

Daniel Leese | Michael Pawlik (Hrsg.)

Das Strafrechtssystem der Volksrepublik China

Historische Genese und aktuelle Herausforderungen



Nomos

Studien zu Recht und Rechtskultur Chinas

Herausgegeben von
Björn Ahl, Universität zu Köln

Band 7

Daniel Leese | Michael Pawlik (Hrsg.)

Das Strafrechtssystem der Volksrepublik China

Historische Genese und aktuelle Herausforderungen



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5578-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-9756-9 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung (<i>Daniel Leese/Michael Pawlik</i>)	7
Wandel von Theorie und Praxis der richterlichen Auslegung des Strafrechts im China des frühen 20. Jahrhunderts (<i>Daniel Sprick</i>)	19
Rechtsquellen und justizielle Besonderheiten des Strafrechts unter der Ägide der Regionalregierungen der Kommunistischen Partei Chinas während der Republikzeit (<i>Zhao Xiaogeng</i>)	43
Der Transfer des sowjetischen Modells in die chinesische Strafgesetzgebung der 1950er Jahre (<i>Li Xiuqing</i>)	112
Quellen des Strafrechts vor Verabschiedung des Strafgesetzbuchs in China (<i>Xu Lizhi</i>)	150
Recht und Gerechtigkeit im Gefolge der Kulturrevolution (<i>Daniel Leese</i>)	191
Das chinesische Strafrecht und die chinesische Strafrechtswissenschaft in der Ära des großen Umbruchs - Zum 20-jährigen Gedenken an den Erlass des Strafgesetzbuches von 1997 (<i>Liu Renwen</i>)	218
Chinas angespanntes Verhältnis zwischen gesellschaftlicher Entwicklung und unverhältnismäßiger Kriminalisierung im Strafrecht (<i>Zhao Shuhong</i>)	269
Das Institut der Strafbarkeitsschwelle im chinesischen Strafrecht und seine Entwicklungstendenz (<i>Wang Shizhou</i>)	295
Internetkriminalität als Herausforderung für das chinesische Strafrecht (<i>Jiang Su</i>)	323
Entwurf und Farben: Besonderheiten des chinesischen Strafgesetzbuchs (<i>Shi Yan'an</i>)	351
Literaturverzeichnis	383

Einleitung

Der vorliegende Sammelband ist das Ergebnis einer wissenschaftlichen Konferenz über die Besonderheiten des chinesischen Strafrechtssystems, die im Dezember 2017 an der Universität Freiburg stattfand. In Anbetracht der stetig enger werdenden Beziehungen zwischen der Volksrepublik China und Deutschland war es das Ziel der Veranstaltung, einige grundlegende Fragen hinsichtlich der historischen Wurzeln sowie spezifischer Entwicklungen des chinesischen Strafrechts zu diskutieren. Um sowohl der rechtshistorischen wie der strafrechtsdogmatischen Dimension der Thematik gerecht zu werden, haben sich das Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht (Abteilung 1) sowie das Institut für Sinologie der Universität Freiburg in der Vorbereitung der Konferenz zusammengetan, um mit ihrer jeweiligen Expertise Spezialistinnen und Spezialisten für die gewünschten Themenkomplexe zu finden.

Zu unserer großen Freude ist es uns gelungen, eine Vielzahl renommierter chinesischer Kolleginnen und Kollegen für einen Beitrag zu gewinnen. Anhand einiger Leitfragen und der Vorgabe von Themenkomplexen haben wir uns bemüht, den Bezug zwischen den einzelnen Beiträgen zu stärken. Zu den Themen, auf die wir im Bereich der Rechtsgeschichte besonderes Augenmerk gelegt haben, zählen Fragen nach der Kontinuität traditioneller chinesischer Rechtsvorstellungen, nach Neuentwicklungen und Rechtstransfers während der Republikzeit sowie hinsichtlich der spezifischen Bedeutung des sowjetischen Strafrechts für die frühe Volksrepublik China. Hierbei haben wir die Autorinnen und Autoren stets auch gebeten, die Rechtsquellen der jeweiligen Zeit zu reflektieren, was sich insbesondere im Fall der frühen Volksrepublik China als ein überaus komplexes Unterfangen darstellte. Der rechtshistorische Teil wird ergänzt durch zwei Beiträge deutscher Sinologen mit Arbeitsschwerpunkten im Bereich des chinesischen Rechts. Was die aktuellen Herausforderungen an das chinesische Strafrecht anbetrifft, so zählen zu den Kernthemen, die wir als Herausgeber den Beiträgern ans Herz legten, die Frage nach der Rolle des Strafrechts in der sozialen Ordnungspolitik des Staates, das Aufkommen neuer Problemfelder im Bereich der Internetkriminalität und das Zusammenspiel von Politik und Justiz in der Definition der gesellschaftlichen Rolle, die dem Strafrecht zugedacht wird.

Die Beiträge geben einen Überblick über die lebhaften Debatten innerhalb der rechtswissenschaftlichen Kreise in der Volksrepublik China. So finden sich in einigen Fällen durchaus konträre Einschätzungen, wie mit konkreten Herausforderungen an das chinesische Strafrecht umgegangen

werden soll. Diese Einblicke ermöglichen es, die Meinungsvielfalt im Bereich der chinesischen Strafrechtswissenschaft besser einzuschätzen. Dies ist vor allem deshalb hervorzuheben, weil es in den letzten Jahren in der Volksrepublik China, insbesondere im Bereich der Geistes- und Sozialwissenschaften, zu einer eher restriktiven Entwicklung gekommen ist, die einer Politisierung von Forschungsfragen Vorschub geleistet hat. Das Anliegen des Bandes ist jedoch keine Kritik aktueller chinesischer wissenschaftspolitischer und gesellschaftlicher Entwicklungen, sondern besteht vielmehr darin, einem breiten Leserkreis in Deutschland, sowohl Juristen als auch anderen Interessierten, Einblicke in chinesische Diskussionen über Grund- und Einzelfragen des Strafrechts zu gewähren.

Der Band beginnt mit einem Beitrag von Daniel Sprick (Universität zu Köln) zum Thema „Wandel von Theorie und Praxis der richterlichen Auslegung des Strafrechts im China des frühen 20. Jahrhunderts“. Nach einer knappen Einführung in Theorien des Rechtstransfers gilt sein Interesse insbesondere der Frage nach dem Wandel der chinesischen Rechtsauslegung zwischen der ausgehenden Kaiserzeit und der Etablierung eines neuen Strafgesetzbuches durch die Nationale Volkspartei Chinas (国民党) im Jahr 1928. Er zeigt anhand der wichtigsten Rechtsetzungsunternehmungen im Bereich des Strafrechts dieser Jahre die vielfältigen Einflüsse, die insbesondere aus Deutschland und Frankreich, oftmals über den Umweg der japanischen Rezeption, auf die chinesische Spruchpraxis einwirkten. Da das spätkaiserzeitliche Strafrecht zwar über eine Tradition kodifizierten Rechts verfügte, nicht aber über eine eigene Methodenlehre, erfolgte der Transfer kontinentaleuropäischer Auslegungslehren weitgehend konfliktfrei, allerdings lange Zeit nur in bruchstückhafter Form sowie in Abhängigkeit von den subjektiven Erfahrungen im Ausland ausgebildeter oder von ausländischen Theorien beeinflusster chinesischer Juristen.

Sehr anschaulich stellt Daniel Sprick die Grundlagen klassischer chinesischer Strafrechtspraxis dar. Demzufolge bestand das Ideal des Richters in seiner Funktion als Sprachrohr des kaiserlichen Strafbefehls. Gleichzeitig spielte jedoch auch die Orientierung an konfuzianischen Moralvorstellungen von Ausgleich, Rücksichtnahme und der Einbeziehung gesellschaftlicher Folgewirkungen eine wichtige Rolle. Mit der Gründung des *Daliyuan* als Oberstem Gerichtshof veränderte sich diese Rolle schrittweise. Am konkreten Beispiel der Notwehr zeigt Daniel Sprick den Wandel in der Auslegungspraxis und den Beginn einer Methodenbildung durch das *Daliyuan* auf, der jedoch nicht zuletzt aufgrund der massiven politischen Einflussnahme der Regierung von begrenztem Umfang blieb. Abschließend werden Entwicklungen in der damaligen chinesischen Rechtswissen-

schaft diskutiert, aber auch hier kam es erst in den 1930er Jahren zu systematischen Versuchen, eine Methodenlehre zu entwickeln.

