

Die Wandlung des Begriffs der „materiellen Rechtswidrigkeit“ in Ostasien Eine kritische Überprüfung

Von Prof. Dr. Guisheng Cai, Peking*

Franz von Liszt (1851–1919) hat den Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ in die Strafrechtsdogmatik eingeführt. Nun scheint es so, als werde diese Rechtsfigur auch in Ostasien rezipiert.¹ In China und Japan gibt es eine Zahl von Strafrechtlern, die dafür plädieren, mit ihrer Hilfe das Unrecht des Täters im materiellen Strafrecht zu begründen. Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Verwendung der „materiellen Rechtswidrigkeit“ der Grammatik und dem Gebrauch der Wörter entspricht, auch wenn man diesbezüglich die ostasiatischen Sprachen per se berücksichtigt. Falls nein, welche Auswirkung hat eine solche Terminologie auf die Strafrechtswissenschaft? Die Unrechtslehre ist und bleibt stets wichtig im Strafrecht. Anlässlich des Erscheinens der Schriftenreihe zum ostasiatischen Strafrecht in Tübingen ist die Theorie der Rechtswidrigkeit erneut diskutiert worden.² Aufgrund der relativ hohen sprachlichen Barriere zwischen den ostasiatischen und europäischen Ländern sowie des daraus resultierenden missverständlichen Gebrauchs einiger Begriffe besteht jedoch die Gefahr, dass sich in Europa leicht ein falsches Verständnis von den Strafrechtslehren Ostasiens etablieren könnte. Aus diesem Grund ist es notwendig, im Folgenden die relevanten Probleme im Zusammenhang mit der sog. „materiellen Rechtswidrigkeit“ gesondert zu erklären.

I. Einleitung

Innerhalb Ostasiens ist der Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ aus dem deutschen Strafrecht zunächst in Japan und dann in China eingeführt worden. Im ersten Teil dieses Beitrags werde ich zunächst die grundlegende Entstehungs-

* Der Autor ist Associate Professor am Research Center for Criminal Justice und der Law School, Renmin University of China (Peking); Promotion an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (2013). Danken möchte ich Herrn Armbricht für die sprachliche Verbesserung des Manuskripts.

¹ Heute muss man aber die „Rezeption“ des deutschen Gedankenguts in Ostasien skeptisch betrachten. Dazu schreibt Hilgendorf, in: ders. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft im Aufbruch, 2021, S. VI (Vorwort): „Anders als noch vor 20 oder 30 Jahren diskutieren Vertreter der internationalen Strafrechtsdogmatik heute auf Augenhöhe miteinander. Die Zeit, in der deutsche Strafrechtsgelehrte im Ausland wie Heilsbringer empfangen und behandelt wurden, ist vorbei ...“

² Beispielsweise Hilgendorf (Hrsg.), Rechtswidrigkeit in der Diskussion, 2018; ders. (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013; ders. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des chinesischen und deutschen Strafrechts, 2015; Duttge/Tadaki (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert, 2017; Hilgendorf/Ida/Sato (Hrsg.), Strafrecht zwischen Ost und West, 2019; Hilgendorf (Hrsg.), Das Schuldprinzip im deutsch-chinesischen Vergleich, 2019.

geschichte der „materiellen Rechtswidrigkeit“ in Ostasien erörtern (II.). Das Verständnis der geschichtlichen Entwicklung trägt dazu bei, die Gegenwart besser erfassen zu können. Im zweiten Teil gehe ich dem Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ und den daraus abgeleiteten Begriffen unter dem Gesichtspunkt der Sprachphilosophie nach; zugleich analysiere ich die sprachliche Reichweite dieser Begriffe in Ostasien (III.). Mit Rücksicht auf die deutschen Erfahrungen werde ich darüber hinaus untersuchen, in welchem Sinn die „materielle Rechtswidrigkeit“ und die mit ihr vergleichbaren Kriterien in der ostasiatischen Rechtspraxis verwendet werden (IV.). In diesem Zusammenhang stelle ich anhand von Beispielen dar, worin die (nur scheinbaren) Vorteile und die (tatsächlichen) Nachteile der „materiellen Rechtswidrigkeit“ in der Rechtspraxis liegen. Am Ende des Beitrags ziehe ich ein Fazit (V.).

II. Der Import der Strafrechtstheorie v. Liszts nach Ostasien und der Gedanke der „materiellen Rechtswidrigkeit“

Die Strafrechtstheorie v. Liszts hat seit den Anfängen des modernen chinesischen Strafgesetzbuches das Verständnis der Strafrechtler in Ostasien tief geprägt. Im Zuge der Rechtsreform in den 1900er Jahren beauftragte die chinesische Regierung der Tsing Dynastie³ den bekannten japanischen Strafrechtler Asataro Okada (1868–1936) damit, den Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches für China zu verfassen. Seine chinesischen Ansprechpartner aus der Tsing-Regierung waren Jiaben Shen (1840–1913) und Tingfang Wu (1842–1922). Jiaben Shen, ein traditioneller Beamter, besaß zwar reichhaltige Kenntnisse von den antiken chinesischen Gesetzen und hatte eine zweibändige Großmonographie⁴ zu diesem Thema geschrieben, hatte jedoch noch keine persönliche Forschungserfahrung in Europa gesammelt. Tingfang Wu hatte in Großbritannien Jura studiert.⁵ Im Gegensatz zu Jiaben Shen und Tingfang Wu hatte Okada bereits in Frankreich und Deutschland zum Strafrecht geforscht. An dieser Stelle besonders zu hervorzuheben ist sein Aufenthalt an der Universität Halle, an der auch v. Liszt von 1889 bis 1898 gearbeitet hatte. Während seines Aufenthalts in Halle, also im Sommersemester 1898 und Wintersemester 1898/1899, legte Okada einen Forschungsschwerpunkt auf die Lehre v. Liszts. So hat er sich beispielsweise mit der – die Kausalität betreffende – Bedingungstheorie auseinandergesetzt und diese letztlich übernommen.⁶

³ Die Tsing Dynastie dauerte von 1644 bis 1912.

⁴ Shen, Die Untersuchung der Strafgesetze in vergangenen Dynastien, Bd. 1 und Bd. 2, 2011.

⁵ Vgl. Gao/Ma (Hrsg.), Die Kommentierung und Übersetzung der Chronik des Strafrechts in vergangenen Dynastien von China, 1994, S. 1012.

⁶ Vgl. Kobayashi, Chaoyang Law Review 15 (2020), 244 (246 Fn. 2 und 265).

In den 1890er Jahren dominierten in Japan französische Strafrechtsideen, insbesondere die Lehre vom Kompromiss, die vor allem von Gustave Émile Boissonade (1825–1910) geprägt wurde. Diese französische Strafrechtslehre plädierte dafür, dass man die beiden Kriterien der Gerechtigkeit und der Verletzung von gemeinschaftlichen Interessen vermittelnd berücksichtigen sollte, um die Strafbarkeit zu begründen. Die Gesellschaft habe jene Verhaltensweisen zu bestrafen, die nicht nur dem Moralgesetz (Gewissen) widersprechen, sondern auch die Interessen der Gesellschaft gefährden. Mit dem Gewissens-Kriterium (i.S.d. Moralgesetzes) könne alles berichtigt werden. Mit anderen Worten: Was dem Gewissen entspricht, sei zu tun; was ihm zuwiderläuft, sei zu unterlassen.⁷ Okada hat diese Lehre hingegen eingehend kritisiert. Er war der Meinung, dass die Lehre vom Kompromiss über keinen klaren Begriff des Gewissens verfüge. Wer sich am Mörder seiner Eltern rächt, indem er ihn tötet, handelt auf Grundlage des antiken Gewissensbegriffs gerechtfertigt, wohingegen der Rächer nach den heute gültigen Regeln wegen Totschlags verurteilt werden müsste. Als weiteres Beispiel führt er den aus Europa bekannten sog. Zweikampf an, der in Japan eine Straftat sei. Aus diesen Beispielen schließt Okada, dass das, was das sog. Gewissen fordert, stets zeit- und ortsabhängig sei.

Wenn diese Thesen zutreffen, wäre das, was zur Befolgung des Gewissens erforderlich ist, unbestimmt. Offenkundig kann die Gewissensentscheidung (i.S.d. Moralvorstellung) des einen mit der Gewissensentscheidung des anderen in Widerspruch geraten. Um zu beurteilen, welche der beiden Gewissensentscheidungen die objektiv richtige sei, müsste man einen Gewissensmaßstab einführen. Doch wer verfügt über die Eignung, einen solchen Maßstab zu formulieren? Und selbst wenn sich eine qualifizierte Person fände, so würde auch sie ihrem Gewissen folgen, sodass sich die Frage stellt, auf welche Weise nun ihre Gewissensentscheidung objektiv überprüft werden kann. Angesichts dieses Zirkels ist fraglich, ob das Gewissen (i.S.d. Moral) ein angemessener Maßstab für richtiges Handeln sein kann.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass diesbezügliche Kriterien wegen ihrer Orts- und Zeitgebundenheit jeweils unterschiedlich sein sollten. Auch wenn man dafür ein Konzept des Gewissens finden könnte, bliebe es noch eine Frage, ob dieses „richtige“ Gewissen (i.S.d. Moral) in der Situation wirklich befolgt werden könne oder nicht.⁸ Aufgrund dieser grundlegenden Kritik am Gewissenskriterium (i.S.d. Moralgesetzes) vertrat Asataro Okada die Auffassung, dass man die Gesellschaft und das Recht vor dem Hintergrund der Evolutionstheorie verstehen sollte. Dazu schrieb er, dass das Recht eine Erscheinungsform des Staates und der Staat eine Form der Gesellschaft sei. Wenn nun die Gesellschaft aus einer Zahl von Menschengruppen bestehe, müsse die allgemeine Regel des Rechts nichts anders als die biologische Regel der natürlichen Selektion sein („the survival of the fittest“). Anders gewendet: Der Staat bestehe aus einer Gruppe von Men-

schon, die den menschlichen Wettbewerb um das Überleben gewonnen haben. Das Recht sei notwendig, um die Rahmenbedingungen dieses Wettbewerbs vor Schäden zu schützen, weil das Zusammenleben der Menschen solche Bedingungen notwendig mache. Nach dieser Betrachtungsweise sei die Strafgewalt des Staates diejenige Gewalt, die die Negation der notwendigen Rahmenbedingungen des menschlichen Zusammenlebens wiederum negiere. Die Strafe sei infolgedessen nur das Mittel, das die genannte Negation nochmals negiere, sodass das Strafmaß durch die unerlässlichen Grenzlinien einer solchen Negation der Negation bestimmt werde.⁹

