

Sinn und Grenzen der Strafrechtsvergleichung – die deutsche Sicht.

Überlegungen anhand der Versuchslehre

Franz Streng * **

- I. Allgemeines
 - 1. Vorüberlegungen zur Rechtsvergleichung
 - 2. Strafreoretische Grundlagen
- II. Strafrechtsexport und Rechtsvergleich
 - 1. Die Versuchslehre im Vergleich
 - 2. Zur Bedeutung des Systemdenkens
 - 3. Zum Verhältnis von Bestimmtheit und Flexibilität im Strafrecht
- III. Abschließende Überlegungen
 - 1. Kulturspezifische Grundlagen und Strafrecht
 - 2. Punitivität im Rechtsvergleich

I. ALLGEMEINES

1. Vorüberlegungen zur Rechtsvergleichung

In der Rechtsvergleichung gilt es spätestens seit *Savigny* nachgerade als Binsenweisheit, dass Recht im Regelfall aus der jeweiligen Kultur und Geschichte heraus entsteht¹. Und für das Strafrecht geht man besonders nachdrücklich davon aus, dass es sich um eine außerordentlich stark kulturgebundene Rechtsmaterie handelt. Wenn in der Europäischen Union das Strafrecht – jedenfalls im Kernbereich – nach wie vor zum un-

* Dr. iur. Dr. h.c., Professor für Strafrecht und Kriminologie an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

** Der vorliegende Beitrag wurde in erweiterter Fassung unter dem Titel „Strafrechtsexport als Strafrechtsimport – zugleich rechtskulturvergleichende Hypothesen zu Deutschland und Japan“ in dem von Franz Streng und Gabriele Kett-Straub herausgegebenen Band „Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich“ (Mohr Siebeck: Tübingen, 2012) veröffentlicht.

1 Vgl. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr: Heidelberg, 3. Aufl. 1840, S. 11 ff. (1. Aufl. von 1814); dazu MAKOTO IDA, *Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem*, Duncker & Humblot: Berlin, 1991, S. 18; TOSHIO YOSHIDA, *Der japanische strafrechtliche Schuldbe- griff von gestern, heute und morgen*, in: Eser/Yamanaka (Hrsg.), *Einflüsse deutschen Straf- rechts auf Polen und Japan*, Nomos: Baden-Baden, 2001, S. 225 ff., 238 f.

umstrittenen Zuständigkeitsbereich der einzelnen Staaten gehört, macht dies ein naturwüchsiges Grundverständnis der Art deutlich, dass eben Strafrecht als ganz besonders kulturgebundene Dimension nicht einfach internationalisierbar ist. Im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts wurde dies nachdrücklich hervorgehoben².

Schon von daher muss der Rechtsvergleich gerade im Strafrecht mehr leisten als lediglich eine Gegenüberstellung und einen Abgleich der verschiedenen, aus unterschiedlichen Rechtsordnungen stammenden Institutionen und Ideen. Es muss die jeweilige Einpassung in das sozio-kulturelle Umfeld berücksichtigt werden, um etwas über die Nutzbarkeit fremden Rechts für die Fortentwicklung des eigenen Rechts zu erfahren.

2. *Straftheoretische Grundlagen*

Für die Verdeutlichung dessen, welche Strafrechtsmodelle in welchem gesellschaftlichen Zusammenhang als Idealtypen vorstellbar sind und damit als Hintergrund für die weiteren Überlegungen dienen können, lassen sich mindestens drei Strafrechtstypen unterscheiden³: (1) das autoritäre Strafrechtsmodell, (2) das technokratische Strafrechtsmodell und (3) das demokratische Strafrechtsmodell.

2 Vgl. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Amtliche Sammlung (BVerfGE) 123, 267 ff., 408 ff., 412.

3 Zur hier vorgestellten Dreiteilung vgl. FRANZ STRENG, Probleme der Strafrechtsgeltung und -anwendung in einem Europa ohne Grenzen, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa, Nomos: Baden-Baden, 2003, S. 143 ff., 146 f.; DERS., Vom Zweckstrafrecht zum Feindstrafrecht, in: Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT: Berlin, 2009, 181 ff., 185 ff.; im Ansatz positiv dazu GÜNTHER KAISER, Moderne und postmoderne Kriminalpolitik als Probleme des Strukturvergleichs, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafen. Festschrift für Albin Eser, C.H. Beck: München, 2005, S. 1355 ff., 1358. – Speziell zum demokratischen Strafrecht REINHARD MOOS, Positive Generalprävention und Vergeltung, in: Melnigky u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie. Festschrift für Franz Pallin, Manz: Wien, 1989, S. 283 ff., 303 f.; WILFRIED BOTTKÉ, Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, Duncker & Humblot: Berlin, 1995, S. 55 ff., 164 ff.; ferner KARL-LUDWIG KUNZ, Prävention und gerechte Zurechnung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 98 (1986), 823 ff., 831 ff.; DIETHELM KLESCZEWSKI, Auswirkungen von Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht, in: Gröschner/Morlok (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs (ARSP-Beiheft 71), Franz Steiner: Stuttgart, 1997, S. 140 ff., 145 ff. – Für eine Gegenüberstellung von zwei Modellen, nämlich von demokratischem und autoritärem Strafrecht vgl. FRANZ STRENG, Funktion und Stellung der strafrechtlichen Sanktionen in der heutigen Gesellschaft – Referat aus deutscher Sicht, in: Zeitschrift für Japanisches Recht 4 (1999), 73 ff., 87 f. – Als technokratisches Strafrecht beurteilt wird Feuerbachs Lehre vom psychologischen Zwang von WINFRIED HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, C.H. Beck: München, 2. Aufl. 1990, S. 309 f. – Für eine Gegenüberstellung von demokratischem und von rechtstechnischem Strafrecht vgl. BVerfGE 123, 267 ff., 410 (*Lissabon-Urteil*).

(1) Das *autoritäre Strafrechtsmodell* löst das Strafrecht von einer Zustimmung durch die Bürger und von deren Erwartungen. Es ist an der Erhaltung von Herrschaft orientiert und weist entsprechende herrschaftssichernde Straftatbestände und Strafdrohungen auf. Die Strafzwecke der Abschreckung und Sicherung dominieren. Hohe Strafen sollen eine psychische Barriere gegen die Übertretung von Ver- oder Geboten bilden. Wer sich nicht fügt, wird unbegrenzten Sicherungsmaßnahmen unterworfen. Die Akteure des Strafrechtssystems werden von den Herrschenden durch Privilegien aus der Masse der Bürger herausgehoben und damit von ihren Mitbürgern entfremdet. Derart erleichtert man den Justizjuristen die Verhängung von harten Sanktionen, die eigentlich gegen das Gerechtigkeitsgefühl der Bürger verstoßen.