Das Kapitel von Zhao Xiaogeng (Volksuniversität Beijing) schließt zeitlich unmittelbar an, legt den Schwerpunkt aber auf die Rechtsetzung und Spruchpraxis in den Stützpunktgebieten der Kommunistischen Partei Chinas in den 1930er und 1940er Jahren. Unter dem Titel „Rechtsquellen und justizielle Besonderheiten des Strafrechts unter der Ägide der Regionalregierungen der Kommunistischen Partei Chinas während der Republikzeit“ behandelt Zhao Xiaogeng zunächst die komplexe Frage der Rechtsquellen in einem stark politisierten Kontext. Im Anschluss liefert er einen sehr hilfreichen Überblick über Trends und Schwerpunkte der chinesischen Forschung zu den Stützpunktgebieten und stellt heraus, dass die dortige Spruchpraxis bislang kaum untersucht worden ist, was nicht zuletzt auch am schlechten Zugang zu archivalischem Material liegt.

Der Hauptteil des vergleichsweise langen Kapitels liegt auf dem Verhältnis von öffentlicher Meinung (民意) und Justizverfahren in den kommunistisch regierten Gebieten. Zhao Xiaogeng unterscheidet hierfür drei unterschiedliche Phasen. Zur Zeit der Sowjetgebiete in den frühen 1930er Jahren wurde die Justizarbeit im Zuge der Einkreisung der Sowjets durch die Guomindang zunehmend von einer populistischen Massenjustiz durchdrungen und sogar die Hinrichtung von vermeintlichen Verrätern durch die Massen ohne jegliches Verfahren genehmigt. Während der Zeit des Widerstandskriegs gegen Japan blieben diese Einflüsse zunächst prägend, allerdings entwickelte sich in den frühen 1940er Jahren ein innerparteilicher Disput über die Rolle der Justiz. Kurzfristig kam es daher in den Jahren 1942 und 1943 zu einer Standardisierung der Verfahren, bevor der Einfluss der Massenlinie erneut dominant wurde. Aber auch neue Entwicklungen wurden sichtbar, die den Einfluss der öffentlichen Meinung auf die Gerichtsarbeit etwa durch Schlichtungsverfahren in Zivilsachen durch öffentliche Verhandlungen sicherstellten. In der dritten Phase, dem chinesischen Bürgerkrieg zwischen 1946 und 1949, kam insbesondere den Volkstribunalen große Bedeutung zu. Diese dienten allerdings zumeist eher der Steuerung von Massenemotionen als einem geordneten Verfahrensablauf. Das Kapitel endet mit einem Überblick über die Schwierigkeiten, archivalische Quellen zu diesen Themen für Forschung und Lehre zu erschließen. Zhao Xiaogeng gibt überdies einen Überblick über wichtige Institutionen, die im Bereich der Rechtsgeschichte zu diesen Themen arbeiten und greift terminologische Schwierigkeiten auf, etwa hinsichtlich der Bedeutung von Präzedenzfällen im chinesischen Strafrecht.

Während im vorigen Beitrag vor allem innerchinesische Rechtsentwicklungen diskutiert werden, setzt sich Li Xiuqing (Ostchinesische Universität für Politik und Recht, Shanghai) in ihrem Artikel „Der Transfer des sowjetischen Modells in die chinesische Strafgesetzgebung der 1950er Jahre“ mit internationalen Einflüssen auseinander. Ihr Augenmerk gilt dabei insbesondere dem Vorbild der Sowjetunion für die Ausgestaltung grundlegender Strafrechtsnormen in der frühen Volksrepublik China. Aufgrund der Ähnlichkeiten des politischen Systems sowie der ideologischen Grundüberzeugungen betonte die Führung der Kommunistischen Partei Chinas in den frühen 1950er Jahren die Notwendigkeit, auch im Bereich des Strafrechts vom sowjetischen Vorbild zu lernen. Sowjetische Berater, die Ausbildung chinesischer Studierender und die Übersetzung zahlreicher Lehrwerke spielten eine wichtige Rolle im Rahmen des Transfers. Dieser Rechtstransfer erfolgte Li Xiuqing zufolge jedoch durchaus selektiv, was sich etwa daran zeigte, dass die chinesische Seite vor allem Schriftgut aus der Frühphase der Sowjetunion rezipierte, da dieser Zeitraum dem chinesischen Entwicklungsstadium am ehesten angemessen erschien.

Der sowjetische Einfluss zeigte sich unter anderem darin, dass der Klassencharakter der Strafjustiz wie auch des Rechts allgemein besonders herausgestellt wurde. Während demnach bourgeoise Rechtstheoretiker die Funktion des Rechts als Waffe der herrschenden Klasse zu verschleiern trachteten, betonten sozialistische Rechtstheorien diese Ansicht offensiv. Das Konzept der Straftat wurde gleichermaßen substantiell gefasst, nämlich als Form des Angriffs gegen die demokratische Diktatur des Volkes. Das Verbrechen hatte demzufolge einen Klassencharakter und bestand im Sozialismus nur wegen der andauernden Existenz des Kapitalismus außerhalb der eigenen Grenzen fort sowie aufgrund kleinbürgerlicher ideologischer Überreste innerhalb des Staates, die es durch Strafe und Umerziehung auszulöschen galt.

Hinsichtlich der Strafrechtsprinzipien zeigt Liu Xiuqing anhand zahlreicher Gesetzgebungsentwürfe den sowjetischen Einfluss auf die chinesischen Konzepte auf. Wie die frühe Sowjetunion lehnte auch die VR China das Gesetzlichkeitsprinzip ab und betonte stattdessen Analogie und rückwirkende Anwendbarkeit von Strafnormen als zentrale Pfeiler des sozialistischen Strafrechts. In der konkreten Rechtspraxis spielten der Schutz des öffentlichen Eigentums und das rigide Vorgehen gegen Spekulation eine bedeutende Rolle. Li Xiuqing kommt daher zu dem Urteil, dass das sowjetische Vorbild einen prägenden Einfluss auf das chinesische Strafrecht hatte, insbesondere während der 1950er und 1960er Jahre. Aber auch

das Strafgesetzbuch von 1979 wies noch viele Einflüsse auf, die erst mit der Reform des Jahres 1997 beendet wurden.

Im vierten Kapitel wagt Xu Lizhi (Rechtswissenschaftliches Institut der Chinesischen Akademie für Sozialwissenschaften, Beijing) erstmalig den Versuch, die Rechtsquellen der frühen Volksrepublik China in systematischer Weise zu erschließen. Auch wenn der fundamentale Einfluss der Sowjetunion auf das chinesische Strafrecht außer Frage steht, war die konkrete Ausgestaltung der Rechtsquellen eine äußerst komplexe Angelegenheit. Vor Verabschiedung des Strafgesetzbuches von 1979 existierte kein klar abgegrenztes Gesetzgebungsverfahren, auch wenn es insbesondere zur Zeit des Achten Parteitags im Jahr 1956 zu Ansätzen einer Standardisierung kam, die jedoch schon im Folgejahr wieder aufgegeben wurden. Der Anspruch an die Rechtsquellen war daher gering. Auch Reden politischer Führer und sogar Zeitungsartikel konnten phasenweise den Rang von Rechtsquellen erlangen.

Eine grundlegende Überzeugung der politischen Führung in den ersten drei Jahrzehnten der Volksrepublik bestand darin, Gesetze als das Ergebnis eines Prozesses akkumulierter Erfahrungen der Volksjustiz zu begreifen. Recht hatte sich an die jeweiligen politischen Bedingungen anzupassen, daher brachte jeder politische Kurswechsel die Notwendigkeit neuer Bestimmungen im Strafrecht mit sich. Es entwickelte sich ein komplexes System politisch dominierter Rechtsquellen, in welchem das fehlende Strafgesetzbuch durch politische Bestimmungen auf unterschiedlichen staatlichen Verwaltungsebenen sowie durch einige wenige gesamtstaatliche Strafrechtsnormen wie die „Bestimmungen der Volksrepublik China zur Bestrafung der Konterrevolution“ aus dem Jahr 1951 kompensiert wurde. Die Entstehungsbedingungen waren dabei keineswegs planvoll, sondern situativ-kontingent, und sie lassen sich daher nur vor dem Hintergrund der konkreten politischen Ereignisse verstehen.

Anhang einer Unterscheidung verschiedener administrativer Ebenen erschließt Xu Lizhi den Entstehungskontext strafrechtlicher Bestimmungen in der frühen Volksrepublik China. Neben rechtsetzenden Dokumenten zentraler Akteure wie etwa des Staatsrats oder des Obersten Gerichts stellt er auch die Bedeutung von Repliken dieser Institutionen auf Anfragen von Behörden auf unteren Ebenen heraus, die zumeist vergleichsweise konkrete Hinweise für die Auslegungspraxis lieferten. Aber auch unterhalb der gesamtstaatlichen Verwaltungsebenen, etwa in den Provinzen oder den bis 1954 existierenden Großregionen, wurden Dokumente erlassen, denen Rechtsquellenstatus zugeschrieben wurde. Dies betraf zumeist die konkrete Implementierung nationaler Vorgaben. In einigen Bereichen ergänz-

ten lokale Vorgaben allerdings auch bestehende politische Normen und schlossen Lücken in der Auslegung. Nicht zuletzt zeigt die Spruchpraxis in den autonomen Regionen der nationalen Minderheiten, dass hier zumindest in den 1950er Jahren erhebliche Rücksicht auf lokale Rechtstraditionen genommen wurde. Insgesamt blieb der Primat politischer Richtlinien in diesem Zeitraum dominant und sorgte dafür, dass dem Recht eine instrumentelle Funktion im Rahmen der Machtkonsolidierung der neuen Parteiorgane und der von ihr favorisierten Gesellschaftsordnung zukam.

