Verbleibende Streitpunkte bezüglich des Erfolgs- und Handlungsunwertes im japanischen Strafrecht

Makoto Ida

I. Zur Einleitung

Das Unrecht bietet den *Grund für die staatliche Strafe*. Die Schuld ist die Bedingung für den persönlichen Vorwurf, der wegen des verwirklichten Unrechts gegen den Täter erhoben wird. Die Kategorie der Schuld stellt damit den Filter dar, der das Unrecht nach dem Grad der Vorwerfbarkeit mit dem Strafmaß in eine proportionale Verbindung bringt. Bildlich gesprochen: Das Unrecht ist der *Motor* der Bestrafung und die Schuld ihre *Bremse*. Das Unrecht begründet die staatliche Strafe und die Schuld beschränkt sie. Wer sich ein Auto kaufen will, interessiert sich u. a. für den Motor. Die Frage nach dem Unrecht *ist die primäre Frage der Strafrechtsdogmatik* und gleichbedeutend mit der Frage nach der Begründung der staatlichen Strafe. Es ist deshalb sehr wohl verständlich, dass sich die Diskussion um das Unrecht und damit um den *Wesensgehalt aller Straftaten* als der wichtigste Streit in der japanischen Strafrechtsdogmatik der Nachkriegsperiode erwiesen hat.[1]

In diesem Beitrag, der dem verehrten Kollegen und Freund Christian Schwarzenegger zu seinem 60. Geburtstag mit herzlichen Glückwünschen und in Dankbarkeit gewidmet sei, werde ich diesen Streit zum Thema machen und seine *methodischen, normtheoretischen, straftheoretischen* und *dogmatischen Aspekte* – jeweils kurz – beleuchten. Dabei versuche ich vor allem die immer noch diskussionswürdigen Streitpunkte von denjenigen, die als bereits erledigt oder überholt gelten dürfen, möglichst sauber zu trennen, und nur die ersteren, d. h. die heute noch aktuellen Problempunkte einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

II. Methodische Aspekte

Die Lehrmeinung, die sich unter dem Einfluss Welzels gebildet hat und die personalen Unrechtselemente wie Vorsatz und Fahrlässigkeit anerkennt, war in Japan in den 1960er Jahren vorherrschend geworden. Dabei war von großer Bedeutung, dass sich die damals einflussreichen Lehrbücher von Shigemitsu Dando, Kameji Kimura, Taira Fukuda und Hitoshi Otsuka die personale Unrechtslehre zu eigen machten. Die japanischen Vertreter der ersten Generation

1 Zum Diskussionsstand ausführlich Ida, Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem, Berlin 1991, 66 ff. und Iijima, Die Entwicklung des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs in Japan, Bern 2004.

beriefen sich allerdings bei der Begründung der personalen Unrechtselemente auf *ihre sozialethische Bedeutung* oder die *Struktur der menschlichen Handlung*. Ich gebe hier nur ein Beispiel: Zur Frage, warum zur Rechtfertigung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens ein subjektives Element wie der Verteidigungswille bei der Notwehr erforderlich ist, schrieb Fukuda in seinem Lehrbuch: «Die menschliche Handlung stellt eine Einheit objektiver und subjektiver Elemente dar. Nur wenn der Akt des Täters durch den subjektiven Verteidigungswillen getragen ist, kann man ihn als eine Verteidigungshandlung bezeichnen».[2] Besonders problematisch war darüber hinaus die *generalklauselartige Verwendung der Sozialadäquanz* durch die damaligen Vertreter der personalen Unrechtslehre: Diese Rechtsfigur wurde in den Lehrbüchern von Vertretern der personalen Unrechtslehre – mit nicht zu verkennendem *moralisierendem Beigeschmack* – bei allen möglichen Grenzfällen zur Bejahung oder Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit und auch der Rechtfertigung herangezogen.

