹⁹⁹ bedeutet die Schärfung des Rückfalls nicht eine erneute Verurteilung wegen der früheren Taten, sondern sie erfolgt, weil der Täter sich die Vorstrafen nicht hat zur Warnung dienen lassen. Im Hinblick auf den Gleichheitssatz bedeutet die Schärfung des Rückfalls keine Diskriminierung der sozialen Stellung, denn sie dient ausschließlich dem kriminalpolitischen Zweck, d.h. der General- bzw. Spezialprävention.²⁰⁰

Nach Auffassung einiger Autoren können in der koreanischen Strafrechtslehre die Vorstrafen Schlüsse auf die Schuld des Täters zulassen²⁰¹ oder Anhaltspunkte für den spezialpräventiven Gedanken geben.²⁰² Es ist unter Schuldgesichtspunkten wichtig, eine Strafschärfung wegen Rückfalls

¹⁹⁶ Daher wird der Vorschlag vertreten, dass es nötig sei, eine materielle Voraussetzung einzufügen, vergleichbar derjenigen des § 48 dStGB a.F. (I.S. Kim, AT 2, S. 727; J.S. Lee, AT, S. 561).

¹⁹⁷ K.W. Chang, 1992, S.129; J.D. Bae, AT, S. 647.

¹⁹⁸ korVerfGE, 02.23.1995, 93 Honba 43; korOGH, 01.05.1968, 68 Do 336; 29.09.1970, 70 Do 1656.

¹⁹⁹ H.M. Sonn, AT, S. 1159; I.S. Kim, AT 2, S. 726; H.K. Lee, AT, S. 468; J.S. Lee, AT, S. 558.

²⁰⁰ KorOGH, 12.04. 1983, 83 Do 420; J.S. Lee, AT, S. 559; H.M. Sonn, AT, S. 1159; I.S. Kim, AT 2, S. 726; H.K. Lee, AT, S. 468.

²⁰¹ J.S. Lee, AT, S. 559

²⁰² H.M. Sonn, AT, S. 1160; I.S. Kim, AT 2, S. 727f.

mit einem ernstgenommenen Tatschuldprinzip zu harmonisieren. Die angeblich erhöhte Schuld ist jedoch nichts anderes als eine Charakter-, Täter- oder Lebensführungsschuld, die in der Regel im Widerspruch zum modernen Einzeltatschuldprinzip steht.²⁰³ Deshalb plädiert die überwiegende Meinung für die Abschaffung der Rückfallvorschrift, dass sie weder präventive Wirkung entfalte noch mit dem Schuldprinzip vereinbar sei.²⁰⁴

Als Grund für die Strafschärfung wegen Rückfalls werden in der Lehre die Warnfunktion oder die Hemmschwellentheorie²⁰⁵ genannt. Danach könnten aus der früheren Verurteilung Schlüsse auf eine erhöhte Vorwerfbarkeit der jetzt zu beurteilenden Tatbestandsverwirklichung gezogen werden, wenn der Täter sich bei seinen neuen Taten über die mit früheren Verurteilungen oder früherem Vollzug gesetzten Warnungen und Hemmschwellen hinwegsetzt.²⁰⁶ Nach anderer Meinung ist dies eine bloße Fiktion, da die Betroffenen aus vielerlei sozialen und persönlichen Umständen heraus – z.B. aufgrund des Fehlens einer sozialen Fürsorge, aus Willensschwäche oder wegen einer defekten Persönlichkeit – nicht in der Lage seien, sich gesetzeskonform zu verhalten.²⁰⁷

2.3 Die Intelligenz des Täters

In der strafrechtlichen Praxis spielt im Zusammenhang mit den persönlichen Verhältnissen des Täters auch seine Intelligenz eine Rolle. Das Maß der Intelligenz kann sich sowohl im positiven als auch im negativen Sinne auswirken.²⁰⁸ Die Intelligenz des Täters ist an sich keine Komponente für die Straftat, sondern nur eine Täterkomponente. Nach Meinung der Praxis dürfe sie deshalb im Hinblick auf das Maß der Schuld strafschärfend nur dann berücksichtigt werden, wenn sich eine innere Beziehung zur Straftat erkennen läßt.²⁰⁹ So kann sie dem Täter bei der Strafzumessung dann zum Nachteil gereichen, wenn aus der Tatbegehung auf eine hohe Intelligenz geschlossen werden kann, der Täter also beispielsweise eine qualifizierte Spurenbeseitigung gemacht hat, sein starke Wille oder eine besondere kri-

²⁰³ H.M. Sonn, AT, S. 1160; J.D. Bae, AT, S. 646.

²⁰⁴ J.D. Bae, AT, S. 645ff.; I.S. Kim, AT 2, S. 727f.; H.K. Lee, AT, S. 469; H.M. Sonn, S. 1160; K.H. Chin, AT, 1993, S. 972f.

²⁰⁵ Gegen diese Theorien siehe Teil 2 III 6.3.2.

²⁰⁶ I.S. Kim, AT 2, S. 726; J.D. Bae, AT, S. 645f.; J.S. Lee, AT, S. 560.

²⁰⁷ I.S. Kim, AT 2, S. 727; J.D. Bae, AT, S. 646; H.M. Sonn, AT, S. 1160; H.K. Lee, AT, S. 469; J.S. Lee, AT, S. 560f.

²⁰⁸ I.S. Kim, AT 2, S. 717.

²⁰⁹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 64f.

minelle Energie in der Tat zum Ausdruck gekommen ist.²¹⁰ Wenn abnorme Erkenntnisfähigkeit oder Vorhersehbarkeit wegen niedriger Intelligenz des Täters diesen zur Begehung der Straftat gebracht hat, handelte der Täter bei Begehung der Straftat mit verminderten Zurechnungsfähigkeit, weshalb seine Schuld reduziert wird.²¹¹ Außerdem kann bei manchen psychisch gestörten Tätern keine effektive Wirkung der Strafe erwartet werden.²¹² Nach § 10 Abs. 2 korStGB ist die verminderte Schuldfähigkeit ein Strafmilderungsgrund, wobei das Verbot der Doppelverwertung berücksichtigt werden muss. Es ist jedoch anerkannt, dass selbst nach einer Rahmenmilderung wegen verminderter Schuldfähigkeit die konkreten Umstände (hier die geringere Intelligenz des Täters), auf denen diese beruht, auch bei der Strafzumessung innerhalb des bereits gemilderten Rahmens berücksichtigt werden dürfen.²¹³

2.4 Milieu des Täters

Im Rahmen des Milieus des Täters sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schuld und die Prävention bedeutsam sein können. Das Milieu des Täters wird beeinflusst durch sein Geschlecht, seine Religion, seine soziale Herkunft, den Bildungsstand, den Familienstand, die soziale Stellung, seine Gesundheit, Wohnverhältnisse und seinen Beruf.²¹⁴ Das Unrecht der konkreten Tat wird vom Milieu zwar regelmäßig nicht berührt, es kann jedoch Aufschluß geben über das Maß der Schuld, also darüber, wie sehr oder wie wenig fähig der Täter gewesen ist, die Rechtswidrigkeit der Tat zu erkennen und dadurch der Motivation zur rechtswidrigen Tat zu widerstehen.²¹⁵ Es ist nicht so sehr eigenständige Strafzumessungstatsache, vielmehr wird aus ihm auf die Beweggründe, die Ziele, das Maß der Schuldfähigkeit oder das Maß der Pflichtwidrigkeit geschlossen, wenn es eine innere Beziehung zur Straftat hat. Selbst wenn das Milieu des Täters keine Beziehung zur Straftat hat, kann es unter spezialpräventiven Gesichtspunkten auch für die Strafwirkungen wichtig sein.²¹⁶ Ferner ist das Milieu des Tä-

²¹⁰ I.S. Kim, AT 2, S. 718; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 65.

²¹¹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 65.

²¹² H.K., Lee, 1986, S. 8; ders, AT, S. 464.

²¹³ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 65.

²¹⁴ H.K. Lee, 1986, S. 9; ders, AT, S. 464; I.S. Kim, AT 2, S. 718.

²¹⁵ I.S. Kim, AT 2, S. 718.

²¹⁶ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 65f.

ters von großer Bedeutung für die Diagnostizierung des Präventionsbildes zum Zwecke der Feststellung der richtigen Sanktionsart.²¹⁷

Wenn das Milieu des Täters eine Beziehung zu den Beweggründen und Zielen der Straftat hat, kann dies als Strafzumessungstatsache für das Handlungsunrecht berücksichtigt werden und sich im allgemeinen zugunsten des Täters auswirken.²¹⁸ In der Praxis ist anerkannt, dass wirtschaftliche Bedrängnis insbesondere bei Vermögensdelikten zu Strafmilderung führen kann. So gilt etwa, wenn eine Täterin viele Kinder hat und in wirtschaftlicher Bedrängnis einen Schwangerschaftsabbruch durchführen läßt, dass dieser Umstand ein Strafmilderungsgrund sein kann.²¹⁹ Die Trunkenheit des Täters bei der Begehung der Straftat kann als Maßstab für seine Zurechnungsfähigkeit eine Strafzumessungstatsache für das Handlungsunrecht sein. Auch wenn der Täter den Zustand der § 10 Abs. 1 und 2 korStGB (Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit) nicht erreicht, kann die Verminderung der Steuerungsfähigkeit oder des Hemmungsvermögens als strafmildernde Strafzumessungstatsache berücksichtigt werden.²²⁰ Nach dem Gedanken der *actio libera in causa* kann jedoch jede Strafmilderung ausgeschlossen sein. Nach § 10 Abs. 3 korStGB führt selbstverschuldete Trunkenheit nicht zu einer Milderung der angedrohten Strafe.²²¹ Wenn also ein bei der Tat erheblich alkoholisierter Täter zu Beginn des vorwerfbaren Trinkens weiß oder damit rechnen muss, dass er aufgrund seiner Persönlichkeit unter Alkoholeinfluß zur Begehung einer strafbaren Handlung neigt, ist keine Strafmilderung angebracht.²²²

In der strafrechtlichen Praxis spielen im Zusammenhang mit dem Milieu des Täters die berufliche und soziale Stellung eine erhebliche Rolle. Danach muss aber immer betont werden, dass die berufliche oder soziale Stellung des Täters nur dann als Strafzumessungstatsache berücksichtigt werden kann, wenn zwischen dem Beruf oder der Stellung und der Straftat eine Beziehung besteht und die berufliche Stellung eine höhere Pflicht gegen-

²¹⁷ I.S. Kim, AT 2, S. 718; H.K. Lee, 1986, S. 9.

²¹⁸ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 66.

²¹⁹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 66; H.K. Lee, 1986, S. 9.

²²⁰ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 66f.

²²¹ I.S. Kim, AT 2, S. 64ff.; H.M. Sonn, AT, S. 607ff.; J.S. Lee, AT, S. 304ff.; H.K. Lee, AT, S. 227f.

²²² Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 66f.

über der Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung begründen kann.²²³ Daher könne man sie bei folgenden Beispielen²²⁴ strafschärfend berücksichtigen: bei einem Rechtsanwalt, der einen Meineid geleistet hat, bei einem Beamten, der Widerstand gegen Vollstreckungsamtsträger geleistet hat, bei einem Parlamentsabgeordneten, der einen Meineid bei der parlamentarischen Kontrolle der Regierung geleistet hat, bei einem Verkehrspolizisten, der trotz Trunkenheit gefahren ist, und bei einem Taxifahrer oder Busfahrer, der während des Dienstes wegen einer Trunkenheitsfähr einen Autounfall gemacht hat. Die erforderliche Beziehung zwischen der beruflichen oder sozialen Stellung und der Tat sei dagegen abzulehnen in den folgenden Fällen: bei Verkehrsdelikten, wenn der Täter eine gehobene soziale Stellung hat, und bei einem Rechtsanwalt, der wegen versuchter räuberischer Erpressung verurteilt wird.

Die Ausländereigenschaft eines Täters ist als solche keine Strafzumessungstatsache für die Schuldkomponente, weil Ausländer keine gesteigerte Pflicht trifft, sich im Gastland straffrei zu führen. Nach der Praxis aber kann sie im Einzelfall aus generalpräventiven Gründen zur Strafschärfung führen, wenn ein Ausländer eine Straftat deshalb im Gastland begeht, weil sie dort weniger streng sanktioniert ist als in seinem Heimatland.²²⁵

Geschlecht²²⁶, Gesundheit, berufliche und soziale Stellung und wirtschaftliche Verhältnisse sind wichtige Anhaltspunkte für die Strafempfindlichkeit des Täters. Unter dem Gesichtspunkt der Strafempfindlichkeit werden in der Regel besondere Eigenschaften oder Umstände in der Person des Täters erörtert, die strafmildernde Bedeutung haben können, wie zum Beispiel: hohes Alter, schwere Krankheit, körperliche Behinderung u.s.w.²²⁷ Die Frage der spezifischen Strafempfindlichkeit läßt sich sinnvoll im Rahmen der Entscheidungen über die Straftat (§ 41 korStGB) und die Strafaussetzung stellen.²²⁸

²²³ Y.H. Kim/Y.S. Choi, 1996, S. 146; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 67.

²²⁴ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 67f.

²²⁵ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 68.

²²⁶ Nach Auffassung der Praxis hat eine Frau eine höhere Strafempfindlichkeit als ein Mann.

²²⁷ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 156; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 68f.

²²⁸ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 68.

3. Das Verhältnis zum Opfer (die Umstände, die das Opfer betreffen)

3.1 Allgemeines

Anders als das geltende dStGB sieht § 51 korStGB in Nr. 2 ausdrücklich „das Verhältnis zum Opfer“ (die Umstände, die das Opfer betreffen) als Strafzumessungstatsache vor. Der Begriff des Opfers ist mehrdeutig. Der Alltagssprachgebrauch versteht unter dem Opfer einer Straftat den durch die Straftat Geschädigten bzw. Verletzten. Nach der Entwicklung der Viktimologie enthält er nicht nur das schlichte Verhältnis zwischen dem Täter und Opfer, sondern auch die Provokation und eine sonstige mitwirkende Verursachung des Opfers.²²⁹

Soweit die Strafzumessung betroffen ist, ist nicht der weitere viktimologische, sondern der engere strafrechtliche Opferbegriff ausschlaggebend. Der Opferbegriff ist daher durch eine Interpretation des materiellen Strafrechts zu ermitteln: die Aufgabe des Strafrechts ist der Rechtsgüterschutz.²³⁰ Diese Rechtsgüter zu schützen, schließt den Schutz des Rechtsgutträgers mit ein. Wird ein Rechtsgut durch eine Straftat verletzt oder gefährdet, dann ist gleichzeitig der Rechtsgutsträger hiervon betroffen, d.h. verletzt oder gefährdet. Als Opfer im Sinne des Strafrechts können wir daher den durch eine Straftat in seinem Rechtsgut verletzten oder gefährdeten Rechtsgutsträger bezeichnen.²³¹ Heute wird im allgemeinen zwischen Rechtsgütern, die einem Einzelnen gehören (sog. Individualrechtsgüter), und solchen, die der Allgemeinheit gehören (sog. Universalrechtsgüter) unterschieden.²³² Je nachdem, ob ein Individual- oder Universalrechtsgut durch eine Straftat verletzt oder gefährdet wird, ist daher der Einzelne, dem dieses Rechtsgut gehört, oder die Allgemeinheit, d.h. jeder Einzelne des staatlichen Organisationsverbandes, als Opfer anzusehen.²³³

Wird das Opferverhalten heute bereits als ein für die gesamte Strafrechtsdogmatik wesentlicher Aspekt angesehen, konzentriert sich doch die praktische Bedeutung auf die Strafzumessungsdogmatik.²³⁴ Das Verhältnis zum Opfer im Sinne des § 51 Nr. 2 ergibt sich aus den persönlichen Eigen-

²²⁹ S.Y. Choi, in: die Untersuchung der Viktimologie, 1994/1995 Vol. 4, S. 73ff.; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 69.

²³⁰ I.S. Kim, AT I, S. 153ff.; J.S. Lee, AT, S. 6f; H.M. Sonn, AT, S. 10.

²³¹ K.H. Lee/S.Y. Choi, in: Korean Criminological Review 20 (Sommer, 1996), S. 27.

²³² J.D. Bae, BT, S. 13f; J.S. Lee, BT, S. 5; I.S. Kim, BT I, S. 38ff.

²³³ K.H. Lee/S.Y. Choi, 1996, S. 28.

²³⁴ S.Y. Choi, 1994/1995, S. 91f.

schaften des Opfers, den Beziehungen zwischen Opfer und Täter und dem Verhalten des Opfers.²³⁵ Die persönlichen Eigenschaften des Opfers sind das Alter, das Geschlecht, der Beruf, die soziale Stellung u.s.w. Die Beziehungen zwischen Opfer und Täter sind Verwandtschaft, Rechtsbeziehungen, Abhängigkeitsverhältnisse und Vertrauensverhältnisse. Das Verhalten des Opfers ist die vor oder nach der Tat zum Ausdruck kommende Tat oder Unterlassung, z.B. Provokation, Verführung, unzureichender oder fehlender Widerstand, mitwirkende Verursachung und Verzeihung u.s.w. Die Gerichte verwenden zwar im allgemeinen auch opferbezogene Umstände bei der Strafzumessung; sie tun dies jedoch offensichtlich nicht immer in einem Masse, das der Häufigkeit ihres Vorkommens entspricht. Das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters müssen die Maßprinzipien sein, nach denen die Strafzumessungsrelevanz der opferbezogenen Umstände und deren Bewertungsrichtung zu ermitteln sind.²³⁶

3.2 Strafzumessungsrelevanz des Opfers

3.2.1 Die Rolle des Opfers im Hinblick auf das Ausmaß des Erfolgsunrechts

Das Erfolgsunrecht besteht in der dem Täter zurechenbaren, von der Rechtsordnung mißbilligten Herbeiführung einer Verletzung oder Gefährdung des durch die Strafnorm geschützten Rechtsguts.²³⁷ Die Auswirkungen der Tat und das Ausmaß des Schadens sind hierbei Richtlinien für die Erfassung des Grades der Verletzung oder Gefährdung des jeweiligen Schutzobjektes. Somit stellt sich die entscheidende Frage, ob das Erfolgsunrecht beim Vorliegen bestimmter Opferverhaltensweisen anders zu qualifizieren ist als bei deren Nichtvorliegen. Im Bereich der Strafzumessung werden vom Schadensbegriff sowohl psychische Beeinträchtigungen als auch mittelbare Folgeschäden bei Dritten umfaßt.²³⁸ In diesem Zusammenhang können die besonderen Eigenschaften des Opfers, z.B. Alter, Ge-

²³⁵ H.K. Lee, 1986, S. 9; I.S. Kim, AT 2, S. 718; J.S. Lee, AT, S. 553; H.M. Sonn, AT, S. 1196.

²³⁶ K.H. Lee/S.Y. Choi, 1996, S. 44ff.; M.T. Kwon, 1983, 121ff.

²³⁷ H.M. Sonn, AT, S. 368; J.S. Lee, AT, S. 107; I.S. Kim, AT I, S. 522, H.K. Lee, AT, S. 160.

²³⁸ H.K. Lee, 1986, S. 11.

schlecht, Familienverhältnisse, Gesundheit, Beruf, soziale Stellung u.s.w. das Maß der Rechtsgutsverletzung unterschiedlich beeinflussen.²³⁹

Die Bewertungsrichtung eines unrechtsrelevanten Umstandes bemißt sich danach, ob er das Ausmaß des Unrechts steigert (strafschärfend) oder mindert (strafmildernd).²⁴⁰ Die folgenden Beispiele²⁴¹ können strafschärfend berücksichtigt werden: Der besonders schwere Verlust für die Eltern, denen das einzige Kind genommen wurde; der Tod eines kinderreichen Familienvaters, die Beleidigung einer im öffentlichen Leben stehenden Person, das objektive Vertrauensverhältnis zum Täter oder die Vermögensverletzung des finanziell schlecht gestellten Opfers beim Betrug. Zumindest soweit solche Umstände dem Täter bekannt waren oder bekannt sein mußten, können sie ihm angelastet werden.²⁴² Dagegen kann das Verhalten des Opfers das Gewicht der dem Täter zurechenbaren Folgen vermindern, nämlich dann, wenn es den Schaden mehr oder weniger beeinflußt hat und deswegen die Rechtsgutsverletzung nicht nur auf das Verhalten des Täters zurückgeht, denn insoweit stellt sich die Frage, inwieweit die Auswirkungen der Tat tatsächlich vom Täter verschuldet sind.²⁴³ Wurde die Tat durch sorgloses und nachlässiges Verhalten des Opfers erleichtert, könnte außer der Verringerung des Erfolgswerts auch noch eine Minderung des Handlungswerts in Betracht kommen, weil dann regelmäßig der bei der Tat aufgewendete Wille geringer ist.²⁴⁴ Wo das Opfer der Tat als Rechtsgutsträger die strafrechtsrelevante Disposition besitzt, schließt seine Einwilligung schon die Straftat selbst aus; aber auch wo seine Dispositionsbefugnis nicht so weit reicht, kann die Zustimmung des Opfers Strafzumessungsrelevanz gewinnen.²⁴⁵

²³⁹ K.H. Lee/S.Y. Choi, 1996, S. 45; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 70.

²⁴⁰ K.H. Lee/S.Y. Choi, 1996, S. 45.

²⁴¹ Verwaltungsstelle, beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 70; H.K. Lee, 1986, S. 9; I.S. Kim, AT 2, S. 718.

²⁴² Verwaltungsstelle, beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 72.

²⁴³ K.H. Lee/S.Y. Choi, 1996, S. 46; I.S. Kim, AT 2, S. 718; H.M. Sonn, AT, S. 1196; H.K. Lee, 1986, S. 9; J.S. Lee, AT, S. 553.

²⁴⁴ Vgl. Nachweise wie Fn. zuvor.

²⁴⁵ K.H. Lee/S.Y. Choi, 1996, S. 49; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 72.

3.2.2 Die Rolle des Opfers im Hinblick auf das Ausmaß des Handlungsunrechts

Während das Erfolgsunrecht auf die Wirkung abstellt, die von einem menschlichen Verhalten ausgeht, hat das Handlungsunrecht die Qualität des Verhaltens selbst zum Gegenstand. Das Handlungsunrecht besteht in der von der Rechtsordnung mißbilligten Verhaltensweise.²⁴⁶ Vorsatz und objektive Fahrlässigkeit nehmen beim Handlungsunrecht zentrale Positionen ein und bilden daher das Kernstück des Handlungsunrechts. Ersterer insoweit, als es um Wissen und Wollen der Verwirklichung der Tatumstände, letztere insoweit, als es um die objektive Fahrlässigkeit geht. In manchen Fällen können aus dem Opferverhalten die Beweggründe, Ziele und Stärke des verbrecherischen Willens oder das Maß der Pflichtwidrigkeit geschlußfolgert werden. Insoweit können die opferbezogenen Umstände Aufschluß über den Umfang des Handlungsunrechts geben.²⁴⁷

Zwar ist jedermann verpflichtet, sich grundsätzlich so zu verhalten, dass die Rechtsgüter anderer nicht verletzt werden; es ist jedoch anerkannt, dass manchen Personen insoweit eine gesteigerte Pflicht obliegt.²⁴⁸ Entscheidend ist immer die konkrete Situation. Das Maß der Pflichtwidrigkeit kann beeinflusst werden durch die berufliche oder soziale Stellung des Täters, insbesondere wenn gerade sie für das verletzte Rechtsgut erhöhte Pflichten begründet. Hier kann sich das Ausnutzen eines Vertrauens, das z.B. wegen einer bestimmten beruflichen oder sozialen Stellung gewährt wurde, auswirken.²⁴⁹ Wurde die Tat durch sorgloses und nachlässiges Verhalten des Geschädigten erleichtert, kommt eine Minderung des Handlungsunrechts in Betracht, weil dann regelmäßig der bei der Tat aufgewendete Wille geringer ist.²⁵⁰

4. Die Beweggründe, die Mittel und der Erfolg der Straftat

4.1 Die Beweggründe der Straftat

Die Beweggründe des Täters sind wichtige Strafzumessungsbedingung für die Entscheidung über das Maß des Handlungsunrechts und der Gefähr-

²⁴⁶ H.M. Sonn, AT, S. 370; H.K. Lee, AT, S. 160; J.S. Lee, AT, S. 109ff.

²⁴⁷ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 73.

²⁴⁸ K.H. Lee/S.Y. Choi, 1996, S. 46f.; H.K. Lee, 1986, S. 9; I.S. Kim, AT 2, S. 718.

²⁴⁹ I.S. Kim, AT 2, S. 718; J.S. Lee, AT, S. 553.

²⁵⁰ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 73.

lichkeit.²⁵¹ Sie können aus äußeren Anreizen entstehen oder der Anlage und dem Charakter des Täters entspringen.²⁵² Bedeutsam für die Strafzumessung sind sie unter zwei Gesichtspunkten: nach ihrer Qualität (anständig, verständlich, niedrig) und nach ihrem Stärkegrad (leichte Verärgerung, schwerer Zorn, ungehemmtes Gewinnstreben).²⁵³ Der Richter muss die Motive des Täters je nach ihrer sozioethischen und sittlichen Bedeutung oder ihrer Stärke einschätzen.²⁵⁴ Dabei gilt in der Praxis²⁵⁵ und der Theorie²⁵⁶, dass niedere Beweggründe sich regelmäßig strafscharfend, menschlich verständliche aber strafmildernd auswirken können. Ganz allgemein wird es bei den Vermögensdelikten darauf ankommen, ob der Täter grob eigennützig oder aus einer gewissen wirtschaftlichen Not oder Zwangslage heraus gehandelt hat, ob er sich persönlich bereichern wollte und ob es sich um eine einmalige Tat handelt oder ob der Täter es darauf angelegt hat, auf derartige strafbare Weise sich seinen Unterhalt zu verdienen, oder ob er einfach viel Geld verdienen wollte.²⁵⁷ Das Doppelverwertungsverbot ist bei der Berücksichtigung der Beweggründe besonders sorgfältig zu beachten. Die Beweggründe, die mit dem tatbestandsmäßigen Verhalten zwingend einhergehen, müssen als solche bei der Strafzumessung außer Betracht bleiben, z.B. die Bereicherungsabsicht bei Betrug und Erpressung.²⁵⁸

Zu den Motiven des Täters gehört auch die Überzeugung, auf Grund derer er sich zu seiner Tat entschlossen hat.²⁵⁹ Überzeugungstäter können sich zwar weder auf eine Rechtfertigung noch auf eine Entschuldigung ihres Tuns berufen. Das Strafrecht, das im Interesse der Allgemeinheit Mindestanforderungen an jeden einzelnen stellt, kann von diesem Respektierung seiner Verbote verlangen.²⁶⁰ Überzeugungstäter können jedoch im Rahmen der Strafzumessung anders behandelt werden, insoweit ihre Überzeugung

²⁵¹ J.S. Lee, AT, S. 553; I.S. Kim, AT 2, S. 719; H.K. Lee, AT, S. 465.

