

Von Prof. Sota Endo, Tokio\*

*Dieser Beitrag untersucht das Verhältnis zwischen Soft Law und dem Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Angesichts des schnellen technologischen Wandels nimmt Soft Law eine zunehmend wichtige Rolle ein, wirft jedoch Fragen zur Vorhersehbarkeit, Rationalität und demokratischen Legitimität auf, weil es keinen formalisierten Gesetzgebungsprozess durchläuft. Der Artikel identifiziert zwei zentrale Voraussetzungen für die rechtfertigende Berücksichtigung von Soft Law: formelle und materielle Bedingungen. Die formelle Bedingung erfordert, dass die Bezugnahme auf Soft Law durch das Strafrecht erlaubt sein muss. Die materiellen Bedingungen umfassen a) die inhaltliche Rationalität und Klarheit, b) die Vertrauenswürdigkeit des Regelsetzungsprozesses sowie c) die umfassende Bekanntmachung und regelmäßige Überprüfung der Regeln. Während die Erfüllung der formalen Bedingung eine besondere Herausforderung darstellt, bietet § 35 des japanischen StGB, der auf der deutschen Berufsrechtstheorie basiert, ein Modell, das möglicherweise als Lösung für diese Hürde dienen kann.*

## I. Einleitung

In dieser Abhandlung wird das Verhältnis zwischen Soft Law und dem Gesetzlichkeitsprinzip untersucht. Zunächst werden die Begriffe und grundlegenden Konzepte von Soft Law sowie das Gesetzlichkeitsprinzip erläutert, um deren Bedeutung in der modernen juristischen Diskussion herauszuarbeiten.

Soft Law bezeichnet Regeln und Leitlinien, die – im Gegensatz zu Gesetzen – keine zwingende rechtliche Bindungskraft haben, aber dennoch gesellschaftliche Wirkung und normative Kraft entfalten. Typische Beispiele umfassen von Regierungsbehörden,<sup>1</sup> Branchenverbänden<sup>2</sup> oder internatio-

nen Organisationen<sup>3</sup> herausgegebene Regelwerke. Da diese Normen nicht den formalen Gesetzgebungsprozess durchlaufen, besitzen sie keine rechtliche Verbindlichkeit, sie spielen jedoch eine bedeutende Rolle bei der Rechtsanwendung und im praktischen Alltag.

Das Gesetzlichkeitsprinzip besagt:

„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“

Es beruht auf den beiden Maximen „Kein Verbrechen ohne Gesetz“ und „Keine Strafe ohne Gesetz“.<sup>4</sup> Dieses Prinzip dient der Verhinderung willkürlicher und unvorhersehbarer staatlicher Strafverfolgung und ist für die Sicherstellung der rechtlichen Stabilität sowie den Schutz der individuellen Freiheit unerlässlich. Es bildet somit das Fundament des Rechtsstaates.

In Anbetracht der rasanten technologischen Entwicklungen und der stetig wachsenden gesellschaftlichen Komplexität wird es zunehmend schwieriger, dass Gesetze alle möglichen Sachverhalte antizipieren und detailliert regeln können.<sup>5</sup> In diesem Kontext gewinnt Soft Law an Bedeutung. Auch im Bereich des Strafrechts stellt sich die Frage, unter welchen Bedingungen fachliche Regeln und Branchenleitlinien bei der Auslegung und Anwendung des Rechts berücksichtigt werden können. Im Folgenden wird das Verhältnis zwischen Soft Law und dem Gesetzlichkeitsprinzip aus diesen Perspektiven analysiert.

## II. Merkmale und Rolle von Soft Law

### 1. Flexibilität und Schnelligkeit: Die Reflexion fachlicher Erkenntnisse

Ein wesentliches Merkmal von Soft Law ist seine Flexibilität und Schnelligkeit. Es dauert oft lange, bis formelle gesetzliche Regelungen etabliert sind. Besonders in Bereichen, in denen rasch auf technologische Innovationen und gesell-

---

\* Der Verf. ist Associate Professor für Strafrecht an der Waseda Universität, Tokio. Der Verf. bedankt sich bei Herrn Prof. Dr. Henning Rosenau und seinem Lehrstuhl an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg für ihre Unterstützung, die wesentlich zur Überarbeitung des Aufsatzes beigetragen hat.