Die Auffassung Okadas erscheint nicht unbekannt, wenn man sie mit dem Vortrag v. Liszts an der Universität Marburg im Jahr 1882¹⁰ vergleicht. Die von v. Liszt vertretene Ansicht ist ebenfalls durch eine evolutionstheoretische Sichtweise geprägt, wonach die Strafe ursprünglich eine instinktive wie auch zweckmäßige Triebhandlung gewesen sei und erst nach der Entstehung des Staates unbefangen, affektlos, und objektiv wurde. Möglich geworden sei diese Objektivierung der Strafe zunächst durch die Erkenntnis der (Über-)Lebensbedingungen der staatlichen Gemeinschaft und ihrer Individuen, gegen die das Verbrechen gerichtet sei. Die Lebensbedingungen würden fixiert, gegeneinander abgewogen, zu rechtlich geschützten Interessen, zu Rechtsgütern erklärt durch die generellen Imperative: Du sollst nicht töten; nicht stehlen; nicht ehebrechen usw. Die Geschichte des Strafrechts sei v. Liszt zufolge die Geschichte der zu Rechtsgütern erklärten Interessen der Menschheit. Indem man das Verbrechen als eine Verletzung von Rechtsgütern erkennt, stelle man die Strafe in den Dienst des Rechtsgüterschutzes. So habe die Objektivierung der Strafe dazu geführt, dass sowohl die Voraussetzungen für die Verhängung als auch der Inhalt und Umfang der als Strafe erscheinenden Reaktion bestimmt und dem Zweckgedanken untergeordnet werden können – namentlich dem Zweck des Rechtsgüterschutzes.¹¹ Dies ist mit dem Verständnis Rudolf von Jherings (1818–1892) vereinbar, der die Ansicht vertrat, dass das Recht die staatliche Zwangsnorm im Dienste eines gesellschaftlichen Zwecks sei.¹² Er schrieb:

„Das Recht ist in meinen Augen nur die ihres eigenen Vorteils und damit der Notwendigkeit des Maßes sich bewußt gewordene Gewalt, nicht also etwas seinem Wesen nach von letzterer Verschiedenes, sondern nur eine Erscheinungsform derselben: die rechte, richtige, weil an Regeln sich bindende, also disziplinierte Gewalt im Gegensatz der wilden, rohen, weil nur durch den augenblicklichen Vorteil bestimmten, also der regellosen Gewalt.“¹³

⁹ Kobayashi, Chaoyang Law Review 15 (2020), 244 (253 f.).

¹⁰ v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 126.

¹¹ Vgl. v. Liszt (Fn. 10), S. 133 ff., 146 f., 149 f., 156 Fn. 3, 161.

¹² Hier zitiert nach Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 47.

¹³ v. Jhering, Der Zweck im Recht, 1877, S. 251, hier zitiert nach v. Liszt (Fn. 10), S. 150 f.

⁷ Hier zitiert nach Kobayashi, Chaoyang Law Review 15 (2020), 244 (251 f.).

⁸ Kobayashi, Chaoyang Law Review 15 (2020), 244 (252 f.).

Daher wird die Wendung v. Jherings zu einer pragmatischen Jurisprudenz als der Ausgangspunkt der „Interessenjurisprudenz“ bezeichnet.¹⁴

Die japanische Übersetzung des Strafrechtslehrbuches v. Liszts erschien bereits im Jahr 1903. Tsutau Koaze (1876–1912) veröffentlichte zwei Lehrbücher (1904 und 1908), die sich fast vollständig am v. Lisztschen „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts“ (12. bzw. 23. Auflage, 1903) orientieren. Der Strafrechtler Eiichi Makino (1878–1970) studierte ebenfalls von 1910 bis 1913 in Deutschland bei v. Liszt. Er war als Vertreter der modernen Schule bekannt.¹⁵ Erst mehr als 90 Jahre später, und zwar im Jahr 2000, wurde die 26. Auflage des von Eberhard Schmidt betreuten Lehrbuchs von v. Liszt von Jiusheng Xu (geb. 1961) ins Chinesische übersetzt und in Peking veröffentlicht. Zugleich wurde auch die als ein durchgehender Sammelband von chinesischen Aufsätzen konzipierte „Criminal Law Review“ (chinesisch: Xing Shi Fa Ping Lun, 刑法法评论) von Xingliang Chen (geb. 1957) in Peking gegründet, die, dem Vorschlag Haidong Lis¹⁶ folgend, nach dem Vorbild der deutschen Fachzeitschrift ZStW beschaffen ist und heute im 47. Band publiziert wird. v. Jhering hat in seiner Schrift „Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht“ den Begriff der „objektiven Rechtswidrigkeit“ eingeführt. Da eine solche Rechtswidrigkeit eine der Säulen des (neo-)klassischen Deliktbaus bildet, wurde „Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht“ von Weicai Ke ins Chinesische übersetzt und im Jahr 2009 in Peking veröffentlicht. Darüber hinaus wurde im Jahr 2016 ein Teil der berühmten zweibändigen Sammlung „Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge“ v. Liszts wiederum von Xu in die chinesische Sprache übertragen und unter dem Titel „Über Verbrechen, Strafe und Kriminalpolitik“ veröffentlicht. Der andere wichtige deutsche Strafrechtsdenker, Karl Binding (1841–1920), wurde auf dem Festland Chinas hingegen erst im Jahr 2017 von Fengzhuang Liang in einem Aufsatz in dem Tsinghua Law Journal besonders untersucht.¹⁷ Dies zeigt, dass die Lehre v. Liszts das ostasiatische Strafrecht umfassend beeinflusst hat.

Die Auffassung, die dem Verständnis der chinesischen Rechtswidrigkeitslehre zugrunde liegt, findet man in der 26. Auflage des von Eberhard Schmidt betreuten Lehrbuchs v. Liszts. Dort wird die formelle Rechtswidrigkeit von der „materiellen“ folgendermaßen abgegrenzt:

¹⁴ Vgl. *Larenz* (Fn. 12), S. 49.

¹⁵ Vgl. *Asada*, in: Hilgendorf/Ida/Sato (Fn. 2), S. 3 f.

¹⁶ Haidong Li promovierte 1991 an der Universität Freiburg unter der Betreuung von Hans-Heinrich Jescheck (1915–2009) mit einer Dissertation über die Grundsätze des Völkerstrafrechts.

¹⁷ Der Grund liegt vermutlich darin, dass das Verständnis der Lehren Bindings den Asiaten aufgrund der sprachlichen und rechtskulturellen Unterschiede besonders schwer fiel. Diese besondere Herausforderung zeigt sich gleichermaßen daran, dass Deutsche oder US-Amerikaner regelmäßig eine europäische Fremdsprache wie etwa Französisch lernen, es ihnen aber „fast unmöglich“ ist, sich „schwierige“ Sprachen, wie Chinesisch und Japanisch, anzueignen.

„Im Hinblick auf das rechtliche Unwerturteil über die Tat sind zwei Betrachtungsweisen möglich: 1. Formell rechtswidrig ist die Handlung als Übertretung einer staatlichen Norm, eines Gebotes oder Verbotes der Rechtsordnung. 2. Materiell rechtswidrig ist die Handlung als gesellschaftsschädliches [...] Verhalten [...]. Die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts ist nur dann materiell rechtswidrig, wenn sie den Zwecken der das Zusammenleben regelnden Rechtsordnung widerspricht; sie ist, trotz ihrer Richtung gegen rechtlich geschützte Interessen, materiell rechtmäßig, wenn und soweit sie jenen Zwecken der Rechtsordnung und somit des menschlichen Zusammenlebens selbst entspricht. Dieser materielle (antisoziale) Gehalt des Unrechts ist unabhängig von seiner richtigen Würdigung durch den Gesetzgeber [...]. Die Rechtsnorm findet ihn vor, sie schafft ihn nicht. Formelle und materielle Rechtswidrigkeit können sich decken; sie können aber auch auseinanderfallen. Ein solcher Widerspruch zwischen dem materiellen Gehalt der Handlung und ihrer positivrechtlichen Würdigung ist [...] nicht ausgeschlossen. Liegt er vor, so ist der Richter durch das Gesetz gebunden; die Korrektur des geltenden Rechts liegt jenseits der Grenzen seiner Aufgabe.“¹⁸

v. Liszt hatte bereits in der 21. bzw. 22. Auflage seines Lehrbuchs (vor der Übernahme durch Eberhard Schmidt) die „materielle Rechtswidrigkeit“ erörtert. Dieser ältere Text wird von dem renommierten Strafrechtler Claus Roxin (geb. 1931) zitiert. Die 3. Auflage des ersten Bands seines großen Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Strafrechts wurde kurz nach Erscheinen der Übersetzung des Werks von v. Liszt und Eberhard Schmidt von Shizhou Wang (geb. 1953) in die chinesische Sprache übertragen und im Jahr 2005 in Peking veröffentlicht. Seine japanische Version erschien in zwei Teilbänden in den Jahren 2003 und 2009. Aus der Sicht der chinesischen Geschichte ist der Zeitperiode von 2000 bis 2005 für die Veröffentlichung des Roxinschen Lehrbuchs ideal, weil die damalige wissenschaftliche Diskussion in der chinesischen Gesellschaft relativ offen geführt wurde und zu fruchtbaren Ergebnissen gelangte. Der Grund liegt darin, dass China im Jahr 2001 der Welthandelsorganisation (WTO) beitrug und sich damit eine Tür zur Einfuhr ausländischen strafrechtlichen Gedankenguts öffnete. Von den ausländischen Strafrechtslehren wurden vor allem die japanischen Ideen von chinesischen Wissenschaftlern berücksichtigt und sogar in Teilen übernommen.

Die japanische Strafrechtswissenschaft ist seit den 1970er Jahren stark von Ryuichi Hirano (1920–2004) geprägt worden. Hirano übernahm zuerst die finale Handlungslehre von Hans Welzel (1904–1977), wurde allerdings später aufgrund seiner sogenannten „funktionalistischen“ Stellung zu einem ihrer schärfsten Kritiker. Der Grund für eine solche Wendung liegt darin, dass Hirano niemals in Deutschland geforscht hatte und auch die meisten seiner Schüler außer in Japan nur

¹⁸ v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 176 f.

in den USA studiert haben.¹⁹ Da Hirano als Professor an der Universität Tokio sehr aktiv war und alle Strafrechtsprofessoren der Tokioter Universität entweder seine Schüler oder Enkelschüler sind,²⁰ herrscht im japanischen Strafrecht eine von Hirano entschieden vertretene sog. objektivierte und erfolgsorientierte Unrechtslehre vor. Unter dem Einfluss von Hirano kommt es in Japan und China, insbesondere bei Mingkai Zhang (geb. 1959), daher zu einer übermäßig starken Betonung der Gegensätze zwischen den Lehren Bonns und Münchens, die jeweils maßgeblich von den Strafrechtlern Hans Welzel, Günther Jakobs (geb. 1937) und Claus Roxin beeinflusst werden. Aufgrund dieser Überbetonung entscheiden sich die Japaner in der Regel für eine dieser Schulen und ziehen dabei die Roxinschen Lehren vor.²¹ Wenn sie aber die genaue Stelle des Vorsatzes in der Verbrechenslehre erklären müssen, kehren sie zur Lehre von Seiichirō Ono (1891–1986) zurück. Ono zufolge ist der Tatbestand sowohl ein Typus der Rechtsverletzung als auch ein Schuldtypus. Daher halten die Japaner den Vorsatz für ein Schuldmerkmal, das inhaltlich wiederum einen Teil des Schuldtatbestands bildet. Zugleich besteht der Tatbestand in Japan nach einer herkömmlichen Auffassung aus einem objektiven Teil und einem subjektiven Teil, die jeweils als Unrechtstatbestand und Schuldtatbestand verstanden werden sollen. Anders als die herrschende Lehre in Deutschland werden die beiden Teile in Japan künstlich getrennt geprüft, und zwar der objektive Tatbestand auf der ersten Stufe (auf Tatbestandsebene), der subjektive Tatbestand auf der dritten Stufe (auf Schuldebene). Dieser aus der Sicht der deutschen Verbrechenslehre ungewöhnliche Prüfungsaufbau ist darin begründet, dass die zeitweilige Mehrheit der Stimmen in der japanischen Strafrechtslehre die in Deutschland herrschende personale Unrechtslehre, nach der der Vorsatz und die Fahrlässigkeit bereits Unrechtselemente sind und ebenfalls auf der Tatbestandsebene geprüft werden, bewusst und als „moralisches“ Gedankengut willkürlich abgelehnt hat. Deshalb müssen wir hier gleichbedeutend die Lehre Claus Roxins anführen, wenn wir die Diskussion in Ostasien verstehen möchten.