²⁵² H.K. Lee, 1986, S. 10.

²⁵³ H.K. Lee, 1986, S. 10; I.S. Kim, AT, S. 719.

²⁵⁴ I.S. Kim, AT 2, S. 719; H.K. Lee, 1986, S. 10.

²⁵⁵ KorOGH, 04.06. 1968, 68 Do 7544; 13.12.1977, 77 Do 3133; 13.09.1991, 91 Do 1473.

²⁵⁶ H.K. Lee, 1986, S. 10; I.S. Kim, AT 2, S. 719.

²⁵⁷ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 74.

²⁵⁸ I.S. Kim, AT 2, S. 719; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S.144 Fn. 28.

²⁵⁹ D.K. Son, in: The Korean Criminal Law Association (Hrsg.), 1991, S. 55; I.S. Kim, AT 2, S. 719.

²⁶⁰ I.S. Kim, AT 2, S. 22, 719; H.K. Lee, AT, S. 230; H.M. Sonn, AT, S. 620.

achtenswert ist.²⁶¹ In Korea muss grundsätzlich jeder Mann nach dem Militärdienstgesetz in der Armee dienen. Nun sind aber bspw. Zeugen Jehovas wegen ihrer religiösen Überzeugung gegen den Militärdienst. Nach der Meinung der Praxis kann dieser Beweggrund zwar strafmildernd in dem Rahmen der Schuld, im Zusammenhang mit der positiven Generalprävention aber auch strafscharfend berücksichtigt werden.²⁶² Der Gedanke der positiven Generalprävention als solcher wird jedoch kaum jemals Anlaß zu einer Strafschärfung sein können.²⁶³

4.2 Die Ausführungsweise der Straftat

Der Gesetzgeber hat die bei der Ausführung der Tat sichtbar gewordenen Modalitäten als selbständige Strafzumessungstatsache im Katalog des § 51 Nr. 3 korStGB angeführt, um dadurch die Bedeutung, welche die Tat für die Strafhöhenbemessung hat, zu unterstreichen.

Die Ausführungsweise der Straftat umfaßt beim Vorsatzdelikt die für die Tatbegehung wesentlichen Umstände und beim Fahrlässigkeitsdelikt und unechten Unterlassungsdelikt die Pflichtwidrigkeit.²⁶⁴ Sie ist der Maßstab für die Beurteilung des Handlungsunrechts in objektiver und subjektiver Sicht, weil sie die Realisierung des bei der Tat angewendeten Willens ist.²⁶⁵ Maßgebende Kriterien sind namentlich die eigentlichen Tatmodalitäten, wie Ort, Zeit, Dauer, Mittel der Tat sowie die eigentliche Tathandlung.²⁶⁶ Gewalt, Drohung, Täuschung, Benutzung von Waffen, gefährlichen Werkzeugen und gemeingefährlichen Mitteln geben der Tat und dem Täter ein spezifisches Gepräge, sind Anhaltspunkte für die Strafwürdigkeit und spielen auch jenseits der gesetzlichen Differenzierung bei der Strafzumessung eine Rolle²⁶⁷. Dabei ist jedoch immer darauf zu achten, ob diese Besonderheiten der Tatausführung nicht bereits als Tatbestandsmerkmale berücksichtigt worden sind. Wenn sie schon vom Gesetzgeber verwertet worden sind, um die Strafbarkeit der Tat zu begründen, dürfen sie im Rah-

²⁶¹ I.S. Kim, AT 2, S. 719; D.K. Son, in: The Korean Criminal Law Association (Hrsg.), 1991, S. 55ff.;

Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 144 Fn. 30.

²⁶² Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 75.

²⁶³ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 164.

²⁶⁴ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 76.

²⁶⁵ I.S. Kim, AT 2, S. 719; J.S. Lee, AT, S. 553.

²⁶⁶ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 147

²⁶⁷ H.K. Lee, 1986, S. 10; korOGH, 28.06.1955, 4288 Hyo Sang 86; 13.12.1977, 77 Do 3133.

men der Strafzumessung nach dem Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandmerkmalen nicht noch einmal verwertet werden.

Da man auf unterschiedliche Weise den Straftatbestand verwirklichen kann, kann daher das Maß der Vorwerfbarkeit je nach der Art der Begehung der Tat unterschiedlich sein. Obwohl Ort und Zeit der Begehung der Tat im allgemeinen ihr Gewicht nicht beeinflussen, können sie doch in besonders gelagerten Fällen²⁶⁸ für die Strafzumessung Bedeutung gewinnen.²⁶⁹ In der Strafzumessungsliteratur²⁷⁰ und Strafzumessungsrechtsprechung²⁷¹ wird vertreten, dass strafscharfend zu berücksichtigen sei, wenn der Täter die Tat besonders sorgfältig geplant habe und wenn er bei der Durchführung des Tatplans besonders hartnäckig vorgegangen war. Die Tatbeteiligung mehrerer Personen an einem Delikt ist, abgesehen von der Mittäterschaft nach § 331 Abs.2, § 334 Abs.2 korStGB und § 6 Abs.1 Gesetz über die Bestrafung der sexuellen Gewaltdelikte und deren Opferschutz, von Bedeutung. Die Beteiligung mehrerer ist also eine Tatsache, die den Unrechtsgehalt der Tat vergrößern kann.²⁷² Bei der Vergewaltigung²⁷³ und bei Tötungsdelikten²⁷⁴ wirken eine besonders brutale und gemeine Tat ausführung sowie die Anwendung besonders grober Gewalt straferschwerend. Beim Betrug ist das Ausnutzen einer menschlich verständlichen Vertrauensseligkeit sowie die besonders sorgfältig geplante Täuschung straferschwerend zu werten.²⁷⁵ Bei Betäubungsmitteldelikten wirkt strafscharfend, in welchem Umfang Organisationsnetze aufgebaut oder ausgenutzt wurden und wie raffiniert der Stoff bei der Einfuhr versteckt war.²⁷⁶

4.3 Der Erfolg der Straftat

4.3.1 Allgemeines

Von den zahlreichen Strafzumessungstatsachen, die vom koreanischen Obersten Gerichtshof anerkannt worden sind, ist der Erfolg der Straftat die

²⁶⁸ Wenn der Täter eine Kombination von einer bestimmten Zeit und einem bestimmten Ort benutzt, um eine maximale Wehrlosigkeit des Opfers sicherzustellen.

²⁶⁹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 76f.

²⁷⁰ I.S. Kim, AT 2, S. 719; K.H. Lee, 1986, S. 10.

²⁷¹ KorOGH, 08.07.1955, 4288 Hyo Sang 155; 13.12. 77 Do 3133.

²⁷² Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 147; H.K. Lee, 1986, S. 10.

²⁷³ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 321.

²⁷⁴ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 306.

²⁷⁵ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 372.

²⁷⁶ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 511.

wichtigste.²⁷⁷ Der Erfolg der Straftat ist die entscheidende Strafzumessungstatsache bei der Beurteilung des Maßes des Erfolgsunrechts.²⁷⁸ Hinsichtlich der tatbestandlichen Folgen wird schon anhand der gesetzlichen Regelungen deutlich, dass entweder die Strafraumwahl oder sogar die Strafbarkeit selbst von dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges abhängen kann. Zahlreiche Tatbestände des Besonderen Teils verwenden die schuldhaft Herbeiführung eines bestimmten Erfolges als Tatbestandsmerkmal, das – wegen des Verbots der Doppelverwertung – als solches nicht nochmals als Strafzumessungsgrund benutzt werden darf. Als Strafzumessungstatsachen kommen deshalb insoweit nur Modalitäten der tatbestandlichen Folgen in Betracht, die meist quantitativ oder qualitativ ins Gewicht fallen. Nicht nur der tatbestandliche Erfolg, sondern auch die außertatbestandlichen Folgen können für die Strafzumessung wichtig sein.²⁷⁹ Dabei sind die Voraussetzungen besonders interessant, die eine Berücksichtigung der außertatbestandlichen Folgen ermöglichen. Die überwiegende Lehre nimmt an, dass nur der verschuldete Erfolg bei der Strafzumessung eine Rolle spielen dürfe, da die Verschärfung der Strafe bei unverschuldetem Erfolg gegen das Schuldprinzip verstoße.²⁸⁰

4.3.2 Tatbestandsmäßiger Erfolg

Der verschuldete Taterfolg ist der bedeutendste Strafzumessungsgesichtspunkt.²⁸¹ Der Grund hierfür liegt darin, dass das Strafrecht für das soziale Zusammenleben besonders wichtige Rechtsgüter schützt und in der Schwere der Strafdrohung nach Rechtsgütern spezifiziert, so dass es folgerichtig ist, auch innerhalb eines Tatbestandes nach der Schwere der Rechtsgutsverletzung zu trennen. Quantitative und qualitative Abstufungen im tatbestandsmäßigen Erfolg können als strafscharfende oder strafmildernde

²⁷⁷ H.K. Lee, 1986, S. 11; die Strafzumessungstatsachen, die der Oberste Gerichtshof genannt hat, sind nach dem Grad ihrer Wichtigkeit die folgenden: 1. der Erfolg der Straftat, 2. die Art und Weise der Straftat, 3. die Beweggründe der Straftat, 4. das Alter, der Charakter, die Lebensführung, die Intelligenz und das Milieu des Täters, 5. Planmäßigkeit der Straftat, 6. Ersttäterschaft oder nicht, 7. die Umstände nach der Tat, 8. die Provokation durch das Opfer bzw. die Fahrlässigkeit, 9. Generalprävention.

²⁷⁸ I.S. Kim, AT 2, S. 719; H.M. Sonn, AT, S. 1196; H.K. Lee, AT, S. 465; J.S. Lee, AT, S. 553.

²⁷⁹ H.K. Lee, 1986, S. 11; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 137.

²⁸⁰ J.S. Lee, AT, S. 553; I.S. Kim, AT 2, S. 719.

²⁸¹ H.K. Lee, 1986, S. 11; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 138.

Strafzumessungstatsachen berücksichtigt werden:²⁸² Hier sind etwa zu nennen die Zahl der durch eine Handlung Geschädigten bei Körperverletzungsdelikten oder Vermögensdelikten auf der einen, Art und Schwere der Verletzung bei der Körperverletzung und Art und Höhe des Schadens bei Vermögensdelikten auf der anderen Seite. Die wichtigsten Kriterien sind wie folgt²⁸³: bei den Straftaten gegen das Leben kann nur die Zahl der Opfer von Bedeutung sein, unabhängig von der Person des Opfers; bei den Körperverletzungsdelikten die Art und die Schwere der Verletzung sowie die Zahl der Opfer; bei Diebstahl, Unterschlagung, Raub und Erpressung Art und Wert der Beute bzw. des Nachteils bei der Erpressung; bei Raub und Erpressung zusätzlich das Ausmaß der Gewalt oder der Drohung; bei Betrug und Untreue Art und Ausmaß des Schadens bzw. des Nachteils; bei Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz Menge und Gefährlichkeit des Stoffs.

Die Mitverursachung des Erfolgs durch Dritte²⁸⁴, insbesondere die Geschädigten, vermindert das Gewicht der dem Täter zuzurechnenden Tatfolgen und wirkt deshalb strafmildernd.²⁸⁵ Das ist vor allem bei Verkehrsstraftaten zu beachten, gilt aber auch für Belehrungsfehler und Vereidigungsfehler bei den Aussagedelikten sowie für das tatprovokierende Verhalten eines Lockspitzels.²⁸⁶ In den Fällen, in denen der tatbestandsmäßige Erfolg nach der Tat beseitigt oder reduziert wird (z.B. durch Schadenswiedergutmachung oder aber auch durch Zwangsvollstreckung gegen den Täter oder durch die Rücknahme gelieferter Waren), kann der Erfolgswert möglicherweise entscheidend reduziert werden.²⁸⁷ In diesem Zusammenhang ist es umstritten, ob die Verständigung²⁸⁸ zwischen Täter und Opfer als eine strafmildernde Strafzumessungstatsache berücksichtigt werden kann. Die

²⁸² Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 138.

²⁸³ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 80f.

²⁸⁴ Dritte in diesem Sinne können auch Bahnbedienstete oder die Verkehrspolizei sein, die durch die Außerachtlassung der vorgeschriebenen Sicherung des Straßenübergangs das Unglück mitverursacht haben.

²⁸⁵ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 139; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 81.

²⁸⁶ In Entscheidungen zu Lockspitzel-Einsätzen hat der BGH eine Schuldmilderung angenommen, da der Täter erst von einem Dritten zur Tatbegehung überredet werden musste. So BGH NStZ 1986, S. 162.

²⁸⁷ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 139; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 81f.

²⁸⁸ Ein institutionalisiertes Verfahren wie beim Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland gibt es in Korea nicht. Die Beteiligten müssen sich privat verständigen.

Praxis hält dies grundsätzlich nicht für unerlaubt. Wenn der Täter sich bemüht, eine Verständigung zu erreichen und dabei eine befriedigende Lösung findet, kann sich diese Verständigung im allgemeinen strafmildernd auswirken. Eine nur äußerliche und formelle Verständigung kann aber nicht als strafmildernder Grund berücksichtigt werden. Die Verständigung muss vor allem unter Mitwirkung zwischen Täter und Opfer und in einer befriedigenden Weise stattfinden.²⁸⁹

4.3.3 Außertatbestandsmäßiger Erfolg

Neben den tatbestandlich vertypten Tatfolgen gehören zu den außertatbestandlichen Tatfolgen auch solche, die nicht unmittelbar vom Tatbestand erfaßt sind, sich jedoch ebenfalls auf die Strafzumessung auswirken können.²⁹⁰ Darunter fallen die Folgen der Tat, die zwar aus einem bestimmten deliktischen Verhalten erwachsen, aber nicht tatbestandlich vertypt und dennoch tatbestandlich relevant sind. Hier kann als Beispiel²⁹¹ ein Lieferantenbetrug angeführt werden, bei dem der Abnehmer über seine tatsächliche wirtschaftliche Zahlungsfähigkeit täuscht. Obwohl er mit dieser Möglichkeit nicht gerechnet hat, fällt er in Konkurs, was wegen der ausgebliebenen Bezahlung den Konkurs des Betrogenen zur Folge hat. Der Betrogene erschießt sich daraufhin, und wegen des Schocks erleidet seine Frau eine Fehlgeburt. Der tatbestandliche Erfolg ist hier aufgrund des Betruges nur als Gefährdungsschaden zu sehen, der den Wert der Forderung umfaßt. Bezüglich seines Konkurses handelte der Betrüger unvorsätzlich. Der daraus folgende Forderungsausfall, der Konkurs des Betrogenen und die menschlichen Folgen für ihn und seine Frau sind ebenfalls Tatfolgen, wobei die Strafzumessungsrelevanz dieser Folgen fraglich ist. Die Klärung der folgenden Fragen wird in der koreanischen Literatur genauso wie in der deutschen vorgenommen: Ob bei Vorsatztaten gilt, dass nur vom Vorsatz erfaßte Tatfolgen berücksichtigt werden dürfen, oder ob ganz allgemein Fahrlässigkeit ausreicht oder ob zwar Fahrlässigkeit ausreicht, jedoch nur diejenige Folgen in Betracht kommen, die in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen?²⁹² Im Hinblick auf die Tatsache, dass die objektive Zurechnung der Handlung innerhalb des Schutzbereichs der Norm liegt, können

²⁸⁹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 82f.

²⁹⁰ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 139f.

²⁹¹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 83; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 140.

²⁹² Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 140; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 83.

die außertatbestandlichen Folgen bei der Bestimmung der Strafhöhe berücksichtigt werden, wenn sie vom Schutzbereich der Norm umfaßt werden.²⁹³ Nach dieser Meinung würde im Ergebnis der Forderungsausfall und wohl auch der Konkurs als wirtschaftliche Folgen noch in den Schutzbereich des Betrugers fallen, wohingegen dies bei dem Selbstmord und der Fehlgeburt nicht der Fall wäre. In den Schutzbereich der verletzten Norm gehört bei den Aussagedelikten eine falsche richterliche Entscheidung. Entsprechendes gilt bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung, deren geschütztes Rechtsgut zwar die sexuelle Selbstbestimmung ist, deren Verletzung aber regelmäßig zu seelischen Störungen führt.²⁹⁴

5. Die Umstände nach der Tatbegehung

Das Gesetz nennt als strafzumessungserhebliche Umstände in § 51 Nr. 4 korStGB ausdrücklich die Umstände nach der Tatbegehung. Wesentliche Gesichtspunkte sind also das Verhalten des Täters im Verfahren, aber auch die Schadenswiedergutmachung, die Schadensvertiefung und weitere Straftaten oder weiteres straffreies Verhalten.²⁹⁵ Weitere Straftaten, straffreies Verhalten oder eine Stabilisierung der Lebensverhältnisse sind im übrigen wichtige Strafzumessungsumstände auch unter spezialpräventiven Aspekten.²⁹⁶ Außerdem können die lange Dauer nach der Tatbeendigung und eine lange Verfahrensdauer gelegentlich unter dem Gesichtspunkt der Spezialprävention oder Strafempfindlichkeit wichtige Strafzumessungstatsachen sein.²⁹⁷ Nach Meinung der Praxis muss aber stets eine gewisse innere Beziehung zwischen dem Verhalten nach der Tat und der Tat selbst vorhanden sein, da andernfalls die Gefahr einer Gesinnungsstrafe besteht oder die Gefahr einer Strafe dafür, dass der Täter sich der Strafverfolgung entziehen wollte.²⁹⁸

²⁹³ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 140.

²⁹⁴ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 83f.; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 141.

²⁹⁵ I.S. Kim, AT 2, S. 720; H.M. Sonn, AT, S. 1196; H.K. Lee, 1986, S. 11; J.S. Lee, AT, S. 553f.

²⁹⁶ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 85.

²⁹⁷ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 85.

²⁹⁸ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 150; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 85.

5.1 Schadenswiedergutmachung und das Bemühen um Schadensverminderung

Auch in Korea findet die Problematik der Wiedergutmachung und des Täter-Opfer-Ausgleichs das Interesse der Strafrechtswissenschaft.²⁹⁹ Trotzdem wird die Wiedergutmachung nicht namentlich im korStGB erwähnt. In ihm findet sich daher der Gesichtspunkt der Wiedergutmachung hauptsächlich im Rahmen der Strafzumessung.³⁰⁰ Während die meisten der in § 51 genannten Umstände ambivalent sind, d.h. je nach Lage des Einzelfalls für oder gegen den Täter sprechen können, kann sein Bemühen um Schadenswiedergutmachung und Ausgleich mit dem Verletzten, wenn es überhaupt Bedeutung hat, nur strafmildernd wirken.³⁰¹ Bezüglich der Schadenswiedergutmachung ist zu unterscheiden zwischen der tatsächlich erfolgten Schadenswiedergutmachung, die das dem Täter zurechenbare Ausmaß der Tatfolgen verringert, und dem bloßen (nicht erfolgreichen) Bemühen um Schadenswiedergutmachung, das den Schadensumfang zwar nicht verringert, aber den Täter in einem besseren Lichte erscheinen läßt. Dennoch müssen beide Umstände als strafmildernde Strafzumessungstatsachen berücksichtigt werden.³⁰² Wiedergutmachung durch Dritte ist grundsätzlich ohne Bedeutung, wohingegen die Schadensbeseitigung durch Dritte als zusätzlicher Faktor zugunsten des Täters anerkannt werden kann.³⁰³ Das Unterlassen von Wiedergutmachung ist als solches grundsätzlich keine Strafzumessungstatsache für eine erhöhte Schuldwertung.³⁰⁴

Nach der Tatbegehung eintretende Umstände werden auch bei der Entscheidung über die Strafaussetzung und die Verwarnung mit Strafvorbehalt berücksichtigt (§§ 62, 59 korStGB), so dass der Gesichtspunkt der Wiedergutmachung dort indirekt angewendet wird.³⁰⁵ In der Praxis werden viele Fälle bereits im Ermittlungsverfahren durch eine Vereinbarung über den Ausgleich des Schadens zwischen Täter und Opfer und unter Vermittlung

²⁹⁹ J.S. Lee, 1991, in: Korean Institute Criminology (Hrsg.), Korean Criminological Review, S. 37ff.; I.S. Kim, in: Seong gok non chong 21 (1990), S. 608ff.

³⁰⁰ B.H. Suh, 1996, s.219f.

³⁰¹ I.S. Kim, AT 2, S. 720; H.K. Lee, 1986, S. 11; H.M. Sonn, AT, S. 1196; J.S. Lee, AT, S. 553f.

³⁰² I.S. Kim, AT 2, S. 720; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 153.

³⁰³ I.S. Kim, AT 2, S. 720.

³⁰⁴ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 153; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 86.

³⁰⁵ J.S. Lee, a.a.O., 1991, S. 37.

der Strafverfolgungsbehörde erledigt,³⁰⁶ so dass eine Anklageerhebung gar nicht erst erfolgt.³⁰⁷ Außerdem kennt das koreanische Strafverfahrensrecht (§ 25 des Gesetzes über die Beschleunigung des Prozesses) den Adhäsionsprozeß, wonach der Strafrichter neben dem Urteilsspruch auf Antrag des Verletzten oder von Amts wegen die Entschädigung des durch die Straftat entstandenen Schadens feststellen kann.³⁰⁸ Zudem steht den Familienangehörigen eines Mordopfers oder den Opfern eines Verbrechens, bei dem sie eine schwere körperliche Behinderung erlitten, eine staatliche Unterstützung zu.³⁰⁹ Diese Personen können nach dem „Gesetz über die Entschädigung von Verbrechenopfern“ eine Entschädigung durch den Staat erlangen, wenn sie infolge des Verbrechens in Not geraten sind und sie keine Aussicht auf eine angemessene Entschädigung haben, etwa weil der Fall nicht aufgeklärt werden kann oder der Täter zahlungsunfähig ist (§§ 1, 3 des Gesetzes über die Entschädigung von Verbrechenopfern).

5.2 Prozeßverhalten

Das Verhalten im Verfahren ist vor allem für den Tatrichter offensichtlich ein gewichtiger Strafzumessungsumstand, weil sich daraus Schlüsse vor dem Hintergrund der Spezialprävention ziehen lassen.³¹⁰ Für die Beurteilung des Prozeßverhaltens des Täters haben die Grundsätze, welche die freie Verteidigung sichern, im Interesse der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens besondere Bedeutung. Bei dem Prozeßverhalten handelt es sich im allgemeinen um das Geständnis, das Leugnen und sonstiges Verhalten der Angeklagten.³¹¹ Umstritten ist, ob und wann ein Geständnis strafmildernd zu werten ist. Die Gerichte ziehen es jedoch häufig als Strafmilderungsgrund heran.³¹² Mit der weitergehenden Berücksichtigung des Geständnis-

³⁰⁶ Die Klageerhebung liegt in Korea im staatsanwaltlichen Ermessen (§ 247 Abs. 1 korStPO); die Staatsanwaltschaft kann die erhobene Klage bis zur Urteilsverkündung ohne Zustimmung des Gerichts zurückziehen (§ 255 korStPO). Dabei kann sie neben anderen Tatsachen das „Ob“ der Wiedergutmachung im Rahmen der Nachtatumsstände berücksichtigen. Im deutschen Strafprozess dagegen bedarf der Staatsanwalt der Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts, um vor oder nach Klageerhebung das Verfahren einzustellen (vgl. §§ 153 a, 153 b dStPO).

³⁰⁷ B.H. Suh, 1996, S. 220.

³⁰⁸ J.S. Lee, Strafverfahrensrecht, S. 745f.

³⁰⁹ B.H. Suh, 1996, S. 20f.

³¹⁰ H.M. Sonn, AT, S. 1196; J.S. Lee, AT, S. 554.

³¹¹ I.S. Kim, AT 2, S. 720; H.K. Lee, 1986, S. 11; J.S. Lee, AT, S. 554.

³¹² Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 86.

ses als Strafzumessungsfaktor wird anscheinend ein kooperatives Verhalten des Angeklagten belohnt, das die Tataufklärung fördert und den Rechtspflegeorganen Zeit, Kosten und sonstigen Aufwand erspart. Die strafmildernde Berücksichtigung eines Geständnisses ist nicht möglich, wenn prozessaktische Überlegungen oder eine aussichtslose Beweislage mitbestimmend waren.³¹³

Der Angeklagte ist im Verfahren nicht zur Wahrheit verpflichtet³¹⁴ so dass Schweigen und Leugnen zulässige Verteidigungsstrategien sind. Demzufolge kann das gesamte mit Schweigen und Leugnen zusammenhängende Verhalten nicht strafschärfend berücksichtigt werden.³¹⁵ Der Praxis zufolge können aber Leugnen, fehlende Reue usw. dann straferschwerend wirken, wenn das Verhalten trotz der dem Angeklagten zustehenden Verteidigungsfreiheit eine gefühllose oder rechtsfeindliche Gesinnung kennzeichnet oder wenn der Angeklagte durch sein Verteidigungsverhalten in Rechte Dritter eingreift, etwa Zeugen wider besseren Wissens ehrverletzend angreift oder sie wider besseren Wissens strafbarer Handlungen bezichtigt.³¹⁶ Hat der Täter seine Beute besonders raffiniert gesichert oder unauffindbar verborgen oder nicht zugreifbar ins Ausland verbracht, kann dies unmittelbar Rückschlüsse auf die Tatschuld zulassen und die Vorwerfbarkeit erhöhen.³¹⁷

Das Verhalten in der Hauptverhandlung oder Aufsässigkeit in der Untersuchungshaft werden kaum jemals eine Beurteilung als strafschärfende Strafzumessungsbedingung gestatten, weil der Täter nicht verpflichtet ist, zur Aufklärung seiner Tat selbst beizutragen und er sich vor Gericht in einer Ausnahmesituation, die für ihn mit physischen und psychischen Belastungen verbunden ist, befindet.³¹⁸ Dagegen können freches Verhalten und Abwesenheit in der Hauptverhandlung oder Flucht des Angeklagten unter dem Gesichtspunkt der Spezialprävention als negative Faktoren für die Beurteilung der Resozialisierungsaussichten des Angeklagten berücksichtigt werden.³¹⁹

³¹³ I.S. Kim, AT 2, S. 720.

³¹⁴ Art. 12 Abs. 2 korGG schreibt Schweigerecht vor.

³¹⁵ J.S. Lee, AT, S. 554; I.S. Kim AT 2, S. 720; H.K. Lee, 1986, S. 11; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 151.

³¹⁶ I.S. Kim, AT, S. 720; H.K. Lee, 1986, S. 11; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 151.

³¹⁷ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 88.

³¹⁸ I.S. Kim, AT 2, S. 721; H.K. Lee, 1986, S. 11; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 151f.

³¹⁹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 88.

