

Sonderdruck aus

Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht

Ein deutsch-chinesischer Vergleich

Herausgegeben von

Eric Hilgendorf



Mohr Siebeck 2013

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
BERND SCHÜNEMANN Einführung in die deutsch-chinesische Strafrechtslehre- tagung über das „Gesetzlichkeitsprinzip im Kontext der Strafrechtsauslegung in China und Deutschland“	1
MINGKAI ZHANG Das Gesetzlichkeitsprinzip in der chinesischen Praxis	9
LOTHAR KUHLEN Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis	45
GUANGQUAN ZHOU Das Gesetzlichkeitsprinzip in der chinesischen und deutschen Praxis. Chinesischer Kommentar zu den Vorträgen von Prof. Mingkai Zhang und Prof. Lothar Kuhlen	67
FRANK PETER SCHUSTER Umgang mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in der chinesischen und deutschen Praxis. Deutscher Kommentar zu den Vorträgen von Prof. Mingkai Zhang und Prof. Lothar Kuhlen	79
XINGLIANG CHEN Die Bestimmtheitsproblematik im chinesischen Strafrecht – dargestellt am Beispiel des § 225 Nr. 4 chStGB	91
CLAUS ROXIN Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht ..	113
GENLIN LIANG Das gesetzgeberische Verständnis des Gesetzlichkeitsprinzips. Chinesischer Kommentar zu den Vorträgen von Prof. Xingliang Chen und Prof. Claus Roxin	141

Umgang mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in der chinesischen und deutschen Praxis

Deutscher Kommentar zu den Vorträgen von
Prof. Mingkai Zhang und Prof. Lothar Kuhlen

FRANK PETER SCHUSTER*

I. Einleitung

Im Rahmen meines Kommentars zum Umgang mit dem Gesetzlichkeitsprinzip werde ich mich schwerpunktmäßig am Referat zur chinesischen Praxis von Herrn Professor *Mingkai Zhang*¹ orientieren. Dabei werde ich versuchen, zu den einzelnen aufgeworfenen Fragestellungen Parallelen aus der deutschen und europäischen Rechtshistorie sowie der heutigen Praxis, wie sie uns von Herrn Professor *Lothar Kuhlen*² ebenso eindrucksvoll wie umfassend nahegebracht wurde, aufzuzeigen.

II. Kommentar zu den drei Phasen der chinesischen Strafrechtsgeschichte

Der verehrte Herr Kollege *Zhang* berichtete über drei Phasen der jüngeren chinesischen Strafrechtsgeschichte:

1. Phase ohne Strafgesetz (1949–1979) – Parallelen in der deutschen und europäischen Rechtsgeschichte

Die erste Phase konnte dabei im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip sehr knapp abgehandelt werden: Denn zwischen den Jahren 1949 bis 1979

* Prof. Dr. Frank Peter Schuster, Universität Würzburg.

¹ Zu seinem Referat vgl. S. 9 ff. in diesem Band.

² Zu seinem Referat vgl. S. 45 ff. in diesem Band.

gab es in der Volksrepublik China überhaupt kein positiviertes Strafrecht³ – abgesehen von einigen Nebengesetzen zur Bestrafung der Konterrevolution⁴ und der Korruption. Dreißig Jahre ohne Strafgesetz! Das ist aus rechtshistorischer und kriminologischer Sicht durchaus bemerkenswert. Durch Gerichte und Verwaltungsorgane wurde in dieser Zeit eher intuitiv nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten judiziert, natürlich entsprechend den damaligen kriminalpolitischen Vorstellungen. Vom Gesetzlichkeitsprinzip war jedenfalls keine Rede; vielmehr hatte die kommunistische Führung mit der Gründung der Volksrepublik die bisherigen chinesischen Gesetze und Verordnungen ersatzlos abgeschafft, wozu auch das republikanische Strafgesetzbuch der Nanjing-Regierung von 1935 gehörte⁵. Einen entsprechenden Rechtsnihilismus konnte man interessanterweise auch in der Anfangszeit der Sowjetunion beobachten, die erst in den zwanziger Jahren wieder strafrechtliche Kodifizierungen erhielt. Im frühen Sowjetrussland ließ man sich dabei durchaus von der Idee leiten, dass die von Marx und vor allem Engels formulierte Endvision vom „Absterben des Rechts“⁶ so schnell wie möglich umgesetzt werden müsste. Waren Gesetze an sich doch immer bürgerlich gewesen – quasi „Opium für das Volk“ genau wie die Religion⁷. Die Idee des Rechts als solche sei demnach dazu berufen, den Interessen der „ausbeutenden Klassen“ zu dienen. Ich gehe davon aus, dass diese Überlegungen in der Volksrepublik China mit seiner immerhin dreißigjährigen Periode ohne Strafgesetz auch eine wesentliche Rolle gespielt haben dürften.

Hierfür eine Parallele in der deutschen Rechtsgeschichte zu finden, fällt mangels erfolgreicher Revolutionen unter sozialistischem Vorzeichen eher schwer. Eine ausdrückliche Regelung des Gesetzlichkeitsprinzips findet sich schon in § 2 Abs. 1 des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871; auch das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1870, das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 und sogar schon das Allgemeine Landrecht für

³ Vorher gab es allerdings bereits strafrechtliche Kodifizierungen: Im neuen Strafkodex der Großen Qing-Dynastie von 1911 wurde das Gesetzlichkeitsprinzip schon zum ersten Mal zum Ausdruck gebracht, auch die Strafgesetzbücher von 1912, 1928 und 1935 enthielten entsprechende Regelungen.