(2) Das *technokratische Strafrechtsmodell* ist in einiger Hinsicht von der zugrundeliegenden Gesellschaftsform abstrahierbar. Es fungiert nicht notwendig als Instrument einer autoritär herrschenden Gruppe. Andererseits ist es auch nicht an die Wertorientierung der Bürger angebunden. Strafrecht der fraglichen Art ist schlicht dazu da, der als notwendig angesehenen staatlichen Verbrechenskontrolle Regeln zu geben. Da hier das Strafrechtssystem die Wertorientierungen der Bürger gar nicht oder wenig inkorporiert bzw. reproduziert, dominiert eine objektivierende Betrachtung, d.h. es steht mehr das Erfolgsunrecht als das Handlungsunrecht im Vordergrund. Von daher fehlen den Justizjuristen wesentliche wertbezogene Entscheidungsmaßstäbe und es ist die Limitierungsfunktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung eher schwach ausgeprägt. Die Richter sehen sich als „Mund des Gesetzes“ und erwarten dementsprechend umfassende Wertungsvorgaben.

(3) Das *demokratische Strafrechtsmodell* demonstriert in der Bestrafung des Täters die Erwartungen der den Staat tragenden Bürger. Es geht zunächst um die Reproduktion der in der Primär- und Sekundärsozialisation verinnerlichten Werteordnung durch gerechte Strafe. Die subjektive Dimension einer Auflehnung gegen die gesellschaftliche Rechtsordnung stellt eine wesentliche Komponente deliktischen Unrechts dar. Das Erfolgsunrecht ist demgegenüber nicht vorrangig sanktionsprägend. Da das wechselseitige Anerkennungsverhältnis der Bürger Hilfe auch für den gestrauchelten Mitbürger einfordert, kommt der Resozialisierungsidee vergleichsweise große Relevanz zu. Abschreckung hingegen weist geringere Bedeutung auf, weil hohe Strafen zu der Primärorientierung an einer gerechten Strafe schnell in Konflikt geraten. Die dauerhafte Entfernung des Täters aus der Gesellschaft als Sicherungsmaßnahme ist *ultima ratio* und an Verhältnismäßigkeitsstandards sowie an das Eröffnen von Perspektiven der Therapie zwecks Freilassung nach Besserung gebunden.

II. STRAFRECHTSEXPORT UND RECHTSVERGLEICH

Im Folgenden will ich den Nutzen von Rechtsvergleichung vor allem für die Wahrnehmung der eigenen Rechtsgeschichte vor dem Hintergrund ausländischer Entwicklungen thematisieren. Für diesen Ansatz sei auf eine Stellungnahme von *Hans-Heinrich Jescheck* Bezug genommen⁴:

„Die eigene Rechtsgeschichte lässt sich besser verstehen ..., wenn man den Gang der Ereignisse hinsichtlich der gleichen Institutionen und Ideen in anderen Rechtsordnungen kennt und dazu in Parallele setzen kann“.

1. Die Versuchslehre im Vergleich

a) Grundfragen

Für eine vertiefte Detailanalyse geht es im Folgenden um die Entwicklung der deutschen Versuchslehre vor dem Hintergrund der japanischen. Dieser Vergleich erscheint besonders reizvoll, weil die japanische Versuchslehre bekanntlich ihre Wurzeln in der europäischen Rechtsdoktrin vom Ende des 19. und Beginn des 20. Jahrhunderts hat. Wir können also für Deutschland und Japan eine recht ähnliche Ausgangsposition festhalten, auch wenn die japanische Versuchsregelung nicht zuletzt französischem Vorbild folgte⁵. Von daher stellt sich die Frage, was dazu geführt hat, dass die Entwicklung in den Ländern durchaus verschieden verlaufen ist, nämlich in Deutschland (sowie Frankreich⁶) subjektive Versuchslehren dominieren und in Japan (wie in Korea⁷) objektive Versuchslehren im Vordergrund stehen⁸.

4 HANS-HEINRICH JESCHECK, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung, in: Jescheck (Hrsg.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Nomos: Baden-Baden, 1985, S. 1939 ff., 2154.

5 Vgl. MAKOTO IDA, Methodik der Rechtsfindung – insbesondere im japanischen Strafrecht, in: Joerden u.a. (Hrsg.), Vergleichende Rechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc, Duncker & Humblot: Berlin, 2009, S. 3 ff., 7.

6 Vgl. JULIETTE LELIEUR / PEGGY PFÜTZNER / SABINE VOLZ, Strafbares Verhalten im Vorfeld der Tatvollendung in Frankreich, in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil, Teilband 3, Duncker & Humblot: Berlin, 2008, S. 834 ff., 840 f.

7 Für die entsprechende Situation in Korea vgl. MISUK SON, Strafbares Verhalten im Vorfeld der Tatvollendung in Korea, in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil, Teilband 3, Duncker & Humblot: Berlin, 2008, S. 863 ff., 869 ff.

8 Vgl. HARUO NISHIHARA, Die gegenwärtige Lage der japanischen Strafrechtswissenschaft, in: Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Duncker & Humblot: Berlin, 1985, S. 1233 ff., 1242 ff.; IDA (Fn. 1), S. 35 f.; YOSHIKATSU NAKA, Der Strafgrund des Versuchs, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker & Humblot: Berlin, 1989, S. 93 ff., 98 ff.; ferner RYUICHI HIRANO, Deutsche Strafrechtsdogmatik aus japanischer Sicht, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker & Humblot: Berlin, 1989, S. 81 ff.

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts wandelte sich die deutsche Versuchslehre von einer objektiven hin zu einer stärker subjektiven. Dies geschah insbesondere durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁹, welche wiederum ganz wesentlich durch die versuchsbezogenen Lehren des späteren Reichsgerichtsrates *von Buri*¹⁰ geprägt war¹¹.

Die objektiven Lehren verlangen einen tatbestandsbezogenen Gefahreneintritt im Sinne einer konkreten Rechtsgutsgefährdung oder einer „tatbestandsnahen Gefahr“ (*Roxin*)¹² und lassen daher einen absolut untauglichen Versuch straffrei. Hingegen konzentriert sich bei den subjektiven Versuchslehren die Abgrenzung zur regelmäßig strafreien Vorbereitungshandlung ganz auf die in der Tathandlung liegende Manifestation eines deliktischen Entschlusses. Dies führt konsequenterweise zur uneingeschränkten Strafbarkeit auch des untauglichen Versuchs und damit zu einer Strafbarkeitsausdehnung gegenüber der objektiven Versuchslehre¹³.

Bei rein rechtstechnischer Betrachtung führen die subjektiven Lehren unverkennbar zu Abgrenzungsproblemen hinsichtlich der für eine tatbestandliche Ausführungshandlung zu verlangenden Qualität der Willensmanifestation. Aber auch die objektiven Theorien weisen Schwierigkeiten der Bestimmung einer eindeutigen Strafbarkeitsgrenze auf, da sie eine Gefahrendiagnose mit eindeutigem Ergebnis erfordern¹⁴. Unter Aspekten der Praxistauglichkeit erscheint daher die Bevorzugung des einen oder des anderen Ansatzes und damit die insoweit verschiedene Entwicklung der Versuchslehren in Deutschland und in Japan schwer begründbar.