Im fünften Kapitel geht Daniel Leese (Universität Freiburg) der Frage nach, auf welche Weise die Kommunistische Partei Chinas sich mit dem Erbe von Unrechtsfällen aus der Phase der maoistischen Massenkampagnen nach dem Tod des „Großen Steuermanns“ im Jahr 1976 auseinandersetzte. Nach einer knappen Kontextualisierung der Ereignisse im Rahmen anderer Versuche, unter kommunistischer Parteiherrschaft begangenes Unrecht durch die jeweilige Partei selbst aufzuarbeiten, widmet sich der Beitrag zunächst einer Bestandsaufnahme der Fälle, die als Justizirrtum bewertet wurden, sowie den Entwicklungen der Kulturrevolution, welche den unmittelbaren Anlass für die Fallrevisionen lieferten. Hierbei wird insbesondere darauf verwiesen, dass nicht durch Rotgardisten oder Rebellen ausgeübte Mobgewalt für die meisten Opfer verantwortlich war, sondern dass staatliche Akteure wie Milizen, Militäreinheiten oder Parteikader als Täter deutlich überrepräsentiert sind, was bis heute durch die Regierung tabuisiert wird.

Im zweiten Teil beschäftigt sich das Kapitel insbesondere mit dem politischen Revisionsprozess, durch welchen eine Überprüfung von Altfällen überhaupt erst möglich wurde. Von besonderem Interesse sind dabei die konzeptionelle Definition der Unrechtsfälle als „ungerechte, falsche und fehlerhafte Urteile“ und die Schwierigkeiten, denen sich Gerichtshöfe bei der Umsetzung der vagen Vorgaben der Parteizentrale gegenübersehen. Revisionen waren zunächst nur dann möglich, wenn Kritik an Mitgliedern der Viererbande der einzige Grund für eine Verurteilung gewesen war. Langsam weitete sich das Spektrum auch auf eine Vielzahl von anderen Gründen aus. Auch die Rolle von Mao Zedongs Nachfolger Hua Guofeng wird näher untersucht, dessen konzilianter Regierungsstil überhaupt erst eine kritische Haltung gegenüber den Geschehnissen der Vergangenheit ermöglichte.

Im letzten Teil werden die Motive der Parteiführung und insbesondere die Rolle Deng Xiaopings analysiert, mittels strafrechtlicher und anderer administrativer Verfahren einen Schlussstrich unter die revolutionäre Epoche der Partei ziehen zu wollen. Deng propagierte demokratische Verfah-

rensweisen innerhalb der Partei und sozialistische Gesetzlichkeit in der Gesellschaft, um das Erbe von Willkür und politischer Verfolgung zu überwinden. Aber letztlich blieben der Erhalt der Parteidiktatur und die Bewahrung sozialer Stabilität als Grundlage für eine wirtschaftliche Modernisierung der Partei seine zentralen Anliegen. Täterverfolgungen wurden selektiv durchgeführt und öffentliche Debatten über die Ursachen der Unrechtsfälle unterbunden. Doch trotz aller politischen Einflussnahme kam es zu erheblichen gesellschaftlichen Veränderungen, die weite Teile der Bevölkerung besserstellten.

Die zweite Hälfte des Buches, die sich vor allem mit Fragen nach Herausforderungen des chinesischen Strafrechts in der Gegenwart beschäftigt, beginnt mit einem Beitrag von Liu Renwen (Rechtswissenschaftliches Institut der Chinesischen Akademie für Sozialwissenschaften, Beijing) mit dem Titel „Das chinesische Strafrecht und die chinesische Strafrechtswissenschaft in der Ära des großen Umbruchs – Zum 20-jährigen Gedenken an den Erlass des Strafgesetzbuches von 1997“. Der Beitrag betont die Bedeutung des revidierten Strafgesetzbuchs für die Ausbildung eines neuen, chinesisch geprägten Rechtsdiskurses in der Volksrepublik und für Fortschritte in Richtung Rechtsstaatlichkeit. Zunächst gibt er einen inhaltlichen Überblick über die zehn Änderungen des Strafrechts in den vergangenen 20 Jahren sowie über die dreizehn legislativen Interpretationen durch den Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses. Im Anschluss präsentiert Liu Renwen vier zentrale Bereiche, in denen die strafrechtlichen Reformen besonders augenfällig sind. Hierzu zählt die Reduktion der Todesstrafe, sowohl durch die Verringerung der mit Todesstrafe sanktionierten Straftatbestände als auch durch die Zentralisierung der letztinstanzlichen Genehmigung der Todesstrafe durch den Obersten Volksgerichtshof. Weitere Themen sind die Abschaffung des Systems der Umerziehung durch Arbeit, verschärfte Anti-Terrorismus-Maßnahmen und die Wiedereinführung von Amnestien durch die Staatsführung im Jahr 2015.

Der dritte Schwerpunkt des Beitrags liegt auf drei Kernbereichen der strafrechtlichen Entwicklung. So beschreibt er einen allmählichen Wandel von der Politik des „Hart Zuschlagens“ hin zu einer Verbindung von Milde und Härte. Einen weiteren wichtigen Bereich des Wandels sieht der Autor im Bereich der Justizialisierung staatlicher Zwangsmaßnahmen, etwa durch die Überführung der „Korrektur durch Gemeinschaftsarbeit“ aus dem Bereich der Organe für Öffentliche Sicherheit in das Strafrecht. Schließlich verweist Liu Renwen auf die wachsende Bedeutung sozialer Ordnungspolitik, insbesondere im Bereich eines präventiven Strafrechts.

Als Beispiele führt er etwa gesetzlich ermöglichte Zwangseinweisungen von Drogenabhängigen, Prostituierten oder straffälligen Minderjährigen an und betont, dass die Separierung dieser Gruppen von der Gesellschaft gerade zur Wahrung der Menschenrechte beitrage. In seinem Fazit fordert Liu eine weitere Sinisierung und Modernisierung des chinesischen Strafrechts, welches idealiter von einer grundständigen chinesischen Strafrechtswissenschaft und Methodenlehre begleitet werden solle.

Die kontrastierende Lektüre von Liu Renwens Artikel mit Zhao Shuhongs (Pädagogische Universität Beijing) Beitrag „Chinas angespanntes Verhältnis zwischen gesellschaftlicher Entwicklung und unverhältnismäßiger Kriminalisierung im Strafrecht“ zeigt die Vielfältigkeit der aktuellen chinesischen Strafrechtsdiskussion auf. Zhao Shuhong geht den Gründen für den schlechten Ruf nach, den das Strafrecht in China genießt. Dieser sei insbesondere deshalb entstanden, weil dem chinesischen Strafrecht die Beschränkung und sogar der Entzug von Bürgerrechten vorgeworfen werde. Kritisch betrachtet er insbesondere die vom chinesischen Gesetzgeber betriebene, immer weiter ausgreifende Kriminalisierung. So zeige die Analyse der in den letzten Jahren neu in das chinesische Strafgesetzbuch eingefügten Tatbestände, dass die Anzahl der Straftatbestände, die für die Strafbarkeit bereits an bloße Gefährdungen oder die Vornahme bestimmter Handlung anknüpfen, signifikant angestiegen sei. Außerdem enthalte das chinesische Strafrecht mehrere Generalklauseln, die den Strafbarkeitsumfang erheblich erweiterten und als Auffangtatbestände dienten.

Verantwortlich für diese Tendenz ist aus der Sicht Zhao Shuhongs in erster Linie die Instrumentalisierung des Strafrechts zur Regulierung sozialer Probleme von Seiten der Kommunistischen Partei und des Staats, die sich angesichts der raschen Transformation der chinesischen Gesellschaft großem Druck ausgesetzt sähen, die Sicherheit der Bürger zu gewährleisten. Dabei erscheine ihnen das Strafrecht als geeignetes und leicht verfügbares Mittel.

Richtigerweise soll das Strafrecht nach der Überzeugung Zhao Shuhongs demgegenüber erst als *Ultima Ratio* in Betracht kommen. Der chinesische Gesetzgeber müsse der Subsidiarität des Strafrechts sowie den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Angemessenheit Rechnung tragen. Die übermäßige Kriminalisierung habe, zumindest im Wirtschaftsleben, keine Begrenzung der entstehenden Schäden bewirken können. Darum solle sich das Strafrecht, insbesondere auf dem Gebiet der Wirtschaft, soweit wie möglich in die zweite Reihe zurückziehen und im Fall einer Intervention Fehlverhalten zurückhaltend sanktionieren, um die Dynamik der wirtschaftlichen Entwicklung nicht zu stark zu hemmen. Durch die

Entwicklung der letzten Jahre und die Instrumentalisierung des Strafrechts zur Lösung gesellschaftlicher Probleme seien darüber hinaus nicht-strafrechtliche Alternativen zur Lösung gesellschaftlicher Konflikte vernachlässigt worden.

