

# **Die Rezeption der deutschen Strafrechtslehre und Strafvorschriften in der VR China**

JIANHONG FAN

## **I. Rezeption von Rechtsregeln**

### **1. Definition**

Der vage<sup>1</sup> Begriff Rezeption ist ein Standardbegriff der Rechtsgeschichte. In Deutschland versteht man unter Rezeption allgemein „die Übernahme eines Moments in eine neue Umgebung“.<sup>2</sup> Auf die Rezeption der fremden Rechte hat zuerst A.B. Schwarz hingewiesen.<sup>3</sup> Dieses Rechtsphänomen war in der Geschichte der Rechtsreform in vielerlei Hinsicht prägend. Die bekannteste aller Rezeptionen ist die des römischen (und kanonischen) Rechts in Deutschland zur Zeit des Mittelalters und der Neuzeit, wobei Rechts-honoratioren<sup>4</sup> eine Rolle gespielt haben. Die Rezeption des schweizerischen Zivilgesetzbuchs in der Türkei und des französischen Rechts in Ägypten in den Gesetzbüchern von 1876 und 1883 war ebenfalls von großer Bedeutung. Da die formelle Rezeption der tatsächlichen Anwendung des übernommenen fremden Rechts folgen muß und die juristischen und sozialen Voraussetzungen in jedem Land unterschiedlich sind - insbesondere in Ländern, wo unterschiedliche philosophische und rechtskulturelle Grund-

---

<sup>1</sup> Max Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., München 1987, S. 127.

<sup>2</sup> Gerhard Köbler/Heidrun Pohl, Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch, München 1991, S. 426.

<sup>3</sup> Vgl. A.B. Schwarz, La réception et l'assimilation des droits étrangers, Recueil d'études en l'honneur d' Edouard Lambert, Zürich 1938, Bd. II, S. 581-592.

<sup>4</sup> Vgl. Max Weber, Rechtssoziologie, hrsg. von Johannes Winckelmann, 2. Aufl., 1967 S. 197 ff.; Max Rheinstein, Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluß auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 34, 1970, S. 1 ff.

lagen oder sogar unterschiedliche Schriftzeichen<sup>5</sup> existieren -, ist eine präzise Definition des Begriffs „Rezeption“ wohl sehr schwierig. Es wäre daher sinnvoller, anstelle des Versuchs einer vagen Definition die Art der Rezeption zu erläutern.

## 2. Art der Rechtsrezeption

Der funktionale Rechtsvergleich kann sich m.E. auf Mikro- und Makrorezeption beziehen. Während sich die Makrorezeption mit Rechtssystem, Rechtsordnung und Rechtsprechung im Ganzen befaßt, hat es die Mikrorezeption zuerst mit speziellen Rechtsnormen und -institutionen zu tun. Die Grenzen zwischen Makro- und Mikrorezeption sind fließend. Die aufoktroyierte Rezeption gehört wohl zur Makrorezeption. Solch eine Rezeption versucht, das ganze traditionale Rechtssystem zu ändern. Das dürfte für einen Teil der europäischen Kolonien gelten, in denen das zunächst aufgezwungene Recht akzeptiert und ausgestaltet wurde. Wurde das aufoktroyierte Rechtssystem nach Erlangen der Unabhängigkeit beibehalten, nennt man dies legalisierte Rezeption. Von einer verpflanzten Rezeption spricht man, wenn „eine Gruppe von Auswanderern ihr heimatliches Recht in eine neue Umwelt mitnimmt“<sup>6</sup>. Solch eine Wanderung stellt oft einen Wandel von einem System personalen zu einem System territorialen Rechts dar. Die freiwillige Rezeption ist beispielsweise die Übernahme des Rechts der USA in Liberia. Sie meint die Rezeption im eigentlichen Sinne. Während die oktroyierte Rezeption die Unfreiwilligkeit und die verpflanzte Rezeption die Einseitigkeit des Vorgangs bezeichnet, charakterisiert die freiwillige Rezeption Bewußtsein und Zweiseitigkeit. Die Zweiseitigkeit bedeutet Rechtsimport und Rechtsexport.<sup>7</sup> Das dient oft einem bestimmten gesetzgeberischen Zweck und dem besseren Verständnis der Normen und Institutionen des eigenen Rechts zum Nutzen der Rechtslehre und Rechtskritik. Da die Theorie der funktionalen Rechtsvergleichung noch vorherrscht und die Rechtsnormen oft „interessenjuristisch“<sup>8</sup> übernommen werden, hat für die VR China die freiwillige Rezeption mit der Zweiseitigkeit mehr Bedeutung als die anderen Rezeptionsarten.

<sup>5</sup> Vgl. Bernhard Großfeld, Der Buchstabe des Gesetzes, *Juristenzeitung* 1987, S. 1 ff.; F. Coulmas, Reden ist Silber, Schreiben ist Gold, *Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik* 15, 1985, S. 94, 100.

<sup>6</sup> Max Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, op.cit., S. 125.

<sup>7</sup> Vgl. Ingo von Münch, Rechtsimport und Rechtsexport, *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, S. 3145 f.

<sup>8</sup> Max Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, op.cit., S. 190.