<sup>1</sup> Siehe unten II. 3. für jüngere Beispiele aus Japan.

<sup>2</sup> Vgl. etwa für jüngere Beispiele: *Japan Internet Safety Promotion Association*, Guidelines on Countermeasures Against Child Pornography Through DNS Blocking (DNSブロッキングによる児童ポルノ対策ガイドライン), 2011, abrufbar unter <https://www.good-net.jp/files/original/201711012219018546776.pdf> (19.11.2024); *Telecommunications Carriers Association u.a.*, Guidelines on Responses to Suicide Threats on the Internet (インターネット上の自殺予告事案への対応に関するガイドライン), 2005, abrufbar unter [https://www.telesa.or.jp/vc-files/consortium/guideline\\_suicide\\_051005.pdf](https://www.telesa.or.jp/vc-files/consortium/guideline_suicide_051005.pdf) (19.11.2024).

---

<sup>3</sup> Ein typisches Beispiel ist der ISO-Standard der International Organization for Standardization, abrufbar unter <https://www.iso.org/standards.html> (19.11.2024).

Zum Bereich des Soft Law gehören darüber hinaus auch die verschiedenen Empfehlungen der OECD, abrufbar unter <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments?mode=advanced&typeIds=2&statusIds=1> (19.11.2024).

<sup>4</sup> Beide Maximen werden als verfassungsrechtliche Anforderungen verstanden. Statt vieler *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 1 ff. Diese Auffassung wird auch in Japan entsprechend vertreten. Statt vieler *Yamaguchi*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (Keihō Sōron), 3. Aufl. 2016, S. 9 ff.; *Ida*, Vorlesung Strafrecht, Allgemeiner Teil (Kōgi Keihō Sōron), 2. Aufl. 2018, S. 34 ff.

<sup>5</sup> Siehe im Zusammenhang mit dem Medizin- und Biorecht, *Rosenau*, in: Ahrens/v. Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz (Hrsg.), Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, 2009, S. 435 (447).

schaftliche Veränderungen reagiert werden muss, spielt Soft Law als praktische Orientierungshilfe eine entscheidende Rolle. So ergänzen beispielsweise Leitlinien im Gesundheitswesen, der Fertigungsindustrie oder der Informations- und Kommunikationstechnologie die rechtlichen Normen, indem sie die neuesten fachlichen Erkenntnisse mit einbeziehen.<sup>6</sup> Eine Diskrepanz zwischen rechtlichen Normen und fachlichen Erkenntnissen ist generell nicht wünschenswert. Soft Law, das durch fachliche Erkenntnisse untermauert ist, erfüllt somit die Funktion, die Rationalität der Rechtsnormen zu ergänzen.

## 2. Faktische Wirkung: Sicherstellung der Vorhersehbarkeit

Ein weiteres charakteristisches Merkmal von Soft Law ist seine faktische Wirkung. Branchenleitlinien und standardisierte Regeln werden in der Praxis häufig als faktisch verbindliche Maßstäbe herangezogen; die Nichtbeachtung kann zu sozialen Sanktionen wie öffentlicher Kritik oder einem Vertrauensentzug innerhalb der Branche führen.<sup>7</sup> Somit nimmt Soft Law eine bedeutende Rolle bei den Entscheidungsprozessen Handelnder ein und trägt zur Sicherstellung der Vorhersehbarkeit bei. Anders ausgedrückt: Eine rechtliche Entscheidung, die stark vom Soft Law abweicht, kann die Vorhersehbarkeit für die Handelnden erheblich beeinträchtigen.

