

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag
Reihe: Rechtswissenschaften

Band 88

Zhengyu Zhang

DER STRAFTATBEGRIFF IM CHINESISCHEN UND DEUTSCHEN STRAFRECHT

Tectum

WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE
AUS DEM TECTUM VERLAG
Reihe Rechtswissenschaften

WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE AUS DEM TECTUM VERLAG

Reihe Rechtswissenschaften

Band 88

Zhengyu Zhang

Der Straftatbegriff im chinesischen und deutschen Strafrecht

Tectum Verlag

Zhengyu Zhang

Der Straftatbegriff im chinesischen und deutschen Strafrecht.
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag;
Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 88

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft,
Baden-Baden 2017

Zugl. Diss. Philipps-Universität Marburg 2016

ISBN: 978-3-8288-6748-2

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter der ISBN
978-3-8288-3918-2 im Tectum Verlag erschienen.)

ISSN: 1861-7875

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

Meiner Frau
&
meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2016/2017 von dem juristischen Fachbereich der Phillips-Universität Marburg als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung konnten Rechtsprechung und Literatur bis zum Oktober 2016 berücksichtigt werden.

Ganz besonders danken möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Georg Freund, der diese Untersuchung angeregt hat und mich mit wertvollen Ratschlägen und aufschlussreicher Kritik unterstützt hat. Ohne seine perfekte Betreuung wäre die Entstehung dieser Dissertation nicht möglich gewesen.

Mein besonderer Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Gilbert Gornig, der trotz vielfältiger anderweitiger terminlicher Belastungen in kürzester Zeit das Zweitgutachten erstellt hat.

Für ihr offenes Ohr, ihre Ermutigung und ihre freundschaftliche Unterstützung möchte ich mich außerdem bei meinen Kollegen, vor allem Franziska Mulch, Maren Trautmann und Julia Heinrich, bedanken.

Zu tiefem Dank bin ich nachdrücklich meinen Eltern verpflichtet. Sie haben mir zahlreiche Freiheiten – nicht zuletzt bei der Studienwahl – eingeräumt und mich stets gefördert und ermutigt.

Ein herausgehobener Dank gilt zuletzt meiner Frau, Liu Mengjue. Ohne ihre Liebe und Zuversicht hätte ich dem Stress, den vor allem ich selbst mir gemacht habe, nicht standhalten können. Sie hat jederzeit an mich geglaubt und mich bedingungslos auch gerade dann unterstützt, wenn ich verzweifelt war.

Marburg, im Dezember 2016

Zhang, Zhengyu

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Erster Teil Einleitung	1
A. Thema und Ziel der Untersuchung	1
I. Einführung in die Thematik	1
II. Zur Notwendigkeit und zum Nutzen der Rechtsvergleichung	1
III. Gründe für die Auswahl des untersuchten Themas	2
1. Vorzüge des Systemdenkens	3
2. Die Notwendigkeit eines chinesisch-deutschen Dialogs	4
3. Das Sachproblem „hinter“ dem Straftatbegriff	4
B. Methodische Bemerkungen zu dieser Untersuchung	5
I. Die allgemeine Methodik der Strafrechtsvergleichung	5
II. Das konkrete Vergleichsvorhaben dieser Untersuchung	6
1. Methodik der Landesberichte	6
2. Methodik des Rechtsvergleichs	8
Zweiter Teil Die Straftatbegriffe in China und Deutschland –	
 Landesberichte	11
A. Der Straftatbegriff in China	11
I. Grundlagen des Straftatbegriffs im chinesischen Strafrecht	11
1. Schwerwiegende Sozialschädlichkeit	12
a) Gesetzliche Grundlagen	12
b) Sozialschädlichkeit	13
c) Die relevanten Merkmale der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit	15
aa) Tatobjekt	15
bb) Ausführungsmethode	15

cc) Tatort und Tatzeitpunkt	16
dd) Eintritt spezifischer Fehlverhaltensfolgen und deren Intensität	16
ee) Schuldfähigkeit und besondere persönliche Merkmale	16
ff) Subjektive Tatmerkmale	17
gg) Das Fehlverhalten bei einer Rückfalltat	17
hh) Das Nachtatverhalten	17
2. Strafrechtswidrigkeit	18
a) Grundsätzliches	18
b) Gesetzlichkeitsgrundsatz	19
c) Das Verhältnis zwischen der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit und der Strafrechtswidrigkeit	20
d) Qualitatives und quantitatives Verständnis der Strafrechtswidrigkeit	21
3. Strafwürdigkeit	23
II. Der Straftatbegriff im Einzelnen	24
1. Die systematische Inhaltsgestaltung des Vier-Elemente--Deliktsaufbaus	24
2. Die dogmatische Darstellung der vier Elemente	24
a) Subjekt der Straftat	24
b) Subjektive Seite der Straftat	26
aa) Vorsatz und Fahrlässigkeit	26
bb) Bestimmte Absichten und Motive	28
cc) Irrtum	29
c) Objekt der Straftat	29
d) Objektive Seite der Straftat	30
aa) Sozialschädliches Fehlverhalten (危害行为)	30
bb) Taterfolg, Kausalität und „Erfolgszurechnung“	32
cc) Vorbereitung und Versuch	33
e) Organische Einheit der vier Elemente	34
B. Der Straftatbegriff in Deutschland	35
I. Grundlagen des Straftatbegriffs im deutschen Strafrecht	35
II. Der dreistufige Deliktsaufbau im deutschen Strafrecht	39
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	39
a) Gesetzlichkeitsgrundsatz: Keine Strafe ohne Gesetz (nulla poena sine lege)	39
b) Schuldprinzip: Keine Strafe ohne Schuld (nulla poena sine culpa)	40
c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	40
2. Die systematische Inhaltsgestaltung des dreistufigen Deliktsaufbaus	41

Dritter Teil Der Straftatbegriff im Rechtsvergleich	43
A. Grundsätzlich bedeutsame Unterschiede zwischen den untersuchten Straftatkonzeptionen	43
B. Grundlegende Gemeinsamkeiten der untersuchten Straftatkonzeptionen	45
I. Die Gemeinsamkeiten auf der Makroebene	45
1. Der wissenschaftlich-theoretische Charakter des Straftatbegriffs	45
2. Gesetzliche Bestimmung der Strafbarkeit: Keine Strafe ohne Gesetz	46
3. Definition der Straftat in formeller und materieller Hinsicht	46
a) Chinesisches Recht	47
b) Deutsches Recht	50
II. Die Gemeinsamkeiten auf der Mikroebene	52
1. Sozialschaden und schuldhaftes Unrecht als Synonyme	52
a) Sozialschaden im chinesischen Recht	52
b) Schuldhaftes Unrecht im deutschen Recht	55
2. Das tatbestandsmäßige Fehlverhalten als primäres straftatfundierendes Merkmal	56
3. Das hinreichend gewichtige Fehlverhalten und der Erfolgssachverhalt als Kriterien der Straftat	57
a) Chinesisches Recht	57
b) Deutsches Recht	57
C. Kritische Würdigung des chinesischen und des deutschen Straftatbegriffs	58
I. Die verfehlte Trennung des Tatbestands in ein „subjektives“ und ein „objektives“ Element	58
II. Individualisiertes Verständnis des fahrlässigen und des vorsätzlichen Verhaltens	65
1. Maßgeblichkeit der Perspektive der handelnden oder unterlassenden Person	65
2. Individualisierendes Verständnis des vorsätzlichen und des fahrlässigen Verhaltens	66
III. Schuldauusschließungs- und Entschuldigungsgründe	68
IV. Das Verständnis des Versuchs	69
V. Das Verständnis der Erfolgszurechnung	70
D. Zwischenergebnis	71

Vierter Teil Übergeordneter materieller Straftatbegriff	73
A. Hinreichend gewichtiger tatbestandspezifischer Verhaltensnormverstoß.....	73
I. Der Verhaltensnormverstoß als Grundkriterium jeder Straftat	73
1. Das Verhältnis zwischen der Sanktionsnorm und der Verhaltensnorm.....	74
a) Das Schutzgut der Verhaltensnorm	74
b) Das Schutzgut der Sanktionsnorm	75
2. Das verfehltte Verständnis des Strafgesetzes als Orientierungsmuster für normgemäßes Verhalten	76
3. Die Verhaltensnorm als unmittelbare Schutznorm der Rechtsgüter.....	77
a) Die abstrakt-generalisierende Verhaltensnorm	77
b) Die individualisierte Verhaltensnorm	79
aa) Die individualisierte Verhaltensnorm als unmittelbare Schutznorm der Rechtsgüter	79
bb) Nicht alle Verhaltensnormverstöße sind strafbar	81
4. Eine legitimierbare Verhaltensnorm beschränkt die Freiheit des Normadressaten angemessen („verhältnismäßig“ i. e. S.), um schutzwürdige Rechtsgüter zu schützen	82
a) Kein Rechtsgut genießt absoluten Schutz	82
b) Schutz des schutzwürdigen Rechtsguts – Feststellung des legitimen Zwecks der Verhaltensnorm.....	83
c) Angemessene Beschränkung der Freiheit des Normadressaten zum Schutz eines schutzwürdigen Rechtsguts	87
aa) Sonderverantwortlichkeit bei Geboten und Verboten	88
(1) Verhaltensnormen ohne Rücksicht auf die Sonderverantwortlichkeit	88
(2) Verhaltensnormen mit Rücksicht auf die Sonderverantwortlichkeit	89
aa) Verhältnismäßigkeitsprinzip als entscheidender Maßstab für Freiheitsbeschränkung	91
bb) Die Sonderverantwortlichkeit bei Notwehr und Notstand.....	92
cc) Weitere beispielhafte Verdeutlichung	94
5. Der Normaufbau der Verhaltensnorm	96
a) Die richtige Perspektive bei der Legitimation einer Verhaltensnorm	96
b) Rechtsgüterschutz als legitimer Zweck der Verhaltensnorm.....	98
c) Verhältnismäßige Freiheitsbeschränkung als letzte Weichenstellung	98

6. Die Aufstellung der individualisierten Verhaltensnorm vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots	99
II. Hinreichendes Gewicht des tatbestandspezifischen Fehlverhaltens	106
1. Die große Diskrepanz der kollidierenden Rechtsgüter als maßgebliches Kriterium	107
2. Die leichte Erfüllbarkeit der Pflicht (bei gegebener Sondereverantwortlichkeit)	108
a) Zum Stellenwert des Vorsatzerfordernisses: Hat der Täter den Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm erkannt?	108
b) Liegt ein Entschuldigungsgrund vor?	109
B. Tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge und weitere Straftaterfordernisse	110
I. Tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge	111
1. Ohne ein tatbestandsmäßiges Fehlverhalten gibt es auch keine tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge	111
2. Der Stellenwert der tatbestandsmäßigen Verhaltensfolge	113
3. Der Beurteilungsmaßstab der tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolge	115
a) Der zutreffende Beurteilungsmaßstab der Fehlverhaltensfolge	115
b) Kausalzusammenhang	116
aa) Äquivalenztheorie	116
bb) Die Lehre von der (natur-)gesetzmäßigen Bedingung	116
cc) Schadensträchtiger Kausalverlauf als Gegenstand der Kausalitätsprüfung	117
dd) Kein sachlicher Unterschied zwischen der Äquivalenztheorie und der Lehre von der (natur-)gesetzmäßigen Bedingung	118
ee) Schlussfolgerungen im Einzelnen	118
(1) Hypothetische Kausalverläufe	118
(2) Atypische Kausalität	119
(3) Überholende Kausalverläufe	120
(4) Zusammenwirken mehrerer Bedingungen	120
c) Erfolgszurechnung	121
aa) Der zutreffende Beurteilungsmaßstab der Erfolgszurechnung	122
bb) Die „rechtlich missbilligte Risikoschaffung“ als Leitthema des tatbestandsmäßigen Verhaltens	122
cc) Bei angemessener Analyse des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens gibt es kein wirkliches Problem der tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolge	124

dd) Schlussfolgerungen im Einzelnen	125
(1) Risikoverringerung	125
(2) Die fehlende Vorhersehbarkeit und Beherrschbarkeit des Kausalverlaufs	125
(3) Schutzbereich der Norm oder Schutzzweck der Norm	127
(4) Veranlassen, Ermöglichen oder Fördern fremder Selbstgefährdungen oder Selbstschädigungen.....	128
(5) (Fehl-)Verhalten, das rechtsgutsbeeinträchtigendes Verhalten von Dritten ermöglicht, fördert oder veranlasst	129
II. Weitere Straftaterfordernisse	131
1. Objektive Strafbarkeitsbedingungen	131
2. Fehlender Rücktritt	132
3. Prozessual bedeutsame Straftaterfordernisse	134
 Fünfter Teil Schlussbetrachtung	 135
A. Die untersuchten Straftatkonzeptionen in der abschließenden Zusammenschau	135
B. Die wesentlichen Kriterien des materiellen Straftatbegriffs im Überblick	138
I. Tatbestandsmäßiger Verhaltensnormverstoß.....	138
II. Tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge(n) und weitere Straftaterfordernisse	140
 Literaturverzeichnis.....	 143

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
cEGB	Ehegesetzbuch der Volksrepublik China
cStGB	Strafgesetzbuch der Volksrepublik China
ders.	derselbe
dStGB	Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland
dStPO	Strafprozessordnung der Bundesrepublik Deutschland
f.	folgende (Seite oder Randnummer)
ff.	fortfolgende (Seiten oder Randnummern)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz

GS	Gedächtnisschrift
hrsg. v.	herausgegeben von
i. d. S.	in diesem Sinne
i. e. S.	im engeren Sinn
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
km/h	Kilometer pro Stunde
Lfg.	Lieferung
LK	Leipziger Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Okt.	Oktober
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
S.	Satz; Seite
s. a.	siehe auch
SK StGB	systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
sog.	sogenannte/r
u. a.	unter anderem; und andere
v.	vom, von
vgl.	vergleiche
VVC	Verfassung der Volksrepublik China
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Erster Teil Einleitung

A. Thema und Ziel der Untersuchung

I. Einführung in die Thematik

Der Begriff der Straftat ist für das Strafrecht ein grundlegender Begriff. Aus ihm ergibt sich, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit die Rechtsfolgen des Schuldspruchs und der entsprechenden Bestrafung eingreifen dürfen. Mit anderen Worten: Der Straftatbegriff stellt die Gesamtheit der Erfordernisse dar, die gegeben sein müssen, damit der Staat auf das Verhalten eines Menschen strafrechtlich reagieren darf. Nur auf der Basis eines zutreffenden Verständnisses vom Begriff der Straftat kann man angemessen weiter etwa über die wesentlichen Probleme des Versuchs, der Vollendung, der Täterschaft und Teilnahme oder der Rechtfertigung diskutieren.

II. Zur Notwendigkeit und zum Nutzen der Rechtsvergleichung

Im nationalen und internationalen Strafrecht ist es zu einem erheblichen Bedeutungszuwachs der Strafrechtsvergleichung und ihrer methodischen Grundlagen gekommen, der auf verschiedene Aspekte zurückgeführt werden kann: Die Rechtsvergleichung ermöglicht ein besseres Verständnis der internationalen Veränderungen des Strafrechts und der zunehmenden transnationalen Kriminalität kann besser entgegengetreten werden, es lassen sich allgemeine Rechtsgrundsätze staatlichen Strafens entwickeln und nicht zuletzt kann nur so auch dem weltweiten Schutz von Menschenrechten gedient werden.¹ Erfreulicherweise ist die Rechtsvergleichung heute schon eine universale Me-

¹ Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 1, Vorwort V, X.

thode der rechtswissenschaftlichen Forschung geworden, die sich den Stellenwert einer eigenen Fachdisziplin erworben hat.²

Die vergleichende Untersuchung geht methodisch von der Fragestellung aus, wie andere Rechtsordnungen ein bestimmtes Problem lösen, „dem die eigene Rechtsordnung mit der zu vergleichenden Regelung beizukommen sucht.“³ Der mögliche Nutzen einer solchen Untersuchung ist mannigfaltig. In einem eher abstrakten Sinne dient der Blick auf das Recht einer anderen Gesellschaft vor allem dazu, die theoretische Reflexion über das eigene Recht zu fördern, und er ermöglicht, die Stärken und die Schwachpunkte des eigenen Modells zu erkennen, es zu modifizieren und zu verbessern.⁴ Darüber hinaus kann der Rechtsvergleich auch zu konkreten praktischen Zwecken herangezogen werden: z. B. Gesetzgebung und Auslegung des eigenen Rechts.⁵ Ferner dient die Rechtsvergleichung auf einer internationalen Ebene der Vorbereitung der Rechtsvereinheitlichung, in erster Linie im Bereich der Organisation und Intensivierung internationaler Kooperation im Bereich der Strafrechtspflege.⁶

III. Gründe für die Auswahl des untersuchten Themas

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf ein sehr abstraktes Thema – den Straftatbegriff. Dabei gilt es zu beachten, dass zwischen den beiden untersuchten Rechtskreisen inhaltlich in Bezug auf die einzelnen materiellen Rechtsfragen nicht unerhebliche Unterschiede bestehen. Daher könnte eine denkbare Warnung dahin gehen, nicht derart abstrakt vorzugehen, sondern auf der chinesisch-deutschen Ebene eher konkrete Fragestellungen wie etwa die Probleme der Unterlassung, des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, der Erfolgszurechnung, des Versuchs und des Rücktritts anzugehen und zu lösen. Anders als ein

2 Allgemein: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung Bd. I, 1996; *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984. Zum Strafrecht: *Jescheck*, Rechtsvergleichung, S. 36 ff.; *Schultz*, Strafrechtsvergleichung, S. 74 ff.

3 *Jescheck/Weigend*, AT, § 6 I 2 (S. 44 f.).

4 Siehe dazu *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 26.

5 *Jescheck/Weigend*, AT, § 6 I 2 (S. 45).

6 *Jescheck/Weigend*, AT, § 6 I 2 (S. 45).

direkter Vergleich solcher konkreter Fragestellungen könnte eine dem Abstraktum des Straftatbegriffs gewidmete Untersuchung Gefahr laufen, sich in abstrakten Kategorien und in allgemeinen Theorien zu verlieren und dabei die sachlichen Probleme zu vernachlässigen.⁷ Die prinzipielle Berechtigung dieser Warnung soll hier nicht bestritten werden.⁸ Indessen ist ihr dreierlei entgegenzuhalten:

1. Vorzüge des Systemdenkens

Das erste Argument gegen den geschilderten Einwand „gefährlicher Abstraktion“ bezieht sich auf den grundsätzlichen Nutzen strafrechtswissenschaftlicher Systembildung: Das Systemdenken hat zunächst den praktischen Vorzug einer Vereinfachung und Anleitung bei der Fallprüfung.⁹ Das systematische Vorgehen auf der Grundlage eines ausgearbeiteten Straftatbegriffs bietet eine Struktur, entlang deren „die Falllösung in geordneter, rationaler und nicht zuletzt ökonomischer Weise ablaufen kann.“¹⁰ Wie *Gallas* zutreffend bemerkt, ermöglicht ein allgemeiner Straftatbegriff, eine sonst nur schwer begreifbare Einheit zu erfassen, indem diese „Einheit in eine Mehrheit bloßer Teilmomente aufgelöst“ und „das ursprüngliche Zugleich in ein logisches Nacheinander verwandelt wird.“¹¹ Auf diese Weise lassen sich alle für die Beurteilung der Strafbarkeit wichtigen Fragen in eine sinnvolle Ordnung bringen. Überdies ermöglicht das systemgebundene Strafrechtssystem übergreifende Sachüberlegungen.¹² Dadurch wird Recht übersichtlicher und besser handhabbar. Gleichartige Probleme lassen sich einfacher erkennen und dann auch gleichartig lösen. Außerdem kann die systematische gewonnene Erkenntnis auch zu schöpferischer Rechtsfortbildung führen.¹³

7 Vgl. *Jung*, JuS 1998, 1 ff.; *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 33.

8 Zu relevanten Gefahren siehe *Roxin*, AT I, § 7 Rn. 43 ff.

9 *Roxin*, AT I, § 7 Rn. 39.

10 *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 34; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, S. 9.

11 *Gallas*, ZStW 67 (1955), 1.

12 *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 34.

13 Siehe dazu *Roxin*, AT I, § 7 Rn. 40 f.

2. Die Notwendigkeit eines chinesisch-deutschen Dialogs

Schon aus dem Vorstehenden wird deutlich, dass sich der „Strafrechtsanwender“ im Zuge der Internationalisierung der Kriminalität zunehmend mit dem Strafrecht des Auslands befassen muss. Viele Staaten auf der Welt wirken auf eine Angleichung und Harmonisierung ihres Strafrechts hin. Außerdem gilt es Folgendes zu beachten: Das deutsche Rechtssystem hatte und hat noch immer weltweit nicht unerheblichen Einfluss. Es zeigt sich, dass Deutschland gegenüber China schon lange „Exporteur“ seines Strafrechts und vor allem seiner Strafrechtsdogmatik ist. Bis in die allerjüngste Vergangenheit wird eine kontinuierliche Annäherung an das deutsche Strafrecht von chinesischer Seite konstatiert.¹⁴ Dennoch gibt es kein supranationales Strafrecht, das in China und Deutschland Anwendung findet. Es besteht auch keine Möglichkeit, sich an einem chinesisch-deutschen Gerichtshof zu orientieren, der sich des wertenden Vergleichs bedient, um allgemein gültige Rechtsgrundsätze zu entwickeln. Alle sachlichen Probleme im Bereich des Strafrechts sind nur durch Rechtsvergleichung zu ermitteln. Daher wird die Notwendigkeit des chinesisch-deutschen Dialogs immer größer.

3. Das Sachproblem „hinter“ dem Straftatbegriff

Schließlich gilt es, das letzte Argument gegen den geschilderten Einwand „gefährlicher Abstraktion“ ins Feld zu führen. Es betrifft die materiellrechtlichen Implikationen des Straftatbegriffs.¹⁵ Dem Argument liegt folgender Gesichtspunkt zugrunde: Es ist jedenfalls unzutreffend, den Straftatbegriff bloß als ein abstraktes Konzept einzustufen, das allein systematischen Zwecken dient, denn hinter dem Straftatbegriff steht ein Sachproblem, das für das Strafrecht von entscheidender Bedeutung ist: die Frage nach der Aufgabe und Legitimation der Strafe.¹⁶

14 Eine solche kontinuierliche Annäherung zeigt sich deutlich etwa an den Bestrebungen, den „dreistufigen Deliktsaufbau“ in das chinesische Recht einzuführen; siehe dazu statt vieler 陈兴良主编: 《刑法学》, 复旦大学出版社 2009 年版, 第 45~158 页; 张明楷: 《刑法学》, 法律出版社 2011 年版, 第 109~307 页.

15 Helmert, Der Straftatbegriff in Europa, S. 37.

16 Siehe dazu Roxin, AT I, § 2 Rn. 1; Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 2 f.

Wer zum Beispiel der „Strafe“ die Aufgabe zuweisen möchte, gefährliche Personen bis zu ihrer Besserung „aus dem Verkehr zu ziehen“, muss sich verständlicherweise an einem dedizierten Täterstrafrecht orientieren und in letzter Konsequenz auf das Straftaterfordernis schuldhaften personalen Fehlverhaltens verzichten. Dementsprechend muss auch der Straftatbegriff ohne ein solches Erfordernis völlig anders aussehen. Nach dem heutigen Verständnis der Aufgabe der strafrechtlichen Sanktionen kommt ein derartiger Straftatbegriff allerdings nicht in Betracht. Insoweit muss das Strafrecht ein striktes *Tatstrafrecht* sein. Dies gilt auch für die Legitimation des Strafeinsatzes. Mit der Bestrafung wird dem Straftäter ein entsprechender Vorwurf gemacht, der sachlich berechtigt sein muss: Die Bestrafung soll eine angemessen missbilligende Reaktion auf den Verhaltensnormverstoß bilden, die den durch die Straftat gestörten Rechtsfrieden wieder herstellt. Denn die Straftat bedeutet eine personale Infragestellung der Normgeltung, auf die mit dem speziellen Institut der Strafe missbilligend reagiert werden soll. Verzichtet man auf das Straftaterfordernis des schuldhaften Unrechts, dem notwendigerweise ein Verhaltensnormverstoß zugrunde liegt, muss man die Legitimation des „Strafeinsatzes“ anders begründen.¹⁷

B. Methodische Bemerkungen zu dieser Untersuchung

I. Die allgemeine Methodik der Strafrechtsvergleichung

Die klassische Methode der Rechtsvergleichung, die ursprünglich für den Bereich der Privatrechtsvergleichung entwickelt wurde, besteht in einem zweistufigen Vorgehen¹⁸: In einer ersten Stufe bemüht sich die rechtsvergleichende Untersuchung darum, die Standpunkte der zu vergleichenden Rechtsordnungen zu der gestellten Frage zu klären. Insoweit muss die Darstellung, soweit es möglich ist, rein referierend unter Vermeidung jeglicher kritischen Würdigung sein. Im Anschluss an

17 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 2 f.

18 Zum zweistufigen Vorgehen siehe Jescheck/Weigend, AT, § 6 I 2 (S. 44 f.); Jescheck, Rechtsvergleichung, S. 40 ff.

diese Landesberichte folgt in der zweiten Stufe die eigentliche Vergleichsarbeit. Hierbei sind insbesondere Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufzuzeigen, die untersuchten Modelle kritisch zu würdigen sowie eine möglichst allgemeingültige Lösung zu begründen.