Es war Ryuichi Hirano, Protagonist des Objektivismus und des utilitaristischen Strafrechtsdenkens, der seit dem Ende der 1960er Jahre gegen diese *formal-systematische sowie moralisierende Argumentationsweise mit oft inhaltsleeren Formeln* eindringliche und einflussreiche Kritik übte. Er stellte der traditionellen systematischen Argumentation problemorientiertes Denken gegenüber. Ab den 1970er Jahren erhob er die *funktionale Betrachtungsweise des Strafrechts* zu seinem Motto. Er sah das tragfähige Fundament des Strafrechtsdenkens in kriminalpolitischen Überlegungen, insbesondere im empirisch zu ermittelnden, rechtsgüterschutzorientierten Strafbedürfnis und auch in der Abwägung der kollidierenden Interessen. Hirano hat dadurch einen *Methodenwandel in der japanischen Strafrechtswissenschaft* eingeleitet. Die formal-systematische Argumentationsweise sollte nunmehr einer problem- bzw. fallorientierten Platz machen. Moralisierende Argumente und Scheinbegründungen mit inhaltsleeren Formeln sollten durch rechtsgut- und strafgrundorientierte sowie kollidierende Interessen abwägende Begründungen ersetzt werden.

Ich möchte es so ausdrücken, dass die personale Unrechtslehre in Japan *dem Methodenwandel in der japanischen Strafrechtsdogmatik zum Opfer gefallen* ist und die japanischen Wissenschaftler nicht so sehr dem wesentlichen Theoriegehalt der personalen Unrechtslehre, als vielmehr der früheren – jetzt überholten – Argumentationsweise ihrer damaligen Vertreter ablehnend gegenüberstanden.[3]

Es ist hier wichtig festzustellen, dass mit der prinzipiellen Richtigkeit der Methode Hiranos die personale Unrechtslehre gar nicht widerlegt ist. Aufgrund seiner methodischen Position wäre auch eine auf der Verhaltensnormtheorie basierende Unrechtskonzeption ohne weiteres vertretbar gewesen. Das wird wohl einleuchtend sein, wenn man bedenkt, dass die funktionale Betrachtung Hiranos mit einem wichtigen Aspekt der Methodenlehre Welzels, nämlich ihrem *hegelianischen* Element, sehr gut kompatibel ist: Welzel suchte unter Begriffen wie der «Sozialadäquanz» oder der «im Verkehr erforderlichen Sorgfalt» Konstellationen zu erfassen, in denen die *sozialen Verhaltensregeln* in der geschichtlich gewordenen Wirklichkeit die Koordinierungsaufgabe des sozialen Lebens übernehmen, so dass die strafrechtlichen Werturteile nur unter Heranziehung dieser in der sozialen Praxis funktionierenden sozialen Verhaltensregeln – und nicht etwa mit Hilfe eines mathematischen Interessen- oder Risikokalküls am grünen Tisch – vorgenommen werden können. Das Paradebeispiel dafür ist die Konkretisierung der strafrechtlich erheblichen Sorgfalt anhand der sozialen Verhaltensregeln bei der Prüfung des Fahrlässigkeitsdelikts.[4]

2 Fukuda, Strafrecht, AT, 5. Aufl., 2011, 157 f. (in jap. Sprache).

3 Hierzu Ida, Zum heutigen Stand des japanischen Strafrechts und der japanischen Strafrechtswissenschat, GA 2017, 72 f.

4 Vgl. Ida, Welzels Einfluss auf die ostasiatische Strafrechtsdogmatik, in: Frisch et al. (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tübingen 2015, 206.

III. Normtheoretische Aspekte

Die noch heute in Betracht kommende Version der personalen Unrechtslehre, d. h. die noch einer Erwägung würdige Alternative zur objektivistischen Unrechtslehre, muss das Verhaltensunrecht der Tat unabhängig von ethisch-moralischen Bewertungen beurteilen, den Sinn und Zweck der Verhaltensnormen nur im verfassungsrechtlich legitimierbaren Rechtsgüterschutz suchen und sie in ihrem Gehalt immer rechtsgutsbezogen verstehen, statt sich auf die Sozialethik oder -moral zu berufen. Man kann hier von einer *säkularisierten Verhaltensnormtheorie* sprechen. Das heutige Problem, das sich uns stellt, liegt vor allem darin, ob man dem strafrechtlichen Unrechtsbegriff diese säkularisierte Version der Verhaltensnormtheorie zugrunde legen soll oder nicht.