## II. Möglichkeit der Rezeption des deutschen StGB

Das gesamte chinesische Recht ist vor der Qing-Dynastie (1644-1911) oft als Strafrecht<sup>9</sup> bezeichnet worden, wenn man von den Sanktionsvorschriften ausgeht. Nach der klassischen Gesellschaftsordnung *Li*<sup>10</sup> wurden die alten Strafbestimmungen als Nebenmittel (= Strafe) gegenüber dem Hauptmittel (= Tugend, Erziehung etc.)<sup>11</sup> angewendet. In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts kam es zu einer Welle von Rezeptionen der inzwischen geschaffenen deutschen Kodifikationen durch zahlreiche Länder Asiens.<sup>12</sup> Eine solche Rezeption, wie z.B. in Japan<sup>13</sup> und Taiwan<sup>14</sup>, hat in der VR China nicht stattgefunden.<sup>15</sup> Aus weltpolitischen und traditionellen Gründen<sup>16</sup> sowie durch Einflüsse des damaligen sowjetischen Rechtswesens wurde auf eine Rezeption der westlichen StGB verzichtet.

---

<sup>9</sup> In den einzelnen alten chinesischen Gesetzen sind oft die strafrechtlichen Sanktionen geregelt, so daß viele westliche Wissenschaftler das alte chinesische Recht als Strafrecht bezeichnen. In der Tat gab es noch andere zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Regelungen.

<sup>10</sup> Vgl. Guang Wei, *Zhongxi Falü Zhexue Zhi Bijiao Yanjiu* (Vergleichende Forschung zur Rechtsphilosophie Chinas und des Westens), Taipei 1983 (1972), S. 1 ff.; auch Ralph H. Folsom / John H. Minan (Hrsg.), *Law in the People's Republic of China*, London 1989. im ersten Teil (*The Chinese Legal Tradition*), vgl. auch, Jianhong Fan, Buchbesprechung über „Law in the People's Republic of China“, in: Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, *German Yearbook of International Law*, Vol. 34/1991, Berlin 1992, S. 613.

<sup>11</sup> Frank Münzel, *Philosophisches im Strafrecht der VR China*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 26, 1976, S. 845, 847.

<sup>12</sup> Vgl. Heinrich Scholler (Hrsg.), *Die Einwirkung der Rezeption westlichen Rechts auf die sozialen Verhältnisse in der fernöstlichen Rechtskultur*, 1. Aufl., Baden-Baden 1993.

<sup>13</sup> Harald Baum, *Herausforderung Japan - Blick auf eine außereuropäische Rechtsordnung*, *Max-Planck-Gesellschaft-Spiegel* 3/95, S. 20.

<sup>14</sup> Su Phong-Jie, *Die Klausel der veränderten Umstände im chinesischen Recht - Zur Rezeption deutschen Privatrechts in China*, Diss., München 1981, S. 1 ff.

<sup>15</sup> Interessanterweise sind jedoch §§ 14, 15 ChStGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit) und §§ 25 (Gemeinschaftlich begangene Straftat), 26 (Haupttäter), 27 (Nebentäter) inhaltlich grundsätzlich mit dem deutschen StGB (z.B. § 12, § 25 Abs. 1, 2, § 27) kongruent, obwohl der Nebentäter in der deutschen strafrechtlichen Dogmatik nur logischerweise zur Beteiligung gehört. Ähnliche Übereinstimmungen indizierten schon die geschichtliche Verknüpfung mit dem deutschen StGB und mit den rezipierten Ländern wie z.B. Taiwan, Japan und Südkorea.

<sup>16</sup> Robert Heuser, *Zur Einführung: Recht und Rechtstheorie der VR China*, *Juristische Schulung* 1973, S. 541-542.

## 1. Dynamik der Rechtsrezeption

Eine Rezeption des deutschen StGB ist nicht einfach und verlangt in besonderem Maße, der jeweiligen kulturspezifischen Prägung Rechnung zu tragen, besonders der gesellschaftlich-institutionellen Dynamik Chinas.

Durch die Verankerung der „sozialistischen Marktwirtschaft“ in der chinesischen Verfassung und durch deren dynamische Entwicklung braucht China ein entsprechendes gesellschaftliches System. Seit 1976 ist die Zentralaufgabe in der VR China die Entwicklung der Produktivkraft.<sup>17</sup> Dies geschah als Wirtschaftsreform und mit der Öffnung nach außen.<sup>18</sup> Bei der Einführung der „sozialistische Marktwirtschaft“ bzw. in Zeiten rascher wirtschaftlicher Entwicklung wird die autoritäre Politik nicht in der Lage sein, die von einer know-how- und wissensintensiven Produktion geschaffene Situation zu steuern, zumal „eine freie demokratische und eine freie Marktwirtschaft keine Regelungen vertragen, die Unfreiheit konservieren“<sup>19</sup>. Vielmehr hilft hier die von Experten gesteuerte, richtig funktionierende Wirtschaftsordnung mit Unterstützung eines gerechten Rechtssystems. Diese Ordnung nach der Einführung der Marktwirtschaft verlangt dringend die Rezeption der besten westlichen Gesetze wie z.B. das deutsche StGB.

## 2. Dogmatische Durchdringung und kulturelle Hindernisse

Fraglich ist weiterhin, ob die unterschiedliche kulturelle Tradition als Hindernis der Rezeption angesehen werden sollte und wieso gerade das deutsche StGB für eine Rezeption in Betracht kommt.