Unser Vergleich der Rechtsordnungen wird sich im Weiteren also der Frage zuwenden müssen, ob gerade das Ermöglichen einer Strafbarkeit auch des untauglichen Versuchs zu den unterschiedlichen Versuchslehren Anlass geben konnte. Es ist zu

-
- 9 Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt) 1, 439 ff.; RGSt 1, 451 f.; RGSt 8, 198 ff.; RGSt 68, 45 ff., 52 f.; RGSt 72, 109 ff. – Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Lehre angeschlossen; vgl. etwa Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt) 2, 74 ff.; BGHSt 4, 254; BGHSt 11, 268 ff., 271.
 - 10 Vgl. etwa MAXIMILIAN VON BURI, Der Versuch des Verbrechenens mit untauglichen Mitteln oder an einem untrüglichen Objekt, in: Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß 20 (1868), 325 ff.; DERS., Über das Wesen des Versuchs, in: Goltdammer's Archiv für Gemeines Deutsches und für Preussisches Strafrecht 25 (1877), 265 ff.; DERS., Versuch und Causalität, in: Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß, Gerichtliche Medizin, Gefängnißkunde und ausländische Literatur 32 (1880), 321 ff.; DERS., Über die sog. untaugliche Versuchshandlung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1 (1881), 185 ff.
 - 11 Dazu RAINER ZACZYK, Das Unrecht der versuchten Tat, Duncker & Humblot: Berlin, 1989, S. 77 ff.
 - 12 Vgl. CLAUD ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil II, C.H. Beck: München, 2003, § 29 Rn. 28.
 - 13 Vgl. zum Ganzen ZACZYK (Fn. 11), S. 41 ff.; MAGDALENA GRUPP, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat, Nomos: Baden-Baden, 2009, S. 136 ff.
 - 14 Vgl. dazu THOMAS WEIGEND, Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker & Humblot: Berlin, 1989, S. 113 ff., 126 ff.

fragen, ob sich „hinter der theoretischen Unzulänglichkeit der subjektiven Versuchstheorie ein plausibler Gedanke verbarg, der ihr gerade in der Praxis zur Durchsetzung verhalf“ (Zaczyk)¹⁵. Gerade das Festhalten an der objektiven Versuchslehre im japanischen Recht kann möglicherweise die Entstehungsbedingungen der in Deutschland vorherrschenden subjektiven Lehre¹⁶ besser verständlich machen. Denn es ergibt sich im rechtsvergleichenden Blick¹⁷ etwa die Frage, warum – anders als in Deutschland (und in Frankreich) – die Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs in Japan (wie in Korea) als unproblematisch angesehen wird.

b) Unrechtsbegriff und gesellschaftlicher Rahmen in Deutschland

Unverkennbar passt die subjektive Versuchslehre gut zum in Deutschland in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu großer Bedeutung gelangten „personalen Unrechtsbegriff“¹⁸. Die darauf beruhenden Ansätze verstehen strafrechtliches Unrecht nicht einfach als konkrete Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung sondern zugleich als Verstoß gegen die Rechtsordnung insgesamt, welche eine wechselseitige Anerkennung der Freiheit und der Rechtsstellung unter den Rechtsgenossen voraussetzt. Ein konkret folgenlos gebliebener Angriff auf ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut ist von daher unter der allgemeineren Perspektive nicht folgenlos geblieben. Vielmehr wurde durch die Tat das Erfordernis einer Anerkennung der Rechtsordnung wie auch der Rechtsposition des Angegriffenen unübersehbar in Zweifel gezogen¹⁹.

Dieser Verstoß gegen die Rechtsordnung lässt sich unschwer als Anknüpfungspunkt für das Erfordernis einer Verdeutlichung der Normgeltung durch Strafrecht plausibel

15 ZACZYK (Fn. 11), S. 75.

16 Für objektive bzw. vermittelnde Ansätze in Deutschland vgl. CLAUS ROXIN, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, Nomos: Baden-Baden, 2007, S. 829 ff.; DERS., Strafrecht. Allgemeiner Teil II, C.H. Beck: München, 2003, § 29 Rn. 10 ff. – jeweils m.w.Nw.

17 Zum Rechtsvergleich vgl. HANS-HEINRICH JESCHECK / THOMAS WEIGEND, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot: Berlin, 5. Aufl. 1996, S. 527 f.

18 Zur personalen Unrechtslehre etwa ERNST-JOACHIM LAMPE, Das personale Unrecht, Duncker & Humblot: Berlin, 1967, S. 206 ff.; HANS WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, de Gruyter: Berlin, 11. Aufl. 1969, S. 3, 62; HARRO OTTO, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 87 (1975), 539 ff.; MICHAEL KÖHLER, Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Carl Winter: Heidelberg, 1982, S. 324 ff.; ZACZYK (Fn. 11), S. 105 ff.; zu den Grenzen vgl. CHRISTOS MYLONOPOULOS, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, Heymanns: Köln, 1980, S. 23 ff., 129 ff.

19 Aus rechtstheoretischer bzw. -philosophischer Perspektive dazu etwa KNUT AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Athenäum: Frankfurt am Main, 1972, S. 385 ff.; ZACZYK (Fn. 11), S. 231 ff.; UWE MURMANN, Versuchsunrecht und Rücktritt, C.F. Müller: Heidelberg, 1999, S. 5 f.; GÜNTHER JAKOBS, Sozialschaden? Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung, Duncker & Humblot: Berlin, 2009, S. 37 ff., 46.

machen²⁰. Und tatsächlich hat man im Rahmen der Straftheorie entsprechend reagiert, indem der Strafzweck der Normbestätigung (Normbekräftigung bzw. positive Generalprävention) zunehmend Beachtung fand²¹. In der Großen Strafrechtsreform war letztlich in diesem Sinne die „Verteidigung der Rechtsordnung“ als neuer Strafzweck in das Strafgesetzbuch (§§ 47 I, 56 III, 59 I Nr. 3 StGB) eingefügt worden.

Auch der für das angegriffene Rechtsgut bzw. das Tatobjekt konkret folgenlose Angriff beinhaltet in dieser gesellschaftsbezogenen Orientierung sowohl Strafbedürftigkeit als auch Strafwürdigkeit bezüglich Versuchsstrafbarkeit. In der sog. Eindruckstheorie²² wird diese Sichtweise gebündelt. Strafgrund des Versuchs ist danach die durch die Versuchshandlung geschaffene (abstrakte) Gefährdung des Vertrauens der Rechtsgenossen in die Gültigkeit der Rechtsordnung insgesamt und speziell der vom Versuchstäter in Frage gestellten Ver- oder Gebotsnorm. Wobei für leichte Delikte (Vergehen) und für evident nicht ernstzunehmende Angriffe auch unter generalpräventiver Perspektive Strafbarkeits-Freiräume zuzugestehen sind, wie in § 23 I, III StGB geschehen²³.