Zur „materiellen Rechtswidrigkeit“ schreibt *Claus Roxin* im ersten Band seines bekannten Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Strafrechts Folgendes:

„Die praktische Bedeutung der materiellen Rechtswidrigkeit ist von dreifacher Art. Sie gestattet es, Unrechtsabstu-

fungen vorzunehmen und dogmatisch fruchtbar zu machen [...], sie liefert Interpretationsbehelfe für Tatbestands-, Irrtumslehre und für die Lösung anderer dogmatischer Probleme [...], und sie ermöglicht es, das den Unrechtsausschließungsgründen zugrunde liegende Prinzip zu formulieren sowie ihren Zusammenhang und ihre Reichweite zu bestimmen. [...] Zunächst kann man mit Hilfe der materiellen Rechtswidrigkeit das Unrecht nach seiner Schwere abstufen. Die formelle Rechtswidrigkeit erlaubt keine Steigerungen und keine qualitativen Unterscheidungen [...]. Auch für die bei Ermittlung der Rechtswidrigkeit anzustellenden Interessenabwägungen spielen Art und Ausmaß der drohenden materiellen Beeinträchtigungen eine erhebliche Rolle. [...] Der Gedanke der materiellen Rechtswidrigkeit erweist sich ferner bei der Tatbestandsauslegung vor allem dort als nützlich, wo ein Verhalten dem Wortlaut einer Strafbestimmung subsumiert werden könnte, materiell, d.h. seinem sozialen Bedeutungsgehalt nach, aber nicht dem Deliktstyp entspricht. [...] Schließlich ist das Prinzip der materiellen Rechtswidrigkeit auch für die Entwicklung und inhaltliche Bestimmung der Rechtfertigungsgründe maßgebend.“²²

Neben der formellen Rechtswidrigkeit wurde die oben genannte „materielle Rechtswidrigkeit“ mit ihrer praktischen Bedeutung von dreifacher Art in China von denjenigen, die die sowjetische Lehre kritisieren und der japanischen dreistufigen Verbrechenslehre folgen, fast komplett übernommen.²³ Rechtsphilosophisch vertritt *Claus Roxin* die neo-kantianischen Rechtsideen, die, anders als die hegeliatische Lehre, in China aufgrund von bloß oberflächlichen Kenntnissen häufig als liberalistische Rechtsgedanken gepriesen werden. Die Rezeption der Roxinschen Lehre kennzeichnet einen Höhepunkt des Einflusses der deutschen Strafrechtslehre auf das Festland Chinas. Die Strafrechtsideen anderer deutscher Autoren, die neben oder nach *Claus Roxin* in das chinesische Strafrecht eingeführt worden sind, sind teilweise der überspitzten Kritik ausgesetzt, eine konservative oder sogar nationalsozialistische Gesinnung zu reflektieren,²⁴ obwohl solche Bedenken unbegründet oder gelegentlich sogar kontraproduktiv sind. Eine solche schnelle Ablehnung unter Verweis auf eine vermeintliche Ideologie findet auf dem Festland Chinas statt, weil viele Laien, insbesondere Populisten, nicht über die Fähigkeit verfügen, die Bundesrepublik Deutschland vom

¹⁹ Vgl. *Asada* (Fn. 15), S. 6; *Takayama*, in: *Duttge/Tadaki* (Fn. 2), S. 8.

²⁰ Vgl. *Takayama* (Fn. 19), S. 8.

²¹ Obgleich der japanische Kollege Takaaki Matsumiya (geb. 1958) den wissenschaftlichen Einfluss der Lehre Jakobs' auf die ostasiatische Strafrechtsdogmatik sehr positiv darstellt (vgl. *Matsumiya*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* [Hrsg.], *Strafrecht und Gesellschaft, Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, 2019, S. 751), ist ein solcher Einfluss in Ostasien aufgrund der teilweise entstandenen Missverständnisse leider noch nicht groß; dies gilt erst recht, wenn man den Einfluss der Lehren Jakobs' und Roxins vergleicht.

²² *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 6 ff. In der 4. und 5. Aufl. (bearbeitet durch *Luis Greco*, 2020) ist der Abschnitt zur „materiellen Rechtswidrigkeit“ gegenüber der 3. Aufl. unverändert geblieben.

²³ Vgl. etwa die Auffassung des bedeutenden wissenschaftlichen Organisators *Chen*, in: *Hilgendorf* (Fn. 2 – *Rechtswidrigkeit*), S. 67.

²⁴ Ein oft zitierter Aufsatz ist: *I-che Cheng*, in: *Modernes Strafrecht und strafrechtliche Verantwortlichkeit, Festschrift für Tun-ming Tsai zum 65. Geburtstag*, 1997, S. 783.

deutschen Reich genau zu unterscheiden, geschweige denn Bonn von Weimar.²⁵

III. Eine Begriffskette? Die „materielle Rechtswidrigkeit“, „strafbare Rechtswidrigkeit“ und „Gesellschaftsschädlichkeit“

Obwohl die herrschende Lehre in Japan die dreistufige Verbrechenlehre vertritt, hat sich dort der Begriff „materielle Rechtswidrigkeit“ in den der sog. „strafbaren Rechtswidrigkeit“ verwandelt. Anders als in Japan, streitet man in China heftig darüber, ob die Strafrechtler der dreistufigen Verbrechenlehre oder weiterhin der in der Rechtspraxis bereits herrschenden Theorie der sog. „vier Strafbarkeitsbedingungen“²⁶ folgen sollen. Die dreistufige Verbrechenlehre, die seit Anfang der 2000er Jahre in China vertreten wird, ist üblicherweise an den japanischen Aufbau angelehnt,²⁷ während die Theorie der „vier Strafbarkeitsbedingungen“ bereits in den 1950ern aus der Sowjetrepublik nach China eingeführt worden ist. Die Ursprünge dieser beiden Theorien gehen jedoch auf die deutschen Strafrechtslehren aus der Zeit vor der Bundesrepublik zurück. Der von den Chinesen übernommene japanische Aufbau ist in der Regel entweder eine

²⁵ Der Freundschaftsvertrag zwischen Frankreich und Deutschland (der Élysée-Vertrag) aus dem Jahr 1963 und die erfolgreiche Entwicklung der EU sind in China wenig bekannt, weil man in Ostasien nach dem zweiten Weltkrieg einen Prozess der US-Amerikanisierung durchlaufen und nur geringes Interesse an den europäischen Erfahrungen hat, obwohl das chinesische Strafrecht in den 1950er Jahren zunächst einen Vorgang der Sowjetisierung erfahren hat. Zur US-Amerikanisierung der japanischen Gesellschaft und ihres Strafrechts vgl. *Ida*, *The Taiwan Law Review* 237 (2/2015), 248. Zur Sowjetisierung des chinesischen Strafrechts vgl. v. *Herrenkirchen*, *Das Strafrecht der Volksrepublik China* unter besonderer Berücksichtigung des sowjetischen Strafrechts, 1993, S. 18 ff.

²⁶ Diese Bedingungen sind: 1. Objekt der Straftat, 2. die objektive Seite der Straftat, 3. das Subjekt der Straftat und 4. die subjektive Seite der Straftat. Vgl. Gao/Ma (Hrsg.), *Strafrechtslehre*, 2022, S. 49 ff. Diese logische Prüfungsreihenfolge wird aber in der chinesischen Rechtspraxis nicht strikt beachtet.

²⁷ Obwohl diejenigen Strafrechtler, die die dreistufige Verbrechenlehre vertreten, wie z.B. Chen und Zhang, ihre Lehre als eine „deutsch-japanische“ Auffassung bezeichnen, ziehen sie die japanische Lehre den deutschen Ideen vor, weil sie beide den Ansatz Welzels als bloßen Subjektivismus etikettieren und folglich auch die personale Unrechtslehre ablehnen. Gegenüber Japan und China vertritt die Strafrechtslehre in Südkorea eine neo-klassische und finalistische Verbrechenlehre, die den Vorsatz als ein Tatbestandsmerkmal auf der ersten Stufe anerkennt und somit zum Teil die personale Unrechtslehre befürwortet. Vgl. *Kim/Suh*, *Allgemeine Einführung in das Strafrecht der Republik Korea*, chinesische Übersetzung von *Zheng*, 11. Aufl. 2008, S. 98, 231 ff.; *Lee*, *Allgemeiner Teil des Koreanischen Strafrechts*, chinesische Übersetzung von *Han*, 2005, S. 78, 138 ff.

Variante Ernst Belings (1866–1932) oder Edmund Mezgers (1883–1962),²⁸ während die Theorie der „vier Strafbarkeitsbedingungen“ zuerst von dem russischen Strafrechtler Wladimir Spasowich (1829–1906) vorgeschlagen worden ist, dessen Gedanken aber wiederum in der preußischen und deutschen Lehre Albert Friedrich Berners (1818–1907) wurzeln.²⁹ Aus rechtspolitischer Sicht lässt sich die Situation in China folgendermaßen beschreiben: Die Theorie der „vier Strafbarkeitsbedingungen“ ist ein traditionelles oder sogar ein „orthodoxes“ Modell der Straftat, weil sie von den 1950er Jahren bis heute die Rechtspraxis bestimmt. Parallel zu den „vier Strafbarkeitsbedingungen“ vertritt diese traditionelle Strafrechtslehre noch einen materiellen Verbrechenbegriff, der aus drei Merkmalen, und zwar „Gesellschaftsschädlichkeit“, „Strafrechtswidrigkeit“ sowie „Strafwürdigkeit“, besteht.³⁰ In der Praxis Chinas wird die Kategorie der „Gesellschaftsschädlichkeit“³¹ im Sinne der „materiellen Rechtswidrigkeit“ verstanden, während die Vertreter des dreistufigen Deliktbaus auf vergleichbare Weise die „strafbare Rechtswidrigkeit“ heranziehen.

1. Die „strafbare Rechtswidrigkeit“ aus Japan

Die Japaner halten den Begriff der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ für ihre Erfindung und somit eine Besonderheit der japanischen Strafrechtswissenschaft. Der Autor, der diese Terminologie in Japan als erster anerkannt hat, ist Hidenaga Miyamoto (1882–1944), der ebenfalls ein Anhänger der modernen Schule war. Er plädierte dafür, sie aus der Sicht der „Bescheidenheit des Strafrechts“³² zu erblicken.