Bemerkenswert ist, dass in Japan bei diesem Grundlagenstreit über das Unrecht vielfach auf den *grundlegenden Unterschied zwischen der deutschen und der US-amerikanischen Rechtskultur* Bezug genommen wird. Dabei sieht man das Typische an der deutschen Rechtslehre darin, dass sie die Regeln des Strafrechts als Verhaltensnormen mit Steuerungsfunktion auffasst. Demgegenüber wird die Grundansicht, die die Rechtsregeln vornehmlich als erst nachträglich anzuwendende *Entscheidungsnormen* betrachtet, dem US-amerikanischen Recht zugeschrieben. Diese Gegenüberstellung soll insbesondere dazu dienen, die in Deutschland herrschende, auf der Verhaltensnormtheorie basierende, personale Unrechtslehre zu relativieren und ihre Übertragbarkeit auf die japanische Gesellschaft anzuzweifeln, sowie das objektivistische, erfolgsunrechtsorientierte Denken der japanischen Dogmatik in *der amerikanisierten Nachkriegszeit* als zeitgemäß und «trendig» zu charakterisieren.[5]

Die Verhaltensnormtheorie hat *einerseits* den großen Vorzug, dass sie mit dem rechtsstaatlichen Erfordernis der *Überschaubarkeit und Transparenz des Rechtsinhalts* sehr gut zusammenpasst. Die hieraus resultierende Voraussehbarkeit bzw. Berechenbarkeit des Unrechts ist das wichtigste Prinzip für die strafrechtliche Unrechtslehre *in struktureller Hinsicht*, weil erst dadurch die *generalpräventive Aufgabe des Strafrechts* ermöglicht wird. Diese Grundansicht ist denn doch dem kontinentaleuropäischen Rechtsdenken inhärent. Demgegenüber ist das Konzept der Rechtsregeln als erst nachträglich anzuwendende Entscheidungsnormen dem US-amerikanischen Strafrechtsdenken eigen. Danach sind die Rechtsregeln bloß Werkzeuge der Justizbeamten: Die als nachträgliche Entscheidungsnormen konzipierten Rechtsregeln sind als Verhaltensmaßstäbe für die Bürger untauglich.

Andererseits ist mit der Verhaltensnormtheorie ein gewisser *Bevormundungs- bzw. paternalistischer Charakter* verbunden, wenn sie immer an Ort und Stelle auch direkt die *Willensbildung* der Normadressaten bestimmen will. Diese Grundansicht kann, je nachdem, welcher Staat dabei vorausgesetzt wird – ein demokratischer oder aber ein autoritärer –, mit der Tendenz einer aus dem ex-ante Gesichtspunkt resultierenden *Unrechtserweiterung* unterschiedliche Auswirkungen, ja sogar verhängnisvolle Folgen haben. Auch die empirische Basis der Verhaltensnormtheorie ist von einer Klärung weit entfernt. Ist es nicht so, dass die *Diskrepanz zwischen dem Normbruch und seiner Sanktionierung in der Wirklichkeit* die Verhaltensnormtheorie um ihre Überzeugungskraft bringt? Diese Tendenzen schreiten heute immer mehr fort. Das Vorliegen eines mehr oder weniger großen *Dunkelfeldes* und einer weitgehenden Abhängigkeit der Normbekräftigung von der Ermessensausübung der Justizbeamten, wie dies in Japan der Fall ist, wo unter dem *Opportunitätsprinzip* (§ 248 des jap. Strafprozessgesetzes) die Strafverfolgung stark vom Ermessen des Staatsanwalts abhängt, lässt uns die Stimmigkeit der Grundthese, dass der Ver-

5 Hierzu und zum Folgenden Ida, Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich? - dargestellt am Beispiel der Versuchsstrafbarkeit, in: Streng/Kett-Straub (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich, Tübingen 2012, 35 f.

haltensnormbruch einer Normbekräftigung durch die Verhängung der Strafe bedürfe, stark bezweifeln. Es erhebt sich deshalb die Frage, ob das Konzept, das die Rechtsregeln als bloße erst nachträglich zum Zuge kommende Entscheidungsnormen auffasst, unsere Wirklichkeit des Strafrechts viel besser abbilde.