5.3 Die sonstigen Umstände nach der Tatbegehung

Während die Schadenswiedergutmachung als strafzumessungsrelevanter Umstand allgemein anerkannt ist, ist die Schadensvertiefung weit weniger gut geklärt und wird zumeist nur an einzelnen Beispielsfällen abgehandelt. Die Schadensvertiefung kann dem Täter strafscharfend zur Last fallen.³²⁰ Es müssen jedoch besondere Umstände vorliegen, die Rückschlüsse auf die Tat oder den Täter zulassen. Eine einfache Schadensvertiefung darf dem Täter bei der Strafzumessung nicht zum Nachteil gereichen. In diese Fallgruppe lassen sich einordnen: die bloße Verwertung der Beute, die bloße Nichtwiedergutmachung des Schadens, das Wegwischen von Fingerabdrücken, die Beseitigung von Blutspuren und das Wegwerfen des Tatwerkzeugs.³²¹ Eine Strafschärfung ist dagegen berechtigt, wenn der Täter die Wiedergutmachung verhindert, indem er die Beute verheimlicht, um sie nach Strafverbüßung verwerten zu können, oder wenn der Täter weiter Alkohol trinkt in dem Bewußtsein, dadurch die zuverlässige Bestimmung des Blutalkohols zu erschweren (Nachtrunk).³²²

Neue Straftaten, die nach der jetzt abzuurteilenden Tat begangen wurden, sind kein Tatbestandsmerkmal und beeinflussen nur die Täterkomponente. Sie sind deshalb nicht geeignet, die abzuurteilende frühere Tat in höherem Maß vorwerfbar zu machen. Nach Meinung der Praxis sind sie geeignet, die Täterpersönlichkeit zu beleuchten, dies allerdings ähnlich wie bei Vortaten nur dann, wenn ein Zusammenhang zwischen den Straftaten besteht und die neuen Taten etwa auf Rechtsfeindschaft oder auf eine sonstige zu mißbilligende innere Einstellung des Täters zur Zeit der abzuurteilenden Tat hindeuten.³²³

Als Folge seiner Straftat muss der Täter die Belastungen hinnehmen, die mit der Durchführung eines Strafverfahrens für ihn verbunden sind. Manchmal gehen diese Belastungen jedoch über das normale Maß hinaus. Dauert das Verfahren gegen den Angeklagten lange, so kann sich dies unter spezialpräventiven Aspekten bei der Strafzumessung zusätzlich zu seinen Gunsten auswirken. Denn eine lange Verfahrensdauer kann im Einzelfall eine erhebliche Belastung für ihn sein, die möglicherweise mit zusätzlichen

³²⁰ I.S. Kim, AT 2, S. 720.

³²¹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 89.

³²² Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 89.

³²³ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 152; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), a.a.O., S. 89.

persönlichen und beruflichen Nachteilen für ihn verbunden ist.³²⁴ Der Zweck dieses besonderen Strafmilderungsgrundes besteht vor allem darin, einer Verletzung des Beschleunigungsgebots dadurch kompensieren, dass die zuständigen koreanischen Gerichte eine Verletzung von sich aus feststellen und im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigen.³²⁵

³²⁴ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), a.a.O., 1999, S. 90.

³²⁵ J.S. Lee, Strafverfahrensrecht, S. 34ff.

Dritter Teil: Rechtsvergleichende Zusammenfassung und Schlußfolgerung

A. Zusammenfassende Betrachtung der Strafzumessungstatsachen im deutschen und koreanischen StGB

I. Strafrechtsvergleichung

Als zwei wesentliche Aspekte heutiger Rechtsvergleichung werden zwei Aufgaben genannt: zum einen die Heranziehung ausländischer Rechte bei der Schaffung neuer nationaler Gesetze im Sinne einer legislativen Rechtsvergleichung und zum anderen die vergleichende Betrachtung verschiedener Rechtsordnungen zum Zwecke besserer Erkenntnis des Rechts im Sinne einer wissenschaftlich-theoretischen Rechtsvergleichung.¹ Die komparative Methode wird zu den Wegen menschlicher Erkenntnis gezählt, die wohl in jeder Geisteswissenschaft und Sozialwissenschaft beschritten werden können. Was für die Naturwissenschaften das Experiment bedeutet, stellt für die anderen Wissenschaften der Vergleich dar.² Mit Hilfe der Rechtsvergleichung wird erkennbar, dass Rechtsordnungen ein Spiegelbild der in einem bestimmten Land geltenden Sozial- und Wirtschaftsordnung wie auch der Kultur im allgemeinen sind. Dieses Rechtsverständnis unter dem Schlagwort: „Law ist not a thing, but a process“ verdeutlicht, dass das Recht sich im Zusammenhang des sozialen Lebens, der kulturellen Traditionen, der geschichtlichen Entwicklungen und der gegenwärtigen Situationen bildet und weiterentwickelt.³ In diesem Sinne führt Rechtsvergleichung zur Erforschung des Rechts als Kulturerscheinung in fremden Staaten und damit zugleich zur Erforschung der sozialen Probleme, um deren Lösung die Rechtsordnung jeweils bemüht ist.⁴ Ferner dient sie dem Verständnis des Aufbaus der Rechtseinrichtungen, fördert die internationale Zusammenarbeit durch Annäherung der Standpunkte und Abbau von Selbstüberhebung, verhilft zur richtigen Einschätzung der Geschichte und der Stellung des eigenen Rechts im Verhältnis zu anderen Systemen und gipfelt in

¹ Eser, FS für Kaiser, S. 1056.

² Kaiser, 1975, S. 79.

³ Rheinstein/von Borries, 1987, S. 4ff.

⁴ Kaiser, 1975, S. 82.

der Herausarbeitung der großen Gemeinsamkeit aller Rechte, die in der Idee der Gerechtigkeit letztlich zusammenstimmen.⁵ In diesem Zusammenhang ist die Aufgabe der Rechtsvergleichung besonders verantwortungsvoll. Denn weltweit wird die zunehmende Kriminalität, unabhängig von politischen, ökonomischen und kulturellen Unterschieden als Problem erkannt. Es werden Lösungsmöglichkeiten erörtert und erprobt, die die Folgen für Opfer und Gesellschaft erträglich machen sollen. Um angemessene Reaktionsformen schaffen zu können, ist eine Zusammenarbeit von Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik aus verschiedenen Ländern erforderlich.

Was die Methoden der Strafrechtsvergleichung betrifft, so wäre es verfehlt, einen allgemein verbindlichen Methodenkanon zu erwarten; so wie sich die möglichen Ziele rechtsvergleichender Forschung als vielfältig herausgestellt haben, so können auch die Wege, die dabei gewählt werden können, unterschiedlich sein.⁶ Gleichwohl lassen sich aufgrund langjähriger Erfahrung gewisse Grundregeln erkennen, die sich für den Regelfall als erfolgversprechend erwiesen haben. Zunächst muss das Sachproblem definiert werden, um dessen Beleuchtung es aus der Sicht verschiedener Rechtsordnungen geht. Dabei können unmittelbar bestimmte Rechtsinstitute oder sogar einzelne Rechtssätze überprüft werden. Es ist jedoch zu beachten, dass eigentlicher Vergleichsgegenstand nicht (nur) die Norm ist, sondern der ihr zugrundeliegende Lebenssachverhalt als ein regelungsbedürftiges soziales Ordnungsproblem.⁷ In einem zweiten Schritt müssen die zu vergleichenden Länder ausgewählt werden, wobei sich ein Vortest als nützlich erweisen kann, um einerseits nicht die wirklich relevanten Länder zu verfehlen und andererseits unergiebigere Länder von vornherein auszuschließen.⁸ Der dritte Schritt besteht im Schreiben der einzelnen Landesberichte. Dabei wird ohne Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung und der Einschätzung der Lehre ein zuverlässiger Landesbericht nicht zu erstellen sein. Zudem wird in den Länderberichten jeweils auch besonderen Stilmerkmalen des betreffenden Rechts wie auch sprachlichen und sonstigen kulturellen Besonderheiten Beachtung zu schenken sein.⁹ Als vierter Schritt ist auf der Grundlage der Länderberichte ein rechtsverglei-

⁵ Kaiser, 1975, S. 83.

⁶ Eser, FS für Kaiser, S. 1520.

⁷ Eser, FS für Kaiser, S. 1521.

⁸ Eser, FS für Kaiser, S. 1521.

⁹ Eser, FS für Kaiser, S. 1522.

chender Querschnitt zu erstellen. Dieser sollte der Profilierung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden dienen und nach Möglichkeit auch zu einer Typenbildung führen. Auf diese Weise kann der rechtsvergleichende Querschnitt zu einem Reservoir für jenen Lösungsvorrat werden, wie er gerade für die legislative Rechtsvergleichung besonders wichtig ist.¹⁰ Schließlich kann eine eigene rechtspolitische Wertung verschiedener Regelungsalternativen die Rechtsvergleichung beenden. Eine solche politische Entscheidung kann natürlich auch einem Forscher in seiner Rolle als politischem Bürger nicht verwehrt sein. Diese Rolle hat er jedoch offenzulegen, um nicht persönliche Politik unter dem Deckmantel reiner Wissenschaftlichkeit zu betreiben.¹¹

Freilich sind auch der Strafrechtsvergleichung Grenzen gesetzt. Dazu gehören zum einen die Denkschwierigkeiten, die ebenso hier wie bei aller vergleichenden Wissenschaft durch die Unsicherheit der Maßstäbe, Kriterien und Indikatoren des Vergleiches sowie durch die weitgehende Bewertung entstehen.¹² Hinzu tritt die Frage, wie weit die komparative Analyse interkulturell, intergesellschaftlich und international ausholen muss, um die nötigen Rechtstatsachen und Hintergründe der zu vergleichenden strafrechtlichen Institution zu ermitteln, also jeden Sachverhalt zureichend zu erfassen, den man in der Rechtsvergleichung ein soziales Problem nennt.¹³ Zum anderen gehören dazu die Gefahr des Dilettantismus und Eklektizismus, wenn etwa das fremde Recht nicht hinreichend beherrscht wird.¹⁴ Denn die Quellen fremden Rechtes sind schwerer zugänglich, schwerer auslegbar und oft auch weniger vollständig als die Materialien des eigenen.

Bezieht man nun diese allgemeinen Ausführungen zur Strafrechtsvergleichung auf das der vorliegenden Arbeit zugrundeliegende Thema, nämlich die Strafzumessungstatsachen im dStGB und korStGB, dann können folgende Schritte als angemessen betrachtet werden. Bevor auf die Vergleichung zwischen koreanischen Strafzumessungstatsachen und deutschen Strafzumessungstatsachen eingegangen wird, ist es erforderlich, sich näher mit der Entstehung und Entwicklung des koreanischen Strafrechts zu befassen. Denn das Verständnis eines Rechts, das einer anderen Rechtskultur angehört, wird überhaupt erst möglich, wenn man seine Geschichte berück-

¹⁰ Eser, FS für Kaiser, S. 1522.

¹¹ Eser, FS für Kaiser, S. 1522.

¹² Kaiser, 1975, S. 82.

¹³ Kaiser, 1975, S. 82.

¹⁴ Jescheck, 1955, S. 38.

sichtig.¹⁵ Eine zusammenfassende Betrachtung der realen Strafzumessungsgründe in Deutschland und Korea muss zunächst als Ausgangspunkt das Sachproblem definieren. Dabei sollen das deutsche wie auch das koreanische Strafzumessungsrecht analysiert und in ihren wesentlichen Zügen dargestellt werden. Durch den normativen Vergleich treten die Änderungen und Abweichungen der betreffenden Rechtsinstitute im koreanischen Recht gegenüber dem deutschen Mutterrecht deutlich hervor. Damit soll eine der wichtigsten Aufgabenstellungen der Strafrechtsvergleichen erfüllt werden, nämlich einen „Lösungsvorrat“ für die Diversionsfrage systematisch geordnet, praktisch geprüft und kritisch gewürdigt zur Verfügung zu stellen.¹⁶ Daran wird sich die Profilierung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden anschließen, die sich aus der einschlägigen Rechtsprechung und Lehre ergeben. Hierauf folgt eine Fortentwicklung insbesondere des koreanischen Strafzumessungsrechts. Als letzter Schritt kann sich eine eigene rechtspolitische Wertung anschließen. Demzufolge lassen sich Überlegungen in Reformbetrachtung finden, die sich mit angemessenen strafrechtlichen Regelungen des Strafzumessung befassen.

II. Zusammenfassende Betrachtung der Strafzumessungstatsachen im dStGB

Zur Bewertung der Straftat muss ein Set von Strafzumessungsfaktoren entwickelt werden, das ihre relative Schwere kennzeichnet. Das Gesetz bietet jedoch weder eine Systematik noch auch nur eine vollständige Aufzählung der strafzumessungserheblichen Umstände. Nach der h.L. hat allerdings die Strafmaßentscheidung zunächst die Aufgabe, alle im konkreten Fall einschlägigen Schuld Faktoren und Präventionsfaktoren festzustellen und abzuwägen.¹⁷ Dagegen bemüht sich die Praxis, den Strafzumessungsvorgang zu vereinfachen, unabhängig von den in der Lehre vorhandenen Individualisierungstendenzen.¹⁸ Mit der Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit wird die Anzahl der Strafzumessungsumstände erhöht, wodurch sich der Strafzumessungsvorgang als schwieriger gestaltet, denn je mehr Gesichtspunkte in die Strafzumessung einfließen, desto komplizierter wird

¹⁵ Siehe dazu Teil 2 B I.

¹⁶ Jescheck, ZStW 86 (1974), 765; Kaiser, 1975, S. 83; Eser, FS für Kaiser, S. 1522.

¹⁷ Zur Festlegung und Erwägung der Strafzumessungsfaktoren, siehe oben 2 Teil A I und II.

¹⁸ Albrecht, 1994, S. 192ff.

der Vorgang.¹⁹ Aus diesem Grund ist die Verringerung der Strafzumessungstatsachen geboten, insbesondere solche, mit denen die Täterpersönlichkeit erfaßt werden soll.²⁰ Ferner kann mit einer Einschränkung der in die Entscheidung einzubeziehenden Strafzumessungstatsachen eine bessere Nachvollziehbarkeit der Entscheidung und eine weitreichendere revisionsrechtliche Kontrolle erreicht²¹ und die tatrichterliche Schwierigkeit der Herstellung und Darstellung der Strafzumessung vermindert werden.²²

In § 46 dStGB kann die gesetzliche Ausgangsbasis für die Erörterung der normativen Struktur der Strafzumessung gefunden werden. In dieser Vorschrift wird eine Grundlagenformel erwähnt, derzufolge die Schuld des Täters die Grundlage der Strafzumessungsentscheidung sein muss. Daher ist die Auseinandersetzung mit der Frage, in welche Einzelfaktoren der Bewertung diese Aussage aufzulösen ist, für ein rationales Strafzumessungsrecht unverzichtbar. Bei der Festlegung der Struktur der Strafzumessungsschuld kann auf eine Orientierung an den Kategorien der Verbrechenslehre zurückgegriffen werden.²³ Hierbei bietet es sich an, die Kategorien des Erfolgsunrechts und des Handlungsunrechts für die Strafzumessung nutzbar zu machen. Bei der Umsetzung dieses Gedankens kann auf die moderne Definition des Begriffs der Strafzumessungsschuld²⁴, die sich in der grundsätzlichen Tatbezogenheit heutiger Strafzumessungsdogmatik spiegelt, zurückgegriffen werden. Demzufolge kämen nur solche Strafschärfungsgründe oder Strafmilderungsgründe in Betracht, die das verschuldete Unrecht steigern oder mildern. Deshalb ist zunächst das Ausmaß des Erfolgsunrechts, d.h. Umfang und Intensität der Schädigung und Gefährdung der Rechtsgüter, strafzumessungsrelevant. Demgegenüber erfaßt der Handlungsunrecht das Maß der Vorwerfbarkeit des Täterhandelns. Beide Komponenten dürfen freilich nicht isoliert gesehen werden. Insbesondere darf die Handlungskomponente gegenüber der Erfolgskomponente nicht überbewertet werden und umgekehrt.²⁵

¹⁹ Hörnle, 1999, S. 51.

²⁰ Albrecht, 1994, S. 114ff.;Schünemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.) Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 226.

²¹ Albrecht, 1994, S. 51.

²² Schünemann, a.a. O., 1987, S. 226f.

²³ Frisch, 140 Jahre GA, S. 23ff.; ders, ZStW 99 (1987), 386; Erhard, 1992, S. 162ff.

²⁴ Frisch, ZStW 99 (1987), 388; Horn, SK, § 46 Rn. 41-44.

²⁵ Schäfer, 1995, Rn. 228.

Die verschuldeten Auswirkungen der Tat²⁶ sind für die Bewertung des Erfolgsunwerts wichtig und für die Praxis der Strafzumessung sogar von zentraler Bedeutung.²⁷ Dabei ist die Differenzierung zwischen tatbestandsmäßigem und außertatbestandsmäßigem Erfolg üblich. Bei dem tatbestandsmäßigen Erfolg gibt es quantitative und qualitative Abstufungen. Dagegen ist die Frage sehr umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen sogenannte außertatbestandliche Folgen für die Bestimmung der Strafhöhe von Bedeutung sind. Es kann festgestellt werden, dass auch die sogenannten außertatbestandlichen Folgen, soweit sie vom Schutzbereich der Norm umfaßt werden bzw. wenn sie eine Realisierung der im tatbestandlichen Verhalten enthaltenen Gefahr sind, Bedeutung für die Strafzumessung haben können.²⁸ Auch bei der Schadenswiedergutmachung oder Mitverursachung wird der Erfolgsunwert in gewissem Umfang gemildert und durch Kompensation nachträglich verringert.²⁹

Das Gesetz selbst nennt in § 46 Abs. 2 als Handlungsunwert die Beweggründe und Ziele des Täters, die Gesinnung, die aus der Tat spricht und den bei der Tat aufgewendeten Willen, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Tatausführung sowie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters. Der Handlungsunwert kann demnach in eine objektive und in eine subjektive Komponente eingeteilt werden. Zur objektiven Komponente gehören die Art der Ausführung der Tat³⁰ und das Maß der Pflichtwidrigkeit³¹. Zur subjektiven Komponente gehören die Beweggründe und die Ziele des Täters³² sowie die Gesinnung, die aus der Tat spricht³³, und der bei der Tat aufgewendete Wille³⁴.

²⁶ Siehe dazu Teil 2 A III 5.2.

²⁷ Albrecht, 1983, S. 1317; ders, 1989, S. 66ff.; ders, 1994, S. 333ff.; Streng, 1984, S. 65f.; ders, 1991, S. 176; Hart-Hönig, 1991, S. 80; Schünemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neue Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 228.

²⁸ Frisch, GA 1972, 333, ders, ZStW 99 (1987), 754; Bruns, 1985, S. 164; SK-Horn, § 46, Rn. 109; Jescheck/Weigend, AT, S. 888; Schäfer, 1995, Rn. 241ff.

²⁹ Schäfer, 1995, Rn. 238; Hertz, 1973, S. 90ff.; Frisch, ZStW 99 (1987), 779ff.; Hörnle, 1999, S. 296ff.; Erhard, 1992, S. 226ff.

³⁰ Frisch, a.a.O., 1987, S. 759; Erhard, 1992, S. 207f.; Jescheck/Weigend, AT, S. 887; Roxin, AT, S. 265f.; Schäfer, 1995, Rn. 256; Hörnle, 1999, S. 274.

³¹ Schäfer, 1995, Rn. 252; Jescheck/Weigend, AT, S. 887; Erhard, 1992, S. 210f.; Eber/Kühl, Jura, 1981, S. 233; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 99; Hörnle, 1999, S. 278.

³² Schäfer, 1995, Rn. 246f.; Jescheck/Weigend, AT, S. 887; Erhard, 1992, S. 213ff.; Hörnle, 1999, S. 268ff.

³³ Schäfer, 1995, Rn. 249f.; Erhard, 1992, S. 222.

³⁴ Ebert/Kühl, Jura, 1981, S. 233; Schäfer, 1995, Rn. 251; Erhard, 1992, S. 210ff.; Hörnle, 1999, S. 260ff.

Die Beweggründe (Motive) des Täters und seine Ziele³⁵ bilden die subjektive Seite des Handlungsunwerts. Es ist zweifelhaft, ob eine Ausgliederung der Ziele des Täters aus den Beweggründen sinnvoll ist. Deshalb wird in der Strafzumessungslehre den Zielen regelmäßig keine eigenständige Bedeutung beigemessen.³⁶ Nach der herrschenden Meinung schlagen sich die Motive bei den die Strafzumessungsschuld je nach ihrem sozialetischen Wert steigernden oder mildernden Erwägungen nieder.³⁷ Diese Betrachtungsweise ist jedoch problematisch, weil sie einem moralisierenden Maßstab vor dem rechtlichen Maßstab den Vorzug geben kann.³⁸ Die Strafschärfungsgründe lassen sich grundsätzlich nur dann aus dem negativ bewerteten Inhalt jener subjektiven Umstände herleiten, wenn man dafür rechtliche Maßstäbe hat, wenn sich die Handlung in ihrer rechtlichen Unwertigkeit erfassen läßt und wenn sich die ungünstige Bewertung der subjektiven Umstände auf Abweichungen von den Wertungen der Rechtsordnung stützen läßt.³⁹

Auch die Überzeugung wird zu den Motiven des Täters gezählt, aufgrund derer er sich zu seiner Tat für verpflichtet hielt.⁴⁰ Nach der im Strafrecht herrschenden Meinung verhält sich aber auch der einen Straftatbestand verwirklichende Gewissenstäter rechtswidrig und schuldhaft. Der Gewissenskonflikt soll nur mildernd unter bestimmten Voraussetzungen im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden können.⁴¹ Um zu einer Schuldminde rung zu gelangen, muss eine als echter Druck empfundene Beeinflussung der Steuerungsfähigkeit bzw. eine überzeugungsbedingte Verengung der Einsichtsfähigkeit vorgelegen haben.⁴² Aufgrund der verfassungsrechtlichen Verankerung des Schuldgrundsatzes muss eine Verminderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, ohne dass geprüft wird, ob die Motive achtenswert

³⁵ Siehe dazu Teil 2 A III 2.1.

³⁶ Bruns, 1985, S. 212; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 13a; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 77; Schäfer, 1995, Rn. 246f.; Hörnle, 1999, S. 267ff.

³⁷ Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 13; Bruns, 1985, S. 211; Schäfer, 1995, Rn. 247; Streng, 1991, S. 175; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 75; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 18; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 33.

³⁸ Frisch, a.a.O., 1987, S. 766ff.; Horn, SK, § 46, Rn. 113; Hörnle, 1999, S. 61.

³⁹ Frisch, a.a.O., 1987, S. 767; Hörnle, 1999, S. 268ff.

⁴⁰ Zum Überzeugungstäter, siehe 2. Teil C II 2.

⁴¹ Jescheck/Weigend, AT, S. 415; Baumann/Weber/Mitsch, AT, S. 36f.; Schmidhäuser, AT, S. 190f.; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband I, S. 470; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 15.

⁴² Horn, SK, § 46 Rn. 114; Schünemann, GA 1986, 307f.

waren oder nicht.⁴³ Der Schuldgrundsatz gilt allerdings nicht absolut; vielmehr können andere fundamentale Verfassungsprinzipien (z.B. Menschenwürde) zu seiner Einschränkung herangezogen werden.

In Rechtsprechung und Lehre wird versucht, die sogenannte Einzeltatgesinnung⁴⁴ von einer allgemeinen Bewertung des Charakters abzugrenzen.⁴⁵ Hinter der Einzeltatgesinnung verbirgt sich jedoch auch die Bewertung der Persönlichkeit des Angeklagten bzw. seines Auftretens in der Haupthandlung. Es ist nicht ersichtlich, was im Strafzumessungsbereich unter „Gesinnung“ zu verstehen ist. Dieser Begriff diene häufig der Vermengung verschiedenster nicht offengelegter Kriterien, weshalb zu Recht seine zurückhaltende Anwendung empfohlen wird.⁴⁶ Eine Begründung für die Unrechtsrelevanz der Gesinnung sieht Schönemann in der Relevanz der voluntativen Komponente des Vorsatzes, da diese eine für die Rechtsgüter besonders gefährliche Gesinnung ausdrückt und durch eine schärfere Bestrafung symbolisch tabuisiert werde.⁴⁷ Eine Charakterisierung der Tat als böswillig oder gewissenlos hat dagegen keinen Aussagewert. Alle in eine unrechtsrelevante Rechtsgutgefährlichkeit oder bloße Schuldinderung nicht integrierbaren Gesinnungselemente sind für die Schuldrelevanz auszuschließen.⁴⁸

Der bei der Tat aufgewendete Wille und die kriminelle Energie⁴⁹ werden überwiegend synonym gebracht.⁵⁰ In der Lehre wird meist ebenfalls ein die Tatschuld bzw. das Unrecht erhöhender Strafzumessungsgrund der kriminellen Energie anerkannt.⁵¹ Der Grund liegt darin, dass der Täter bestimmte äußere oder innere Hemmungen überwunden hat.⁵² Die Wurzeln dieser

⁴³ Horn, SK, § 46 Rn. 114; Hörmle, 1999, S. 319.

⁴⁴ Siehe dazu Teil 2 A III 3.1.

⁴⁵ BGH NJW 1979, 1835; BGH MDR 1980, 240; Bruns, 1985, S. 212f.; Streng, 1991, S. 175; Schäfer, 1995, Rn. 250; Jescheck/Weigend, AT, S. 889; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 605f.; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 19; Schöнке/Schröder/Stree, § 46 Rn. 16; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 78f.

⁴⁶ Horn, SK, § 46 Rn. 113; Frisch, ZStW 99 (1987), 766ff.; Erhard, 1992, S. 222.

⁴⁷ Schönemann, 1994, S. 270.

⁴⁸ Frisch, a.a.O., 1987, S. 766ff.; Horn, SK, § 46 Rn. 13; Erhard, 1992, S. 221.

⁴⁹ Siehe dazu Teil 2 A III 3.2.

⁵⁰ Schäfer, 1995, Rn. 251; Streng, 1991, S.175; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 83; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 20; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 33.

⁵¹ Bruns, 1985, S. 213; Schönemann, 1987, S. 227; Streng, 1991, S. 175; Schöнке/Schröder/Stree, § 46 Rn. 16; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 83; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 20; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 33; Horn, SK, § 46 Rn. 119.

⁵² Walter, GA 1985, 197ff.; ders, FS für Hilde Kaufmann, 1986, S. 499ff.