Obschon die höchstrichterliche Anerkennung der subjektiven Versuchslehre durch das Reichsgericht im Jahre 1880²⁴ zeitlich weit vor der Ausformulierung der personalen Unrechtsverständnisse lag, lässt sich die Entstehung der subjektiven Versuchslehre mit der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung sinnvoll in Beziehung setzen: Nach der staatstheoretischen Verabschiedung des Absolutismus im 18. und 19. Jahrhundert gewannen die durch die Epoche der Aufklärung geschaffenen Ansätze eines neuen Gesellschaftsverständnisses zunehmend an Einfluss, indem sich die Bürger selbst als Träger der Sozietät und des Rechts verstanden. *Savigny* hat dementsprechend schon zu Beginn

20 Zur insbesondere im 19. Jahrhundert geführten Diskussion um die strafrechtliche Bedeutung des durch die Straftat bewirkten „intellektuellen Verbrechensschadens“ vgl. HEINZ MÜLLER-DIETZ, Vom intellektuellen Verbrechensschaden – Eine nicht nur historische Reminiszenz, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 130 (1983), 481 ff.

21 Vgl. dazu etwa GÜNTHER JAKOBS, Schuld und Prävention, Mohr: Tübingen, 1976, S. 8 ff.; FRANZ STRENG, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 92 (1980), 637 ff., 642 ff., 663; HEINZ MÜLLER-DIETZ, Integrationsprävention und Strafrecht, in: *Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Duncker & Humblot: Berlin, 1985, S. 813 ff.*; URS KINDKÄUSER, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main, 1989, S. 30 ff., 343; GÜNTHER JAKOBS, Strafrecht. Allgemeiner Teil, de Gruyter: Berlin, 2. Aufl. 1991, Abschnitt 1 Rn. 4 ff.; HASSEMER (Fn. 3), S. 324 ff.; FRANZ STRENG, Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, Kohlhammer: Stuttgart, 3. Aufl. 2012, Rn. 24 f.

22 Ausführlich etwa THOMAS HILLENKAMP, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, de Gruyter: Berlin, 12. Aufl. 2007, Vor § 22 Rn. 77 ff.; ferner FRANZ STRENG, Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum?, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), 862 ff., 865 f.; ALBIN ESER in: *Schönke/Schröder, StGB. Kommentar*, C.H. Beck: München, 28. Aufl. 2010, § 22 Rn. 22; vgl. für Kritik an der Eindruckstheorie etwa UWE MURMANN (Fn. 19), S. 4 f.; GRUPP (Fn. 13), S. 103 ff.; ROLF HERZBERG / KLAUS HOFFMANN-HOLLAND, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, C.H. Beck: München, 2011, § 22 Rn. 9 ff.

23 Vgl. zur Entstehungsgeschichte HILLENKAMP (Fn. 22), Vor § 22 Rn. 44, 49.

24 RGSt 1, 439 ff.

des 19. Jahrhunderts das Recht als „Teil des Volkslebens“ eingestuft und das wissenschaftlich betriebene Recht als „technisches Element“ danebengestellt²⁵.

Veränderungen im Gesellschaftsverständnis beeinflussten notwendig also auch das Strafrechtsverständnis²⁶: In vordemokratischen Zeiten bestimmten der konkrete Rechtsgüterschutz und die Idee notwendigen Gehorsams der Untertanen das Verständnis des Strafrechts. Durch die Aufklärung trat der Anspruch eindeutiger gesetzlicher Vorgaben und willkürfreier Gesetzesanwendung hinzu, um die bürgerlichen Freiräume abzusichern. Im Weiteren aber erlangte dann die Idee einer wechselseitigen Verpflichtung der Rechtsgenossen als tragendes gesellschaftliches Element mehr und mehr an Bedeutung.

Für das Versuchsverständnis bedeutete dies, dass der untaugliche Versuch eine neue Bedeutung für die Rechtsgeltung gewann. Auch der nicht konkret rechtsgutsgefährliche Angriff bedeutet(e) eine Infragestellung der neuen Ordnung, wie sie etwa in den Ideen vom Gesellschaftsvertrag ausformuliert ist. Deutlich wurde diese veränderte rechtstheoretische Wahrnehmung in der im 19. Jahrhundert geführten Diskussion um die strafrechtliche Bedeutung des durch die Tat bewirkten „intellektuellen Verbrechenschadens“²⁷. Die hier vertretene Hypothese lautet demnach, dass die subjektive Versuchslehre aus denselben gesellschaftlichen Entwicklungen und Zusammenhängen heraus entstanden ist, wie die personalen Unrechtslehren, weshalb sie als deren Vorläufer und möglicherweise sogar als ihr Wegbereiter anzusehen ist²⁸.

c) *Der vergleichende Blick auf Japan*

Anders als Deutschland ist Japan den objektiven Versuchslehren letztlich treu geblieben, wenngleich auch hier Meinungsstreit besteht²⁹. Diesen Unterschied auf seine Hintergründe hin zu untersuchen, sei hier gewagt. Wenn für Deutschland ein in der aufklärerischen Philosophie wurzelndes demokratisches Gesellschaftsverständnis als maßgeblich für eine zunehmende Subjektivierung des Strafrechts erkannt wurde, dann bietet sich dieses zugleich als Interpretationshintergrund für die in Japan anders verlaufene Entwicklung an.

Als wesentlich prägendes Merkmal der gesellschaftlichen Situation in Japan gilt die hier immer noch ganz entscheidend durch traditionelle Werte und Konfliktlösungsmuster geprägte Verhaltenssteuerung. Eine unmittelbar in strafrechtliche Dimensionen ausformulierte Verhaltenserwartung tritt demgegenüber zurück. Strafrecht wird folglich

25 Vgl. VON SAVIGNY (Fn. 1), S. 12 ff.; ferner GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe (hrsg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson), C.F. Müller: Heidelberg, 1999, S. 86 ff.

26 Vgl. dazu MARTIN REULECKE, *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2007.

27 Vgl. dazu MÜLLER-DIETZ (Fn. 20), 481 ff.

28 Vgl. auch WEIGEND (Fn. 14), S. 119 f.; zum Argument der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs für die Begründung des personalen Unrechtsbegriffs vgl. WELZEL (Fn. 18), S. 62; dagegen aber LAMPE (Fn. 18), S. 249 f.