⁴ Diese Vorschriften waren laut Professor *Xingliang Chen* in den Jahren 1980/1981 gesetzliche Grundlage für die Verurteilung der sog. „Viererbände“. Zu seinem Referat vgl. S. 91 ff. in diesem Band.

⁵ *Zhao/Richter*, Das Gesetzlichkeitsprinzip in China, in *Sieber/Cornils* (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Teilband 2, S. 2f.

⁶ Vgl. etwa Marx, Kritik des Gothaer Programms, Marx/Engels-Werke, Band 19, S. 21 ff.; Engels, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats, Marx/Engels-Werke, Band 21, S. 168.

⁷ So formulierte es sinngemäß der sowjetische Rechtswissenschaftler *Alexander G. Goichbarg* (zitiert nach *Zaitzeff*, ZStW 51 [1931], 1). Vgl. zur russischen Strafrechtsgeschichte auch *F.-C. Schroeder*, Strafgesetzbuch der Russischen Föderation, S. 6.

die Preußischen Staaten von 1794⁸ enthielten entsprechende Vorschriften⁹. Entsprechendes gilt für das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813¹⁰. Als Kuriosität der bayerischen Rechtsgeschichte (zeitlich nach Ende des ersten Weltkriegs und dem Sturz der Monarchie) lässt sich jedoch eine Verordnung der Münchener Räterepublik von 1919 anführen¹¹. Dort hieß es wörtlich:

10. Jeder Verstoß gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft. 11. Die Art der Strafe steht im freien Ermessen des Richters. ... 12. [Eine] Berufung ist unzulässig.

Das Rätensystem hielt sich jedoch nicht länger als einen Monat. Die genannte Regelung, die durchaus ein „freies Judizieren“ ermöglicht hätte, dürfte deshalb praktisch kaum eine Rolle gespielt haben¹². Der Freistaat Bayern blieb Teil des Deutschen Reiches; durch Art. 116 der Weimarer Reichsverfassung (fast wortgleich mit Art. 103 Abs. 2 GG) wurde dem Gesetzlichkeitsprinzip sogar erstmals Verfassungsrang verliehen. Selbst in der Sowjetunion erwies die wissenschaftliche Erwartung des „Absterbens“ von Recht und Staat schnell als illusorisch; sie wurde später sogar in ihr schreckliches Gegenteil verkehrt¹³.

Wie es dagegen in China überhaupt praktisch möglich war, dass eine Gesellschaft ganze dreißig Jahre ohne ein Strafgesetzbuch auskam, ist durchaus erstaunlich, jedenfalls dann, wenn man die Annahme des Begründers der modernen deutschen Strafrechtslehre, *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775–1833), für zutreffend hält, dass sich die gewünschte Präventionswirkung des Strafrechts eigentlich nur dann erreichen lässt, wenn ein Strafgesetz dem Bürger vorher die notwendige Kenntnis von Recht und Unrecht vermittelt¹⁴. In der ersten Phase der Volksrepublik China dürften also trotz

⁸ Vom RStGB wurde § 2 Abs. 1 StGB des Norddeutschen Bundes wurde wörtlich übernommen, welcher wiederum sinngemäß § 2 PrStGB entsprach. II. Teil, 20. Titel, § 9 PrALR lautete wie folgt: „Handlungen und Unterlassungen, welche nicht in den Gesetzen verboten sind, können als eigentliche Verbrechen nicht angesehen werden, wenn gleich Einem oder dem Andern daraus ein wirklicher Nachtheil entstanden seyn sollte.“

⁹ Vgl. *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 91 ff.

¹⁰ In Art. 1 BayStGB (1813) hieß es: „Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein gewisses Uebel gedrohet hat, ist diesem gesetzlichen Uebel als seiner Strafe unterworfen.“

¹¹ Bayerische „Verordnung über die Einsetzung von Revolutionstribunalen“; vgl. ZStW 40 [1919], 511 f.

¹² Zur wohl eher milden Praxis des Revolutionstribunals, das alsbald in die Kritik von radikaleren Anhängern der Räterepublik geriet, vgl. *Bauer/Schmidt*, Zeitschrift für Bayerische Landesgeschichte (ZBLG) 48 [1985], 449 (457) m. w. N.

¹³ Unter *Stalin* wurde dann das Konzept der „höchsten Entwicklung der Staatsmacht“ zur „Vorbereitung des Absterbens der Staatsmacht“ propagiert [vgl. *Paul* in *Festschrift-Maihofer*, S. 329 (348)], was angesichts seines totalitären und mörderischen Regimes natürlich zynisch klingt.

¹⁴ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, § 20; vgl. auch Fn. 10. Näher dazu das Grundlagenreferat von *Claus Roxin*, in diesem

aller politischen Verwerfungen Mechanismen gewirkt haben, die in einer rein westlich geprägten Gesellschaft nicht vorhanden sind – etwa die soziale Kontrolle im Rahmen einer Dorfgemeinschaft oder eines Arbeitskollektivs, das sog. *dānwèi*-System¹⁵. Darüber hinaus müssen Delikte wie Diebstahl, Raub und Totschlag irgendwie gewohnheitsmäßig festgelegt gewesen sein¹⁶; schon damals dürfte dabei das Institut der „Justizauslegungen“, zu dem unter II.3.b näher Stellung genommen werden soll, eine wichtige Rolle gespielt haben.