Es ist durch die Rezeptionspraxis wohl schon überzeugend begründet, daß die unterschiedliche kulturelle Struktur kein großes Hindernis mehr bei der Rezeption darstellt. Denn in der Tat ist das deutsche StGB von Japan, Südkorea und Taiwan auch ohne große Schwierigkeiten in den unterschiedlichen Kulturkreisen rezipiert worden, zumal die kulturelle Tradition wie

---

<sup>17</sup> Vgl. Zhonghua Renmin Gongheguo Guowuyuan Gongbao (Gesetzblatt des Staatsrates der VR China), Angenommen bei der 4. Sitzung auf der 7. Tagung des Nationalen Volkskongresses am 09.04.1991, 10.05.1991, Verlag: The General Office of the State Council of the PR China, S. 74 (379); vgl. auch Erhard Louven, Reform und Modernisierung der chinesischen Wirtschaft seit 1976, in: Ostkolleg der Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), VR China im Wandel, 2. Aufl., Bonn 1988, S. 100 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Zhao Ziyang, Bericht über die Politik der Öffnung nach außen auf der 4. Tagung des V. Nationalen Volkskongresses; Grundriß der 8. fünfjährigen und zehnjährigen Planung für Volkswirtschaft und Gesellschaftsentwicklung, *Volkszeitung* (Renmin Ribao) vom 16.04.1991, S. 2, Kap. 2, Abs. 1 (6).

<sup>19</sup> Vgl. Ingo von Münch, Rechtsexport und Rechtsimport, op.cit., S. 3146, IX.

z.B. der Konfuzianismus den Menschenrechten im westlichen Sinne nicht widersprechen soll. Dazu meint *Heiner Roetz*: „Der klassische Konfuzianismus verfügt also über die Idee der Würde jedes einzelnen Menschen, unabhängig von Herkunft und Position, allein durch sein Menschsein. Er bindet die Legitimität der Ausübung von Macht an die Achtung dieser Würde und an ein Gerechtigkeitsprinzip auf der Basis von Gegenseitigkeitsvorstellungen. Er verpflichtet die Politik auf das Wohlergehen des einzelnen und formuliert zu dessen Schutz Auflagen für den Gebrauch staatlicher Sanktionsmittel. Hierin nun ist die materielle Substanz des Menschenrechtsdenkens enthalten. Sie wird allerdings nicht als Gegenstand einer Berechtigung, sondern einer Verpflichtung verstanden.“<sup>20</sup> Eine Tendenz zur Annäherung der westlichen und östlichen Wertordnung<sup>21</sup> wird heute behauptet.

Die Rezeption der deutschen Strafrechtsdogmatik und der Vorschriften begründet sich wie folgt:

Erstens haben die Vorteile der dogmatischen Durchdringung des Rechtsstoffs das deutsche StGB schon längst zum Rezeptionsvorbild in Europa und in Ostasien werden lassen. Das Argument ist somit nicht haltbar, daß die Voraussetzungen für eine Rezeption europäischer Rechtsinstitute durch China mit seinen ganz anderen sozioökonomischen Strukturen und andersartigen kulturellen Traditionen, d.h. einem von dem europäischen völlig verschiedenen „Rechtsklima“<sup>22</sup>, nicht gegeben seien. Denn die Rezeptionserfolge der deutschen Gesetzbücher in Japan, Südkorea und Taiwan beruhen weniger auf der Leistung der kulturellen Rechtsvergleichung, als vielmehr auf der überzeugenden dogmatischen Durchdringung des Rechtsstoffs.<sup>23</sup>

Zweitens weist das deutsche StGB wohl mehr Rechtssicherheit als das anglo-amerikanische Rechtssystem auf. Das ist für ein Land, in dem in der Wirtschafts- und Rechtsreform viel Unruhe herrscht, von großer Bedeutung.

Drittens kann China von der Rezeptionspraxis und deren positiven und negativen Ergebnissen in Südkorea, Japan und Taiwan lernen und damit den Prozeß, ein Asiatisches Gemeinschaftsrecht bzw. Asienstrafrecht zu schaffen, beschleunigen.

---

<sup>20</sup> Vgl. Heiner Roetz, Menschenrechte und Konfuzianismus, *Die Zeit*, 09.06.1995, S. 43; Shang Zhijing, Rujia Lunli Jingshen de Jiazhi Zuanshi (Die Wertauslegung der konfuzianischen Ethik), *Xinhua Wenzhai*, Volksverlag in Beijing, 3/1993, S. 32.

<sup>21</sup> Vgl. Cheng Qinkun, Zhongguo Jindai Zhongxi Zhexue de Ronghe (Die Annäherung der gegenwärtigen chinesischen und westlichen Philosophie), *Xinhua Wenzhai*, 4/1993, S. 27.

<sup>22</sup> Vgl. Max Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, op.cit., S. 128, Fn.13.

<sup>23</sup> Vgl. Hein Kötz, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 54, 1990, S. 203, 204.

Viertens ist das deutsche StGB in Taiwan, Japan und Südkorea entweder auf Chinesisch oder in chinesische Schriftzeichen verwendenden Sprachen niedergeschrieben, was die Übernahme des deutschen StGB erleichtert.

Fraglich ist jedoch, ob China auch von Japan, Südkorea und Taiwan lernen kann. Einerseits soll man Wert auf die dogmatische Durchdringung nach eigenem Rechtsverständnis in China legen und damit nicht von vornherein von dem vereinfachten rezipierten StGB in Japan, Südkorea und Taiwan ausgehen, wo die Auslegung bzw. Rechtsfortbildung unterschiedlich sind; es sollte vielmehr von der vollständigen Rezeptionsrechtsordnung unter den funktionalen Rechtsvergleichungsaspekten ausgegangen werden. Da Japan, Südkorea und Taiwan in ihrem Rezeptionsprozeß positive und negative Erfahrungen gesammelt haben, ist der Vergleich bzw. das Studium der Strafrechtsliteratur sowie der Gesetzbücher in Japan, Südkorea und Taiwan keineswegs ausgeschlossen, sondern sogar erwünscht.