II. Das konkrete Vergleichsvorhaben dieser Untersuchung

In dieser Untersuchung soll der erwähnten klassischen Methodik der Rechtsvergleichung Rechnung getragen werden:

1. Methodik der Landesberichte

Im folgenden zweiten Teil der Untersuchung werden der chinesische und der deutsche Straftatbegriff nacheinander dargestellt. Die notwendige Länderauswahl musste auf Deutschland fallen, weil das deutsche Strafrecht einen erheblichen Einfluss nicht nur auf das chinesische Strafrecht, sondern auf das Strafrecht seiner Nachbarn (Japan und Korea) hat. Beide Staaten pflegen eine enge Zusammenarbeit mit China, insbesondere im Bereich der Wirtschaft und der Wissenschaft. Die Entscheidung für diese Untersuchung wurde auch in der Hoffnung getroffen, dass diese Arbeit europäische Interessenten findet, die mit der chinesischen Rechtslage gar nicht oder nur kaum vertraut sind. Außerdem kann China von besonderem und exemplarischem Interesse sein in Hinblick auf die Frage, wie das sozialistisch-strafrechtliche Erbe in Osteuropa bewältigt worden ist.

Aus methodischer Sicht ist überdies Folgendes zu berücksichtigen: Im Bereich der Rechtswissenschaft können die vorgelegten Resultate nicht verifiziert oder auch nur mit Hilfe empirischer Überprüfung falsifiziert werden. Vielmehr ist immer nur ein Wettstreit mit mehr oder weniger überzeugenden Argumenten möglich.¹⁹ Außerdem ist zu berücksichtigen, dass es bei der Rechtsvergleichung hinsichtlich eines solchen abstrakten Problems wie des Straftatbegriffs völlig ausgeschlossen ist, in den hier aufgezeigten Landesberichten die jeweiligen Straftatbegriffe „in all ihren Facetten bis ins letzte Detail“ darzustellen.

¹⁹ Helmert, Der Straftatbegriff in Europa, S. 42.

Es geht vielmehr darum, einen Überblick zu präsentieren und die Straftatbegriffe auf ihre wesentlichen Grundzüge zu reduzieren.²⁰ Zu diesem Zweck gilt es, Folgendes zu beachten:

Zunächst sollen die Landesberichte kurz gehalten werden und sich nur auf die im jeweiligen Land vorherrschenden Konzeptionen – den Vier-Elemente-Deliktsaufbau im chinesischen Strafrecht und den dreistufigen Deliktsaufbau im deutschen Strafrecht – beschränken. Auch ist zu berücksichtigen, dass sich die vorliegende Arbeit – zwar nicht nur, aber doch primär – an eine deutsche Leserschaft wendet. Daher ist es nicht notwendig, die einzelnen Straftatelemente, die in der deutschen Wissenschaft seit langem geläufig sind, noch einmal in allen Einzelheiten zu präsentieren. Vor diesem Hintergrund wird der Straftatbegriff im deutschen Landesbericht bloß in groben Zügen und in seiner systematischen Bedeutung dargestellt.

Zweitens berichten die folgenden Landesreferate aus Platzgründen nicht über die historische Entwicklung des Straftatbegriffs in dem jeweiligen Land. Diesen Aspekt findet man in der Darstellung der Landesberichte des Max-Planck-Instituts aus dem Jahr 2008.²¹

Der begrenzte Rahmen dieser Untersuchung gebietet es überdies, z. B. nicht auf die verschiedenen Formen von Täterschaft und Teilnahme und die „Strafbarkeit“ von juristischen Personen einzugehen. Zwar dürften vor allem die chinesischen Wissenschaftler daran sehr interessiert sein, wie gegebenenfalls strafrechtliche Sanktionen gegen juristische Personen eingesetzt werden sollen, jedoch ist die entsprechende Fragestellung jedenfalls nicht zentraler Gegenstand dieser Untersuchung.²² Diese fokussiert bewusst ausschließlich die Frage, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit auf menschliches Verhalten mit dem spezifischen Instrument des Schuldspruchs und der entsprechenden Bestrafung reagiert werden darf.

20 Helmert, Der Straftatbegriff in Europa, S. 42.

21 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 1 bis 5, 2008.

22 In §§ 30, 31 cStGB wird die Strafbarkeit von Personenverbänden gesetzlich geregelt.

2. Methodik des Rechtsvergleichs

Im Anschluss an die Landesberichte wird im dritten Teil dieser Untersuchung vor allem erörtert, welche Unterschiede und Übereinstimmungen die beiden untersuchten Straftatbegriffe aufweisen. Nicht zuletzt wird geklärt, ob die untersuchten Straftatmodelle auf der Makro- und Mikroebene überhaupt hinreichende Übereinstimmungen haben, die die Grundlage eines chinesisch-deutschen Straftatbegriffs bilden können. Überdies werden im Sinne der vorbereitenden Annäherung die beiden untersuchten Straftatbegriffe gemeinsam kritisch gewürdigt. Dieser kritischen Bewertung liegt in der Sache bereits der herauszuarbeitende chinesisch-deutsche Straftatbegriff zugrunde.

Auf dieser Grundlage wird schließlich versucht, einen in Deutschland und China allgemein gültigen Straftatbegriff zu formulieren, und zwar mit zwei Zielen: Einerseits soll in formeller Hinsicht ein gemeinsamer Straftataufbau ausfindig gemacht werden. Andererseits sollen im Rahmen dieses Straftataufbaus aber auch materiellrechtliche Gemeinsamkeiten herausgearbeitet werden.²³ Dabei ist zu beachten, dass sich das zu bildende übergeordnete Straftatmodell strukturell nicht nur vom traditionellen deutschen, sondern auch vom traditionellen chinesischen Straftatmodell unterscheidet. Das neue Modell basiert auf der Konzeption der Verhaltensnorm, deren Bedeutung für das Strafrecht einer ausführlichen Darstellung bedarf. Daher ist es notwendig, den übergeordneten Straftatbegriff in einen neuen Teil, der außerhalb des Teils des Rechtsvergleichs liegt, zu erläutern. Dementsprechend wird die echte Vergleichsarbeit im Sinne der klassischen Rechtsvergleichungsmethodik in dieser Arbeit in die darauf folgenden zwei Teile gegliedert: Der dritte Teil dient der Klarstellung der Unterschiede und nicht zuletzt der gemeinsamen theoretischen Grundlagen des deutschen und chinesischen Straftatbegriffs. Im vierten Teil wird versucht, ein chinesisch-deutsches Straftatmodell zu entwickeln.

„Auf der Suche nach diesen Gemeinsamkeiten empfiehlt es sich, zur Annäherung erst einmal einen abstrakten Ansatz zu wählen, um die dabei (hoffentlich) aufgespürten Übereinstimmungen dann so weit wie möglich zu konkretisieren.“²⁴ Wenn man so vorgeht, lässt sich zu-

²³ Vgl. *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 44.

²⁴ *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 218.

nächst Folgendes feststellen: Obwohl der Straftatbegriff im chinesischen Strafgesetzbuch gesetzlich definiert ist und im deutschen nicht, ist in beiden Ländern gesetzlich angeordnet, dass für die Begründung einer Straftat jedenfalls ein bestimmter (gesetzlicher) Straftatbestand i. e. S. notwendigerweise durch ein (menschliches) Verhalten erfüllt sein muss. Eine strafrechtliche Verurteilung wegen einer solchen (nicht gerechtfertigten) Straftatbestandsverwirklichung bringt stets die Missbilligung eines bestimmten menschlichen Verhaltens zum Ausdruck. Freilich ist mit der Tatbestandsverwirklichung als solcher noch kein endgültiges, sondern nur ein grundsätzliches Missbilligungsurteil verbunden. Kann über ein Verhalten ein solches grundsätzliches tatbestandliches Missbilligungsurteil gefällt werden, ist damit noch kein für die strafrechtliche Reaktion ausreichendes personales Fehlverhalten festgestellt. Denn das grundsätzliche Missbilligungsurteil steht noch unter dem Vorbehalt der Rechtfertigung. Insofern bilden der Tatbestand i. e. S. und die Rechtswidrigkeit im Hinblick auf die zu begründende strafrechtliche Reaktion eine Bewertungseinheit: Beide sind zwar prinzipiell gedanklich voneinander abschichtbar, aber letztlich eben doch notwendig für den tatbestandsmäßigen Verhaltensnormverstoß, der als primäres straftatfundierendes Datum anzusehen ist und an dem es fehlt, wenn ein Rechtfertigungsgrund eingreift.²⁵ Zu beachten ist, dass der tatbestandsmäßige Verhaltensnormverstoß noch aus dem strafrechtlich erfassten Bereich ausgeschlossen werden kann, wenn der tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß aus bestimmten Gründen nicht hinreichend gewichtig ist und es daher einer strafrechtlichen Reaktion nicht bedarf. Schließlich kommen zusätzliche Straftaterfordernisse – wie tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolgen, fehlender Rücktritt oder objektive Strafbarkeitsbedingungen – in Betracht. Diese Erfordernisse sind in der Lage, in bestimmten Konstellationen die strafrechtliche Verantwortlichkeit zu beeinflussen. Nach dieser Struktur und Reihenfolge gehen die beiden untersuchten Straftatkonzeptionen vor.

25 Freund, AT, § 3 Rn. 24. Insoweit ist ein Verständnis der Rechtfertigungsgründe als „negative Tatbestandsmerkmale“ durchaus zutreffend; siehe dazu Puppe, FS Otto, S. 389, 392, 393; Kindhäuser, AT, § 29 Rn. 20 f.; 张明楷: 《刑法学》, 法律出版社 2011 年版, 第 129~132 页.

Zweiter Teil Die Straftatbegriffe in China und Deutschland – Landesberichte

A. Der Straftatbegriff in China

I. Grundlagen des Straftatbegriffs im chinesischen Strafrecht

In § 13 des chinesischen Strafgesetzbuches (cStGB) wird die Straftat gesetzlich definiert: Eine Straftat ist ein Verhalten, das die Souveränität, territoriale Integrität oder Sicherheit des Staates gefährdet, den Staat spaltet, Subversion der politischen Macht der demokratischen Diktatur des Volkes oder den Umsturz des sozialistischen Systems betreibt, die gesellschaftliche oder die wirtschaftliche Ordnung zerstört, das Staatseigentum oder das Kollektiveigentum der werktätigen Massen und das Privateigentum der Bürger beeinträchtigt, persönliche Rechte, demokratische Rechte oder sonstige Rechte der Bürger verletzt, sowie anderes, der Gesellschaft Schaden zufügendes Verhalten, soweit es durch ein Gesetz unter Strafe gestellt wird. Jedoch wird derartiges Verhalten nicht als Straftat angesehen, soweit dieses nach den Tatumständen eindeutig unerheblich ist und keinen großen Sozialschaden herbeigeführt hat.²⁶ Aufgrund dieser gesetzlichen Definition ist in China allgemein anerkannt, dass eine Straftat drei unverzichtbare Kriterien erfüllen muss: 1. die schwerwiegende Sozialschädlichkeit (严重的社会危害性), 2. die Strafrechtswidrigkeit (刑事违法性) und 3. die Strafwürdigkeit (应受处罚性).²⁷

26 Übersetzung von Strupp, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 107.

27 Dazu siehe statt vieler 肖扬主编:《中国新刑法学》, 中国人民公安大学出版社 1997 年版, 第 46 页; 赵秉志主编,《新刑法教程》, 中国人民大学出版社 1997 年版, 第 79~81 页; 刘艳红,《中国刑法解释》第 13 条, 中国社会科学出版 2005 年版, 第 181~189 页; 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》, 高等教育出版社 2011 年版, 第 44~47 页.

1. Schwerwiegende Sozialschädlichkeit

a) Gesetzliche Grundlagen

Die schwerwiegende Sozialschädlichkeit gilt als wesentliches Kriterium einer Straftat. Diese soll – als ein auf den gesellschaftlich-politischen Aspekt der Straftat hindeutender Begriff – die Quintessenz sowohl des materiellen als auch des formellen Aspekts der Straftat widerspiegeln.²⁸ § 13 cStGB sieht ausdrücklich vor, dass ein (Fehl-)Verhalten dann nicht als Straftat anzusehen ist, wenn es nach den Tatumständen (und zwar nicht nur in Bezug auf das Fehlverhalten, sondern auch in Bezug auf tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolgen) eindeutig unerheblich ist und keinen großen Sozialschaden herbeiführt. Dieser Regelung lässt sich entnehmen, dass nur *schwerwiegend* sozialschädliches Verhalten als Straftat gelten soll. Insofern gilt es zu beachten, dass jedes Fehlverhalten – genauer: jedes rechtlich missbilligte Verhalten – jedenfalls sozialschädlich im Sinne des Normwiderspruchs und gegebenenfalls auch im Sinne des unter Umständen eingetretenen Schädigungserfolges ist. Daher ist es unmöglich, allein mit Hilfe des qualitativen Kriteriums der Sozialschädlichkeit Straftaten von anderen rechtlichen Fehlverhaltensweisen abzugrenzen. Vielmehr bedarf es einer Quantifizierung i. S. einer Gewichtung: Straftaten erfordern eine *schwerwiegende* – also eine qualifizierte (besonders gravierende) – Sozialschädlichkeit. Die (einfache) Sozialschädlichkeit anderer Fehlverhaltensweisen ist für die Bejahung einer Straftat nicht hinreichend gewichtig.²⁹

In vielen Strafvorschriften des Besonderen Teils des chinesischen Strafgesetzbuchs ist als Tatbestandsmerkmal vorgesehen, dass eine entsprechende Straftat nur „bei Vorliegen schwerwiegender Tatumstände“ vorliegt. Beispielsweise wird gemäß § 182 cStGB die Manipulation von Preisen im Wertpapiergeschäft und Termingeschäft nur bei Vorliegen

28 Dazu siehe statt vieler 王作富: 《中国刑法研究》, 中国人民大学出版社 1988 年版, 第 52~65 页; 苏慧渔主编: 《刑法学》, 中国政法大学出版社 1997 年版, 第 73~80 页; 马克昌主编: 《刑法》, 高等教育出版社, 2012 年版, 第 27 页.

29 Siehe dazu 马克昌主编: 《犯罪通论》, 武汉大学出版社 1999 年版, 第 19 页; 张明楷: 《刑法的基础观念》, 中国检察出版社 1995 年版, 第 146 页.

schwerwiegender Tatumstände bestraft.³⁰ § 264 cStGB (Diebstahl) ist eine Sanktionsnorm, die das Stehlen von in öffentlichem oder privatem Eigentum stehenden Vermögenswerten und Sachen nur sanktioniert, wenn es um eine große Wertsumme oder die Begehung mehrerer Diebstähle geht.³¹ Daran lässt sich deutlich erkennen, dass die Manipulation von Preisen im Wertpapiergeschäft und Termingeschäft sowie der Diebstahl nur dann als Straftat anzusehen sind, wenn eine *schwerwiegende* Sozialschädlichkeit vorliegt.

b) Sozialschädlichkeit

Nach der traditionellen chinesischen Strafrechtsdogmatik soll unter Sozialschädlichkeit zu verstehen sein, dass das vom Täter vorgenommene Verhalten möglichen Schaden oder Schaden in Bezug auf die Sozialverhältnisse verursachen kann.³² Demzufolge gilt der Sozialschaden als möglicher Schaden oder Schaden in Bezug auf die Sozialverhältnisse. Der „mögliche Schaden in Bezug auf die Sozialverhältnisse“ wird durch das Fehlverhalten des Täters geschaffen und gilt als dessen spezifisches Kennzeichen. Das rechtliche Fehlverhalten des Täters stellt das Kernelement der Begründung einer Straftat dar, auf dem die anderen sozialschädlichkeitsbegründenden Bestandteile basieren. Deswegen gibt es keine Straftat ohne entsprechendes Fehlverhalten.³³ Demgegenüber wird der „Schaden in Bezug auf die Sozialverhältnisse“ als Fehlverhaltensfolge aufgefasst. Dabei werden die Sozialverhältnisse als Güter und Interessen (Rechtsgüter) der Bürger gedeutet.³⁴

Aus der Definition der Sozialschädlichkeit ergibt sich, dass nicht nur die vollendete Tat eine schwerwiegende Sozialschädlichkeit auf-

30 Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 158.

31 Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 189.

32 Siehe dazu 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》, 高等教育出版社 2011 年版, 第 44 页; 马克昌主编:《犯罪通论》, 武汉大学出版社, 1999 年版, 第 20 页.

33 马克昌主编:《犯罪通论》, 武汉大学出版社, 1999 年版, 第 158 页.

34 Zur Kritik an dieser Definition der Sozialverhältnisse und ihrem angemessenen Verständnis siehe A III 2 a der vorliegenden Arbeit.

weisen kann, sondern auch bereits die Versuchstat.³⁵ Denn obwohl eine Versuchstat keinen konkreten Schädigungserfolg – etwa in Gestalt des Todes oder der Verletzung eines anderen Menschen – herbeiführt, bewirkt sie entsprechende Schädigungsmöglichkeiten in Bezug auf die Sozialverhältnisse, weshalb sie auch entsprechend *schwerwiegend* sozial-schädlich sein kann.³⁶

Außerdem hat sich im chinesischen Strafrecht die Auffassung durchgesetzt, dass die Sozialschädlichkeit eine Einheit objektiver und subjektiver Merkmale bzw. eine Einheit des objektiven Schadens und der individuellen rechtsfeindlichen Gesinnung darstellt.³⁷ Die Sozialschädlichkeit beruht auf den folgenden drei Aspekten: Zunächst kann nur ein vom menschlichen Willen beherrschbares menschliches *Verhalten* sozialschädlich sein. Die bloße rechtsfeindliche Gesinnung kann der Gesellschaft noch keinen Schaden zufügen. Außerdem ergeben sich aus dem Fehlverhalten bei einer Straftat Schädigungsmöglichkeiten sowie Gefährdungs- und Verletzungserfolge in Bezug auf Güter und Interessen anderer Bürger. Schließlich muss das Verhalten, das die Schädigungsmöglichkeiten sowie die Gefährdungs- und Verletzungserfolge bewirkt, vom individuellen Wissen und Willen des Täters in seiner Unwertdimension so erfasst sein, dass es Ausdruck der individuellen rechtsfeindlichen Gesinnung ist.³⁸

35 Siehe dazu 赵秉志: 《犯罪未遂的理论与实践》, 中国人民大学出版社 1987 年版, 第 54~55 页; 马克昌主编: 《犯罪通论》, 武汉大学出版社 1999 年版, 第 20 页, 第 461 页.

36 马克昌主编: 《犯罪通论》, 武汉大学出版社 1999 年版, 第 20 页.

37 Vgl. 陈兴良: 《刑法适用总论》(上卷), 法律出版社 1999 年版, 第 83 页; 高铭喧等主编: 《新中国刑法的理论与实践》, 河北人民出版社 1985 年版, 第 135 页; 刘艳红: 《社会危害性理论之辩证》, 载《中国法学》2002 年第 2 期; 苏慧渔主编: 《刑法学》, 中国政法大学出版社 1997 年版, 第 76 页.

38 Siehe dazu 马克昌主编: 《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 28 页; 马克昌主编: 《犯罪通论》, 武汉大学出版社 1999 年版, 第 21 页.

c) Die relevanten Merkmale der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit

Die schwerwiegende Sozialschädlichkeit hängt von folgenden Kriterien ab:³⁹

aa) Tatobjekt

Generell wiegt die Sozialschädlichkeit in Bezug auf die Beeinträchtigung von Gütern und Interessen von Minderjährigen, Behinderten, Senioren oder Schwangeren schwerer als die Sozialschädlichkeit in Bezug auf die Beeinträchtigung von Gütern und Interessen anderer Bürger. So wird z. B. der sexuelle Missbrauch einer weiblichen Minderjährigen, die das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, schärfer bestraft (§ 237 III cStGB).⁴⁰ Entsprechendes gilt für Verführung, Anstiftung, Veranlassung durch Täuschung und Nötigung eines Minderjährigen zur Drogeneinnahme und Drogeninjektion (§ 353 III cStGB).⁴¹

bb) Ausführungsmethode

Unter diesem Blickwinkel muss geprüft werden, ob der Täter mit Gewalt oder anderen besonders gefährlichen Mitteln die Güter und Interessen des Opfers gefährdet oder verletzt hat. Denkt man zum Beispiel an die vorsätzliche Tötung, gibt es im chinesischen Strafgesetzbuch keine differenzierende Regelung in Bezug auf die Tötungsmethode oder die Tötungsmittel. Jedoch wiegt die Sozialschädlichkeit der grausamen vorsätzlichen Tötung schwerer als die der „normalen“ vorsätzlichen Tötung.

39 Vgl. 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》, 高等教育出版社 2011 年版, 第 45 页; 马克昌主编:《犯罪通论》, 武汉大学出版社 1999 年版, 第 21~23 页.

40 Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 181.

41 Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 221.

cc) Tatort und Tatzeitpunkt

Für die *schwerwiegende* Sozialschädlichkeit ist es von Bedeutung, ob der Täter an einem bestimmten Tatort oder zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Straftat begeht, die eine größere Gefährdung oder Schädigung von Gütern oder Interessen anderer Bürger verursachen kann. Ein gutes Beispiel liefern Straftaten, die in örtlichem und zeitlichem Zusammenhang mit Naturkatastrophen wie Hochwasser oder Erdbeben begangen werden. Außerdem ist an eine Vergewaltigung zu denken, die der Täter an einem öffentlichen Ort bzw. in aller Öffentlichkeit begeht.

dd) Eintritt spezifischer Fehlverhaltensfolgen und deren Intensität

Nach § 23 II cStGB kann eine Versuchstat im Vergleich zur vollendeten Tat milder bestraft werden. Nach § 29 cStGB kann der Anstifter milder bestraft, wenn der Angestiftete die Tat, die er begehen sollte, nicht begangen hat.

ee) Schuldfähigkeit und besondere persönliche Merkmale

Ist eine Person schuldunfähig, kann ihr Verhalten zwar objektiv gefährlich sein, jedoch fehlt dem Verhalten die entsprechende Sozialschädlichkeit wegen der nicht vorhandenen Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Ansicht zu handeln. Die verminderte Schuldfähigkeit des Täters führt zu einer geringeren Sozialschädlichkeit seines Fehlverhaltens. Zum Beispiel kann eine von einem Taubstummen oder einem Blinden begangene Straftat milder bestraft werden oder sogar straffrei bleiben (§ 19 cStGB);⁴² die Straftat eines Minderjährigen, der das vierzehnte Lebensjahr, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, muss milder bestraft werden (§ 17 III cStGB).⁴³ Außerdem tragen Straftaten, die vom Täter mit bestimmten besonderen persönlichen Merkmalen begangen werden, eine schwerer

42 Vgl. Übersetzung von Strupp, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 109.

43 Übersetzung von Strupp, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 108.

wiegende Sozialschädlichkeit in sich als solche, die ohne diese Merkmale begangen werden. So wird in § 243 II cStGB die durch einen Amtsträger einer staatlichen Behörde begangene falsche Verdächtigung schärfer bestraft. Nach § 245 II cStGB wird die durch einen Amtsträger der Justiz begangene rechtswidrige Durchsuchung des Körpers oder der Wohnung eines anderen mit schärferer Strafe bestraft.⁴⁴

ff) Subjektive Tatmerkmale

Vorsatz, Fahrlässigkeit und verwerfliche Absichten prägen die Sozialschädlichkeit des Fehlverhaltens. Die Sozialschädlichkeit des vorsätzlichen Verhaltens wiegt unter sonst gleichen Umständen schwerer als die des fahrlässigen. Die Sozialschädlichkeit des Diebstahls, der begangen wird, um die schwerkranken Eltern zu retten, wiegt leichter als die Sozialschädlichkeit des Diebstahls, der mit der Absicht begangen wird, sich selbst zu bereichern.

gg) Das Fehlverhalten bei einer Rückfalltat

Gemäß § 65 I cStGB wird die Rückfalltat schärfer bestraft. Unter Rückfalltat in dem hier interessierenden Sinne versteht man die Straftat eines Täters, der mindestens zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist und binnen fünf Jahren nach Beendigung des Vollzugs der Strafe oder binnen fünf Jahren nach Begnadigung erneut eine Straftat begeht, die mindestens mit einer Freiheitsstrafe bedroht ist.⁴⁵

hh) Das Nachtatverhalten

Für das Gewicht der Sozialschädlichkeit ist es auch von Bedeutung, ob der Täter nach begangener Straftat Reue zeigt, den Hergang seiner Straftat den zuständigen Strafverfolgungsbehörden anzeigt, freiwillig eine notwendige Schadensersatzleistung erbringt oder sich um straf-

44 Vgl. Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 185.

45 Vgl. die Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 119.

rechtliche Wiedergutmachung bemüht. § 67 I cStGB sieht vor: Handelt es sich in Fällen der Selbstanzeige um eine leichte Straftat, kann das Gericht von Bestrafung absehen.⁴⁶ Überdies kann nach § 68 I cStGB das Gericht die Strafe des Täters mildern oder von Strafe absehen, wenn er durch freiwilliges Offenbaren oder freiwillige Lieferung wichtiger Anhaltspunkte dazu beigetragen hat, dass die Straftat eines anderen aufgedeckt werden konnte. Nach § 383 I Nr. 3 cStGB ist es zulässig, dass das Gericht eine Amtsunterschlagung milder sanktioniert oder von Bestrafung absieht, wenn die unterschlagene Wertsumme nicht mehr als 10 000 Yuan beträgt und der Täter nach der begangenen Tat Reue und Besserungswillen an den Tag legt und die Beute freiwillig herausgibt.⁴⁷

Insbesondere wird noch auf Folgendes hingewiesen: Soweit die schwerwiegende Sozialschädlichkeit in einer Einheit der Gegensätze der Qualität und Quantität besteht, spaltet man diese relevanten Kriterien weiter auf. In der chinesischen Strafrechtstheorie wird die qualitative Sozialschädlichkeit durch die im Tatbestand beschriebenen Fehlverhaltensweisen gekennzeichnet, während die quantitative Sozialschädlichkeit davon abhängt, wie schwer das Unrecht des Taterfolgs und der oben erwähnten Tatumstände wiegt.⁴⁸

2. Strafrechtswidrigkeit

a) Grundsätzliches

Die Strafrechtswidrigkeit⁴⁹ wird als normative Eigenschaft der Straftat angesehen. Nach der traditionellen chinesischen Strafrechtsdogmatik versteht man unter der Strafrechtswidrigkeit, dass das Verhalten im Widerspruch zu einer Strafrechtsnorm stehe und einem Tatbestand

46 Übersetzung von Strupp, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 119.