2. Phase des ersten Strafgesetzes (1979–1997) – Parallelen in der deutschen und europäischen Rechtsgeschichte?

Die zweite Phase war nicht nur mit den bekannten politischen Änderungen verbunden. Als Antwort auf die rechtliche Anarchie in den dramatischen Jahren der „Großen Kulturrevolution“ fand in allen Lebensbereichen eine Verrechtlichung statt¹⁷, ohne die der enorme wirtschaftliche und politische Aufstieg Chinas zur Weltmacht in den letzten dreißig Jahren kaum möglich gewesen wäre. Im Jahre 1979 erhielt die Volksrepublik China dann auch ihr erstes Strafgesetz. In § 9 chStGB (1979) waren das Rückwirkungsverbot und das Milderungsgebot verankert. Dass das Gesetzlichkeitsprinzip allerdings nicht ohne Ausnahme galt, sondern § 79 chStGB (1979) die analoge Gesetzesanwendung erlaubte, muss man aus heutiger Sicht zweifellos kritisieren. Dort hieß es wörtlich:

Eine Straftat, die im besonderen Teil dieses Gesetzes nicht ausdrücklich geregelt ist, kann unter den Straftatbestand des besonderen Teils dieses Gesetzes subsumiert werden, dem die Straftat am ähnlichsten ist, jedoch ist die Genehmigung des Obersten Volksgerichts zu ersuchen.¹⁸

Gerade vor dem Hintergrund unserer eigenen Geschichte werden wir Deutschen zunächst unweigerlich an die rechtsstaatswidrigen Maßnahmen des nationalsozialistischen Gesetzgebers im Jahre 1935¹⁹ erinnert. Damals

Band S. 113 ff. Dort weist er nach, dass der Akzent bei *Feuerbach* weniger auf dem liberalen Gehalt des Gesetzlichkeitsprinzips lag.

¹⁵ Ein solches entlastet schließlich den staatlichen Strafverfolgungsapparat im Bereich der Alltagskriminalität enorm; vgl. *Weggel*, Chinesische Rechtsgeschichte, Teil 4, Band 6, S. 267. Zur Bedeutung der sozialen Ordnung vgl. auch *Pohl*, in: Hilgendorf, Ostasiatisches Strafrecht, S. 123 (125 f.).

¹⁶ *Zhao/Richter*, Das Gesetzlichkeitsprinzip in China, in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Teilband 2, S. 3.

¹⁷ *Weggel*, Chinesische Rechtsgeschichte, Teil 4, Band 6, S. 265.

¹⁸ Übersetzung nach *Senger*, Einführung in das chinesische Recht, München 1994, S. 188.

¹⁹ RGBl. I 1935, 839.

wurde die Anwendung des Gesetzlichkeitsprinzips dem berüchtigten Vorbehalt des „gesunden Volksempfindens“ unterworfen. In § 2 RStGB hieß es bis zum Jahre 1945²⁰:

[1] Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. [2] Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

Die Aufhebung des Analogieverbotes in Deutschland sollte – auch nach außen hin – einen klaren Bruch mit dem liberalen Rechtsstaat demonstrieren²¹. Hinzu kamen die generalklauselartig gestalteten Tatbestände des NS-Strafrechts sowie Sonderverordnungen mit zum Teil brachialen Strafdrohungen (z. B. die sog. Verordnung gegen Volksschädlinge²²), bei denen die NS-Justiz auch ohne Wortlautüberschreitungen auskam²³. Statt „*nulla poena sine lege*“ propagierte man also allgemein „*nullum crimen sine poena*“ (kein Verbrechen ohne Strafe), um alles vermeintlich „Gemeinschädliche“ wirkungsvoll bekämpfen zu können²⁴.

²⁰ Die Aufhebung erfolgte durch Art. I des 11. Kontrollratsgesetzes; die Anwendung der alten Vorschriften wurde durch Art. VI sogar unter Strafe gestellt. Was die Vorschriften des 10. Kontrollratsgesetzes zur Aburteilung von Kriegsverbrechen angeht, bedienen sich die Alliierten dagegen selbst rückwirkend gefasster Tatbestände (vgl. *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, Rn. 64 ff.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 14 II). Der absolute Ausnahmeharakter der NS-Verbrechen sowie die Tatsache, dass die angeklagten Taten auch zur Tatzeit zweifelsfrei schwerstes Unrecht darstellten (vgl. OGHSt I, S. 1 (5)) und nach deutschem Recht (abgesehen vom Verbot des Angriffskrieges) bereits damals strafbar waren, lässt freilich darüber hinwegsehen.

²¹ Vgl. *Werber*, Analogie- und Rückwirkungsverbot, S. 92 ff. Praktische Beispiele für die strafbegründende Analogie sind RGSt 71, 135 (137) zum Kaviar-Import in Fässern zwecks Umgehung damaliger Zollvorschriften; RGSt 72, 146 (147) zur Strafbarkeit der Ersatzheherei; RGSt 75, 60 (61) zum Versicherungsbetrug; für die strafschärfende Analogie RGSt 70, 355 (356); RGSt 72, 50 (52 f.); RGSt 75, 43 (45 f.).