Wang Shizhou (Peking Universität) setzt sich in seinem Beitrag „Das Institut der Strafbarkeitsschwelle im chinesischen Strafrecht und seine Entwicklungstendenz“ mit den konkreten Voraussetzungen für die Verfolgung von strafbarem Verhalten und den Grenzen strafrechtlicher Verantwortlichkeit von Personen in der chinesischen Gerichtspraxis auseinander. „Strafbarkeitsschwelle“ meint dabei den Anfangspunkt strafrechtlicher Verantwortlichkeit in Bezug auf einen Straftatbestand. Je niedriger dieser Anfangspunkt angesetzt wird, desto weniger Voraussetzungen müssen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer Person erfüllt sein und desto plastischer ist für die Bevölkerung die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens.

Wang Shizhou stellt die unterschiedlichen Strafbarkeitsschwellen in den jeweiligen Straftatbeständen dar und analysiert deren Veränderung. Lange Zeit sei die Strafbarkeitsschwelle im chinesischen Strafrecht sehr hoch angesetzt gewesen. Wegen des damit verbundenen weiten Ermessensspielraums habe dies die Gefahr von Korruption in der Justiz und in staatlichen Organen wie der Polizei begründet. Nach einer Reform des Strafrechts im Jahre 1997 sei eine Absenkung der Strafbarkeitsschwelle erfolgt; so sei etwa die als solche zuvor nicht strafbare Trunkenheit im Verkehr mit der Reform des Strafrechts zu einem Straftatbestand ausgestaltet worden.

Sodann arbeitet Wang Shizhou die problematischen Konsequenzen einer Herabsetzung der Strafbarkeitsschwelle heraus. Diese lägen namentlich in der höheren Arbeitsbelastung für die Gerichte, im Anstieg der Anzahl inhaftierter Straftäter und in der damit verbundenen Überlastung der Strafvollzugsanstalten. Eine Lösung oder doch jedenfalls Entschärfung dieser Probleme kann nach der Überzeugung Wang Shizhous durch die Reform des Strafprozessrechts und die Errichtung von Gerichten für Bagatelldelikte erreicht werden.

Einen weiteren wichtigen Themenkomplex eröffnet das folgende Kapitel. Durch die rasante Entwicklung vor allem im Bereich der Informationstechnologie wird das chinesische Straf- und Strafprozessrecht vor viele neue Fragen gestellt. Damit beschäftigt sich Jiang Su (Peking Universität) in seinem Beitrag „Internetkriminalität als Herausforderung für das chinesische Strafrecht“. In den letzten 20 Jahren hat das Internet jeden Bereich der Gesellschaft durchdrungen und ist ein nicht mehr wegzudenkender

Bestandteil des menschlichen Lebens und der Berufswelt geworden. Zugleich hat es sich zu einem Schwerpunkt kriminellen Verhaltens entwickelt. Wie Jiang Su darlegt, machen Internetstraftaten in China bereits ein Drittel aller erfassten Straftaten aus. Verglichen mit konventioneller Kriminalität seien Internetstraftaten durch die Anonymität der Täter und durch meist besonders intelligentes und transnationales Vorgehen geprägt. Häufig operierten die Täter zudem aus dem Verborgenen.

Jiang Su setzt sich mit den drei Arten von Internetstraftaten in China auseinander: Straftaten mit dem Internet als „Kriminalitätsobjekt“, als „Kriminalitätswerkzeug“ und als „Kriminalitätsraum“. Zwar habe der chinesische Gesetzgeber etwa durch das Internetsicherheitsgesetz und die Reform des geltenden Strafrechts bereits einen grundsätzlichen Rahmen für die Bekämpfung von Internetkriminalität geschaffen. Allerdings müsse das Strafrecht auch weiterhin kontinuierlich fortentwickelt werden, um es zu befähigen, angemessen auf das Fortschreiten der technischen Entwicklung bezüglich der Internetstraftaten zu reagieren. Voraussetzung dafür sei es vor allem, ein „Internetdenken“ zu etablieren, das sich nicht damit begnüge, das traditionelle Straf- und Strafprozessrecht schablonenhaft zu übernehmen, sondern die Besonderheiten des Internets in die Gesetzgebung miteinbeziehe. Ein besonderes Gewicht komme zur wirksamen Bekämpfung transnationaler Internetkriminalität zudem einer verstärkten internationalen Zusammenarbeit zu.

Den Abschluss bildet der Beitrag „Entwurf und Farben: Besonderheiten des chinesischen Strafgesetzbuchs“ von Shi Yan’an (Volksuniversität Beijing). Hierin analysiert er einige der grundlegenden Charakteristika des chinesischen Strafgesetzbuchs und deren Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte. Er skizziert das chinesische Strafgesetzsdenken anhand dreier Farben, Rot, Gelb und Blau. Rot steht für die Ideologie, Gelb für den Einfluss der traditionellen Rechtskultur und Blau für die Weiterentwicklung bestehender und die Schaffung neuer Straftatbestände. Hierdurch werden zahlreiche Diskussionsstränge des Bandes noch einmal gelungen zusammengeführt.

Wie Shi Yan’an darlegt, gab China mit dem Ende der Qing-Dynastie sein traditionelles Rechtsmodell auf und orientierte sich am Rechtssystem westlicher Staaten. Seit den 1950er Jahren bis heute sei das chinesische Strafrecht stark vom sowjetischen Modell geprägt gewesen. Mittlerweile gebe es jedoch auch eine Reihe von Wissenschaftlern, die die deutsch-japanische Strafrechtstheorie bevorzugten. Dessen ungeachtet enthalte das chinesische Strafgesetzbuch bis heute einige Besonderheiten wie bei-

spielsweise Artikel, die die Grundlagen des politischen und rechtlichen Systems und dessen fundamentale Ideologie spiegeln.

Shi Yan'an erläutert sodann die dem chinesischen Strafgesetzbuch zugrundeliegende Ideologie. Auch wenn er auf wissenschaftliche Strömungen hinweist, die das Strafgesetzbuch völlig frei von einer solchen Ideologie gestalten wollen, lässt er keinen Zweifel daran, dass in der Praxis das sozialistische System nach wie vor den Ausgangspunkt und das Fundament aller anderen Gesetze darstelle. Es bestehe zwar eine grundsätzliche Bereitschaft des Gesetzgebers, das Strafrecht innerhalb des gegebenen Rahmens zu reformieren. Diese Reformziele in vielen Fällen jedoch nicht auf eine Entkriminalisierung; vielmehr sei die neuere chinesische Gesetzgebung eher dadurch gekennzeichnet, dass sie unter Verweis auf andere Rechtsordnungen und internationale Verträge neue Straftatbestände schaffe. Nach Shi Yan'ans Auffassung sollte deshalb nach Lösungsansätzen gesucht werden, die einer übermäßigen Kriminalisierung entgegenwirken.

Die Konferenz wäre ohne die großzügige Unterstützung des Auswärtigen Amtes, des Deutschen Akademischen Austauschdienstes, des Europäischen Forschungsrates (ERC) und des Konfuzius-Instituts an der Universität Freiburg nicht möglich gewesen. Ihnen allen gilt unser herzlicher Dank. Gleiches gilt für die Kollegen Prof. Dr. Björn Ahl (Köln), Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Wolfgang Frisch (Freiburg), Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser (Bonn) und die durch ihre Kommentare erheblich zum Gelingen der Konferenz beitragen. Auch die chinesischen und taiwanischen Doktorandinnen und Doktoranden am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht (Abteilung 1), Huang Yuzhou, Peng Wen-Mao, Tang Peifeng und Zhao Xueshuang, die während der Konferenz das Dolmetschen der Fragen und Antworten übernahmen, leisteten einen unverzichtbaren Beitrag. Ein besonderer Dank gilt Dr. Daniel Sprick, der entscheidende Unterstützung bei der Auswahl qualifizierter Übersetzerinnen und Übersetzer leistete, welche die chinesischen Beiträge im Vorfeld der Konferenz ins Deutsche übersetzten. Die Übersetzungsarbeit komplexer Rechtstexte, insbesondere auch rechtshistorischer Texte, ist keine leichte Aufgabe. Unser Dank gilt daher Lucas Brang, Jasper Habicht, Alexandra Kaiser, Hanna Kilchsperger, Hannah Klöver, Tabea Mühlbach, Marco Otten und Dr. Daniel Sprick selbst. Hervorragende Unterstützung in der Fertigstellung des Bandes erhielten wir von Lucas Brang, der die teils sehr umfangreichen Überarbeitungen der Autorinnen und Autoren in die Texte einarbeitete und dessen sprachliche Genauigkeit den Übersetzungen sehr zugute kam. Gleiches gilt für Tabea Mühlbach, welche das Literaturverzeichnis druckreif gestaltete, fehlende Angaben nachrecherchierte und auch an-

Einleitung

sonsten auf vielfältige Unstimmigkeiten hinwies. Nicht zuletzt sei Frau Iryna Burd und Herrn Baigulahu Wang gedankt, welche die reibungslose Organisation der Konferenz verantworteten.