Daraus lässt sich sagen, dass wir hier eine *dualistische Unrechtskonzeption* benötigen, die die *beiden Komponenten des Handlungs- und des Erfolgsunrechts* miteinander verbindet. Die Verhaltensnormtheorie ist der strafrechtlichen Unrechtslehre insofern zugrunde zu legen, als sie der Überschaubarkeit und Transparenz der Rechtsinhalte und der Voraussehbarkeit bzw. Berechenbarkeit des Strafunrechts dienlich ist. Man sollte sie jedoch *nicht* als *allein konstituierendes Prinzip des Strafunrechts* ansehen. Im heutigen Strafrecht hat auch das *Vergeltungsbedürfnis* wegen der real eingetretenen schädigenden Folge eine (mit)unrechtskonstituierende Wirkung. Ein Verhaltensnormverstoß kann oft erst durch das Hinzukommen des Erfolgsunrechts zum strafwürdigen Unrecht werden. Es muss dem Erfolgsunrecht eine *straflimitierende* Funktion in diesem Sinne eingeräumt werden. Die Verdrängung jeglicher Elemente des Erfolgsunrechts aus der Unrechtslehre würde zu einer *monistischen, stark subjektivierenden und ins Uferlose gehenden Unrechtslehre* führen.

Diese Überlegungen leiten zum Thema der *Straftheorie* über. Es hat sich erwiesen, dass hinter dem Streit zwischen der Handlungsunwert- und der Erfolgsunwertlehre der *straftheoretische Gegensatz zwischen der generalpräventiven und der Vergeltungstheorie der Strafe* steckt. Hier hat sich die Einsicht, dass die Straftatlehre und die Straftheorie als *eine Einheit* aufgefasst werden müssen,[6] einmal mehr bewahrheitet.

IV. Straftheoretische Aspekte

Die objektivistische Unrechtskonzeption, die sich allein am Erfolgsunwert orientiert, ist nur verträglich mit der zweckfreien Vergeltungstheorie oder mit einer Art der generalpräventiven Theorie, die die Strafe zur Befriedigung des auch als ein soziales Faktum bestehenden Rachebedürfnisses verhängen will.

Demgegenüber lokalisiert die personale Unrechtslehre das Strafrecht im gesamtgesellschaftlichen Mechanismus der Verinnerlichung, Erhaltung und Stärkung von Normen und Werten unter den Bürgern, der ganz vornehmlich durch eine funktionstüchtige *Sozialisation* übernommen wird, und weist dem Strafrecht eine die *Sozialisation ergänzende und teilweise nachholende Rolle* zu. Dieses Bild des Strafrechts ist für mich überzeugend, weil es sich den anderen Sozialwissenschaften wie der Soziologie oder der Sozialpsychologie offenhält und damit einer empirischen Nach- und Überprüfung zugänglich bleibt. Dieses straftheoretische Konzept konkretisiert sich in der strafrechtlichen Unrechtslehre, die die Regeln des Strafrechts als Verhaltensnormen mit Steuerungsfunktion auffassen will.

Der Schutz der Strafrechtsnormen im Sinne einer *Sozialisationsergänzung* kann aber nicht als einziger Grund für die Bestrafung aufgefasst werden, solange heute auch dem Vergeltungserfordernis eine strafbegründende Funktion eingeräumt wird. Wie die strafrechtliche Unrechtslehre muss auch die Straftheorie *dualistisch* konzipiert werden: Der Normenschutz und die Erfolgsvergeltung sind zwei zu unterscheidende Begründungselemente der staatlichen Strafe.

Hier liegt jedoch ein *Dilemma*, dem schwer zu entkommen ist. Das Erfolgsunrecht ist *in der Straftatlehre* ein dem Handlungsunrecht hinzukommendes Element und hat damit eine straflimitierende Funktion. *In der Straftheorie*, insbesondere *bei der Strafzumessung*, hat die Erfolgskomponente demgegenüber eine ausgesprochen strafbegründende und -erhöhende

6 Statt vieler Frisch, Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel, GA 2015, 65 ff. Hierzu haben insbesondere der Aufschwung der Forschungsdisziplin Kriminologie in der Nachkriegszeit und die Forderung der kriminalpolitischen Orientierung der Strafrechtsdogmatik beigetragen. Die kriminalpolitische Wende der Strafrechtsdogmatik wurde insbesondere in Deutschland durch Roxin und in Japan durch Hirano initiiert.