Der Japaner Chihiro Saeki (1907–2006), Nachfolger von Miyamoto, hat die Theorie der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ näher dargelegt. Nach Saeki soll die Art und Schwere der Strafe derjenigen der Rechtswidrigkeit des strafbaren Verhaltens entsprechen. Bei der Art-Entsprechung von Strafe und Rechtswidrigkeit geht es um die Frage, ob die Natur des rechtswidrigen Verhaltens nicht die strafrechtliche Sanktion verdiene, obwohl die Rechtswidrigkeit nicht geringfügig ist. Ein Beispiel dafür bilde das Treiben von Unzucht mit dem gleichen Geschlecht. Dies sei (auch) nicht im Strafgesetz vorgeschrieben. Die Schwere-Entsprechung von Strafe und Rechtswidrigkeit wiederum sei dann nicht gegeben, wenn ein

²⁸ Ausnahmsweise vertreten *Lizhong Li* und die Strafrechtler in Taiwan eine neo-klassische und finalistische Verbrechenlehre, vgl. die Dissertation von *Li*, *Die Untersuchung der Verbrechenlehre*, 2006; *Hsu*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021.

²⁹ Zum russischen Strafrecht vgl. *Xue*, *Gestern und heute: Die Lehre vom Verschulden im russischen Strafrecht*, 2013, S. 3; *Jiao*, *Journal of Liaoning University – Philosophy and Social Sciences* 6 (2015), 90.

³⁰ Dazu vgl. *Zhang*, *Der Straftatbegriff im chinesischen und deutschen Strafrecht*, 2017, S. 11 ff.

³¹ Im Rahmen der „vier Strafbarkeitsbedingungen“ wird die „Gesellschaftsschädlichkeit“ hinsichtlich der ersten Bedingung – „Objekt der Straftat“ – thematisiert.

³² Eine ähnliche Funktion erfüllt in Deutschland das strafrechtliche ultima ratio-Prinzip.

Verhalten, das scheinbar einem Deliktstyp (Tatbestand) unterfällt, ein derart geringfügiges Maß an Rechtswidrigkeit aufweist, dass es nicht als Straftat gewertet werden kann.³³ Zu dem Standort der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ im Rahmen der Verbrechenslehre schreibt Hitoshi Ohtsuka (1923–2020) Folgendes:

„Das Fehlen der strafbaren Rechtswidrigkeit soll die Rechtswidrigkeit auf der zweiten Prüfungsstufe ausschließen. Ihr Fehlen besagt, dass es übergesetzlich keine materielle Rechtswidrigkeit gibt. Deshalb muss man inhaltlich strikt die Schwere der strafbaren Rechtswidrigkeit nach anderen (gesetzlichen) Rechtfertigungsgründen bemessen. Wendet man sonst willkürlich die strafbare Rechtswidrigkeit an, ist das Strafgesetz umgegangen. Eine solche Rechtswidrigkeit soll daher meines Erachtens ein übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund sein.“³⁴

Die Chinesen haben auch insoweit diese japanische Erfindung der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ in ihre Strafrechtslehren übernommen, als sie die „jedoch-Klausel“ in Art. 13 chStGB³⁵ als einen die Strafbarkeit ausschließenden Grund im Sinne der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ interpretieren.³⁶ Dies bedeutet, dass eine Straftat wegen des Fehlens der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ nicht angenommen werden darf, wenn die Tatumstände nicht hinreichend groß oder die Umstände nicht gravierend genug sind.³⁷

Es ist klar, dass die Probleme, die im Rahmen der „materiellen Rechtswidrigkeit“ auftreten, auch bei der „strafbaren Rechtswidrigkeit“ vorkommen können. Die deutsche Strafrechtlerin Ingeborg Puppe (geb. 1941) hat die Terminologie „Tatbestandsmäßigkeit“ und „Rechtswidrigkeit“ zutreffend aus der Sicht der Mathematik und Sprachphilosophie analysiert. Ihre Auffassung ist für die hier zu behandelnde Frage sehr hilfreich. Ihr zufolge sind die beiden Begriffe „Tatbestandsmäßigkeit“ und „Rechtswidrigkeit“ solche der Metasprache. Ein Tatbestand sei Puppe zufolge kein vollständiger Satz, sondern aus mathematischer Sicht eine sog. Satzfunktion, die eine Beziehung zwischen Individuen darstelle, die mehrfach erfüllt sein könne, weil sie die Individuen unbestimmt lasse. Ebenso wie eine mathematische Funktion viele Gleichungen beschreibe, beschreibe ein Tatbestand viele Tatsachen.³⁸ Wenn Juristen sagen, „Ein Tatbestand ist in

einem bestimmten Einzelfall erfüllt“, so sei das genauso zu deuten, wie der Ausdruck, „Eine Funktion ist durch eine bestimmte Belegung von Werten erfüllt“.³⁹ Dass ein Sachverhalt einen Tatbestand erfüllt und damit das Prädikat der Tatbestandsmäßigkeit trägt, ist daher eine metasprachliche Aussage. Sprachtheoretisch ist die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsmäßigkeit gleichzusetzen. Dazu schreibt Puppe Folgendes:

„Dass die Rechtswidrigkeit keine Eigenschaft der Handlung sein kann, sondern allenfalls der Tatbestandsverwirklichung, erhellt schon daraus, dass ein und dieselbe Handlung Bestandteil der rechtmäßigen Verwirklichung eines Tatbestandes, beispielsweise einer Sachbeschädigung mit Einwilligung, und der rechtswidrigen Verwirklichung eines anderen, beispielsweise eines Versicherungsbetruges, sein kann. [...] Aber Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit bezeichnen überhaupt keine Eigenschaften von Objekten; diese Ausdrücke gehören vielmehr der Metasprache an. [...] Auch die Rechtswidrigkeit ist ein Ausdruck in der Metasprache, denn die Rechtsordnung, auf die er verweist, ist die positiv gültige Gesamtheit der sprachlich konstituierten Normen. Rechtswidrigkeit besagt, dass der tatbestandsmäßig beschriebene Sachverhalt mit demjenigen Zustand unvereinbar ist, der die Gesamtheit der Normen als den rechtmäßigen beschreibt, einfacher, aber logisch unkorrekt ausgedrückt, der Rechtsordnung widerspricht. Die Schuld scheint dagegen ein objektsprachlicher Begriff zu sein. Schuld ist etwas, was man einem anderen vorwerfen kann, was seiner Schwere nach graduierbar ist, was sich auf ein Unrecht bezieht.“⁴⁰

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Rechtswidrigkeit an sich ein *formeller Begriff* ist, der nur besagt, ob der tatbestandsmäßig beschriebene Sachverhalt mit der Gesamtrechtsordnung vereinbar ist. Ein solches Verständnis, das keine Abstufungen erlaubt, ist nichts Neues, sondern lässt sich bereits in Eduard Kerns (1887–1972) Auffassung finden:

„Das Strafgesetz kennt verschiedene Stufen der Schuld, die sich deutlich voneinander abheben: den Vorsatz als die schwerere, die Fahrlässigkeit als die leichtere Schuldstufe. [...] Innerhalb der vom Gesetz ausdrücklich festgelegten Stufen der Schuld wird es in der Praxis der Strafbemessung und in der Wissenschaft allgemein als selbstverständlich angesehen, dass die Schuld verschiedene Grade aufzuweisen vermag. [...] Ganz anders steht es bei der Rechtswidrigkeit. Die heutige Gesetzgebung – und das gilt keineswegs nur für deutsche – erkennt jedenfalls nicht allgemein und nicht ausdrücklich auch innerhalb der Rechtswidrigkeit solche Abstufungen oder Grade an; sie

³³ Vgl. Ohtsuka, Strafrecht, Allgemeiner Teil, chinesische Übersetzung von Feng, 3. Aufl. 2003, S. 314.

³⁴ Vom Autor ins Deutsche übersetzt, siehe Ohtsuka (Fn. 33), S. 316.

³⁵ Gemeint ist das chinesische Strafgesetzbuch von 1997, das bereits elf Mal reformiert wurde. Die „jedoch-Klausel“ in Art. 13 chStGB lautet: „... jedoch gelten [derartige Handlungen] nicht als Straftaten, wenn sie den Tatumständen nach eindeutig geringfügig sind und keine große Gefährdung darstellen.“ Hier zitiert nach Strupp, Das neue Strafgesetzbuch der VR China, 1998, S. 107.

³⁶ Vgl. Liu, Criminal Law Review 10 (2002), 94.

³⁷ Vgl. Chen, Dogmatische Strafrechtslehre, 2014, S. 367.

³⁸ Puppe, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, S. 269 f.

³⁹ Vgl. Frege, in: Patzig (Hrsg.), Funktion, Begriff, Bedeutung, Fünf logische Studien, 3. Aufl. 1969, S. 18 ff.

⁴⁰ Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 5 ff. (Abkürzungen ausgeschrieben und Hervorhebungen entfernt).

steht vielmehr auf dem Standpunkt, oder scheint wenigstens auf dem Standpunkt zu stehen, dass die Rechtswidrigkeit entweder gegeben oder nicht gegeben sein, dass sie aber nicht in größerem oder geringerem Grade gegeben sein könne.“⁴¹

Aus globaler Perspektive können wir hierbei auf die englische Sprache Bezug nehmen. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis entsprechen die Begriffe „Rechtswidrigkeit“ und „Unrecht“ jeweils „wrongfulness“ und „wrongdoing“. George P. Fletcher (geb. 1939) zufolge hebt die „wrongfulness“ hervor, dass das Verhalten eine Verletzung des Rechts ist: „The implication is that anytime a rule comes into being, conduct in violation of the rule will be, or could be, wrongful. [...] Wrongfulness stands for the logical dissonance between behavior and the rules of criminal [sic] law. When this dissonance arises, the act is categorically wrongful. In contrast, wrongdoing is expressed in degrees. Murder is worse than burglary ...“⁴²

Weil nun die Rechtswidrigkeit lediglich ein formeller Begriff ist, kann sie nicht graduierbar sein und es besteht daher überhaupt keine „materielle Rechtswidrigkeit“. Der Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ ist bereits sprachlich ein *contradictio in adjecto*. Das gilt ebenso für diejenige Begriffe, die aus der „materiellen Rechtswidrigkeit“ abgeleitet werden, wie etwa der der „strafbaren Rechtswidrigkeit“. Der Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ und die davon abgeleiteten Begriffe sind also sprachlich unhaltbar. Nur das Unrecht kann in verschiedene Grade abgestuft werden und strafbar oder nicht strafbar sein.

Aus Sicht der Rechtskulturen stellt sich allerdings die Frage, ob man diese rechtstheoretische Erkenntnis, die auf der Grundlage der deutschen Sprache beruht, auf Ostasien übertragen kann. Die Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung lauten exemplarisch in der chinesischen Sprache jeweils „Wei Fa Xing“ (违法性) und „We Fa“ (违法), während das Unrecht „Bu Fa“ (不法) ist. Das Wort „Wei Fa Xing“ ist auch eine „Ja-Nein-Frage“ in Chinesisch. Hingegen kann „Bu Fa“ abgestuft werden, weil die Juristen in China auch verschiedenartiges Unrecht, und zwar das „Min Shi Bu Fa“ (民事不法), „Xing Shi Bu Fa“ (刑事不法) und „Xing Zheng Bu Fa“ (行政不法) verwenden, die jeweils „zivilrechtliches Unrecht“, „strafrechtliches Unrecht“ und „verwaltungsrechtliches Unrecht“ bedeuten. Deswegen ist die „materielle Rechtswidrigkeit“, die in Chinesisch „Shi Zhi Wei Fa Xing“ (实质违法性) lautet, unter Berücksichtigung des chinesischen Sprachgebrauchs ebenfalls ein *contradictio in adjecto*. Dies gilt freilich auch für die sog. „strafbare Rechtswidrigkeit“.