Wir hoffen, dass die Beiträge des Bandes sowohl für Juristen, Sinologen als auch für eine breitere Öffentlichkeit interessante Einblicke in die Genese des chinesischen Strafrechtssystems und seine historischen wie aktuellen Besonderheiten liefern. Schließlich ist es ein Verständnis für den spezifischen kulturellen, politischen und historischen Kontext, das einen über die Behandlung technischer Einzelfragen hinausgehenden Dialog zwischen Vertretern unterschiedlicher Rechtssysteme überhaupt erst ermöglicht.

Freiburg im April 2019

Daniel Leese und Michael Pawlik

Wandel von Theorie und Praxis der richterlichen Auslegung des Strafrechts im China des frühen 20. Jahrhunderts

Daniel Sprick*

1. Einleitung

Das 20. Jahrhundert brachte für China eine Vielzahl politischer und gesellschaftlicher Transformationen mit sich, in deren Kielwasser auch das Recht und dessen Anwendung mannigfaltigen Veränderungen unterlagen. Das Strafrecht als grundlegendes Bindeglied zwischen staatlicher Autorität und gesellschaftlicher Moral war in dieser Zeit besonders empfänglich für Verwerfungen und Umformungen einer tiefgreifenden Modernisierung. Tradierte Richtigkeitsvorstellungen von politischer Ordnung und sozialem Gefüge wurden durch den Untergang der letzten kaiserlichen Dynastie und das Entstehen eines republikanischen Systems sowie einer tiefgreifenden intellektuellen Erneuerungsbewegung herausgefordert und als obsolet erachtet. Das Strafrecht und dessen fortgesetzte Reformierung waren in dieser Umwälzung nicht nur eine Begleiterscheinung politischer Neuerung, sondern ein zentrales Forum für das Ringen um eine neue Ordnung Chinas. In diesem Beitrag widme ich mich der Entwicklung des Strafrechts vom Ende der kaiserlichen Qing-Regierung und dem Beginn des republikanischen China rund um das Jahr 1911 bis zum Erlass des Strafgesetzbuches von 1928 zu Beginn der sogenannten Nanjing-Dekade unter der *Guomindang* (GMD). Diese Phase zeichnet sich durch ungemein tatkräftige und – in Anbetracht der politischen Wirren dieser Zeit – überraschend beständige Gesetzgebungsaktivitäten und Justizreformen aus, die das chinesische Recht nachhaltig prägten.¹ Der Fokus soll an dieser Stelle

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Sinologie der Universität zu Köln.

1 Vgl. hierzu allgemein z.B. Robert Heuser, Grundriss der Geschichte und Modernisierung des chinesischen Rechts, 2013; Xu Xiaqun, Trial of Modernity. Judicial Reform in Early Twentieth-Century China, 1901–1937, 2008. Zeitgenössisch: Jean Escarra, Le Droit Chinois, 1936; Martinus Meijer, The Intro-

jedoch nicht auf der Rechtsetzung sondern auf der Rechtsprechung liegen. So soll die hier behandelte Forschungsfrage sein, wie das umfassend neugestaltete Recht nutzbar gemacht wurde für die Rechtsanwendung. Oder anders: Wie hat das neue Recht die Auslegung des Rechts verändert?

Um die Relevanz dieser Frage herauszuarbeiten, werde ich zunächst einen kursorischen Abriss der wichtigsten Rechtsetzungsunterfängen dieser Zeit geben, wobei ich mich auf das Strafrecht beschränken werde. In der Folge möchte ich kurz die Praxis der Rechtsanwendung im kaiserlichen China darlegen, um zu verdeutlichen, dass eine methodische Auseinandersetzung mit gesetztem Recht einerseits keine Neuerung für China darstellte, dass methodische Rechtsauslegungsarbeit im engeren Sinne für den Richter im traditionellen China jedoch nicht zum Berufsalltag gehörte. Ich werde dann die mit den Rechts- und Justizreformen seit 1906 notwendig gewordene justizielle Auslegungspraxis exemplarisch darstellen. Zu diesem Zweck werde ich die höchst auslegungsbedürftige und neu im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches eingeführte Notwehr heranziehen und anhand einer Fallgruppe die entsprechende Auslegungspraxis des Obersten Gerichts der damaligen Zeit, des *Daliyuan* (大理院), erläutern. Abschließend möchte ich noch einen kursorischen Blick auf die sich ebenfalls neu etablierende Rechtswissenschaft werfen, die sich auch der neuen Notwendigkeit der Rechtsauslegung zu stellen hatte. Diese Beobachtungen zu Praxis und Theorie, zur Justiz und Rechtswissenschaft sollen schließlich dazu dienen, die hochkomplexen Entwicklungen im Bereich der Rechtsauslegung aus der Warte der Rechtstransfertheorien zu analysieren.

2. Auslegung und Rechtstransfer

Während Gesetze auf der Grundlage eines politischen Willens von einer Rechts- und Gesellschaftsordnung in eine andere übertragen werden, so erscheint es doch fraglich, ob auch eine juristische Methodenlehre als Ausdruck eines rechtswissenschaftlichen Diskurses Gegenstand eines Rechtstransfers sein kann. Zudem soll hier der Frage nachgegangen wer-

duction of Modern Criminal Law in China, 1949. Umfassende Darstellung auf Chinesisch u.a. bei Zhu Yong (Hrsg.), Allgemeine Rechtsgeschichte Chinas. Band 9: Ende Qing und Republik, 1999.

den, welche Rolle die Rechtsanwendung bzw. Gesetzesauslegung im Rahmen eines Rechtstransfers übernehmen könnte.

Die Auslegung des Rechts bzw. die interpretierende Anwendung des Gesetzes durch die Gerichte ist vor allem eine technische und mitunter durchaus formalistische Angelegenheit, so dass zu vermuten stünde, dass die mehr oder weniger vollständige Übernahme ausländischer Methodik im Sinne eines Rechtstransplantats nach Watson durchaus möglich ist. Seinem Erklärungsmuster folgend ist Recht weitestgehend problemlos von einer Rechtsordnung in eine andere zu transferieren, selbst wenn bedeutende politische, gesellschaftliche oder ökonomische Unterschiede zwischen den beiden Staaten existieren, da das Recht in seiner Selbstreferenzialität eine hohe Autonomie aufweist.² Begünstigt wird die Übernahme fremden Rechts weiterhin durch seine Eigenschaft, ein hohes Maß an technischem Wissen über das Recht zu erfordern, welches vornehmlich den spezialisierten Trägern eines solchen Wissens, den Juristen – bzw. nach Watson den „law-shaping lawyers“ –, vorbehalten ist, deren *placet* ein entscheidender Faktor in der Übernahme fremden Rechts darstellt.³ Die von Watson festgestellte Isolation der Rechtsetzung von der Gesellschaft bzw. der Kultur eines Staates, die eine Rechtstransplantation begünstigt, sieht er in gewissem Sinne auch in der juristischen Praxis eines Staates verwirklicht. Er erkennt aber an, dass es hier eine „legal culture“ der Juristen gibt, die sich von Gesellschaft zu Gesellschaft deutlich unterscheidet, und dass ein Bewusstsein für diese Rechtskultur unerlässlich für ein Verständnis rechtswissenschaftlicher Debatten ist, die wiederum eine rechtsschöpferische Kraft beinhalten.⁴

Der juristische Diskurs mag zwar durch technisches Wissen und spezifische Fachsprachlichkeit geprägt sein, er kann jedoch nicht als völlig losgelöst von der Gesellschaft verstanden werden, deren Mitglieder die jeweiligen Juristen sind. Rechtssprache bleibt eine von „fachsprachlichen Elementen durchsetzte natürliche Sprache“⁵ und die juristische Argumentation beruht auf allgemeiner praktischer Argumentation, so dass der juristische und der allgemein praktische Diskurs „verklammert“ sind.⁶ So stößt

2 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974, S. 95-99.