### 3. Praktische Denkweise

Ferner ist die praktische Denkweise in der chinesischen Geschichte bei der Rezeption von großer Bedeutung. Alle wichtigen chinesischen Geistesströmungen stellen die Denkweise in lebenspraktischer Orientierung dar.<sup>24</sup> Sie versucht immer, mit Hilfe der vom Pragmatismus geprägten Denkweise den eigenen Weg zu finden. Das deutsche StGB ist sehr systematisch; das ist nichts anderes als die dogmatisch fundierte Lehre des geltenden Rechts.<sup>25</sup> Eine gut entwickelte deutsche strafrechtliche Dogmatik ist wichtige Voraussetzung für eine erfolgreiche Kodifikation. Mit der urkundlichen Fixierung des Strafrechtszustandes durch die Rechtsrezeption werden jene Folgen einsetzen, die der gesetzlichen Festschreibung von Recht eigen sind: Regelmäßigkeit, Berechenbarkeit und Dauer der die Rechtsprechungstätigkeit leitenden Normen. Deswegen verdient die Rechtsrezeption nicht, als „sprachliche Übertragung“ abgewertet zu werden. Eine chinesische Kodifikation soll unter pragmatischen Gesichtspunkten eine Auswahl aus dem deutschen System treffen, es sei denn, daß China die Vorteile der deutschen Strafrechtsdogmatik nicht oder nicht genug kennt und somit den guten Weg nicht finden wird.

---

<sup>24</sup> Vgl. Li Shangzhi, *Zhongguo Zhexue de Jingshen* (Geist der chinesischen Philosophie), *Xinhua Wenzhai*, 7/1993, S. 21.; Ren Jiuyu, *Zhongguo Zhexue de Guoqu Jianglai* (Die Vergangenheit und Zukunft der chinesischen Philosophie), *Xinhua Wenzhai*, 10/1993, S. 21 f.; ders., „*Guang Ming*“ Zeitung vom 23.08.1993.

<sup>25</sup> Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, *Juristenzeitung* 1993, S. 377.

### III. Rezeptionsbeispiele

Von 1949 bis 1979 gab es in China kein Strafgesetzbuch. Es gab jedoch schon zahlreiche einzelne strafrechtliche Gesetze<sup>26</sup>, wie z.B. das „Gesetz über die Bestrafung der konterrevolutionären Tätigkeit“ von 1951 und das „Gesetz über die Bestrafung der Korruption“ von 1952. Das alte Strafgesetzbuch<sup>27</sup> wie das am 14. März 1997 neu verkündete StGB geht vom Territorialprinzip aus und wird sowohl vom Personal- als auch vom Realprinzip ergänzt. Obwohl letzteres schon 452 Paragraphen enthält, wovon 101 auf den Allgemeiner Teil entfallen<sup>28</sup>, besteht jedoch noch ein dringender Bedarf an Forschung bzw. Rezeption der deutschen Strafrechtstheorie.

#### 1. Verbrechensbegriff und „Gesellschaftsschädlichkeit“

Im Allgemeinen Teil geht das chinesische Strafrecht nicht von einem formellen<sup>29</sup>, sondern von einem materiellen Verbrechensbegriff aus<sup>30</sup>, d.h. das chinesische Strafrecht geht über die „formalisierten Straftatelemente“ hinaus von dem jeweiligen „materiellen Gehalt von Unrecht und Schuld“ bzw. der „Materialisierung“ des Verbrechens durch „Entjuridisierung“ des Strafrechts aus. Jedoch handelt es sich hier nicht um einen kriminologischen<sup>31</sup> oder soziologischen Verbrechensbegriff. Seit 1980 stellt eine rechtsgültige Verbrechensdefinition in § 13 ChStGB die Gesellschaftsschädlichkeit als Maßstab fest. Hier ist die Straftat noch nicht als Ganzes durch allgemeine Merkmale erfaßt worden. Alle Straftatelemente (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtsmäßigkeit, Schuld) sind noch nicht in theoretisch klarer Form mitbe-

<sup>26</sup> Diese Gesetze ließen die Analogie zu. Die Schließung von Gesetzeslücken im Strafrecht mit Hilfe der Analogie (auch zum Nachteil des Angeklagten) war in China zulässig.

<sup>27</sup> Es war vom 01.01.1980 bis 01.10.1997 in Kraft.

<sup>28</sup> Im Vergleich dazu gibt es im deutschen StGB 358 Paragraphen, zuzüglich der mit Buchstaben notierten Paragraphen und abzüglich der aufgehobenen oder weggefallenen Vorschriften insgesamt 464 Einzelbestimmungen; davon entfallen 127 auf den Allgemeinen Teil. Das japanische StGB (Entwurf) enthält 264 Paragraphen, sein Allgemeiner Teil 72; das koreanische StGB 372, davon 86 im Allgemeinen Teil; das taiwanische StGB 357, davon 99 im Allgemeinen Teil (ausführlich hierzu: Lin Shaotian, Xingfa Tonglun (Strafrecht Allgemeiner Teil), 3. Aufl., Taipei 1988 (1977)).

<sup>29</sup> Zum Unterschied zwischen dem formellen und dem materiellen Verbrechensbegriff, vgl. Albin Eser/Theodor Lenckner, § 12 Rn.20 ff., in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., München 1991; Theodor Lenckner, vor § 13, Rn.13 f., 15 f., in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, op.cit.