²² RGBl. I 1939, 1679.

²³ In der Praxis der ordentlichen Gerichte soll die analoge Gesetzesanwendung auf althergebrachte Strafnormen deshalb gar nicht mehr die entscheidende Rolle gespielt haben (*Gribbohm*, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 1 StGB, Entstehungsgeschichte; *Hassmer/Kargl*, in: Nomos-Kommentar, § 1 StGB, Rn. 4 ff.; krit. dazu allerdings *Dannecker*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 1 StGB, Entstehungsgeschichte). Unrechtsgeneralklauseln, die die Heranziehung der Analogie überflüssig machten, gab es im sowjetischen Strafrecht in fast noch vollkommenerer Form (vgl. *Maurach*, in: Maurach/Rosenthal, Der strafrechtliche Staatsschutz in der Sowjetunion, S. 9; *F.-C. Schroeder*, Strafrechtbuch der Russischen Föderation, S. 7).

²⁴ Der Großteil des NS-Staatsterrors fand natürlich ohnehin außerhalb des Gerichtssaals statt. Auch wenn das Strafrecht in bestimmten Fällen bewusst als politisches Mittel eingesetzt wurde (vgl. *Werber*, Analogie- und Rückwirkungsverbot, S. 7), kam es, sofern man auf diese Weise nicht zu den gewünschten Ergebnissen gelangte, oft zur nachträglichen „Korrektur“ gerichtlicher Entscheidungen mittels SA- bzw. Gestapo-„Schutzhaft“;

Dagegen war schon das chinesische Strafgesetzbuch von 1979 ein wichtiger Schritt hin zum Rechtsstaat sozialistischer Prägung. Für die analoge Gesetzesanwendung bestand auch ein durchaus gewichtiges „Sicherheitsventil“, um übermäßigen Missbrauch oder willkürliche Anwendung zu verhindern²⁵. Es war nämlich dem Obersten Volksgericht vorbehalten, eine Analogie zu genehmigen. Das komplizierte Verfahren schreckte anscheinend ab; so spielte die Möglichkeit einer offengelegten²⁶ analogen Gesetzesanwendung in der Praxis der Untergerichte auch kaum noch eine Rolle. Herr Professor *Zhang* sprach von etwa einhundert Fällen während der achtzehnjährigen Geltungsdauer des ersten Strafgesetzbuches (1979)²⁷. In der Folge erschien das Institut der Analogie sogar als gänzlich verzichtbar.

3. Phase des heutigen Strafgesetzes (ab 1997) – Vergleich mit der deutschen Praxis

Kommen wir deshalb zur dritten Phase des neuen, aktuell geltenden Strafgesetzes aus dem Jahre 1997. Dort ist das Gesetzlichkeitsprinzip in § 3 chStGB explizit geregelt:

Spricht das Gesetz ausdrücklich von einer strafbaren Handlung, wird entsprechend dem Gesetz die Straftat festgestellt und die Strafe ausgesprochen; spricht das Gesetz nicht ausdrücklich von einer strafbaren Handlung, darf weder eine Straftat festgestellt noch eine Strafe ausgesprochen werden.²⁸

Die Norm entspricht sinngemäß Art. 103 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes (GG) sowie § 1 StGB. Eine Tat darf also in der Volksrepublik China wie auch in der Bundesrepublik Deutschland nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Eine analoge Gesetzesanwendung oder gewohnheitsrechtliche Strafbegründung ist in beiden Ländern nicht zulässig. Bei der praktischen Umsetzung dieser Grundsätze gibt es allerdings sowohl in China als auch in Deutschland Licht und Schatten. Ich möchte drei Punkte herausgreifen:

Verschleppung in Konzentrationslager (vgl. *Werber*, a. a. O., S. 8) oder unmittelbarer polizeilicher Exekution [vgl. *Gribbohm*, NJW 1988, 2842 (2845)].

²⁵ *Zhao/Richter*, in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Teilband 2, S. 4f.

²⁶ Einfacher war schon damals, eine Analogie als „erweiternde“ Auslegung zu deklarieren. Vgl. dazu das Referat von *Jung Feng* in diesem Band, S. 183 ff.

²⁷ Vgl. S. 9 ff. in diesem Band.

²⁸ Zitiert nach *Zhao/Richter*, in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Teilband 2, S. 6.

a) Verfassungsrechtliche Verankerungen des Gesetzlichkeitsprinzips

In der chinesischen Verfassung ist zwar vom Prinzip der Herrschaft des Rechts (*yifazhiguó*) die Rede. Ein auf das Strafrecht bezogenes strenges Gesetzlichkeitsprinzip ist aber nur in Deutschland verfassungsrechtlich verankert. Als Justizgrundrecht kann es vor allem auch effektiv eingeklagt werden. Herr Professor *Kuhlen* hatte dies am Anfang seines Referates völlig zu Recht deutlich herausgestellt: Anders als früher in der Weimarer Republik²⁹ ist heute jedermann befugt, wegen der Verletzung seines Justizgrundrechtes aus Art. 103 Abs. 2 GG Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht zu erheben.