3 Alan Watson, *Comparative Law and Legal Change*, 1978, S. 328.

4 Alan Watson, *From Legal Transplants to Legal Formants*, 1995, S. 469-470.

5 Friedrich Müller et al., *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 9.

6 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 1978, S. 348-349.

eine Auslegung des Rechts rein anhand mechanisch-logischer Argumente, die den Richter zum Subsumtionsautomaten degradiert, immer wieder an ihre Grenzen und war weder in Zeiten der Begriffsjurisprudenz in Deutschland oder des Rechtsformalismus im Sinne Roscoe Pounds in den USA ein hermetisches Modell der Rechtsanwendung.⁷ Schließlich ist es eine alte Erkenntnis, dass die Unzahl an „rechtlich relevanten Begriffen“ – im Gegensatz zu „echten Rechtsbegriffen“ – nicht vom Gesetzgeber oder der Rechtswissenschaft konstruiert werden, sondern ihren Bezugsrahmen in der „mittels [...] außerrechtswissenschaftlicher Begriffe vorgeformte[n] Wirklichkeit“ haben.⁸ In einer sich wandelnden Wirklichkeit muss es daher immer das Ziel der Auslegung sein, die allgemeine Geltung des Rechts nicht durch eine abgeschlossene Rechtssprache zu unterminieren, sondern stets den Rückbezug zur Alltagslogik und Alltagssprache zu wahren. Um dies zu erreichen, scheint es daher durchaus sinnvoll, nicht alleine den Wortlaut des Gesetzes mithilfe der sogenannten „subjektiven Theorie“ zu betrachten, die es erfordert, sich „möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken“.⁹ Auch wenn gerade im Moment des Rechtstransfers der Wille des Gesetzgebers unmittelbar greifbar zu sein scheint und eine Auslegung auf der Grundlage einer „subjektiven Theorie“ naheliegen mag, so ist die einer Weiterentwicklung verpflichtete juristische Dogmatik der Rechtsanwendung in der Überprüfung ihrer Konsistenz doch immer wieder darauf angewiesen, einen Rückbezug zu allgemeinen praktischen Gesichtspunkten zu suchen.¹⁰

Gesetze mögen rein technisch von einer Gesellschaft in die andere übertragbar sein, der Alltag der Aufnahmegesellschaft wird sich dadurch allerdings nicht unmittelbar ändern. Vielmehr wird eine solche Gesellschaft weiterhin altbekannte Streitfälle hervorbringen, die nun jedoch in einer neuen Rechtsordnung gelöst werden müssen. Es ist dieser Konflikt zwischen transferiertem Recht und tradierten Handlungsmustern, der immer wieder Skepsis und Kritik an der Validität von reinen Rechtstrans-

7 Vgl. hierzu z.B. Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 1986; Brian Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, 2010.

8 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932, S. 117.

9 Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1879, S. 56.

10 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 1978, S. 322-324.

plantaten im Sinne Watsons entstehen lässt.¹¹ Ungeachtet dieser, vor allem kulturalistischen, Kritik muss bemerkt werden, dass es Gesetze gibt, die von einer Gesellschaft in eine andere übertragen werden. Das China des 20. Jahrhunderts lieferte hierfür mannigfaltige Beispiele. Tatsächlich sind die Positionen von Watson und seinen Kritikern wie Legrand nicht unvereinbar, da sie meist unterschiedliche Stadien des Rechtstransfers in den Blick nehmen. Während Watson vor allem den Transfervorgang als solchen betrachtet, bezieht sich die Kritik vorwiegend auf den sich daran anschließenden Prozess der Akkulturation des zuvor fremden Rechts, so dass die gegenseitigen Vorhaltungen dieser beiden Lager durchaus als „dialogue of the deaf“ zu charakterisieren sind.¹²

Es ist daher naheliegend, einen Mittelweg zu suchen, den z.B. Teuber mit seinem Konzept der Rechtsirritationen vorschlägt. Er vertritt die Ansicht, dass Recht weitestgehend autonom von anderen Subsystemen der Gesellschaft ist, indem es sich als operativ geschlossenes System ständig neu hervorbringt bzw. bestätigt.¹³ Es ist damit von einer Gesellschaft in eine andere transferierbar, ohne dass kulturelle Beharrungskräfte eine unmittelbare Abstoßung auslösen müssten. Da jedoch das Recht über strukturelle Koppelungen mit anderen Subsystemen der Gesellschaft verbunden ist, löst ein Rechtstransfer eine Vielzahl von Irritationen in diesen Koppelungen aus, die erst durch einen kooperativen Aushandlungsprozess wieder stabilisiert werden können, wobei der entscheidende Impetus für diese Stabilisierung von beiden Seiten der Koppelung kommen kann.¹⁴ Das transferierte Recht ist also in seiner Folgeentwicklung nicht vor dem Einfluss gesellschaftlicher oder kultureller Kräfte gefeit. Die Auslegung des Rechts in spezifischen Fällen bzw. die sich dann einschleifende Auslegungspraxis in Fallgruppen kann als der von Teubner skizzierte Aushandlungsprozess verstanden werden. Das neue Recht wird mithilfe einer Auslegung nutzbar gemacht, um alte Streitfälle zu lösen. Die Auslegung des Rechts wird dabei zum Indikator für die Verfestigung oder – so man will – Akkulturation des Rechtstransfers.

11 *Locus classicus* ist hier Pierre Legrand, *The Impossibility of ‘Legal Transplants’*, 1997.

12 Nicholas H. D. Foster, *Company Law Theory in Comparative Perspective: England and France*, 2010, S. 610.

13 Grundlegend zu dieser Beobachtung auf der Grundlage systemtheoretischer Überlegungen: Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989.

14 Gunther Teubner, *Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes*, 2001, S. 372-374.

3. (Straf-)Rechtstransfers im China des frühen 20. Jahrhunderts

Die chinesische Rechtsgeschichte der letzten 100 Jahren ist vornehmlich geprägt durch eine Vielzahl von unterschiedlichen und sich teils überlagernden Rechtstransfers sowie hiervon geprägten Rechtsentwicklungen. In der Zeit der späten Qing und der frühen Republik China waren dies meist kontinentaleuropäische und hierunter vor allem deutsche Vorbilder, die in China rezipiert und adaptiert wurden.¹⁵ Eine wichtige Mittlerfunktion hatte dabei Japan inne, welches im Zuge der Meiji-Reformen ab 1868 zunächst vornehmlich französisches Recht rezipierend, dann jedoch den moderneren deutschen Kodifikationen folgend, einen umfänglichen Rechtstransfer unternommen hatte.¹⁶ Wie hier gezeigt wird, unterlag alleine das Strafrecht in den ersten 30 Jahren des 20. Jahrhunderts in China einer Vielzahl von Rechtstransfers, die sowohl den Normeninhalt als auch die Rechtssprache umfassten.

Der Qing-Hof hatte spätestens nach den verheerenden Folgen des sogenannten Boxeraufstandes im Jahr 1901 erkannt, dass ein nachhaltiges Reformprojekt zur politischen und in diesem Zuge auch rechtlichen Neuordnung angestoßen werden musste. In der Folge wurden umfangreiche Übersetzungen ausländischen Rechts unternommen,¹⁷ Studienkommissionen ausgesandt, um die Staatsorganisation und Rechtssysteme westlicher Staaten kennenzulernen,¹⁸ und erste institutionelle Strukturen für eine Rechtsreform geschaffen.¹⁹ Im Endeffekt waren es dann japanische Berater wie Asataro Okada, ein Schüler von Franz von Liszt, die ihre Erfahrungen um die (auch terminologische) Übertragung westlichen Rechts in einem asiatischen Kontext für China nutzbar machten.²⁰

Im Strafrecht wurde ein zweigleisiges Verfahren angestrengt, welches einerseits das bestehende Qing-Gesetzbuch reformieren und modernisieren sollte und andererseits ein komplett neues Strafgesetzbuch aus dem

15 Robert Heuser, *Beginn eines Jahrhundertprojekts: Die Rechtsreform unter der Späten Qing-Dynastie (1903–1911)*, 2008.

16 Wilhelm Röhl, *History of Law in Japan Since 1868*, 2005, S. 23-28.

17 Liu Yi, *Überblick über die Rechtsübersetzung zum Ende der Qing*, 2011.

18 Über einen Besuch in Deutschland einer solchen Kommission berichtet Oliver Simon, *Bericht der chinesischen Studienkommission aus dem Jahr 1906 über ihren Besuch in Deutschland*, 2006.