## 3. Soft Law im Strafrecht

Auch im Bereich des Strafrechts wird Soft Law seit jeher berücksichtigt. Insbesondere in Bereichen, die spezielles Fachwissen und technische Fähigkeiten erfordern, werden branchenbezogene Leitlinien und Regeln bei der Auslegung und Anwendung rechtlicher Bestimmungen einbezogen. So haben beispielsweise die im Verkehrskreis des Handelnden geltenden Regeln eine entscheidende Bedeutung bei der Bestimmung der Sorgfaltspflichten im Rahmen von Fahrlässigkeitsdelikten.<sup>8</sup> In Fällen medizinischer Fehlbehandlungen sind medizinische Standards maßgebend.<sup>9</sup> Auch Wettkampfsregeln gefährlicher Sportarten stellen typische Beispiele für den Maßstab des „erlaubten Risikos“ dar.<sup>10</sup>

Die Bedeutung von Soft Law im Strafrecht hat in den letzten Jahren zunehmend an Gewicht gewonnen. Ein Beispiel aus Japan ist die im Jahr 2024 vom Ministry of Internal Affairs and Communications (MIAC) und Ministry of Economy, Trade and Industry (METI) herausgegebene Verhaltensleitlinie zur Entwicklung und Nutzung von KI (AI-

Geschäftsrichtlinie)<sup>11</sup>. Es wird davon ausgegangen, dass diese Leitlinie auch bei der Beurteilung der Strafbarkeit von Entwicklern herangezogen wird, wenn durch KI verursachte Rechtsverletzungen oder Unfälle auftreten. Die 2021 vom MIAC veröffentlichte „Zusammenstellung“<sup>12</sup> legt Verhaltensregeln für Telekommunikationsunternehmen im Umgang mit Cyberangriffen fest und spezifiziert die Bedingungen, unter denen diese Unternehmen nicht wegen „Verletzung des Fernmeldegeheimnisses“ strafrechtlich verfolgt werden. Die Arbeitsgruppe der Digital Agency des japanischen Cabinet Office hat in ihrem Bericht vom Mai 2024<sup>13</sup> ein System vorgeschlagen, das die Strafbarkeit von Entwicklern bei Unfällen mit autonomen Fahrzeugen grundsätzlich ausschließt, sofern die Sicherheitsstandards eingehalten werden, die unter Beteiligung von Experten der autonomen Fahrtechnologie, Juristen und der neu eingerichteten Unfalluntersuchungskommission entwickelt wurden. In all diesen Beispielen fungiert Soft Law als Ergänzung der strafrechtlichen Beurteilung und als Mittel, um fachliche Erkenntnisse in die Anwendung des Strafrechts einzubeziehen.

Die Tatsache, dass Soft Law als „nicht-gesetzliche“ Regelung eine derart bedeutende Rolle bei der Auslegung und Anwendung des Strafrechts spielt, wirft die Frage auf, wie dies im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip zu bewerten ist. Im Folgenden sollen diese Probleme erörtert werden, die Soft Law im Verhältnis zum Gesetzlichkeitsprinzip aufwirft.

## III. Verhältnis zum Gesetzlichkeitsprinzip

In Bezug zum Gesetzlichkeitsprinzip weist Soft Law drei zentrale Problembereiche auf: 1. Fragen der Vorhersehbarkeit und rechtlichen Stabilität, 2. die Problematik der inhaltlichen Rationalität und 3. die Frage der Legitimität.

### 1. Vorhersehbarkeit und rechtliche Stabilität

Erstens stellt sich das Problem der Vorhersehbarkeit und rechtlichen Stabilität. Die Nutzung von Soft Law im Strafrecht kann im Hinblick auf die Sicherung der Vorhersehbarkeit für den Handelnden Vorteile bieten. Insbesondere sind

<sup>11</sup> MIAC/METI, AI Guidelines for Business Ver. 1.0 (AI事業者ガイドライン (第1.0版)), 2024, abrufbar unter [https://www.meti.go.jp/shingikai/mono\\_info\\_service/ai\\_shak\\_ai\\_jisso/20240419\\_report.html](https://www.meti.go.jp/shingikai/mono_info_service/ai_shak_ai_jisso/20240419_report.html) (19.11.2024).