47 Übersetzung von Strupp, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 231.

48 Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 104; 马克昌主编: 《犯罪通论》, 武汉大学出版社 1999 年版, 第 158 页.

49 Zur Kritik am Begriff der „Strafrechtswidrigkeit“ siehe unten, Dritter Teil, B, I, 3 a.

(im weiteren Sinne) entspreche.⁵⁰ Strafrechtsnormen finden sich nicht nur im Allgemeinen und im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs, sondern darüber hinaus in zahlreichen nebenstrafrechtlichen Regelungen.⁵¹ Im chinesischen Strafrecht gilt die Rechtswidrigkeit als Bewertung eines Gegenstandes, der eine Einheit aus objektiven und subjektiven Merkmalen bildet. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit kommt erst *nach* der Bejahung der Schuldfähigkeit sowie des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit in Betracht.⁵²

b) Gesetzlichkeitsgrundsatz

Aus dem Gesetzlichkeitsgrundsatz ergibt sich die Strafrechtswidrigkeit als eine Eigenschaft der Straftat. Dieses Prinzip wird in § 3 cStGB gesetzlich angeordnet: Ist ein Verhalten durch Gesetz ausdrücklich als Straftat bestimmt, wird es entsprechend mit Strafe geahndet; liegt eine ausdrückliche Regelung nicht vor, ist die Annahme, das Verhalten sei eine Straftat, und die Verhängung von Strafe nicht erlaubt.⁵³ Der Gesetzlichkeitsgrundsatz umfasst nach dem chinesischen Strafrechtsverständnis die folgenden vier Einzelprinzipien: das Verbot strafbegründender Rückwirkung von Gesetzen, das Verbot strafbegründenden Gewohnheitsrechts, das Verbot der Analogie zulasten des Beschuldigten und das Bestimmtheitsgebot.⁵⁴

50 Dazu siehe statt vieler 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社 2011 年版，第 46 页；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社，1999 年版，第 26 页。

51 Dazu siehe 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2007 年版，第 78 页；马克昌主编：《刑法》，高等教育出版社，2012 年版，第 29 页。

52 马克昌主编：《刑法》，高等教育出版 2012 年版，第 29 页；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 27 页。

53 Vgl. dazu die Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 105.

54 齐文远：《刑法学》，北京大学出版社 2011 年版，第 25 页；diese vier Einzelprinzipien bedürfen hier keiner näheren Erläuterung. Zu Einzelheiten siehe beispielsweise *Zhao/Richter*, in: Sieber/Cornils, Teilband 2, S. 7 ff.; 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 53~62 页。

c) Das Verhältnis zwischen der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit und der Strafrechtswidrigkeit

Um das Verhältnis zwischen der Strafrechtswidrigkeit und der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit angemessen zu verstehen, sollten zwei Aspekte unterschieden werden: Zum einen wird ein Verhalten nur bei Vorliegen schwerwiegender Sozialschädlichkeit vom Gesetzgeber im Interesse des Güter- und Interessenschutzes als Straftat eingestuft. Infolgedessen gilt die schwerwiegende Sozialschädlichkeit als *Voraussetzung* der Strafrechtswidrigkeit. In China ist die materielle Seite der Straftat – die schwerwiegende Sozialschädlichkeit – stets mit ihrer formellen Seite – der Tatbestandsmäßigkeit eng verbunden. Die materielle Seite ist selbst für die formelle Seite maßgebend. Daraus ergibt sich, dass die erstere „jederzeit die letztere korrigieren“ kann; sie „entscheidet letztlich über das Vorliegen einer Straftat ohne eine Zwischenfunktion der formellen Seite“⁵⁵. Dementsprechend stellt die Strafrechtswidrigkeit auf der formellen Seite nur den normativen Ausdruck der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit dar.⁵⁶ Zum anderen liefert die schwerwiegende Sozialschädlichkeit keinen eindeutigen Maßstab für die Feststellung der Straftat. Für Rechtsklarheit sorgt insofern die Strafrechtswidrigkeit, die eigentlich als Tatbestandsmäßigkeit benannt werden sollte,⁵⁷ die sich ihrerseits aus einem bestimmten Prüfungskonzept („Aufbau“) ergibt. Die Grenzen der Feststellung einer Straftat ergeben sich aus dem Tatbestand im weiteren Sinne. Die Tatbestandsmäßigkeit bildet die einzige formale Ressource der Strafbarkeit.⁵⁸

In der chinesischen Strafrechtsdogmatik wird die Tatbestandsmäßigkeit „materiell“ behandelt. Dementsprechend besteht der Hauptgrund, weshalb ein Verhalten als eine Straftat eingestuft werden kann, vornehmlich in der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit; während die Strafrechtswidrigkeit erst deswegen strafrechtlich relevant ist, weil sie das synthetische Indiz der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit darstellt.⁵⁹ Infolgedessen liegt ein „Kommensalismus“ zwischen den Be-

55 Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 101.

56 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社 2011 年版，第 46 页。

57 Dazu siehe unten, Dritter Teil, B, I, 1.

58 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 68 页。

59 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 68–69 页。

griffen der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit und der Strafrechtswidrigkeit vor.⁶⁰ Die Tatbestandsmäßigkeit verkörpert immer unmittelbar die schwerwiegende Sozialschädlichkeit. Ist der Tatbestand erfüllt, so ist zugleich die schwerwiegende Sozialschädlichkeit gegeben. Umgekehrt kann auch angenommen werden, dass bei einem schwerwiegenden sozialschädlichen Verhalten seine Tatbestandsmäßigkeit stets gegeben ist.⁶¹

d) Qualitatives und quantitatives Verständnis der Strafrechtswidrigkeit

Nach dem Gesagten ist die materiell bestimmte schwerwiegende Sozialschädlichkeit nicht nur qualitativ, sondern auch quantitativ aufzufassen. Daher stellt die Tatbestandsmäßigkeit aufgrund des in der chinesischen Strafrechtsdogmatik vorliegenden Kommensalismus auch eine Synthese von Quantität und Qualität dar.⁶² Nach der Legaldefinition in § 13 cStGB gelten derartige Verhaltensweisen nicht als Straftaten, wenn sie den Tatumständen nach eindeutig geringfügig sind und keinen großen Sozialschaden verursacht haben, wobei die Geringfügigkeit der Tatumstände ein quantitatives Merkmal darstellt. Dementsprechend wird dieses Merkmal im Besonderen Teil des chinesischen Strafgesetzbuchs entweder als Tatbestandsmerkmal oder als Strafzumessungsfaktor geregelt.⁶³ Gliedert man dieses quantitative Merkmal weiter auf, sind hierbei zwei Elemente relevant, nämlich die Schadenssumme (bei wirtschaftlichen Delikten) und die tatsächliche Sachlage.⁶⁴ Kommt die Schadenssumme als Tatbestandsmerkmal vor, so nennt man die einschlägigen Delikte „Schadenssummendelikte (数额犯)“, wobei im Besonderen Teil des cStGB ungefähr 45 solcher Tatbestände enthalten sind.⁶⁵ In Gegensatz dazu nennt man die einschlägigen Delikte „Umstandsdelikte (情节犯)“, wenn eine bestimmte tatsächliche Sachlage

60 Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 98. Zur kritischen Würdigung des Kommensalismus siehe unten, Dritter Teil, B, I, 3, a.

61 Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 98.

62 Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 104 f.

63 Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 98.

64 Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 105; 陈兴良: 《刑法哲学》, 中国人民大学出版社 2015 年版, 第 723~733 页.

65 Dazu siehe 陈兴良: 《刑法哲学》, 中国人民大学出版社 2015 年版, 第 723~729; 唐世月: 《数额犯论》, 法律出版社 2005 年版, 第 5~7 页.

von Tatbeständen gefordert wird. Im Besonderen Teil des chinesischen Strafgesetzbuchs befinden sich ungefähr 80 solcher Tatbestände.⁶⁶ Liegen die von einem bestimmten Tatbestand geforderten Schadenssummen oder Umstände im Einzelfall nicht vor, so muss die Strafbarkeit der ganzen Tat abgelehnt werden.

Außerdem gilt es zu beachten: Alle als Tatbestandsmerkmal geltenden Schadenssummen werden entweder im Strafgesetzbuch oder in den Gesetzesinterpretationen des ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses oder in den Justizinterpretationen des Höchsten Volksgerichtshofs oder der Obersten Volksstaatsanwaltschaft exakt festgelegt. Als Beispiel für ein Schadenssummendelikt ist der Tatbestand des Diebstahls zu nennen: § 264 sieht vor, „wer in öffentlichem oder privatem Eigentum stehende Vermögenwerte und Sachen stiehlt, wird im Falle des Vorliegens einer verhältnismäßig großen Wertsumme [...] bestraft.“⁶⁷ Ergänzend wird „eine verhältnismäßig große Wertsumme“ weiter in der offiziellen Auslegung des Höchsten Volksgerichtshofs i. V. m. der Obersten Volksstaatsanwaltschaft folgendermaßen erläutert: Den Grenzwert der Schadenssumme können die Provinzen, die regierungsunmittelbaren Städte und die autonomen Gebiete je nach Bedarf selbst bestimmen. Allerdings muss der Grenzwert mehr als 1000 Yuan und weniger als 3000 betragen. Im Unterschied zur Schadenssumme ist der Begriff der „Umstände“ im cStGB noch unklar. Die Subsumtion der konkreten Tatumstände unter die Merkmale der „schwerwiegenden Umstände“, „schlechten gesellschaftlichen Effekte“ usw. wird oft weder im Strafgesetzbuch oder in den Gesetzesinterpretationen des ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses noch in den Justizinterpretationen des Höchsten Volksgerichtshofs oder der Obersten Volksstaatsanwaltschaft erläutert. Folglich werden die entsprechenden Auslegungsmöglichkeiten dem Schrifttum oder der Kommentarliteratur überlassen. Beispielsweise sieht § 243 I cStGB vor: „Wer Tatsachen erfindet und einen anderen falsch anschuldigt und gegen ihn in der Absicht intrigiert, den anderen strafrechtlicher Verfolgung und Untersuchung zu unterwerfen, wird bei Vorliegen

66 Dazu siehe 陈兴良: 《刑法哲学》, 中国人民大学出版社 2015 年版, 第 729~733; Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 105 ff.

67 Übersetzung von Strupp, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 189.

ernster und schwerwiegender Tatumstände [...] bestraft.“⁶⁸ Im Schrifttum wird dieses Kriterium wie folgt ausgelegt: Mit ernsten und schwerwiegenden Tatumständen ist gemeint, dass „die ordentliche Tätigkeit der Justizorgane schwer belastet wird oder ein ernsthafter negativer Sozialeffekt hervorgerufen wird.“⁶⁹ Mit Recht wird in der Literatur Kritik geübt: Das offene Problem der Subsumtion kann in Extremfällen dazu führen, dass der Begriff der „Umstände“ aufgrund seiner Unklarheit durch den betroffenen justiziellen Entscheidungsträger beliebig ausgelegt werden kann, weil hierbei ein festgelegtes Maß für eine „schwerwiegende“ Tat gar nicht gegeben ist.⁷⁰

3. Strafwürdigkeit

In § 13 cStGB ist die Strafwürdigkeit (应受处罚性) gesetzlich geregelt. Deswegen wird sie als unentbehrliche Eigenschaft der Straftat angesehen. Die Strafwürdigkeit ist als notwendige Eigenschaft der Straftat unter dem Blickwinkel ihrer Rechtsfolge zu begreifen. Darunter versteht man, dass jede Straftat bestraft werden soll. Dementsprechend muss für eine Straftat von Rechts wegen die Bestrafung angemessen und durch ein erfülltes Strafgesetz tatsächlich vorgesehen sein. Die Strafwürdigkeit setzt in der Sache die schwerwiegende Sozialschädlichkeit und Strafrechtswidrigkeit voraus.⁷¹

Im Wesentlichen wird eine Straftat durch ein rechtswidriges Verhalten geprägt, das schwerwiegend sozialschädlich ist. Allerdings stellt sich die Frage, wie schwerwiegend die Sozialschädlichkeit des Fehlverhaltens sein muss, damit es als eine Straftat anzusehen ist. Unter dem Blickwinkel ihrer Rechtsfolge (des Schuldspruchs und der Strafe) erfordert die Straftat eine Strafwürdigkeit.⁷² Dazu gehört auch in formeller Hinsicht eine gesetzliche Strafbarkeitsanordnung.

68 Übersetzung von Strupp, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 184.

69 周道鸾, 张军主编: 《刑法罪名精释》, 人民法院出版社 2003 年版; Übersetzung von Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 106.

70 陈兴良: 《刑法哲学》, 中国人民大学出版社 2015 年版, 第 730~731.

71 Zur Kritik an der problematischen Trennung der Strafrechtswidrigkeit von der Strafwürdigkeit siehe Dritter Teil, B, I, 3 a).

72 张明楷: 《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 79 页.

II. Der Straftatbegriff im Einzelnen

1. Die systematische Inhaltsgestaltung des Vier-Elemente--Deliktsaufbaus

Mit dem Vier-Elemente-Deliktsaufbau wird die Frage beantwortet, wie man die einzelnen Elemente der Straftat in eine Struktur einpassen kann, um so die schwerwiegende Sozialschädlichkeit eines menschlichen Verhaltens festzustellen. Aus der sowjetischen Strafrechtslehre übernommen ist ein viergliedriges Modell: das Subjekt der Tat (persönliche Merkmale, die Schuldfähigkeit), die subjektive Tatseite (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Absicht, gegebenenfalls Irrtumsprobleme), das Objekt der Tat (Handlungs- und Angriffsobjekt bzw. Tatobjekt) und die objektive Tatseite (Tatverhalten, Taterfolg, Tatzeit, Tatort und Straftatausschlussgründe).⁷³

Nach dem heutigen Verständnis des viergliedrigen Deliktsaufbaus sind alle diese vier Elemente von gleichem logischem Gewicht. Diese Auffassung beruht darauf, dass der Vier-Elemente--Deliktsaufbau als ein „Koinzidenzmodell“ gilt. Unter diesem versteht man, dass für die Begründung einer Straftat alle vier Elemente im Sinne einer Straftateinheit gegeben sein müssen. Wenn auch nur eines davon fehlt, ist eine Straftat nicht begründbar.⁷⁴ Alle vier Voraussetzungen der Strafbarkeit stehen nach üblichem Verständnis gleichberechtigt nebeneinander, ohne dass eine bestimmte Reihenfolge einzuhalten ist.

2. Die dogmatische Darstellung der vier Elemente

a) Subjekt der Straftat

Als Tatsubjekt, das einen eigenständigen Teil des Deliktskonzepts bildet, kommen im chinesischen Strafrecht natürliche und juristische Personen in Betracht.⁷⁵ Wenn ein Tatbestand des Besonderen Teils eine juristische Person als Tatsubjekt erfassen soll, muss dieser Tatbe-

73 齐文远主编：《刑法学》，北京大学出版社 2011 年版，第 62~135 页；马克昌：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 101~404 页。

74 肖中华著：《犯罪构成及其关系论》，中国人民大学 2000 年版，第 273 页。

75 Die Strafbarkeit der juristischen Personen wird in §§ 30 f. cStGB gesetzlich geregelt.

stand ausdrücklich auf die juristische Person Bezug nehmen.⁷⁶ Als ein Beispiel kann § 151 V cStGB dienen, der besagt: Wenn eine juristische Person eine in diesem Paragraphen bestimmte Straftat begeht, wird gegen die betreffende juristische Person eine Geldstrafe verhängt; zugleich werden die für diese juristische Person unmittelbar verantwortlichen Leitungspersonen und sonstige unmittelbar verantwortliche Personen nach Maßgabe der Bestimmungen im jeweils einschlägigen Absatz des vorliegenden Paragraphen bestraft.⁷⁷

Nach der Subjekteigenschaft werden Delikte in Allgemein- und Sonderdelikte untergliedert.⁷⁸ Bei ersteren kann jedermann Tatsubjekt sein. Bei letzteren wird eine bestimmte Eigenschaft des Täters, die eine besondere Pflichtenstellung höchstpersönlicher Art umschreibt, gefordert. Zahlreiche Sonderdelikte besitzen einen Bezug auf Staatsbedienstete und Militärangehörige.⁷⁹ Dies betrifft vor allem die Tatbestände des Besonderen Teils in den Kapiteln 8 (Bestechungsdelikte), 9 (Amtsmissbrauch) und 10 (Pflichtverletzung durch Militärangehörige) des chinesischen Strafgesetzbuchs. Allerdings sind Sonderdelikte auch in anderen Kapiteln gegeben. So kann zum Beispiel der Tatbestand der Anwendung der Repressalien im Sinne des § 254 cStGB nur von einem Amtsträger und der Tatbestand der Misshandlung gemäß § 260 I cStGB nur von einem Familienangehörigen des Opfers verwirklicht werden.

Bei der Subjektseigenschaft muss auch die Frage der Schuldfähigkeit der natürlichen Person beantwortet werden. Die Schuldfähigkeit umfasst – nach der chinesischen Strafrechtsdogmatik – die Strafmündigkeit (§ 17 cStGB) und den entsprechenden geistig-seelischen Zustand der Person unter Einschluss der Berücksichtigung eines eventuellen Rausches (§ 18 cStGB).⁸⁰ Daher werden strafunmündige Kinder und Geisteskranke nicht als taugliche Tatsubjekte angesehen.

76 Siehe dazu statt vieler 齐文远主编: 《刑法学》, 北京大学出版社 2011 年版, 第 108 页; 马克昌主编: 《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 85 页.

77 Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 145.

78 Siehe dazu statt vieler 马克昌主编: 《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 32 页; 齐文远主编: 《刑法学》, 北京大学出版社 2011 年版, 第 51 页.

79 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 3, S. 635.

80 Näher dazu siehe statt vieler 马克昌主编: 《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 76~82 页.

b) Subjektive Seite der Straftat

In der chinesischen Strafrechtsdogmatik wird die subjektive Seite der Straftat überwiegend als die psychologische Haltung des Täters zu seiner Handlung und deren Erfolg aufgefasst.⁸¹ Die herrschende Meinung geht davon aus, dass die subjektive Tatseite folgende Elemente enthält: den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit, unter Umständen auch bestimmte Absichten (目的) und Motive (动机).⁸²

Gemäß § 16 cStGB liegt eine Straftat nur vor, wenn entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit gegeben ist. Vorsatz und Fahrlässigkeit werden dogmatisch im Begriff der Schuld (罪过) zusammengefasst und als zwei Schuldformen (罪过形式) angesehen.

aa) Vorsatz und Fahrlässigkeit

Sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Begehung der Straftat sind im Strafgesetzbuch normiert: In § 15 cStGB wird die Fahrlässigkeit gesetzlich definiert: Eine fahrlässige Straftat liegt vor, wenn der Täter voraussehen muss, dass sein eigenes Tun oder Unterlassen für die Gesellschaft gefährliche Folgen herbeiführen kann, er aber aus mangelnder Sorgfalt dies nicht vorausgesehen hat (unbewusste Fahrlässigkeit) oder wenn er dies zwar vorausgesehen hat, aber leichtfertig darauf vertraute, zu einer Vermeidung dieser Folge imstande zu sein (bewusste Fahrlässigkeit), und diese Folgen dann doch eingetreten sind.⁸³ § 14 cStGB enthält eine gesetzliche Definition des Vorsatzes: Eine vorsätzliche Straftat liegt vor, wenn der Täter wissentlich eine Straftat begeht in Kenntnis dessen, dass das eigene Verhalten die sozialschädlichen Folgen herbeizuführen vermag und er den Eintritt dieser Folge wünscht (direkter Vorsatz) oder in Kauf nimmt (indirekter Vor-

81 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社 2011 年版，第 103 页；齐文远主编：《刑法学》，北京大学出版社 2011 年版，第 114 页。

82 Siehe dazu statt vieler 马克昌主编：《刑法》，高等教育出版社 2012 年版，第 89~109 页。

83 Übersetzung von Strupp, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 108.

satz).⁸⁴ Nach wohl einhelliger Ansicht bestehen Vorsatz und Fahrlässigkeit aus einem intellektuellen und einem voluntativen Element.⁸⁵

Augenfällig zeigt sich das etwa in Folgendem: Nach der vorherrschenden chinesischen Strafrechtsdogmatik besitzen Vorsatz und Fahrlässigkeit eine „Doppelfunktion“. Im chinesischen Strafrecht sind Vorsatz und Fahrlässigkeit einerseits für die objektive Seite der Straftat von Bedeutung und andererseits betreffen sie auch die subjektive Seite der Straftat.⁸⁶ Bei der Prüfung gibt es folgende Reihenfolge: Zunächst wird auf der objektiven Seite das sozialschädliche Verhalten (das tatbestandsmäßige Verhalten) als vorsätzliches oder fahrlässiges „Fehlverhalten“ im Verhältnis zu einer bestimmten „Maßstabsfigur“ eingestuft. Nach dessen Bejahung prüft man auf der subjektiven Seite, ob das Verhalten von dem konkreten Handelnden oder Unterlassenden aufgrund seiner individuellen Schuld in Form des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit bejaht werden kann.

Im chinesischen Schrifttum wird weitgehend und im Ergebnis mit Recht angenommen, dass das aktuelle Bewusstsein, Unrecht zu tun, eine notwendige Voraussetzung für die Bestrafung wegen einer Vorsatztat ist. Denn nach § 14 cStGB muss der Täter bei Begehung einer Vorsatztat erkennen, dass sein Verhalten sozialschädliche Folgen her-

84 Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 108.

85 Zu dem intellektuellen und voluntativen Element des Vorsatzes und der inhaltlichen Gestaltung des direkten und bedingten Vorsatzes siehe 陈兴良主编:《刑法学》, 复旦大学出版社 2009 年版, 第 140~141 页; 姜伟:《罪过形式论》, 北京大学出版社 2008 年版, 第 80~81 页; 刘艳红,《中国刑法解释》第 13 条, 中国社会科学出版 2005 年版, 第 195~205 页; 张明楷,《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 215~221 页. Zu dem intellektuellen und voluntativen Element der Fahrlässigkeit und der inhaltlichen Gestaltung der bewussten und unbewussten Fahrlässigkeit siehe 陈兴良主编:《刑法学》, 复旦大学出版社 2009 年版, 第 144~145 页; 姜伟:《罪过形式论》, 北京大学出版社 2008 年版, 第 233~247 页; 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》, 中国法制出版社 2011 年版, 第 113~116 页.

86 Zur zweistufigen Feststellung einer Vorsatztat siehe 马克昌主编:《刑法》, 高等教育出版社, 2012 年版, 第 94 页; 张明楷:《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 217~218 页; zur zweistufigen Feststellung einer Fahrlässigkeitstat siehe 曾宪信、江任天、朱继良:《犯罪构成论》, 武汉大学出版社 1988 年版, 第 98~99 页; 马克昌主编:《犯罪通论》, 武汉大学出版社, 2013 年版, 第 311 页; 张明楷:《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 238~239 页.

beiführen kann.⁸⁷ Man kann erst von einer sozialschädlichen Folge sprechen, wenn sie sich als die Realisierung einer durch das Fehlverhalten des Handelnden oder Unterlassenden geschaffenen oder nicht abgewendeten rechtlich missbilligten Schädigungsmöglichkeit darstellt. Der Vorsatztäter muss bei seiner Tatbegehung zur Kenntnis genommen haben, dass sein Verhalten rechtlich missbilligt ist. Aufgrund dessen stellt das Unrechtsbewusstsein ein Vorsatzelement dar.

bb) Bestimmte Absichten und Motive

Im Gegensatz zu den beiden Schuldformen ist eine bestimmte Absicht (目的) ein zusätzliches und optionales subjektives Merkmal bei Vorsatztaten. Unter der Absicht versteht man den zielgerichteten Willen.⁸⁸ Ohne diesen Willen wird der entsprechende Tatbestand nicht verwirklicht. Die Absicht ist im chinesischen Strafgesetzbuch als ein Tatbestandsmerkmal für eine Reihe von Straftaten vorgesehen, wie zum Beispiel beim Schmuggel von pornografischen Veröffentlichungen im Sinne des § 152 I cStGB, bei dem der Täter die Gewinnerzielung oder Verbreitung beabsichtigen muss. Hierher gehört auch die Zuwendung der Vermögenswerte im Sinne des § 389 cStGB, bei dem eine auf das Sich-Verschaffen eines ungerechtfertigten Vorteils gerichtete Absicht notwendig ist.⁸⁹ Auch ist der Tatbestand nicht erfüllt, wenn sonst die spezialgesetzlich normierte Absicht fehlt. Beispielsweise wird im Schrifttum und der Rechtsprechung einhellig die Auffassung vertreten, dass die Verwirklichung des Tatbestands des Diebstahls im Sinne des § 264 c StGB stets eine auf die Erlangung eines illegalen Gewahrsams gerichtete Absicht voraussetzt.⁹⁰

Im weiteren Sinne gehört das Motiv zu den Absichten.⁹¹ Der Unterschied zwischen den beiden Merkmalen besteht im Grundsatz in Folgendem: Das Motiv stellt den mittelbaren Zweck der Straftat dar,

87 Siehe dazu 马克昌主编:《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 93 页; 齐文远主编:《刑法学》, 北京大学出版社 2011 年版, 第 117 页.

88 Näher dazu statt vieler 张明楷:《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 275 页, 第 274~275 页.

89 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 3, S. 636.