19 Chen Canping, Chai Songxia, *Untersuchung zur justiziellen Kompetenzverteilung zum Ende der Qing*, 2010.

20 Zu Asataro Okada vgl. Keiichi Yamanaka, *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*, 2012, S. 9.

holistischen Apparat der bisherigen Kodifizierung herauslösen sollte. Insbesondere unter Führung von Shen Jiaben und Wu Tingfang im Amt für die Kodifikation der Gesetze (修订法律馆) begann die Arbeit, das klassischen Vorbildern folgende Gesetzbuch der Qing (大清律例) zu reformieren. Bereits im Jahr 1906 wurde, zunächst durch einzelne Eingaben und in der Folge dann mit einem umfassenden Entwurf, an der Reform des Qing-Gesetzbuches gearbeitet. Im Jahr 1910 mündeten diese Bemühungen schließlich in einer reformierten Fassung des Qing-Gesetzbuchs, die als „Vorläufiges Strafgesetzbuch“ (现行刑律)²¹ in Kraft trat. Dieses Ergebnis war jedoch lediglich ein Zwischenschritt, da es mit dem Ende der Qing-Dynastie im Jahr 1911 unterging. Tatsächlich war dieser Strang der Reformtätigkeit auch nie auf eine dauerhafte Lösung ausgerichtet gewesen, da auch unter den späten Qing stets das Bestreben bestand, ein völlig neues Strafgesetzbuch zu erlassen. So wurde unter der Ägide des oben genannten Asataro Okada ein „Entwurf eines Strafgesetzbuches“ (大清刑法草案) deutschrechtlicher Prägung ausgearbeitet, der im Jahr 1907 vorgelegt wurde.²² Dieser wurde jedoch zunächst als unvereinbar mit der chinesischen Kultur abgelehnt²³ und daraufhin mehrfach überarbeitet und ergänzt, bis er am 25. Januar 1911 als der „Kaiserlich genehmigte Entwurf eines Strafgesetzbuches“ (钦定大清刑律)²⁴ veröffentlicht wurde. Es gehört zu den bemerkenswerten Kontinuitäten der chinesischen Rechtsgeschichte, dass dieser Entwurf, bereinigt um kaiserliche Staatsschutzbestimmungen und einige klassische Sprachwendungen, tatsächlich im Jahr 1912 als „Vorläufiges Neues Strafgesetzbuch“ (暂行新刑律)²⁵ der Republik China in Kraft trat. Dieses Strafgesetzbuch wurde zwar 1915 durch einige kulturalistisch inspirierte Ergänzungsartikel unter dem damaligen

21 Abgedruckt u.a. in Huang Yuansheng, Kommentierte Sammlung von Materialien der Strafrechtsgeschichte der späten Qing und der Republik, 2010, S. 203-271.

22 Ibid., S. 35-85.

23 Martinus Meijer, *The Introduction of Modern Criminal Law in China*, 1949, S. 49-50.

24 Abgedruckt u.a. in Huang Yuansheng, Kommentierte Sammlung von Materialien der Strafrechtsgeschichte der späten Qing und der Republik, 2010, S. 273-360.

25 Ibid., S. 361-503. Deutsche Übersetzung bei Erich Michelsen, *Das chinesische Strafgesetzbuch*, 1913.

Präsidenten Yuan Shikai erweitert (暂行新刑律补充条例),²⁶ blieb jedoch bis 1928 unverändert in Kraft. Zu diesem Zeitpunkt wurde ein neues Strafgesetzbuch (中华民国刑法)²⁷ unter der weitgehend konsolidierten Regierung der GMD verabschiedet. Auch dieses Gesetzesunterfangen wurde unter Mithilfe ausländischer und diesmal insbesondere kontinental-europäischer Experten abgeschlossen. Die frappierende Nähe dieses Gesetzbuches zum Strafrechtsentwurf des Deutschen Reiches aus dem Jahr 1927 ist daher schnell erklärt.²⁸

Die gesellschaftlichen und politischen Umbrüche und Systemwechsel im frühen 20. Jahrhundert in China waren kaum geeignet, die Geltung des transferierten Rechts zu befördern. Die in der Zeit nach den Rechtstransfers jeweils besonders geforderte Jurisprudenz und Justiz war entweder noch im Entstehen begriffen, da moderne rechtswissenschaftliche Fakultäten erst in ihrer Gründungsphase waren,²⁹ oder personell und finanziell schlecht ausgestattet, weil die fragilen Staatsgebilde dieser Zeit über nur sehr begrenzte ökonomische Ressourcen verfügten.³⁰ Für die Rechtsanwendung und damit die Gesetzesauslegung waren dies prekäre Verhältnisse, die ebenfalls dem allgemeinen Geltungsanspruch des transferierten Rechts kaum zuträglich sein konnten. Dennoch war es Aufgabe der Rechtsauslegung, den Aushandlungsprozess – im Sinne Teubners – um eine neue Stabilisierung der Koppelungen des Rechts mit anderen Subsystemen der Gesellschaft mitzugestalten, nachdem der umfassende Rechtstransfer eine tiefgreifende Rechtsirritation bedingt hatte. Ansätze und Methodik der Auslegung des Strafrechts unterlagen jedoch keinem offiziellen Transfer von Wissen, so dass dieser allenfalls durch die Vielzahl von im Ausland oder durch Ausländer ausgebildeten Juristen der zu dieser Zeit in China sich entfaltenden, modernen Rechtswissenschaft erfolgen konnte.³¹

26 Abgedruckt u.a. in Huang Yuansheng, Kommentierte Sammlung von Materialien der Strafrechtsgeschichte der späten Qing und der Republik, 2010, S. 511-514.

27 Ibid., S. 865-1020. Übersetzung ins Französische bei Jean Escarra, Code Pénal de la République de Chine, 1930.

28 Stephan Kuttner, Altes und Neues Strafrecht in China, 1932.

29 Yao Qi, Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultäten am Ende der Qing und zu Beginn der Republik, 2006.

30 Xu Xiaoqun, Trial of Modernity. Judicial Reform in Early Twentieth-Century China, 1901–1937, 2008, S. 149-157.

31 Zum Wandel der Ausbildung und des Selbstbildes chinesischer Richter zu dieser Zeit vgl. Glenn Tiffert, The Chinese Judge: From Literatus to Cadre, 1906–1949, 2016, S. 116-125.

4. Rechtsauslegung im traditionellen China

Neben dem Transfer einer ausländischen Methodik wäre im China der ausklingenden Kaiserzeit und entstehenden republikanischen Ordnung aber auch die Fortführung oder Weiterentwicklung traditioneller bzw. autochthon chinesischer Ansätze der Rechtsauslegung denkbar gewesen. Schließlich hätte der Rückbezug der Dogmatik, die auf der Grundlage einer mitunter transferierten Rechtssprache neu zu entwickeln gewesen wäre, auf die Alltagssprache und Alltagslogik leichter gelingen können, wenn immerhin die in der traditionellen Rechts- und Gesellschaftsordnung gewachsenen, methodischen Ansätze herangezogen worden wären. In der Folge soll aber gezeigt werden, dass das traditionelle chinesische Recht nur wenige Ansatzpunkte für eine Dogmatik liefern konnte, die für eine Auslegung des transferierten Rechts hätten fruchtbar gemacht werden können.

Grundsätzlich ist festzustellen, dass die traditionelle chinesische Rechtsordnung mit einer intensiven Exegese eines Gesetzestextes durchaus wohlvertraut war. So stellte das Qing-Gesetzbuch, wie dessen Vorgänger in früheren Dynastien, ein Gesetzeswerk dar, welches einen umfassenden Regelungsanspruch hatte, dessen mitunter selektive Regelungsdichte und meist stark verkürzte Normensprache einen umfassenden Rechtsanwendungsdiskurs erforderte.³² Es kannte grundsätzlich die methodische Unterscheidung eines Allgemeinen und eines Besonderen Teils und verband abstrakt-generalisierende Normen mit einer erläuternden Kasuistik.³³ Im Kontext eines Prozesses sah das Qing-Recht aber keine Auslegung im engeren Sinne vor. Stattdessen wurden die gesetzlichen Bestimmungen mithilfe eines umfänglichen Systems von Ergänzungen und Erläuterungen, die den Gesetzestext begleiteten, präzisiert oder erweitert, so dass der Richter in der traditionellen chinesischen Rechtsordnung tatsächlich der Mund des Gesetzes sein sollte.

32 Zu Struktur und Inhalt der Qing-Gesetzgebung: Zheng Qin, Zhou Guangyuan, *Pursuing Perfection: Formation of the Qing Code*, 1991; William Jones, *The Great Qing Code*, 1994, S. 1-29; Geoffrey MacCormack, *The Spirit of Traditional Chinese Law*, 1996, S. 162-186; Zheng Qin, *Studien zum Gesetzssystem der Qing*, 2000; He Qinhu, *Zu den Rechtsquellen der Qing-Zeit*, 2001; Zhang Lihong, Dong Neng, *A New Reading on Great Qing Code: A Comparative and Historical Survey*, 2017.

33 Zur Ausbildung einer Kasuistik z.B.: Wang Zhiqiang, *Case Precedent in Qing China: Rethinking Traditional Case Law*, 2005.