Vorstellung liegen in dem die Täterpersönlichkeit akzentuierenden Schuldverständnis.⁵³ Hinter der Basis der „kriminellen Energie des Täters“ verbirgt sich eine bunte Mischung von unterschiedlichen Topoi, nämlich einerseits unrechtsbezogene Erwägungen, andererseits vor allem Zuschreibungen negativer Eigenschaften und präventiver Strafzumessungserwägungen.⁵⁴ Der bei der Tat aufgewendete Wille ist vor allem bei Vorsatztaten für die Strafzumessung von Bedeutung. Die Einordnung des Vorsatzes beim Unrecht ist heute weitgehend unumstritten⁵⁵, so dass die Unterschiede in der Intensität des strafrechtlichen Vorsatzes unrechtsrelevant sind.⁵⁶ Wegen der Bestimmungs- oder Appellfunktion der Norm macht es für die Bewertung der Tat einen Unterschied, ob sich der Täter bewußt über den Appell hinwegsetzt oder ob ihm nicht bewußt ist, zu welchen Ergebnissen sein Verhalten führen wird.

Das Maß der Pflichtwidrigkeit⁵⁷ gehört zu den objektiven Faktoren des Handlungsunwerts im Sinne einer Verletzung der dem Täter auferlegten Pflichten. Es sind zwei große Gruppen von Pflichten zu unterscheiden, nämlich tatbestandliche Pflichten und außertatbestandliche Pflichten.⁵⁸ Bei tatbestandlichen Pflichten handelt es sich um solche, die die Strafbarkeit erst begründen, wie etwa bei der Untreue oder bei denjenigen Delikten, die im Vergleich zu einem von jedermann erfüllbaren Grundtatbestand zu einer erhöhten Strafe führen, etwa bei der Körperverletzung im Amt.⁵⁹ Dabei kommt es auf zwei wichtige Gesichtspunkte an. Der erste ist die objektive Bedeutung der Pflichtwidrigkeit, also die Frage, ob die Pflichtwidrigkeit zu großen Rechtsgütern oder kleinen Rechtsgütern in Beziehung steht. Der zweite ausschlaggebende Gesichtspunkt ist das von der Pflichtwidrigkeit verletzte Ausmaß der Rechtswidrigkeit, d.h. die Frage, wie weit der Täter vom vorschriftsmäßigen Handeln abgewichen ist.⁶⁰

Bei den außertatbestandlichen Pflichten handelt es sich im allgemeinen um die berufliche und soziale Stellung des Täters. Für die meisten in der

⁵³ Vgl. Dreher, 1947, S. 86ff.

⁵⁴ Stratenwerth, 1972, S. 17ff.; Walter, FS für Hilde Kaufmann, 1986, S. 504ff.; Horn, SK, § 46 Rn. 115a; Erhard, 1992, S. 257ff.; Hörnle, 1999, S. 58ff.

⁵⁵ Jescheck/Weigend, AT, S. 239; Roxin, AT, S. 265ff.; Köhler, AT, S. 27; Schönlke/Schröder/Lenckner, vor § 13 Rn. 52ff.; Lampe, 1967, S. 13ff.

⁵⁶ Erhard, 1992, S. 212; Walter GA, 1985, 203f.; Hörnle, 1999, S. 260ff.

⁵⁷ Siehe dazu Teil 2 A III 4 und 6.2.1.

⁵⁸ Gribbohm, LK, § 46, Rn. 101ff.; Hörnle, 1999, S. 278.

⁵⁹ Streng, 1991, S. 176; Hörnle, 1999, S. 278.

⁶⁰ Hörnle, 1999, S. 278ff.

Rechtsprechung anerkannten Kriterien für diesen Strafschärfungsgrund gilt, dass er nur berücksichtigt werden kann, wenn sich aus der beruflichen Stellung des Angeklagten besondere Pflichten ergeben, deren Verletzung im Hinblick auf die abzuurteilende Tat Bedeutung hatte, wenn also eine „innere Beziehung zwischen Beruf und Straftat“ besteht.⁶¹ „Innere Beziehungen zwischen Beruf und Straftat“ scheinen jedoch ein viel zu vages, aber auch zu unspezifisches Kriterium zu sein.⁶² Es bleibt offen, was den inneren Zusammenhang zwischen Beruf und Straftat ausmacht, aus welchem Grund außertatbestandliche Pflichten unrechtssteigernd sein können. Nach der Auffassung von Frisch ist auf das Vorhandensein einer Garantenstellung gegenüber dem vom Täter verletzen Rechtsguts abzustellen, die als objektiv-täterschaftliches Merkmal aufgrund der Beziehung zwischen Beruf und Straftat als unrechtssteigernd angesehen werden kann.⁶³ Es zeigt sich erneut, dass es hier vielfach nicht um die Frage des erleichterten Könnens, sondern allenfalls des erhöhten Sollens geht.⁶⁴

Die Art und Weise der Ausführung der Tat⁶⁵ ist die Realisierung des bei der Tat aufgewendeten Willens und deshalb ein gewichtiger Strafzumessungsgrund auf der objektiven Seite des Handlungsunwerts.⁶⁶ Wenn man auf ein Rechtsgüterstrafrecht abstellen wollte, dann ist der entscheidende Maßstab für die Umstände der Strafzumessung die größere oder geringere Gefährlichkeit der Tat.⁶⁷ Die hierzu notwendigen Wertungen müssen sich ebenfalls an den erkennbaren Absichten des Gesetzes orientieren; daher dürften besonders solche Merkmale berücksichtigungsfähig sein, die in ähnlicher Form im Gesetz, wenn auch teilweise an anderer Stelle, als berücksichtigungswert angesehen werden.⁶⁸ Verzichtet man auf eine solche Rechtsgüterorientierung, so ist die Schwelle zum „grundlosen Moralisieren und Fanatisieren“ rasch überschritten.⁶⁹ Ferner beeinflusst die Art und Wei-

⁶¹ BHG NStW 1981, 258; NJW 1987, 2686; NStW 1988, 175; BHG wistra 1991, 265, 266.

⁶² Frisch, ZStW 99 (1987), 764.

⁶³ Frisch, a.a. O., 1987, S. 764.

⁶⁴ Erhard, 1992, S. 210.

⁶⁵ Siehe dazu Teil 2 A III 5.1.

⁶⁶ In vielen Fällen führt jedoch eine tatbestandlich umschriebene Vorgehensweise zu einer zusätzlichen Beeinträchtigung des betroffenen Rechtsgutsträgers und erhöht deshalb auch das Erfolgsunrecht (Hörnle, 1999, S. 274.).

⁶⁷ Walter, GA 1985, 207ff.; ders., FS für Hilde Kaufmann, S. 502; Frisch, a.a.O., 1987, S. 759; Ebert, 1992, S. 207ff.; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 606f.

⁶⁸ Frisch, a.a.O., 1987, S. 758f.

⁶⁹ Walter, FS für Hilde Kaufmann, S. 506.

se der Tatbegehung aus der Opferperspektive die Sozialschädlichkeit. Dabei können drei Untergruppen unterschieden werden: erstens im Tatbestand enthaltene Vorgehensweisen, die eine abstrakte Gefahr der Vergrößerung des Erfolgswahrscheinlichkeits begründen, z.B. das Mitsichführen einer Waffe bei einem Diebstahl, einem Raub oder einer räuberischen Erpressung; zweitens Modalitäten, die eine gegenüber dem Opfer besonders mißbräuchliche Vorgehensweise darstellen. Drittens kann man ein besonders zielstrebiges oder hartnäckiges Vorgehen bei der Tatvorbereitung oder Tatdurchführung berücksichtigen, weil diese Vorgehen eine gesteigerte Bedrohlichkeit für das Tatopfer erzeugt hat.⁷⁰

Schon lange ist das Vorleben des Täters – insbesondere seine Vorstrafen⁷¹ – von besonderer Bedeutung in der Praxis⁷². In § 48 dStGB a.F. war die strafe erhöhende Relevanz von Vorstrafen ausdrücklich normiert. Trotz seines Wegfalls werden auch heute Vorstrafen strafe erhöhend berücksichtigt, sofern der Täter die von der Vorstrafe ausgehende Warnfunktion⁷³ in vorwerfbarer Weise mißachtet hat (regelmäßig werden Vorstrafen als schuldsteigernde Umstände angeführt) oder die Rückfälligkeit auf die zukünftige Gefährlichkeit des Täters schließen läßt (Prävention).⁷⁴ Gelegentlich hat der BGH ohne nähere Begründung eine Erhöhung des Handlungswahrscheinlichkeits wegen der Warnfunktion von Vorstrafen angenommen.⁷⁵ Aber man muss eine normativ tragfähige Begründung haben, wenn die Warnfunktion, also das Vorhandensein einer Warnung durch einen früheren judikativen Akt, eine Beziehung zu Unrecht und Schuld haben soll. Bei dem typischen Rückfalltäter werden jedoch motivatorische Wirkungen der Vorstrafen nicht nur regelmäßig durch habituelle oder entwicklungsbedingte Defizite der Vermeidemacht wieder voll kompensiert, vielmehr wird dessen Deliktsresistenz mit der ersten Straftat und deren Folgen noch weiter

⁷⁰ Hörnle, 1999, S. 274ff.

⁷¹ Albrecht, 1994, S. 330ff.; Streng, 1991, S. 177; Erhard, 1992, S. 22; Meier, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschung, 1983, S. 1347ff.; Pfeiffer/Savelsberg, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung 1989, S. 24ff.

⁷² Siehe dazu Teil 2 A III 6.3.

⁷³ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 608; Zipf, FS für Tröndle, 1989, S. 445; Bruns, 1985, S. 223; Schäfer, 1995, Rn. 275ff.; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 37; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 31.

⁷⁴ Jescheck/Weigend, AT, S. 892; Burns, 1985, S. 224; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 158; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 24a; Zipf, 1977, S. 70.

⁷⁵ BGHSt. 25, 64; BGH StV 1991, 64.

geschwächt.⁷⁶ Außerdem wird Handlungsunrecht ausschließlich durch die Umstände der abzuurteilenden Handlung bestimmt.⁷⁷ Die Strafschärfung wegen Rückfalls ist auch unter spezialpräventiven Gesichtspunkten zweifelhaft, denn die Vorstrafen sind bereits ein Indiz für die Fruchtlosigkeit der Resozialisierungsbemühungen bzw. der Individualabschreckung.⁷⁸ Ferner begründet eine erhöhte Strafe wegen einer erneuten Straftat sogar die Gefahr einer weiter desozialisierenden Wirkung.⁷⁹ Die allgemeine Gefährlichkeit des Täters für die geschützten Rechtsgüter, seine mangelnde Rechtstreue, dies sind allenfalls spezialpräventive Gesichtspunkte oder maßregelrelevante Faktoren, die aber mit Tatumrecht und Tatschuld im eigentlichen Sinne nichts zu tun haben und daher keine straf erhöhenden Gründe sein sollten.

Das Gesetz nennt als strafzumessungserhebliche Umstände in § 46 Abs. 2 ausdrücklich das „Verhalten des Täters nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.“⁸⁰

Mit der Vollendung der Tat stehen die beiden strafmaßbestimmenden Größen Unrecht und Schuld für immer fest, sie können sich später nicht mehr ändern. Demzufolge wird von der Rechtsprechung⁸¹ und einem Großteil der Lehre⁸² das Vorleben des Täters und sein Nachtatverhalten mittels der sogenannten „doppelspurigen Indizkonstruktion“ in die Strafzumessung einbezogen. Aber die Rückschlüsse, die vom Vortat- und Nachtatverhalten des Täters auf sein Tatverhalten gezogen werden, lassen sich in psychologischer Hinsicht kaum verifizieren, so dass die Indizkonstruktion Gefahr läuft, auf Fiktionen zu basieren,⁸³ da sich kaum feststellen läßt, ob und in-

⁷⁶ Frisch, a.a.O., 1987, S. 774; Stratenwerth, 1972, S. 16; Albrecht, 1994, S. 324; Meier, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), 1983, S. 1338ff.; Schünemann, 1987, S. 236; Hart-Hönic, 1992, S. 42; Erhard, 1992, S. 67ff.

⁷⁷ Frisch, a.a.O., 1987, S. 773; Albrecht, 1994, S. 324.

⁷⁸ Streng, 1991, S. 177.

⁷⁹ Strathenwerth, 1972, S. 18; Meier, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), 1983, S. 1337; Frisch, a.a.O., 1987, S. 772; Horn, SK, § 46 Rn. 124ff.; Jescheck/Weigend, AT, S. 893.

⁸⁰ Siehe dazu Teil 2 A III 6.3.4.

⁸¹ BGH NStZ 1984, 259; BGH StV 1984, 21; BGH MDR 1985, 184; eingehende Darstellung dieser Indizkonstruktionen m.w.N. bei Bruns, 1974, S. 565ff., 577f.

⁸² Jescheck/Weigend, AT, S. 891; Schäfer, 1995, Rn. 269; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 30, 39; Streng, 1991, S. 177; Hirsch, LK, § 46 Rn. 6-8; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 186; Horn, SK, § 46 Rn. 123, 132; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 36.

⁸³ Frisch, ZStW 99 (1987), 772.

wieweit das Nachtatverhalten Schlüsse auf die Einstellung des Täters zu seiner Tat zulässt.⁸⁴ Das Nachverhalten muss deshalb insoweit einen selbständigen Bezug zu den Kategorien von Unrecht und Schuld haben, als es bei Strafmaßentscheidungen eine Rolle spielen kann.⁸⁵ Nach Frisch wird Strafzumessungsschuld dahingehend definiert, dass sie die der Tat entsprechende graduell steigerungsfähige Rechtsfriedensstörung sei, die dem Täter angelastet werde; Strafzumessungsfaktoren seien dementsprechend alle diese Größe bestimmenden Merkmale.⁸⁶ Diese theoretisch begründeten Merkmale der Rechtsfriedensstörung können über das rechtsgutbezogene Vortat- und Nachtatverhalten operationalisiert werden.⁸⁷ Im übrigen ist dem Nachverhalten vielfach zumindest erhebliche präventive Bedeutung beizumessen.⁸⁸

III. Zusammenfassende Betrachtung der Strafzumessungstatsachen im korStGB

Im Unterschied zu § 46 dStGB legt der Gesetzgeber in § 51 korStGB keine allgemeinen Prinzipien der Strafzumessung, insbesondere in Form der Vorgabe eindeutiger Strafziele, fest. Lediglich einige besonders wichtige Strafzumessungstatsachen sind im Katalog des § 51 beispielhaft umschrieben. Deshalb können die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung nur mittelbar, etwa durch Rückschlüsse aus bestimmten Strafzumessungstatsachen – wie z.B. des Charakters des Täters oder des Erfolgs der Straftat – ermittelt werden. Der Katalog des § 51 enthält wertvolle Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob bestimmte Strafzumessungstatsachen relevant sind. Die Anzahl der Strafzumessungsumstände ist allerdings nicht abschließend normiert, steht also der Heranziehung weiterer Strafzumessungstatsachen nicht entgegen.⁸⁹ Die Bedeutung des Katalogs liegt nur darin, den Richter auf die für die Strafzumessung regelmäßig in Betracht kommenden Tatsachen aufmerksam zu machen. Die Relevanz der Strafzumessungstatsachen muss vom Standpunkt der verschiedenen Strafzwecke, der Schuld- und

⁸⁴ Frisch, a.a.O., 1987, S. 780.

⁸⁵ Frisch, a.a.O., 1987, S. 780; ders, GA 1993, 16.

⁸⁶ Frisch, a.a.O., 1987, S. 388.

⁸⁷ Albrecht, 1994, S. 52.

⁸⁸ Horn, SK, § 46 Rn. 135; Frisch, a.a.O., 1987, S. 778f.; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 573f.; Erhard, 1992, S. 228.

⁸⁹ H.K. Lee, 1986, S. 145; ders, AT, S. 464; I.S. Kim, AT 2, S. 716; Y.R. Lee, 1996, S. 37 Fn. 38; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 128.

Präventionsgesichtspunkte, aus beurteilt werden, auch wenn § 51 korStGB keine eindeutigen Strafzumessungsrichtlinien vorsieht und die Strafzumessungstatsachen nicht nach Schuld- und Präventionsgesichtspunkten systematisiert werden.⁹⁰

Die in § 51 Nr. 1 korStGB genannten Umstände, also das Alter, der Charakter und die Lebensführung, die Intelligenz und das Milieu des Täters, betreffen dessen objektive und subjektive Verhältnisse, die wichtige Faktoren für die Strafzumessung darstellen.⁹¹ Diese Umstände sind insbesondere für die Spezialprävention von wesentlicher Bedeutung, weil sie wichtige Strafzumessungsfaktoren für die Beurteilung der Resozialisierungsfähigkeit des Täters sind.⁹²

Was die Berücksichtigung des Alters des Täters anbelangt, können vor allem jugendliches und hohes Alter von Bedeutung sein.⁹³ Die Praxis sieht im Alter des Täters eine Komponente des Handlungsunwerts und einen Maßstab für seine Zurechnungsfähigkeit.⁹⁴ Darüber hinaus kennt das geltende koreanische Recht viele Vorschriften, die eine Strafmilderung wegen des Alters des Täters vorsehen.⁹⁵ Dieser Strafmilderungsgrund betrifft persönliche Defizite oder vermutete Schwächen, die dem Täter anhaften, die ihm aber nicht zum Vorwurf gemacht werden können und daher seine Schuld vermindern.⁹⁶ Ferner kann das Alter des Täters unter dem Gesichtspunkt der Spezialprävention und Strafempfindlichkeit strafmildernde Bedeutung haben.⁹⁷

Im Zusammenhang mit dem Charakter und der Lebensführung des Täters können nicht zuletzt Vorstrafen und sozialadäquates oder sozialschädliches Verhalten vor der Tat berücksichtigt werden.⁹⁸ Der allgemeine Charakter oder die allgemeine Lebensführung des Täters können allerdings nicht berücksichtigt werden, weil ansonsten die Tatschuld nicht mehr der

⁹⁰ H.K. Lee, 462; Kitchun Kim, 1984, S. 352; M.T. Kwon, 1983, S. 110; Y.K. Oh/S.Y. Choi, 1993 S. 71; Y.S. Chong/Y.G. Shin, Kriminalpolitik, 1997, S. 467.

⁹¹ H.M. Sonn, AT, S. 1196.

⁹² I.S. Kim, AT 2, S. 716; H.M. Sonn, AT, S. 1196; J.S. Lee, AT, S. 553.

⁹³ H.K. Lee, 1986, S. 7; ders, AT, S. 464; I.S. Kim, AT 2, S. 716.

⁹⁴ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 57.

⁹⁵ Siehe dazu Teil 2 B V 2.1.

⁹⁶ H.K. Lee, 1986, S. 7f.; ders, AT, S. 464; I.S. Kim, AT 2, S. 716f.

⁹⁷ I.S. Kim, AT 2, S. 717; H.K. Lee, 1986, S. 8; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 58.

⁹⁸ I.S. Kim, AT 2, S. 717; H.K. Lee, 1986, S. 8.

maßgebende Zumessungsfaktor wäre.⁹⁹ In der koreanischen Praxis gilt deshalb die in der deutschen Rechtsprechung entwickelte sogenannte „innere Beziehung zwischen Vorleben und Straftat“ für die Strafzumessungsrelevanz dieser Strafzumessungstatsachen: Wenn der Charakter oder die Lebensführung des Täters in enger Beziehung zur Tat steht und in der Tat zum Ausdruck kommt, kann dies als subjektive Komponente des Handlungsunwerts berücksichtigt werden.¹⁰⁰

Für den koreanischen Strafrichter sind Vorstrafen die ausschlaggebende Strafzumessungstatsache.¹⁰¹ § 35 korStGB sieht eine Strafverschärfung bei Rückfall vor. Danach wird als Rückfälltäter verurteilt, wer innerhalb von drei Jahren nach Beendigung oder Erlass der Vollstreckung der Einschließungsstrafe oder einer schwereren Strafe ein neues und ebenso schwerwiegendes Delikt begeht. Die Höchststrafe für ein im Rückfall begangenes Delikt besteht im Doppelten des Höchststrafmaßes, das für das begangene Delikt vorgesehen ist (§ 35 Abs. 2 korStGB). Allerdings gibt es in der koreanischen Strafrechtslehre hiergegen Kritik. Ihrzufolge entspricht die strafschärfende Berücksichtigung des Rückfalls nicht den Grundsätzen des Verfassungsrechts, d.h. dem Prinzip des „ne bis in idem“¹⁰² sowie dem Gleichheitsprinzip (d.h. der gleichen Bestrafung aller Täter)¹⁰³, und zudem ist ihre präventive Wirkung zweifelhaft. Daher muss das Hauptgewicht bei der Bekämpfung des Rückfalls auf den kriminalpolitischen Überlegungen liegen, wie durch Maßregeln der Besserung und Sicherung die Resozialisierung des Täters erreichen werden kann.¹⁰⁴ Die angeblich erhöhte Schuld sei lediglich eine Charakter-, Täter- oder Lebensführungsschuld, die dem derzeitigen Einzeltatschuldprinzip widerspreche.¹⁰⁵ Deshalb schlägt die überwiegende Meinung für die Abschaffung der Rückfallvorschrift vor, dass sie

⁹⁹ I.S. Kim, AT 2, S. 717; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 59.

¹⁰⁰ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 59.

¹⁰¹ Y.R. Lee, 1996, S. 71; Y.K. Oh, 1986, S. 67.

¹⁰² Art. 13 des korGG enthält die Bestimmung „Ne bis in idem“. Danach darf niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.

¹⁰³ J.D. Bae, AT, S. 647; G.W. Chang, 1992, S. 129.

¹⁰⁴ H.M. Sonn, AT, S. 1160; I.S. Kim, AT 2, S. 727; H.K. Lee, AT, S. 468f.; S.K. Park, AT, S. 515.

¹⁰⁵ H.M. Sonn, AT, S. 1160; J.D. Bae, AT, S. 646.

weder eine präventive Wirkung entfalte noch mit dem Schuldprinzip vereinbar sei.¹⁰⁶

In der strafrechtlichen Praxis spielt die Intelligenz des Täters im Zusammenhang mit seinen persönlichen Verhältnissen eine Rolle. Die höhere oder geringere Intelligenz des Täters ist jedoch an sich keine Komponente für die Straftat, sondern nur eine Täterkomponente. Sie darf deshalb als eine Schuldkomponente des Handlungsunrechts nur berücksichtigt werden, wenn sich eine feste Beziehung zur Straftat erkennen und sich daraus auf die Willensstärke der Täters schließen läßt.¹⁰⁷ Gemäß dem § 10 Abs. 2 korStGB ist die verminderte Schuldfähigkeit bereits ein Strafmilderungsgrund, weshalb bei Berücksichtigung der geringeren Intelligenz des Täters auf das Verbot der Doppelverwertung geachtet werden muss. Geringere Intelligenz kann sich allerdings dann auf das Strafmaß auswirken, wenn sie zwar keinen Milderungsgrund gemäß § 10 Abs. 2 korStGB darstellt – da keines der dort angeführten psychopathologischen Krankheitsbilder vorliegt –, aber sich trotzdem auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit negativ ausgewirkt hat.¹⁰⁸

Im Rahmen des Milieus des Täters können persönliche, soziale und wirtschaftliche Umstände berücksichtigt werden.¹⁰⁹ Das Unrecht der konkreten Tat wird vom Milieu zwar regelmäßig nicht berührt, es kann jedoch Aufschluß geben über das Maß der Schuld, also darüber, wie sehr oder wie wenig fähig der Täter gewesen ist, die Rechtswidrigkeit der Tat zu erkennen und dadurch der Motivation zur rechtswidrigen Tat zu widerstehen.¹¹⁰ Das Milieu des Täters selbst ist deshalb eher eine unselbständige Strafzumessungstatsache, da aus ihr auf die Beweggründe, Ziele, das Maß der Schuldfähigkeit oder das Maß der Pflichtwidrigkeit geschlossen werden kann, sofern es eine innere Beziehung zur Tat hat.¹¹¹ Innerhalb des Milieus des Täters können Geschlecht, Gesundheit, berufliche oder soziale Stellung und wirtschaftliche Verhältnisse auch wichtige Anhaltspunkte für die Beurteilung der Strafempfindlichkeit des Täters sein. Unter dem Gesichtspunkt der Strafempfindlichkeit werden in der Regel besondere Eigenschaften

¹⁰⁶ J.D. Bae, AT, S. 645ff.; I.S. Kim, AT 2, S. 727f.; H.K. Lee, AT, S. 469; H.M. Sonn, AT, S. 1160, S.K. Park, AT, S. 515; K.H. Chin, AT, S. 972f.

¹⁰⁷ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 64f.

¹⁰⁸ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 65.

¹⁰⁹ H.K. Lee, 1986, S. 9; ders, AT, S. 464; I.S. Kim, AT 2, S. 718.

¹¹⁰ I.S. Kim, AT 2, S. 718; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 65.

¹¹¹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 65f.

oder Umstände des Täters erörtert, die oft eine strafmildernde Bedeutung haben, wie zum Beispiel ein hohes Alter, eine schwere Krankheit oder eine körperliche Behinderung.¹¹²

Anders als das geltende dStGB sieht § 51 Nr. 2 korStGB ausdrücklich „das Verhältnis zu dem Opfer“ (die Umstände, die das Opfer betreffen) als strafzumessungserheblichen Umstand vor. Das Opfer der Straftat findet in Kriminologie und Strafrecht zunehmend Berücksichtigung, nicht nur, wenn es um die Stärkung seiner Stellung und seines Schutzes im Strafprozeß geht, sondern auch bei der Frage nach der angemessenen Strafe.¹¹³ Einigkeit besteht in Literatur und Rechtsprechung darüber, dass bestimmte Opferverhaltensweisen sowie Täter-Opfer-Beziehungen für die Beurteilung der Straftat herangezogen werden und sich bei der Strafzumessung auswirken müssen. Das Verhältnis zum Opfer iSd § 51 Nr. 2 ergibt sich aus den persönlichen Eigenschaften des Opfers, den Beziehungen zwischen Opfer und Täter und dem Opferverhalten bei Begehung der Straftat.¹¹⁴ Das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters müssen die Maßprinzipien sein, nach denen die Strafzumessungsrelevanz der opferbezogenen Umstände und deren Bewertungsrichtung zu ermitteln sind.¹¹⁵

§ 51 Nr. 3 korStGB nennt als strafzumessungserhebliche Umstände die Beweggründe, die Mittel und den Erfolg der Straftat. Die Beweggründe des Täters sind ein wichtiger Strafzumessungsumstand für die Entscheidung über das Maß des Handlungsunwerts und der Gefährlichkeit.¹¹⁶ Sie sind unter zwei Gesichtspunkten für die Strafzumessung bedeutsam: nach ihrer Qualität und nach ihrem Stärkegrad. Dabei erkennen Praxis¹¹⁷ und Theorie¹¹⁸ an, dass niedrige Beweggründe sich regelmäßig schärfend, menschlich verständliche dagegen mildernd auswirken können. Bei der Berücksichtigung der Beweggründe des Täters ist das Doppelverwertungsverbot

¹¹² Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 156; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 68f.

¹¹³ K.H. Lee/S.Y. Choi, 1996, S.22.

¹¹⁴ H.K. Lee, 1986, S. 9; I.S. Kim, AT 2, S. 718; J.S. Lee, AT, S. 553; H.M. Sonn, AT, S. 1196.