<sup>30</sup> Vgl. Jin, Vergleichendes Strafrecht (Bijiao Xingfa), Henan 1985, S.46 f.

<sup>31</sup> Hans Joachim Schneider, Kriminologie, Berlin 1974, S.16.

rücksichtigt worden. Die chinesische strafrechtliche Wissenschaft kennt zwar auch formelle Bestandteile, jedoch ist die Rechtswidrigkeit oft im Sinne der Gesellschaftsschädlichkeit zu verstehen. Die deutsche Rechtswidrigkeit ist der Widerspruch zur Rechtsordnung<sup>32</sup> in der Form von Handlungsunrecht oder Erfolgsunrecht, nicht pauschal eine Schädigung der Gesellschaft. In China ist man heute noch zum Teil der Auffassung, daß die Rechtswidrigkeit der juristische Ausdruck für die Gesellschaftsschädlichkeit ist. Es bilden also zwei unterschiedliche Verbrechensmerkmale de facto eine Einheit.<sup>33</sup> Da bei der gesellschaftsschädigenden Handlung auch ein Verhalten der zivilrechtlichen Rechtsgutverletzung oder eine öffentliche rechtswidrige Handlung anzunehmen ist, ist es sehr fraglich, wie und nach welchen Kriterien die Straftat davon abzugrenzen ist. Was das Zivilrecht erlaubt, ist auch strafrechtlich nicht rechtswidrig. Im Vergleich zur chinesischen „Gesellschaftsschädlichkeit“ beruht der Straftatsbegriff des deutschen Strafrechts auf dem Schuldprinzip.<sup>34</sup> Während in China eine Handlung, die nicht als gesellschaftsschädlich angesehen wird, nicht als Straftat (*Fanzui*) bezeichnet und gar nicht oder nur mit Ordnungs- oder Disziplinarmaßnahmen bestraft wird<sup>35</sup>, geht das deutsche StGB vom Schuldstrafrecht aus. Nach der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale und Indizierung der Rechtswidrigkeit bedeutet die Schuld insoweit die in der Tat aktualisierte Schuld. So „ist für die Strafzumessung in erster Linie erheblich, wie groß die Schuld des Täters gewesen ist, der sich in einer konkreten Situation über die strafrechtlichen Ge- oder Verbote hinweggesetzt hat“<sup>36</sup>. „Die Einschätzung der Gesellschaftsschädlichkeit einer Handlung hängt von den politischen, sozialen und moralisch-ethischen Vorstellungen des jeweiligen Gesetzgebers ab.“<sup>37</sup> Die historische Staatsidee bzw. der Vorrang der kollektiven Interessen gegenüber dem einzelnen und die Mischung von Strafrecht und Verwaltungsrecht hatten wohl in der VR China bei der Bildung des Verbrechensbegriffs mit dem Merkmal der gesellschaftsschädlichen Straftat eine Rolle gespielt.

<sup>32</sup> Erich Samson, in: Systemkommentar StGB, 1981, vor § 32 Rn. 2 f.; Theodor Lenckner, vor § 13 Rn. 48, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, op.cit.; Johannes Nagler, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, in: Frank-Festgabe, Bd. I, 1930, S. 343.

<sup>33</sup> Wolffhart Auer von Herrenkirchen, Das Strafrecht der VR China unter besonderer Berücksichtigung des sowjetischen Strafrechts, Baden-Baden 1993, S. 28.

<sup>34</sup> Vgl. die berühmte Entscheidung BGHSt 2, 194 ff., 200 ff.

<sup>35</sup> Vgl. Frank Münzel, Das Recht der VR China, Einführung in die Geschichte und den gegenwärtigen Stand, Darmstadt 1982, S. 100 f.

<sup>36</sup> Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Einführung für StGB, II. Grundsätze der Kriminalpolitik, 26. Aufl., München 1992.

<sup>37</sup> Vgl. Gao Mingxuan/Wang Zhuofu, Xin zhongguo xingfa de lilun yu shijian (Theorie und Praxis des neuen chinesischen Strafrechts), Shijianzhuan 1988, S. 132 f.



## 2. Analogie

Die unbeschränkte Analogie von § 90 ChStGB-Entwurf vom 28.06.1957 und § 86 StGB-Entwurf vom 09.10.1963 wurde zwar in das ChStGB von 1980 aufgenommen, jedoch ist sie im neuen ChStGB von 1997 abgeschafft. Wenn der Gesetzgeber die Entscheidung, was durch die Analogie strafverschärfend bzw. strafbegründend ist, dem Richter überlassen dürfte, könnte die Rechtssicherheit für die Garantie des Vorhandenseins einer gesetzlichen Grundlage für eine Strafbarkeit und Strafe nicht gewährleistet werden<sup>38</sup>. Problematisch ist jedoch, daß das chinesische Analogieverbot noch nicht ganz in der zukünftigen Rechtspraxis konkretisiert ist.