90 Näher dazu 张明楷:《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 275 页, 第 873~878 页.

91 马克昌主编:《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 105 页.

während die Absicht den unmittelbaren bildet.⁹² Im Gegensatz zur Absicht stellt das Motiv nach der chinesischen Strafrechtslehre keine Voraussetzung innerhalb des Tatbestands dar und ist deswegen auch nicht relevant für die Begründung einer Straftat; dennoch kann es eine nicht unerhebliche Rolle bei der Strafzumessung spielen.⁹³

cc) Irrtum

Darüber hinaus wird das Problem des Irrtums in der chinesischen Strafrechtsdogmatik im Rahmen der subjektiven Tatseite thematisiert. Obwohl keine gesetzliche Regelung des Irrtums im geltenden Strafgesetzbuch gegeben ist, unterscheidet die chinesische Strafrechtsdogmatik zwischen dem Irrtum über Tatsachen (事实错误) und dem Irrtum über Rechtsfragen (法律错误). Die beiden Formen umfassen jeweils wiederum einige Unterfälle.⁹⁴

c) Objekt der Straftat

Terminologisch ist zu beachten, dass die chinesische Strafrechtsdogmatik zwischen dem direkt vom Täter angegriffenen *konkreten* Tatobjekt (Personen, Sachen oder sonstigen Gegenständen), das als Handlungs- und Angriffsobjekt (犯罪对象) bezeichnet wird, und dem *abstrakten* Tatobjekt (犯罪客体) bzw. den – nach der in der chinesischen Lehre häufiger benutzten Terminologie – sozialistischen Sozialverhältnissen unterscheidet (gemeint sind damit Rechtsgüter wie Leben, Körperintegrität oder Freiheit).⁹⁵ Beispielsweise steht das konkrete Tatobjekt (etwa der lebende Mensch) dem durch das Tötungsverbot geschützten Sozialverhältnis (dem Rechtsgut) Leben gegenüber; das konkrete Tatobjekt lebender Mensch wird durch das Körperverletzungsverbot auch im Hinblick auf das rechtlich geschützte Sozialverhältnis (das Rechtsgut) Körperintegrität geschützt. Daher wird in der chinesischen Strafrechtslehre angenommen: Während das abstrakte Tatobjekt

92 马克昌主编：《刑法》，高等教育出版社 2012 年版，第 105 页。

93 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2007 年版，第 277 页。

94 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 3, S. 636, 640 ff.

95 Näher zum zutreffenden Verständnis des Sozialverhältnisses siehe unten, Dritter Teil, B II, 1, a.

als ein entscheidender, unverzichtbarer Bestandteil der Straftat angesehen wird, zählt das konkrete Handlungs- und Angriffsobjekt als Kristallisation des abstrakten Tatobjekts zu den objektiven Tatbestandsmerkmalen.⁹⁶

d) Objektive Seite der Straftat

Die objektive Seite umfasst im Wesentlichen das sozialschädliche Fehlverhalten, den Erfolg sowie die Kausalität im rechtlich relevanten Sinn.

aa) Sozialschädliches Fehlverhalten (危害行为)

Im Mittelpunkt der objektiven Seite der Straftat steht das sozialschädliche Fehlverhalten. Konsens dürfte wohl darin bestehen, dass das Verhalten als eine vom menschlichen Bewusstsein getragene, äußere und sozialschädliche körperliche Bewegung zu definieren ist.⁹⁷

Demnach soll der Verhaltensbegriff drei Aspekte umfassen: Zunächst muss jedes Fehlverhalten nach außen erkennbar sein – jedenfalls in Erscheinung treten. Dadurch ist es von inneren Gedanken, Plänen, Ideen und dergleichen abzugrenzen.⁹⁸ Auch wenn ein ausführlicher Plan zu einer Straftat gegeben ist, liegt kein Fehlverhalten vor, „solange keine nach außen erkennbaren Aktivitäten zur Vorbereitung oder Ausführung der Straftat erfolgen“⁹⁹. Zweitens muss jedes strafrechtlich relevante Fehlverhalten von menschlichem Bewusstsein getragen sein. Nach diesem Erfordernis kann man zwischen dem strafrechtlich relevanten Verhalten und sonstigen körperlichen Bewegungen differenzieren: Die körperlichen Bewegungen des Geisteskranken sollen nach § 18 I cStGB strafrechtlich nicht geahndet werden.¹⁰⁰ Denn ein Geisteskranker ist nicht in der Lage, sein Verhalten zutreffend zu

96 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 2, S. 358.

97 马克昌主编：《刑法》，高等教育出版社 2012 年版，第 57 页；齐文远主编：《刑法学》，北京大学出版社 2011 年版，第 80 页。

98 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 3, S. 475.

99 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 3, S. 475.

100 § 18 I cStGB: Hat ein Geistkranker, der zum Tatzeitpunkt nicht in der Lage ist, sein eigenes Verhalten zu erkennen oder zu steuern, eine schädliche Folge verursacht, so ist er strafrechtlich nicht verantwortlich.

erfassen und zu steuern.¹⁰¹ Das Gleiche gilt auch für die körperliche Bewegung, die durch körperliche unwiderstehliche Gewalt (*vis absoluta*) verursacht wurde, und die Reflexbewegungen im Schlaf oder bei Bewusstlosigkeit.¹⁰² Insoweit ist noch zu beachten, dass gemäß § 18 IV cStGB die rechtsgüterbeeinträchtigenden körperlichen Bewegungen eines Betrunkenen, der selbst die Trunkenheit verursacht hat, als rechtlich missbilligt und strafrechtlich relevant gelten sollen. Eine weit verbreitete Ansicht geht davon aus, der Betrunkene sei schuldig, weil er selbst für die Entstehung der Trunkenheit verantwortlich sei.¹⁰³ Drittens muss ein Fehlverhalten sozialschädlich sein im Sinne der Beeinträchtigung eines rechtlich geschützten Sozialverhältnisses.

Der Verhaltensbegriff beinhaltet Tun und Unterlassen. Tun (作为) ist die aktive körperliche Bewegung, während das Unterlassen als „negative“ körperliche Bewegung aufgefasst wird.¹⁰⁴ Unterlassen stellt die Nicht-Erfüllung einer bestehenden Rechtspflicht dar, deren Erfüllung dem Unterlassenden möglich wäre.¹⁰⁵ Die Entstehungsgründe solcher Rechtspflichten (Garantenpflichten, 保证人义务) bilden die Grundlage des Unterlassungsdelikts. Allgemein anerkannt kann eine solche Garantenpflicht aus einem oder mehreren der folgenden vier Gründe entstehen: aus Gesetz, aus Ingerenz, aus dem Beruf und aus einem Vertrag.¹⁰⁶

Im Einzelfall kann die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassung schwierig sein. Das gilt etwa bei verbotenen Besitz von Feuerwaffen oder Munition unter Verstoß gegen Bestimmungen zur Regelung von Feuerwaffen im Sinne des § 128 I cStGB und beim rechtswid-

101 Näher dazu 齐文远主编:《刑法学》, 北京大学出版社 2011 年版, 第 104~105 页.

102 Siehe dazu statt aller 马克昌主编:《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 58 页.

103 Siehe dazu statt aller 马克昌主编:《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 78 页.

104 Näher dazu statt aller 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》, 高等教育出版社 2011 年版, 第 65~71 页.

105 齐文远主编:《刑法学》, 北京大学出版社 2011 年版, 第 82 页; 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》, 高等教育出版社 2011 年版, 第 66 页.

106 Näher dazu 马克昌主编:《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 61 页; 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》, 高等教育出版社 2011 年版, 第 67-69 页.

rigen Drogenbesitz im Sinne des § 348 cStGB.¹⁰⁷ Weit verbreitet wird der verbotene Besitz als Tun eingestuft. Denn einerseits hat der Täter typischerweise selbst die Herrschaft über die Sache begründet. Andererseits kann der Grund, weshalb der Besitz mancher Gegenstände rechtlich unerlaubt ist, darin liegen, dass die Weiterbenutzung der besessenen Sache Rechtsgüter anderer beeinträchtigen kann, aber nicht primär darin, dass der Täter die entsprechende Sache nicht an den Staat weiterleitet. Daher wird angenommen, dass einem Besitzdelikt (持有型犯罪) kein Gebot, sondern ein Verbot zugrunde liege.¹⁰⁸

bb) Taterfolg, Kausalität und „Erfolgszurechnung“

Neben dem Fehlverhalten gehört zur objektiven Seite der Straftat der Erfolg (危害结果); dieser muss in einem ursächlichen Zusammenhang mit dem vorausgehenden Fehlverhalten stehen.¹⁰⁹ Bei der Beschreibung des Zusammenhangs wird das Problem der Kausalität zwischen dem Fehlverhalten und der Fehlverhaltensfolge ebenfalls auf der objektiven Seite der Straftat behandelt. Nach der traditionellen chinesischen Strafrechtsdogmatik gibt es keine Differenzierung zwischen der Ursächlichkeit zwischen Fehlverhalten und Fehlverhaltensfolge einerseits und der Zurechnung der Fehlverhaltensfolge andererseits; vielmehr wird beides im Komplex des Kausalzusammenhangs im rechtlichen Sinne (刑法中的因果关系) zu lösen versucht.¹¹⁰

Vertreten werden in der chinesischen Strafrechtslehre überwiegend drei Kausalitätstheorien: die Bedingungstheorie, die Ursachentheorie und die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang.¹¹¹ Die Bedingungstheorie liegt den beiden anderen Theorien zugrunde und wird von ihnen eingeschränkt, um die Reichweite strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu beschränken.

107 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 3, S. 475; dazu siehe auch 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》, 高等教育出版社 2011 年版, 第 70~71 页.

108 Siehe dazu statt vieler 张明楷:《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 275 页.

109 Dazu statt aller 齐文远主编:《刑法学》, 北京大学出版社 2011 年版, 第 85~87 页.

110 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 3, S. 479.

111 Näher dazu Sieber/Cornils, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, S. 479; 马克昌主编:《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 67 页.

cc) Vorbereitung und Versuch

In der chinesischen Strafrechtsdogmatik werden die Probleme der Vorbereitung, des Versuchs und des Rücktritts¹¹² auf der objektiven Seite der Straftat thematisiert. Im Unterschied zur deutschen Rechtsordnung besteht in China die Strafbarkeit schon im Vorbereitungsstadium. Mündet ein Verhalten in ein höheres Stadium (das Versuchs- oder das Vollendungsstadium), wird das vorangegangene Vorbereitungsstadium abgedeckt und schließlich absorbiert.¹¹³

Der Grund für die Strafbarkeit der Vorbereitung und des Versuchs liegt nach der herrschenden Ansicht in Folgendem: Bezüglich der subjektiven Seite ist das subjektive Unrecht des Täters bereits äußerlich erkennbar, während auf der objektiven Seite die rechtswidrige Handlung oder Unterlassung die Möglichkeit des Eintritts von schädlichen Folgen mit sich bringt.¹¹⁴

Zu beachten ist, dass es für die Begründung eines strafbaren Versuchs nach dem Gesagten objektive und subjektive Voraussetzungen gibt.¹¹⁵ Zunächst muss ein strafbarer Versuch die folgenden drei objektiven Voraussetzungen erfüllen: Der Täter muss mit der Tatausführung schon angefangen haben, so dass das Vorbereitungsstadium verlassen und das Ausführungsstadium erreicht wurde.¹¹⁶ Zweitens darf das Verhalten des Täters die tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge noch nicht herbeigeführt haben. Drittens muss die Vollendung der Straftat an einer Ursache scheitern, die unabhängig vom Willen des Täters ist. In subjektiver Hinsicht muss der Täter vorsätzlich handeln oder unterlassen. Das heißt, der Täter weiß, dass seine Tat eine für die Gesellschaft schädliche Folge herbeiführen kann, und er wünscht eine solche Folge oder nimmt diese in Kauf.

112 Zum Rücktritt im chinesischen Strafrecht siehe unten, Vierter Teil, B, II, 2.

113 *Zhao/Richter*, in: Sieber/Cornils, Teilband 3, S. 799.

114 Siehe dazu statt aller *Zhao/Richter*, in: Sieber/Cornils, Teilband 3, S. 800.

115 Näher dazu 齐文远主编:《刑法学》, 北京大学出版社 2011 年版, 第 144~146 页; 马克昌主编:《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 135~138 页; *Zhao/Richter*, in: Sieber/Cornils, Teilband 3, S. 801 f.

116 Die Strafbarkeit der Vorbereitung wird in § 22 I cStGB gesetzlich geregelt: Die Vorbereitung einer Straftat begeht, wer für die Begehung der Tat Hilfsmittel bereitstellt oder Bedingungen schafft.

e) Organische Einheit der vier Elemente

Diese vier Elemente, welche die vier Bedingungen der Strafbarkeit darstellen, werden als ein organisches Ganzes begriffen. Nur wenn alle diese Elemente gegeben sind, liegt ein sozialschädliches und damit strafbares Fehlverhalten (nebst Folge) vor.¹¹⁷ Eine isolierte Würdigung jedes einzelnen der vier Elemente wird als unangemessen angesehen. Der gesamte vierteilige Tatbestand wird nach dem Straftatbegriff im chinesischen Strafrecht auf seine Sozialschädlichkeit hin überprüft.¹¹⁸ Die traditionelle chinesische Strafrechtsdogmatik geht davon aus, dass bei Verwirklichung des Tatbestands die Sozialschädlichkeit im Grundsatz vorliege, denn der Gesetzgeber habe durch die Schaffung des Tatbestands bereits eine Typisierung der Sozialschädlichkeit vorgenommen.¹¹⁹

Allerdings gibt es von diesem Grundsatz einige anerkannte Ausnahmen – und zwar in Form von Straftatausschlussgründen (排除犯罪事由). Darunter versteht man die Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit. Nach dem herrschenden vierteiligen Deliktsaufbau in der chinesischen Strafrechtslehre wird ein Ausschluss der Strafbarkeit überwiegend am Kriterium der Sozialschädlichkeit festgemacht.¹²⁰ Alle Fälle, bei denen trotz der Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit die Strafbarkeit noch ausgeschlossen wird, können als Unterfälle fehlender Sozialschädlichkeit angesehen werden.¹²¹ Das bedeutet zugleich, dass die Strafausschlussgründe als „Negation“ der Sozialschädlichkeit fungieren. Im Gegensatz zur deutschen Strafrechtsdogmatik werden die Straftatausschlussgründe in der chinesischen Strafrechtslehre nicht weiter in die Kategorien der Rechtfertigungsgründe, der Schuld- ausschließungsgründe und der Entschuldigungsgründe unterteilt.

117 Dazu siehe statt aller 齐文远主编: 《刑法学》, 北京大学出版社 2011 年版, 第 53 页.

118 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 2, S. 358.

119 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 2, S. 358.

120 马克昌主编: 《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 113~114 页.

121 Zhao/Richter, in: Sieber/Cornils, Teilband 2, S. 359.

B. Der Straftatbegriff in Deutschland

I. Grundlagen des Straftatbegriffs im deutschen Strafrecht

Das deutsche Strafrecht kennt einen materiellen und einen formellen Straftatbegriff. Nach dem formellen Straftatbegriff ist eine Straftat ein tatbestandsmäßiges (i. e. S), rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten.¹²² Gegebenenfalls sind weitere positive oder negative Voraussetzungen (Strafausschließungsgründe, Strafaufhebungsgründe oder objektive Bedingungen der Strafbarkeit) zu beachten. Dabei ist ein Verhalten tatbestandsmäßig, wenn es der abstrakten Beschreibung einer Strafvorschrift entspricht. Die Tatbestandsmäßigkeit gilt als ein Vorbehaltsurteil über das Unrecht: Das tatbestandsmäßige Verhalten ist ein grundsätzlich rechtlich missbilligtes. Es ist rechtswidrig, wenn seine rechtliche Bewertung im Endergebnis einen Widerspruch zur Rechtsordnung ergibt. Daran fehlt es, wenn ein Rechtfertigungsgrund eingreift. Die Rechtswidrigkeit bildet das abschließende Urteil über das Unrecht. Das Verhalten ist schuldhaft, wenn der Täter für das rechtswidrige Verhalten in strafrechtlich relevanter Weise persönlich verantwortlich ist. Insbesondere dürfen keine Schuldtausschließungs- oder Entschuldigungsgründe vorliegen.

Nach dem materiellen Straftatbegriff ist eine Straftat eine pflichtwidrige Rechtsgutsbeeinträchtigung.¹²³ Rechtsgüter sind als rechtlich geschützte Güter und Interessen zu begreifen.¹²⁴ Je nachdem, ob es sich um ein Rechtsgut des Einzelnen oder der Gemeinschaft handelt, gliedern sich die Rechtsgüter in Individual- oder Kollektivrechtsgüter.¹²⁵ Der materielle Kernpunkt aller rechtlichen Verbote und Gebote – ihr legitimer Zweck – ist der Rechtsgüterschutz. Alle Tatbestände benötigen ein Rechtsgut als Grundlage. Infolgedessen existiert kein legi-

122 Siehe dazu und zum Folgenden *Kindhäuser*, AT, § 6 Rn. 1 ff.; *Lackner/Kühl*, vor § 13 Rn. 6.

123 Vgl. BGHSt 2, 364, 368; *Jescheck/Weigend*, AT, § 1 III 2 (S. 8); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 8 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 29.

124 In der Sache ähnlich *Jescheck/Weigend*, AT, § 26 I 2 (S. 257); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 9; näher dazu *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 38 ff.; *Renzikowski*, GA 2007, 561, 566 ff.

125 *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 11; eingehend *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002.

timierbarer Tatbestand ohne einen Rechtsgutsbezug.¹²⁶ Hinzu kommt, dass die Rechtsgüter die wissenschaftliche Systematisierung der konstitutiven Voraussetzungen der Straftaten im Besonderen Teil ermöglichen und eine wichtige Rolle bei der Auslegung der einzelnen Strafvorschriften spielen.¹²⁷

Außer einer Rechtsgutsbeeinträchtigung erfordert der materielle Straftatbegriff zwingend eine Pflichtverletzung. Allein mit der Rechtsgutsgefährdung oder Rechtsgutsverletzung lässt sich eine Straftat noch nicht begründen.¹²⁸ Der Grund liegt in Folgendem: Die bloße Herbeiführung eines negativen Zustandes im Sinne der Rechtsgutsgefährdung oder Rechtsgutsverletzung reicht für die Begründung einer Straftat nicht aus. Entscheidend für die Annahme einer Straftat ist, auf welche Art und Weise die Rechtsgutsgefährdung oder Rechtsgutsverletzung zustande gekommen ist oder einzutreten droht. Die Strafvorschriften beziehen sich auf rechtlich legitimierte Verhaltensnormen und stellen bestimmte Verhaltensnormverstöße unter Strafe. Durch die angemessen missbilligende strafrechtliche Reaktion auf Verstöße gegen legitimierte Verhaltensnormen wird das Rechtsbewusstsein der Gemeinschaft beeinflusst.¹²⁹ Der Täter hat durch seinen Verhaltensnormverstoß die ihm von Rechts wegen obliegende Pflicht verletzt. Das strafrechtlich relevante Verhalten besteht in der durch die Missachtung oder Nichtbeachtung der Verhaltensnorm begangenen Pflichtverletzung.¹³⁰

Zu beachten ist, dass – anders als in China – im deutschen Strafrecht kein „Kommensalismus“ zwischen dem materiellen und dem formellen Straftatbegriff vorliegt: Einerseits stellt die Tatbestandsmäßigkeit im deutschen Strafrecht nur ein Indiz für das Unrecht dar, kann

¹²⁶ Siehe dazu *Schall*, JuS 1979, 104, 107 f.; *Kühl*, FS Stöckel, S. 117, 128 ff.

¹²⁷ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 9a; *Jescheck/Weigend*, AT, § 26 I 2 (S. 257); zu einer am Rechtsgutsgedanken orientierten objektiven Unrechtsbestimmung siehe *Spendel*, FS Weber, S. 1 ff.; speziell zu der tatbestandseinschränkenden Funktion des Rechtsguts etwa *Gössel*, FS Oehler, S. 97 ff.

¹²⁸ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 11; *Puppe*, in: NK, vor § 13 Rn. 153; *Jescheck/Weigend*, AT, § 24 III 3 (S. 240); sachlich übereinstimmend etwa *Jakobs*, AT, 2/16 ff.

¹²⁹ *Jakobs*, AT, 1/10 f.

¹³⁰ Dazu siehe *Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 11.

aber der Strafbarkeit einer Tat nicht gleichgestellt werden.¹³¹ Andererseits hat der materielle Straftatbegriff als ein „metajuristisches kriminalpolitisches Instrument“ keinen Vorrang gegenüber dem formellen Straftatbegriff im Rang der konkreten Rechtsanwendung und wirkt niemals als etwas Selbständiges ohne Rücksicht auf den Tatbestand unmittelbar auf die Strafbarkeit einer Tat ein.¹³²

Allerdings ergibt sich aus dem fehlenden Kommensalismus nicht, dass bei Feststellung der Strafbarkeit einer Tat im deutschen Strafrecht der materielle Aspekt des Straftatbegriffs überhaupt keine Wirkung auf den formellen Aspekt auszuüben vermag. Diese Wirkung zeigt sich besonders deutlich beim Ausschluss sozialadäquater Verhaltensweisen aus dem strafrechtlichen Erfassungsbereich. Verhaltensweisen, die sich vollständig im Rahmen der normalen, historisch gewachsenen sozialen Ordnung des Lebens bewegen, sind auch dann nicht tatbestandsmäßig, wenn sie mit Gefahren für rechtlich geschützte Rechtsgüter verbunden sind.¹³³ Mit dieser Einordnung wird verhindert, dass ein sozialadäquates Verhalten, das der Gesetzgeber nicht verbieten kann und nicht verbieten will, im Strafrecht als Straftat eingestuft wird.¹³⁴

Im heutigen deutschen Strafrecht stellt die Sozialadäquanz nur noch eine Randfigur als Tatbestandsauslegungshilfe oder als Mittel der Tatbestandskorrektur dar.¹³⁵ Dabei handelt sich weder um einen

¹³¹ Roxin, AT I, § 7 Rn. 7.

¹³² Maurach/Zipf, AT, S. 168 ff.

¹³³ Jescheck/Weigend, AT, § 25 IV (S. 251); Eisele, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 69.

¹³⁴ Jescheck/Weigend, AT, § 25 IV (S. 252).

¹³⁵ Siehe dazu Eisele, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 70; Jescheck/Weigend, AT, § 25 IV (S. 253); Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 106. Einigen früheren Meinungen nach sollte die Sozialadäquanz nicht nur eine Randerscheinung darstellen. Vielmehr könne sie als ein im Sozialgewohnheitsrecht wurzelnder Rechtfertigungsgrund eine allgemeine tatbestandsausschließende Funktion erfüllen. Das heißt, dass ein Verhalten erst dann als tatbestandsmäßig angesehen werden darf, wenn es die Sozialadäquanz überschreitet. In diesem Kontext gehört auch die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Eine umfassende negative Ausschlussfunktion ähnelt ein wenig dem Konzept in China. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und der Begriff der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit erfassen beide eine allgemeine – hinter jedem Tatbestandsmerkmal stehende – ungeschriebene Ausschlussfunktion. Zur näheren Darstellung siehe Schaffstein, ZStW 72 (1960), 378; Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 100.

Rechtfertigungsgrund noch um einen Schuldausschließungsgrund, sondern es kann sich nur um ein Problem des Tatbestands handeln.¹³⁶ Als Tatbestandsauslegungshilfe durchbricht die Sozialadäquanz das typisierte Unrechtsbild dadurch, dass man zunächst die formelle Tatbestandsmäßigkeit bejaht, dann aber letztlich verneint.¹³⁷ Zwar wird der materielle Aspekt hierbei stark betont, allerdings ist der letzte Schritt aufgrund des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 II GG immer wieder mit dem formellen Aspekt verbunden, indem der letzte Schritt die Tatbestandsmäßigkeit nach einer Gesamtbewertung unter Berücksichtigung der Sozialadäquanz verneint.¹³⁸ Daher ist der formelle Aspekt stets ein unentbehrliches Medium, ohne das der materielle Aspekt keine Wirkung auf die Strafbarkeit ausüben kann und darf.¹³⁹ Nicht zu vergessen ist jedoch: Wegen der Unklarheit und Vagheit dieses Begriffs wird die Sozialadäquanz nicht zur Einschränkung von Tatbeständen herangezogen, wenn schon die anerkannten allgemeinen Auslegungsregeln zur angemessenen Eingrenzung führen.¹⁴⁰

Hinsichtlich der materiellen Seite der Straftat kommt noch dem Gedanken der hinreichenden Gewichtigkeit der Straftat besondere Bedeutung zu. Nicht jede pflichtwidrige Rechtsgutsbeeinträchtigung wird unter Strafe gestellt. Das als „ultima ratio“ im Instrumentarium des Gesetzgebers geltende Strafrecht sanktioniert nur die pflichtwidrigen Rechtsgutsbeeinträchtigungen mit einem hinreichend gewichtigen Unrechts- bzw. Schuldgehalt. Das ergibt sich aus dem verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.¹⁴¹ Dieser Gedanke kommt besonders deutlich in der „geringen Schuld“ in § 153 dStPO bzw. allgemein bei den Geringfügigkeitsfällen im deutschen Strafrecht zum Ausdruck. Dabei geht es um die Frage, wie gewichtig das zu beurteilende Verhalten ist.

Wie die Sozialadäquanz lässt sich die hinreichende Gewichtigkeit der Tat auch immer anhand einer dem Gesetz entnommenen „ quanti-

¹³⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 70.

¹³⁷ Maurach/Zipf, AT, S. 221.

¹³⁸ Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 100.

¹³⁹ Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 100.

¹⁴⁰ Jescheck/Weigend, AT, § 25 IV (S. 253); Eisele, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 70.