29 Vgl. oben Fn. 8.

erst dann bedeutsam, wenn die anderswo wurzelnden Verhaltenserwartungen nicht erfüllt worden sind. Von daher geht es bei Strafrechtsanwendung auch nicht so sehr um Normbestätigung. Vielmehr stehen die rechtsförmige Behandlung von Fehlverhalten und der gegenständliche Rechtsgüterschutz im Vordergrund³⁰. Dass das Strafgesetz nicht mit Blick auf die Wahrnehmung durch die Bürger formuliert wurde, wird auch durch dessen Abfassung in einer schwer verständlichen Sprache erhellt³¹.

Auf dieser Grundlage erscheint es konsequent, der subjektiven Versuchslehre distanziert gegenüber zu stehen. Denn diese legitimiert sich durch einen Anspruch auf Normbestätigung in der Folge der Verletzung einer im Strafrecht verkörperten Werteordnung. Nachdem das Strafrecht in Japan diese Aufgabe der Werteverdeutlichung aber in vergleichsweise geringem Maße haben dürfte, fehlt für eine darauf abzielende Strafbarkeit des untauglichen Versuchs die Grundlage.

Diese Überlegungen finden eine Stütze schließlich darin, dass die personale Unrechtslehre in Japan wenig dauerhaften Widerhall gefunden hat³². Anders als in Deutschland hat sich, trotz andersartiger Initiativen, zwischenzeitlich eine gewisse Entsubjektivierung des Unrechtsbegriffs durchgesetzt.

Dass das Vorstehende eine sehr holzschnittartige und statische Bestandsaufnahme darstellt, sei von vornherein eingeräumt. Es bleibt im Übrigen einzukalkulieren, dass auch die japanische Bevölkerung zunehmend von Modernisierungseffekten im Sinne von Entwurzelung, Anonymisierung und Traditionsverlust betroffen sein wird. In der Folge dessen dürften dem Strafrecht neue Aufgaben zuwachsen. Die neuestens durchgeführte Modernisierung des Gesetzestextes, der für die Bevölkerung daher leichter verständlich ist, und auch die Einführung des Schöffengerichts für die Aburteilung schwerster Taten zeugen von derartigen Entwicklungen hin zu einer stärkeren Bürgernähe des Strafrechts. Dies mag dann auch zu einer veränderten Einschätzung der Vor- und Nachteile von subjektiver und objektiver Versuchslehre Anlass geben. Und parallel dazu mag sich die Frage nach der Tragfähigkeit eines personalen Unrechtsbegriffs neu stellen.

Auf der anderen Seite haben sich auch im deutschen Strafrecht Ansätze einer Relativierung der Idee vom normbestätigenden Strafrecht gezeigt. Es sind Tendenzen hin zu

30 Vgl. HIRANO (Fn. 8), S. 89; für eine ausführliche Wiedergabe der entsprechenden „neoobjektivistischen“ Position IDA (Fn. 1), S. 70 ff.

31 Vgl. KOICHI MIYAZAWA, Traditionelles und Modernes im japanischen Strafrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 26 (1976), 813 ff., 828; BERND J. GÖTZE, Das Japanische im japanischen Strafrecht, in: Menkhaus (Hrsg.), Das Japanische im japanischen Recht, iudicium: München, 1994, S. 505 ff., 511; KARL-FRIEDRICH LENZ / ROBERT HEUSER, Strafrechtsentwicklung in Japan und der Volksrepublik China. Landesberichte über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur, Iuscrim: Freiburg i. Br., 1995, S. 54 f.

32 Vgl. NISHIHARA (Fn. 8), S. 1237 ff.; IDA (Fn. 1), S. 70 ff.; DERS., Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV, Max-Planck-Institut: Freiburg i.Br., 1995, S. 93 ff., 96 f.

einem technokratischen Strafrecht erkennbar. Drastisch deutlich wird das in der zunehmenden Nutzung von schuldunabhängigen Sicherungssanktionen und in dem – wenn gleich heftig kritisierten – straftheoretischen Ansatz vom „Feindstrafrecht“³³.

2. Zur Bedeutung des Systemdenkens

Eines Blickes wert erscheint im erörterten Zusammenhang auch die in Deutschland und Japan unterschiedliche Bedeutung eines Systemdenkens in der strafrechtlichen Rechtsanwendung. Damit ist gemeint, inwieweit man die Lösung einzelner Fälle oder Problemfragen stimmig in ein „Netzwerk von Fällen“ einzustellen beabsichtigt oder eher mit gerecht erscheinenden Einzellösungen zufrieden ist. *Makoto Ida* berichtet dazu, dass in Japan die Bereitschaft zu derartigem Systemdenken bei den Gerichten deutlich weniger ausgeprägt ist als in Deutschland³⁴. Und er setzt dies in Beziehung zu einem verstärkten Einfluss des amerikanischen *case law*. Mir scheint nun der Hinweis auf diesen ausländischen Einfluss ergänzungsbedürftig.

Es mutet naheliegend an, die im vorigen Abschnitt dargestellten kulturspezifischen Unterschiede der Bedeutung von Strafrecht heranzuziehen: Wir gehen in Deutschland davon aus, dass das Strafrecht ein stimmiges, von den Rechtsüberzeugungen der Bürger getragenes System darstellt. Und dies gilt durchaus unabhängig davon, dass immer wieder Gesetzeskritik in Einzelfragen geäußert wird. Von diesem sehr grundsätzlichen Ausgangspunkt aus, dass das Strafrecht als ein den Wertüberzeugungen der Bürger entsprechendes System zu begreifen ist, erscheint es auch ganz plausibel, für Problemlösungen zu Einzelfällen „systemfähige“ Vorschläge zu erarbeiten und in der Rechtsprechung zu verfolgen.

In Japan sieht das anders aus, nachdem die traditionell handlungsleitenden Werthaltungen mit dem Strafgesetz nur lose verbunden sind. Gerechte Lösungen beziehen ihre Akzeptanz mithin stärker aus außerstrafrechtlichen Zusammenhängen und lassen sich von daher nicht so gut in strafrechtsinterne Systeme integrieren³⁵.

33 Für einen derartigen Ansatz GÜNTHER JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld von Rechtsverletzungen, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97 (1985), 751 ff., 778 f., 783 f.; DERS., Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, Duncker & Humblot: Berlin, 1999, S. 109 ff.; entschiedene Kritik daran etwa in den Beiträgen in THOMAS UWER (Hrsg.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Strafverteidigervereinigungen: Berlin, 2006; THOMAS VORMBAUM (Hrsg.), *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT: Berlin, 2009.

34 IDA (Fn. 5), S. 14 ff.

35 Zur ähnlichen Situation in Korea vgl. YOUNG-WHAN KIM, Zu Folgeerscheinungen der Rezeption in Korea: Begriffsjurisprudenz und die Flucht in die Generalklausel, in: Orsi/Seelmann/Smid/Steinvorth (Hrsg.), *Philosophische Hefte, Band IX: Recht und Kulturen*, Peter Lang: Frankfurt am Main, 2000, S. 59 ff.; BYUNG-SUN CHO, Die Rezeption des Europäischen Strafrechts in Korea, in: Orsi/Seelmann/Smid/Steinvorth (Hrsg.), *Philosophische Hefte, Band IX: Recht und Kulturen*, Peter Lang: Frankfurt am Main, 2000, S. 69 ff., 72 f.