2. Die „Gesellschaftsschädlichkeit“ in China

Ein weiteres Beispiel aus der Rechtstheorie und Praxis in China, das mit dem Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ verglichen werden kann, ist der Begriff der „Gesellschaftsschädlichkeit“. Verwendet jemand im chinesischen Strafrecht den Begriff „materielle Rechtswidrigkeit“, zieht er

regelmäßig den Gedanken der Interessenabwägung heran. Solche Abwägungen können auch mittels des Kriteriums der „Gesellschaftsschädlichkeit“ durchgeführt werden. Parallel zu den „vier Strafbarkeitsbedingungen“ vertritt die traditionelle Strafrechtslehre in China noch einen materiellen Verbrechenbegriff, der aus drei Merkmalen, und zwar „Gesellschaftsschädlichkeit“, „Strafrechtswidrigkeit“ sowie „Strafwürdigkeit“, besteht. Verbrechen sind nach dieser Auffassung jene Verhaltensweisen, die für die Gesellschaft schädlich sind, gegen das Strafgesetz verstoßen und zu bestrafen sind.⁴³ Die „Gesellschaftsschädlichkeit“, die ein Merkmal der drei Merkmale des Verbrechenbegriffs ist, lässt sich als eine andersartige Form des Gedankens der „materiellen Rechtswidrigkeit“ verstehen.⁴⁴ Unter dem Merkmal der „Strafrechtswidrigkeit“ versteht man, dass ein Verhalten im Widerspruch zu einer Strafnorm steht und einem Tatbestand unterfällt.⁴⁵ Tatsächlich weist die „Strafrechtswidrigkeit“ Ähnlichkeiten mit der „Tatbestandsmäßigkeit“ in der deutschen dreistufigen Verbrechenlehre auf. Aufgrund des materiellen Merkmals der „Gesellschaftsschädlichkeit“ und des formellen Merkmals der „Strafrechtswidrigkeit“ ist dieser von der traditionellen Strafrechtslehre vertretene Verbrechenbegriff mithin ein gemischter Begriff der Straftat. Mit Blick auf das noch nicht geklärte logische Verhältnis, in dem die drei Merkmale zueinander stehen, ist noch unklar, in welcher Reihenfolge man die drei Merkmale prüft. Jedoch wird in der Literatur für gewöhnlich die „Gesellschaftsschädlichkeit“ zuerst, dann die „Strafrechtswidrigkeit“ und zuletzt die „Strafwürdigkeit“ dargestellt. Begründet man eine Straftat, so hält man mithin immer die (schwerwiegende) Gesellschaftsschädlichkeit für die Voraussetzung der Strafrechtswidrigkeit.⁴⁶

In der chinesischen Sprache ist die „Gesellschaftsschädlichkeit“ („She Hui Wei Hai Xing“, 社会危害性) gleichfalls ein Prädikat, das nicht als ein objektsprachlicher Begriff zu verstehen ist. Das Kriterium der „Gesellschaftsschädlichkeit“ ist ebenfalls eine „Ja-Nein-Frage“ und nicht graduierbar. Der Begriff im Sinne der Objektsprache ist hingegen der sog. „Schaden für die Gesellschaft“, der in Chinesisch „She Hui Wei Hai“ (社会危害) lautet. Ebenso wie die „materielle Rechtswidrigkeit“, ist auch die „Strafrechtswidrigkeit“ eine *contradictio in adjecto*, weil es nur eine Rechtswidrigkeit hinsichtlich der gesamten Rechtsordnung gibt. Trotzdem versuchen die Vertreter der sog. „Strafrechtswidrigkeit“, zwischen verschiedenen Arten von Rechtswidrigkeit, und zwar „Zivilrechtswidrigkeit“, „Strafrechtswidrigkeit“ und „Verwaltungsrechtswidrigkeit“, zu unterscheiden. Dies ist freilich unlogisch.

⁴¹ Kern, ZStW 64 (1952), 255.

⁴² Fletcher, Basic Concepts of Criminal Law, 1998, S. 77 f.

⁴³ Vgl. Gao/Ma (Fn. 26), S. 42 ff. Dies wurde auch in das Lehrbuch für die Unterstufe der Mittelschulen in China aufgenommen. Siehe Bildungsministerium Chinas (Hrsg.), Moral und Recht, 8. Klasse, 2017, S. 53.

⁴⁴ Vgl. Chen (Fn. 23), S. 57.

⁴⁵ Vgl. Zhang (Fn. 30), S. 18 f.

⁴⁶ Vgl. Zhang (Fn. 30), S. 20; Chen (Fn. 37), S. 340, 341.

IV. Die Kritik an dem materiellen Kriterium bei der Annahme einer Straftat

1. Die Missachtung der Abgrenzung von Recht und Unrecht

In Ostasien ist ein materielles Verständnis des Verbrechens nicht selten. Beispielsweise vertrat bereits Okada in Japan die Auffassung, dass das Verbrechen dasjenige Verhalten sei, das die Existenzbedingungen des Staates gefährde und durch die Staatsgewalt ausgeräumt werden solle. Mithilfe einer solchen materiellen Bestimmung des Verbrechens könne das, was nach dem gesetzlichen Wortlaut nicht geklärt werde, wiederum durch das eigene Verständnis der Interpreten verdeutlicht werden. Dieses materielle Verständnis könne auch zur Reform des Strafgesetzes beitragen.⁴⁷ Ob man ein Verbrechen in einem Staat materiell oder formell begründen sowie annehmen darf, hängt von der Frage ab, ob dort der Grundsatz „nulla poena, nullum crimen sine lege“⁴⁸ im Gesetz vorge-schrieben ist und demzufolge Analogien verboten sind. Art. 31 der heutigen japanischen Verfassung ist von einem anglo-amerikanischen Verständnis des Gesetzlichkeitsprinzips geprägt: „Ohne ein durch Gesetze bestimmtes Verfahren darf niemand seines Lebens und seiner Freiheit beraubt oder bestraft werden.“ Dies gilt ebenfalls für das materielle Strafrecht. Die Mehrheit der japanischen Strafrechtler versteht allerdings unter den Bestimmungen der Strafgesetze nur jene Entscheidungsnormen, mit denen die Richter die Konsequenzen eines deliktischen Verhaltens nachträglich beurteilen. Die Berücksichtigung der Verhaltensnormen wird deswegen in Japan nicht als Aufgabe der Verbrechenslehre angesehen, obwohl eine klar bestimmte Verhaltensnorm die Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Inhalts der Rechtssätze und die Voraussehbarkeit des Verhaltensunrechts erhöht oder erst ermöglicht.⁴⁹

In China ist der Gesetzlichkeitsgrundsatz in Art. 3 des geltenden chinesischen Strafgesetzbuches⁵⁰ niedergelegt. Daneben enthält Art. 13 chStGB⁵¹ eine allgemeine Bestim-

mung des Verbrechens, die dessen Eigenschaften materiell definiert. Daraus wird der zuvor erwähnte Verbrechensbegriff mit seinen drei Merkmalen abgeleitet. Eine Straftat kann in China somit entweder mittels dieses materiellen Verbrechensbegriffs oder durch die in der Praxis herrschenden „vier Strafbarkeitsbedingungen“ begründet werden. Dabei lässt sich nicht übersehen, dass die Praxis möglicherweise zur Anwendung des materiellen Begriffs tendiert.⁵²

In Deutschland ist die Rechtswidrigkeit *an sich* ein formeller Begriff und erlaubt keine Billigkeits- oder Rechtsfolgenabwägungen. Daher kann Thomas Weigend (geb. 1949) zufolge die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens, jedenfalls auf dogmatischer Ebene, nicht ohne weiteres verneint werden, etwa weil die Folgen der Tat gering seien, das Opfer den Täter provoziert oder sich selbst unrecht verhalten habe oder weil es für den Täter besonders schwer gewesen sei, den Anforderungen des Rechts zu genügen. Der Grund für ein solch formelles Verständnis des Rechtswidrigkeitsbegriffs liege darin, dass es Aufgabe der Rechtsordnung sei, klar festzulegen, was Recht und was Unrecht ist.⁵³ Wenn man aber einen Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ anerkennen würde, der eine Interessenabwägung erforderlich macht, so würde nicht allein die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes, sondern unmittelbar die sog. Interessenabwägung zu dem maßgeblichen Kriterium für die Begründung der Strafbarkeit eines Verhaltens. Hierbei würde man freilich das Risiko in Kauf nehmen, dass die Abgrenzung von Recht und Unrecht durch die Interessenabwägung missachtet wird. Der (nur scheinbare) Vorteil der direkten Anwendung des materiellen Kriteriums läge darin, dass man damit Kriminelle effektiver bestrafen bzw. das sog. „evidente Strafbefürdnis“ stillen könnte. Ihr Nachteil ist jedoch nicht zu übersehen: Eine solche Anwendung erschwert sowohl die Berücksichtigung und Befolgung der Verhaltensnormen im Strafrecht und könnte auch Menschenrechte verletzen. Dazu schreibt Urs Kindhäuser (geb. 1949) Folgendes:

„In dem Fall, in dem es zwei Verhaltensalternativen gibt, von denen die eine rechtmäßig und die andere rechtswidrig ist, kann man die Realisierung der rechtmäßigen Alternative rechtlich richtig, die Realisierung der rechtswidrigen Alternative rechtlich falsch nennen. Die Frage, ob sich eine Person in einer bestimmten Situation rechtlich richtig oder rechtlich falsch verhalten hat, ist die Grundfrage jeder rechtlichen Wertung.“⁵⁴

verletzen, persönliche Rechte, demokratische Rechte und sonstige Rechte der Bürger verletzen, sowie andere, für die Gesellschaft gefährliche Handlungen, soweit sie gemäß Gesetz mit Kriminalstrafe bedroht sind, sind Straftaten, jedoch gelten [derartige Handlungen] nicht als Straftaten, wenn sie den Tatumständen nach eindeutig geringfügig sind und keine große Gefährdung darstellen.“ Hier zitiert nach *Strupp* (Fn. 35), S. 107.

⁵² Siehe dazu die Beispiele bei IV. 2.

⁵³ *Weigend*, in: Hilgendorf (Fn. 23), S. 79.

⁵⁴ *Kindhäuser*, in: Hilgendorf (Fn. 23), S. 32.

⁴⁷ *Kobayashi*, *Chaoyang Law Review* 15 (2020), 244 (246).

⁴⁸ Dieser Grundsatz wird in Deutschland als „Kulturgrundsatz“ des modernen rechtsstaatlichen Strafrechts bezeichnet; so *Mangakis*, *ZStW* 81 (1969), 997.

⁴⁹ Vgl. *Ida*, *The Taiwan Law Review* 237 (2/2015), 244 (251–253).