¹¹⁵ K.H. Lee/S.Y. Choi, 1996, S. 44ff.; M.T. Kwon, 1983, S. 121ff.; zur Strafzumessungsrelevanz des Opfers, siehe 2 Teil B V 3.2.

¹¹⁶ J.S. Lee, AT, S. 553; I.S. Kim, AT 2, S. 719; H.K. Lee, AT, S. 465; H.M. Sonn, AT, S. 1196.

¹¹⁷ KorOGH, 04.06 1968, 68 Do 7544; 13.12. 1977, 77 Do 3133; 13. 09. 1991, 91 Do 1473.

¹¹⁸ H.K. Lee, 1986, S. 10; I.S. Kim, AT 2, S. 719; H.M. Sonn, AT, S. 1196; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 143ff.

besonders sorgfältig zu beachten. Die Beweggründe, welche mit dem tatbestandsmässigen Verhalten zwingend einhergehen, müssen als solche bei der Strafzumessung außer Betracht bleiben, z.B. die Bereicherungsabsicht bei Betrug oder Erpressung.¹¹⁹ Im Zusammenhang mit den Beweggründen des Täters kann das Problem des Überzeugungstäters behandelt werden. Das Strafrecht stellt im Interesse und zum Schutz der Allgemeinheit an die ihm unterworfenen Rechtssubjekte Mindestanforderungen, deren Einhaltung sie von jenen verlangen kann. Deshalb wird für den Überzeugungstäter eine eigene Straftat oder eine allgemeine Strafmilderung abgelehnt; ebensowenig ist grundsätzlich eine Rechtfertigung oder Entschuldigung möglich.¹²⁰ Nach der Auffassung der Lehre ist für die Strafzumessung nicht die Überzeugung als solche maßgeblich, sondern entscheidend ist, ob sich daraus im Hinblick auf die abzuurteilende Tat ein achtenswerter Beweggrund des Täters ergibt.¹²¹

Da man einen Straftatbestand auf unterschiedliche Weise verwirklichen kann, kann das Maß der Vorwerfbarkeit je nach der Art der Begehung der Tat unterschiedlich hoch sein.¹²²

Die Ausführungsweise umfaßt beim Vorsatzdelikt die für die Tatbegehung wesentlichen Umstände und beim Fahrlässigkeitsdelikt und unechten Unterlassungsdelikt die Pflichtwidrigkeit.¹²³ Sie ist der Maßstab für die Beurteilung des Handlungsunrechts in objektiver und subjektiver Hinsicht, weil sie die Realisierung des bei der Tat aufgewendeten Willens ist.¹²⁴ Hier geht es um die Gefährlichkeit der Vorgehensweise für die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter. Dabei ist jedoch immer darauf zu achten, ob die Besonderheiten der Tatausführung nicht bereits als Tatbestandsmerkmale berücksichtigt worden sind. Wenn sie schon vom Gesetzgeber verwertet worden sind, um die Strafbarkeit der Tat zu begründen, dürfen sie im Rah-

¹¹⁹ I.S. Kim, AT 2, S. 719; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 144; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 73.

¹²⁰ I.S. Kim, AT 2, S. 22, 719; H.K. Lee, AT, S. 230; H.M. Sonn, AT, S. 620; J.D. Bae, AT, S. 398f; D.K. Son, 1991, S. 39ff.; S.K. Park, AT, S. 207.

¹²¹ I.S. Kim, AT 2, S. 719; D.K. Son, 1991, S. 55ff.; S.K. Park, AT, S. 207; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 144 Fn. 30.

¹²² I.S. Kim, AT 2, S. 719; H.K. Lee, 1986, S. 10; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 146ff.

¹²³ Verwaltungsstelle beim OGH, Die Praxis der Strafzumessung, S. 79.

¹²⁴ I.S. Kim, AT 2, S. 719; H.K. Lee, 1986, S. 10, ders, AT, S. 553; H.M. Sonn, AT, S. 1196; J.S. Lee, AT, S. 553.

men der Strafzumessung nach dem Prinzip des Doppelverwertungsverbots nicht noch einmal verwertet werden.¹²⁵

Der Erfolg der Straftat ist die entscheidende Strafzumessungsbedingung zur Beurteilung des Erfolgsunrechts,¹²⁶ was auch in der Rechtsprechung des koreanischen Obersten Gerichtshofs zum Ausdruck gekommen ist.¹²⁷ Die überwiegende Meinung in der Lehre nimmt an, dass nur der verschuldete Erfolg bei der Strafzumessung eine Rolle spielen dürfe, da die Verschärfung der Strafe bei unverschuldetem Erfolg gegen das Schuldprinzip verstoße.¹²⁸ Zwei Aspekte kennzeichnen den Erfolgsunwert: das Ausmaß des tatbestandsmäßigen Erfolges und die außertatbestandlichen Folgen der Tat.¹²⁹ Beim tatbestandlichen Erfolg kommen nur Modalitäten der tatbestandlichen Folgen als Strafzumessungstatsachen in Betracht, die meist quantitativ oder qualitativ ins Gewicht fallen. Die Mitverursachung Dritter¹³⁰, insbesondere des Geschädigten, kann das Gewicht der dem Täter zuzurechnenden Tatfolgen vermindern und daher strafmildernd wirken. Wird der tatbestandsmäßige Erfolg nachträglich beseitigt oder reduziert, so verringern diese Umstände das Erfolgsunrecht unter Umständen entscheidend.¹³¹ In diesem Zusammenhang ist es umstritten, ob die Verständigung zwischen Täter und Opfer als strafmildernde Strafzumessungsbedingung berücksichtigt werden kann. Wenn sich der Täter um eine Verständigung bemühte und daher eine befriedigende Lösung findet, kann sich diese Verständigung strafmildernd auswirken. Allerdings geht es hier nicht um eine formelle oder äußerliche Verständigung, sondern um eine substantielle, die unter Täter-Opfer-Mitwirkung in befriedigender Weise stattfinden kann.¹³² Bei den außertatbestandlichen Folgen sind die Voraussetzungen von besonderem Interesse, unter denen eine Berücksichtigung dieser außertatbestandlichen Folgen möglich ist. Zur Klärung dieser Frage hat die koreanische Literatur die deutsche Meinung übernommen: wenn die objektive Zurechnung der Handlung innerhalb des Schutzbereichs der Norm liegt,

¹²⁵ Verwaltungsstelle beim OGH, Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S.77.

¹²⁶ I.S. Kim, AT 2, S. 719; H.M. Sonn, AT, S. 1196; H.K. Lee, AT, S. 465; J.S. Lee, AT, S. 553; S.K. Park, AT, S. 509.

¹²⁷ H.K. Lee, 1986, S. 11, Y.R. Lee, 1996, S. 42.

¹²⁸ J.S. Lee, AT, S. 553; I.S. Kim, AT 2, S. 719.

¹²⁹ H.K. Lee, 1986, S. 11; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 137.

¹³⁰ Zum Beispiel Mitverschulden der Bahnbeamten oder der Verkehrspolizei bei einer Verkehrsstraftat, Befehrsfehler bei Aussagedelikt u.s.w.

¹³¹ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 139; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 81f.

¹³² Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 82f.

können die außertatbestandlichen Folgen nur insoweit anwendbar sein, als sich eine im Delikt typischerweise angelegte Gefahr realisiert hat oder sie in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen.¹³³

Das Gesetz nennt als strafzumessungserhebliche Umstände in § 51 Nr. 4 korStGB ausdrücklich die Umstände nach der Tatbegehung. Wesentliche Gesichtspunkte sind also das Verhalten des Täters im Verfahren, aber auch eine Schadenswiedergutmachung, Schadensvertiefung, weitere Straftaten oder weiteres straffreies Verhalten.¹³⁴ Die Umstände nach der Tatbegehung bezeichnen diejenigen, die nach der Tatbeendigung einsetzen. Wie in der deutschen Praxis muss auch nach Meinung der koreanischen Praxis stets eine gewisse innere Beziehung zwischen dem Täterverhalten nach der Tat und der Tat selbst gegeben sein, da andernfalls die Gefahr einer Gesinnungsstrafe besteht oder die Gefahr einer Strafe dafür, dass der Täter sich der Strafverfolgung entziehen wollte.¹³⁵ Während die meisten der in § 51 genannten Umstände ambivalent sind, d.h. je nach Lage des Einzelfalls für oder gegen den Täter sprechen können, können Schadenswiedergutmachung und das Bemühen um Schadensverminderung¹³⁶, wenn sie überhaupt Bedeutung haben, nur strafmildernd wirken.¹³⁷ Das Verhalten im Verfahren ist vor allem für den Tatrichter offensichtlich ein gewichtiger Strafzumessungsumstand, weil sich daraus spezialpräventive Schlüsse ziehen lassen.¹³⁸ Hier kommen insbesondere in Frage ein Geständnis, das Leugnen und ein sonstiges Verhalten der Angeklagten.¹³⁹

B. Strafzumessungsrecht in Deutschlands und Korea im Vergleich

I. Die Grundlagenformel der Strafzumessung im korStGB und im dStGB

Das geltende dStGB gibt dem strafzumessenden Richter eine Anweisung, wie er die Bemessung der Strafhöhe innerhalb des gefundenen Strafrah-

¹³³ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 140.

¹³⁴ I.S. Kim, AT 2, S. 720; H.M. Sonn, AT, S. 1196; H.K. Lee, 1986, S. 11; J.S. Lee, AT, S. 553f.

¹³⁵ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 150; Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 85.

¹³⁶ Dazu ausführlich siehe Teil 2 B V 5.1.

¹³⁷ I.S. Kim, AT 2, S. 720; H.K. Lee, 1986, S. 11; H.M. Sonn, AT, S. 1196; J.S. Lee, AT, S. 553f.

¹³⁸ H.M. Sonn, AT, S. 1196; J.S. Lee, AT, S. 554.

¹³⁹ I.S. Kim, AT 2, S. 720; H.K. Lee, 1986, S. 11; J.S. Lee, AT, S. 554; zum Prozeßverhalten siehe Teil 2 B V 5.2.

mens vorzunehmen hat, indem es in § 46 Abs. 1 Satz 1 dStGB eine Grundlagenformel nennt, nach der die Schuld des Straftäters Grundlage für die Strafzumessung zu sein habe. Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung¹⁴⁰ und Lehre¹⁴¹ nimmt an, dass das Erfordernis der Schuldorientierung der Strafe nicht nur einfachgesetzlich vorgeschrieben ist (§ 46 Abs. 1 S. 1 dStGB), sondern auch aus den grundlegenden Prinzipien der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen (Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 dGG) sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip zu folgern ist.

Demgegenüber enthält das geltende korStGB keine ausdrückliche Fixierung des Schuldprinzips. Es besitzt keine entsprechende Grundlagenformel, nach der sich der Richter bei der Strafzumessung orientieren könnte.¹⁴² In der Wissenschaft¹⁴³ ist jedoch einhellig anerkannt, dass das Schuldprinzip der gesamten Strafrechtsgestaltung als Strukturmodell zugrunde liegt, und auch die Rechtsprechung ist der Auffassung, dass eine Strafe nur dann verhängt werden darf, wenn dem Täter wegen der Tat ein Schuldvorwurf gemacht werden kann. Das liegt daran, dass die Strafe einen belastenden Eingriff des Staates in die Freiheit und Privatsphäre des Bürgers darstellt. Als rechtsstaatlicher Grundsatz erfüllt der Schuldgrundsatz daher eine wichtige kriminalpolitische Schutzfunktion, da er die Strafgewalt auf ein gerechtes Maß beschränkt.¹⁴⁴ Aus diesem Grunde ist es notwendig, dass man auch im korStGB das Schuldprinzip als eine Grundlagenformel für die Strafzumessung ausdrücklich verankert.¹⁴⁵

Das geltende korStGB enthält auch keinen, dem § 46 Abs. 1 S. 2 dStGB entsprechenden, Hinweis, dass die Strafzumessung im engeren Sinn nach präventiven Gesichtspunkten vorgenommen werden sollte. Jedoch scheint aus dieser positivrechtlich eindeutigen Differenz keine grundsätzlich unterschiedliche Interpretation des § 51 korStGB zu folgen. Denn offensichtlich

¹⁴⁰ BGHSt 2, 200f.; 7, 216; 13, 192; 20, 266f.

¹⁴¹ Bruns, 1974, S. 317f.; Horn, SK, § 46 Rn. 11; Jescheck/Weigend, AT, S. 404; Jakobs, AT, S. 487f.; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 1; Schönke/Schröder/Stree, vor §§ 38ff. Rn. 6; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 4.

¹⁴² H.M. Sonn, AT, S. 594. Zwar hatte der Entwurf von 1992 in § 44 Abs. 1 mit der Formulierung „die Schuld des Täters bildet die Grundlage der Strafzumessung“ das Schuldprinzip explizit verankert, aber diese Vorschrift ist in das korStGB von 1995 nicht übernommen worden.

¹⁴³ I.S. Kim, AT 2, S. 703f.; J.D. Bae, AT, S. 375; H.K. Lee, AT, S. 463; H.M. Sonn, AT, S. 585ff.

¹⁴⁴ I.S. Kim, AT 2, S. 44; H.K. Lee, AT, S. 212; H.M. Sonn, AT, S. 586.

¹⁴⁵ J.D. Bae, AT, S. 375; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 22; B.H. Suh, 1996, S. 40.

läßt die herrschende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung in Korea die Berücksichtigung von sowohl Spezial- als auch Generalprävention in der Konkretisierung des Strafmaßes auch im engeren Sinne zu.¹⁴⁶ Die herrschende Meinung in Korea vertritt eine sog. Vereinigungstheorie, nach der sämtliche Strafzwecke (Schuldausgleich, negative und positive Generalprävention und Resozialisierung) in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen sind.¹⁴⁷ Ferner kommt in beiden Systemen die Auffassung zur Deckung, dass der Schuldbegriff als Strafzumessungsschuld sowohl die Vorwerfbarkeit der Unrechtshandlung als auch das zurechenbare Ausmaß der Rechtsstörung umfaßt und dabei die Handlungselemente und Erfolgselemente der Strafzumessungsschuld erfaßt.¹⁴⁸ Art und Ausmaß der tatbestandsmäßigen Rechtsgutsverletzung rücken von daher gleichermaßen in eine zentrale Stellung ein.¹⁴⁹ In vergleichbarer Weise erfolgt ferner die Behandlung tatbestandlicher wie außertatbestandlicher Folgen.

Da die Strafe die rechtswidrige Tat als Bezugspunkt hat, kann das koreanische Strafrecht prinzipiell als Tatstrafrecht bezeichnet werden.¹⁵⁰ Als Elemente des Schuldvorwurfs im korStGB kommen die Schuldfähigkeit (§§ 9, 10, 11), die Möglichkeit des Unrechtsbewußtseins (§16) und die Zumutbarkeit (§§ 12, 21 Abs. 2, 3, 22 Abs. 3) in Betracht. Die Tat muss allerdings im Zusammenhang mit dem Täter gesehen werden, da sich in ihr auch ein Teil der Täterpersönlichkeit widerspiegelt. Im korStGB gibt es Regelungen, die sich auf die Lebensführungsschuld beziehen, z.B. der Rückfall (§ 35), die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (§ 16), die unbewußte Fahrlässigkeit und die Strafzumessungsvorschriften, in denen die Täterschuld mitberücksichtigt wird.¹⁵¹ Im Schrifttum erscheint somit eine Verbindung der beiden Auffassungen als vorherrschend: Kern des Schuldbegriffs kann nur die Einzeltatschuld sein, aber das Strafrecht trägt auch der Täterschuld Rechnung. Im Gegensatz dazu lehnt J.S. Lee eine Täter-

¹⁴⁶ I.S. Kim, AT 2, S. 696ff.; H.K. Lee, AT, S. 463; J.S. Lee, S. 552; H.M. Sonn, AT, S. 594; S.K. Park, AT, S. 508; Y.R. Lee, 1996, S. 31ff.

¹⁴⁷ I.S. Kim, AT 1, S. 124ff.; J.S. Lee, AT, S. 55; H.K. Lee, AT, S. 440; H.M. Sonn, AT, 1170.

¹⁴⁸ Schäfer, 1995, Rn. 226f.; Jescheck/Weigend, AT, S. 879; Frisch, ZStW 99 (1987), 388; I.S. Kim, AT 2, S. 695; J.S. Lee, AT 551f.; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, 131f.

¹⁴⁹ Siehe dazu Teil 2 A III 5.2 und B V 4.3.

¹⁵⁰ I.S. Kim, AT 2, S. 28; J.S. Lee, AT, S. 290; H.M. Sonn, AT, S. 592; H.K. Lee, AT, S. 213.

¹⁵¹ I.S. Kim, AT 2, S. 29; H.M. Sonn, AT, S. 592; H.K. Lee, AT, S. 213.

schuld völlig ab, weil dadurch die Gefährlichkeit in Schuld umgerechnet werde und eine Lebensführungsschuld mit den Mitteln des Prozesses nicht festgestellt werden dürfe.¹⁵² Die Persönlichkeitsschuld sei weder geeignet noch erforderlich, um vereinzelte Erscheinungen innerhalb des Gesamtgefüges des eindeutig tatschuldbezogenen korStGB zu ermöglichen.¹⁵³

Der Schuldbegriff des deutschen Strafrechts ist grundsätzlich auf die Einzeltatschuld bezogen, was sich schon aus der Entscheidung für das Tatstrafrecht ergibt.¹⁵⁴ Der BGH betont, am Tatschuldprinzip sei festzuhalten und die Strafzumessungsschuld sei nicht in Willensmängeln und Charaktermängeln zu finden, die sich in der allgemeinen Lebensführung manifestieren.¹⁵⁵ Trotz der Anerkennung der Einzeltatschuld wird aber die Frage, ob eine strikte Ausgrenzung der Lebensführungsschuld auch im Rahmen der Strafzumessung möglich sei, auch heute nicht selten in Zweifel gezogen. Einen Ansatzpunkt hierzu bietet § 46 Abs. 2 S. 2 dStGB, der Vorleben und persönliche Verhältnisse wie auch das Nachtatverhalten des Täters als bei der Zumessung der Strafe in Betracht zu ziehende Umstände nennt. Ohne die Kenntnis der Täterpersönlichkeit sei nicht nur eine Bestimmung des Resozialisierungsbedürfnisses, sondern auch der persönlichen Schuld unmöglich.¹⁵⁶ Nach der herrschenden Lehre könnten alle denkbaren personalen Faktoren die Strafzumessungsschuld grundsätzlich bestimmen, wenn sich ein Bezug zum Tatgeschehen herstellen lasse.¹⁵⁷ Es fehlt jedoch eine schlüssige Begründung, warum die Persönlichkeit des Angeklagten und seine persönlichen Verhältnisse von Bedeutung für das Ausmaß der Strafzumessungsschuld sein sollen.¹⁵⁸ Die Problematik einer Anpassung der Strafe an die Täterpersönlichkeit tritt noch deutlicher zutage, wenn die praktische Umsetzung mitbedacht wird. Nicht nur die Herstellung der Strafmaßentscheidung, sondern auch die Begründung derselben stellt jeden Tatrichter vor Schwierigkeiten, der das Individualisierungsgebot ernst nimmt. Mit einer solchen Überforderung

¹⁵² J.S. Lee, AT, S. 290ff.

¹⁵³ Y.S. Lee, 1992, S. 179.

¹⁵⁴ Jescheck/Weigend, AT, S. 54f., 423; Burns, 1985, S. 145.

¹⁵⁵ NSiZ 1984, 259; NJW 1988, 1153, 1154; NSiZ 1986, 459.

¹⁵⁶ BHGSt. 24, 268, 270; BGH NSiZ 1981, 389.

¹⁵⁷ Bruns, 1974, S. 384ff.; ders, 1985, S. 147; ders 1988, S. 49ff.; Grasnick, S. 228ff.; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 8; Gribbohm, LK, § 46 Rn. 7, 175; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 4; Schäfer, 1995, Rn. 269; Jescheck/Weigend, AT, S. 889; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 47.

¹⁵⁸ Zur Strafzumessungsschuld, siehe 2 Teil B I und II.

nimmt. Mit einer solchen Überforderung wird das Bemühen um eine sorgfältige Abwägung der Entscheidung eher behindert, und Tendenzen zur Orientierung allein an einer revisionssicheren Darstellung werden gefördert.¹⁵⁹

II. Die Strafzumessungstatsachen der § 51 korStGB sowie § 46 Abs. 2 dStGB

Die wichtigsten und häufigsten Strafzumessungstatsachen sind in den Katalogen des § 46 Abs. 2 dStGB und § 51 korStGB beispielhaft umschrieben. Eine erschöpfende Aufzählung könnten die Gesetzgeber auch gar nicht durchführen, da die zu berücksichtigenden Strafzumessungsfaktoren grundsätzlich unbegrenzt sind und nur im Einzelfall jeweils konkret beschrieben werden können.¹⁶⁰ Darüber hinaus machen beide Vorschriften keine Aussage darüber, welche Gründe und welche Voraussetzungen sich zugunsten oder zuungunsten des Täters auswirken sollen.¹⁶¹ Ein wichtiger Aspekt bei der Strafmaßermittlung ist daher die Entscheidung über die Bewertungsrichtung der strafzumessungsrelevanten Tatsachen. Dabei kann es vorkommen, dass ein und dieselbe Tatsache sowohl zugunsten als auch zuungunsten des Täters wirkt.¹⁶² Die Kataloge des § 46 Abs. 2 dStGB und § 51 korStGB verpflichten den Richter nicht, im konkreten Fall alle im Katalog genannten Strafzumessungstatsachen im einzelnen durchzugehen. Ebenso wenig erfordern die im Katalog enthaltenen Strafzumessungstatsachen eine erhöhte Begründungspflicht, noch sind sie von höherem Rang für die Nachprüfung im Rechtsmittelverfahren. Die Bedeutung des Katalogs liegt nur darin, den Richter auf die für die Strafzumessung regelmäßig in Betracht kommenden Tatsachen aufmerksam zu machen.¹⁶³

Die Strafzumessungstatsachen in diesen beiden Vorschriften werden in der Regel in zwei Hauptgruppen untergliedert, die entweder die Tat oder den Täter charakterisieren und von Bedeutung sind für den Schuldausgleich oder die Prävention. Das geltende korStGB fordert in § 51 (die Bedingung der Strafzumessung), bei der Strafzumessung folgende Umstände zu be-

¹⁵⁹ Albrecht, 1994, S. 466; Schönemann, 1987, S. 226f.; Müller-Dietz, FS für Spindal, S. 328; Hörmle, 1999, S. 51f.

¹⁶⁰ Streng, 1991, S. 180; I.S. Kim, AT 2, S. 716.

¹⁶¹ Jescheck/Weigend, AT, S. 886; Streng, 1991, S. 182; H.K. Lee, AT, S. 462.

¹⁶² Bruns, 1985, S. 144; I.S. Kim, AT 2, S. 716.

¹⁶³ Streng, 1991, S. 182; Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 128f.

rücksichtigen: 1. das Alter, den Charakter, die Lebensführung, die Intelligenz und das Milieu des Täters; 2. das Verhältnis zum Opfer; 3. die Beweggründe, die Mittel und den Erfolg der Straftat; 4. die Umstände nach der Tatbegehung. Nach dem Katalog des § 46 Abs. 2 dStGB kommen bei der Strafzumessung namentlich in Betracht: die Beweggründe und Ziele des Täters, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat angewendete Wille, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, das Verhalten des Täters nach der Tat, insbesondere sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit den Verletzten zu erreichen. Die Strafzumessungstatsachen in beiden Katalogen stehen aber unter dem starken Einfluß einer auch die persönliche Entwicklung und Entwicklungsfähigkeit sowie die persönlichen Umstände des Verurteilten berücksichtigenden Individualisierung der Strafe.¹⁶⁴ Ein bedeutsamer Mangel der Kataloge besteht deshalb in der Verwendung von vagen und moralisierenden Kriterien, die geeignet sind, über die Vorstellung von der Tatschuld hinauszugehen, und die erfahrungswissenschaftlich kaum zugänglich sind.¹⁶⁵ Dies gilt etwa für „die Gesinnung, die aus der Tat spricht“ (§ 46 Abs. 2 dStGB), und den Charakter oder die Lebensführung des Täters (§ 51 Nr. 1 korStGB). Somit fehlt es der Praxis weithin an einem Instrument, das eine einigermaßen einheitliche und verlässliche Überprüfung kriminologisch relevanter Gesichtspunkte der Strafzumessung gewährleisten würde.¹⁶⁶

Die Umstände in Nr. 1 des Katalogs von § 51 korStGB, d.h. das Alter, der Charakter und die Lebensführung, die Intelligenz und das Milieu des Täters, betreffen an sich keine Tatkomponente, sondern die Täterkomponente, welche durch die Tat umfaßt ist. Sie sind meistens für die Spezialprävention von wesentlicher Bedeutung, weil sie wichtige Strafzumessungsfaktoren für die Beurteilung der Resozialisierungsaussichten des Täters sind.¹⁶⁷ Demgegenüber nennt § 46 Abs. 2 dStGB recht allgemein „das Vorleben des Täters“ und „seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse“ als täterrelevante Strafzumessungstatsachen; dass das Alter, die

¹⁶⁴ Hörnle, 1999, S. 355; I.S. Kim, S. AT 2, S. 29.

¹⁶⁵ Eisenberg, Kriminologie, S. 388.

¹⁶⁶ Eisenberg, Kriminologie, S. 388.

¹⁶⁷ I.S. Kim, AT 2, S. 716; H.M. Sonn, AT, S. 1196; J.S. Lee, AT, S. 553.

Intelligenz und das Milieu des Täters als selbständige Strafzumessungstatsachen vorgeschrieben werden, ist eine Eigenschaft des koreanischen Strafrechts. Was die Berücksichtigung des Alters des Täters angeht, können vor allem Jugend und hohes Alter von Bedeutung sein.¹⁶⁸ Wenn von Intelligenz bei der Strafzumessung die Rede ist, ist zunächst an eine Konstellation zu denken, bei der eine Strafmilderung wegen einer Einschränkung der normativen Ansprechbarkeit berücksichtigt werden kann.¹⁶⁹ Das Milieu des Täter läßt zwar das Unrecht der konkreten Tat regelmäßig unberührt, vermag jedoch Aufschluß zu geben über das Maß der Schuld, also darüber, wie sehr oder wie wenig fähig der Täter gewesen ist, die Rechtswidrigkeit der Tat zu erkennen und dem Drängen zur rechtswidrigen Tat zu widerstehen.¹⁷⁰ In der deutschen strafrechtlichen Praxis spielen die letztgenannten Strafzumessungstatsachen im Zusammenhang mit den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters eine Rolle.¹⁷¹ Der Charakter und die Lebensführung des Täters können der Gesinnung, die aus der Tat spricht, und dem Vorleben des Täters in § 46 Abs. 2 dStGB entsprechen. Auch in der koreanischen Praxis gilt die in der deutschen Rechtsprechung entwickelte sogenannte „innere Beziehung zwischen Vorleben und Straftat“ als Voraussetzung für die Strafzumessungsrelevanz des Charakters und der Lebensführung des Täters.¹⁷²

Für den koreanischen wie für den deutschen Strafrichter sind Vorstrafen die ausschlaggebende Strafzumessungstatsache.¹⁷³ Zwar wurde in Deutschland § 48 dStGB a.F. durch das 23. Strafrechtsänderungsgesetz vom 13.4.1986 ersatzlos gestrichen; sein Grundgedanke, wonach Vorstrafen infolge einer von ihnen ausgehenden warnenden Wirkung geeignet sein können, die Schuld des Täters zu erhöhen, wirkt allerdings heute noch nach.¹⁷⁴ Demgegenüber sieht § 35 korStGB eine Strafverschärfung beim Rückfall

¹⁶⁸ H.K. Lee, 1986, S. 7; ders AT, S. 464; I.S. Kim, AT 2, S. 716.