¹⁴¹ Freund, AT, § 1 Rn. 17 ff.; instruktiv zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch Bleckmann, JuS 1994, 177 ff.

tativen“ Wertordnung definieren, wobei die Quantitätselemente jedenfalls ein „Bindeglied“ zwischen Tatbestand und Rechtsfolge sein müssen; diese wirken nicht selbständig ohne Rücksicht auf den formellen Aspekt unmittelbar auf die Strafbarkeit der Tat ein.¹⁴²

Zusammenfassend lässt sich sagen: Im deutschen Strafrecht kann der materielle Aspekt des Straftatbegriffs (die Sozialadäquanz und hinreichende Gewichtigkeit der schuldhaften Unrechts) nur dann für die Strafbarkeit der Tat maßgeblich sein, wenn er mit der formellen Seite verknüpft ist.¹⁴³

II. Der dreistufige Deliktsaufbau im deutschen Strafrecht

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

a) Gesetzlichkeitsgrundsatz: Keine Strafe ohne Gesetz (*nulla poena sine lege*)

Das Grundgesetz garantiert den Gesetzlichkeitsgrundsatz in Art. 103 II: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Das Strafrecht gilt als Teil des öffentlichen Rechts.¹⁴⁴ Strafgesetze berechtigen und verpflichten den Staat dazu, menschliches Verhalten als Straftat einzustufen und darauf strafrechtlich zu reagieren. Da jede Strafe stets einen Eingriff (zumindest) in das verfassungsrechtlich verbürgte Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit darstellt, bedarf sie in jedem einzelnen Fall einer verfassungsrechtlichen Legitimation.¹⁴⁵ Das grundlegende Erfordernis dieser Legitimation ist das Strafgesetz, das Garant bürgerlicher Freiheit ist und dem Schutz des Bürgers vor richterlicher Willkür dient.¹⁴⁶ Der Gesetzlichkeitsgrundsatz umfasst nach dem deutschen Strafrechtsverständnis die folgenden vier Einzelprinzipien: das Verbot strafbegründender Rückwirkung von Gesetzen, das

¹⁴² Krümpelmann, Die Bagatelldelikte: Untersuchung zum Verbrechen als Steigerungsbegriff, S. 13, 21 ff., 31 ff., 34 ff.; Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 101.

¹⁴³ Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 101.

¹⁴⁴ Jescheck/Weigend, AT, § 3 I (S. 16).

¹⁴⁵ Helmert, Der Straftatbegriff in Europa, S. 53.

¹⁴⁶ Krey/Esser, AT, Rn. 41.

Verbot strafbegründenden Gewohnheitsrechts, das Verbot der Analogie zulasten des Betroffenen und das Gebot der hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit von Strafgesetzen.¹⁴⁷

b) Schuldprinzip: Keine Strafe ohne Schuld (nulla poena sine culpa)

Das Schuldprinzip besitzt Verfassungsrang und ergibt sich nach dem BVerfG aus der in Art. 1 GG geschützten Menschenwürde, der das Menschenbild einer eigenverantwortlich handelnden Person zugrunde liegt, sowie aus Art. 2 I GG und dem Rechtsstaatsprinzip.¹⁴⁸ Nach dem deutschen Strafrechtsverständnis hat das Schuldprinzip eine Doppelfunktion: Einerseits soll der Strafeinsatz das Vorliegen individueller Schuld voraussetzen. Andererseits soll die Höhe der Strafe im Einzelfall zu der Schwere des schuldhaften Unrechts des Beschuldigten in einem angemessenen Verhältnis stehen.¹⁴⁹

c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Für das Verfassungsrecht ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von zentraler Bedeutung.¹⁵⁰ Er ist im Rechtsstaatsprinzip enthalten und besagt: Eingriffe in Grundrechte der Bürger müssen zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.¹⁵¹ Staatliches Handeln darf die davon Betroffenen nicht übermäßig belasten (Übermaßverbot).¹⁵² Bei Strafgesetzen als Sanktionsnormen geht man weithin davon aus, dass diese als legitimen Zweck den Rechtsgüterschutz anstreben. Indessen können Sanktionsnormen Rechtsgüter (wie das Leben oder die Körperintegrität) keinesfalls un-

147 Diese vier Einzelprinzipien bedürfen hier keiner näheren Erläuterung. Zu Einzelheiten siehe beispielsweise *Lackner/Kühl*, § 1, Rn. 1 ff.; *Krey/Esser*, AT, Rn. 38 ff.; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983.

148 *Krey/Esser*, AT, Rn. 108; StRspr. vgl. BVerfGE 9, 167 (169); 25, 269 (285); 86, 288 (313); 95, 96 (140).

149 Siehe dazu *Krey/Esser*, AT, Rn. 108.

150 *Detterbeck*, Öffentliches Recht, Rn. 39.

151 BVerfGE 19, 342 (349); 28, 264 (280). Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit siehe auch unten, Vierter Teil.

152 *Detterbeck*, Öffentliches Recht, Rn. 39.

mittelbar schützen.¹⁵³ Denn die begangene Tat mit ihren realen Folgen für bestimmte Rechtsgüter lässt sich durch den Einsatz der Strafe nicht ungeschehen machen.¹⁵⁴ Nur die Verhaltensnorm, die der Sanktionsnorm zugrunde liegt, zielt direkt auf den Rechtsgüterschutz ab. Die Sanktionsnorm hingegen stabilisiert die Geltungskraft der übertretenen Verhaltensnorm (die rechtliche Verbindlichkeit der übertretenen Verhaltensnorm) durch die Sanktionierung des (hinreichend gewichtigen) Verhaltensnormverstoßes. Die Rechtsgüter werden nur mittelbar durch Sanktionsnormen geschützt.¹⁵⁵ Die Verhaltensnormen sind individuelle Rechtspflichten und stellen deshalb Eingriffe in Grundrechte des Bürgers (zumindest in die allgemeine Handlungsfreiheit) dar. Sie müssen den Anforderungen des öffentlichen Rechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, genügen.

2. Die systematische Inhaltsgestaltung des dreistufigen Deliktsaufbaus

Im deutschen Strafrecht wird die Frage, ob ein Bürger eine Straftat begangen hat, in einer bestimmten Abfolge von drei Prüfungsstufen (Tatbestandsmäßigkeit, Unrecht und Schuld) beantwortet, soweit es keine sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen gibt.¹⁵⁶

Ein Verhalten ist tatbestandsmäßig, wenn es alle Merkmale eines bestimmten Tatbestands, die das Unrecht einer Straftat positiv begründen, umfasst.¹⁵⁷ Der Tatbestand wird als Unrechtstatbestand aufgefasst und in einen subjektiven und einen objektiven Tatbestand aufgegliedert. Zum objektiven Tatbestand gehören der Erfolg, das Verhalten, die Kausalität und die sog. objektive Zurechnung. Zum subjektiven Tatbestand gehören (bei der Vorsatztat) der Vorsatz und gegebenenfalls etwaige sonstige spezielle subjektive Merkmale wie beispielsweise eine

153 Die Problematik „Rechtsgüterschutz als legitimer Zweck des Strafrechts“ ist allerdings sowohl im Grundsätzlichen als auch im Einzelnen umstritten, ausführlich dazu *Roxin*, AT, § 2 Rn. 2 ff.

154 Siehe dazu *Jakobs*, AT, 1/9; *Kremer-Bax*, Das personale Verhaltensunrecht der Fahrlässigkeitstat, S. 20. Zur Verhaltensnorm und zur Sanktionsnorm sowie ihrem Verhältnis siehe unten, Vierter Teil, A, I, 1.

155 Siehe dazu *Jakobs*, AT, 1/9 ff.; *Freund*, AT, § 1 Rn. 3 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 1 I 2 (S. 3).

156 I. d. S. *Roxin*, AT I, § 7 Rn. 4 ff.; *Lackner/Kühl*, vor § 13 Rn. 6.

157 Vgl. statt vieler *Kindhäuser*, AT, § 6 Rn. 1 ff.; *Kühl*, AT, § 3 Rn. 1 ff.

bestimmte Absicht. Ob auch die Fahrlässigkeitstat einen subjektiven Tatbestand hat, ist umstritten.¹⁵⁸

Ein Verhalten gilt als rechtswidrig, wenn es einen Widerspruch zu einer rechtlichen Anforderung darstellt.¹⁵⁹ Nach der Festlegung der Tatbestandsmäßigkeit wird grundsätzlich die Rechtswidrigkeit des Verhaltens angenommen. Nur beim Eingreifen von Rechtfertigungsgründen wird die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ausgeschlossen. Auch die Rechtswidrigkeit besteht aus objektiven und subjektiven Elementen.¹⁶⁰ Die Rechtswidrigkeit ist vom Unrecht zu differenzieren. Unter der Rechtswidrigkeit versteht man den Widerspruch des Verhaltens zu der Rechtsnorm. Demgegenüber ist Unrecht das von der Rechtsordnung negativ bewertete Verhalten selbst.¹⁶¹

Unter Schuld versteht man den „Inbegriff aller Voraussetzungen, die das Urteil begründen, der Täter habe für das von ihm begangene Unrecht in strafbarer Weise einzustehen, so dass ihm das Unrecht mit der Folge seiner Strafbarkeit zum Vorwurf gemacht werden kann.“¹⁶² Der Kernpunkt des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Täter rechtswidrig gehandelt oder etwas unterlassen hat, obwohl er unter den konkreten Umständen individuell in der Lage war, sich normgemäß zu verhalten.¹⁶³ Nach dem dreistufigen Deliktsaufbau begründet die Feststellung der Rechtswidrigkeit noch keinen persönlichen Vorwurf gegenüber dem individuellen Täter.¹⁶⁴ Die Schuld setzt die Schuldfähigkeit, (potenzielles) Unrechtsbewusstsein und das Nichtvorliegen von Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründen voraus.

158 Zu der Ansicht, die davon ausgeht, dass die Fahrlässigkeitstat keinen subjektiven Tatbestand habe, siehe statt vieler *Krey/Esser*, AT, Rn. 1342 ff.; siehe freilich auch *Struensee*, JZ 1987, 53 ff.

159 *Lackner/Kühl*, vor § 13 Rn. 16; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 51.

160 Dazu siehe *Jescheck/Weigend*, AT, § 24 III 4 (S. 240 ff.); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 52.

161 *Jescheck/Weigend*, AT, § 24 I 1 (S. 233); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 51.

162 *Kühl*, AT, § 6 Rn. 1.

163 *Lackner/Kühl*, vor § 13 Rn. 23; siehe dazu auch *Roxin*, AT I, § 19 Rn. 3.

164 *Krey/Esser*, AT, Rn. 264.

Dritter Teil Der Straftatbegriff im Rechtsvergleich

A. Grundsätzlich bedeutsame Unterschiede zwischen den untersuchten Straftatkonzeptionen

Aus dem in den Landesberichten Gesagten ergibt sich, dass zwischen den beiden untersuchten Konzeptionen des Straftatbegriffs erhebliche Unterschiede bestehen:

Obwohl die Straftat sowohl in China als auch in Deutschland in formeller und materieller Seite definiert wird, unterscheidet sich das Verhältnis zwischen diesen beiden Seiten in China von dem in Deutschland. Im chinesischen Strafrecht besteht ein Kommensalismus zwischen der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit und der Strafrechtswidrigkeit, wobei die schwerwiegende Sozialschädlichkeit selbst für die Strafrechtswidrigkeit maßgebend ist. Die schwerwiegende Sozialschädlichkeit kann jederzeit die Strafrechtswidrigkeit korrigieren und entscheidet letztlich über das Vorliegen einer Straftat.¹⁶⁵ Dieses einzigartige Phänomen führt dazu, dass die Tatbestandsmäßigkeit in China gleichzeitig qualitative und quantitative Faktoren umfasst, wobei in Deutschland die Tatbestandsmäßigkeit überwiegend nur qualitative Faktoren beinhaltet.¹⁶⁶ Anders als in China kann die materielle Seite der Straftat im deutschen Strafrecht aufgrund des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 II GG nur dann ausschlaggebend sein, wenn sie mit der formellen Seite – mithin dem Tatbestand – verknüpft ist.¹⁶⁷

Außerdem wird der deutsche Straftatbegriff strukturell von einer dreistufigen Unterteilung in den Tatbestand, die Rechtswidrigkeit (das Unrecht) und die Schuld gekennzeichnet. „Alle einzelnen Elemente der Straftat sind in einer strengen Prüfungsreihenfolge zu durchlaufen, wobei die Prüfung gemäß der in Deutschland herrschenden Metho-

165 Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 101.

166 Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 105.

167 Xiong, Qi, Massenmedien und Strafurteil, S. 101.

denlehre im Prozess der formal-logisch verstandenen Subsumtion stattfindet.¹⁶⁸ Im Unterschied dazu wird im chinesischen Strafrecht anstatt eines stufig geteilten Konzepts die Straftat als ein aus vier Elementen zusammengesetztes Gebilde begriffen. Eine einzuhaltende Prüfungsreihenfolge existiert gerade nicht.

Obwohl die Dichotomie „objektiv-subjektiv“ in beiden untersuchten Straftatkonzeptionen anzutreffen ist, wird eine isolierte Würdigung nur der objektiven Straftaterfordernisse¹⁶⁹ in der traditionellen chinesischen Straftatkonzeption abgelehnt.¹⁷⁰ Vielmehr wird nachdrücklich betont, dass die Straftat ein organisches Ganzes darstellt, „bei dem schon im Ansatz ohne die Berücksichtigung subjektiver Elemente nicht auszukommen ist.“¹⁷¹ Demzufolge stellt ausschließlich die organische Einheit von subjektiven und objektiven Elementen einen sinnvollen Bewertungsgegenstand dar. Daher wird zutreffend die in der deutschen Straftatkonzeption oft anzutreffende strikte Aufteilung des straftatrelevanten Stoffs in einen „objektiven“ und einen „subjektiven“ Tatbestand in China abgelehnt.¹⁷²

Auch ist, was die einzelnen Elemente angeht, dem chinesischen Strafrecht etwa eine Differenzierung zwischen Rechtfertigungs- und Schuldauusschließungs- bzw. Entschuldigungsgründen fremd. Überdies existiert im Gegensatz zur deutschen Rechtsordnung im chinesischen Strafrecht die Strafbarkeit bereits im Vorbereitungsstadium nach § 22 I cStGB.¹⁷³

168 *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 201.

169 Man denke etwa an den im deutschen Strafrecht anzutreffenden Versuch, eine „objektive Fahrlässigkeit“ zu konstruieren. Dabei zeigt spätestens die in der Sache berechnete Berücksichtigung subjektiven Sonderwissens der konkret handelnden Person, dass die Fahrlässigkeit kein rein objektives Gebilde sein kann.

170 *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 126.

171 Siehe dazu *Zhao/Richter*, in: Sieber/Cornils, Teilband 2, S. 353 (358 f.); *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 126; 齐文远主编: 《刑法学》, 北京大学出版社 2011 年版, 第 53 页; 马克昌主编: 《刑法》, 高等教育出版社 2012 年版, 第 43 页.

172 *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 126; näher zur Problematik der trotz ihrer großen Verbreitung im deutschen Strafrecht verfehlten Trennung zwischen einem „objektiven“ und einem „subjektiven“ Tatbestand siehe unten Dritter teil, C, I..

173 § 21 cStGB I:
Eine Vorbereitung der Straftat ist gegeben, soweit jemand für die Tatbegehung Hilfsmittel bereitstellt oder Bedingungen schafft.

Freilich ist hier nicht der Ort, alle Unterschiede zwischen den untersuchten Straftatkonzeptionen im Detail darzustellen. Vielmehr genügt in dieser Hinsicht eine Beschränkung auf das grundsätzlich Bedeutsame. Denn der Hauptzweck dieser Untersuchung lautet, nach Möglichkeit einen chinesisch-deutschen Straftatbegriff aufzubauen. Die elementare Frage lautet insofern: Können die beiden untersuchten Straftatbegriffe auf einen „gemeinsamen Nenner“ gebracht werden?

B. Grundlegende Gemeinsamkeiten der untersuchten Straftatkonzeptionen

Ein Vergleich der Straftatbegriffe des deutschen und des chinesischen Strafrechts kommt zu dem Ergebnis, dass ein solcher „gemeinsamer Nenner“ tatsächlich vorliegt. Die Gemeinsamkeiten der beiden untersuchten Straftatkonzeptionen spiegeln sich zum einen auf der Makroebene, das heißt bezogen auf das Modell der Straftat als „System an sich“, und zum anderen auf der Mikroebene, das heißt in den einzelnen Systemelementen, wider.¹⁷⁴

I. Die Gemeinsamkeiten auf der Makroebene

1. Der wissenschaftlich-theoretische Charakter des Straftatbegriffs

Die chinesische und die deutsche Straftatkonzeption sind von einem wissenschaftlich-theoretischen Charakter geprägt: In der chinesischen und deutschen Strafrechtsdogmatik herrscht ein von der Wissenschaft erarbeitetes dogmatisches System, das eine umfassende und ausnahmslose Geltung fordert. Es postuliert, dass die einzelnen Straftaterfordernisse strikt voneinander getrennt sind und ebenso strikt aufeinander aufbauen.¹⁷⁵ Alle einzelnen Elemente sind im Rahmen des Straftataufbaus zu prüfen. „Am Ende dieses Prozesses steht ein Ergebnis,

Die Strafe für Vorbereitung kann im Vergleich zur Strafe für eine vollendete Tat abgemildert oder ausgeschlossen werden.

174 Vgl. *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 200 f.

175 Vgl. *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 200 f.

das gerade auch auf Grund seiner systematisch-formalen Herleitung eine gewisse Überzeugungskraft beansprucht oder zumindest als frei von Zufälligkeit oder Willkür verstanden wird.“¹⁷⁶ Auch dabei geht es um den dogmatischen Anspruch, eine abstrakte Theorie zu bilden, mit deren Hilfe sich jede denkbare konkrete Fallkonstellation erfassen lässt.¹⁷⁷

2. Gesetzliche Bestimmung der Strafbarkeit: Keine Strafe ohne Gesetz

Das Erfordernis eines geschriebenen Straftatbestands ist sowohl in China als auch in Deutschland gesetzlich niedergelegt. Ein Gesetz im formellen Sinne (in der Terminologie des deutschen Staatsrechts) wird ausnahmslos als Grundlage der Strafbarkeit verlangt. In beiden Ländern gilt, dass nur solche Handlungen und Unterlassungen unter Strafe stehen, die zum Zeitpunkt der Tat schriftlich als strafbar normiert sind.¹⁷⁸

Als gemeinsame klassische rechtsstaatliche Ausprägungen des Gesetzlichkeitsgrundsatzes sind zu nennen: das Verbot der strafbegründenden Analogie, das Verbot der belastenden rückwirkenden Anwendung einer Strafvorschrift sowie das Gebot der hinreichenden Bestimmtheit von Strafvorschriften. Alle genannten Ausprägungen sind seit langem für die deutsche und die chinesische Rechtsprechung verbindlich und als Garantiesätze eines gemeinsamen chinesisch-deutschen Strafrechts zugrunde zu legen.

3. Definition der Straftat in formeller und materieller Hinsicht

Sowohl im chinesischen als auch im deutschen Strafrecht wird die Straftat in formeller und materieller Hinsicht definiert. In materieller Hinsicht versteht man in beiden Rechtsordnungen unter einer Straftat ein Fehlverhalten mit hinreichend gewichtigem Unrechts- bzw. Schuldgehalt. Dabei handelt es sich um das unverzichtbare Grundelement jeder Straftat. In formeller Hinsicht ist für die Annahme einer Straftat vor allem die Gesetzesbindung zu beachten. Die Strafgesetze

¹⁷⁶ *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 201.

¹⁷⁷ Vgl. *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 201.

¹⁷⁸ Vgl. oben im Zweiten Teil in A, I, 2, b) zu Deutschland; in B, II, 1, a) zu China.

stecken mit ihrem Wortlaut die äußerste Grenze dessen ab, was von der betreffenden Sanktionsnorm nach geltendem Recht (*de lege lata*) erfasst sein kann.¹⁷⁹ Diese Wortlautgrenze darf nicht überschritten werden.

a) Chinesisches Recht

Die heutige chinesische Strafrechtsdogmatik geht regelmäßig davon aus, dass eine Straftat ein schwerwiegend sozialschädliches, strafrechtswidriges und strafwürdiges menschliches Verhalten erfordert. Dieser Straftatbegriff bringt nicht nur die wesentliche materielle, sondern auch die formell-normative Eigenschaft einer Straftat zum Ausdruck, weshalb dieser als „vereinigender Straftatbegriff“ bezeichnet wird.¹⁸⁰

Allerdings muss beachtet werden, dass die Begrifflichkeit der „Strafrechtswidrigkeit“ unglücklich ist. Denn das Fehlverhalten des Täters verstößt nicht *gegen* die Strafvorschrift, sondern *erfüllt* den Tatbestand der Strafvorschrift.¹⁸¹ In diesem Sinne sollte die zutreffende Bezeichnung für die normative Eigenschaft der Straftat die der „Tatbestandsmäßigkeit“ sein, wobei vorausgesetzt wird, dass die Tatbestandsverwirklichung rechtswidrig und für eine Bestrafung hinreichend schuldhaft ist.

Auch sollte beachtet werden, dass die Begrifflichkeit der „Strafwürdigkeit“¹⁸² der Sache nicht angemessen ist. Denn nicht jede Straftat erfordert eine über den Schuldspruch hinausgehende Bestrafung. In § 37 cStGB und in vielen gesetzlichen Vorschriften des Besonderen Teils des cStGB sind Fälle des Absehens von Strafe vorgesehen. Dem-

179 Freund, AT, § 1 Rn. 22, 28.

180 Siehe dazu statt vieler 刘艳红, 《中国刑法解释》第 13 条, 中国社会科学出版 2005 年版, 第 168~181 页; 马克昌、杨春洗等主编: 《刑法学全书》, 上海科学技术文献出版社 1996 年版, 第 32 页.

181 Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, S. 3 f.

182 Die Begrifflichkeit der „Strafwürdigkeit“ wird auch oft in der deutschen Strafrechtsdogmatik zur Begründung strafrechtlicher Rechtsfolgen verwendet. Diese Begrifflichkeit ist auch im deutschen Strafrecht nicht gut geeignet, um das Gemeinte zum Ausdruck zu bringen. Beispielsweise passt der Begriff nicht auf Straftaten, bei denen gem. § 60 dStGB ein Schuldspruch mit einem Absehen von Strafe die angemessene Reaktion darstellt. Vorzugswürdig ist insofern die Begrifflichkeit des entsprechenden (ausreichenden) strafrechtlichen „Reaktionsbedürfnisses“.

zufolge kann das Gericht von Strafe bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen absehen, obwohl das in Betracht kommende Fehlverhalten als Straftat mit einem Schuldspruch erfasst wird. Daran zeigt sich, dass jede Straftat zwar einen Schuldspruch erfordert, aber nicht unbedingt eine weitergehende Bestrafung. Vor diesem Hintergrund sollte die Begrifflichkeit „Strafwürdigkeit“ nicht beibehalten werden. Vorzugswürdig ist die Begrifflichkeit des entsprechenden strafrechtlichen „Reaktionsbedürfnisses“. Denn die notwendige Eigenschaft der Straftat unter dem Blickwinkel ihrer Rechtsfolge ist unter den folgenden zwei Aspekten zu begreifen: dem Schuldspruch einerseits und der Bestrafung andererseits. Demzufolge ist jede Straftat reaktionsbedürftig in dem Sinne, dass der Täter zumindest schuldig gesprochen werden muss und gegebenenfalls weitergehend bestraft werden soll.

Dem in der gesetzlichen Definition der Straftat erwähnten Kriterium der „ausreichenden Reaktionsbedürftigkeit“ dürfte allerdings wohl nur eine klarstellende Funktion zukommen. Der Grund liegt in Folgendem: Die strafrechtliche Reaktion besteht aus dem Schuldspruch und gegebenenfalls der Strafe. Die den entsprechenden Schuldspruch anordnenden Tatbestände sollen nach dem zutreffenden Verständnis des materiellen Straftatbegriffs¹⁸³ alle dafür erforderlichen Straftaterfordernisse (das hinreichend gewichtige tatbestandsmäßige Fehlverhalten und die sonstigen Reaktionsvoraussetzungen) enthalten. Daher wird ein Fehlverhalten (nebst Folge) als Straftat mit einem Schuldspruch erfasst, wenn es einem solchen Tatbestand entspricht. Die Tatbestände regeln, auf welches rechtlich missbilligte Verhalten unter welchen weiteren Voraussetzungen strafrechtlich reagiert werden soll.¹⁸⁴ Daher soll der Täter für ein Fehlverhalten (nebst Folge) selbstverständlich strafrechtlich sanktioniert werden, wenn dieses einen derartigen Tatbestand erfüllt. Denn dann kann man schon von einem entsprechenden (ausreichenden) strafrechtlichen Reaktionsbedürfnis sprechen.

Bemerkenswert erscheint schließlich, dass mit der Kodifizierung des Prinzips *nullum crimen sine lege* im chinesischen Strafrecht seitens eines Teils des Schrifttums der formelle und materielle Aspekte verein-

¹⁸³ Siehe unten, Vierter Teil.

¹⁸⁴ Freund, AT, § 1 Rn. 12.

nigende Straftatbegriff auch heftig kritisiert wird: Der Begriff der Sozialschädlichkeit sei nicht klar genug, sondern viel zu unbestimmt. Er gilt nur als eine sozialpolitische Bewertung, aber nicht als ein präziser rechtlicher Begriff. Wenn die wesentliche Eigenschaft einer Straftat mit einem dermaßen unbestimmten Begriff gekennzeichnet werde, könne der Rechtsanwender bei Bedarf den Inhalt der strafrechtlichen Rechtsnormen willkürlich bestimmen. Dies führe dazu, dass bei der Sanktionierung die Terminologie der „schwerwiegenden Sozialschädlichkeit“ dem Richter gleichsam einen übergesetzlichen Strafgrund liefern könne.¹⁸⁵ Daher enthalte der verbreitet vertretene vereinigende Straftatbegriff Ansatzpunkte für eine belastende Analogie.¹⁸⁶ Auf der Basis dieser Kritik wird als Lösung angeboten, die Straftat nur in formeller Hinsicht zu definieren.¹⁸⁷

Diese Kritik ist jedoch unberechtigt.¹⁸⁸ Um das zu erkennen, ist es sinnvoll, drei Aspekte zu trennen:

Zunächst ist vollkommen richtig, dass sich die materiell bestimmte Sozialschädlichkeit, der nur eine rein politisch-ideologische Bedeutung zukommt, niemals direkt als etwas Selbständiges ohne Rücksicht auf den Tatbestand in die Strafbarkeit einer Tat „einmischen“ kann. Denn wegen ihrer Unklarheit kann die schwerwiegende Sozialschädlichkeit in der Rechtsanwendung tatsächlich beliebig ausgelegt werden; ein feststehendes Maß für eine „schwerwiegende“ Tat fehlt.