3. *Zum Verhältnis von Bestimmtheit und Flexibilität im Strafrecht*

Mit dem Aspekt geringerer Systematisierung als im deutschen Strafrecht hängt auch die in Japan größere Flexibilität im Umgang mit dem Strafgesetz und die höhere Bedeutung der Einzelfallgerechtigkeit³⁶ zusammen.

Die größere Flexibilität des japanischen Strafrechts im Umgang mit dem Gesetzeswortlaut erscheint im Grundsatz schon deshalb systemkonform, weil – wie schon hervorgehoben – stärker als im deutschen Strafrecht in Japan die Verhaltenssteuerung und auch die Wertungsgrundlagen für gerechte Entscheidungen auf außerstrafrechtliche kulturelle bzw. traditionale Vorgaben abgestützt sind. Wegen der also geringeren Leitfunktion des Gesetzes wird das Gesetzlichkeitsprinzip wohl als weniger bedeutsam angesehen als in Deutschland³⁷. Und es lässt sich konstatieren, dass dies es ermöglicht hat, auch ohne ständige Gesetzesänderungen angemessen auf die Herausforderungen einer sich stetig verändernden Welt zu reagieren³⁸.

In Deutschland hat die zunehmend starke Beachtung des Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 103 II GG = § 1 StGB), insbesondere des Analogieverbots, zwar die Rechtssicherheit im Sinne wünschenswerten Schutzes vor unkalkulierbaren Bestrafungsrisiken gefördert. Auf der anderen Seite führte dies aber auch zur Schaffung von hausgemachten Problemen bei der Gesetzesauslegung und zum allzu häufigen Ruf nach dem Gesetzgeber. Dabei wird m.E. zu wenig beachtet, dass das Gesetzlichkeitsprinzip mit Blick auf die Bedingungen der Strafgesetzgebung und deren Umsetzung in der Praxis³⁹ gesehen werden muss. Unverkennbar ist der Gesetzgeber darauf angewiesen, dass solche Probleme, wie sie durch die im Gesetzgebungsverfahren weithin gar nicht überschaubaren Auswirkungen von Gesetzesformulierungen auftreten, dann von den Gerichten und der Wissenschaft bewältigt werden. Und manchmal ruft der Gesetzgeber selbst Gerichte und Wissenschaft dazu auf, die im Gesetzgebungsverfahren offen gebliebenen Fragen zu

36 Vgl. etwa FUMIO KANAZAWA, Die Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips im japanischen Strafrecht, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot: Berlin, 1989, S. 179 ff., 183 ff.; JOACHIM HERRMANN, Die Japanisierung des westlichen Rechts: Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Coing/Hirano u.a. (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, Mohr: Tübingen, 1990, S. 397 ff., 399 ff.; RYUICHI HIRANO, Die Japanisierung des westlichen Rechts im japanischen Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Coing/Hirano u.a. (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, Mohr: Tübingen, 1990, S. 387 ff., 389 ff.; NORIYUKI NISHIDA, Das Japanische im japanischen Strafrecht, in: Menkhaus (Hrsg.), *Das Japanische im japanischen Recht, iudicium*: München, 1994, S. 527 ff., 530 ff.; IDA (Fn. 5), S. 15 f.

37 Vgl. dazu KANAZAWA (Fn. 36), S. 179 ff.; HIRANO (Fn. 36), S. 390.

38 Vgl. dazu KANAZAWA (Fn. 36), S. 186 f.; HIRANO (Fn. 36), S. 391.

39 Zur Unzulänglichkeit der etablierten Methodenlehre, diesen Umsetzungsprozess zu bewältigen vgl. WINFRIED HASSEMER, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2007, 213 ff., 217 ff.; RALPH CHRISTENSEN / HANS KUDLICH, *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, Duncker & Humblot: Berlin, 2008, S. 80 ff.

klären⁴⁰. Einem semantischen Purismus etwa in dem Sinne, dass ein tatbestandlicher Begriff (z.B. „Tat“) im Strafgesetzbuch immer denselben Aussagegehalt haben müsse, ganz gleich, in welchem Zusammenhang er steht, sollten Rechtsanwender wie Rechtswissenschaftler sich daher nicht hingeben⁴¹.

Sich als Wissenschaftler zügelnd auf den Wortlaut des Gesetzes zurückzuziehen, ohne die Auslegungsgrenzen des „möglichen Wortsinns“ funktionsangemessen wahrzunehmen⁴², bedeutet schwerlich, dem Prinzip der Gewaltenteilung Reverenz zu erweisen. Vielmehr muss es darum gehen, der Schutzrichtung des Analogieverbots⁴³ Rechnung zu tragen, nämlich den Verständnishorizont des juristischen Laien zu respektieren. Solange den Bürgern durch die *lex scripta* der strafrechtliche Normbereich bzw. die ihnen drohende strafrechtliche Haftung deutlich genug wird, bleibt es Aufgabe der Gerichte und der Wissenschaft, mit den vorliegenden Gesetzestexten zu arbeiten – trotz des immer wieder und zunehmend sich einstellenden Wunsches nach gründlicherer Kodifikationsarbeit⁴⁴.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die eher zurückhaltende Anwendung des Gesetzlichkeitsprinzips in Japan aus deutscher Sicht aufmerksam analysiert und bewertet werden sollte. Wir haben allen Grund, unser derzeitiges Verständnis vom Analogieverbot als möglicherweise überzogen zu hinterfragen⁴⁵. Ein Rechtsvergleich kann dabei nur nützlich sein.

40 Zur einschlägigen Lage bei der *actio libera in causa* vgl. FRANZ STRENG, „actio libera in causa“ und Vollrauschstrafbarkeit, Juristenzeitung 2000, 20 ff., 22 (mit Fn. 28); DERS., in: Münchener Kommentar zum StGB, C.H. Beck: München, 2. Aufl. 2011, § 20 Rn. 129.

41 Vgl. etwa FRANZ STRENG, Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper, C.F. Müller: Heidelberg, 2007, S. 629 ff., 632 ff.

42 Dazu HANS KUDLICH, „Gesetzesumgehung“ und andere Fälle teleologischer Lückenschließung im Strafrecht, in: Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel, Duncker & Humblot: Berlin, 2010, S. 93 ff., 103 ff.

43 Näher zum Gewährleistungsgehalt von Art. 103 II GG etwa IVO APPEL, Verfassung und Strafe, Duncker & Humblot: Berlin, 1998, S. 117 ff.