Wirkung. Aus der dualistischen Strafkonzeption, die die beiden Komponenten des Normenschutzes und der Erfolgsvergeltung anerkennt, lassen sich deshalb Argumente gegen die Erschwerung und Verschärfung der Strafe, die in der heutigen Kriminalpolitik besonders stark hervortreten, nicht gewinnen. Gegenüber den derzeitigen *punitiven Tendenzen* stellt sich erst auf der Grundlage der *monistischen* Normenschutztheorie, nach der die Strafe als ein *öffentlich-rechtliches* Institut mit dem Rachebedürfnis der Opfer, als einem privaten Interesse, nichts zu tun hat und allein zum Schutz der Geltung der Strafrechtsnormen, die in erster Linie als Verhaltensnormen zu verstehen sind, eingesetzt wird, die *treffliche Frage*, ob derzeit eine empirisch fundierte Notwendigkeit für die Verstärkung der Strafrechtsnormen überhaupt besteht und, wenn das der Fall sein sollte, eine schwerere Strafe die erwartete Wirkung entfalten kann. Ein großer Nachteil der dualistischen Konzeption in der Straftheorie liegt darin, dass sie *kumulative Strafgründe* des Normenschutzes und der Erfolgsvergeltung anerkennt, so dass sie gegen eine beliebige Erweiterung und Verschärfung der Strafe keine effektiven Gegenargumente aufzuweisen hat.[7] Hier in diesem Dilemma sehe ich ein besonderes *Defizit der Theorieanstrengung* in der heutigen japanischen Strafrechtsdogmatik.

V. Strafrechtsdogmatische Aspekte

A. Systematische Stellung des Vorsatzes

Ein großer Vorteil der personalen Unrechtslehre liegt darin, dass durch die Einordnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bereits in den Tatbestand, in die erste Deliktsstufe, viel praktikablere Lösungen ermöglicht werden, als wenn man sie erst bei der letzten Prüfungsstufe der Schuldbeurteilung berücksichtigt. Das war in Deutschland und auch in den anderen Ländern ein wichtiger Umstand, der der personalen Unrechtslehre zum Durchbruch verholfen hat. Aber in Japan hat dieses systematische Argument für diese Lehrmeinung wenig zu Buche geschlagen und die heute herrschende Auffassung zählt Vorsatz und Fahrlässigkeit zu wichtigen Tatbestandsmerkmalen, *ohne dass* man sich die Handlungsunwertlehre zu eigen gemacht hat.

Es ist überhaupt ein Schlüssel zum Verständnis der japanischen Strafrechtsdogmatik, *unsere eigenartige Tatbestandskonzeption* zu begreifen.[8] Der Pionier der Tatbestandslehre in Japan war Seiichiro Ono. Er sah die Tatbestandsmäßigkeit als ein vom Gesetzlichkeitsprinzip unabhängiges rechtstheoretisches Erfordernis an. Man benötige für die Verbrechenslehre nicht nur allgemeine Kategorien wie die Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit, sondern auch den Tatbestand als ihre gesetzliche Konkretisierung oder Spezifizierung. Ein Verhalten müsse tatbestandlich-rechtswidrig und tatbestandlich-schuldhaft sein, um für strafbar erklärt werden zu können. Ono fasste deshalb den die erste Deliktsstufe bildenden Tatbestand als *Typus der strafbaren Handlung*, d. h. als Typus der rechtswidrigen *und* schuldhaften Handlung, auf. Er zählte nicht nur die objektiven, sondern auch die subjektiven (für Ono schuldrelevanten) Elemente wie Vorsatz und Fahrlässigkeit zu Tatbestandsmerkmalen, weil auch sie der Individualisierung der Straftaten dienen. Die eigenständige Tatbestandslehre Onos wurde in der Nachkriegszeit von seinem Schüler Dando in dessen 1957 erschienenes, besonders einflussreiches Lehrbuch übernommen. Dando fasste genauso wie Ono den Tatbestand nicht nur als einen Unrechtstypus, sondern zugleich als einen Schuldtypus auf. Denn im gesetzlichen Tatbestand im BT seien nur solche Verhaltensweisen typisiert, die prinzipiell vorwerfbar sein können. Vorsatz und Fahrlässigkeit, die in ihren wesentlichen Eigenschaften Schuldmerkmale seien, sollen deshalb zum Tatbestand gehören und bereits in der *ersten* Deliktsstufe geprüft werden. Die Tatbestandslehre Ono-Dandos hat bis heute eine besonders mächtige Position in der japanischen Strafrechtsdogmatik