<sup>12</sup> MIAC, Fourth Report of the Study Group on Proper Responses to Cyber Attacks in the Telecommunications Industry (電気通信事業におけるサイバー攻撃への適正な対処の在り方に関する研究会第四次とりまとめ), 2021, abrufbar unter [https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000779208.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000779208.pdf) (19.11.2024).

<sup>13</sup> The Mobility Sub-Working Group under the Digital Agency, Cabinet Office, Report of the Sub-Working Group on the Examination of Social Rules for Autonomous Vehicles in the AI Era (AI時代における自動運転車の社会的ルールの在り方検討サブワーキンググループ報告書), 2024, abrufbar unter [https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic\\_page/file\\_id\\_ref\\_resources/1fd724f2-4206-4998-a4c0-60395fd0fa95/9979bca8/20240523\\_meeting\\_mobility-subworking-group\\_outline\\_04%20.pdf](https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/file_id_ref_resources/1fd724f2-4206-4998-a4c0-60395fd0fa95/9979bca8/20240523_meeting_mobility-subworking-group_outline_04%20.pdf) (19.11.2024).

<sup>6</sup> Rosenau (Fn. 5), S. 437.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. *Japan Securities Dealers Association*, Self-regulatory Rules, abrufbar unter <https://www.jsda.or.jp/shijyo/seido/jishukisei/> (19.11.2024).

<sup>8</sup> Statt vieler *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 24 Rn. 34 f.; *Ida* (Fn. 4), S. 228 f.

<sup>9</sup> *Rosenau* (Fn. 5), S. 437 ff. Vgl. zur Rolle der Richtlinien bei der Sterbehilfe in Japan *Nakamichi*, *medstra* 2019, 27 (29 ff.).

<sup>10</sup> Statt vieler *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 11 Rn. 67, § 24 Rn. 39 f. Vgl. auch *Ruppert*, *Die Sozialadäquanz im Strafrecht*, 2020, S. 255 ff.

Branchenregeln für die Mitglieder der jeweiligen Branche leicht verständlich. Werden sie als Maßstab für die Strafbarkeit herangezogen, wird die Vorhersehbarkeit für die Handelnden in der Regel weniger beeinträchtigt.<sup>14</sup>

Jedoch regulieren rechtliche Regeln grundsätzlich die Beziehungen zwischen dem Handelnden und seinem Gegenüber. Es reicht daher nicht aus, dass sie nur für den Handelnden klar sind. Darüber hinaus fehlen bei Soft Law institutionelle Sicherungen im Hinblick auf den Ausarbeitungs- und Bekanntmachungsprozess der Regeln. Häufige Änderungen der Regeln oder unzureichende Bekanntmachung können die Vorhersehbarkeit für die Handelnden und die rechtliche Stabilität gefährden. Daher ist es bei der Nutzung von Soft Law als Maßstab für die Strafbarkeit wichtig, dass die Transparenz des Regelsetzungsprozesses und die umfassende Bekanntmachung des Regelinhalts gewährleistet sind.

### 2. Problem der inhaltlichen Rationalität

Zweitens muss sichergestellt werden, dass die inhaltliche Rationalität von Soft Law gewährleistet ist, wenn es als Maßstab im Strafrecht verwendet wird. Das Gesetzlichkeitsprinzip hinterfragt die inhaltliche Rationalität der Gesetze nicht unmittelbar, setzt jedoch voraus, dass der Inhalt eines Gesetzes im Rahmen der parlamentarischen Gesetzgebung? auf seine Rationalität geprüft wird.<sup>15</sup>

Im Gegensatz dazu unterscheiden sich bei Soft Law sowohl die regelsetzenden Akteure als auch die Regelsetzungsprozesse erheblich. Zudem fehlt eine institutionelle Garantie dafür, dass fachliche Erkenntnisse ausreichend berücksichtigt werden, um die inhaltliche Rationalität sicherzustellen. Daher müssen bei der Nutzung von Soft Law als Maßstab für die Strafbarkeit Systeme zur Sicherstellung der inhaltlichen Rationalität implementiert sein. Konkret müssen die Vertrauenswürdigkeit des regelsetzenden Akteurs, die Rationalität und Transparenz des Regelsetzungsprozesses sowie die regelmäßige Aktualisierung geprüft werden.