Herr Professor *Zhang* führte nun zwei Beispiele an, in denen es chinesische Justizorgane in konkreten Einzelfällen mit dem Gesetzlichkeitsprinzip nicht mehr so genau nahmen. Oft geschah dies unter dem Druck der Öffentlichkeit, nach deren Meinung ein Täter zu bestrafen war. Natürlich ist ebenso die deutsche Justiz dem wiederkehrenden Vorwurf der „Laxheit“ ausgesetzt, erst recht von Seiten der Boulevardpresse. Würde man allerdings in Deutschland *contra legem* einen Angeklagten wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Selbsttötung bestrafen, würde dem spätestens das Bundesverfassungsgericht Einhalt gebieten. Auch bei Herrn Professor *Zhangs* zweitem Beispiel, den Pseudo-Milzbrandbriefen, wäre das Bundesverfassungsgericht sicherlich nicht anders verfahren. Dieses Phänomen ließ sich jedoch in Deutschland auch ohne Überschreitung der Wortlautgrenze von § 126 Abs. 2 StGB (Störung des öffentlichen Friedens durch Vortäuschen von Straftaten) sowie § 145d StGB (Vortäuschen einer Straftat) und § 241 StGB (Bedrohung) erfassen. Ansonsten scheut die deutsche verfassungsgerichtliche Rechtsprechung aber nicht davor zurück, wortlautferne Interpretationen (als Verstöße gegen das Teilpostulat der *lex stricta*) auch einmal für verfassungswidrig zu erklären, wie es ja auch Herr Professor *Kuhlen* anhand des dritten im Untreuebeschluss³⁰ behandelten Falles verdeutlicht hat. Selbst vor tradierten Auslegungen übt das Bundesverfassungsgericht keine falsche Zurückhaltung: Aus jüngerer Zeit lassen sich die Entscheidung zum unvorsätzlichen Entfernen vom Unfallort bei § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB³¹ sowie der Beschluss zum Pkw, der jetzt nicht mehr als „Waffe“ i. S. d. § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB verstanden werden darf³², anführen³³.

²⁹ Die Weimarer Reichsverfassung, auch Art. 116 WRV, hatte sich gegenüber den rechtsstaatswidrigen Maßnahmen des NS-Strafgesetzgebers als wehrlos erwiesen. Dies wollten die Väter und (vier) Mütter des Grundgesetzes durch Einführung der Verfassungsbeschwerde unbedingt vermeiden.

³⁰ BVerfG NJW 2010, 3209 (3217 ff.).

³¹ BVerfG NJW 2007, 1666.

³² BVerfG NStZ 2009, 83 mit krit. Anmerkung *Simon*.

³³ Siehe dazu *Roxin*, in diesem Band, S. 122.

b) Justizauslegung in China und Gesetzlichkeitsprinzip

Der nächste Punkt gilt einer chinesischen Besonderheit: Für die Praxis scheint das Institut der „Justizauslegung“, das wir in der Form in Deutschland nicht kennen, eine ganz entscheidende Rolle zu spielen. Wie es der Kollege *Zhang* an mehreren Beispielen verdeutlicht hat, haben sich die untergeordneten Gerichte nicht nur am Gesetzestext selbst, sondern auch an abstrakt-generellen „Justizauslegungen“ zu orientieren, die vom Obersten Volksgericht erlassen und im Amtsblatt veröffentlicht werden³⁴. Man wird ihnen sogar Normcharakter zusprechen müssen. Schließlich wird das Gericht, ohne durch einen konkreten Fall dazu veranlasst zu sein, tätig; es ist damit mehr als ein bloßer Rechtsanwender³⁵. Konsequenterweise gilt für die „Justizauslegungen“ auch das Rückwirkungsverbot³⁶.

Darüber hinaus ist es übliche chinesische Praxis, dass bei Unklarheiten über die Gesetzesauslegung nicht der Richter des Untergerichts selbst entscheidet, sondern dass er eine Anfrage an das Oberste Volksgericht zu stellen hat³⁷. Letzteres muss wiederum in bestimmten Fällen den Ständigen Ausschuss des Volkskongresses konsultieren. Eine derartige richterliche Anfragepflicht gab es bei uns allenfalls bis Anfang des 19. Jahrhunderts³⁸. Die chinesische Rechtsordnung steht damit dem einzelnen Richter deutlich skeptischer gegenüber als es in Deutschland der Fall ist.

³⁴ Dazu *Abl*, ZChinR 2007, 251 (253).

³⁵ *Abl*, ZChinR 2007, 251.

³⁶ Ob in Deutschland eine Anwendung des Rückwirkungsverbots auf die Rechtsprechung sinnvoll wäre (so *Kuhlen* in diesem Band, S. 62ff.), wage ich zu bezweifeln. Schon jetzt ist der Angeklagte durch § 17 S. 1 StGB vor Rechtsprechungsänderungen ausreichend geschützt. Bei Anwendung des Rückwirkungsverbotes würde sich dagegen die Frage stellen, ob anhand von Einzelfällen überhaupt noch eine Rechtsfortbildung möglich wäre. Der Bundesgerichtshof müsste schließlich bezüglich des zu entscheidenden Falls immer seine alte Rechtsprechung anwenden und könnte seine neue Rechtsauffassung im Urteil nur in Form eines *obiter dictum* ankündigen.