⁵⁰ Übersetzt lautet Art. 3 chStGB: „Ist [eine Handlung] durch Gesetz ausdrücklich als strafbare Handlung bestimmt, wird sie entsprechend der gesetzlichen Festlegung als Straftat mit [der dafür vorgesehen] Strafe geahndet; liegt eine ausdrückliche Bestimmung als strafbare Handlung durch Gesetz nicht vor, ist eine Festlegung [der Handlung] als Straftat und Verhängung von Strafe nicht statthaft.“ Hier zitiert nach *Strupp* (Fn. 35), S. 105.

⁵¹ Übersetzt lautet Art. 13 chStGB: „Alle Handlungen, die die Souveränität, territoriale Integrität und Sicherheit des Staates gefährden, den Staat spalten, Subversion der politischen Macht der demokratischen Diktatur des Volkes und den Umsturz des sozialistischen Systems betreiben, die Zerstörung der gesellschaftlichen Ordnung und der Wirtschaftsordnung betreiben, das Staatseigentum oder das Kollektiveigentum der werktätigen Massen verletzen, das Privateigentum der Bürger

Berücksichtigt man im Rahmen der Strafrechtsdogmatik auch die Verhaltensnormen, so ist es den Bürgern zumutbar, die relevanten Verhaltensnormen zu kennen, zu befolgen und ihre eigenen Pflichten zu verstehen. Versteht man stattdessen unter den Bestimmungen im Strafgesetz ledig die Sanktionsnormen, so werden festgenommene und bestrafte Bürger höchstwahrscheinlich davon ausgehen, dass ihre Bestrafung durch die Staatsgewalt nur ein Unglück ist, ohne zu verstehen, dass sie sich zuvor unrecht verhalten haben. Es ist daher vorstellbar, dass sie vor dem Recht weniger Respekt haben als diejenigen, die unter einer Rechtsordnung zusammenleben, in der Recht von Unrecht klar abgegrenzt wird.

2. Von der Unlogik in den Sprachen bis zu den Risiken in der Praxis

Obwohl die formelle Bestimmung des Strafrechts in Deutschland während der 1930er Jahre durch die nationalsozialistische Ideologie missbräuchlich interpretiert wurde,⁵⁵ besteht damals in Deutschland noch ein scheinbar formeller Rechtsstaat. Anders als in Deutschland, wo man nach dem Élysée-Vertrag in Frieden lebt und das Recht vom Unrecht genau abgrenzt, beobachtet man in der ostasiatischen Rechtspraxis gelegentlich keine Achtung des formellen Rechtsstaats. Dies liegt unter anderem an den fast kontinuierlichen Kriegszuständen (inklusive der Bürgerkriege und des Kalten Kriegs) in Ostasien – inter arma silent leges. Deshalb hat die Missachtung der formellen Abgrenzung von Recht und Unrecht in Ostasien zur Folge, dass man zur Begründung der Strafbarkeit eines Verhaltens unmittelbar auf das „materielle“ Kriterium, wie z.B. die sog. „Gesellschaftsschädlichkeit“, zurückgreift. Welche Gefahren die damit einhergehende Rechtsunsicherheit birgt, lässt sich an drei chinesischen Fälle verdeutlichen:

a) Die Analogie in Bezug auf die Tatbestandsverwirklichung

Nachfolgend soll ein bekanntes Beispiel für die Anwendung des Kriteriums der „Gesellschaftsschädlichkeit“ als direkte Interpretationshilfe zur Feststellung des Unrechts angeführt werden, und zwar der Fall von X.⁵⁶

Der Angeklagte X sah im Fernsehen die Nachricht über das Bakterium *Bacillus anthracis*, welches als weißes Pulver im Ausland per Post versandt worden ist und bei den infizierten Personen tödliche Vergiftungen hervorgerufen hat. X war der Ansicht, dass auch Menschen in China durch den Empfang eines solchen Bakteriums wahrscheinlich in große Angst versetzt werden könnten. Er fand zunächst einige Trockenmittel für Esswaren in seiner Küche und bereitete zwei Briefumschläge vor. Dann füllte er die Trockenmittel in die Briefumschläge ein und ging damit zum Postamt, von wo aus er die beiden Umschläge jeweils an einen leitenden Beamten der Stadtregierung und den bei einem Fernsehsender angestellten Herrn Y schickte. Einige Tage später erhielt Herr Z,

der für die Stadtregierung im Büro für Beschwerden und Anregungen arbeitete, den besagten Brief von X. Z öffnete den Umschlag und fand darin das weiße Pulver des Trockenmittels. Im Bewusstsein über die Vorfälle in den anderen Ländern hielt er das Pulver fälschlicherweise für das Bakterium *Bacillus anthracis* und geriet in Panik. Herr Y, der bei einem Fernsehsender in derselben Stadt tätig war, erhielt gleichfalls einen solchen Briefumschlag mit „Bakterien“ und erlitt einen starken psychischen Schock. Die anderen Angestellten und Kollegen, die in der Stadtregierung und beim Fernsehsender tätig waren, bekamen ebenfalls Angst vor einer Ansteckung, als sie die Nachricht von Herrn Z und Herrn Y erhielten. Um eine Unruhe in der Bevölkerung zu vermeiden und eine potenzielle Ansteckung mit dem „Bakterium“ zu verhindern, ergriffen die zuständigen Abteilungen der Stadtverwaltung verschiedene Maßnahmen. X, der die postalische Versendung dieses „Bakteriums“ veranlasst hatte, wurde alsbald von der Polizei festgenommen und im Rahmen eines Strafprozesses angeklagt. Das zuständige Gericht war der Auffassung, dass der Angeklagte X die Absicht hatte, durch die Sendung des weißen Pulvers eine Atmosphäre der Angst in der Bevölkerung zu erzeugen. Sein Verhalten sei auch ursächlich für die Panik der Menschen gewesen, obwohl das Trockenmittel für Esswaren tatsächlich kein Bakterium war und keine Ansteckung hätte herbeiführen können. Daher schloss sich das Gericht der Ansicht der Staatsanwaltschaft an und subsumierte das Verhalten des Täters unter den Tatbestand der „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit anderen gefährlichen Mitteln“.⁵⁷ Schließlich wurde der Angeklagte X zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt.

Diese Entscheidung ist literarischer Kritik ausgesetzt, weil das „Bakterium“ objektiv überhaupt nicht in der Lage war, eine Ansteckung herbeizuführen und die öffentliche Sicherheit zu gefährden. Eine solche Kritik ist berechtigt, weil der Gesetzgeber erst nach der Bekanntmachung dieses Falls gezielt einen diesbezüglichen Tatbestand schuf. Der neue Tatbestand (Art. 291a chStGB), befindet sich jedoch nicht in Kapitel 2, sondern in Kapitel 6 über „Straftaten, die die Ordnung der gesellschaftlichen Verwaltung beeinträchtigen“. Die Vorschrift lautet übersetzt: „Wer den Anschein erweckt, die Erreger von Infektionskrankheiten, explosive, giftige oder radioaktive Substanzen oder andere Substanzen zu verbreiten, oder fälschlicherweise Nachrichten über die

⁵⁷ Übersetzt lautet Art. 114 chStGB: „Wer die öffentliche Sicherheit gefährdet, indem er Fabriken, Bergwerke, Ölfelder, Häfen, Flüsse, Wasserressourcen, Warenlager, Wohnungen, Wälder, landwirtschaftliche Plätze bzw. Einrichtungen [...], Getreideplätze [...], Weideplätze, wichtige [Rohr-]Leitungen, öffentliche Bauten und Objekte oder anderweitiges öffentliches oder privates Eigentum durch Brandstiftung, Überschwemmung mittels [...] Deichbruch, Herbeiführen einer Explosion, Vergiftung oder mit anderen gefährlichen Mitteln beschädigt und [dadurch] die öffentliche Sicherheit gefährdet, wird unter der Voraussetzung, daß keine ernsten und schwerwiegenden Folgen verursacht worden sind, mit zeitiger Freiheitsstrafe von drei Jahren bis zu zehn Jahren bestraft.“ Hier zitiert nach *Strupp* (Fn. 35), S. 134.

⁵⁵ Vgl. *Künnecke*, RphZ 2015, 88 (89 f. Fn. 48). Etwa in § 2 des „Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28.6.1935“ wurde das Interpretationskriterium des „gesunden Volksempfindens“ eingeführt und die Analogie zugelassen.

⁵⁶ Vgl. *Chen*, *Der Gedanke der Gesetzlichkeit*, 2010, S. 27 f.

terroristische Bedrohung durch eine Explosion oder über biochemische und radioaktive Bedrohungen verbreitet, oder, wenn er sichere Kenntnis davon hat, dass die betreffenden Nachrichten nicht der Wahrheit entsprechen, vorsätzlich solche Nachrichten verbreitet und dadurch die gesellschaftliche Ordnung schwer beeinträchtigt, wird mit zeitiger Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren, Gewahrsam oder Überwachung bestraft; sind ernste und schwerwiegende Folgen verursacht worden, ergeht eine zeitige Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren.“ Zu diesem nachträglich geschaffenen Tatbestand schreibt der Gesetzgeber Folgendes: „Ein solches Verhalten, welches den Anschein erweckt, dass der Erreger einer Infektionskrankheit freigesetzt worden ist oder tatsächlich unwahre Nachrichten als wahr verbreitet worden sind, wird Verwirrungen in der Bevölkerung hervorrufen, sodass der Schaden für die Gesellschaft groß ist und eine Strafe verdient. Angesichts der Tatsache, dass ein solches Verhalten tatsächlich überhaupt keine Infektionskrankheiten verursachen kann, fällt dies nicht unter die Straftaten des zweiten Kapitels, die die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit betreffen, weswegen man die Bestimmungen in Kapitel 2 darauf nicht anwenden darf. Es fehlte aber zu jenem Zeitpunkt ein entsprechender Tatbestand im Strafgesetz, daher [...] schaffen wir nun einen solchen Tatbestand, um dieses Verhalten zu bestrafen.“⁵⁸ Durch die nachträgliche Einführung des Art. 291a chStGB ist deutlich geworden, dass der Richter zuvor eine verbotene Analogie zur Bejahung der Tatbestandserfüllung durch das Verhalten des X angewandt hat. Zum Zeitpunkt der Tat gab es schließlich noch keinen Art. 291a chStGB und der angewandte Art. 114 chStGB war lediglich die ähnlichste Vorschrift im damaligen Strafgesetzbuch.