### 3. Problem der Legitimität

Drittens stellt die Legitimität von Soft Law die gravierendste Problematik dar. Per Definition handelt es sich bei Soft Law nicht um Gesetze und es fehlt ihm an demokratischer Legitimation. Zwar können Mechanismen zur Einbeziehung möglichst vieler Interessenvertreter in die Erarbeitung von Soft Law dazu beitragen, diese Problematik zu „mildern“<sup>16</sup>; das grundlegende Problem wird dadurch jedoch nicht gelöst.

Ein Ansatz zur Lösung dieser Problematik könnte darin bestehen, die Nutzung von Soft Law nur in Fällen zuzulassen,

<sup>14</sup> Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 54 I. 3.

<sup>15</sup> Art. 31 der japanischen Verfassung (JV), der die gesetzliche Grundlage für das Gesetzlichkeitsprinzip in Japan darstellt, wird nach h.M. dahingehend interpretiert, dass er auch die Angemessenheit des Inhalts strafrechtlicher Bestimmungen fordert. Statt vieler Yamaguchi (Fn. 4), S. 17. Vgl. auch Watanabe/Shishido/Matsumoto/Kudo, Verfassung I (Kenpō I), 2. Aufl. 2023, S. 301 f.

<sup>16</sup> Inatani, Hōritsu Jihō 91 (4/2019), 54 (58).

in denen es zugunsten des Angeklagten wirkt.<sup>17</sup> Doch auch dieser Ansatz ist unzureichend, weil er nichts an der Tatsache ändert, dass Soft Law den konkreten Bereich der Strafbarkeit bestimmt. Wenn etwa die Einhaltung von Berufsregeln zur Ausschließung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens führt, impliziert dies, dass die Nichteinhaltung solcher Regeln die Strafbarkeit anderer Verhaltensweisen zur Folge hat. Um dieses Problem zu beheben, muss nachgewiesen werden, dass die Nutzung von Soft Law durch das Strafgesetz zugelassen wird.

## IV. Bedingungen zur Rechtfertigung der Nutzung von Soft Law

Auf Grundlage der bisherigen Überlegungen kann die Nutzung von Soft Law als Maßstab zur Bestimmung der Strafbarkeit im Strafrecht nur dann gerechtfertigt werden, wenn sowohl materielle als auch formelle Bedingungen erfüllt sind.

### 1. Materielle Rechtfertigungsbedingungen

Erstens sind die materiellen Rechtfertigungsbedingungen zu beachten. Um Soft Law als Maßstab im Strafrecht nutzen zu können, müssen Inhalt, der Ausarbeitungsprozess, Bekanntmachung und das spätere Änderungsverfahren von Gerichten einer gewissen Überprüfung unterzogen werden. Die folgenden Kriterien verdeutlichen diese Anforderungen.<sup>18</sup>

#### a) Inhaltliche Rationalität und Klarheit

Eine der wesentlichen Funktionen von Soft Law besteht darin, relevante fachliche Erkenntnisse und die tatsächlichen Gegebenheiten der Praxis in die Bewertung der Strafbarkeit einzubeziehen. Daher muss der Inhalt von Soft Law selbstverständlich auf den entsprechenden fachlichen Erkenntnissen und praktischen Gegebenheiten basieren und inhaltlich rational sein.

Gleichwohl gilt, dass, wenn die Gerichte den Inhalt von Soft Law eigenständig umfassend überprüfen könnten, es im Grunde genommen keine Notwendigkeit gäbe, auf Soft Law zurückzugreifen. Daher ist die gerichtliche Überprüfung des Inhalts auf offensichtliche Irrationalität und Unklarheit beschränkt. Mit anderen Worten: Regeln können nicht als Maßstab für die Strafbarkeit dienen, wenn sie selbst für Gerichte, die in dem jeweiligen Fachgebiet als Laien gelten, offensichtlich unklar oder unvernünftig sind.<sup>19</sup>

#### b) Vertrauenswürdigkeit des Regelsetzungsprozesses

Wichtiger ist die Überprüfung der Vertrauenswürdigkeit des Regelsetzungsprozesses von Soft Law.