7 Hierzu Ida, Gedanken über die Methode einer universellen Strafrechtsdogmatik, in: Safferling et al. (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2017, 278.

8 Vgl. zum Folgenden Ida (Fn. 4), 210 f.

und sie hat es so den japanischen Strafrechtlern ermöglicht, ein starkes systematisches Argument von Seiten der personalen Unrechtslehre zu entkräften.

Es erhebt sich selbstverständlich ein gewichtiges Bedenken gegen diese Tatbestandskonzeption. Sie verwechselt den Tatbestand mit dem Deliktstypus und führt zu einer undifferenzierten, «ganzheitlichen» Betrachtung der Straftat. Nach dieser Systemkonzeption sollen bereits in der ersten Prüfungsstufe – vor der Rechtfertigungsfrage – wichtige Schuldelemente berücksichtigt werden. Damit würden *die Unrechts- und die Schuldbetrachtung vermischt*. Es ist mir unverständlich, warum diejenigen Autoren, die einerseits die personale Unrechtslehre wegen der Verwischung von Unrecht und Schuld kritisieren, andererseits diese – Unrecht und Schuld in einen Topf werfende – Tatbestandskonzeption vertreten wollen.

B. Zum untauglichen Versuch

Die Problematik des Strafgrunds des Versuchs, insbesondere des untauglichen Versuchs stellt zweifellos das strafrechtsdogmatische Hauptschlachtfeld zwischen den beiden Lagern dar.[9] Die in Japan immer noch herrschende Lehrmeinung ist die *konkrete Gefährlichkeitstheorie*, d. h. die «neuere objektive Theorie», die von Franz von Liszt begründet worden ist und bis in die 1930er Jahre in Deutschland vorherrschend war. Auch die japanische Rechtsprechung steht dieser Position nahe.[10] Diese Theorie orientiert sich an einer *ex-ante-Betrachtungsweise*. Bei der Untauglichkeit des Tatmittels und des Objekts fragt sie wie die subjektive Versuchstheorie, ob der Erfolgseintritt aufgrund der Tatumstände, die der Täter sich zum Zeitpunkt der Tat vorgestellt hat, überhaupt möglich war. Dabei will die konkrete Gefährlichkeitstheorie bei den vom Täter irrigerweise vorgestellten Umständen nur diejenigen berücksichtigen, von deren Vorliegen auch ein *Durchschnittsmensch* in der Tatsituation ausgegangen wäre. Die nicht vorhandenen, aber vom Täter angenommenen Umstände, die sich ein Durchschnittsmensch nicht vorgestellt hätte, seien folglich irrelevant. Wer einen vermeintlich noch lebenden Menschen mit dem Messer zu erstechen trachtet, sei nur dann wegen Versuchs strafbar, wenn auch ein an die Stelle des Täters tretender Durchschnittsmensch das Opfer für lebend halten würde. Ihre *theoretische Fundierung* erfährt diese Lehrmeinung durch die personale Unrechtslehre, und zwar die *objektiv gefasste Verhaltensnormtheorie*: Die strafrechtlichen Verhaltensnormen orientieren sich an der Erkenntnisperspektive eines Durchschnittsmenschen, und die Erschütterung der Normgeltung, damit das Bedürfnis an der Normbekräftigung, kann erst dann angenommen werden, wenn auch ein Durchschnittsmensch in der gleichen Situation das Täterverhalten für gefährlich halten würde.