Überdies muss bei einer angemessenen Begriffsbildung ein Begriff das, was in der Sache gemeint ist, möglichst auch zum Ausdruck bringen. Wenn der Begriff nur auf der formellen Ebene bleibt, kann er diesem Anspruch nicht genügen.

Schließlich muss der materielle Straftatbegriff im Rahmen der konkreten Rechtsanwendung nicht unmittelbar, sondern nur indirekt auf die Feststellung der Strafbarkeit einer Tat durchschlagen. Ein außerrechtliches soziales Normengefüge aus materieller Sicht ist in die

185 李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第8页.

186 王世洲:《中国刑法理论中犯罪概念的双重结构和功能》,载《法学研究》1998年第5期.

187 Vgl. 陈兴良、刘树德:《犯罪概念的形式化与实质化辩证》,载《法律科学》1999年第6期.

188 Vgl. 刘艳红,《中国刑法解释》第13条,中国社会科学出版2005年版,第169~181页.

strafrechtliche Betrachtungsweise, nämlich die formelle Sicht, zu integrieren. Um dieses Ziel zu erreichen, muss es sich bei der Sozialschädlichkeit nicht um einen sozialpolitischen Begriff, sondern um einen normativen Begriff handeln. Dadurch kann die Terminologie „schwerwiegende Sozialschädlichkeit“ durchaus einen hinreichend bestimmten Inhalt besitzen. Dieser soll einerseits die Infragestellung der Geltungskraft der rechtlich legitimierten Verhaltensnorm durch das Fehlverhalten des Täters und andererseits den Gefährdungs- oder Schädigungserfolg umfassen, der als die Realisierung des vom Fehlverhalten des Täters in rechtlich missbilligter Weise geschaffenen oder nicht abgewendeten Risikos aufzufassen ist.

Zusammenfassend kommt man zu folgendem Ergebnis: Die Rechtsordnung muss für die Annahme einer Straftat eine gesetzliche Grenze, die Tatbestandsmäßigkeit, festlegen. Für die Begründung einer Straftat wird nicht nur die schwerwiegende Sozialschädlichkeit, sondern auch die Tatbestandsmäßigkeit benötigt. Beide Eigenschaften sind unentbehrlich. Die durch die Tatbestandsmäßigkeit gesetzte formelle normative Grenze garantiert, dass die schwerwiegende Sozialschädlichkeit keinen ausreichenden außergesetzlichen Strafgrund liefert.

b) Deutsches Recht

Nach dem Dargelegten finden sich auch im deutschen Strafrecht materielle und formelle Aspekte des Straftatbegriffs. In formeller Hinsicht ist die positivrechtliche Normierung von Straftatbeständen bedeutsam. Die materiellrechtlich bedeutsamen Aspekte werden etwa von *Freund*¹⁸⁹ besonders betont. Dabei geht es insbesondere um die Kriterien des hinreichend gewichtigen Verhaltensnormverstoßes und der spezifischen Fehlverhaltensfolgen. In diesem Zusammenhang gilt der Verhaltensnormverstoß als das grundlegende Erfordernis jeder Straftat. Der jeweilige tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß muss auch hinreichend gewichtig sein, um die massive strafrechtliche Reaktion zu legitimieren. Der hinreichend gewichtige tatbestandsspezifische

¹⁸⁹ Siehe dazu *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 27 ff., 133 ff., 306 ff.

sche Verhaltensnormverstoß erhält den ihm gebührenden vorrangigen Stellenwert. Auf dieser Basis bekommen die weiteren Sanktionserfordernisse – insbesondere die tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolgen – ihren nachrangigen Stellenwert zugewiesen.¹⁹⁰

Bemerkenswert erscheint, dass gegenwärtig der materiellrechtlich bedeutsame Aspekt des „hinreichenden Gewichts“ oft noch als ein nur prozessrechtlich bedeutsames Problem i. S. d. §§ 153 ff. dStPO angesehen wird. Die Fehlverhaltensweisen mit geringfügigem Gewicht werden lediglich über prozessuale Institute aus dem zu sanktionierenden Bereich ausgefiltert.¹⁹¹ Diese Lösung ist der Sache nicht angemessen. Denn die hinreichende Gewichtigkeit des Fehlverhaltens (nebst Folgen) ist für die Begründung einer Straftat unentbehrlich. Für die angemessene strafrechtliche Reaktion ist das personale Fehlverhalten (nebst Folgen) nicht nur in seiner spezifischen Qualität, sondern auch in seiner Quantität bedeutsam. Sachlich ist beides nicht erst für die Rechtsfolgenbestimmung, sondern bereits für den Schuldspruch von Bedeutung. Der jeweilige tatbestandspezifische Verhaltensnormverstoß muss hinreichend gewichtig sein, um den *strafrechtlichen Schuldspruch* mit seinem qualifizierten rechtlichen Tadel zu rechtfertigen.¹⁹² Beispielhaft ist insofern die bei manchen Tatbeständen anerkanntermaßen zu berücksichtigende Erheblichkeitsschwelle. Die übliche Definition der körperlichen Misshandlung i. S. d. § 223 dStGB weist darauf hin, dass bei einer nur unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens schon keine tatbestandsmäßige Körperverletzung vorliegt. Der Sachgedanke der hinreichenden Gewichtigkeit ist als ein allgemeines materiellstrafrechtliches Strafrechtsbegrenzungsinstrument anzusehen. Das angesprochene prozessuale „Lösungsinstrument“ als Alternative zu dem genannten allgemeinen materiellstrafrechtlichen Prinzip vermag – auch als Notlösung zur Vermeidung verfassungswidriger Ergebnisse – nicht zu überzeugen.¹⁹³

190 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 27.

191 Vgl. etwa Eisele, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 70a.

192 Siehe dazu Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 243.

193 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 210.

II. Die Gemeinsamkeiten auf der Mikroebene

1. Sozialschaden und schuldhaftes Unrecht als Synonyme

Die zur Darstellung der Grundlagen einer Straftat im deutschen und im chinesischen Strafrecht angewendeten Terminologien des Sozialschadens und des schuldhaften Unrechts sind bei näherer Betrachtung im Wesentlichen gleichbedeutend. Darunter ist der jeweilige personale Unrechtsgehalt zu verstehen. Zum personalen Unrechtsgehalt gehören zwei Aspekte: Der erste umfasst, dass der Täter durch sein Fehlverhalten die Geltungskraft der als Verhaltenswert geltenden Norm in Frage gestellt hat. Zum zweiten Aspekt gehört, dass sich eine durch das Fehlverhalten des Täters geschaffene rechtlich missbilligte Schädigungsmöglichkeit in Gestalt einer Gefährdung oder Verletzung realisiert.

a) Sozialschaden im chinesischen Recht

Im chinesischen Strafrecht wird angenommen, der Sozialschaden bestehe in dem *möglichen* oder *bewirkten* Schaden des Fehlverhaltens in Bezug auf die Sozialverhältnisse.¹⁹⁴ Nach dieser Ansicht ist der „mögliche Schaden in Bezug auf die Sozialverhältnisse“ Kennzeichen des Fehlverhaltens. Demgegenüber geht es bei dem „bewirkten Schaden in Bezug auf die Sozialverhältnisse“ um eingetretene Fehlverhaltensfolgen.

Dabei ist auf Folgendes hinzuweisen: Das Verständnis des Sozialschadens nach der traditionellen chinesischen Strafrechtsdogmatik ist insofern zutreffend, als der Sozialschaden unter den beiden Aspekten des Fehlverhaltens und der Fehlverhaltensfolgen bestimmt werden soll. Dennoch ist die oben erwähnte Definition des Sozialschadens sprachlich und in der Sache zumindest nicht optimal. Der Schaden in Bezug auf die Sozialverhältnisse ist bei exakter Analyse nicht als die Fehlverhaltensfolge und der bloß *mögliche* Schaden in Bezug auf das Sozialverhältnis ist nicht als das spezifische Kennzeichen des Fehlverhaltens aufzufassen.

¹⁹⁴ Siehe dazu 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社 2011 年版，第 44 页；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社，2013 年版，第 20 页。

Zur Verdeutlichung der Problematik ist zunächst auf das zutreffende Verständnis des rechtlich geschützten Sozialverhältnisses einzugehen: Nach Art. 2 I VVC gehört alle Macht in der Volksrepublik China dem Volk. Die Staatsgewalten werden dem Staat von den Bürgern im Interesse des Schutzes ihrer eigenen berechtigten Güter und Interessen verliehen.¹⁹⁵ Daher ist der Staat zum Schutz der berechtigten Güter und Interessen des Bürgers, die die Daseins- und Entfaltungsbedingungen des Einzelnen darstellen, verpflichtet.¹⁹⁶ Wenn das Sozialverhältnis unter den Bürgern nicht unter dem Schutz von Rechtsnormen (Verhaltensnormen) steht, kann jeder Bürger seinen Willen beliebig durchsetzen, sofern er faktisch dazu die Macht hat. Dann sind jedoch die berechtigten Güter und Interessen der anderen schutzlos. Dies zu vermeiden, ist die Aufgabe eines Rechtsstaats.¹⁹⁷ Daher dient der Schutz der Sozialverhältnisse eigentlich dem Schutz der Rechtsgüter der einzelnen Bürger. Um die Rechtsgüter der anderen Bürger zu schützen, erlegt die Rechtsordnung dem Einzelnen rechtliche Pflichten auf; sie sieht Verhaltensnormen vor, sodass bei normgemäßem Verhalten die Rechtsgüter der anderen vor den Folgen normwidrigen Verhaltens bewahrt werden. Der Grund, weshalb ein Bürger mit einem anderen in einem rechtlich geschützten Sozialverhältnis steht, liegt letztlich im Interesse des Schutzes bestimmter Güter und Interessen einzelner Bürger durch entsprechend legitimierte Verhaltensnormen (Rechtspflichten). Solche Rechtspflichten (rechtliche Gebote und Verbote) – nicht die Rechtsgüter als solche – ergeben den Inhalt der rechtlich geschützten Sozialverhältnisse. Damit ist das hierbei relevante Sozialverhältnis als rechtlich geschütztes Verhältnis unter den Bürgern, das die vom einzelnen Bürger zu erfüllende Rechtspflicht zum Inhalt hat, anzusehen.

Vor diesem Hintergrund ist der bewirkte Schaden in Bezug auf das Sozialverhältnis nicht erst als Fehlverhaltensfolge aufzufassen. Vielmehr ist diese Schädigung bereits im Fehlverhalten selbst zu erblicken. Der Grund liegt in Folgendem: Nach dem zutreffenden Verständnis

195 李龙主编:《法理学》, 人民法院出版社、社会科学出版社, 第3页.

196 Siehe dazu 李龙主编:《法理学》, 人民法院出版社、社会科学出版社, 第281页.

197 Siehe dazu *Diesselhorst*, Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant, S. 20.

des rechtlich geschützten Sozialverhältnisses versteht man unter dem Schaden des Sozialverhältnisses, dass das rechtlich geschützte Verhältnis unter Bürgern beeinträchtigt (nachteilig verändert) wird. Diese Beeinträchtigung ist sachlich nichts anderes als die Verletzung der als Inhalt des rechtlich geschützten Sozialverhältnisses geltenden Rechtspflicht. Diese Verletzung stellt den Inhalt des Fehlverhaltens dar. Für diese Beeinträchtigung des rechtlich geschützten Sozialverhältnisses spielen etwaige konkrete Schädigungsfolgen des Fehlverhaltens für bestimmte Rechtsgüter keine Rolle. Ebenso wenig kommt es für diese eingetretene Rechtsverletzung darauf an, ob die Geltung der übertretenen Verhaltensnorm als Folge des Fehlverhaltens bereits messbar abgenommen hat. Daher ist es nicht ratsam, den bewirkten Schaden in Bezug auf das Sozialverhältnis als Fehlverhaltensfolge zu bezeichnen.

Überdies ist der „mögliche Schaden in Bezug auf ein Sozialverhältnis“ nach dem zutreffenden Verständnis des rechtlich geschützten Sozialverhältnisses nur als mögliche – also in der Zukunft zu erwartende – Verletzung einer Rechtspflicht einzustufen. Das allein reicht aber für die Begründung einer Straftat nicht aus. Eine zukünftig mögliche Verletzung einer Rechtspflicht liegt beispielsweise in folgendem Fall vor: Jemand plant, einen anderen zu töten. Das Vorhaben allein kann keine rechtlich missbilligte Tötungshandlung und damit keinen Rechtsverstoß begründen.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass die missverständliche Definition des Sozialschadens nicht beibehalten werden sollte. Der Sozialschaden sollte zutreffend als „Beeinträchtigung des Sozialverhältnisses“ und als „konkreter Erfolgssachverhalt der Beeinträchtigung der Sozialverhältnisse“ oder vereinfacht als „Fehlverhalten“ bzw. „Fehlverhaltensfolge“ definiert werden.

Noch zu betonen ist, dass bei der Feststellung der Beeinträchtigung eines Sozialverhältnisses die für ein Fehlverhalten notwendige subjektive Beziehung des Täters zu seinem Fehlverhalten (Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit)¹⁹⁸ einbezogen werden muss. Ausreichend ist eine subjektive Beziehung des Handelnden oder Unterlassenden zu seinem

198 Der Grund, weshalb der Begriff der „rechtsfeindlichen Gesinnung“ nicht verwendet wird, liegt in folgenden zwei Aspekten: Einerseits ist er zu weit (Problem des Gesinnungsstrafrechts; ein erlaubtes Verhalten kann nicht allein aufgrund einer bösen Gesinnung zu einem unerlaubten Verhalten oder sogar zu einer Straftat

Verhalten, aufgrund deren er nach seinen individuellen Verhältnissen in der Lage ist, die Schädigungsmöglichkeit (Tatbestandsverwirklichung) zu vermeiden; genau dies muss von ihm auch rechtlich erwartet werden können. Der Grund ist in Folgendem zu sehen: Bei Vorliegen eines rechtlich geschützten Sozialverhältnisses zwischen zwei Bürgern müssen sie die entsprechende Pflicht wechselseitig erfüllen, Rechtsgüter des anderen nicht zu beeinträchtigen. Wenn einer davon diese Pflicht nicht erfüllt, beeinträchtigt er das rechtlich geschützte Sozialverhältnis. Jedes pflichtwidrige Verhalten erfordert entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit als subjektive Beziehung des Täters zu seinem (Fehl-)Verhalten. Die bloße Herbeiführung eines negativen Zustandes ist nicht als Beeinträchtigung des Sozialverhältnisses zu verstehen. Daher ist die Einbeziehung dieser subjektiven Beziehung unentbehrlich.

b) Schuldhaftes Unrecht im deutschen Recht

Im deutschen Strafrecht wird das „schuldhafte“ Unrecht häufig in Verhaltensunrecht und Erfolgsunrecht unterteilt. Das schuldhafte Verhaltensunrecht liegt in der Pflichtverletzung bzw. im personalen Fehlverhalten; dagegen gehört die Schädigung der Rechtsgüter oder auch die (konkrete) Gefährdung zum Erfolgsunrecht.¹⁹⁹

Außerdem bildet die Straftat eine Einheit von subjektiven und objektiven Merkmalen.²⁰⁰ Die Gefährdung oder Verletzung der Rechtsgüter muss spezifisch auf dem pflichtwidrigen (verhaltensnormwidrigen) Verhalten beruhen. Die bloße Herbeiführung eines negativen Zustandes ohne schuldhaftes Verhaltensunrecht genügt für eine Straftat nicht.

werden); andererseits ist er zu eng, weil es auch fahrlässiges Fehlverhalten gibt, bei dem man nur schwer von einer rechtsfeindlichen Gesinnung sprechen kann.

199 Zur Kritik an der Trennung von Unrecht und Schuld siehe unten, Dritter Teil, C, I.

200 Zum Begriff des Handlungsunwerts als „Einheit objektiver und subjektiver Merkmale“ Gallas, FS Bockelmann, S. 155 ff.

2. Das tatbestandsmäßige Fehlverhalten als primäres straftatfundierendes Merkmal

Im chinesischen und im deutschen Strafrecht wird weitgehend anerkannt, dass nur das tatbestandsmäßige Fehlverhalten als Kernpunkt für die Bestrafung taugt.²⁰¹

Der Stellenwert des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass die bloße Herbeiführung eines negativen Zustandes nicht als eine Straftat aufzufassen ist,²⁰² denn kein Rechtsgut genießt einen absoluten Schutz.²⁰³ Die Feststellung, unter welchen Umständen ein bestimmtes Rechtsgut von Rechts wegen zu schützen ist, ist Aufgabe der Verhaltensnorm, die als Voraussetzung des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens gilt. Wenn die Rechtsordnung bestimmte Kausalverläufe, z. B. die vorsätzliche und fahrlässige Tötung von Menschen, verhindern möchte, ist dies nur dadurch möglich, dass sie die entsprechenden rechtlichen Ge- und Verbote aufstellt, die die Schaffung oder Nichtabwendung bestimmter Schädigungsmöglichkeiten hinsichtlich menschlichen Lebens als unerlaubt erklärt.²⁰⁴ Die Bestrafung wegen eines rechtlich nicht zu missbilligenden Verhaltens ist unter zweckrationalem Aspekt (i. S. des Schutzes eines rechtlich schutzbedürftigen und schutzwürdigen Rechtsgutes) oder dem Aspekt der gerechten Zweck-Mittel-Relation (in Sinne der verhältnismäßigen Freiheitsbeschränkung) nicht zu legitimieren. Eine (tatbestandsmäßige) Fehlverhaltensfolge liegt nur vor, wenn sich ein schadensträchtiger Verlauf ereignet hat, dessen Vermeidung *ex ante* Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm war.²⁰⁵ Daher kommt ohne das Vorliegen eines tatbestandsmäßigen Verhaltens die Beurteilung der tatbe-

201 Siehe dazu 陈兴良主编:《刑法学》, 复旦大学出版社 2009 年版, 第 53 页; 马克昌主编:《犯罪通论》, 武汉大学出版社, 2013 年版, 第 88 页; Jescheck/Weigend, AT, § 27 II 1 (S. 274); Struensee, JZ 1987, 53, 57 ff., 61 ff.; ders. GA 1987, 97, 99 f.; Gallas, FS Bockelmann, S. 155 ff.; Lüderssen, FS Bockelmann, S. 181, 182 f.

202 Dazu siehe Puppe, in: NK, vor § 13 Rn. 153; Rudolphi, FS Lackner, S. 864 ff.

203 Dazu siehe unten, Vierter Teil, A, I, 4, a.

204 Siehe dazu Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, S. 121 ff., 152 ff. *et passim*; Lüderssen, FS Bockelmann, S. 186 ff.; Kaufmann, FS Welzel, S. 393, 410 f.; Dornseifer, GS Armin Kaufmann, S. 427 ff.

205 Freund, AT, § 2 Rn. 75a.

standsmäßigen Fehlverhaltensfolge und der weiteren zusätzlichen Straftaterfordernisse keinesfalls in Betracht.

3. Das hinreichend gewichtige Fehlverhalten und der Erfolgssachverhalt als Kriterien der Straftat

Im deutschen und im chinesischen Strafrecht ist anerkannt, dass Straftaten einen hinreichend gewichtigen personalen Unrechtsgehalt in sich tragen müssen. Nur dann handelt es sich um eine schwerwiegende Missachtung oder Nichtbeachtung der Rechtsordnung, die den Einsatz von Schuldspruch und Strafe als der schärfsten Reaktion des Staates legitimiert. Die strafrechtliche Sanktion greift massiv in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter der Bürger ein. Infolgedessen muss jede Bestrafung legitimiert werden. Das bedeutet insbesondere, dass sich diese am verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen muss. Mit der Bestrafung muss daher ein legitimer Zweck verfolgt werden. Zur Verfolgung dieses Zwecks müssen Schuldspruch und Strafe geeignet, erforderlich und angemessen sein.²⁰⁶

a) Chinesisches Recht

§ 13 cStGB sieht vor, dass ein Verhalten nicht als Straftat aufgefasst wird, wenn es den Tatumständen nach eindeutig unerheblich ist und keinen großen Sozialschaden herbeigeführt hat. Das heißt, dass man nur bei Vorliegen der schwerwiegenden Sozialschädlichkeit von einer Straftat ausgehen darf. Außerdem ist in vielen Strafvorschriften des Besonderen Teils des chinesischen Strafgesetzbuchs das „Vorliegen schwerwiegender Tatumstände“ als Tatbestandsmerkmal enthalten.

b) Deutsches Recht

Wie im chinesischen Strafrecht ist auch im deutschen Strafrecht in der Sache anerkannt, dass nur ein Fehlverhalten mit hinreichend gewichtigem Unrechtsgehalt eine (verfolgungswürdige) Straftat begründen kann. Ein gutes Beispiel im materiellen Strafrecht bieten die Entschuldigungsgründe, von denen die Schuldausschlussgründe zu unter-

²⁰⁶ Siehe dazu *Freund*, AT, § 1 Rn. 50 ff.

scheiden sind.²⁰⁷ Zu den Entschuldigungsgründen zählen typischerweise der Notwehrexzess (§ 33 dStGB) sowie zumindest viele Fälle des entschuldigenden Notstands (§ 35 I dStGB).²⁰⁸ Für die Entschuldigung gibt es im Besonderen Teil des deutschen Strafrechts noch einzelne spezielle Regelungen. Manche Tatbestände werden bemerkenswerterweise so konzipiert, dass ein Bagatellunrecht zum Teil schon aus dem Erfassungsbereich des Tatbestands herausfällt.²⁰⁹ Zum Beispiel werden bloße Übertreibungen nicht als falsche Verdächtigung (§ 164 I dStGB) aufgefasst oder man denke an die nur unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens, die nicht von der Definition der körperlichen Misshandlung bei § 223 dStGB erfasst ist.²¹⁰

C. Kritische Würdigung des chinesischen und des deutschen Straftatbegriffs

I. Die verfehlte Trennung des Tatbestands in ein „subjektives“ und ein „objektives“ Element

Die Dichotomie „objektiv-subjektiv“ herrscht in beiden untersuchten Straftatkonzeptionen: Nach der traditionellen chinesischen Strafrechtsdogmatik wird der Deliktsaufbau in den objektiven und den subjektiven Tatbestand aufgeteilt.²¹¹ Der objektive Tatbestand beinhaltet die nicht auf das individuelle Bewusstsein angewiesenen Merkmale, die das äußere Erscheinungsbild der Straftat umschreiben, z. B. Tatobjekt, Tatgegenstand, tatbestandsmäßiges Fehlverhalten, tatbestandsmäßiger Taterfolg, Tatmethode, Tatzeit und Tatort. Demgegenüber besteht der subjektive Tatbestand aus den Merkmalen, die den Täter und seine innere rechtsfeindliche Gesinnung umschreiben, wie Schuldfähigkeit, besondere persönliche Merkmale, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Absicht usw. In der deutschen Strafrechtsdogmatik liegt nicht nur eine

207 Vgl. Kühl, AT, § 11 Rn. 1 ff., § 12 Rn. 1 ff., 4 ff.; Freund, AT, § 4 Rn. 6 ff., 43 ff.

208 Siehe dazu Freund, AT, § 4 Rn. 54 ff.

209 Freund, AT, § 4 Rn. 8.

210 Siehe dazu Joecks, in: MünchKommStGB, Band IV, § 223 Rn. 21 ff.

211 Statt aller dazu 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，中国法制出版社 2011 年版，第 50 页。

Aufspaltung des Tatbestands (i. e. S.) in einen „objektiven“ und einen „subjektiven“ Teil vor, sondern erweist sich die strikte Trennung des „objektiven“ Unrechts von der „subjektiven“ Schuld auch als systembildend.²¹² Das Unrecht soll sich an der Nichterfüllung der Rechtspflicht der Maßstabsfigur des besonnenen und gewissenhaften Teilnehmers des Verkehrskreises orientieren, dem der Handelnde angehört.²¹³ Dieses Unrecht gehöre dem „objektiven Teil“ der Straftat an. Im Gegensatz zum Unrecht gilt die Schuld, soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise noch weitere Voraussetzungen für die Begründung der Straftat vorsieht, als die endgültige Beurteilung, dass ein konkreter Täter für seine rechtswidrige Tat in strafbarer Weise eintreten muss. Die Schuld gehöre dem „subjektiven Teil“ der Straftat an. Allerdings wird der Vorsatz im deutschen Recht mittlerweile regelmäßig nicht mehr nur als Schuldform, sondern als Element eines subjektiven Unrechtstatbestands begriffen.

Indessen ist die übliche Aufspaltung in einen „objektiven“ und einen „subjektiven“ Tatbestand gar nicht durchführbar und sollte nicht auf die chinesisch-deutsche Ebene übertragen werden. Denn das tatbestandsmäßige Fehlverhalten lässt sich weder allein dem „subjektiven Teil“ noch allein dem „objektiven Teil“ der Straftat zuordnen.