¹⁶⁹ I.S. Kim, AT 2, S. 717; H.K. Lee, 1986, S. 8.

¹⁷⁰ I.S. Kim, AT 2, S. 718.

¹⁷¹ Gribbohm, LK, § 46, Rn. 175ff.

¹⁷² Verwaltungsstelle beim OGH, Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 59.

¹⁷³ Y.R. Lee, 1996, S. 71; Y.K. Oh, 1986, S. 67; Albrecht, 1994, S. 330ff.; Streng, 1991, S. 177; Erhard, 1992, S. 22; Meier, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschung, 1983, S. 1347ff.

¹⁷⁴ Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 608; Zipf, FS für Tröndle, 1989, S. 445f.; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 24a; Horn, SK, § 46 Rn. 124; Bruns, 1988, S. 57-59; Schäfer, 1995, Rn. 275; Jescheck/Weigend, AT, S. 892. Gegen diese Warnungsfuntion, siehe 2 Teil C VI 3.1.

vor. Die angeblich erhöhte Schuld soll jedoch nichts anders als eine Charakter-, Täter- oder Lebensführungsschuld zu verstehen sein; denn dann stünde sie in der Regel im Widerspruch zum derzeit gültigen Einzeltat-schuldprinzip. Deshalb fordert die überwiegende Meinung die Abschaffung der Rückfallvorschrift, da sie weder präventive Wirkung entfalte noch mit dem Schuldprinzip vereinbar sei.¹⁷⁵

Im Unterschied zum geltenden dStGB sieht § 51 Nr. 2 korStGB ausdrücklich „das Verhältnis zum Opfer“ (die Umstände, die das Opfer betreffen) als selbständigen Strafzumessungsfaktor vor. Diese Strafzumessungs-umstände können teilweise dem Bemühen des Täters, den Schaden wieder-gutzumachen und einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen, wie in § 46 Abs. 2 dStGB geregelt, entsprechen. Darüber hinaus stehen sie in einer Beziehung zu den persönlichen Eigenschaften des Opfers und dem Opferverhalten zur Straftat.¹⁷⁶ Das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters müssen die Maßprinzipien sein, nach denen die Strafzumessungsrelevanz der opferbezogenen Umstände und deren Bewertung zu ermitteln sind.¹⁷⁷

§ 51 Nr. 3 korStGB enthält als strafzumessungserhebliche Umstände die Beweggründe, die Ausführungsweise und den Erfolg der Straftat. Die Beweggründe der Straftat entsprechen den Beweggründen und Zielen des Täters iSd § 46 Abs. 2 dStGB. Demzufolge kommt in beiden herrschenden Meinungen die Auffassung zur Deckung, dass niedrige Beweggründe sich regelmäßig schärfend, menschlich verständliche mildernd auswirken können.¹⁷⁸

Die Ausführungsweise der Straftat deckt sich mit der Art der Ausführung der Tat in § 46 Abs. 2 dStGB. Hier geht es um die Gefährlichkeit der Vorgehensweise für die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter. Der Erfolg der Straftat kann der verschuldeten Auswirkung der Tat in § 46 Abs. 2 dStGB gleichgestellt werden. In beiden Systemen handelt es sich um die tatbestandlichen sowie die außertatbestandlichen Folgen. Art und Ausmaß der tatbestandsmäßigen Rechtsgutsverletzung rücken von daher gleicher-

¹⁷⁵ J.D. Bae, AT, S. 645ff.; I.S. Kim, AT 2, S. 727f; H.K. Lee, AT, S. 469; H.M. Sonn, AT, S. 1159; K.H. Chin, AT, S. 972f.

¹⁷⁶ H.K. Lee, 1986, S. 9; I.S. Kim, AT 2, S. 718; J.S. Lee, AT, S. 553; H.M. Sonn, AT, S. 1196.

¹⁷⁷ K.H. Lee/S.Y. Choi, 1996, S. 44ff.; M.T. Kwon, 1983, S. 121ff.

¹⁷⁸ Gegen diese Meinung siehe 2 Teil C II 1.

maßen in eine zentrale Stellung.¹⁷⁹ Bei den außertatbestandlichen Folgen sind die Voraussetzungen von besonderem Interesse, unter denen eine Berücksichtigung der außertatbestandlichen Folgen möglich ist. In dieser Frage hat die koreanische Literatur die deutschen Meinungen rezipiert: In Hinblick auf die Tatsache, dass die objektive Zurechnung der Handlung innerhalb des Schutzbereichs der Norm liegt, können die außertatbestandlichen Folgen nur insoweit anwendbar sein, als sich eine im Delikt typischerweise angelegte Gefahr realisiert hat oder sie in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen.¹⁸⁰

Schließlich sind auch die in § 51 Nr. 4 korStGB genannten Umstände nach der Tatbegehung mit dem Verhalten des Täters nach der Tat iSd § 46 Abs. 2 dStGB vergleichbar. Was die Strafzumessungsrelevanz des Nachtatverhaltens angeht, hat die koreanische Praxis – wie beim Vorleben des Täters – die durch die deutsche Rechtsprechung entwickelte sogenannte“ innere Beziehung zwischen dem Nachtatverhalten und der Straftat“ übernommen.¹⁸¹ Anders als im dStGB wird die Wiedergutmachung nicht namentlich im korStGB erwähnt. Trotzdem spielt sie in der Strafzumessungspraxis im Rahmen des § 51 korStGB (Umstände nach der Tatbegehung) eine erhebliche Rolle. In der Praxis werden viele Fälle bereits im Ermittlungsverfahren durch eine Vereinbarung über den Ausgleich des Schadens zwischen Täter und Opfer aufgrund der Vermittlung der Strafverfolgungsbehörde erledigt;¹⁸² in diesen Fällen kommt es gar nicht erst zu einer Anklageerhebung.¹⁸³

¹⁷⁹ Albrecht, 1994, S. 333ff.; Streng, 1984, S. 65f; Hart-Hönig, 1991, S. 80; H.K. Lee, 1986, S. 11; Y.R. Lee, 1996, S. 42.

¹⁸⁰ Y.H. Kim/S.Y. Choi, 1996, S. 140; Frisch, GA, 1972, S. 333; ders, ZStW 99 (1987), S. 754; Bruns, 1985, S. 164; Horn, SK, § 46 Rn. 109; Jescheck/Weigend, AT, S. 888; Schäfer, 1995, Rn. 241ff.

¹⁸¹ Verwaltungsstelle beim OGH (Hrsg.), Die Praxis der Strafzumessung, 1999, S. 85. Gegen diese Meinung siehe 2 Teil VI 2.1 und 3.2.

¹⁸² Die Klageerhebung liegt in Korea im Ermessen der Staatsanwaltschaft (§ 247 Abs. 1 korStPO); sie kann die erhobene Klage bis zur Urteilsverkündung ohne Zustimmung des Gerichts zurückziehen (§ 255 korStPO) und dabei neben anderen Tatsachen das „Ob“ der Wiedergutmachung im Rahmen der Nachtatstände berücksichtigen.

¹⁸³ B.H. Suh, 1996, S. 220.

III. Die Regelung der Strafzumessungserwägungen im Vergleich

Was die Behandlung von Strafzumessungserwägungen angeht, so strukturiert das dStGB durch die Richtlinien des § 46 Abs. 2 S. 1 wie folgt: „Bei der Strafzumessung wägt das Gericht die Umstände, die für oder gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab“. Diese Gesamtabwägung in einem Akt¹⁸⁴ ist allerdings keine realistische Annahme und endet im wesentlichen im richterlichen Ermessen. Demgegenüber gibt es im korStGB keine dem § 46 Abs. 2 S. 1 des dStGB entsprechende Abwägungsformel. Nach der Lehre allerdings soll der Strafzumessungsvorgang als Abwägungsprozeß der für und gegen den Täter sprechenden tatsächlichen Umstände ähnlich wie in Deutschland durchgeführt werden.

Das geltende korStGB kennt nur die gesetzliche und die obligatorische Strafschärfung, keine gerichtliche (nach richterlichem Ermessen) oder fakultative Strafschärfung. Bei den gesetzlichen Strafschärfungen gibt es die allgemeine und die spezielle Strafschärfung.¹⁸⁵ Obligatorische und allgemeine Straferhöhung ist vorgesehen bei Rückfall (§ 35), Entdeckung des Rückfalls nach Urteilsverkündung (§ 36), Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (§37ff) und bei qualifizierten Fällen von Anstiftung und Beihilfe (§ 34 Abs. 2). Eine spezielle Strafschärfung gibt es bei qualifizierten Delikten (§ 144, 278) und bei Gewohnheitstätern: Insbesondere bei Gewohnheitstätern ist eine Strafschärfung vorgesehen in den §§ 203, 246, 264, 279, 285, 293, 332, 341, 351 und 363 korStGB.

Die normativen Rahmenbedingungen in der Strafzumessung unterscheiden sich zwischen dStGB und korStGB. Dies gilt insbesondere für die Rückfallstrafverschärfung. Nach § 35 korStGB kann die Strafe für das begangene Delikt für einen Rückfalltäter zweimal so hoch sein wie die gesetzlich vorgeschriebene Höchststrafe. Demgegenüber war nach § 48 dStGB a.F. bei Vorliegen der formellen und materiellen Rückfallvoraussetzungen lediglich die Anhebung der mindestens zu verhängenden Strafe auf 6 Monate vorgesehen.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Bruns, 1985, S. 256ff.; Schäfer, 1995, S. Rn. 368f.; Tröndle/Fischer, § 46 Rn. 7; Schönke/Schröder/Stree, § 46 Rn. 6; I.S. Kim AT 2, S. 716. Gegen die Gesamtbeurachtungsweise siehe 2 Teil A II.

¹⁸⁵ Während die allgemeine Strafschärfung auf alle Delikte angewendet werden kann, ist die spezielle Strafschärfung nur bei bestimmten Delikten möglich.

¹⁸⁶ Mit der Aufhebung der Rückfallstrafverschärfung nach § 48 durch das 23. StÄGv. 13.4. 1986 ist die Berücksichtigung der Vorstrafen und damit des Rückfalls aus-

Die Strafmilderung im koreanischen Strafrecht erfolgt aus den im Gesetz vorgesehenen Gründen und aufgrund richterlichen Ermessen nach bestimmten Regeln (§§ 53, 55). Die gesetzliche Strafmilderung untergliedert sich in obligatorische und fakultative Milderungsgründe: Obligatorische Milderungsgründe gibt es bei Geistesgestörtheit des Straftäters (§ 10 Abs. 2), in Fällen von Taubstummen (§ 11), beim Rücktritt (§ 26) und für die Beihilfe (§ 32 Abs. 2). Fakultative Milderungsgründe sind in den §§ 7 (Vollzug eines im Ausland verbüßten Strafurteils), 21 Abs. 2 (Notwehrexzeß), § 22 Abs. 3 (Notstandsexzeß), § 23 Abs. 2 (Selbsthilfeexzeß), § 25 Abs. 2 (Versuch), § 27 (Untauglicher Versuch), § 52 (Selbstanzeige und freiwilliges Geständnis) korStGB genannt.

Zusätzlich zu den gesetzlichen Strafmilderungsgründen gibt das korStGB (§ 53) dem Richter als sogenannte gerichtliche Strafmilderungsgründe einen Ermessensspielraum: er kann die Strafe nach Ermessen von Fall zu Fall mildern und daher in den Fällen, für die es keine gesetzlichen Milderungsgründe gibt und deren Strafmaß schon gesetzlich verschärft oder gemildert wurde, das Strafmaß mildern.¹⁸⁷ Die Notwendigkeit für diese richterliche Milderungsmöglichkeit liegt darin, dass es Straftaten gibt, deren gesetzlicher Strafrahmen mit einer so hohen Eingangsstrafe einsetzt, dass selbst nach Ausschöpfung aller gesetzlicher Milderungsmöglichkeiten die Strafe immer noch außerordentlich hart wäre. Deshalb ist es erforderlich, dass die jeweilige Deliktschwere nach den heutigen kriminalpolitischen Maßstäben über die Sozialschädlichkeit des pönalisierten Verhaltens neu bewertet wird. Im dStGB findet sich keine dem § 53 des korStGB entsprechende Strafmilderungsoption; statt dessen gibt es die besonders schweren und die minder schweren Fälle, denen der Gesetzgeber einen besonderen Strafrahmen zuschreibt. Deshalb ist – für den Rechtsfolgenbereich – davon auszugehen, dass sich die besonderen Fälle von den Normal-

schließlich in den Strafzumessungsbereich verwiesen worden. Nach Zipf ist die ersatzlose Streichung des § 48 damit ein weiterer Beleg für die Flucht des Gesetzgebers aus der gemeinsamen Verantwortung mit dem Richter (Maurach/Gössel/ Zipf, AT, Teilband 2, S. 607).

¹⁸⁷ J.S. Lee, AT, S. 549; H.K. Lee, AT, S. 459; I.S. Kim, AT 2, S. 715; S.K. Park, AT, S. 506. Nach J.D. Bae kann nur die informelle und unbestimmte Strafzumessung aus dieser Strafmilderungsweise herbeigeführt werden. Sie hat nichts mit dem Grundprinzip des Strafrechts selbst, z.B. dem Schuldprinzip, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dem Rechtsgutsschutzprinzip oder dem Ultima-ratio-Prinzip zu tun (J.D. Bae, AT, S. 640f.).

oder Grunddelikten abgrenzen lassen.¹⁸⁸ Trotz einer solchen Abgrenzung kann jedoch die weite Verwendung unbenannter minderschwerer und besonders schwerer Fälle Probleme aufwerfen, denn die Strafe muss sowohl in ihren Strafbarkeitsvoraussetzungen als auch in ihren Rechtsfolgen bestimmt sein.¹⁸⁹

Ferner ist die Rechtslage beim Rücktritt von Versuch unterschiedlich. Nach koreanischem Recht (§ 26 korStGB) ist für den Rücktritt vom Versuch vorgesehen, dass bei einem freiwilligen Rücktritt die Strafe gemildert oder erlassen wird. Im deutschen Strafrecht wird ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch nicht bestraft. Während der Rücktritt vom Versuch im korStGB ein obligatorischer Milderungs- oder Strafnachlaßgrund, ist er im dStGB ein Strafaufhebungsgrund.¹⁹⁰ Übereinstimmend geregelt ist hingegen, dass der Versuch nach § 23 dStGB und § 25 Abs. 2 korStGB fakultativ milder bestraft werden kann als die vollendete Tat. Ebenso wird sowohl im koreanischen als auch im deutschen Strafrecht zwischen Täter, Anstifter und Gehilfe unterschieden. Im übrigen wird der Anstifter gleich einem Täter bestraft (§ 31 Abs. 1 korStGB und § 27 dStGB), während die Beihilfe immer strafmildernd berücksichtigt werden muss (§ 32 Abs. 2 korStGB und § 27 dStGB). Die Beihilfe ist demnach ein obligatorischer Strafmilderungsgrund in beiden Strafrechtssystemen.

IV. Die strafrechtlichen Sanktionen im Vergleich

Die strafrechtlichen Sanktionen des deutschen und des koreanischen Strafrechts weisen wesentliche Unterschiede insoweit auf, als das geltende koreanische Strafgesetzbuch keine Untergliederung in Hauptstrafe und Nebenstrafe kennt. Im deutschen Strafgesetzbuch repräsentieren Freiheitsstrafe, Geldstrafe und Vermögensstrafe (§§ 38-43a) die Hauptstrafe und das Fahrverbot (§ 44) die Nebenstrafe.¹⁹¹ Demgegenüber sieht das korStGB ohne ausdrückliche Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenstrafe neun verschiedene Strafarten vor (§ 41): 1. Todesstrafe, 2. Zuchthaus, 3. Einschließung, 4. Entzug von Rechtsfähigkeit, 5. Verlust von Rechtsfähigkeit, 6. Geldstrafe, 7. Strafhaft, 8. Geldbusse, 9. Einziehung.

¹⁸⁸ Montenbruck, 1983, S.43

¹⁸⁹ Bergmann, 1988, S. 37ff.

¹⁹⁰ H.M. Sonn, AT, S. 861; J.S. Lee, AT, S. 358; I.S. Kim, AT 2, S. 225; H.K. Lee, AT, S. 282f.

¹⁹¹ Jescheck/Weigend, AT, S. 755ff.

§ 41 Nr. 1 korStGB sieht die Todesstrafe als strafrechtliche Sanktion vor. Nur ausnahmsweise darf der Täter nach § 59 korJGG nicht mit dem Tode bestraft werden, wenn er bei Begehung der Straftat noch nicht achtzehn Jahre alt war. Als Maßstäbe für die Verhängung der Todesstrafe hat der korOGH die folgenden aufgestellt: die Beweggründe der Straftat, die Art der Ausführung der Tat, die Verbrechensqualität, das Mittel der Straftat, die Grausamkeit der Tatbegehung, die Wichtigkeit des Erfolgs, die Zahl der Opfer, das Leiden des Opfers, das Alter des Täters, eventuelle Vorstrafen, die Umstände nach der Tat und das Milieu des Täters.¹⁹² Im koreanischen Schrifttum werden zur Todesstrafe im wesentlichen zwei Meinungen vertreten: ein schrittweises Vorgehen hin zu ihrer Abschaffung¹⁹³ einerseits, da die Zeit für die sofortige Abschaffung noch nicht reif sei, und eine sofortige Abschaffung andererseits.¹⁹⁴ Demgegenüber wurde in Deutschland die Todesstrafe im Jahre 1949 durch Art. 102 dGG abgeschafft, da ihr Verbot als unmittelbarer Bestandteil des Art. 1 Grundgesetz (Schutz der Menschenwürde) aufzufassen sei.¹⁹⁵

Das geltende korStGB sieht drei verschiedene Freiheitsstrafen vor: Zuchthausstrafe, Einschließungsstrafe und Strafhaft. Im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Zuchthaus- und Einschließungsstrafe ist allein bedeutsam, ob dem Straffälligen in der Vollzugsanstalt eine Zwangsarbeit auferlegt wird. Die Einschließungsstrafe ist grundsätzlich für politische Delikte und Fahrlässigkeitsdelikte vorgesehen.¹⁹⁶ Anders dagegen die Entwicklung in Deutschland, wo die frühere Aufteilung der Freiheitsstrafe in Zuchthaus, Gefängnis, Einschließung und Haft am 1.4. 1970 aufgehoben wurde; seitdem kennt das deutsche Strafrecht nur noch eine einheitliche Freiheitsstrafe.¹⁹⁷ Zwar ist die kurzfristige Freiheitsstrafe im dStGB nicht aufgehoben, aber doch erheblich zurückgedrängt worden,¹⁹⁸ und nur in Ausnahmefällen ist ihre Verhängung bis zu sechs Monaten zulässig (vgl. § 47 Abs. 1). Diese Fälle sind dann gegeben, wenn besondere Umstände,

¹⁹² korOGH, 94 Do 2662 13. 01. 1995.

¹⁹³ J.S. Lee, AT, S. 533; H.M. Sonn, AT, S. 1178; S.K. Park, AT, S. 490.

¹⁹⁴ J.D. Bae, AT, S. 632ff.; I.S. Kim, AT 2, S. 677; H.K. Lee, AT, S. 444.

¹⁹⁵ Jescheck/Weigend, AT, S. 752ff.

¹⁹⁶ J.S. Lee, AT, S. 534f.; H.M. Sonn, AT, S. 1179f.; I.S. Kim, AT 2, S. 678f.

¹⁹⁷ Jescheck/Weigend, AT, S. 104. Im deutschen Recht gibt es daneben noch zwei weitere Freiheitsstrafen in Sonderstrafrechten: die Jugendstrafe (§§ 17ff. dJGG) und der Strafarrrest gegen Soldaten der Bundeswehr (§ 9 dWStG).

¹⁹⁸ Jescheck/Weigend, AT, S. 759ff.

die in der Tat oder in der Persönlichkeit des Täters begründet sind, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung erforderlich machen. Dagegen findet sich im koreanischen Strafgesetzbuch keine ausdrückliche Beschränkung der kurzen Freiheitsstrafe. Die typische Form der kurzen Freiheitsstrafe in Korea ist die Strafhaft, die für eine Höchstdauer von 29 Tagen und eine Mindestdauer von einem Tag ausgesprochen werden kann (§ 46).

Bei der Verhängung der Geldstrafe gilt gemäß § 45 korStGB das Gesamtsummensystem. Wichtige Gründe für seine Anwendung liegen darin, dass die Einkommensverhältnisse des Verurteilten zur Festsetzung der Höhe eines Tagessatzes nicht ganz genau ermittelbar sind und in der Praxis der Geldstrafenbemessung die wirtschaftlichen Faktoren des Verurteilten bereits berücksichtigt werden.¹⁹⁹ Nach der herrschenden Meinung in der Literatur empfiehlt sich die Einführung des Tagessatzsystems, da das Gesamtsummensystem die wirtschaftlichen Verhältnisse und das verwirklichte Unrecht des Täters nicht hinreichend berücksichtigen kann.²⁰⁰ Demgegenüber wird in Deutschland Geldstrafe in Tagessätzen verhängt. Sie darf dabei nicht mehr als 360 Tagessätze betragen (vgl. § 40 Abs. 2 S. 1 dStGB). Die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe führte im übrigen ebenfalls zu ähnlichen Prioritätsregeln für die Geldstrafe (§ 47 dStGB).²⁰¹

Dem koreanischen StGB zufolge kann, falls mildernde Umstände vorliegen, die Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zur Bewährung ausgesetzt werden, wobei es im Gegensatz zu Deutschland keine Ausdifferenzierung der Vorbedingungen nach der Höhe der auszusetzenden Strafe gibt. Im geltenden dStGB werden die gesetzlichen Voraussetzungen der Strafaussetzung nach der Höhe der auszusetzenden Freiheitsstrafe in drei Strafen gegliedert: Freiheitsstrafe unter sechs Monate, von sechs Monaten bis zu einem Jahr (§ 56 Abs. 1 und 3) und Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bis zu zwei Jahren (§ 56 Abs. 2). Die Bewährungszeit im korStGB beträgt zwischen einem Jahr und 5 Jahren (§ 62), im dStGB liegt sie zwischen zwei und 5 Jahren. Im Gegensatz zum deutschen Recht verbindet das koreanische Gesetz die Strafaussetzung zur Bewährung mit einer speziellen Vorausset-

¹⁹⁹ I.S. Kim, ZStW 106 (1994), 415

²⁰⁰ I.S. Kim, ZStW 106 (1994), 415; ders., AT 2, S. 685; J.S. Lee, AT, S. 538; J.D. Bae, AT, S. 618; H.M. Sonn, AT, S. 1184; Y.K. Oh, in: Korean Criminalogical Review, Sommer, 1992, S. 26.

²⁰¹ Albrecht, 1994, S. 229.

zung. Sie ist nämlich dann unmöglich, wenn der Täter in den letzten fünf Jahren vor der Verkündung des Urteils zu einer Einschließungsstrafe oder einer schwereren Strafe verurteilt worden war. Nach § 56 dStGB lauten die Voraussetzungen der Strafaussetzung zur Bewährung wie folgt: Freiheitsstrafen unter sechs Monaten – wenn sie das Gericht nach § 47 Abs. 1 dStGB überhaupt ausspricht –, werden bei günstiger Sozialprognose immer ausgesetzt. Freiheitsstrafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr werden trotz günstiger Sozialprognose nur dann nicht ausgesetzt, wenn die Verteidigung der Rechtsordnung die Vollstreckung gebietet. Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr bis zu zwei Jahren werden ausgesetzt, wenn „besondere Umstände“ in der Tat und der Persönlichkeit des Verurteilten vorliegen.²⁰² Während das deutsche Strafrecht die Anordnung sowohl von Auflagen (Geldauflage, gemeinnützige Leistungen, Schadenswiedergutmachung) als auch von Weisungen zur resozialisierungsorientierten Regulierung der Lebensumstände des Bewährungsprobanden erlaubt (§ 56 b dStGB), beschränkt sich das koreanische Strafrecht auf die Weisungen allein und läßt ahndende Auflagen nicht zu (§ 62-2 korStGB).²⁰³

Im deutschen StGB sind die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, einer Entziehungsanstalt und die Sicherungsverwahrung, die Führungsaufsicht, die Entziehung der Fahrerlaubnis und das Berufsverbot als Maßregeln anerkannt. Maßregeln der Besserung und Sicherung sind im geltenden korStGB dagegen nicht vorgesehen. Derartige Maßregeln werden aber aufgrund einschlägiger Bestimmungen der verschiedenen Sonderstrafgesetze angeordnet.²⁰⁴ Ein umfassendes einheitliches Maßregelrecht besteht nicht. Gleichwohl ist auch das koreanische Sanktionensystem, dem deutschen Strafrecht vergleichbar, durch den Grundsatz der Zweispurigkeit geprägt. Die schuldabhängige Strafe wird durch schuldunabhängige Maßregeln oder Maßnahmen ergänzt, wenn ein durch die Strafe nicht abgedeckter präventiver Bedarf infolge der Gefährlichkeit des Straftäters nach Gesellschaftsschutz verlangt.²⁰⁵ Besondere Ansprüche an die formellen und

²⁰² Jescheck/Weigend, AT, S. 833ff.

²⁰³ B.H. Suh, 1996, S. 71ff.

²⁰⁴ Im koreanischen Recht gibt es die Unterbringung in einer klinischen Anstalt, die Sicherungsverwahrung und die Führungsaufsicht als Maßregel. Von diesen Maßregeln enthält das geltende korStGB nur die Führungsaufsicht, und zwei andere Maßregeln werden im Gesetz über den Schutz der Gesellschaft genannt.