In Deutschland beginnt die Analogie jenseits der Auslegung<sup>39</sup> und setzt eine Lücke in der Rechtsordnung und eine weitreichende Ähnlichkeit zweier Tatbestände voraus. Es wäre ungerecht, die Rechtsfolge des einen Tatbestands nicht auch auf den anderen Tatbestand anzuwenden. Nach allgemeiner Meinung ist die Analogie verboten, wenn es um Strafbegründung bzw. Strafverschärfung geht und daraus eine Verschärfung der sich aus dem Gesetztext ergebenden Rechtslage zum Nachteil des Beschuldigten resultiert. Das soll als die Konsequenz des Gesetzlichkeitsprinzips und des Rechtssicherheitsprinzips angesehen werden; ferner gibt es auch keinen Raum für die Analogie, wo es an einer analogiefähigen Regel fehlt und wo der betreffenden Vorschrift der Wille des Gesetzes zu entnehmen ist, daß eine über bloße Auslegung hinausgehende Einengung oder Erweiterung nicht zulässig sein soll, es sich mithin um keine planwidrige Regelungslücke handelt.<sup>40</sup> Aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes sind noch zwei Verbote zu beachten bzw. zu rezipieren: Erstens das Rückwirkungsverbot<sup>41</sup>, das sich aus dem Gedanken der *lex praevia* ergibt; dieses Verbot gilt nicht im Fall des Völkermordes (§ 220a) und des Mordes (§ 211). Zweitens das

---

<sup>38</sup> Vgl. Robert Heuser, in: Robert Heuser/Karl-Friedrich Lenz/Haidong Li, Strafrechtsentwicklung in Japan und der VR China, Freiburg 1995, S. 184, Nr. 5.

<sup>39</sup> Die Abgrenzung zwischen der Analogie und der Auslegung liegt darin: „Auslegung bleibt noch innerhalb des durch den Tatbestand gezogenen begrifflichen Rahmens, während durch Analogie das Gesetz auf einen von diesem nicht geregelten Fall ausgedehnt wird“, dazu vgl. Albin Eser, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, op.cit., § 1 Rn. 55, auch BGH 8, 70.

<sup>40</sup> Vgl. Albin Eser, § 1 Rn. 35, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, op.cit.

<sup>41</sup> Vgl. ausführliche Literatur: K.-H.J. Hirsch, 35 vor § 32, in: Leipziger Kommentar (hrsg. von Jescheck), Berlin 1985; Albin Eser, 4 zu § 2, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, op.cit.; BVerfGE 25, 269; W. Rein, *Neue Juristische Wochenschrift* 1961, S. 2030; Walter Stree, 8 zu § 77, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, op.cit.; Im einzelnen: Albin Eser, § 2, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, a.a.O.

Verbot des zu Lasten des Täters anzuwendenden Gewohnheitsrechts<sup>42</sup>, das jedoch zivilrechtlich erlaubt sein wird.<sup>43</sup>

### 3. Irrtum

Im chinesischen StGB ist der Irrtum nicht geregelt. Im Gegensatz dazu enthalten das japanische, südkoreanische und taiwanische StGB Vorschriften des Irrtums<sup>44</sup> über Tatumstände sowie des direkten und indirekten<sup>45</sup> Verbotsirrtums sowie Irrtum über einen entschuldigenden Notstand (entsprechend: § 35 Abs. 2 DtStGB). Im 22. Entwurf des geltenden ChStGB wurde geschrieben: „Wer bei der Begehung der Tat Unrecht nicht kennt, darf nicht von der strafrechtlichen Verantwortung befreit werden; jedoch kann je nach den Umständen mit der leichten oder geminderten Strafe bestraft werden.“ Im 33. Entwurf des ChStGB wurde dieser Paragraph gestrichen mit der Begründung, daß in der Praxis der Täter dies als Ausrede nutzen könne und zudem es nicht leicht sei, das Unrechtsbewußtsein des Täters festzustellen. Der chinesische Gesetzgeber hat zwar noch keine Vorschrift über den Verbotsirrtum ähnlich § 17 StGB (Deutschland)<sup>46</sup>, § 9 StGB (Österreich) von 1975, § 17 StGB (Portugal) von 1982 eingeführt. Auch existiert kein Urteil wie das Urteil Nr. 364 des italienischen VfGH vom 24.03.1988 zu § 5 StGB (Italien)<sup>47</sup>, weil es in China kein Verfassungsgericht gibt. In der Rechtspraxis wird jedoch der Rechts- und Tatbestandsirrtum berücksichtigt mit Hilfe des § 63 Abs. 2 ChStGB: „Sind bei einem Täter zwar keine Umstände gegeben, bei welchen nach diesem Gesetz eine Strafmilderung vorgesehen ist,

<sup>42</sup> Vgl. BVerfG *Neue Juristische Wochenschrift* 86, 1672; Peter Bringewat, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 84, 595 ff.; BVerfG 07.02.1984, 2 BvR 794/83;

<sup>43</sup> Vgl. Analogie im Zivilrecht immer erlaubt, z.B. Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilrechts.

<sup>44</sup> Vgl. §§ 16, 17 deutsches StGB, §§ 20, 21 japanisches StGB, §§ 15, 16 südkoreanisches StGB.

<sup>45</sup> Auch Erlaubnisirrtum genannt, da der Täter sich nicht über die Existenz einer Verbotsnorm (§ 17 DtStGB), sondern über Existenz und Umfang (§ 17 DtStGB) sowie das Vorliegen der Voraussetzungen einer Erlaubnisnorm (§ 16 I S. 1 DtStGB- analog-) irrt.

<sup>46</sup> Diese deutsche Vorschrift ist nach der eingeschränkten Schuldtheorie ausgearbeitet.