44 Außerordentlich scharfe Kritik hat die unzulängliche Vorbereitung des 6. StrRG von 1998 bei KARL LACKNER und KRISTIAN KÜHL (Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts. Eine kritische Einführung, C.H. Beck: München, 1998, S. V ff.) gefunden. Man mag die in diesem Gesetzgebungsverfahren deutlich gewordene überhastete und daher fehleranfällige Strafgesetzgebung als symptomatisch für die derzeitige legislative Arbeit ansehen. Vgl. auch MICHAEL HETTINGER, in: Laubenthal (Hrsg.), Festgabe für Rainer Paulus zum 70. Geburtstag, Ergon: Würzburg, 2009, S. 73 ff. Für ähnliche Erscheinungen in der Schweiz GÜNTER STRATENWERTH, Neuere Strafgesetzgebung – eine Philippika, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 127 (2009), 114 ff.

45 Näher FRANZ STRENG (Fn. 41), S. 639 ff.

III. ABSCHLIESSENDE ÜBERLEGUNGEN

1. *Kulturspezifische Grundlagen und Strafrecht*

Die Hauptlinie der vorstehenden Überlegungen zu Einzelfragen beruht auf der Hypothese eines in Japan anderen Verhältnisses von Strafgesetz und Strafrechtspraxis als in Deutschland. Diese Differenzen sind kulturell bedingt und lassen sich nicht als besser oder schlechter in Relation zu der jeweils unterschiedlichen Situation im anderen Land einstufen.

Das japanische Strafrecht wurde in seiner Entstehung und dogmatischen Fortentwicklung zwar ganz wesentlich durch das deutsche Strafrecht geprägt. Jedoch war dieses Recht in einen kulturellen Rahmen eingepflanzt worden, in welchem es zunächst Fremdkörper war. Diese Diskrepanz hat sich im Laufe der Zeit durch Gesetzgebung und rechtswissenschaftliche Bemühungen gewiss verringert, bleibt aber gleichwohl erkennbar. Man mag so den Schluss ziehen, dass nicht nur das importierte deutsche Strafrecht Fremdkörper war, sondern weitergehend, dass auch das „hausgemachte“ Strafrecht in Japan – wie auch in anderen asiatischen Gesellschaften – eine von Europa verschiedene kulturelle Verwurzelung aufweist.

Dass ich mich mit diesen Überlegungen nicht ganz auf ungesichertes Terrain begeben, mögen Beobachtungen zum südkoreanischen Strafrecht, das bekanntlich mit dem japanischen und dem deutschen Strafrecht eng verwandt ist, verdeutlichen. Denn es lässt sich aufzeigen, dass in der Folge der Rezeption des europäischen – und nicht zuletzt deutschen – Strafrechts zu Beginn des 20. Jahrhunderts sich an der Geltung der konfuzianischen Lehre von der Sittlichkeit nichts änderte. Es entwickelte sich „wenig Vertrauen in die Formalisierung der Konfliktabwicklung durch das Strafrecht“ (*Young-Whan Kim*)⁴⁶. In dieses Strafrecht wurde die konfuzianische Lehre von der Sittlichkeit vor allem über die strafrechtlichen Generalklauseln und über die Rechtfertigungsebene importiert, um das Recht den eigentlichen relevanten, vom Strafrecht ganz unabhängigen Normstandards anzupassen. Dabei wurden Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit hintangestellt⁴⁷.

Meine Schlussfolgerung dazu ist, dass hier der Gleichklang von gesellschaftlichen Normen und Strafrecht sich nicht aus einem in Strafrecht ausformulierten bürgerlichen Konsens ergibt, es also nicht um „demokratisches Strafrecht“ im echten Sinne geht. Vielmehr resultiert der Gleichklang aus einem Funktionsverlust des Strafrechts, das hier als traditional beeinflusste Variante eines „technokratischen Strafrechts“ angesehen werden kann.

46 YOUNG-WHAN KIM, Rezeption des deutschen Strafrechts in Korea, in: Hilgendorf (Hrsg.), Ostasiatisches Strafrecht, Mohr Siebeck: Tübingen, 2010, S. 43 ff., 56.

47 Vgl. CHO (Fn. 35), S. 71 ff.; KIM (Fn. 46), S. 57 f.; vgl. auch schon YOUNG-WHAN KIM, Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV, Max-Planck-Institut: Freiburg i.Br., 1995, S. 99 ff., 103 f.

2. Punitivität im Rechtsvergleich

Trotz der kulturell unterschiedlichen Verwurzelung der hier diskutierten Ausprägungen des deutschen und des japanischen Strafrechts ist es naheliegend, dass gesellschaftliche Modernisierungstendenzen in beiden Ländern und Rechtsordnungen zu Annäherungen führen können. Besonders plakativ erscheinen hier Entwicklungen im Sanktionensbereich.

Neuere Berichte aus Japan sprechen von einem zunehmenden Trend zu hartem strafrechtlichen Reagieren auf Seiten des Gesetzgebers und auch der Gerichte⁴⁸. Die Strafgesetzgebung sei inzwischen erheblich populistisch geprägt und erfolge weitgehend ohne sachkundige Beratung durch die Wissenschaft.

Auch für Deutschland ist eine ganz entsprechende, besorgniserregende Diagnose zutreffend⁴⁹. Im Bereich der schwersten Delikte gegen die Person zeigt die Verurteiltenstatistik eine eindeutige Tendenz zu höheren Strafen. Die Gesetzgebung im Sanktionensbereich ist durch eine Tendenz zu höheren Strafrahmen und zur Schaffung zusätzlicher Sicherungssanktionen geprägt.

Es stellt sich angesichts dessen um so drängender die Frage, worauf denn nun diese Veränderung in der gesellschaftlichen Strafhaltung zurückzuführen ist. Zunächst lässt sich zeigen, dass die Kriminalitätsentwicklung sich als nur bedingt aussagekräftig für angestiegenes Strafverlangen erweist⁵⁰. Plausibler mutet meines Erachtens eine auf Medieneffekte abstellende Hypothese an. Man hat in diesem Zusammenhang von einem „politisch-publizistischen Verstärkerkreislauf“ der Punitivität gesprochen⁵¹. Und in diesem Aufschaukelungsprozess spielt die in den letzten Jahren zunehmend in den Vordergrund getretene Opferorientierung eine nicht unerhebliche Rolle⁵².

48 Vgl. IDA (Fn. 5), S. 10 ff.; DERS., Der Ruf nach einem schärferen Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft in Japan, in: Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel, Duncker & Humblot: Berlin, 2010, S. 361 ff.; OSAMU MAGATA, Zur Entwicklung des japanischen Strafrechts, in: Hilgendorf (Hrsg.), Ostasiatisches Strafrecht, Mohr Siebeck: Tübingen, 2010, S. 25 ff., 37 ff.