³⁷ Etwas unmittelbar Vergleichbares kennen wir wohl nur vom Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH (Art. 267 AEUV), wobei eine Vorlagepflicht nur für letztinstanzliche Gerichte, d. h. nicht für den Tatrichter, besteht. Für deutsche Revisionsgerichte gibt es natürlich die Vorlegungspflichten nach den §§ 121 Abs. 2, 132 Abs. 2 GVG. Diese kommen aber nur zum Tragen, wenn von der Rechtsprechung eines anderen Oberlandesgerichtes, des Bundesgerichtshofes bzw. eines anderen Strafsenates abgewichen werden soll, nicht jedoch bei der erstmaligen Entscheidung einer Rechtsfrage.

³⁸ Eine beim Gesetzgeber angesiedelte Gesetzeskommission war etwa in § 47 der Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 vorgesehen. Dort hieß es: „Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muss er, ohne die prozessführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetzeskommission anzeigen, und auf deren Beurteilung antragen.“ Die richterliche Anfragepflicht wurde allerdings bereits durch Kabinettsorder vom 8. März 1798 wieder abgeschafft, da sie sich praktisch nicht bewährt hatte.

Im Rahmen der Justizauslegungen in China hat der Kollege *Zhang* dann einige besonders krasse Fälle ausmachen können, in denen das Oberste Volksgericht die Grenzen des eigentlichen Gesetzeswortlauts doch klar überschreitet (und vielleicht sogar über die Analogie hinaus „freie“ Rechtsfortbildung betreibt). So wurde § 145 chStGB, der eigentlich nur den Verkauf und die Herstellung gefährlicher Medizinprodukte unter Strafe stellt, auf Tathandlungen des Kaufs und der Verwendung erweitert. Weitere Beispiele konnte Professor *Zhang* im Bereich der Urkundendelikte und des Naturschutzstrafrechts ausmachen. Die Erweiterungen mögen jeweils kriminalpolitisch sogar sinnvoll erscheinen. Zu teilen ist aber seine Auffassung, dass eine unerwünschte Rechtslage allein durch Tätigwerden des Gesetzgebers korrigiert werden sollte. Das chinesische System der „Justizauslegungen“ als solches begünstigt m. E. entsprechende Fehlentwicklungen. Die sogenannten „Justizauslegungen“ sichern schließlich auch ohne Gesetz eine gleichförmige Rechtsanwendung³⁹. Dies hat in einem so riesigen Land wie China, in dessen Geschichte das „Streben nach Einheit“ immer eine große Rolle gespielt hat⁴⁰, zweifellos Vorteile, aber auch Nachteile: Dem parlamentarischen Gesetzgeber fehlt es möglicherweise gerade deshalb an der Motivation, seiner ureigensten Aufgabe nachzukommen, nämlich auf praktisch bedeutsame Strafbarkeitslücken fortlaufend selbst zu reagieren.

c) Präzisierungsgebot in Deutschland und Gesetzlichkeitsprinzip

Eine ähnliche Entwicklung lässt sich tendenziell aber auch in Deutschland beobachten – allerdings vor allem in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot: Das Teilpostulat der *lex certa* ist nach traditionellem Verständnis an den Gesetzgeber adressiert. Das Bundesverfassungsgericht hat unzählige Strafnormen auf ihre Bestimmtheit untersucht – in aller Regel jedoch mit positivem Ergebnis⁴¹. In manchen Fällen war es dabei gegenüber dem Gesetzgeber nicht nur wohlwollend, sondern allzu gönnerhaft. Ergänzend zu Professor *Kuhlen*s Beispielen lässt sich noch der „grobe Unfug“ nennen, ein nicht mehr existierender Übertretungstatbestand (§ 360 Abs. 1 Nr. 11 Alt. 2 StGB a. F.)⁴², dem das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1969 ausreichende

³⁹ *Abl*, ZChinR 2007, 251 (252).

⁴⁰ Aus diesem Grund stehe das Institut der „Justizauslegungen“ laut Professor *Xinjin Qu* vor allem in chinesischer (und nicht bloß sozialistischer) Tradition.

⁴¹ BVerfGE 20, 162; BVerfGE 21, 239 („Staatsgeheimnis“ in §§ 99ff. StGB); BVerfGE 45, 363 („Staatsgeheimnis“ und „schwerer Nachteil“ in § 94 StGB); BVerfGE 47, 109 (Verbreitung pornographischer Schriften i. S. d. § 184 StGB); BVerfGE 57, 250 („geheimdienstliche Tätigkeit“ in § 99 StGB); BVerfGE NJW 1995, 1883 (§ 370 AO); siehe auch den Überblick bei *Dannecker*, in: Leipziger Kommentar, § 1 StGB, Rn. 74ff.

⁴² Demnach wurde mit Geldstrafe bis zu fünfhundert Deutsche Mark oder mit Haft bestraft, „wer groben Unfug verübt“. Umfasst waren solche Tätigkeiten wie das Spazieren in Badehose im „Hofraum eines erstklassigen Fremdenhotels“, „obwohl sich [...] nur etliche

Bestimmtheit bescheinigte, weil er durch eine jahrzehntelange gefestigte Rechtsprechung hinreichend präzisiert worden sei⁴³. Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht zu einer Unvereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG gelangte⁴⁴, sind also äußerst selten.