<sup>47</sup> Vgl. Anmerkung zu § 5 (Unkenntnis des Strafgesetzes) italienisches StGB, in: *Italienisches Strafgesetzbuch \* Codice penale italiano* S. 31, Bozen 1995. Die Anmerkung lautet: „La Corte Costituzionale, con sentenza 24 marzo 1988, n. 364, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo articolo, nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile“. (Übersetzung von Dr. Roland Riz und Johanna Bosch: „Der VfGH hat durch Urteil vom 24.03.1988, Nr. 364, den Artikel 5 insoweit für verfassungswidrig erklärt, als dieser von der Unentschuldbarkeit der Unkenntnis des Strafgesetzes die unvermeidbare Unkenntnis nicht ausnimmt.“)

kann jedoch vom höchsten Volksgericht festgelegt werden, daß eine Strafe auch unterhalb des gesetzlichen Strafrahmens verhängt werden kann.“ Trotz des Fehlens dieser Regelung verkennt jedoch die chinesische Literatur und Rechtsprechung den Rechts-<sup>48</sup> und Tatbestandsirrtum<sup>49</sup> nicht. Die Irrtumslehre ist in der VR China noch nicht genug erforscht worden. Die deutsche eingeschränkte Schuldtheorie kann zur Forschung über die Rechtsirrtumslehre in der VR China beitragen.

Im übrigen sind auch der dreistufige Deliktaufbau, die eingeschränkte Schuldtheorie, der Strafzweck der Resozialisierung im Sinne des § 46 DtStGB („Das Einschließen von Menschen hat wenig Wirkung und produziert im übrigen auch wieder Kriminalität“<sup>50</sup>), das Verhältnismäßigkeitsprinzip gemäß § 46 DtStGB, die Theorie über Unterlassungsdelikte, die Theorie der Täterschaft und Teilnahme, die Trennung von Verbrechen und Vergehen (§ 12 DtStGB) es wert, rezipiert zu werden.

#### IV. Rezeption in der Praxis

Mit der Rezeption beginnt das übernommene Strafrecht ein „Eigenleben“. „Recht ist kein Stein, sondern ein Teig, an dem die mit dem Recht befaßten Akteure kneten können und müssen.“ Die Soziologen halten die Rezeption für einen sozialen Prozeß<sup>51</sup>, die Juristen betrachten sie als Gesetzgebungsverfahren bzw. „juristische Akkulturation“. Sie kann als ein „Knetprozeß“ charakterisiert werden.

Ob sich das rezipierte Gesetz<sup>52</sup> in China schnell durchsetzen kann, ist nicht national, sondern nur unter dem funktionalen Rechtsvergleichsaspekt unter Berücksichtigung der Probleme in diesem „Knetprozeß“ und dadurch auch der Zwischenlösungskonzepte herauszufinden. Da das nur internatio-

---

<sup>48</sup> Vgl. Wang Chen, in: Ma Kechang (Hrsg.), *Fanzui Tonglun* (Strafrecht Allgemeiner Teil), 1. Aufl., Wuhan 1991, S. 347-352; Wang Shizhou, in: Yang Chunxi/Yang Dunxian (Hrsg.), *Chinesisches Strafrecht*, 1. Aufl., Beijing 1994, S. 95-96.

<sup>49</sup> Vgl. Wang Chen, in: Ma Kechang (Hrsg.), *Fanzui Tonglun*, op.cit., S. 352-358; Wang Shizhou, in: Yang Chunxi/Yang Dunxian (Hrsg.), *Chinesisches Strafrecht*, op.cit., S. 94-95.

<sup>50</sup> Nicolas Becker (Interview: Julia Albrecht), *Deutscher Anwaltverein-Pressespiegel*, Nr. 43/96, S. 2.

<sup>51</sup> Vgl. E. Hirsch, *Die Rezeption fremden Rechts als sozialer Prozeß*, Festschrift für Friedrich Bülow, 1960, S. 121-137

<sup>52</sup> Der Rezeptionsprozeß wird in China auch als „Organtransfer“ betrachtet, vgl. *Law Yearbook of China* 1993, Beijing 1993, S. 919.

nal, mindestens aber zwischen zwei Staaten zu betrachten ist, kann man auch von einem „internationalen Knetprozeß“<sup>53</sup> sprechen.

Der Knetprozeß kann zwei Wege einschlagen:

- (1) Nach dem Beginn des Eigenlebens wird die deutsche Rechtsprechung und Rechtsliteratur als weiteres „Exportprodukt“ importiert, denn es fehlt unmittelbar nach dem Zeitpunkt der Rezeption in der Regel noch an entsprechender Rechtsprechung und Literatur im rezipierenden Land.
- (2) Die Auslegung des Gesetzes wird nicht an das *stare decisis* als bindende Kraft von Präjudizien wie im *common law* des angelsächsischen Rechts gebunden. Es wird keine Bindung bestehen, weder für die Zeit vor der Rezeption noch für die Zeit nach der Rechtsübernahme.

Fraglich ist jedoch, was in Hinsicht auf diese grundlegende Problematik diesen Knetprozeß am tiefsten und längsten beeinflussen kann. Nach Meinung von Max Weber unterscheiden sich die großen und modernen Rechtsordnungen nicht so sehr durch den Gehalt ihrer materiellen Rechtsnormen als vielmehr durch die Struktur der Gerichtssysteme und durch die Denkweise derjenigen, die in der jeweiligen Rechtsordnung maßgeblichen Einfluß ausüben. Das ist meines Erachtens nichts anderes als die Philosophie und Denkweise, durch die die Struktur des Gerichtssystems und der Gehalt der Rechtsnormen im tieferen Sinne beeinflußt werden kann.