²⁰⁵ J.S. Lee, S. 587; J.D. Bae, AT, S. 28ff.; I.S. Kim, AT 2, S. 765; H.M. Sonn, AT, S. 1210.

materiellen Voraussetzungen der Maßregeln machen im deutschen System das Ziel deutlich, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz uneingeschränkt Geltung zu verschaffen (§ 62 dStGB). Das koreanische Recht normiert diesen Grundsatz dagegen nicht ausdrücklich. Als Auslegungsprinzip der Maßregeln der Besserung und Sicherung muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im korStGB erhalten.²⁰⁶

V. Strafzumessung und Strafverfahren im Vergleich

Was die Rationalisierung der Strafzumessung angeht, bedarf es sowohl der Festlegung von detaillierten Strafzumessungsgrundlinien als auch der sich aus den Rechtsstaatlichkeitsprinzipien des Strafverfahrens ergebenden Grundprinzipien. Dazu sind vor allem Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlung, rechtliches Gehör der Betroffenen, Recht auf Verteidigung und Waffengleichheit zu nennen.²⁰⁷ In dem für die Strafzumessung entscheidenden Punkt fordern diese Prinzipien dasselbe: Verfahren und Entscheidung müßten täuschungsfrei sein, und sie müssen für den Betroffenen verständlich und rechtlich angreifbar sein.²⁰⁸ Noch wichtiger ist es, eine Ausdehnung der rechtlichen Kontrolle der Strafzumessung zu verlangen. Größere Transparenz und Überprüfbarkeit der Strafzumessung lassen sich wohl nur erreichen, wenn im Hintergrund der tatrichterlichen Entscheidung eine erweiterte Revisionsmöglichkeit steht.²⁰⁹ Zusammenhänge zwischen Strafzumessung und Strafprozeß äußern sich in vergleichender Perspektive vor allem in prozessualen Regeln zur Ermittlung von Strafzumessungsständen, in den Begründungsanforderungen an die Strafzumessungsentscheidung im erkennenden Urteil sowie in den Voraussetzungen der Rechtsmittel, mit denen die Strafzumessungsentscheidung zur Überprüfung gebracht werden kann.

Nach § 195 korStPO muss die Staatsanwaltschaft den Straftäter, die Umstände der Straftat und die erforderlichen Beweise ermitteln, wenn sie von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält. Darüber hinaus haben sich die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft in Deutschland gemäß § 160 Abs. 3 dStPO ausdrücklich auf die Umstände zu erstrecken, die für die Strafzumessung, die Strafaussetzung und die Anordnung von Maßregeln von Be-

²⁰⁶ J.D. Bae, AT, S. 666.

²⁰⁷ Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 74ff.; J.S. Lee, Strafverfahrensrecht, S. 371ff.

²⁰⁸ Hassemer, ZStW (90) 1978, 98.

²⁰⁹ Bruns, 1985, S. 262ff.; O.K. Oh/S.Y. Choi, 1993, S. 94ff.

deutung sind. Diese Pflicht zur Erforschung der Strafzumessungsumstände gilt sowohl für die belastenden wie für die entlastenden Gesichtspunkte.²¹⁰ Obwohl die korStPO die strafzumessungsrelevanten Umstände in den Vorschriften über das Ermittlungsverfahren nicht ausdrücklich erwähnt, gilt als unstrittig, dass die Notwendigkeit ihrer Ermittlung aus der Pflicht zur Wahrheitserforschung von Amts wegen folgt.²¹¹ Läßt sich im deutschen Recht die Schuldfrage mit großer Wahrscheinlichkeit bejahen, so wird die Persönlichkeitsforschung im Zusammenhang mit den nach § 160 Abs. 3 dStPO erforderlichen Ermittlungen ausgedehnt; dabei kann sich die Staatsanwaltschaft der Gerichtshilfe bedienen.²¹² Demgegenüber fehlt in der koreanischen Strafprozeßordnung eine solche Gerichtshilfe im Ermittlungsverfahren. Nach §§ 11, 26 korJGG und § 26 korBewährungshilfegesetz kann ein Gerichtshelfer lediglich in Verfahren gegen jugendliche Täter und dann auch erst im Hauptverfahren eingeschaltet werden. In Erwachsenenstrafverfahren gibt es diese Möglichkeit nicht.

Was die Begründung der Strafzumessungsentscheidung betrifft, so gibt es große Unterschiede in der deutschen (§ 267 dStPO) und der koreanischen (§ 323 korStPO) Strafprozeßordnung. Die deutsche Strafprozeßordnung sieht vor, dass die schriftlichen Entscheidungsgründe die Strafzumessungsgründe enthalten müssen, die für die Zumessung der Strafe bestimmend waren (§ 267 Abs. 3 dStPO). Die schriftlichen Entscheidungsgründe in Korea enthalten dagegen keine Strafzumessungsumstände. Wird nach § 323 Abs. 1 korStPO der Angeklagte verurteilt, so müssen die Urteilsgründe wie folgt angeben: 1. Tatsachen, welche die Straftat statuiert haben, 2. der wesentliche Inhalt des Beweises 3. das einschlägige Gesetz.

Lediglich wenn im Hauptverfahren Gründe, welche die Strafbarkeit ausschließen, oder Tatsachen, welche für die Strafverschärfung, Strafmilderung oder das Absehen von Strafe vorgebracht werden, behauptet wurden, müssen die Urteilungsgründe diese klar benennen (§ 323 Abs. 2 korStPO). Die explizite Erwähnung der strafzumessungsrelevanten Umstände im Urteilstenor ist eine Voraussetzung für die Nachprüfbarkeit der Strafzumessungsentscheidung, also der Strafzumessungskontrolle durch Berufungsgericht und Revisionsgericht. Zwischen der Urteilsbegründung und ihrer rechtlichen Nachprüfbarkeit besteht ein wechselseitiger Zusammenhang.

²¹⁰ Roxin, Strafverfahrensrecht, 25 Aufl. S. 310.

²¹¹ J.S. Lee, StPO, 5. Aufl. S. 20ff.

²¹² Bruns, 1985, S. 277.

Gerade bei der Strafzumessung läßt sich die Richtigkeit nicht allein vom Endstrafmaß her beurteilen; vielmehr ist dafür grundsätzlich erforderlich, das Beschreiten des richtigen Weges zum Endstrafmaß nachvollziehen zu können.²¹³ Aus diesem Grund ist es uneingeschränkt zu befürworten, dass man die Begründungspflicht über strafzumessungsrelevante Umstände auch in der koreanischen Strafprozeßordnung ausdrücklich verankert.

Im Rahmen der Anfechtbarkeit der Straffestsetzung kennt die koreanische Strafprozeßordnung die Rechtsmittel der Berufung und der Revision. Die geltende korStPO (§ 361- 5 Nr. 15) sieht die unzumutbare Straffestsetzung als einen Berufungsgrund vor. § 383 Nr. 4 ist für diejenigen Fälle ein Revisionsgrund, für die die Todesstrafe, Lebensfreiheitsstrafe, Zuchthausstrafe oder Einschließungsstrafe für mehr als zehn Jahre verhängt worden sind, wenn das Maß der Straffestsetzung extrem unzumutbar ist. Die korStPO kennt keine allgemeine Vorschrift über die Begründungspflicht der Strafzumessungsumstände, und der Revisionsgrund des unzumutbaren Strafmaßes ist auf die oben genannten schweren Fälle beschränkt. Der Grund hierfür liegt nach Meinung der Praxis in der Überlastung sowohl der Tat- als auch der Revisionsgerichte. Die rechtliche Kontrolle der Strafzumessung bedeutet den Abschied vom freien strafrichterlichen Ermessen und einen Schritt in Richtung Strafzumessung als Rechtsanwendung. Aus diesem Grund ist eine Erweiterung der revisionsrechtlichen Kontrolle zu befürworten. Dadurch könnte die Gleichmäßigkeit der Strafzumessungspraxis, ihre Konsistenz und die Vorhersehbarkeit der Strafe stärker betont werden. Im Gegensatz dazu hat in Deutschland die Revisibilität der Strafzumessung in der Rechtsprechung unter voller Billigung des Schrifttums eine ständige Ausdehnung erfahren.²¹⁴ Über die förmlichen Anforderungen an die Strafzumessungsbegründung hinaus haben die deutschen Revisionsgerichte zudem sachliche Darstellungspflichten entwickelt, die in dem Grundsatz gipfeln, dass in der Urteilsbegründung die Überlegungen und Abwägungen, die für die Rechtsfolgenbestimmung naheliegen, enthalten sein müssen.²¹⁵

²¹³ Zipf, 1969, S. 78; Maurach/Gössel/Zipf, AT, Teilband 2, S. 478; Y.K. Oh/S.Y. Choi, 1993, S. 97.

²¹⁴ Bruns, 1985, S. 304ff.

²¹⁵ Albrecht, 1994, S.235; Vgl. BGH NSz 1982, 464.

C. Schlußbemerkung

I. Gemeinsame Befunde

Der Vergleich des koreanischen und deutschen Rechts hat gezeigt, dass es zwischen den beiden Rechtskreisen gesellschaftliche und kulturelle Unterschiede gibt. Andererseits lassen sich aber auch Gemeinsamkeiten, jedenfalls in der Sicht auf ähnliche Probleme, feststellen. Diese Gemeinsamkeit findet sich vor allem in den Strafzumessungstatsachen, die in den Katalogen des § 46 Abs. 2 dStGB und § 51 korStGB aufgezählt sind. Die Gesetzgeber haben eine beispielhafte Auswahl an Individualisierungsgründen in beiden Katalogen vorgenommen, ohne dabei ihre Bewertungsrichtung festzulegen. Danach streben die Strafzumessungen in beiden Ländern im Hinblick auf Schuldproportionalität und Individualprävention nach der Individualisierung der Strafe, wobei sie im Rahmen einer schuldangemessenen Sanktion präventive Folgen zu erreichen versuchen. Jedoch hängt damit immer eine gewisse Ungleichmäßigkeit im Strafmaß zusammen, weshalb sich die Frage nach den Grenzen der Individualisierung stellt.²¹⁶ Desweiteren ist es offensichtlich, dass der Strafzumessungsvorgang umso komplizierter wird, je mehr Gesichtspunkte, insbesondere solche, mit denen die Täterpersönlichkeit erfaßt werden soll, in die Strafzumessung einfließen. Berücksichtigt man jedoch die Befunde empirisch-vergleichender Untersuchungen, so ist die tägliche Strafzumessungspraxis, ungeachtet der in der Theoriediskussion herrschenden Individualisierungstendenzen, durch eine Komplexitätsreduktion gekennzeichnet.²¹⁷ So wird die Komplexität auf solche Merkmale reduziert, die im Prozeß in der Regel valide und verlässlich erhoben werden. Durch diese Reduzierung können eine bessere Nachvollziehbarkeit der Strafzumessungsentscheidung und eine weitreichende revisionsrechtliche Kontrolle erlangt werden. Darüber hinaus kann sie die tatrichterliche Schwierigkeit der Durchführung und Darstellung der Strafzumessung für den Tatrichter vermindern.²¹⁸

Eine weitere Gemeinsamkeit liegt in den sehr weit gefaßten Strafrahmen²¹⁹, auch wenn diese Problematik nicht ausführlich in dieser Arbeit behandelt wurde. Dies ist vor allem auf zwei Gründe zurückzuführen: Straf-

²¹⁶ Diesbezüglich vor allem Albrecht, 1994, S. 113ff.

²¹⁷ Albrecht, 1994, S. 497ff.

²¹⁸ Schünemann, in: Eser/Cornils, Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 226f.; Albrecht, 1994, S. 498f.

²¹⁹ Albrecht, 1994, S. 91ff.; Y.K. Oh/S.Y. Choi, 1993, 79ff.

rahmen, deren Berechtigung sich ursprünglich auf einen Unrechtsvergleich gestützt haben, sind aus heutiger Perspektive veraltet. Zweitens beruht die gesetzgeberische Straffrahmenwahl in vielen Fällen von vornherein nicht durchgängig auf einer Unrechtsbewertung, sondern auch auf präventionsorientierten Überlegungen. Außerdem unterliegen die Gesetze auch allgemeinen rechtspolitischen Einflüssen/Opportunitäten. Der Gesetzgeber besitzt um so weniger Einfluß auf das konkrete Strafmaß, je weiter er den vorgegebenen Straffrahmen zieht. Auch kann die Überweite des Straffrahmens dem Richter die konkrete Strafmaßentscheidung erschweren. Darüber hinaus werden die gesetzlichen Straffrahmen allerdings nur partiell ausgeschöpft. Die überwiegende Mehrheit der Verurteilungen konzentriert sich auf die unteren Bereiche der Straffrahmen,²²⁰ während die oberen Bereiche ohne praktische Bedeutung sind.²²¹ Ein besonderes Phänomen gibt es zudem in Korea, wo überzogene gesetzliche Straffrahmenvorgaben oftmals eine – sogar mehrfache – Strafmilderung erforderlich machen; es erfolgt also eine signifikante Korrektur der Politik durch die Praxis. Die Straffrahmen in beiden StGB müssen weitaus enger gestaltet werden, sollen sich Anteile der Gesetzgebung in der Strafzumessung wiederfinden lassen. Dabei geht es darum, das Potential an Veränderung und an Ausschlägen in der Strafzumessung zu begrenzen und somit in der Setzung engerer Straffrahmen das kriminalpolitische Potential auf ein angemessenes Maß zurückzuschneiden.

II. Besondere Schlußfolgerungen für das koreanische Recht

Während die Strafzumessung in der Realität der Strafjustiz von Bedeutung ist²²², wird in der koreanischen Strafrechtswissenschaft die Strafzumessungstheorie wenig behandelt. Lange Zeit glaubten manche Wissenschaftler, die Strafzumessung gehöre nicht zur Theorie, sondern lediglich zur Praxis. Daraus ergibt sich das Problem, dass manche Wissenschaftler und Praktiker die Strafzumessung noch grundsätzlich als Ausdruck des tatrichterlichen Ermessens betrachten. Versteht man jedoch das richterliche Urteil als zwar am Gesetz orientierte, aber nicht allein durch das Gesetz determinierte Entscheidung, die nicht nur am Maßstab des Gesetzes, sondern auch

²²⁰ BGH zur Spielraumtheorie: durchschnittlicher Fall im unteren Drittel.

²²¹ Albrecht, 1994, Tab. 11, S. 279, Schaubilder 15-20, S. 280ff.

²²² Für den Angeklagten ist die Frage, wie lange und auf welche Art er bestraft wird, wichtiger als die Frage nach dem materiellen Rechtsgrund der Verurteilung.

an den Anforderungen gerechten und vernünftigen Entscheidens zu messen ist, dann ist die Strafzumessung keine richterliche Ermessenshandlung im gesetzlichen Strafrahmen, sondern ein rechtlicher Argumentationsvorgang, der nach der Richtigkeit der Entscheidung strebt.²²³

Anders als das deutsche StGB enthält das geltende korStGB keine ausdrückliche Regelung von Strafzumessungsrichtlinien, z.B. des Schuldprinzips, nach denen der Richter im Einzelfall die konkrete Strafe bestimmen kann. Dieser Umstand führt dazu, dass die Strafzumessung weitgehend gefühlsmäßig-intuitiv vorgenommen wird und dass darin die Eigenarten der Richterpersönlichkeiten und andere außerrechtliche Momente sich niederschlagen. Daher ist es notwendig, dass eine Grundlagenformel für die Strafzumessung ausdrücklich verankert wird.

Das geltende korStGB hält seit dem alten Strafrecht an der Unterscheidung von Zuchthausstrafe und Einschließung fest. Durch diesen Umstand wird eine Strafvollzugspolitik verhindert, die sich auf die Besserung des Täters und seine Wiedereingliederung richten muss. Desweiteren sind Differenzierungsmaßstäbe für die Zuchthausstrafe oder Einschließungsstrafe – wie die Kriterien der Scham oder der Schwere der Kriminalität – nur schwer feststellbar. Darüber hinaus ist es ein vormoderner arbeitsverachtender Gedanke, bei der unterschiedlichen Behandlung der Täter die Erbringung von Arbeitsleistungen in den Vordergrund zu stellen. Aus diesem Grund ist die Unterscheidung zwischen Zuchthausstrafe und Einschließung abzuschaffen und statt dessen die Einheitsfreiheitsstrafe einzuführen.

Das geltende korStGB enthält keinen Berechnungsmodus, um die Höhe der Geldstrafe zu bestimmen, sondern setzt hierfür das Geldsummensystem ein. Danach kann allerdings die Geldstrafe kaum die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten berücksichtigen. So wird der Ärmere härter getroffen als der Reichere. Daher empfiehlt es sich, das Tagessatzsystem einzuführen, in dem erstens die Anzahl der Tagessätze nach der Schwere der Tat und dem Maß der Schuld des Verurteilten und zweitens die Höhe des Tagessatzes nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Verurteilten festgelegt wird.

Was die Begründung der Strafzumessungsentscheidung angeht, enthalten die schriftlichen Entscheidungsgründe in Korea keine Strafzumessungsstände, die für die Zumessung der Strafe bestimmend waren. Wenn der

²²³ Neumann, Juristische Argumentationslehre, 1986, S. 6ff.

Angeklagte verurteilt wird, müssen die Urteilsgründe nach § 323 Abs. 1 korStPO wie folgt angegeben werden: 1. Die Tatsachen, die die Straftat begründet haben, 2. Der wesentliche Inhalt des Beweises, 3. Das einschlägige Gesetz. In der Praxis scheint die Darstellung der bestimmenden Zu-messungsumstände im Hinblick auf ihre Überlastung zu aufwendig zu sein. Dabei wird gerade in der Begründung der Strafzumessungsentscheidung die Kommunikation über die Gründe eröffnet, die die Konkretisierung der Strafe gesteuert haben. Daher mögen die Inhalte der Strafzumessungsbe-gründung als Kriterien gehandelt werden, die über den Gehalt an Rationali-tät in der Entscheidung über die Strafe Auskunft geben. Ferner kann ihre Inhaltsanalyse der Transparenz, der Wahrheit sowie der Nachvollziehbar-keit der Strafzumessung dienen. Aus diesen Gründen ist es uneingeschränkt zu befürworten, dass die Begründungspflicht über die bestimmenden Zu-messungsumstände in der koreanischen Strafprozeßordnung ausdrücklich verankert wird.

Auf normativ nicht begründbaren Kriterien beruhende Strafzumessungs-entscheidungen verletzen das Gebot der relativen Gerechtigkeit, d.h. das Prinzip der Rechtsgleichheit. Ein wichtiger Aspekt im Hinblick auf die Rechtsgleichheit ist die Ausweitung der revisionsgerichtlichen Kontrolle. Nach § 383 Nr. 4 korStPO ist jedoch der Revisionsgrund des unzumutbaren Strafmaßes auf die Fälle beschränkt, in denen gravierende Strafen verhängt wurden.²²⁴ Außerdem sind wegen der Beschränkung von Strafmaßrevisionen aus praktischen Überlastungserwägungen der Ergebniskontrolle enge Grenzen gesetzt. Aber die rechtliche Kontrolle der Strafzumessung bedeu-tet den Abschied vom strafrichterlichen Ermessen. Darüber hinaus kann die Ausdehnung der revisionsrichterlichen Kontrolle eine einheitliche Recht-sprechung fördern und die Gleichmäßigkeit in der Strafzumessungspraxis erreichen. Daher sollte eine Ausweitung der revisionsrechtlichen Kontrolle im korStPO erstrebt werden.

²²⁴ Die Todesstrafe, die lebenslange Freiheitsstrafe und die Zuchthausstrafe oder Ein-schließungsstrafe für mehr als zehn Jahre.

Literaturverzeichnis

I. Schrifttum zum deutschen Recht

- ACHENBACH, HANS: Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin 1974.
- , Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. In: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin, New York 1984, S. 143ff.
- ALBRECHT, HANS-JÖRG: Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafe, Berlin 1980.
- , Dünkel, Frieder/Spieß, Gerhard, Empirische Sanktionsforschung und Begründbarkeit von Kriminalpolitik, in; MschrKrim 64, 1981, 310-326.
- , Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten, Freiburg i.Br. 1982.
- , Gleichmäßigkeit und Ungleichmäßigkeit in der Strafzumessung, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschungen zur Kriminalitätentstehung und Kriminalitätskontrolle, Bd.6/2, Köln u.a. 1983.
- , Strafzumessung im Vergleich Deutschland und Österreich, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, Stuttgart 1989, S. 59ff.
- , Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich. Theoretische Konzeptionen und empirische Befunde, ZStW 102 (1990), 596ff.
- , Kriminologische Perspektiven der Wiedergutmachung – Theoretische Grundlagen und empirische Befunde, in: Eser/Kaiser/Madlener (Hrsg.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Freiburg i.Br. 1990, S. 43ff.
- , Strafzumessung bei schwerer Kriminalität - Eine vergleichende, theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes, Freiburg i.Br. 1994.
- BAE, JONG DAE: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, Frankfurt a.M. 1984.
- BAUMANN, JÜRGEN/WEBER, ULRICH: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Bielefeld 1985.
- BAUMANN, JÜRGEN/WEBER, ULRICH/MITSCH, WOLFGANG: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Bielefeld 1995.
- BELING, ENST VON: Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.
- BERGMANN, MATTHIAS: Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB. Zugleich ein Beitrag zu § 157 Abs. 1 und § 13 Abs. 4 StGB sowie zum Rücktritt vom formell vollendeten Delikt, Heidelberg 1988.

- BLOY, RENÉ: Die Berücksichtigung außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107 (1995), 576ff.
- BLÖCKER, MORTEN: Die tätige Reue, Baden-Baden 2000.
- BOCKELMANN, PAUL: Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil, Berlin 1940.
- BRAUNS, UWE: Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter. Ein Beitrag zur Neubewertung eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda, Berlin 1996.
- BRUNS, HANS-JÜRGEN: Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre, NJW 1956, 241ff.
- , Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1974.
- , Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, FS für Hans Welzel, Berlin 1974, S. 739ff.
- , Zum „Toleranzbereich“ bei der revisionsgerichtlichen Kontrolle des Strafmaßes, FS für Henkel, Berlin 1974, S. 287ff.
- , Grundproblem des Strafzumessungsrechts, ZStW 94 (1982), 112ff.
- , Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1985.
- , Neues Strafzumessungsrecht?, Köln, Berlin, Bonn, München 1988.
- BÜCH-SCHMITZ, CLAUDIA: Opfervertrauen und Strafzumessung, Frankfurt am Main u.a. 1997.
- V. BURSKE, ULRICH: Die Zeugen Johovas, die Gewissensfreiheit und das Strafrecht, Freiburg 1970.
- DARMIS, JOHANNIS: Die realen Strafzumessungsgründe des § 46 Abs. 2 StGB in ihrem Verhältnis zu den Grundsätzen der Strafzumessung nach § 46 Abs. 1 StGB, Heidelberg 1984.
- DREHER, EDUARD: Über die gerechte Strafe. Theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis, Heidelberg 1956.
- , Gedanken zur Strafzumessung. Eine Besprechung von Hans-Jürgen Bruns: Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil, JZ 1968, 209ff.
- , Über die Strafrahmen, FS für Bruns, Köln 1977, S. 141ff.
- DREHER, EDUARD/TRÖNDLE, HERBERT: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 48. Aufl., München 1996.
- DURKHEIM, EMILE: Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1988.
- EBERT, UDO: Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, Berlin 1975.
- EBERT, UDO/KÖHL, KRISTIAN: Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 225ff.
- EISENBERG, ULRICH: Kriminologie, 5. Aufl., Köln 2000.
- ELLSCHIED, GÜNTER: Alternativen zur Strafmaßschuld, in: Wadle (Hrsg.), Recht und Gesetz im Dialog, Köln u.a. 1982, S. 77ff.

- ELLSCHIED, GÜNTER/ HASSEMER, WINFRIED: Strafe ohne Schuld, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar Abweichendes Verhalten, Bd. 2, Frankfurt 1975, S. 266ff.
- ENGISCH, KARL: Um die Charakterschuld, MSchKrim 1967, 108ff.
- , Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., Stuttgart u.a. 1983.
- ERHARD, CHRISTOPHER: Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie „Schuld“, Berlin 1992.
- ESER, ALBIN: Resozialisierung in der Krise. FS für Peters, Tübingen 1974, S. 505ff.
- , Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung, FS für Kaiser, Berlin 1998, S. 1499ff.
- ESER, ALBIN, CORNILS, K.: Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, Freiburg i.Br. 1987.
- ESER, ALBIN, KAISER, GÜNTHER, MADLENER, K. (HRSG.): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Freiburg i.Br. 1990.
- EXNER, FRANZ: Studie über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, Leipzig 1931.
- FEZER, GERHARD: Hat der Beschuldigte ein „Recht auf Lüge“?, FS für Stree und Wesels, Heidelberg 1993, S. 663ff.
- FAHL, CHRISTIAN: Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, Berlin 1996.
- FREHSEE, DETLEV: Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, Berlin 1987.
- FREUND, GEORG: Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg/New York 1998.
- , Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldpruch und Strafe, Köln/Berlin/Bonn 1992.
- FRISCH, WOLFGANG: Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung. Eine Untersuchung über die Struktur und Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung, Köln, Berlin, Bonn, München 1971.
- , Die „verschuldeten“ Auswirkungen der Tat. Zugleich zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht, GA 1972, 321ff.
- , Ermessen, unbestimmter Begriff und Beurteilungsspielraum im Strafrecht, NJW 1973, 1345.
- , Pognoseentscheidungen im Strafrecht. Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei Nichtwissen, Heidelberg 1983.
- , Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349ff., 751ff.
- , Über die „Bewertungsrichtung“ von Strafzumessungstatsachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht, GA 1989, 338ff.
- , Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, in: 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 1ff.

- , Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention, in: Schönemann/von Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, 1998, Heidelberg, S. 125ff.
- FRISTER, HELMUT: Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988.
- FROMMEL, MONIKA: Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, Berlin 1987.
- GALLAS, WILHELM: Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1ff.
- GIEHRING, HEINZ: Ungleichheiten in der Strafzumessungspraxis und die Strafzumessungslehre – Versuch einer Analyse aus der Sicht eines Strafwissenschaftlers, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, Stuttgart 1989, S. 77ff.
- GRASNICK, WALTER: Über Schuld, Strafe und Sprache. Systematische Studien zu den Grundlagen der Punktstrafen- und Spielraumtheorie, Tübingen 1987.
- , Strafzumessung als Argumentation – Der „richtige“ Wege zur „richtigen“ Strafe, JA 1990, 81ff.
- GRIBBOHM: Leipziger Kommentar, §§ 46-51, 11. Aufl., Berlin 1994.
- GÜNTHER, HANS-LUDWIG: Systematische Grundlagen der Strafzumessung. Eine Bestandaufnahme, JZ 1989, 1025ff.
- HAGG, KARL: Rationale Strafzumessung. Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrichterlichen Entscheidung. Köln, Berlin, Bonn, München 1970.
- HAFFKE, BERNHARD: Tiefenpsychologie und Generalprävention, Aarau (Schweiz) 1976.
- , Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978, 33ff.
- HART-HÖNIG, KAI: Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, Berlin 1992.
- HASSEMER, WINFRIED: Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens, GS für Radbruch, Göttingen 1968, S. 281ff.
- , Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung, ZStW 90 (1978), 64ff.
- , Generalprävention und Strafzumessung, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), Hauptproblem der Generalprävention, Frankfurt a.M. 1979, S. 29ff.
- , Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften? Heidelberg 1983.
- , Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990.
- , Warum und zu welchem Ende strafen wir? ZRP 1997, 316ff.
- HAUSER, GABI: Die Verknüpfungsproblematik in der Strafzumessung, Freiburg (Schweiz) 1985.
- HEINE, GÜNTER: Tötung aus „niedrigen Beweggründen“. Eine erfahrungswissenschaftlich- strafrechtsdogmatische Untersuchung zur Motivgeneralklausel bei Mord, Berlin 1988.