Konkret ist zu prüfen, ob es Verzerrungen in der Zusammensetzung des Regelsetzenden gibt, ob im Regelsetzungsprozess umfassend Fachmeinungen eingeholt wurden, ob die

<sup>17</sup> Statt vieler Roxin/Greco (Fn. 4), § 5 Rn. 50.

<sup>18</sup> Endo, Hōritsu Jihō 91 (4/2019), 19 (21 f.). Vgl. zur Bewertung der Richtlinien der Bundesärztekammer (BÄK) zur Organtransplantation Rosenau (Fn. 5), S. 441 ff.

<sup>19</sup> Vgl. OGH, Beschl. v. 8.2.2012, Keishū Bd. 66 Heft 4, 200 (209).

Offenheit der Regelsetzenden und des Prozesses gewahrt ist und ob die Entscheidungsverfahren objektiv und fair sind. Auf Basis dieser Überlegungen ist die Vertrauenswürdigkeit des Regelsetzungsprozesses im Einzelnen zu bewerten.

### c) Bekanntmachung und Änderungsprozess

Ein weiterer zu prüfender Aspekt ist die angemessene Bekanntmachung der Regeln gegenüber den Beteiligten. Insbesondere bei häufigen Änderungen der Regeln muss überprüft werden, ob die Änderungen den betroffenen Parteien ausreichend mitgeteilt wurden.

Zudem ist es entscheidend, ob ein System zur regelmäßigen Überprüfung der Regeln entsprechend den fortschreitenden fachlichen Erkenntnissen eingerichtet ist. Ein solches System ist von großer Bedeutung, da das Fehlen einer regelmäßigen Überprüfung Zweifel an der Rationalität des Inhalts wecken kann.

### 2. Formelle Rechtfertigungsbedingungen: Erlaubnis durch das Strafgesetz

Zweitens muss die formelle Rechtfertigung gegeben sein, dass die Nutzung von Soft Law durch das Strafgesetz erlaubt ist.

#### a) Offene Tatbestände

Die Auslegung ist bei Fahrlässigkeitsdelikten vergleichsweise einfach. Wie bereits erwähnt, wird dort traditionell auf den Verkehrskreis des Handelnden abgestellt und es werden entsprechende Sorgfaltsnormen berücksichtigt. Dies ist aus der Sicht der demokratischen Legitimität gerechtfertigt, weil das Gesetz nicht näher definiert, welches Verhalten fahrlässig ist. Deshalb besteht Raum für die gerichtliche Bezugnahme auf Soft Law als ergänzenden Bewertungsmaßstab.<sup>20</sup>

Bei Straftatbeständen, die solche offenen Strukturen haben, kann durch die Auslegung des Strafgesetzes, das Nutzung von Soft Law zulässt, das Problem der demokratischen Legitimität überwunden werden. Bei anderen Straftatbeständen<sup>21</sup> ist jedoch eine solche Interpretation nicht immer möglich.<sup>22</sup>

#### b) § 35 jStGB

In Japan hingegen gibt es eine Bestimmung, die die generelle Zulässigkeit der Nutzung von Soft Law als Maßstab für die Beurteilung der Strafbarkeit erlaubt. Diese Bestimmung ist § 35 des japanischen Strafgesetzbuchs (jStGB). Laut der englischen Übersetzung des japanischen Justizministeriums<sup>23</sup> lautet sie wie folgt:

Article 35 (Justifiable Acts): An act performed in accordance with laws and regulations or in the pursuit of lawful business is not punishable.<sup>24</sup>

Der Teil dieser Bestimmung, der die Straflosigkeit von „An act performed [...] in the pursuit of lawful business“ festlegt, basiert auf der „Berufsrechtstheorie“, die im späten 19. bis frühen 20. Jahrhundert in Deutschland maßgeblich war und bei der Ausarbeitung des japanischen Strafgesetzbuchs übernommen wurde.<sup>25</sup> Im Folgenden wird die Bedeutung von § 35 jStGB im Kontext der Anwendung von Soft Law betrachtet.