Zunächst stellt das tatbestandsmäßige Fehlverhalten keine rechtsfeindliche Gesinnung, sondern eine Manifestation der für ein Fehlverhalten notwendigen subjektiven Beziehung des Täters zu seinem Fehlverhalten dar. Daher gehört das tatbestandsmäßige Fehlverhalten jedenfalls nicht nur zum „subjektiven Teil“ der Straftat. Das tatbestandsmäßige Fehlverhalten zählt aber auch nicht nur zum „objektiven Teil“ der Straftat. Denn das Verständnis des Fehlverhaltens als etwas rein Objektives kann nur zu zwei verfehlten Verständnissen des tatbestandsmäßigen Verhaltens führen:

Das eine ist die ausschließliche Herbeiführung eines sozial negativ bewerteten Zustandes durch körperliche Bewegung, die auf jeden Fall nicht als ein Fehlverhalten im Sinne des Strafrechts angesehen werden

212 Siehe dazu *Jescheck/Weigend*, AT, § 22 (S. 200 ff.); *Dannecker*, FS Hirsch, S. 141 (150 f.); *Perron*, FS Lenckner, 227 (234); *Vogel*, GA 1998, 127 (148); *Küper*, JuS 1987, 81.

213 Zur Maßstabsfigur siehe statt aller *Jescheck/Weigend*, AT, § 55 I 2 (S. 578); *Krey/Esser*, AT, Rn. 1345.

kann.²¹⁴ Insbesondere wird in § 16 cStGB geregelt, dass eine Handlung oder eine Unterlassung nicht als Straftat angenommen wird, „wenn sie zwar eine objektiv schädliche Folge bewirkt hat, diese jedoch nicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhte, sondern auf nicht vorhersehbare Ursachen zurückzuführen war.“²¹⁵ Ein gutes Beispiel bietet der Erbonkelfall. In diesem überredet der Neffe seinen Erbonkel zu einer Flugreise. Im Flugzeug wird eine Bombe installiert. Hierdurch wird der Erbonkel getötet. Hat der Neffe zufällig Kenntnis davon, gilt für den Neffen die Verhaltensnorm: „Du darfst deinen Onkel nicht zur Flugreise überreden.“ Wenn er das rechtliche Verbot nicht einhält, ist sein Verhalten rechtlich missbilligt. Wenn er von der Bombe jedoch nichts weiß und von Rechts wegen auch keine Kenntnis haben muss, dass eine Bombe im Flugzeug installiert wurde, wird sein Verhalten als rechtlich erlaubt bewertet, obwohl die Todesfolge seines Erbonkels tatsächlich durch sein Verhalten verursacht wird. Bloß aus der Herbeiführung des Todes des Erbonkels kann sich noch nicht ergeben, dass das Verhalten des Neffen entsprechend rechtlich missbilligt ist.

Das zweite unberechtigte Verständnis ist das „tatbestandsmäßige Verhalten“ einer Maßstabsperson. Das Konzept der Maßstabsfigur stammt aus dem zweistufigen Prüfungsmodell des fahrlässigen Verhaltens im deutschen Strafrecht.²¹⁶ Nach diesem Konzept verläuft die Prüfung eines rechtlich missbilligten Verhaltens in zwei Stufen: Die erste Stufe basiert auf der Verletzung der rechtlichen Pflicht, die die Rechtsordnung im Zeitpunkt der Tatausführung einem gewissenhaften und einsichtigen Teilnehmer des Sozialverkehrskreises des Täters

214 Siehe zum chinesischen Strafrecht 陈兴良主编:《刑法学》, 复旦大学出版社 2009 年版, 第 128 页; 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》, 中国法制出版社 2011 年版, 第 103~104 页; 马克昌主编:《犯罪通论》, 武汉大学出版社, 2013 年版, 第 311 页; 张明楷:《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 204 页; siehe zum deutschen Strafrecht Kühl, AT, § 4 Rn. 39; Eisele, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 43 ff.; Rudolphi, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 96; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 15 Rn. 18.

215 Übersetzung von Strupp, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 108.

216 Zum zweistufigen Prüfungsmodell im deutschen Strafrecht siehe Jescheck/Weigend, AT, § 54 I 3 (S. 564 f.); Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 118; zur „objektiven“ Sorgfaltspflichtverletzung⁴ siehe Kühl, AT, § 17 Rn. 22 ff.; zur „subjektiven“ Sorgfaltspflichtverletzung⁴ siehe ders., AT, § 17 Rn. 89 ff.

in der Tatsituation auferlegt. Erst nach Bejahung der ersten Stufe kann weiter geprüft werden. Die zweite Stufe beruht auf der rechtlichen Bewertung, ob der Täter nach seinem individuellen Sonderwissen und seiner individuellen Sonderfähigkeit die in der ersten Stufe festgestellte Pflicht von Rechts wegen erfüllen muss. Jedoch ist das Konzept der Maßstabsperson überflüssig, praktisch nicht durchsetzbar und gefährlich:²¹⁷

Zunächst ist das zweistufige Konzept überflüssig. Bei der Gestaltung einer Maßstabsfigur bringt man immer zwei Personen vor Gericht: eine aus Fleisch und Blut und ein künstlich geschaffenes Wesen.²¹⁸ Mit der Bestimmung des „Fehlverhaltens“ anhand einer Maßstabsfigur lässt sich aber noch nicht beweisen, dass der konkret Handelnde oder Unterlassende bei der vorgefundenen Sachlage Unrecht getan hat. Für die rechtliche Bewertung des konkreten Verhaltens des Täters ist die Feststellung einer Maßstabsperson daher sinnlos, wenn das zu beurteilende Individuum die Eigenschaften der Maßstabsfigur nicht besitzt.²¹⁹ Indessen ist eine sinnlose Prüfungsstufe überflüssig.

Außerdem sind die zu berücksichtigenden Kriterien bei der Bildung einer Maßstabsperson oft unklar. Diese Bildung gelingt einigermaßen in den Standardfällen, in denen die konkret zu beurteilende Person überhaupt keine individuellen Besonderheiten im Vergleich zur Maßstabsperson hat, die das Missbilligungsurteil über ihr Verhalten beeinflussen könnten.²²⁰ Hingegen ist die Bildung einer Maßstabsfigur unter manchen Umständen besonders schwer. Ein Beispiel bietet der Fall des Praktikanten,²²¹ der unter sehr schlechten hygienischen Bedingungen eine Operation im Urwald durchführen soll. In dieser Situation ist schwer zu sagen, welche individuellen Momente des konkret betroffenen Praktikanten bei der Bildung der Kunstfigur (der Maßstabsperson) berücksichtigt werden sollen. Die individuellen Fachkenntnisse über die Operation, die zitterigen Hände, die schlechten hygienischen Bedingungen usw. sind für die Bewertung des Ver-

217 Zu diesem berechtigten Einwand gegen die Maßstabstabsfigur in der Fahrlässigkeitslehre siehe auch *Freund*, AT, § 5 Rn. 22 ff.

218 *Freund*, AT, § 5 Rn. 23.

219 *Freund*, AT, § 5 Rn. 23.

220 *Freund*, AT, § 5 Rn. 25.

221 Dazu siehe auch unten, Vierter Teil, A, I, 6, a).

haltens des zu beurteilenden Praktikanten gleichermaßen rechtlich relevant.²²²

Schließlich ist der Versuch, eine Maßstabsperson zu bilden, auch aufgrund der Vernachlässigung des Sonderwissens und der jeweiligen Sonderfähigkeiten des konkret Handelnden oder Unterlassenden gefährlich. Zugestanden werden soll, dass die Unterscheidung zwischen dem „Subjektiven“ und dem „Objektiven“ in der großen Mehrzahl der Fälle keine schädlichen Auswirkungen hat. Dem ist aber nur deshalb so, weil man diese Unterscheidung tatsächlich gar nicht ernst nimmt: Es gibt durchaus Beispiele, bei denen die Bildung einer Maßstabsfigur für die Beurteilung des Verhaltens des Täters wegen der Vernachlässigung des Sonderwissens und der Sonderfähigkeiten zu einer voreiligen Ausfilterung gewisser Konstellationen aus dem strafrechtlich relevanten Bereich führt.²²³ Als Beispiel denke man an einen Vater, der ehemaliger professioneller Schwimmer ist. Wenn sein kleines Kind ins Wasser fällt und zu ertrinken droht, muss der Vater von seinen Sonderfähigkeiten Gebrauch machen und sein Kind retten. Wenn er nur wie ein „Familienvater mittlerer Art und Güte“ (durchschnittlicher Vater) schwimmt und sein Kind ertrinken lässt, ist er für den Tod des kleinen Kindes strafrechtlich verantwortlich.²²⁴ In diesem Fall erzielt man ein falsches Ergebnis, wenn man der Maßstabsperson-Theorie treu bleibt: Bei der Feststellung des Fehlverhaltens einer Maßstabsfigur muss zuerst eine Maßstabsperson gebildet werden. In dieser konkreten Konstellation wird genau der „Familienvater mittlerer Art und Güte“ als Maßstabsperson angenommen. Demzufolge wird die Rettungs-

222 Freund, AT, § 5 Rn. 25.

223 Helmert, Der Straftatbegriff in Europa, S. 271.

224 Zu diesem Fall siehe Freund, AT, § 5 Rn. 32. Insofern lässt sich auch noch auf ein anderes Beispiel verweisen: Der BGH (v. 22.7.1999 – 4 StR 90/99, NJW 1999, 3132) billigt die Verurteilung wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in einem Fall, in dem der Täter sein Fahrzeug in einer „äußerlich verkehrsgerechten“ Weise führte, dabei aber die Absicht hatte, Unfälle herbeizuführen, um von den Versicherungen der Unfallgegner Versicherungsleistungen in Anspruch nehmen zu können. Mit der Dichotomie „objektiv-subjektiv“ bekommt man den Fall nicht in den Griff. Denn mit der Ablehnung des „objektiven“ Tatbestands wegen des Nichtvorliegens eines äußerlichen Verkehrsverstößes hätte das Gericht die Prüfung beenden und den Autofahrer freisprechen müssen. Zum Sachverhalt und der zutreffenden rechtlichen Würdigung s. Freund, JuS 2000, 754 ff.; Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 185 ff.

handlung der Maßstabsfigur als rechtlich erlaubt bewertet. Mit der Verneinung des „objektiven“ Tatbestands im deutschen Strafrecht und der „objektiven“ Seite der Straftat im chinesischen Strafrecht (mangels einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung) müsste das Gericht die Prüfung beenden und den Vater freisprechen. Dieses Ergebnis ist jedoch nicht akzeptabel. Denn in diesem Beispiel ist die missbilligte Gefahrschaffung im Hinblick auf die vorhandene Sonderfähigkeit des Täters zu bejahen. Das „Objektive“ hängt ohne den subjektiven Kontext gleichsam in der Luft.²²⁵ Hierbei ist zu erkennen, dass der Vater als eine konkrete Person mit seiner eigenen Sonderfähigkeit dem Verkehrskreis, aus dem die Maßstabsfigur kommt, nicht angehört.

Als Haupteinwand gegen ein solches individualisiertes Bewertungsmodell des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens (besonders bei Sonderfähigkeiten) wird vorgebracht, dass die Rechtsordnung nicht andauernd und ausnahmslos von den Sonderbegabten Spitzenleistungen fordern dürfe.²²⁶ Jedoch ist dieser Einwand unberechtigt, denn ein individualisierter Maßstab für die Beurteilung des Fehlverhaltens führt auf keinen Fall zu einer Überforderung. Das ergibt sich aus Folgendem: Jedes tatbestandsmäßige Fehlverhalten stellt einen Verstoß gegen eine deliktspezifische Verhaltensnorm dar. Eine solche Verhaltensnorm stützt sich einerseits auf einen legitimen Zweck und andererseits auf eine verhältnismäßige Freiheitsbeschränkung, bei der die individuelle Fähigkeit stets ein unentbehrliches Kriterium ist. Unter dem Aspekt der Freiheitsbeschränkung müssen die individuellen Verhältnisse des Handelnden oder Unterlassenden mitberücksichtigt werden, so dass man klären kann, ob der Normadressat angesichts der vorgefundenen Sachlage tatsächlich in der Lage ist, das Rechtsgut eines anderen zu schützen, und ob genau das vom ihm rechtlich erwartet werden kann.

225 *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 272 (Fn. 331); näher zur immer gegebenen Subjektabhängigkeit der Bewertung siehe *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 182 ff.

226 Im chinesischen Schrifttum siehe statt aller 马克昌主编: 《犯罪通论》, 武汉大学出版社 2013 年版, 第 19 页; im deutschen Schrifttum siehe etwa *Schroeder*, in: LK, § 16 Rn. 148; *Wolter*, GA 1977, 257, 270 f.

Zur Verdeutlichung kann das Beispiel eines Rennfahrers dienen,²²⁷ der angesichts des vor sein Auto laufenden Kindes verpflichtet ist, seine Sonderfähigkeiten einzusetzen. Jeder Kraftfahrer muss von Rechts wegen im Rahmen des Möglichen und Angemessenen dafür sorgen, dass niemand durch seine Fahrmanöver zu Schaden kommt. Autofahren ist eine riskante Tätigkeit. Ihre Vornahme begründet eine Gefahrenabwendungspflicht. Dementsprechend muss jeder Autofahrer beim Autofahren „sein Bestes“ geben, um einen Verkehrsunfall zu vermeiden. In dem genannten Fall darf der Rennfahrer im alltäglichen Straßenverkehr selbstverständlich sein Auto mit derselben Aufmerksamkeit führen wie jeder andere Kraftfahrer auch. Aber angesichts der konkreten Umstände in dieser kritischen Situation muss er von seiner individuellen Sonderfähigkeit Gebrauch machen, um den Verkehrsunfall zu vermeiden. Genügt er der Rechtspflicht nicht, ist sein Verhalten rechtlich missbilligt. Deswegen führt diese Aufforderung nicht zu einer Mehrbelastung, sondern lediglich zu einer Gleichbelastung.²²⁸

Vor diesem Hintergrund ist es vorzugswürdig, „objektive“ und „subjektive“ Teile der Straftat in die umfassende Kategorie des personalen Verhaltensunrechts zu überführen.²²⁹ Damit wird der Blick von vornherein auf den entscheidenden Punkt gelenkt: auf den tatbestandsmäßigen Verhaltensnormverstoß, der das primäre Datum für jegliche strafrechtliche Reaktion darstellt.

Fassen wir kurz zusammen: Die Einsicht, bei der Begründung des tatbestandsmäßigen Verhaltens die für ein Fehlverhalten notwendige subjektive Beziehung des Täters zu seinem Fehlverhalten zu berücksichtigen, hat die Unterscheidung zwischen dem „subjektiven“ und dem „objektiven“ Teil *ad absurdum* geführt. Ein ausschließlich objektives Verantwortlichkeitssystem gibt es nicht, denn aus der bloßen Herbeiführung eines unerwünschten Ereignisses oder aus einem „Fehlverhalten“ einer Maßstabsfigur ohne Heranziehung der individuellen Verhältnisse des Täters ergibt sich kein Verhaltensnormverstoß. Demnach ist das tatbestandsmäßige Fehlverhalten weder ein rein subjektives

227 Beispiel nach Mikus, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, S. 84 f.

228 Vgl. dazu auch Mikus, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, S. 84 f.; Murmann, FS Herzberg, S. 123, 129 ff.; Otto, JuS 1974, 702, 707; Roxin, AT I, § 24 Rn. 61.

229 Helmert, Der Straftatbegriff in Europa, S. 272.

noch ein rein objektives Tatbestandserfordernis. Der „Deliktsaufbau“ ist auch nicht etwa eine „Einheit aller subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmale“, wie manche meinen.²³⁰ Vielmehr sind einzelne Tatbestandsmerkmale so zu bilden, dass sich bewertbare Sinneinheiten ergeben. Das ist nicht der Fall, wenn der tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß in „Objektives“ und „Subjektives“ „zerlegt“ wird. Irreführende Terminologien zu vermeiden, ist das grundlegende Gebot wissenschaftlichen Arbeitens. Für alle wissenschaftlichen Bereiche ist es von entscheidender Bedeutung, die fachlichen Terminologien so zu bilden, dass das Gemeinte möglichst präzise zum Ausdruck gebracht wird.²³¹ Daher hat sich der Inhalt des Deliktsaufbaus an dem zu orientieren, worauf es für Schuldpruch und Strafe letztlich ankommt: an den Kategorien des rechtlich missbilligten tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens und der tatbestandsmäßigen spezifischen Fehlverhaltensfolge.

II. Individualisiertes Verständnis des fahrlässigen und des vorsätzlichen Verhaltens

1. Maßgeblichkeit der Perspektive der handelnden oder unterlassenden Person

Begreift man – wie oben vorgeschlagen – den personalen Verhaltensnormverstoß als das zentrale Datum des Straftatbegriffs, so gelangt man zu einer Reihe weiterer Konsequenzen. Eine besonders wichtige bezieht sich auf die Frage, welche Umstände berücksichtigt werden müssen, um eine Verhaltensnorm für einen bestimmten Adressaten und in einer bestimmten Konstellation zu legitimieren.²³² Eine legitimierte Verhaltensnorm muss sich auf die vorliegenden Umstände

230 Dazu siehe 陈兴良: 《刑法适用总论》(上卷), 法律出版社 1999 年版, 第 83 页; 高铭喧等主编: 《新中国刑法的理论与实践》, 河北人民出版社 1985 年版, 第 135 页; 刘艳红: 《社会危害性理论之辩证》, 载《中国法学》2002 年第 2 期; 苏慧渔主编: 《刑法学》, 中国政法大学出版社 1997 年版, 第 76 页.

231 Zitiert nach einem unveröffentlichten Vortrag von Freund an der Peking-Universität am 14. März 2014.

232 Helmert, Der Straftatbegriff in Europa, S. 273.

gründen, die dem Normadressaten zum Zeitpunkt der Tatausführung in der konkreten Situation bekannt sind, denn die Rechtsordnung kann dem Bürger nichts abverlangen, was ihm (zum Zeitpunkt des in Frage stehenden Verhaltens) gar nicht möglich ist. „Wenn ein Missbilligungsurteil über ein bestimmtes Verhalten tatsächlich eine verhaltensleitende Funktion übernehmen – also den von dem Urteil Betroffenen zu rechtlich richtigem Verhalten bestimmen – soll, muss vielmehr auf eine für den Betroffenen verfügbare Beurteilungsbasis Bezug genommen werden.“²³³ Eine zur Erreichung des Rechtsgüterschutzes untaugliche Verhaltensnorm ist unter zweckrationalem Aspekt niemals zu rechtfertigen.²³⁴

2. Individualisierendes Verständnis des vorsätzlichen und des fahrlässigen Verhaltens

Aus der – wie gezeigt verfehlten – Dichotomie „objektiv-subjektiv“ ergibt sich, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit regelmäßig eine beachtenswerte „Doppelfunktion“ zugewiesen wird. Im deutschen Strafrecht sollen sie einerseits für die Tatbestandsmäßigkeit von Bedeutung sein und andererseits die Schuld betreffen. Auf der Unrechtsebene wird das an der Maßstabsfigur gemessene „Fehlverhalten“ als Kriterium des unrechtmäßigen Verhaltens genommen.²³⁵ Demnach beruht das vorsätzliche und fahrlässige Verhalten auf der Verletzung derjenigen rechtlichen Pflicht, die ein gewissenhafter und einsichtiger Teilnehmer des Verkehrskreises in der konkreten Tatsituation erfüllen muss. Erst nach der Feststellung des Unrechts kommt die vorsätzliche und fahrlässige Schuld in Betracht, die der Pflichtverletzung des Täters zugrunde liegt. Im chinesischen Strafrecht sind Vorsatz und Fahrlässigkeit nach einer weit verbreiteten Ansicht einerseits für die objektive Seite der Straftat

²³³ Freund, AT, § 3 Rn. 9.

²³⁴ Zutreffend betont von Gallas, Studien, S. 65.

²³⁵ Zur regelmäßig angenommenen Doppelfunktion des Vorsatzes siehe Jescheck/Weigend, AT, § 24 III 5 (S. 243); Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 200 ff., 646; zur Doppelfunktion der Fahrlässigkeit siehe Jescheck/Weigend, AT, § 54 I 3 (S. 564 f.); Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 118; zur „objektiven“ Sorgfaltspflichtverletzung im Einzelnen Kühl, AT, § 17 Rn. 22 ff.; zur „subjektiven“ Sorgfaltspflichtverletzung ders. AT, § 17 Rn. 89 ff.; i. S. eines zweistufigen Vorgehens ferner etwa Puppe, in: NK, vor § 13 Rn. 153 ff., 159 ff.

von Bedeutung, andererseits betreffen sie die subjektive Seite der Straftat. Auf der objektiven Seite wird das sozialschädliche Verhalten (tatbestandsmäßiges Verhalten) als „Fehlverhalten“ in Relation zur Maßstabsfigur eingestuft.²³⁶ Auf der subjektiven Seite prüft man, ob das Verhalten des konkret Handelnden oder Unterlassenden individuell schuldhaft (in Form des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit) war.

Nach der gewonnenen allgemein gültigen Erkenntnis muss jedes strafrechtlich relevante Fehlverhalten unter Zugrundelegung der individuellen Perspektive des Betroffenen individuell bestimmt werden. Die weithin noch anzutreffende Fiktion einer Maßstabsfigur ist demgegenüber verfehlt.²³⁷

Von großer Bedeutung ist insoweit noch ein zutreffendes Verständnis des Verhältnisses zwischen dem fahrlässigen und dem vorsätzlichen Verhalten. Denn ohne dass eine Person zumindest fahrlässig handelt oder unterlässt, kann ihr Verhalten keinesfalls als personales Fehlverhalten eingestuft werden. Das bedeutet zugleich, dass Fahrlässigkeit in jedem Fall auch ausreicht, um einen Vorwurf wegen dieses Fehlverhaltens zu begründen.²³⁸ Demzufolge bildet fahrlässiges Verhalten die Grundform personalen Fehlverhaltens und ist auch als Minus im vorsätzlichen Verhalten enthalten.²³⁹ Vorsätzliches Verhalten stellt aus folgendem Grund im Verhältnis zu fahrlässigem Verhalten ein Plus dar: Während der Vorsatz Täter zum Zeitpunkt der Tatausführung die spezifischen Schädigungsmöglichkeiten seines Fehlverhaltens erkannt und die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, verkennt der Fahrlässigkeitstäter das Ausmaß der von ihm zu verantwortenden rechtlich zu missbilligenden Schädigungsmöglichkeiten.²⁴⁰ Er könnte

236 Zur zweistufigen Feststellung einer Vorsatztat siehe 马克昌主编:《刑法》, 高等教育出版社, 2012 年版, 第 94 页; 张明楷:《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 217~218 页; zur zweistufigen Feststellung einer Fahrlässigkeitstat siehe 曾宪信、江任天、朱继良:《犯罪构成论》, 武汉大学出版社 1988 年版, 第 98~99 页; 马克昌主编:《犯罪通论》, 武汉大学出版社, 2013 年版, 第 311 页; 张明楷:《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 238~239 页.

237 Siehe dazu auch Helmert, Der Straftatbegriff in Europa, S. 273.

238 Helmert, Der Straftatbegriff in Europa, S. 275.

239 Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 40; Freund, AT, § 7 Rn. 35 ff.; Puppe, in: NK, vor § 13 Rn. 154.

240 Zum richtigen Verständnis des Verhältnisses zwischen fahrlässigem und vorsätzlichem Verhalten siehe Jakobs, AT, 9/4; ders., GA 1991, S. 257, 260; Herzberg, JuS 1996, 377 ff.; vgl. auch Kindhäuser, AT, § 14 Rn. 27; ders., GA 1994, S. 197, 208 f.

und müsste diese nur erkennen. Das zusätzliche Vorsatzerfordernis ist der einzige strukturelle Unterschied zwischen Fahrlässigkeits- und Vorsatztat. Statt der Sorgfaltspflichten, die die klassische Strafrechtsdogmatik für ein spezielles Erfordernis der Fahrlässigkeitstat hält, spricht man heute vielmehr von der rechtlich missbilligten Schaffung oder Nichtabwendung eines Risikos (einer Schädigungsmöglichkeit), um unterschiedliche Konzepte bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitstaten zu vermeiden.²⁴¹

III. Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe

In diesem Zusammenhang bewährt sich die in dieser Untersuchung zugrunde gelegte klare Differenzierung zwischen dem Verhaltensnormbereich und dem Sanktionsnormbereich. Im Verhaltensnormbereich geht es um die vorstrafrechtliche Frage des rechtmäßigen Verhaltens und die entsprechende rechtliche Verantwortlichkeit für das rechtlich missbilligte Verhalten nebst Folgen. Im Sanktionsnormbereich geht es um die ganz andere Frage der verhältnismäßigen Reaktion auf tatbestandsmäßiges Fehlverhalten (nebst Folgen).²⁴² Es fehlt bei Verhaltensweisen einsichts- und steuerungsunfähiger Personen und denjenigen Personen, die in unvermeidbar irriger Annahme rechtfertigender Umstände oder unter dem Eindruck eines unvermeidbaren Rechtsirrtums stehen, bereits an einer Verhaltensmissbilligung, die die Bestimmung des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens voraussetzt.²⁴³ Die Schuldausschließungsgründe schließen von vornherein jedenfalls einen strafrechtlich relevanten Verhaltensnormverstoß aus. Bei dessen Bestimmung stellt sich die Frage, welche Rechtspflicht der Normadressat zum Zeitpunkt der Tatausführung in der konkreten Situation erfüllen muss. Im Gegensatz zu den Schuldausschließungsgründen geht es bei Entschuldigungsgründen nicht (mehr) um die Feststellung des Fehlverhaltens: Der Vorwurf des rechtlich missbilligten Verhaltens ist durchaus berechtigt. Hingegen ist fraglich, ob wegen des zu geringen

241 Puppe, in: NK, vor § 13 Rn. 154.

242 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 261.