Besonders erwähnenswert ist hier, dass die konkrete Gefährlichkeitstheorie nur die äußerste Grenze, d. h. das absolute Minimum, der Versuchsstrafbarkeit markiert und keinen Prototyp des Versuchsdelikts präsentiert. In aller Regel ist der Versuch einer Straftat nicht nur normwidrig, sondern er gefährdet auch das betreffende Rechtsgut konkret und objektiv. Nach der oben befürworteten *dualistischen Unrechtskonzeption* ist auch beim Versuchsdelikt das Gefährdungselement unrechtskonstituierend; es spielt bei der Strafzumessung eine große Rolle. Die konkrete Gefährlichkeitstheorie will das alles nicht bestreiten und nur sagen, dass im äußersten Fall eine Bestrafung des Täters allein mit der Verhaltensnormwidrigkeit ohne jegliches Element des Erfolgsunwertes begründet werden kann. Wenn auch mit diesem Vorbehalt befürworte ich diese Theorie, aber muss zugleich gestehen, dass sie nicht ganz befriedigend ist. Unbestimmtheit und Beliebigkeit begleiten ihr Beurteilungskriterium, das auf die Perspektive eines Durchschnittmenschen abstellt; es ist insofern verständlich, dass

9 Einen guten Überblick über den Diskussionsstand gibt Sato, Entwicklung der japanischen Versuchsdogmatik, GA 2017, 432 ff.

10 Neuerdings ganz deutlich zum Versuch des Betrugs: Urteil des Obergerichts Fukuoka vom 31.05.2017.

gegen die konkrete Gefährlichkeitstheorie der Einwand erhoben wird, sie diene nur dem Schutz eines abstrakten Sicherheitsgefühls. Auch bei den Fällen des *nomologischen Irrtums* stößt diese Theorie auf Schwierigkeiten.

Andererseits ist es der *objektiven Gefährdungstheorie*, die die Objektivisten vertreten, bis heute nicht geglückt, die auf einem *ex-post-Gefahrurteil* basierenden Kriterien vorzubringen, anhand deren ein strafbarer Versuch sachgerecht von einem straflosen angemessen abgegrenzt werden kann. Sie birgt in sich die Gefahr, dass sie die Strafbarkeit wegen der versuchten Tat allzu sehr einengt oder gar unmöglich macht. Die meisten Anhänger findet heute die *stark modifizierte Version* dieser objektiven Gefährdungstheorie, die durch Atsushi Yamaguchi begründet worden ist.[11] Danach wird etwa die Tauglichkeit der Tathandlung nach den folgenden Schritten geprüft: Erstens soll der Beurteilende unter Berücksichtigung aller Tatumstände und der Sachkenntnis – ex post – feststellen, warum der abgezielte Erfolg nicht eintrat. Zweitens soll man sich hypothetisch vorstellen, unter welcher Bedingung der Erfolg hätte eintreten können. Drittens soll beurteilt werden, ob diese hypothetische Bedingung zur Tatzeit überhaupt hätte erfüllt werden können. Wenn dies mit guten Gründen bejaht werden kann, dann sei ein strafbarer Versuch anzunehmen.

Wenn man jedoch auf diese Weise nicht nach der Möglichkeit des Erfolgseintritts, sondern vielmehr nach der einer *fehlenden Bedingung für den Erfolgseintritt* fragt, dann wird man in kaum behebbare Abgrenzungsschwierigkeiten geraten. Man stelle sich vor, dass die Pistole, die der Täter von seinem Anstifter ausgeliehen hatte, ungeladen war. Soll es überhaupt möglich gewesen sein, dass sie doch geladen war? Wie ist es, wenn der Anstifter die Pistole mit einer anderen verwechselt hatte? Soll das Möglichkeitsurteil davon abhängen, ob er immer unvorsichtig ist oder nicht? Macht es für den Täter einen Unterschied, dass der Anstifter ihm wissentlich eine ungeladene Waffe geliehen hatte? Kommt es darauf an, dass er am Anfang eine geladene Pistole leihen wollte, aber später von der Tat zurückgeschreckt war?

Zum Streit über den untauglichen Versuch lässt sich zusammenfassend sagen, dass eine endgültige Lösung noch nicht in Sicht ist. Die bisherigen Lösungsvorschläge sind sämtlich nicht völlig überzeugend. Weitere Theorieanstrengungen aus beiden Lagern sind erforderlich. Dieser Problembereich wird noch lange das wichtigste Schlachtfeld zwischen der personalen und der objektivistischen Unrechtslehre bleiben.