## V. § 35 jStGB und die Berufsrechtstheorie

### 1. Die Berufsrechtstheorie in Deutschland

In Deutschland wurde die „Berufsrechtstheorie“ zwischen dem späten 19. und frühen 20. Jahrhundert von *Oppenheim*<sup>26</sup>, *Binding*<sup>27</sup>, v. *Liszt*<sup>28</sup> und anderen<sup>29</sup> vertreten. Die Theorie besagt, dass rechtlich anerkannte berufliche Handlungen die Rechtswidrigkeit ausschließen können, solange sie den entsprechenden beruflichen Regeln folgen.<sup>30</sup> Besonders im medizinischen Bereich und bei anderen spezialisierten Berufen wurde die fachliche Urteilsfreiheit der Experten respektiert. Aus den damaligen Gesetzgebungsmaterialien geht hervor, dass § 35 S. 2 jStGB diese Idee kodifiziert.<sup>31</sup>

Wie jedoch allgemein bekannt ist, erfuhr die Berufsrechtstheorie aufgrund der Kritik von *Heimberger*<sup>32</sup> und anderen einen schnellen Niedergang. Die Hauptkritik bestand

<https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3581> (19.11.2024).

<sup>24</sup> 第三十五条（正当行為）法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

<sup>25</sup> Zur Entstehungsgeschichte von § 35 jStGB siehe *Endo*, in: Saeki/Osawa/Takayama/Hashizume (Hrsg.), Festschrift für Asushi Yamaguchi zum 70. Geburtstag, 2023, S. 77 (78 ff.).

<sup>26</sup> *Oppenheim*, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, 1892, S. 16 ff.

<sup>27</sup> *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 791 ff.; *ders.*, Grundriss des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1897, S. 143; vgl. auch *ders.*, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1902, S. 157 ff.

<sup>28</sup> v. *Liszt*, Das Deutsche Reichsstrafrecht, 1881, S. 86; *ders.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl. 1888, S. 146; vgl. auch *ders.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14. = 15. Aufl. 1905, S. 153–155.

<sup>29</sup> Besonders *H. Meyer*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1875, S. 247 f.; *Rotering*, GA 30 (1882), 179 (180 ff.).

<sup>30</sup> Statt vieler v. *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl. 1894, S. 128 f.; vgl. auch *ders.*, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 8/1904, 223 (225 f.).

<sup>31</sup> Vgl. ausführlich *Endo* (Fn. 25), S. 83 ff.

<sup>32</sup> *Heimberger*, Ueber die Straflosigkeit der Perforation, 1889, S. 23 f.; vgl. auch RGSt 25, 375 (376 ff.).

<sup>20</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 14), § 54 I. 3. Vgl. auch *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 5 Rn. 47.

<sup>21</sup> *Rosenau*, (Fn. 5), S. 440 f., sieht die Legitimität der Richtlinien zur Organtransplantation in § 16 Abs. 1 S. 2 des Transplantationsgesetzes (TPG) verankert.

<sup>22</sup> Wie in III. 3. erwähnt, bleibt das Problem der demokratischen Legitimität auch bei Soft Law, das zugunsten des Angeklagten wirkt, bestehen.

<sup>23</sup> Abrufbar unter

darin, dass eine solche Regelung Fachleuten ermöglichen könnte, die Rechte anderer willkürlich zu verletzen.<sup>33</sup>

### 2. Neubeurteilung der Berufsrechtstheorie

Die grundlegende Idee der Berufsrechtstheorie, durch die Achtung fachlicher Urteile gesellschaftlichen Nutzen zu schaffen, erfährt in der sich schnell verändernden modernen Welt zunehmend an Bedeutung. Die angemessene Reaktion auf die gegen die Berufsrechtstheorie gerichtete Kritik sollte nicht darin bestehen, die auf beruflichen Regeln basierenden, fachlichen Urteile aus der Bewertung der Strafbarkeit auszuschließen, sondern vielmehr darin, die fachlichen Urteile anzuerkennen und deren Ermessensspielräume zu kontrollieren<sup>34</sup>. Die in dieser Abhandlung dargestellten materiellen Bedingungen für die Nutzung von Soft Law (siehe oben 1.) können als ein Mittel zur Kontrolle der fachlichen Entscheidungsfreiheit verstanden werden.