Dagegen ist man von Seiten des strafrechtlichen Schrifttums und vor allem der Strafverteidiger – auch das soll man nicht verschweigen – mit dem Vorwurf der Unbestimmtheit schnell bei der Hand, so eine doch zutreffende Beobachtung von Herrn RiBGH *Thomas Fischer*⁴⁵. Es ist ja kaum möglich einen neuen Tatbestand ins StGB oder Nebenstrafrecht einzuführen, ohne dass dieser nicht alsbald als zu unbestimmt kritisiert wird, nur weil die Gesetzesanwendung und -auslegung ein wenig Nachdenken erfordert – und vielleicht am Rande des Wortlauts noch einzelne absurde Fallkonstellationen konstruiert werden können, die nicht als strafwürdig erscheinen.

Die Wahrheit dürfte wohl dazwischenliegen: Allzu starre und kasuistische Gesetze – der Kollege *Kublen* nannte das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 – sind kaum in der Lage, dem Wandel der Zeit und den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht zu werden. Sie sind auch anfälliger für bewusste Umgehungshandlungen seitens der Täter und für Verstöße gegen das Analogieverbot seitens der Justiz. Das nunmehr an die Strafgerichte adressierte Präziserungsgebot birgt aber auch eine Gefahr, und zwar, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung neuer Strafbarkeiten immer häufiger nach der „Schrotflintenmethode“ agiert, also immer weniger Anstrengungen entfaltet, die Grenzen des verbotenen Verhaltens – eben so gut wie möglich – unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und unter Vermeidung von Wertungswidersprüchen hinreichend zu bestimmen.

III. Fazit

Das Strafrecht der Volksrepublik China hat in den letzten dreißig Jahren eine beeindruckende Entwicklung genommen. In der Praxis allerdings

Minuten vom Hotel entfernt eine Badeanstalt befand“ (BayObLGSt 21, 175), oder das Bespritzen von Passanten mit Schmutzwasser durch zu schnelles Fahren mit einem Kfz (BayObLGSt 26, 111).

⁴³ BVerfGE 26, 41.

⁴⁴ BVerfGE 14, 174 (zu § 71 StVZO i. d. F. vom 13. November 1937); BVerfGE 14, 254 (zu § 49 StVZO); BVerfGE 23, 265 (zur Ausfüllung von § 366 Nr. 10 StGB a. F. durch eine Polizeiverordnung); BVerfGE 78, 374 (zu § 15 Absatz 2 lit. a FernmeldeanlagenG i. d. F. vom 17. März 1977); BVerfGE NSStZ 1990, 394 (unklarer Bußgeldtatbestand einer Gemeindefestsetzung); BVerfGE 105, 135 (zur Vermögensstrafe nach § 43a StGB i. d. F. vom 15. Juli 1992); siehe auch den vollständigen Überblick bei *Dannecker*, in: Leipziger Kommentar, § 1 StGB, Rn. 72 f.

⁴⁵ *Fischer*, StV 2010, 95.

scheinen die chinesischen Tatbestände anfälliger für Wortlautüberschreitungen zu sein, als es bei denen des deutschen Strafgesetzbuches der Fall ist. Insofern sollte man in China eine verfassungsrechtliche Absicherung des Gesetzlichkeitsprinzips mit der Möglichkeit einer Individualbeschwerde in Betracht ziehen (II.3.a), auch um die Gesetzgebung in Zukunft zu einem sorgfältigeren Vorgehen bei der Abfassung von Strafgesetzen zu motivieren. Darüber hinaus ist zu erwägen, inwieweit das Institut der verbindlichen „Justizauslegungen“ in der Praxis nicht das Gesetz als solches entwertet. Vielleicht sollte dem einzelnen, untergeordneten Richter (den es natürlich entsprechend auszubilden gilt⁴⁶) doch mehr Verantwortung und Entscheidungskompetenz zugebilligt werden (II.3.b), um auch dem Phänomen der „ungenügenden Auslegung“⁴⁷ Herr zu werden, auf das ich nicht mehr eingehen konnte.

Wenn man sich an den von Professor *Zhang* angeführten, praxisrelevanten Beispielen orientiert⁴⁸, erscheinen deutsche Tatbestände (auch wenn sich die Regelungstechnik im Kern- und Nebenstrafrecht etwas unterscheidet⁴⁹) oftmals weiter und abstrakter gefasst als die des chinesischen Strafgesetzes; dies macht sie weniger anfällig für Verstöße gegen das Analogieverbot. Allerdings ist insofern der zum Teil geringe gesetzgeberische Ehrgeiz bei der Beachtung des strafrechtliche Bestimmtheitsgebots zu beklagen (II.3.c): Oftmals stehen ganze Fallgruppen als nicht oder weniger strafwürdig im Raum und werden dennoch ausnahmslos vom Gesetzeswortlaut erfasst. Von den Gerichten wird dann erwartet, die im Einzelfall ungerechte Überkriminalisierung durch enge Auslegung⁵⁰ oder Anwendung des Opportunitätsprinzips gem. der §§ 153 ff. StPO⁵¹ zu kompensieren. Eine *feste*

⁴⁶ Viele Richter sind derzeit noch ehemalige Militärangehörige ohne juristische Ausbildung. Erst seit den 1980er Jahren gibt es überhaupt funktionierende juristische Fakultäten.