Die Möglichkeit einer derartigen analogen Anwendung ist in China insbesondere deshalb vorstellbar, weil noch während der nicht lange zurückliegenden Zeitperiode von 1979 bis 1997 die Analogie im chStGB anerkannt war⁵⁹ und erst im Jahr 1997 abgeschafft wurde. Solange weiterhin die „Gesellschaftsschädlichkeit“ als strafbarkeitsbegründende Kategorie herangezogen wird, besteht weiterhin die Gefahr einer nunmehr unzulässigen Analogie. Dazu kommentiert Weigend zutreffend, dass die Gesellschaftsschädlichkeit eines Verhaltens nicht zur Ausdehnung eines Tatbestands auf Fallgestaltungen führen dürfe, die vom Wortlaut der Norm nicht erfasst sind (Legalitätsgrundsatz); insofern könne die Gesellschafts-

schädlichkeit eines Verhaltens nicht strafbarkeitsbegründend wirken. Aus diesem Grund sei es bedenklich, wenn in der Gerichtspraxis die Gesellschaftsschädlichkeit des Verhaltens des Angeklagten vorab geprüft werde, denn damit drohe die strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Gesetzlichkeitsgrundsatzes unterlaufen zu werden.⁶⁰ Dies ist meiner Einschätzung nach auch eine Folge davon, dass in China die formelle Abgrenzung von Recht und Unrecht nicht hinreichend beachtet wird.

b) Die ungerechte Ablehnung des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr

Auf Ebene der Rechtswidrigkeit besteht das Risiko materieller Kriterien darin, dass man im chinesischen Strafrecht bei der Annahme der Notwehr einseitig die Schwere des Erfolges berücksichtigt und dasjenige angemessene Verteidigungsverhalten, das aber eine schwerwiegende Verletzung verursacht hat, als einen unzulässigen Notwehrexzess ansieht. Der Grund für die Ablehnung einer rechtmäßigen Verteidigung ist dogmengeschichtlich auf die japanische objektivierte erfolgsorientierte Unrechtslehre zurückzuführen. Das Kriterium, das dieser Lehre zugrunde liegt, ist die sog. „Verletzung von Rechtsgütern“, sei es in Form der Schädigung oder der (konkreten) Gefährdung. Die japanische Lehre wird von Chinesen übernommen, weil der Aspekt der Rechtsgutsverletzung in China mit der sog. „Gesellschaftsschädlichkeit“ bei der Unrechtsbegründung harmoniert.⁶¹ Die erfolgsorientierte Lehre akzeptiert lediglich die Sanktionsnormen der Staatsgewalt als gesetzliche Strafbarkeitsbestimmungen, nicht aber die an die Bürger gerichteten Verhaltensnormen, mit deren Hilfe sie sowohl die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens, als auch das Risiko ihrer Bestrafung vorausberechnen können. Großer Wert wird auf den durch das Verteidigungsverhalten herbeigeführten Erfolg gelegt, da dieser darüber entscheidet, ob das Verhalten des sich Verteidigenden gerechtfertigt werden kann. Diese objektivierte und erfolgsorientierte Unrechtslehre wird in China insbesondere von den Strafrechtlern, z.B. Zhang und Hong Li (geb. 1966), beide Angehörige der Tsinghua-Universität, vertreten. Obwohl der Gesetzgeber im Zusammenhang mit den Voraussetzungen des Notwehrexzesses in Art. 20 Abs. 2 chStGB⁶² zwei not-

⁶⁰ Vgl. Weigend, in: Hilgendorf (Fn. 23), S. 78.

⁶¹ Vgl. die Auffassung Chens, Ein Dialog zwischen Xingliang Chen und japanischen Strafrechtlern, hier zitiert nach der Information des öffentlichen Kontos des „Zhou Tai“ Forschungsinstituts bei der Lifestyle App „WeChat“ v. 19.1.2022.

⁶² Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 chStGB lauten übersetzt: „Wenn eine Handlung zur Abwendung eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffes auf den Staat, auf öffentliche Interessen, auf Körper, Eigentum und sonstige Rechte der eigenen Person oder einer anderen Person vorgenommen wird, um dem rechtswidrigen Angriff Einhalt zu gebieten, und dadurch dem Urheber des rechtswidrigen Angriffes ein Schaden entsteht, so liegt Notwehr [...] vor, und eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ist nicht gegeben“; „Wenn die Notwehr offenkundig die notwendig gebotenen Grenzen überschreitet und dadurch

⁵⁸ Die strafrechtliche Fachgruppe der Rechtsabteilung des ständigen Ausschusses des nationalen Volkskongresses (Hrsg.), Begründung zum Strafrechtsgesetzbuch und einschlägige Regelungen, 2009, S. 604.

⁵⁹ Art. 79 chStGB von 1979 lautet übersetzt: „Eine Straftat, die im Besonderen Teil des vorliegenden Gesetzes nicht ausdrücklich bestimmt ist, kann nach Maßgabe desjenigen im Besonderen Teil des vorliegenden Gesetzes enthaltenen Paragraphen, welcher [mit der Ausgangstat verglichen] der ähnlichste ist, als Straftat festgelegt und strafrechtlich abgeurteilt werden, jedoch ist [der Fall] dem Obersten Volksgericht zur Genehmigung vorzulegen“. Hier zitiert nach Strupp (Fn. 35), S. 17.

wendige Kriterien statuiert, und zwar erstens die „offenkundige Überschreitung der notwendig gebotenen Grenzen“, zweitens die „Verursachung eines gravierenden Schadens“, wird das erste Kriterium immer durch das zweite überlagert. Die in China herrschende Lehre, die beide Merkmale zusammenfasst, kommt daher zu denselben Ergebnissen wie die monistische Auffassung, die nur ein solches Verteidigungsverhalten für gerechtfertigt hält, das *ungefähr* mit der Stärke des abgewendeten Angriffs übereinstimmt. Denn ob *ungefähre Übereinstimmung* vorliegt, hängt von der Frage ab, ob der Verteidiger einen gravierenden Schaden verursacht hat.⁶³

Nehmen wir den Fall der vorsätzlichen Körperverletzung durch A als Beispiel.⁶⁴ Der Angeklagte A und seine Kollegen B, C, D und andere unterhielten sich in einer Diskothek. Währenddessen kam es zu einer verbalen Auseinandersetzung zwischen A, E und Bekannten von E. A hatte den Eindruck, dass E ihm feindlich gegenüberstand. Um seine eigene Sicherheit zu gewährleisten, ging A nach Hause und holte von dort ein Messer. Gleichzeitig rief E seine drei Freunde X, Y und Z an, damit er sich mit ihnen zusammen an A rächen könne. Nachdem A mit einem Messer in die Diskothek zurückgekehrt war, teilte E dem 20-jährigen X mit, wer genau A. Dann veranlasste E, dass X, Y und Z draußen unter einer Brücke auf A warteten. Als A und seine Kollegen die Brücke gegen ein Uhr nachts passierten, schlugen die Angreifer X, Y und Z brutal mit Knüppeln auf A und seine Kollegen ein. D wurde zuerst zu Boden geschlagen. A, B und C wehrten sich gegen die Angreifer. Zu diesem Zeitpunkt stach A mit seinem Messer auf Brust und Beine von X ein. X verstarb kurze Zeit später aufgrund des Blutverlusts und der schweren Verletzungen seiner Lunge und seines Herzens. D wurde hingegen nur leicht verletzt. A wurde festgenommen und angeklagt. Das erstinstanzliche Gericht hat mit Blick auf das Verteidigungsverhalten des A die Annahme von Notwehr abgelehnt. A wurde wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von fünfzehn Jahren verurteilt. A legte Berufung gegen dieses Urteil ein. Das in der zweiten Instanz zuständige Gericht war der Auffassung, dass A zum Tatzeitpunkt zwar im Bewusstsein der Notwehrsituation gehandelt, das notwendige Maß der Notwehr jedoch offensichtlich überschritten habe. Aufgrund eines Notwehrexzesses habe A eine vorsätzliche Körperverletzung begangen. Das Gericht setzte seine Strafe auf fünf Jahre Freiheitsstrafe herab.

Dieser Fall ist ein Beispiel für die Nachteile der objektivierte erfolgsorientierten Unrechtslehre. Nach der zutreffen-

gravierender Schaden verursacht wird, ist strafrechtliche Verantwortlichkeit gegeben, jedoch hat abgemildert leichte Strafe zu ergehen oder es ist von Strafe abzusehen“. Hier zitiert nach *Strupp* (Fn. 35), S. 109.

⁶³ Ausführlich dazu, siehe *Lao*, Peking University Law Journal 5 (2015), 1324.

⁶⁴ Vgl. Strafrechtliches Tribunal des obersten Volksgerichtshofs der Volksrepublik China (Hrsg.), Die Fälle für die strafrechtliche Praxis: Straftaten, die persönliche Rechte oder demokratische Rechte der Bürger verletzen, 2009, S. 360 f.

den Auffassung *Dongyan Laos*⁶⁵ hätte die Verteidigung des A als gerechtfertigt anerkannt werden müssen, weil er zum Tatzeitpunkt nur sein Messer hätte verwenden können, um sich effektiv gegen die Schläge der Angreifer mit den Knüppeln zu wehren. Ob irgendein Angreifer starb, kann für die Frage, ob eine rechtfertigende Notwehr vorliegt oder nicht, nicht entscheidend sein. Aufgrund einer solch strengen und gar ungerechten Einschränkung der Verteidigungsbefugnisse durch die Rechtsprechung wird die Möglichkeit einer Notwehr weitgehend aufgehoben. Erst vor wenigen Jahren wurde die Notwehr in China dadurch gestärkt, dass im Jahr 2018 der Fall von Haiming Yu aus der Stadt Kunshan in der Provinz Jiangsu als eine wichtige Leitentscheidung⁶⁶ veröffentlicht und im Jahr 2020 eine entsprechende amtliche juristische Interpretation der Anwendung der Notwehr⁶⁷ erging.

c) *Das Risiko der analogen Anwendung der sog. „actio libera in causa“*

Zur „Gesellschaftsschädlichkeit“ gibt es in der chinesischen Rechtspraxis noch ein weiteres bekanntes Beispiel, das in der „Amtlichen Gazette des obersten Volksgerichtshofs“ veröffentlicht wurde:⁶⁸

Vor der Morgendämmerung des 5.5.2005 konsumierte der Angeklagte P das Betäubungsmittel „Ecstasy“ (MDMA), das ihn in einen Rauschzustand versetzte. In diesem Zustand stach P mit einem Messer in den Oberkörper seines Mitbewohners. Dieser verstarb nach erfolglosen Rettungsmaßnahmen im lokalen Krankenhaus. Das Gericht war der Meinung, dass der Angeklagte P die Droge freiwillig eingenommen habe und infolgedessen in einen Rauschzustand geraten sei.

⁶⁵ Vgl. *Lao*, Peking University Law Journal 5 (2015), 1324 (1343 f.)

⁶⁶ Zum Sachverhalt des Falls vgl. *Wang/Qin/Wu/Zhang/Ma*, Beijing News v. 2. 9.2018, A07, http://epaper.bjnews.com.cn/html/2018-09/02/content_730834.htm?div=-1 (1.12.2023).

⁶⁷ „Grundlinien zur rechtlichen Anwendung des Grundes der Notwehr“ vom Obersten Volksgerichtshof, der obersten Volksstaatsanwaltschaft und dem Ministerium für öffentliche Sicherheit der Volksrepublik China v. 28.8.2020: „In den vergangenen Jahren herrschte eine Rechtspraxis vor, wonach derjenige, der am lautesten schreit oder der, der ums Leben gekommen ist, das Recht hat. Dies ist falsch und zu korrigieren, damit der rechtsstaatliche Grundsatz ‚das Recht brauche dem Unrecht nicht zu weichen‘ aufrechtzuerhalten ist [...] Die psychische Ausnahmesituation beziehungsweise die gegebenenfalls vorherrschende Furcht des Verteidigers ist hinreichend zu berücksichtigen und er darf nicht ex-post überfordert werden [...] Man kann von in Notwehr handelnden Verletzten nicht verlangen, dass Art und Stärke ihrer Verteidigung grundsätzlich derjenigen des unrechtmäßigen Angriffs entsprechen.“

⁶⁸ Der Fall erschien in der „Amtlichen Gazette des obersten Volksgerichtshofs“ Nr. 7 v. 10.7.2007. Es handelt sich zugleich um Fall 431 („Der vorsätzliche Totschlag Song Pengs“), in: Strafrechtliches Tribunal des obersten Volksgerichtshofs der Volksrepublik China (Fn. 64), S. 144.