- HENKEL, HEINRICH: Die richtige Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung, Tübingen 1969.
- , Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit, FS für Heinrich Lange, München 1970, S. 179ff.
- HERTZ, THOMAS: Das Verhalten des Täters nach der Tat. Ein Beitrag zu § 13 StGB und zu den Straftheorien, Berlin, New York 1973.
- HETTINGER, THOMAS: Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, Schriften zum Strafrecht, Bd. 45, Berlin 1982.
- , Zum Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbots und zum Begriff des „normalen Erscheinungsbilds“, GA 1993, 1ff.
- HILLENKAMP, THOMAS: Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen 1981.
- HIRSCH, HANS JOACHIM: Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994), 746ff.
- , Strafrecht und Überzeugungstäter, Berlin u.a. 1996.
- VON HIRSCH, ANDREW: Gegenwärtige Tendenzen in der amerikanischen Strafzumessungslehre, ZStW 94 (1982), 1048ff.
- VON HIRSCH, ANDREW/JAREBORG, NILS: Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität, Bonn 1991.
- HOFFMANN, PETER: Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht, Göttingen 1992.
- HÖRNLE, TATJANA: Tatproportionale Strafzumessung, Berlin 1999.
- , Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, 1080ff.
- HÖRNLE, TATJANA/VON HIRSCH, ANDREW: Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, 261ff.
- HORN, ECKHARD: Wider die „doppelspurige“ Strafhöhenzumessung, FS für Schaffstein, Göttingen 1975, S. 255ff.
- , Zum Stellenwert der „Stellenwerttheorie“, FS für Bruns, Köln u.a. 1978, S. 165ff.
- , Systematischer Kommentar, vor § 46-§ 51, 6.Aufl., Frankfurt a.M., 1995.
- HORSTKOTTE, HARTMUTH: Praktische Konsequenzen der Strafzumessungsforschung, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, Stuttgart 1989, S. 281ff.
- , Gleichmäßigkeit und Schuldangemessenheit der Strafzumessung, in: Jehle (Hrsg.), Individualprävention und Strafzumessung, Wiesbaden 1992, S. 151ff.
- IM, SANG-GYU: Operationalisierung der Strafzumessung, Göttingen 2000.
- JAGUSCH, HEINRICH: Die Praxis der Strafzumessung. Systematische Darstellung der Strafzumessungsgründe anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Berlin 1956.
- JAKOBS, GÜNTER: Schuld und Prävention, Tübingen 1976.

- , Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 (1989), 516ff.
- , Strafrecht. AT, 2. Aufl., Berlin u.a. 1991.
- , Die gerechte Strafe. Überlegungen eines Strafrechtsdogmatikers angesichts der offenkundigen Strafzumessungsprobleme, in: W. Greive (Hrsg.): Loccumer Protokolle. Mehr Transparenz in der Strafjustiz, Rehbürg-Loccum 1990, S. 41ff.
- , Das Schuldprinzip, Opladen 1993.
- JAREBORG, NILS/VON HIRSCH, ANDREW: „Neoklassizismus“ in der skandinavischen Kriminalpolitik: Sein Einfluß, seine Grundprinzipien und Kriterien, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, Freiburg i.Br. 1987, S. 34ff.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH: Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, Tübingen 1955.
- , Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform, ZStW 86 (1974), 761ff.
- , Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1988.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
- JUNG, HEIKE: Sanktionensystem und Menschenrechte, Bern/Stuttgart/Wien 1992.
- KAHL, WILHELM: Reform der Strafzumessung, DJZ 1906, 895ff.
- KAISER, GÜNTHER: Praxis der Strafzumessung und der Sanktionen im Verkehrsrecht. Kriminologische Gegenwartsfragen, Heft 10, 1972, S. 92ff.
- , Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie, in: ders./Vogler (Hrsg.), Strafrecht und Strafrechtsvergleichung, Freiburg i.Br. 1975, S. 79ff.
- , Kriminologie, 9. Aufl., Heidelberg 1993.
- , Kriminologie, 3. Aufl., Heidelberg 1996.
- KAUFMANN, ARMIN: Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954.
- , Die Aufgabe des Strafrechts, Opladen 1983.
- KAUFMANN, ARTHUR: Schuldprinzip, 2. Aufl., Heidelberg 1976.
- , Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeit, FS für Lange, Berlin u.a. 1976, S. 27ff.
- , Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, JA 1986, 225ff.
- KILCHLING, MICHAEL: Aktuelle Perspektiven für Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht, NSIZ 1996, 309ff.
- , Tatproportionalität in den theoretischen und empirischen Grundlagen der Strafzumessung, MschrKrim 2000, 30ff.
- KÖBERER, WOLFGANG: Iudex non calculat. Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren, Frankfurt a.M. 1996.
- KÖHLER, MICHAEL: über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention, Heidelberg 1983.

- , Der Begriff der Strafe, Heidelberg 1986.
- , Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg u.a. 1997.
- KROSCHEL/MEYER-GOSSNER: Die Urteile in Strafsachen, 26. Aufl., München 1994.
- KÜHL, KRISTIAN: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 2000.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986), 823ff.
- LACKNER, KARL: Über neue Entwicklung in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, Heidelberg, Karlsruhe 1978.
- LACKNER, KARL/KÜHL, KRISTIAN: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Aufl. München 1999.
- LAMPE, ERNST-JOACHIM: Das personale Unrecht, Berlin 1966.
- , Bedingungen richtiger Straf bemessung, GS für Noll, Zürich 1984, S. 231ff.
- , Strafrechtsphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit, Köln u.a. 1999.
- LANG-HINRICHSEN, Dietrich: Bemerkung zum Begriff der „Tat“ im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch der Teilnahme (Normativer Tatbegriff), FS für Engisch, Frankfurt a.M. 1969, S. 353ff.
- LENCKNER, THEODOR: Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978.
- VON LIST, FRANZ: Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ZStW 3 (1883), S. 1ff.
- LUHMANN, NIKLAS, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Reinbeck bei Hamburg 1987.
- MAECK, MANFRED, Opfer und Strafzumessung, Stuttgart 1983.
- MAURACH, REINHART/ZIPF, HEINZ: Strafrecht. AT, Teilband.1, 8. Aufl., Heidelberg 1992.
- MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., Heidelberg 1989.
- MAYER, HELLMUTH: Strafrechtsreform für heute und morgen, Berlin 1962.
- MEIER, BERND-DIETER: Die Strafzumessung bei Rückfalltätern in der Bundesrepublik Deutschland, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschungen zur Kriminalitätentstehung und Kriminalitätskontrolle, Bd. 2, Köln u.a. 1983, S. 1333ff.
- MEZGER, EDMUND: Die Straftat als ganzes, ZStW 57 (1938), 675ff.
- , Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht, ZStW 60 (1941), 353ff.
- , Strafzweck und Strafzumessungsregeln, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd.1 (Gutachten der Strafrechtslehrer), Bonn 1954.
- MIR PUIG, SANTIAGO: Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallschärfung, ZStW 86 (1974), 175ff.
- , Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102 (1990), 914ff.

- MONTENBRUCK, AXEL: Strafrahen und Strafzumessung, Berlin 1983.
- , Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten, Berlin 1989.
- MÖSL, ALBERT: Tendenzen der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DriZ 1979, 165ff.
- MÜLLER-DIETZ, HEINZ: Grenzen des Schuldgedankens, Karlsruhe 1967.
- , Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, Heidelberg 1979.
- , Probleme der Strafzumessung, in: Wadle (Hrsg.), Recht und Gesetz im Dialog, Universität Saarbrücken, Köln u.a. 1982, S. 43ff.
- , Intergrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention, FS für Jescheck, 2. Band, Berlin 1985, S. 813ff.
- , Strafzumessung und Folgenorientierung, FS für Spendel, Berlin, New York 1992, S. 413ff.
- NAUCKE, WOLFGANG: Strafrecht. Eine Einführung, 9. Aufl., Neuwied 2000.
- NESTLER-TREMEL, CORNELIUS: AIDS und Strafzumessung, Frankfurt am Main 1992.
- NEUMANN, ULFRID: Anmerkung zu BGH I StR 62/90 (LG München), StV 1991, 256ff.
- , Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts („Punktstrafe“, „Spielraumtheorie“, „Normalfall“), FS für Spendel, Berlin, New York 1992.
- , Folgenorientierte versus schuldorientierte Strafzumessung, Ellscheid zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1999, S. 118ff.
- NOLL, PETER: Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, FS für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S. 219ff.
- PAEFFGEN, HANS-ULRICH: Einmal mehr – Habgier und niedrige Beweggründe, GA 1982, 255ff.
- PALLIN, FRANZ, Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht, Wien 1982.
- PETERS, KARL: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bemessung der Strafrechtsfolgen, Berlin 1932.
- , Überzeugungstäter und Gewissenstäter, FS für Mayer, Berlin 1966, S. 257ff.
- , Strafprozeß, 4. Aufl., Heidelberg 1985.
- , Der Wandel des Gewissensbegriffs, FS für Stree/Wessels, Heidelberg 1993, S. 3ff.
- PFEIFFER, CHRISTIAN/OSWALD, MARGIT: Strafzumessung, Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, Stuttgart 1989.
- PLACK, ARNO: Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, München 1974.
- PUPPE, INGBORG: Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung, Berlin 1979.
- REICHERT, CHRISTOPH: Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien, Berlin 1999.
- RHEINSTEIN, MAX/VON BORRIES, REIMER: Einführung in die Rechtsvergleichung, München 1987.

- ROXIN, CLAUDIUS: Sinn und Grenze des staatlichen Strafens, JuS 1966, 37ff.
- , Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973, S. 1ff.
- , Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien, FS für Henkel, Berlin 1974, S. 171ff.
- , Prävention und Strafzumessung, FS für Bruns, Köln 1978, S. 183ff.
- , Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit, FS für Bockelmann, München 1979 S. 279ff.
- , Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), 641ff.
- , Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, SchwZStr 104 (1987), 356ff.
- , Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: Schöch (Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, München 1987, S. 37ff.
- , Schlußbericht, in: Eser/Kaiser/Madlener (Hrsg.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Freiburg i.Br. 1990, S. 367ff.
- , Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd.I, 3. Aufl., München 1997.
- , Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., München 1998.
- SCHÄFER, GERHARD: Zur Individualisierung der Strafzumessung, FS für Tröndle, Berlin 1989, S. 395ff.
- , Praxis der Strafzumessung, 2. Aufl., München 1995.
- SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH: Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, FS für Gallas, Berlin 1973, S. 99ff.
- SCHALL, HERO/SCHIRRMACHER, GESA: Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes, Jura 1992, S. 514ff., 624ff.
- SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958.
- , Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., Göttingen 1971.
- , Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1975.
- SCHMIDT, LOTHAR: Die Strafzumessung in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1961.
- SCHÖCH, HEINZ: Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, Stuttgart 1973.
- , Grundlage und Wirkungen der Strafe, FS für Schaffstein, Göttingen 1975.
- , Strafzumessung, in: Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., Heidelberg S. 523ff.
- SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST: Strafgesetzbuch, 25. Aufl., München 1997.
- SCHREIBER, HANS LUDWIG: Vor dem Ende des Schuldstrafrechts? In: Imenga (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Göttingen 1980, S. 281ff.
- , Strafzumessungsrecht, NSZ, 1981, 338ff.
- , Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, ZStW 94 (1982), 279ff.
- SCHUMANN, KARL F.: Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung, Heidelberg 1989.

SCHÜNEMANN, BERND: *Nulla poena sine lege?*, Berlin 1978.

---, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: ders. (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin 1984, S. 153ff

---, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik, GA 1986, 293ff.

---, „Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung“, in: Eser/Cornils (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg 1987, S. 209ff.

---, Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht, *Chengchi Law Review* 50 (1994), 259ff.

SEELMANN, KURT: *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, Freiburg i.Br., München 1995.

SPEDEL: GÜNTER: *Zur Lehre vom Strafmaß*, Frankfurt am Main 1954.

---, Die Begründung des richterlichen Strafmaß, NJW 1964, 1758ff.

STRATENWERTH, GÜNTER: *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen 1972.

---, Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht, FS für Schaffstein, Göttingen 1975, S. 177ff.

---, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Heidelberg, Karlsruhe 1977.

---, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, Berlin/New York 1995.

---, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl., Köln 2000.

STREE, WALTER: *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, Tübingen 1960.

---, Schönke/Schröder/Stree StGB, 25. Aufl., §§ 46-51, München 1997.

STRENG, FRANZ: Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), 637ff.

---, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, Heidelberg 1984.

---, Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, ZStW 101 (1989), 273ff.

---, Strafzumessungsbegründung und ihre Orientierungspunkte, NStZ 1989, 393ff.

---, Strafrechtliche Sanktion. Grundlagen und Anwendung, Stuttgart/Berlin/Köln 1991.

---, Literaturbericht, Strafzumessung, Teil II, ZStW 109 (1997), 183ff.

TIEDEMANN, KLAUS: Gleichheit und Sozialstaatlichkeit im Strafrecht. Zugleich zur Problematik der §§ 29, 30 StGB, 465, 467 Abs. 2 Strafprozeßordnung, GA 1964, 353ff.

TIMPE, GERHARD: *Strafmilderung des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Berlin 1983.

TRÖNDLE, HERBERT/FISCHER, THOMAS: *StGB und Nebengesetz*, 49. Aufl., § 46-51, München 1999.

UPHOFF, ROLAND: *Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien*, Aachen 1998.

- VOGLER, THEO: Die strafschärfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), FS für Kleinkecht, München 1985, S. 429ff.
- WALTER, MICHAEL: Läßt sich der Handlungsunwert an der angewendeten „kriminellen Energie“ ermesen? GA 1985, 97ff.
- , Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten „kriminellen Energie“, GS für Hilde Kaufmann, Berlin 1986, S. 493ff.
- WALTHER, SUSANNE: Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems, Berlin 2000.
- WARDA, GÜNTER: Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1962.
- WEIGEND, THOMAS: „Neo-Klassizismus“ – ein transatlantisches Mißverständnis, ZStW 94 (1982), 801ff.
- , Richtlinien für die Strafzumessung, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln 1988, S. 579ff.
- WELZEL, HANS: Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., Berlin 1969.
- WESSELS, JOHANNES/ BEULKE, WERNER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 30. Aufl., Heidelberg 2000.
- WOLFF, ERNST AMADEUS: Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), 786ff.
- WOLTER, JÜRGEN: Schuldinterlokut und Strafzumessung, GA 1980, 81ff.
- WOLTER, JÜRGEN UND FREUND, GEORG: Straftat; Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg 1996.
- ZIPF, HEINZ: Die Strafmaßrevision, München 1969.
- , Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg 1977.
- , Kriminalpolitik, 2. Aufl., Karlsruhe 1980.
- , Neue Entwicklung bei der Lehre von Strafzwecken, in: ÖRiZ 1987, 126ff.
- , Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB, FS für Tröndle, Berlin 1989, S. 439ff.

II. Schrifttum zum koreanischen Recht

- BAE, JONG-DAE: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Seoul 1994.
- , Die Strafzumessung in bezug auf Straftheorie, In: Verwaltungsstelle beim Obersten Gerichtshof (Hrsg.), Der Bericht über die Billigkeit der Strafzumessung (yang hyô chök chông hwa pang an mo saek ül wi han to ron hoe po ko sô), 1995, S. 130ff.
- CHANG, GYU-WON: Rückfall und Strafzumessung. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Behandlung des Rückfalls im deutschen und koreanischen Strafrecht und kritische Studie zur Strafschärfung wegen Rückfalls, Pfaffenweiler 1993.

- CHANG, YONG KOOK: Die Gründe, welche die angemessene Strafzumessung blockieren. In: Verwaltungsstelle beim Obersten Gerichtshof (Hrsg.), Der Bericht über die Billigkeit der Strafzumessung (yang chông hwa pang an no sank ùl wi han to ron hoe po ko sò), 1995, S. 97ff.
- CHIN, KYE HO: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Seoul 1993.
- CHO, BYUNG-SUN: Umweltstrafrecht in Korea und Japan, Freiburg i.Br. 1993.
- CHOI, CHONG KO: Über die Rezeption westlichen Rechts in Korea, in: v. Rehbinder, Manfred/Sonn, Ju Chan (Hrsg.), Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea. Baden-Baden 1990, S. 29ff.
- CHOI, OU CHAN: Notwehr und „gesellschaftliche Sitten“ – Ein deutsch-koreanischer Vergleich zur soziaethischen Implikation von Rechtfertigungsgründen, Freiburg i.Br. 1988.
- CHOI, SEOG-YOUN: Strafreoretische Grundlagen der Strafzumessung und ihre Rationalisierung, Dissertation, Seoul 1996.
- , Der Untersuchungserfolg der Viktimologie und Strafzumessung, in: Die Untersuchung der Viktimologie, 1995/1996, Vol. 4, S. 73ff.
- CHONG, SONG KUN: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Seoul 1988.
- CHONG, YOUNG SUK/ SHIN, YANG KYUN: Kriminalpolitik – ein Lehrbuch –, Seoul 1998.
- HOH, IL-TAE: Kritische Untersuchung über das Sanktionensystem des Entwurfs zur Strafrechtsänderung, FS für Hemock Sonn, Seoul 1993, S. 561ff.
- IM, TU BIN: Untersuchung über das Strafzumessungssystem (yang hyông che doe kwan han yôn ku), 1972.
- KIM, IL-SU: Schuld und Prävention im Strafrecht, Korea University Law Review, Vol. 22, 1984.
- , Studie über die Funktion und den Nutzen der Wiedergutmachung im Strafrecht, in: Seong gok non chong 21 (1990), S. 579ff.
- , Das koranische Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I und II, Seoul 1992.
- , Das koreanische Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband III, Seoul 1994.
- , Die Strafrechtsreform in Korea, in: ZStW 106 (1994), 405ff.
- KIM, KITCHUN: Studie über die Reform des koreanischen Strafgesetzbuchs im Ganzen, Seoul 1985.
- KIM, YOUNG-WHAN: Zur Rezeption des deutschen Strafrechts in Korea, FS für Arthur Kaufmann, 1993, S. 695ff.
- KIM, YOUNG-WHAN/CHOI, SEOG-YOUN: Strafreoretische Grundlagen der Strafzumessung und einzelne Strafzumessungsvorgänge, Korean Institute of Criminology, 1996.
- KIM, WON BONG: Untersuchung über den Maßstab der Strafzumessung, 1985.
- KWON, MUN-TAEK: Studie zum Strafrecht, 1983.

- LEE, JAE SANG: Restitution to Crime Victims, in: Korean Institute Criminology (Hrsg.), Korean Criminological Review (Winter, 1991), S. 37ff.
- , Strafverfahrensrecht, Lehrbuch, Seoul 1998.
- , Strafrecht, Allgemeiner Teil, Seoul 1999.
- , Strafrecht, Besonderer Teil, Seoul 2000.
- LEE, HYUNG KOOK: Das Prinzip der Strafzumessung und Strafzumessungstatsachen, in: Yonsei-Uni. Nonchong 1987.
- , Über den Einfluß der deutschen Strafrechtslehre auf das koreanische Strafrecht nach dem Zweiten Weltkrieg, FS für Hubert Niederländer, Heidelberg 1991, S. 321ff.
- , Strafrecht, Allgemeiner Teil, Seoul 1992.
- LEE, KI HÒN./CHOI, SEOG-YOUN: Die Bedeutung des Opfers bei der Strafzumessung, in: Korean Criminological Review 20 (Sommer, 1996), S. 21ff.
- LEE, KÜN UNG: Die verschiedenen Aufgaben für die angemessene Strafzumessung, in: Verwaltungsstelle beim Obersten Gerichtshof (Hrsg.), Bericht über die Billigkeit der Strafzumessung (yang hông chòk chông hwa pang an ùl wi han to ron hoe kyô kwa po ko sô), 1995, S. 47ff.
- LEE, YOUNG-RAN: Korean Criminal Sentencing. An Empirical Study, 1996.
- LEE, YONG-SIK: Entschuldigungsgründe im deutschen und koreanischen Strafrecht, Freiburg i.Br. 1992.
- OH, YOUNG KEUN: A Brief Study on Sentencing, in: The Journal of Social Science, Vol. 23, Kangweon National University, 1986.
- , Studie über das Strafsystem im neuen Entwurf, in: Korean Criminological Review, Sommer, 1992, S. 3ff.
- OH, YOUNG KEUN/CHOI, SEOG-YOUN: A Study on the Rationalization of Sentencing, Korean Institute of Criminology, 1993.
- PARK, SANG-KI: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Seoul 1994.
- PARK, SÒNG CHÒL: Die Abwägung und Problematik der Strafzumessungstatsachen, in: Verwaltungsstelle beim Obersten Gerichtshof (Hrsg.), Bericht über die Billigkeit der Strafzumessung (yang hyông chòk chông hwa pang an ùl wi han to ron hoe po ko sô), 1995, S. 88ff.
- RYU, CHEN-CHEL, Die Urkundendelikte im deutschen und koreanischen Strafrecht, 1997.
- RYU, PAUL K: Das koreanische Strafgesetzbuch. Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung Nr. 89, Berlin 1968.
- SHIN, DONG WOON: Anklagepflicht und Opportunitätsprinzip im deutschen und koreanischen Recht, Pfaffenweiler 1984.
- SON, DONG-KWON: Die rechtstheoretische Grundlage der Bestrafung des Gewissenstäters in: The Korean Criminal Law Association (Hrsg.), 1991, S. 39ff.
- SONG, MONN-HO: Grundlagen des Maßregelrechts, Hamburg 2000.

SONN, HEMOCK: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1996.

SUH, BO HACK: Der Rechtsfolgenteil des neuen koreanischen StGB von 1995 im Vergleich zu den Regelungen im deutschen StGB, Frankfurt 1996.

Verwaltungsstelle beim Obersten Gerichtshof (Hrsg.) (pôp wôn haeng chong chô): Die Praxis der Strafzumessung, 1999.

TJONG, ZONG UK: Die Beziehung zwischen dem deutschen und koreanischen Strafrecht, FS für Hans Welzel, Berlin 1974, S. 277ff.

---, Traditionelles und modernes Strafrecht in Korea, ZStW 88 (1976), 785ff.

Weißbuch 1996: Weißbuch zur Kriminalität, Forschungs- und Schulungsinstitut des Justizministeriums (Hrsg.), Seoul, 1996.

KRIMINOLOGISCHE FORSCHUNGSBERICHTE

edition iuscrim, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales
Strafrecht, Freiburg Herausgegeben von Hans-Jörg Albrecht und Günther Kaiser

Band 99

Michael Kilchling

Die Praxis der Gewinnabschöpfung in Europa

Eine vergleichende Evaluationsstudie zur Gewinnabschöpfung
in Fällen von Geldwäsche und anderen Formen
Organisierter Kriminalität

Freiburg 2002, 490 Seiten. ISBN 3-86113-044-0

31,-€

Band 100

Hans-Jörg Albrecht, Michael Kilchling

Jugendstrafrecht in Europa

Freiburg 2002, 535 Seiten ISBN 3-86113-045-9

31,-€

Band 101

Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout

Community Sanctions and Measures in Europe and North America

Freiburg 2002, 600 Seiten ISBN 3-86113-046-7

31,-€

Band 102

Hans-Jörg Albrecht, Michael Kilchling, Elisabeth Braun

Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure

Freiburg 2002, 302 Seiten. ISBN 3-86113-047-5

31,-€

Band 103

Rüdiger Ortman

Sozialtherapie im Strafvollzug

Freiburg 2002, 694 Seiten. ISBN 3-86113-048-3

35,-€

Band 106

Sven Höfer

Sanktionskarrieren

Eine Analyse der Sanktionshärteentwicklung bei mehrfach regi-
strierten Personen anhand von Daten der Freiburger Kohortenstudie

Freiburg 2003, 198 Seiten ISBN 3-86113-051-3

21,-€

Band 107

Rita Haverkamp

Elektronisch überwachter Hausarrestvollzug

Ein Zukunftsmodell für den Anstaltsvollzug?

Freiburg 2002, 644 Seiten. ISBN 3-86113-052-1

35,-€

Band 108

Hans-Jörg Albrecht, Cyrille Fijnaut

The Containment of Transnational Organized Crime

Comments on the UN Convention of December 2000

Freiburg 2002, 278 Seiten. ISBN 3-86113-053-X

26,-€

KRIMINOLOGISCHE FORSCHUNGSBERICHTE

edition iuscrim, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales
Strafrecht, Freiburg Herausgegeben von Hans-Jörg Albrecht und Günther Kaiser

Band 109

Ben Backmann

Sanktionseinstellungen und Delinquenz Jugendlicher

Eine vergleichende empirische Darstellung zur schweizerischen
und deutschen Situation unter Berücksichtigung des jeweiligen
Jugendstrafrechts

Freiburg 2003, 540 Seiten. ISBN 3-86113-054-8

35,- €

Band 110

Markus Mayer, Rita Haverkamp, René Lévy

Will Electronic Monitoring Have a Future in Europe?

Contributions from a European Workshop, June 2002

Freiburg 2003, 282 Seiten. ISBN 3-86113-055-6

31,- €

Band 112

Susanne Müller

Die Anwendung von Strafzumessungsregeln im deutsch-französischen Vergleich

Bericht über ein empirisches Pilotprojekt

Freiburg 2004, 398 Seiten. ISBN 3-86113-059-9

31,- €

Band 114

*Joanna Shapland, Hans-Jörg Albrecht, Jason Ditton,
Thierry Godefroy*

The Informal Economy: Threat and Opportunity in the City

Freiburg 2003, 426 Seiten. ISBN 3-86113-058-0

31,- €

Band 115

Hans-Jörg Albrecht, Claudia Dorsch, Christiane Krüpe

Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen

Eine rechtstatsächliche Untersuchung im Auftrag des Bundes-
ministeriums der Justiz

Freiburg 2003, 480 Seiten. ISBN 3-86113-056-4

31,- €

Band 116

Azilis Maguer

Les frontières intérieures Schengen

Dilemmes et stratégies de la coopération policière et douanière
franco-allemande

Freiburg 2004, 388 Seiten. ISBN 3-86113-060-2

31,- €