Die enge Bindung des Richters an den Gesetzestext und die daraus resultierende Eingrenzung der Rechtsauslegung auf die Subsumtion eines Sachverhalts unter die entsprechende Norm und ihre Ergänzungen lässt sich an mehreren Techniken der traditionellen chinesischen Rechtsanwendung erkennen. So muss zunächst betont werden, dass die rechtsprechende Beamtenschaft³⁴ sich streng an den Gesetzestext zu halten und in ihren Urteilen ebenfalls die verwendeten Vorschriften exakt zu zitieren hatte.³⁵ Das traditionelle chinesische Recht engte auch im Bereich der Strafzumessung das richterliche Handeln ein, indem das Gesetz eine exakte Stufen-systematik an Hauptstrafen vorsah, die in fünf Oberkategorien³⁶ gegliedert waren, welche wiederum in zwei bis fünf Stufen³⁷ unterteilt waren. Zudem unterlagen auch etliche Tatbestände oder Tatbestandsgruppen einer feinen Systematik, die ebenfalls der eindeutigen Strafzumessung dienen sollten.³⁸ Strafhöhen waren in diesem System immer exakt der Schwere eines Delikts zugeordnet, so dass die rechtsprechenden Beamten keinen Ermessensspielraum in der Strafzumessung hatten, wie ihn ein Strafraumen ermöglicht hätte. Sie mussten vielmehr anhand von klaren, teils tabellarischen Vorgaben³⁹ die exakte Strafhöhe aus dem Gesetzestext ablesen. Der

34 Die richterliche Funktion war nur ein Teilbereich der hoheitlichen Aufgaben der Beamtenschaft. Instruktiv hierzu: T'ung-tsu Ch'ü, *Local Government in China under the Ch'ing*, 1962.

35 Für die Qing-Dynastie: Art. 415 Qing-Gesetzbuch. Übersetzung bei William Jones, *The Great Qing Code*, 1994, S. 396-397.

36 Art. 1 Qing-Gesetzbuch. Übersetzung bei William Jones, *The Great Qing Code*, 1994, S. 33-34. Die fünf Hauptstrafen waren Schläge mit dem leichten Stock (笞), Schläge mit dem schweren Stock (杖), Strafarbeit (徒), Verbannung (流) und Todesstrafe (死).

37 Schläge mit dem leichten Stock: 10, 20, 30, 40, 50; Schläge mit dem schweren Stock: 60, 70, 80, 90, 100; Strafarbeit: ein Jahr und 60 Schläge (mit dem schweren Stock), 1,5 Jahre und 70 Schläge, zwei Jahre und 80 Schläge, 2,5 Jahre und 90 Schläge, drei Jahre und 100 Schläge; Verbannung: 2.000 *li* (里, Entfernungseinheit, die in der Qing-Zeit ca. 640 m betrug) und 100 Schläge, 2500 *li* und 100 Schläge, 3.000 *li* und 100 Schläge; Todesstrafe: Strangulation, Enthauptung.

38 Z.B. Straftaten gegen das Leben kannten mehrere Vorsatz- und Fahrlässigkeitsarten. Vgl. u.a. Geoffrey MacCormack, *Xisha* (Killing in a Game) and Negligence in Traditional Chinese Law, 2012. Insbesondere auch Vermögensdelikte wurden im traditionellen chinesischen Recht i.d.R. nach klar abgrenzbaren, quantifizierbaren Kriterien entschieden. Hierzu u.a. William Jones, *Theft in the Qing Code*, 1982.

39 Auch die Verwallung der Strafen war exakt geregelt, so dass z.B. der genaue Ort einer Verbannungsstrafe in Anhängen an das Gesetzbuch (道里表) genau

Richter als Mund des Gesetzes oder – etwas übertragen – als Mund des kaiserlichen Strafbefehls war durchaus das Ideal der traditionellen chinesischen Rechtsordnung.

Um die für diese Rechtspraxis notwendige möglichst lückenlose Regelungsdichte zu erreichen, wurden verschiedene Methoden zum Einsatz gebracht. So war das kaiserliche Gesetzbuch kein sakrosanktes und unumstößliches Regelwerk, sondern stets einer Vielzahl von Änderungen unterworfen. Meist unveränderlich, in Teilen sogar mehrere Dynastien überdauernd, blieben allenfalls die abstrakt-generellen Normen (律) des Gesetzbuches.⁴⁰ Diese konnten aber stets mit einem interlinearen, dem sogenannten kleinen Kommentar (小注) versehen werden, der einzelne Begriffe zu klären suchte. Auf diese Gesetzesnormen folgte ein offizieller bzw. allgemeiner Kommentar (总注),⁴¹ der den Zweck der Norm begründete und eine Einordnung in die Gesetzssystematik (und ggf. deren Gesetzgebungsgeschichte) oder in das ethisch-moralisch Wertegefüge vornahm. Für die konkrete Rechtsanwendung waren die dann folgenden Fallbeispiele (例) von größter Bedeutung, die zwar ebenfalls durchaus über Dynastiewechsel hinaus Bestand haben konnten, die aber, angestoßen durch regelmäßige Throneingaben, immer wieder ergänzt oder verändert wurden.⁴² Die Tang-Dynastie (618–907) erhob die Throneingabe zum Zweck der lückenfüllenden Rechtsfortbildung sogar zum strafbewehrten Gebot für die Beamenschaft.⁴³ Es sind zudem etliche Ausgaben des Qing-Gesetzbuches erhalten, die umfangliche Privatkommentare von ehemaligen oder erfahrenen Richtern beinhalten und meist ebenfalls weitere Begriffsklärungen vornahmen oder erläuterte Fallbeispiele lieferten.⁴⁴

Allerdings war auch mit diesen Ansätzen kein lückenloses Regelwerk zu erzielen. Um die verbleibenden Lakunae zu bewältigen, wurden den Richtern insbesondere zwei Methoden der Rechtsanwendung eröffnet, die

bestimmt war. Vgl. Zhang Tiegang, *Untersuchung des Verbannungssystems der Qing*, 1989.

40 Einen konzisen Überblick liefern hier John W. Head und Wang Yanping, *Law Codes in Dynastic China*, 2005.

41 Chen Yu, *Zur Konkretisierung des „Gesetzbuches der Großen Qing“*, 2012.

42 Lü Li, *Zur strukturgebenden Grundsatz der „Ergänzung der Normen durch Fälle“ im „Gesetzbuch der Großen Qing“*, 1999.

43 Art. 149 Tang-Gesetzbuch. Übersetzung bei Wallace Johnson, *The T'ang Code, Volume II. Specific Articles*, 1997, S. 119-120.

44 Zur Kommentarliteratur in der traditionellen chinesischen Rechtsordnung: Zhang Jinfan, *Untersuchung zu den Ursachen des Entstehens der Normenkunde in der Qing-Zeit*, 2011.

ihnen doch ein gewisses Ermessen einräumten. Einerseits waren dies Aufgangtatbestände für Bagatellsachen, in denen der Gesetzgeber schlichtweg dem Werturteil des traditionellen Beamten vertraute. Insbesondere auf den Straftatbestand des „Tuns, was man nicht tun darf“ (不应[得]为) konnte abgestellt werden, um Verhalten zu pönalisieren, welches sich nicht unter einen anderen Straftatbestand subsumieren ließ, welches aber trotzdem als strafwürdig erachtet wurde. Der Richter folgte hier entweder lokalen Gewohnheiten oder vertraute auf sein konfuzianisch ausgebildetes Wertesystem, um einen bestimmten Sachverhalt unter diese Straftatbestände zu subsumieren.⁴⁵ Die andere Variante der lückenfüllenden Rechtsprechung war die Analogie. Für das alte chinesische Recht sind dabei zwei Varianten zu unterscheiden. Einerseits war es mit einem Analogieschluss möglich, ein ungerechtes oder unverhältnismäßiges Strafmaß anzupassen. In solchen Fällen wurden vergleichbare Straftatbestände angeführt, die als Analogie entweder eine härtere oder eine leichtere Strafe rechtfertigen würden.⁴⁶ Die zweite Variante der Analogie betraf Fälle, die nicht eindeutig einem Straftatbestand zuzuordnen waren. Hiermit war aber nicht gemeint, dass die Richter neues Recht schaffen konnten.⁴⁷ Vielmehr waren dies tatsächlich Subsumtionsfragen, die sehr eng gehaltenen Straftatbestände für weitere Sachverhalte erweitern konnten. Auch waren diese Analogieschlüsse stets der unmittelbar vorgesetzten Stelle im Justizapparat vorzulegen, die dann wiederum über eine entsprechende Eingabe beim Thron entschied. Erst mit dem kaiserlichen *placet* bzw. mit der Zustimmung des Strafenministeriums war eine solche analoge Rechtsanwendung jedoch zulässig.⁴⁸

Dieser hohe Formalismus ist freilich nicht die einzige Tradition des klassischen chinesischen Rechts. Neben diesen legalistischen Ansätzen waren es auch konfuzianische Werturteile, die dem Richter als Maßgabe seiner Rechtsprechung dienten. Insbesondere in der konkreten Justizpraxis scheint die enge Gesetzesbindung mitunter weniger eng und durchaus ent-

45 Hu Yongheng, Die „Unbestimmtheit“ der traditionellen chinesischen Justiz aus der Perspektive der Qing-Zeit, 2008.

46 Chen Xinyu, Analogie: Passt die Strafe zur Tat oder passt eine „Tat“ zur Strafe? Anhand von zwei konkreten Fällen aufgegriffen, 2003.

47 Fu-mei Chang Chen, On Analogy in Ch'ing Law, 1970, S. 222-223.

48 Geoffrey MacCormack, The Spirit of Traditional Chinese Law, 1996, S. 173-174.