### 3. Bedeutung des § 35 jStGB

§ 35 S. 2 jStGB basiert auf der Berufsrechtstheorie und wird als Bestimmung verstanden, die die Rechtswidrigkeit von rechtlich anerkannten beruflichen Handlungen ausschließt, soweit sie den beruflichen Regeln entsprechen. Daher kann diese Bestimmung als Regelung betrachtet werden, die die Nutzung von beruflichen Regeln in Form von Soft Law als Maßstab für die Strafbarkeit zulässt. Dank dieser Bestimmung ist es in Japan möglich, die demokratische Legitimität von Soft Law zu gewährleisten und Soft Law als Bewertungsmaßstab für die Strafbarkeit umfassend heranzuziehen, ohne dabei die Grundsätze des Gesetzlichkeitsprinzips zu verletzen.

Natürlich sind damit nicht alle Probleme gelöst. Wie bereits mehrfach hervorgehoben, ist es wichtig, dass sorgfältig geprüft wird, ob Soft Law die materiellen Bedingungen als Bewertungsmaßstab für die Strafbarkeit erfüllt. Zudem ist es aus der Perspektive der Rechtsstaatlichkeit wünschenswert, dass Soft Law so weit wie möglich in „Gesetze“ überführt wird. Eine Regelung wie § 35 jStGB darf kein Vorwand dafür sein, die Gesetzgebung von Soft Law zu vernachlässigen.<sup>35</sup>

Andererseits ist es jedoch auch aus der Sicht des Gesetzlichkeitsprinzips unangemessen, Soft Law ohne demokratische Legitimität als Bewertungsmaßstab für die Strafbarkeit zu nutzen. Eine Lösung für dieses Problem könnte darin bestehen, eine Regelung wie § 35 jStGB einzuführen.

## VI. Fazit

In diesem Beitrag hat *Verf.* das Verhältnis von Soft Law und dem Gesetzlichkeitsprinzip untersucht, insbesondere die Nutzung von Soft Law im Strafrecht und die Kriterien für deren Rechtfertigung.

Soft Law spielt aufgrund seiner Flexibilität und Schnelligkeit eine wichtige Rolle in der modernen Gesellschaft, im Gegensatz zu Gesetzen fehlt ihm jedoch ein institutionell gesicherter Regelungsprozess. Deshalb ist es bei der Nutzung von Soft Law im Strafrecht unerlässlich, den Ausarbeitungprozess hinsichtlich seiner Vertrauenswürdigkeit, Transparenz und anderer Faktoren sorgfältig zu prüfen.

Das verbleibende Problem aus Sicht des Gesetzlichkeitsprinzips ist die demokratische Legitimität von Soft Law, weshalb nachgewiesen werden muss, dass das Strafrecht die Bezugnahme auf Soft Law erlaubt. In diesem Zusammenhang könnte § 35 jStGB, der auf die deutsche Berufsrechtstheorie zurückgeht, hilfreich sein.

<sup>33</sup> Heimberger (Fn. 32), S. 23. Vgl. auch v. Lilienthal, in: Mitglieder der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberger Festgabe für Ernst Immanuel Bekker, 1899, S. 1 (36).

<sup>34</sup> Für eine detaillierte Darstellung der Kontrolle des Ermessens siehe Endo (Fn. 25), S. 101 ff.

<sup>35</sup> Die strafrechtliche Gesetzgebung in Japan verläuft langsamer als in Deutschland, was teilweise auf den Einfluss von § 35 jStGB zurückzuführen sein könnte.