49 Vgl. FRANZ STRENG, Bürgerstrafrecht oder Feindstrafrecht? – Zu den Gefahren der Folgenorientierung für ein „demokratisches Strafrecht“, in: Berg/Kapsch/Streng (Hrsg.), Criminal Justice in the United States and Germany – Strafrecht in den Vereinigten Staaten und Deutschland, Universitätsverlag Winter: Heidelberg, 2006, S. 195 ff.; DERS., Strafmentalität und gesellschaftliche Entwicklung – Aspekte zunehmender Punitivität, in: Behr/Cremer-Schäfer/Scheerer (Hrsg.), Kriminalitäts-Geschichten – Ein Lesebuch über Geschäftigkeiten am Rande der Gesellschaft, LIT: Hamburg, 2006, S. 211 ff.

50 Vgl. für Deutschland FRANZ STRENG, Sanktionseinstellungen bei Jura-Studierenden im Wandel, in: Soziale Probleme 17 (2006), 210 ff., 222 f.; vgl. für Japan HELMUT KURY / MARTIN BRANDENSTEIN / TOSHIO YOSHIDA, Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen – Zur neuen Punitivität im Ausland (USA, Finnland und Japan), in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 121 (2009), 190 ff., 208 ff.

51 Vgl. SEBASTIAN SCHEERER, Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf, in: Kriminologisches Journal 10 (1978), 223 ff.

52 Vom Verfasser in Erlangen durchgeführte Befragungen von Jura-Studienanfängern haben Folgendes gezeigt (hier Befunde der Jahre 2005 und 2007): Je stärker die Befragten die Er-

Gestiegene Kriminalitätsfurcht und auch Punitivität könnten schließlich auch Ausdruck einer gerade in einer gesellschaftlichen Umbruchssituation als problematisch erlebten sozialen Lage sein⁵³. Man spricht insoweit von einer „Generalisierungshypothese“⁵⁴. In diesem Sinne könnte die angewachsene Punitivität als Fernwirkung neuerer Globalisierungsprozesse verstanden werden, welche zu vielfältigen und sehr gravierenden Veränderungen in Sozial- und Wirtschaftsstruktur, Bevölkerungsstruktur und Delinquenz mit einhergehenden tiefgreifenden Verunsicherungen der Bürger führten und führen⁵⁵. Unter dem Stichwort „Risikogesellschaft“ ist das auch in der Strafrechtswissenschaft diskutiert worden⁵⁶.

füllung von Genugtuungsbedürfnissen des Tatopfers als wichtigen Strafzweck ansahen, desto höhere Strafen forderten sie für einen näher beschriebenen Affekttotschlags-Fall ($r = .20$, $p = .003$), desto uneingeschränkter befürworteten sie die lebenslange Freiheitsstrafe ($r = .15$, $p = .001$) und desto stärker votierten sie sogar für die Wiedereinführung der Todesstrafe ($r = .16$, $p = .03$). – Details zur Befragung bei STRENG (Fn. 50), 211 f.

- 53 Vgl. etwa HANS-JÜRGEN KERNER, Kriminologische Forschung im sozialen Umbruch, in: Boers/Gutsche/Sessar (Hrsg.), Sozialer Umbruch und Kriminalität in Deutschland, Westdeutscher Verlag: Opladen, 1997, S. 331 ff., 360; KLAUS SESSAR, Die Angst des Bürgers vor Verbrechen, in: Janssen/Peters (Hrsg.), Kriminologie für Soziale Arbeit, Votum: Münster, 1997, S. 118 ff., 133 ff.; HANS-JÖRG ALBRECHT, Öffentliche Meinung, Kriminalpolitik und Kriminaljustiz, in: Walter/Kania/Albrecht (Hrsg.), Alltagsvorstellungen von Kriminalität, LIT: Münster, 2004, S. 491 ff., 511 ff.; KURY/BRANDENSTEIN/YOSHIDA (Fn. 50), 219.
- 54 Vgl. auch KLAUS BOERS/PETER KURZ, Kriminalitätseinstellungen, soziale Milieus und sozialer Umbruch, in: Boers/Gutsche/Sessar (Hrsg.), Sozialer Umbruch und Kriminalität in Deutschland, Westdeutscher Verlag: Opladen, 1997, S. 187 ff., 218 f.; FRANZ STRENG, Kriminalität und Kriminalitätswahrnehmung nach der Vereinigung Deutschlands, in: de Wall/Germann (Hrsg.), Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link, Mohr Siebeck: Tübingen, 2003, S. 959 ff., 977 f.
- 55 Vgl. HENNER HESS, Die Zukunft des Verbrechen, in: Kritische Justiz 31 (1998), 145 ff.
- 56 Vgl. zur Diskussion um das Strafrecht der „Risikogesellschaft“ etwa HASSEMER (Fn. 3), S. 274 ff.; FELIX HERZOG, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, R. v. Deckers: Heidelberg, 1991; CORNELIUS PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, Klostermann: Frankfurt/M., 1993; GÜNTER STRATENWERTH, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 105 (1993), 679 ff.; LOTHAR KUHLEN, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 141 (1994), 347 ff.; DETLEV FREHSEE, Die Strafe auf dem Prüfstand, in: Strafverteidiger 16 (1996), 222 ff., 224 ff.; HEINZ MÜLLER-DIETZ, Gibt es Fortschritt im Strafrecht?, in: Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer, Springer: Wien, 1996, S. 677 ff.; KARL-LUDWIG KUNZ, Liberalismus und Kommunitarismus in Straftheorie und Kriminalpolitik, in: H.-J. Albrecht u.a. (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser, Duncker & Humblot: Berlin, 1998, S. 859 ff., 863 f.; WOLFGANG FRISCH, Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, Nomos: Baden-Baden, 2007, S. 189 ff., 194 ff.; IDA (Fn. 5), S. 12 f.; ANDREAS EICKER, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, Stämpfli: Bern, 2010, S. 25 ff.; YOUNG-WHAN KIM, Über die Verantwortungsstruktur in der Risikogesellschaft, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, C.F. Müller: Heidelberg, 2010, S. 85 ff.

Sozialpsychologisch betrachtet, wären die in der Bevölkerung bzw. in den Medien zunehmende Interessen-Fixierung auf Kriminalität und Strafe sowie die ansteigende Punitivität als Beruhigungsstrategien zu verstehen: Die eigene Verunsicherung als isolierbares „Kriminalitätsproblem“ – und nur als solches – zu identifizieren, grenzt Beunruhigung ein und ermöglicht mittels forcierten Rufs nach höheren Strafen eine immerhin symbolische Bekämpfung nicht nur der Verunsicherung durch Kriminalität, sondern der eigenen sozialen Verunsicherung insgesamt.

Vielleicht ist dieses anhand der Entwicklungen in Deutschland vorgestellte Modell auch als Erklärungshypothese für die neuere kriminalpolitische Lage in Japan tauglich.