Das vorrangige Interesse des chinesischen Denkens richtet sich auf Fragen der Ethik und Moral. Das Verhalten des Individuums wird stets im Rahmen allgemein gültiger Ordnungsprinzipien interpretiert, die den Bestand der Welt garantieren. In China herrscht noch das kollektive Verständnis vor, das keine universale Rechtsgleichheit kennt. Jedoch können nach Meinung von Li<sup>54</sup> Staaten nicht friedlich existieren, wenn die Welt durcheinander ist, Familien keine Sicherheit haben, wenn das Land in Unordnung ist, einzelne Familienmitglieder nicht gut leben, wenn die Familie zerstört ist. Deswegen ist das Recht des einzelnen im Vergleich zu seiner Verantwortung für die Gemeinschaft von geringerer Bedeutung als in westlichen Ländern.

---

<sup>53</sup> Im Sinne von „Universaljurisprudenz“, d.h. „nicht nur mit dem Ziel, ein global vereinheitlichtes Weltrecht zu schaffen, wie es bis zur Jahrhundertwende angestrebt wurde, sondern mit der Aufgabe, die Rechtssysteme der Welt in ihren Verschiedenheiten und Ähnlichkeiten, ihren Wechselbeziehungen und Kollisionen, ihrer sozio-kulturellen Bedingtheit und jeweiligen gesellschaftlichen Funktion zu erforschen“, vgl. Max Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, op.cit., S. 57, Fn. 22.

<sup>54</sup> Vgl. Li Zhongsheng, *Zhonghua Faxi* (Chinesisches Rechtssystem), Bd. 2, Taipei 1985 (1974), S. 787.

Bei der Analyse von Sachverhalten wird oft vom Ganzen ausgegangen und ein Ausgleich von objektiver und subjektiver Welt angestrebt. Die formale Logik findet wenig Berücksichtigung. Die westliche Philosophie geht oft vom Begriff und dem einzelnen Teil aus, die chinesische Philosophie ist oft als Lebensphilosophie bezeichnet worden, weil sie eine lebenspraktische Orientierung aufweist.

Das kollektive Verständnis der Menschenbeziehungen ist vorrangig. Somit existiert die Gesellschaftsschädlichkeit noch als Maßstab in § 13 ChStGB, und das Schuldausgleichsprinzip werden nicht sofort akzeptiert. Das Rechtssystem ist zur Zeit sehr von den praktischen wirtschaftlichen Entwicklungsbedürfnissen geprägt, die strafrechtliche Dogmatik sowie die formale Logik sind nicht gut entwickelt. Folglich wird man in China nicht unbedingt auf die dogmatische Stringenz, sondern auf die pragmatische Lösung des Einzelfalls achten. Der BT des chinesischen StGB und spezielle wirtschaftliche Normen stehen im Vordergrund.

## **V. Schluß**

Für den Rezeptionsprozeß ist m.E. zuerst eine Erforschung und die Errichtung der deutschen juristischen Fächer in chinesischen Universitäten und Rechtsinstituten notwendig, damit die chinesischen Juristen auch das deutsche Strafrecht, das als eine der besten Strafrechtswissenschaften auf der Welt bezeichnet wird, kennenlernen. Hier sind die Übersetzungen der übernommenen fremden Gesetze, Kommentare sowie Rechtsprechung von großer Bedeutung. Denn die Übersetzungstexte bzw. Schriftzeichen beeinflussen auch unsere Subsumtion und unsere Auslegung in bestimmter Weise, namentlich beim Abstraktionsgrad, bei Gleichheitsvorstellungen und der Rechtsidee. Die Unterschiede zwischen den Vorschriften des schweizerischen ZGB und jenen, die in der Türkei gelten, haben ihre einzige Ursache in Übersetzungsirrtümern. Die Übersetzung deutscher Gesetze erfordert nicht nur sprachliche sondern auch deutsche juristische Kenntnisse, da der Gehalt der Fachbegriffe in Deutschland anders ist als der der Fachbegriffe in China.

Dazu sind die Rezeptionserfahrungen in Japan, Südkorea und Taiwan unentbehrlich. Diese Rezeption muß sich zwischen dem deutschen und dem chinesischen Recht sowie den alten verwurzelten Gewohnheiten in einem weiten Lebensbereich der chinesischen Gesellschaft vollziehen. Das bringt auch eine enge Verbindung von Gerichtsverfassung und Prozeßrecht mit sich, so daß damit in dieser Rechtsreform auch den Änderungen des Prozeßrechts Grenzen gesetzt sind. Beachtlich ist jedoch, daß die innere Stim-

migkeit des Rechtssystems und die Aufhellung juristischer Sinnzusammenhänge die notwendige und auch wichtige Voraussetzung eines brauchbaren Rezeptionsprozesses und eines gerechten Lösungskonzepts sind und Rechtssicherheit auch zugleich Bestandteil der Gerechtigkeit ist. Somit muß man die juristische dogmatische Einheit beachten.

Dazu sind die Rezeptionsleistungen in Japan, Südkorea und Taiwan unentbehrlich. Diese Rezeption muß sich zwischen dem deutschen und dem chinesischen Recht sowie darüber hinaus zwischen dem deutschen und dem westlichen Rechtskreis für einseitigen, bilateralen, multilateralen oder transnationalen Austausch von Rechtsnormen und Rechtslehren und Rechtswissenschaft mit sich eine enge Verbindung von Rechtslehre und Rechtswissenschaft herstellen, so daß damit in dieser Rechtslehre zum einen das Bedingte des fremden Rechts und zum anderen die Bedingtheit des eigenen Rechts zum Ausdruck kommen. Dies ist jedoch, falls die innere Sinn-