Gerade in diesem Zustand habe er einen schweren Erfolg verursacht. Der Angeklagte habe sich aufgrund der freiwilligen Entscheidung, sich in den Rauschzustand zu versetzen, des Totschlags an seinem Mitbewohner strafbar gemacht. Der Rechtsanwalt des P berief sich zur Verteidigung insbesondere auf den Wortlaut des Art. 18 Abs. 4 chStGB. Nach dieser Norm ist strafrechtlich verantwortlich, „wer im betrunkenen Zustand infolge des Konsums von Alkohol eine Straftat begeht“. Der Rechtsanwalt wies darauf hin, dass das Rauschgift „Ecstasy“ kein Alkohol sei, sodass die Vorschrift nicht anwendbar sei. Daraufhin führte der Richter aus, dass „gleichwohl eine Straftat anzunehmen ist“, weil der Konsum von Rauschgift, worunter auch „Ecstasy“ fällt, zum Tatzeitpunkt rechtswidrig gewesen sei. Für die Gesellschaft sei dies sogar „schädlicher“ als deliktisches Verhalten, das infolge des Konsums von Alkohol begangen wird. Für die Lösung dieses Falls sind die in Tang Lü⁶⁹ aufgestellten Bestimmungen, die auch in der heutigen Rechtspraxis noch Anwendung finden, heranzuziehen. Diese alten Bestimmungen besagen: „Die schwereren Fälle können keine Straftaten sein, wenn die geringfügigeren bereits keine Straftaten sind. Zugleich sind die schwereren Fälle auch Straftaten, wenn schon die geringfügigeren Straftaten sind.“ Aufgrund dieses traditionellen Rechtsgrundsatzes lässt sich eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Angeklagten begründen. „Ecstasy“ ist eine härtere Droge als Alkohol, sodass in diesem Fall der zweite Teil des oben genannten Grundsatzes greift, obwohl sich das geltende Strafgesetz ledig auf den Fall des Alkoholkonsums bezieht.

Selbst in China ist dieser Urteilsspruch fragwürdig und überzeugender Kritik ausgesetzt. Dies beruht zum Teil darauf, dass gemäß Art. 133a Abs. 1 Nr. 2 chStGB nur die „Steuerung von Kraftfahrzeugen im alkoholisierten Zustand auf der Straße“ unter Strafe gestellt ist. Um diesen Tatbestand zu erfüllen, muss die Blutalkoholkonzentration des Fahrers aufgrund der entsprechenden juristischen Interpretation des obersten Volksgerichtshofs 0,8 ‰ überschreiten. Zu Art. 133a Abs. 1 Nr. 2 schreibt *Mingxuan Gao*, der in den Gesetzgebungsprozess involviert war, Folgendes: „An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass im Prozess der Diskussion über die Änderung des Strafgesetzes die konkrete Formulierung dieser Norm kontrovers diskutiert wurde. Von einigen Beteiligten wurde der Standpunkt vertreten, dass man in diesem Paragraphen zusätzlich die ergänzende Bestimmung ‚bzw. andere Handlungen von gefährlicher Steuerung von Fahrzeugen‘ vorschreiben sollte, damit die anderen gefährlichen Handlungen [sic, in der chinesische Version gibt es noch Gesetzesvorschläge, in denen z.B. von ‚Autofahren ohne Fahrerlaubnis‘ oder ‚unter Einfluss von Betäubungsmitteln‘ die Rede ist, der *Autor*] neben ‚Trunkenheit am Steuer‘ und ‚Autorennen auf der Straße‘, die noch nicht einschlägig gesetzlich festgelegt waren, in der Zukunft ebenfalls strafrechtlich geahndet werden können. Zudem wurde vorgeschlagen, zusätzlich auch gefährliche Handlungen im Bereich von Wassertransport [sic, Schifffahrt, der *Autor*], Luftfahrt

⁶⁹ Tang Lü ist der chinesische Name der Strafgesetze der Tang Dynastie. Die Tang Dynastie dauerte von 618 bis 907.

usw. als strafbare Handlungen festzulegen. Nach ausführlicher Untersuchung und Auseinandersetzung mit diesem Vorschlag wurden schließlich jedoch nur die Handlungen ‚Trunkenheit am Steuer‘ und ‚Autorennen auf der Straße‘ von den gesetzgebenden Organen in diese Norm aufgenommen.“⁷⁰ Weil nun in Art. 133a Abs. 1 Nr. 2 chStGB das „Autofahren unter Einfluss von Betäubungsmitteln“ nicht aufgeführt ist und man daher dieses Verhalten nicht bestrafen darf, ist es gleichfalls unzulässig, dass man durch Auslegung die Strafbarkeit des P wegen des unter Einfluss von Betäubungsmitteln begangenen Totschlags unter Art. 18 Abs. 4 chStGB subsummiert.

Der Fall von P zeigt deutlich, dass das Gesetz umgangen und stattdessen das Kriterium der „Gesellschaftsschädlichkeit“ zur Begründung der Strafbarkeit eingesetzt wurde. Obwohl es umstritten ist, ob man im Deliktaufbau die sog. „actio libera in causa“ auf Tatbestands- oder Schuldebene prüft,⁷¹ widerspricht es doch dem Gesetzlichkeitsprinzip, wenn man die ausdrückliche Bestimmung im Strafgesetz schlicht übergeht und die Strafbarkeit ohne Weiteres auf die „Gesellschaftsschädlichkeit“ des Verhaltens stützt.⁷² Vertritt man das Tatbestandsmodell im Fall der „actio libera in causa“ und versteht man unter der Tatbestandsverwirklichung ein vertyptes Unrecht, ist freilich zu vermuten, dass in der unpräzisen Rechtspraxis der Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“, wie der der „Gesellschaftsschädlichkeit“ als Interpretationshilfe unrechtsbegründend eingesetzt wird und dadurch zur Annahme einer unter Einfluss von Drogen begangenen Straftat beiträgt.

V. Resümee

Der missbräuchliche Umgang der ostasiatischen Rechtslehre mit dem Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit hat im Wesentlichen drei Gründe. Erstens hat man in Ostasien noch nicht genügend Erfahrung mit der Konstruktion eines modernen Rechtsstaates gesammelt; zweitens herrscht in Ostasien ein relativ starker „menschlicher Wettbewerb um das (Über-)Leben“, der das Interesse dafür verringert, das Recht von dem Unrecht formell abzugrenzen – Eile verursacht immer Fehler; drittens wurde das Gesetzlichkeitsprinzip spät – etwa in China erst im Jahr 1997 – in das chinesische Strafgesetzbuch aufgenommen. Der Gedanke der materiellen Rechtswidrigkeit entstand aber zuerst in Deutschland, das während der 1930er Jahre unter einem bitterlichen Unrechtsstaat litt. Nach Ende des zweiten Weltkriegs erlebte die deutsche Rechtswis-

⁷⁰ *Gao*, Entwicklung und Vollendung des Strafgesetzbuches der Volksrepublik China, Der Besonderer Teil des chinesischen Strafgesetzbuches 1997, Übersetzung von *Zhao*, 2022, S. 114 f.; in Chinesisch: *Gao*, Die Geburt und Entwicklung der Strafgesetze der Volksrepublik China, 2012, S. 333.

⁷¹ Vgl. *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 23 Rn. 6 ff.

⁷² Freilich dürfte die „actio libera in causa“ in Deutschland verfassungswidrig sein. Vgl. *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 71), § 23 Rn. 20. In China ist die Rechtslage jedoch anders, weil Art. 18 Abs. 4 chStGB allein den „Alkoholkonsum“ ausdrücklich vorschreibt.

senschaft zunächst eine Renaissance des Naturrechts und sodann die Wiederentdeckung der Normentheorie. Deshalb gewöhnte man sich in Deutschland daran, das Recht von dem Unrecht rechtsphilosophisch und theoretisch genau abzugrenzen. Statt der fragwürdigen materiellen Rechtswidrigkeit hebt man häufig den Begriff der Gerechtigkeit hervor. Zugleich gewinnt auch in der Theorie der Rechtswidrigkeit eine formelle Bestimmung dieses Begriffs immer mehr Gewicht. Dies ist freilich zum einen das Ergebnis sprachphilosophischer und normtheoretischer Untersuchungen. Zum anderen ist jedoch nicht zu übersehen, dass auch die Bundesrepublik Deutschland in den letzten Jahrzehnten einen schleichenden Verfassungswandel durchgemacht hat. Sie sei mit zunehmender Geschwindigkeit von einem die Gewalten teilenden Rechtsstaat zu einem „Richterstaat“ geworden.⁷³

Diese theoretischen und staatlichen Voraussetzungen, die maßgeblich zu der Entwicklung eines formellen Verständnisses der Rechtswidrigkeit in Deutschland beigetragen haben, sind hingegen in Ostasien nur zum Teil gegeben. Die Situation in Japan, wo man oft die objektivierte erfolgsorientierte Unrechtslehre vorzieht und die personale Unrechtslehre unsachlich ablehnt, lässt sich bereits schwer mit der Deutschlands vergleichen. Nehmen wir weiterhin das chinesische Recht als Beispiel, so finden wir darin etwas anderes, weil Art. 131 der chinesischen Verfassung und Art. 5 chStPO den Grundsatz vorschreiben, dass die Volksgerichte nach den Bestimmungen der Gesetze die ihnen vorgelegten Fälle selbständig verhandeln. Die Volksgerichte als juristische Organe sind Kollektive. Nur die Richter oder das Gerichtspersonal sind natürliche Personen. Die juristischen Organe können wie in den oben genannten Fällen der Interpretationshilfe der „Gesellschaftsschädlichkeit“, die im traditionellen materiellen Verbrechensbegriff als erstes Merkmal platziert wird, ein größeres Gewicht als der klaren Abgrenzung von Recht und Unrecht beimessen. In der dogmatischen Diskussion, die die Rechtsprechung und Art. 13 chStGB respektieren sollte, besteht freilich die Tendenz, dass man die Idee der materiellen Rechtswidrigkeit, die in China auch als „Gesellschaftsschädlichkeit“ fungieren kann, unbesehen übernimmt. Dies gilt ebenfalls für die sog. „strafbare Rechtswidrigkeit“. Daher lässt sich sagen: Ob man die Rechtswidrigkeit formell versteht, hängt in Ostasien mehr von dem Schicksal des Grundsatzes „nulla poena, nullum crimen sine lege“ ab, als von der reinen Sprachlogik und dem richtigen Sprachgefühl. Obwohl man aufgrund der derzeitigen Unterschiede der Rechts- und Staatssysteme zwischen West und Ost vielleicht nichts Großartiges leisten kann, ist es doch möglich, zunächst durch den Kulturaustausch eine richtige Sprachlogik in der Strafrechtslehre zu etablieren. Das war und ist die Aufgabe dieser Abhandlung.

⁷³ Vgl. *Rüthers*, NJW 2005, 2759.