C. Unterscheidung von Unrecht und Schuld

Ein weiterer wichtiger dogmatischer Streitpunkt betrifft die Unterscheidung von Unrecht und Schuld. Es wird durch die Objektivisten immer wieder vorgebracht, dass die Anerkennung der personalen Unrechtselemente eine klare Unterscheidung von Unrecht und Schuld unmöglich mache. Bemerkenswert ist hier, dass in Japan von der sehr wichtigen Grundeinsicht Welzels hinsichtlich dieses Punktes kaum Notiz genommen wird: Er bezog die Unterscheidung von Unrecht und Schuld auf die unterschiedlichen Substrate der *Willensverwirklichung* und der ihr vorausgehenden *Willensbildung*. Während das Rechtswidrigkeitsurteil die willentliche Handlungssteuerung des Täters, d. h. den Willensverwirklichungsprozess, zum Gegenstand habe, sei das Schuldurteil an die Antriebssteuerung des Täters, d. h. den Willensbildungsprozess, bezogen.[12] Welzel hat auf diese Weise den strukturellen Unterschied der Beurteilungsgegenstände der Rechtswidrigkeit einerseits und der Schuldhaftigkeit andererseits bewunderungswürdig klar herausgearbeitet. Nur so kann man verstehen, dass die *Schuldtheorie*,

11 Yamaguchi, Studien zum Gefährdungsdelikt, 1996 (in jap. Sprache); zu seiner Auffassung siehe Sato (Fn. 9), 439 f.

12 Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, 138 ff.; ders., Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, 422 f.

die in Japan inzwischen zur herrschenden Lehrmeinung geworden ist, fest auf den ontologischen Befund gegründet ist; der Vorsatz, der tragende Faktor des Willensverwirklichungsprozesses, auf der einen und das Unrechtsbewusstsein, das mit der Antriebssteuerung im Willensbildungsprozess zu tun hat, auf der anderen Seite seien rechtlich verschieden einzuordnende Phänomene.[13]

Ich halte es für ausgesprochen unfair, dass die japanischen Objektivisten diese wichtige Einsicht der personalen Unrechtslehre ignorieren und bis heute den gleichen Einwand gegen die angebliche Verwischung von Unrecht und Schuld wiederholen.

VI. Schluss

Ich komme zum Schluss. Man hört heutzutage oft, dass der Streit über das Verhältnis zwischen dem Erfolgs- und dem Handlungsunrecht der Vergangenheit angehöre und nicht mehr aktuell sei. Ich bin der Meinung, dass genau das Gegenteil der Fall ist, und hoffe sehr, dies in diesem kleinen Beitrag deutlich gemacht zu haben. Ich habe am Anfang meiner Ausführungen festgestellt: Nach dem Wesen des Strafunrechts fragen heißt nach der Begründung der staatlichen Strafe fragen. Es handelt sich dort um die *fundamentalste Frage des Strafrechts*. Sie stellt sich zu allen Zeiten neu. Wer sie für bereits gelöst und nicht mehr diskussionswürdig hält, irrt sich gewaltig.

Ich bin auf meinem wissenschaftlichen Werdegang von zwei großen Strafrechtlern am meisten beeinflusst worden: von Hans Joachim Hirsch,[14] getreuer Schüler von Hans Welzel, dem berühmten Gründer der personalen Unrechtslehre, sowie von Ryuichi Hirano, dem genialen Vertreter der objektivistischen Unrechtslehre in Japan. Nach meiner persönlichen Einschätzung bin ich keineswegs der orthodoxen finalistischen Theorielinie getreu gefolgt, sondern habe mich immer um eine Synthese der beiden Positionen bemüht. Wenn meine Stellungnahme zum Streit nicht so aussehen sollte, dann liegt das an der Begrenztheit meiner Fähigkeiten. Die Einsichten, die diese großen Wissenschaftler hinterlassen haben, sind auf beiden Seiten so wichtig, dass man sie nicht vergessen oder vernachlässigen darf.

13 Hierzu Ida (Fn. 4), 215.

14 Seine Hauptwerke: Strafrechtliche Probleme, Bd. I, Berlin 1999, und Bd. II, Berlin 2009.