⁴⁷ Siehe dazu das Hauptreferat von *Zhang*, in diesem Band, S. 35 ff.

⁴⁸ Auch in China gibt es einige sehr breit gefasste Tatbestände. Da eine Überprüfung des Gesetzes anhand des Bestimmtheitsgebots ohnehin nicht stattfindet, steht die Aufdeckung verbotener Analogien in der Praxis wohl im Vordergrund.

⁴⁹ Siehe dazu das Hauptreferat von *Walter Perron*, in diesem Band, S. 211 ff.

⁵⁰ Bei der Nötigung gem. § 240 StGB im Straßenverkehr muss in der Praxis anhand einer Vielzahl von Entscheidungen bestimmt werden, ob die Qualität einer strafbaren Nötigung erreicht wurde. So können z. B. allein beim dichten Auffahren solch gesetzferne Kriterien, wie die Intensität der Einwirkung und der Abstand [BayObLG NJW 1993, 2882 (2883); OLG Hamm NZV 2006, 388 (389)], die Tatsache des wiederholten Drängelns [OLG Frankfurt NZV 2004, 158 f.; OLG Köln NZV 1992, 371 (372)] oder die Betätigung der Lichtlupe [BGHSt 19, 263 (265 f.); OLG Karlsruhe NJW 1972, 962 (963)] eine Rolle spielen (vgl. Überblick bei *Valerius*, in: Beck'scher Online-Kommentar, § 240 StGB, Rn. 23a; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 240 StGB, Rn. 24).

⁵¹ Zum Teil wird von vornherein einkalkuliert, dass bei einer zu weitgehenden Unterstrafstellung die Möglichkeit besteht, nichtstrafwürdige Fälle im Wege der §§ 153 ff. StPO auszuscheiden. Aus neuer Zeit siehe z. B. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30.05.2007, BT-Drs. 16/6558, S. 16 zur Bekämpfung der Auslandskorruption, wel-

Implementierung vordergründig liberaler Auslegungsgrundsätze wie „*in dubio pro libertate*“ oder „*in dubio mitius*“⁵² würde diese Fehlentwicklung wohl erst recht verschärfen. Im Vordergrund aller akademischen Bemühungen sollte deshalb stehen, einen Beitrag dazu zu leisten, dass die sorgfältige Bestimmung der Grenzen des strafwürdigen Verhaltens wieder als wesentlicher Teil des demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozesses verstanden wird⁵³.

cher allerdings dem Diskontinuitätsprinzip zum Opfer gefallen ist. Ein schon klassisches Beispiel ist das Absehen von der Verfolgung nach § 31a BtMG (Betäubungsmittel zum Eigenverbrauch in geringer Menge). In allen Fällen hat der Beschuldigte keinen Anspruch auf Einstellung, erst recht keine Rechtsschutzmöglichkeiten bei fehlerhafter Verneinung der Voraussetzungen. Besser wäre es, wenn nichtstrafwürdige Verhaltensweisen von vornherein nicht strafbar wären, und das Opportunitätsprinzip vor allem bei Umständen, die in der Person des Täters liegen (Ersttäter etc.), zur Anwendung käme.

⁵² Einige der chinesischen und deutschen Teilnehmer der Tagung zeigten hierfür gewisse Sympathien. Zur Nichtgeltung entsprechender Grundsätze im deutschen Strafrecht vgl. aber *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 1 StGB, Rn. 51; zu entsprechenden Ansätzen im US-amerikanischen Strafrecht dagegen *Dubber*, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, S. 15 f., wo der Gesetzgeber – eben darum bemüht im Zweifel alle Verhaltensweisen zu erfassen – ganz regelmäßig mit massiven Überkriminalisierungen arbeitet (siehe *Perron*, in diesem Band, S. 211 ff.).

⁵³ Als positives Beispiel könnte man die „Putzfrauenklauseln“ für § 266a Abs. 2 StGB (Vorenthalten von Arbeitsentgelt) und § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO (Steuerhinterziehung) nennen, wodurch eine unverhältnismäßige Kriminalisierung privater Arbeitgeber bei haushaltsnaher Beschäftigung vermieden wird (dazu *Laitenberger*, NJW 2004, 2703, 2704). Insofern sind die einschlägigen Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts (§ 111 SGB IV; § 209 SGB VII; § 50e Abs. 2 EStG i. V.m. §§ 377–384 AO) vorrangig.

JAN C. JOERDEN

Zwei juristische Denkstile und das Gesetzlichkeitsprinzip.
Deutscher Kommentar zu den Vorträgen von Prof. Xingliang Chen
und Prof. Claus Roxin 163

JUN FENG

Die Abgrenzung zwischen der erweiternden und
der analogen Auslegung 183

WALTER PERRON

Die Unterscheidung zwischen Auslegung und Analogie aus
deutscher Perspektive 211

XINJIU QU

Die Unterscheidung zwischen einer erweiternden Auslegung und der
analogen Anwendung aus einer komparativen Perspektive zwischen
Deutschland und China 235

ALBIN ESER

Zur Abgrenzung von Auslegung und Analogie. Kommentar aus
deutscher Sicht 259

Stichwortverzeichnis 269