243 Siehe dazu Freund, AT, § 4 Rn. 12 ff.; ders., in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 226 ff.

Gewichts auf das personale Fehlverhalten strafrechtlich tatsächlich reagiert werden soll.²⁴⁴

IV. Das Verständnis des Versuchs

Auf die Versuchsstraftat wirkt sich das in dieser Untersuchung vertretene personale Verhaltensunrecht zunächst aufbautechnisch aus: Es beseitigt das dogmatisch unbefriedigende Ergebnis, wonach die Versuchstat schon im Ansatz anders konstruiert wird als die vollendete Tat.²⁴⁵ Diese Unterscheidung beruht auf der strengen Trennung des subjektiven Elements (rechtsfeindliche Gesinnung) von dem objektiven Element (objektive Gefährlichkeit der Versuchstat). Wenn man aber diese beiden Spezifizierungskriterien der Versuchstat getrennt betrachtet, lässt sich die eine oder die andere Extremposition nur schwer mit § 23 I cStGB²⁴⁶ und § 22 dStGB vereinbaren.²⁴⁷ Denn einerseits bewirkt die bloße rechtsfeindliche Gesinnung keine Schädigungsmöglichkeiten, weshalb sie keinen Verhaltensnormverstoß darstellt. Bei Nichtvorliegen eines Verhaltensnormverstoßes kommt die Strafbarkeit des Verhaltens unter keinen Umständen in Betracht. Andererseits ist die bloße objektive Gefährlichkeit der Versuchstat bedeutungslos, wenn bei ihrer Begründung die subjektiven Anteile immer berücksichtigt werden müssen. Insbesondere gilt es zu beachten, dass nach § 23 III dStGB sogar ein tatsächlich vollkommen ungefährliches Verhalten strafbar sein kann.

Aus der in dieser Untersuchung vertretenen Straftatkonzeption ergibt sich kein solcher Konstruktionsunterschied. Denn für die Begründung einer Straftat wird ausnahmslos ein personales Fehlverhalten gefordert, das nicht nur subjektive, sondern auch objektive Elemente beinhaltet. In der Tat sind der Strafgrund der Versuchstat und der der Vollendungstat jedenfalls weitgehend, wenn nicht sogar vollkommen,

²⁴⁴ Dazu siehe auch unten, Vierter Teil, A, II.

²⁴⁵ Vgl. *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 275.

²⁴⁶ 23 I cStGB sieht vor: Der Versuch einer Straftat liegt vor, wenn der Täter mit deren Begehung begonnen hat und die Vollendung der Tat aus einem Grund scheitert, der vom Willen des Täters unabhängig ist.

²⁴⁷ Vgl. *Freund*, AT, § 8 Rn. 9.

identisch.²⁴⁸ Nicht nur die Versuchstat, sondern auch die Vollendungstat erfordert einen Verhaltensnormverstoß. Die Sanktionierung sowohl der Versuchs- als auch der Vollendungstat dient der Beseitigung des Geltungskraftschadens an der missachteten Verhaltensnorm. Allerdings ist die Vollendungstat im Vergleich zu der Versuchstat schärfer zu sanktionieren. Denn durch die Vollendungstat ist – beim Verletzungsdelikt – ein zum Schädigungserfolg führender Kausalverlauf zustande gekommen, dessen Vermeidung genau der Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm ist. Damit gibt es zwar bei der Vollendungstat einen zusätzlichen (weitergehenden) Vorwurfsgegenstand. Der Grund für die strafrechtliche Reaktion ist aber sowohl beim Versuch als auch bei der Vollendung das rechtliche Fehlverhalten mit seiner Infragestellung der Verhaltensnormgeltung.

V. Das Verständnis der Erfolgszurechnung

In Ermangelung einer ausgearbeiteten Lehre vom tatbestandsmäßigen Fehlverhalten wurde in Deutschland zunächst die Lehre von der „objektiven Zurechnung“ (des Erfolgs) entwickelt, um die ansonsten befürchtete Uferlosigkeit einer Kausalhaftung zu vermeiden.²⁴⁹ Ein Erfolg soll nur dann „objektiv zurechenbar“ sein, wenn sich im konkreten erfolgsverursachenden Geschehen ein vom Täter geschaffenes rechtlich missbilligtes Risiko realisiert.

Indessen gibt es nach dem hier vertretenen Konzept keine speziellen Zurechnungsprobleme,²⁵⁰ denn die „rechtlich missbilligte Risiko-

248 Sachlich übereinstimmend etwa Herzberg, in MünchKommStGB, § 22 Rn. 4; Jakobs, AT, 25/15; vgl. auch Heckler, Ermittlung der Rücktrittsleistung, S. 89 f.; Krey, AT, Rn. 1203.

249 In jüngster Zeit hat die Lehre der objektiven Zurechnung im chinesischen Strafrecht viele Anhänger gewonnen, siehe dazu 张明楷: 《刑法学》, 法律出版社 2011 年版, 第 181~188 页; 陈兴良主编: 《刑法学》, 复旦大学出版社 2009 年版, 第 86~87 页; zu Einwänden gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung siehe etwa Rudolphi, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 97 ff.; Freund, AT, § 2 Rn. 72 ff.; Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 348 ff.

250 Zum richtigen Verständnis des Stellenwerts der tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolge und zu ihrem Beurteilungsmaßstab siehe unten, Vierter Teil, B, I.

schaffung“ ist – ebenso wie die „rechtlich missbilligte Risikonichtabwendung“ – genau das Leitthema des tatbestandsmäßigen Verhaltens. In der Tat sind Risiken nichts anderes als ganz bestimmte Schädigungsmöglichkeiten, die durch menschliches Verhalten bewirkt oder nicht abgewendet werden und die sich noch nicht in konkreten schadensträchtigen Kausalverläufen realisiert haben. Im Gegensatz zum Fehlverhalten ist die Fehlverhaltensfolge in Gestalt eines Geschehens, das durch rechtmäßiges Verhalten hätte vermieden werden können und sollen, immerhin Ausdruck (Manifestation) des Verhaltensnormverstoßes bzw. Niederschlags der von Rechts wegen zu missbilligenden Schädigungsmöglichkeiten in der Außenwelt.²⁵¹ Daher ist bei der Feststellung der Fehlverhaltensfolge nur die Frage zu beantworten, ob die Schaffung oder Nichtabwendung der sich im Schädigungserfolg realisierenden Schädigungsmöglichkeit von Rechts wegen zu missbilligen ist.²⁵² Daraus ergibt sich: Wenn die Vorfrage nach den durch normgemäßes Verhalten zu vermeidenden rechtlich missbilligten Schädigungsmöglichkeiten angemessen beantwortet wird, stellen sich gar keine speziellen Probleme der Erfolgszurechnung mehr.²⁵³

D. Zwischenergebnis

Das Ergebnis dieser Analyse ist, dass durchaus ausreichende theoretische Grundlagen für die Bildung eines chinesisch-deutschen Straftatbegriffs zu verzeichnen sind: Sowohl im chinesischen als auch im deutschen Strafrecht wird die Straftat in formeller und materieller Hinsicht definiert. In materieller Hinsicht versteht man in beiden Rechtsordnungen unter einer Straftat ein Fehlverhalten (nebst Folgen) mit hinreichend gewichtigem Unrechts- bzw. Schuldgehalt. Die zur Darstellung des hinreichend gewichtigen Unrechts- bzw. Schuldgehalts angewendeten Terminologien im chinesischen und im deutschen Strafrecht (Sozialschaden und schuldhaftes Unrecht) sind bei näherer

251 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 330.

252 In diesem Sinne Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 530 Fn. 89.

253 Aufschlussreich dazu Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 530 (Fn. 89).

Betrachtung jedenfalls weitgehend gleichbedeutend. Bei Begründung einer Straftat gilt das hinreichend gewichtige Fehlverhalten als primäres straftatfundierendes Merkmal. Weiteren Straftaterfordernissen – wie der Fehlverhaltensfolge, objektiven Strafbarkeitsbedingungen und dem fehlender Rücktritt – kommt nur ein zusätzlicher Stellenwert zu.²⁵⁴ Der Sachgedanke der hinreichenden Gewichtigkeit des Fehlverhaltens (nebst Folgen) ist nach zutreffender Auffassung als ein allgemeines materiellstrafrechtliches Strafrechtsbegrenzungsinstrument einzustufen. Zumindest muss diesem Sachgedanken prozessrechtlich mit der Konsequenz Rechnung getragen werden, dass eine Strafverfolgung nicht stattfindet, wenn das Fehlverhalten (nebst Folgen) zu geringfügig war. Das als *ultima ratio* geltende Strafrecht sanktioniert nur die pflichtwidrigen Rechtsgüterbeeinträchtigungen mit einem hinreichend gewichtigen Unrechts- bzw. Schuldgehalt. Dies ergibt sich aus dem verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Das prozessuale „Lösungsinstrument“²⁵⁵ überzeugt nicht wirklich, sondern stellt lediglich eine Notlösung zur Vermeidung verfassungswidriger Ergebnisse dar. Schon materiellrechtlich gesehen muss der jeweilige tatbestandspezifische Verhaltensnormverstoß hinreichend gewichtig sein, um den speziellen Vorwurf der Begehung einer Straftat zu rechtfertigen.²⁵⁶

In formeller Hinsicht ist im deutschen und chinesischen Strafrecht die besonders intensive Gesetzesbindung zu beachten. Jede Straftat muss einem gesetzlich normierten Tatbestand entsprechen.

Aus der gemeinsamen kritischen Würdigung ergibt sich das Programm für die folgenden Erörterungen: Notwendig ist vor allem ein gesetzlich normierter Straftatbestand. Das tatbestandsmäßige Fehlverhalten im Sinne des hinreichend gewichtigen Verhaltensnormverstoßes bildet das primäre straftatfundierende Merkmal. Der tatbestandsmäßige Erfolgssachverhalt und weitere Straftaterfordernisse sind gegebenenfalls zusätzliche Kriterien der Straftat.

²⁵⁴ Zu den weiteren Straftaterfordernissen siehe unten, Vierter Teil, B, II.

²⁵⁵ Siehe oben, Dritter Teil, B, I, 3, b.

²⁵⁶ Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 243.

Vierter Teil Übergeordneter materieller Straftatbegriff

Nach der in dieser Untersuchung vertretenen personalen Straftatlehre sind die Straftaterfordernisse im Hinblick auf die zu bestimmenden Rechtsfolgen – also den Schuldspruch und die strafrechtliche Sanktion – funktional zu bestimmen. Auf diese Weise soll das verfassungsrechtlich verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip, nach dem jeder staatliche Eingriff in grundrechtlich verbürgte Rechtspositionen den Anforderungen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit zur Erreichung eines legitimen Zwecks genügen muss, gebührend berücksichtigt werden:²⁵⁷ Im strafrechtlichen Kontext erhält der hinreichend gewichtige tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß seine vorrangige Bedeutung. Auf dieser Basis wird den weiteren Sanktionsvoraussetzungen – insbesondere tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolgen – der ihnen zukommende nachrangige Stellenwert zugewiesen²⁵⁸ In diesem Abschnitt werden im Wesentlichen zwei materiell-rechtlich bedeutsame Aspekte thematisiert: der hinreichend gewichtige tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß einerseits und die tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolgen andererseits.

A. Hinreichend gewichtiger tatbestandsspezifischer Verhaltensnormverstoß

I. Der Verhaltensnormverstoß als Grundkriterium jeder Straftat

Ein Verhaltensnormverstoß ist die notwendige Mindestbedingung jeder Straftat. Tatbestandsmäßiges Verhalten setzt zumindest ein recht-

²⁵⁷ Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 27.

²⁵⁸ Siehe dazu Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 27.

lich missbilligtes Verhalten (den Verstoß gegen eine rechtlich legitimierte Verhaltensnorm) voraus. Ein rechtlich erlaubtes Verhalten zu sanktionieren, ist jedenfalls unberechtigt. Unter dem Verhaltensnormverstoß versteht man, dass ein Normadressat Anforderungen nicht erfüllt, die sich aus einer ihm gegenüber legitimierbaren Verhaltensnorm ergeben. Infolgedessen tauchen zwei Fragen auf: Geklärt werden muss, was eine Verhaltensnorm ist und mit welchen Kriterien man eine legitimierte Verhaltensnorm „feststellen“ kann.

1. Das Verhältnis zwischen der Sanktionsnorm und der Verhaltensnorm

Eine Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm ist notwendig für das gesamte Rechtssystem.²⁵⁹ Dabei sind zwei Arten von Schutzgütern zu differenzieren, die jeweils von einem ganz bestimmten Normtypus geschützt werden.

a) Das Schutzgut der Verhaltensnorm

Schutzgut von Verhaltensnormen sind die Rechtsgüter wie etwa das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit oder das Eigentum. Diese Rechtsgüter können nur insoweit geschützt werden, als sie noch unversehrt sind.²⁶⁰ Entsprechender Rechtsgüterschutz kann nur für die Zukunft und nur durch Aufstellen von Verhaltensnormen in Form von Geboten und Verboten erreicht werden.²⁶¹ Die Verhaltensnorm stellt eine Verhaltenspflicht dar, die einem ganz bestimmten Einzelnen ein ganz bestimmtes Verhalten abverlangt²⁶² und motivierend direkt auf den einzelnen Bürger einwirkt.

259 Näher zu der genauen Unterscheidung der Verhaltensnorm von der Sanktionsnorm *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 59 f., 77, 348, 356 f., 502 ff.; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 51 ff., 85 ff., 112 ff.; *Ingelfinger*, Tötungsverbot, S. 31 ff.; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, S. 9 ff.; *Mikus*, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, S. 19 ff.; *Renzikowski*, FS Gössel, S. 3 ff.

260 *Freund*, AT, § 1 Rn. 6.

261 *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 66.

262 Siehe dazu *Armin Kaufmann*, Normentheorie, S. 139.

b) Das Schutzgut der Sanktionsnorm

Rechtsgüter wie Leben, Leib, Freiheit und Eigentum können durch das Instrument der Strafe nicht unmittelbar geschützt werden. Eine Sanktionsnorm schreibt nur vor, unter welchen Voraussetzungen und gegebenenfalls wie auf ein rechtlich missbilligtes Verhalten strafrechtlich *reagiert* werden soll. Jedoch lässt sich die begangene Tat mit ihren realen Folgen für bestimmte Rechtsgüter durch den Einsatz der Strafe nicht ungeschehen machen.²⁶³ Beispielsweise wird durch die Bestrafung des Mörders das getötete Opfer nicht wieder lebendig gemacht. Für das konkret beeinträchtigte Rechtsgut kommt die Strafe ihrer Natur nach immer zu spät.²⁶⁴ Zu dessen Schutz sind nur Verhaltensnormen geeignete Mittel.

Die strafrechtliche Sanktion hingegen stabilisiert die Geltungskraft der übertretenen Verhaltensnorm (deren rechtliche Verbindlichkeit) durch die Sanktionierung des (hinreichend gewichtigen) Verhaltensnormverstoßes.²⁶⁵ Durch die Begehung einer Straftat (eines deliktsspezifischen Verhaltensnormverstoßes) stellt der Täter die Geltungskraft einer Verhaltensnorm in Frage. Die Straftat umfasst einen geistigen – überindividuell bedeutsamen – Angriff auf die Normgeltung und bringt zum Ausdruck, dass anstelle der Verhaltensnorm die davon abweichenden Maximen des Täters gelten sollen.²⁶⁶ „Der ideelle Angriff des Normbrüchigen auf die Norm kann deshalb einen entsprechenden Normgeltungsschaden zur Folge haben – mit all den für ein gedeihliches Zusammenleben nachteiligen Konsequenzen, die ein Verfall der Norm nach sich zu ziehen vermag.“²⁶⁷ Die angemessen missbilligende strafrechtliche Sanktion soll den entsprechenden Normgeltungsschaden abwenden. Sie demonstriert, dass die Maxime des Täters abgelehnt wird und an der übertretenen Verhaltensnorm festzuhalten ist.²⁶⁸

263 Siehe dazu *Jakobs*, AT, 1/9; *Kremer-Bax*, Das personale Verhaltensunrecht der Fahrlässigkeitstat, S. 20.

264 *Jescheck/Weigend*, AT, § 1 II 1 (S. 4); *Freund*, AT, § 1 Rn. 6.

265 Siehe dazu *Jakobs*, AT, 1/9 ff.; *Freund*, AT, § 1 Rn. 3 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 1 I 2 (S. 3).

266 *Freund*, AT, § 1 Rn. 8; *Jakobs*, AT, 1/9.

267 *Freund*, AT, § 1 Rn. 8.

268 Vgl. *Jakobs*, AT, 1/2.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Verhaltensnorm der Sanktionsnorm zugrunde liegt.²⁶⁹ Die Sanktionsnorm nimmt Bezug auf den Verstoß gegen eine von ihr *vorausgesetzte* Verhaltensnorm. Das bedeutet zugleich, dass nur nach der Bejahung eines Verhaltensnormverstoßes geprüft werden kann, ob das gegen eine legitimierte Verhaltensnorm verstoßende Fehlverhalten (gegebenenfalls unter bestimmten weiteren Voraussetzungen) strafrechtlich zu sanktionieren ist. Daher gilt die Verhaltensnorm als die primäre Rechtsnorm, während die Sanktionsnorm die sekundäre Rechtsnorm bildet.²⁷⁰ Wenn alle die primäre Normordnung des rechtlich richtigen Verhaltens befolgen würden, bedürfte es keiner Sanktionsnormen mehr.²⁷¹ Um das Verhältnis zwischen der Verhaltensnorm und der Sanktionsnorm angemessen zu erfassen, kann man sich noch kontrafaktisch vorstellen, dass es in Deutschland und China zurzeit kein geltendes Strafrecht gäbe. Dennoch blieben Verhaltensweisen wie Tötung, Körperverletzung und Diebstahl usw. weiterhin rechtlich missbilligt. Denn diese Verhaltensweisen stellten zumindest noch rechtlich unerlaubte Eingriffe in geschützte Rechtspositionen des Einzelnen dar. Der Unterschied zum gegenwärtigen Rechtszustand bestünde allein darin, dass die Rechtsfolge der Bestrafung wegen des Gesetzlichkeitsgrundsatzes ausgeschlossen wäre. Zur Verhinderung entsprechender Taten dürfte aber z. B. die Polizei einschreiten.

2. Das verfehlte Verständnis des Strafgesetzes als Orientierungsmuster für normgemäßes Verhalten

Im chinesischen und im deutschen Strafrecht wird zum Teil vertreten, dass die Sanktionsnorm selbst als Orientierungsmuster des Verhaltens aufzufassen sei und die Rechtsgüterschutzfunktion ausübe.²⁷² Dieser Meinung nach legt der Gesetzgeber in den Strafvorschriften die Deliktstypen fest. Daraus sollen sich die Verbote und Gebote entnehmen

269 Siehe dazu *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 59 f., 77.

270 *Freund*, AT, § 1 Rn. 12.

271 *Freund*, AT, § 1 Rn. 12.

272 Siehe dazu 马克昌:《比较刑法学原理》, 武汉大学出版社 2006 年版, 第 114 页; 周光权:《新行为无价值论的中国展开》, 载中国法学 2012 年第 1 期; *Kindhäuser*, LPK, vor § 1 Rn. 10 ff.

lassen. Diese Deliktstypen gelten als Orientierungsmuster, welche die Freiheit von Bürgern einschränken. Zum Beispiel denkt man an § 238 I cStGB. Danach wird das Einsperren eines Menschen unter Strafe gestellt. Daraus soll sich ergeben, dass es verboten ist, einen anderen einzusperren. Dadurch leiste die Sanktionsnorm einen Beitrag zur Kriminalitätskontrolle.²⁷³ Diesem Verständnis der Sanktionsnorm als Orientierungsmuster ist freilich nicht zu folgen. Denn die Anwendbarkeit der Sanktionsnorm setzt bereits voraus, dass ein spezifischer Verhaltensnormverstoß vorliegt. Ohne einen Verhaltensnormverstoß kommt die staatliche Sanktion gar nicht in Frage. In dem genannten Beispiel ergibt sich das Verbot, einen Menschen einzusperren, nicht erst aus der Sanktionsnorm, sondern bereits aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Um zu dieser Einsicht zu gelangen, bedarf es nicht der Sanktionsnorm des § 238 I cStGB als Orientierungsmuster. Vielmehr wird die Sanktionsnorm nur benötigt, um das rechtlich missbilligte Einsperren unter Beachtung des Gesetzlichkeitsgrundsatzes strafrechtlich ahnden zu können. Die oben genannte Meinung setzt fehlerhaft „von hinten“ bei der erst sekundär relevanten Sanktionsnorm an. Vernachlässigt werden dabei die Probleme der primären Normenordnung des rechtlich richtigen Verhaltens.

3. Die Verhaltensnorm als unmittelbare Schutznorm der Rechtsgüter

a) Die abstrakt-generalisierende Verhaltensnorm

Schon vor langer Zeit hat Binding auf die normentheoretisch wichtige Differenzierung zwischen der Verhaltensnorm einerseits und der Sanktionsnorm andererseits hingewiesen. Er hat mit Recht betont, dass der Verbrecher nicht die Strafgesetze übertritt, sondern deren Voraussetzungen erfüllt.²⁷⁴ Diese Meinung basiert darauf, dass der Täter gegen eine den Strafvorschriften *vorgelagerte* Rechtsnorm – die vorausgesetzte Verhaltensnorm – verstößt.²⁷⁵ Diese vorgelagerten Normen sind normative Imperative (Ver- und Gebote). Durch den Verstoß gegen eine solche Verhaltensnorm macht sich der Täter strafbar.

273 马克昌:《比较刑法学原理》,武汉大学出版社2006年版,第114~115页。

274 Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, S. 4.

275 Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, S. 30 f.

Auch Jakobs stellt die Verhaltensnorm in den Mittelpunkt seiner Strafrechtskonzeption: Staatliche Strafe solle die Aufgabe erfüllen, die Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt zu erhalten.²⁷⁶ Die staatliche Sanktion setzt eine Enttäuschung der Verhaltenserwartung voraus, die sich aus der Norm ergibt.²⁷⁷

Frisch fasst die Verhaltensnorm ebenfalls als Orientierungsmuster für das Verhalten auf. Er geht davon aus, dass die Rechtsordnung als eine auf richtiges Verhalten ausgerichtete Verhaltensordnung zu verstehen ist, die den strafrechtlichen Unrechtsbegriff bestimmt.²⁷⁸

Verhaltensnormen werden oft als abstrakt-generalisierende Rechtsnormen eingestuft.²⁷⁹ Dieser Meinung zufolge ist eine Verhaltensnorm eine abstrakte normative Aufforderung der Rechtsordnung, welche in der Verhaltenssituation noch konkretisiert werden muss. „Die abstrakte Verhaltensnorm erfasst die konkrete Lebenswirklichkeit durch Typenbildung, indem sie an abstrakte Situationsmerkmale anknüpft.“²⁸⁰ Die abstrakt-generalisierende Verhaltensnorm abstrahiere, indem sie ihren Anspruch nicht von der individuellen Möglichkeit ihrer Befolgung abhängen lasse; erst in der tatbestandspezifischen Situation konkretisiere sich die abstrakte Verhaltensnorm für den Einzelnen, der Ausführender eines bestimmten Verhaltens sei.²⁸¹ Dem ist jedoch Folgendes entgegenzuhalten: Die Rechtsordnung kann dem Bürger nichts abverlangen, was ihm zum Zeitpunkt des in Frage stehenden Verhaltens gar nicht möglich ist. Eine Unmögliches verlangende „Verhaltensnorm“ ist zur Erreichung des Rechtsgüterschutzzwecks ungeeignet und daher unter zweckrationalem Aspekt niemals zu rechtfertigen.²⁸²

Nach dem Konzept der abstrakten Verhaltensnorm sind die (abstrakte) Verhaltensnorm und die konkrete Verhaltensanforderung zu

²⁷⁶ Jakobs, AT, 1/11.

²⁷⁷ Jakobs, AT, 1/11.

²⁷⁸ Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 71 ff.

²⁷⁹ Zu der klärungsbedürftigen Verhaltensnorm siehe Armin Kaufmann, Normentheorie, S. 91 ff.; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, S. 58; s. a. Mikus, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, S. 25 ff.

²⁸⁰ Siehe dazu Mikus, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, S. 25.

²⁸¹ Armin Kaufmann, Normentheorie, S. 139.

²⁸² Zutreffend betont von Freund, AT, § 2 Rn. 24; Gallas, Studien, S. 65.

differenzieren. Die abstrakte Verhaltensnorm abstrahiert von bestimmten Umständen der Person und Situation. Im Gegensatz zu den generalisierend bestimmten „Verhaltensnormen“ ergeben sich die konkreten Verhaltensanforderungen für eine bestimmte Person erst in einer bestimmten Situation und unter Berücksichtigung ihrer individuellen Verhältnisse. Zu ihnen gelangt man im Wege einer schrittweisen Konkretisierung der generalisierend bestimmten Verhaltensnorm (Berücksichtigung sämtlicher Besonderheiten der Person und Situation).

Eine solche abstrakte Verhaltensnorm kann nach dem Konzept der generalisierend bestimmten Verhaltensnorm entweder ein individualisierungsbedürftiges Verbot („Du sollst einen anderen Menschen nicht töten.“) oder ein individualisierungsbedürftiges Gebot („Du sollst deinem einjährigen Kind Nahrungsmittel geben.“) sein. Generalisierend bestimmte Verhaltensnormen haben regelmäßig gesetzliche Grundlagen, wie z. B. das Verbot, fremdes Eigentum zu beschädigen. Dieses Verbot hat seine gesetzliche Grundlage in der deutschen Rechtsordnung nicht nur in § 903 BGB. Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Auch Art. 14 GG sieht vor: Das Eigentum wird gewährleistet.

b) Die individualisierte Verhaltensnorm

aa) Die individualisierte Verhaltensnorm als unmittelbare Schutznorm der Rechtsgüter

Die abstrakte Verhaltensnorm spielt als Rechtsnorm im sozialen Kontakt eine wichtige Rolle als Vorstufe der konkretisierten Verhaltensnorm. Für die Sozialfunktion letztlich entscheidend ist aber die kontextspezifisch konkretisierte Verhaltensnorm: Die generalisierend bestimmte Verhaltensnorm nennt in abstrahierender und typisierender Form die von der Rechtsordnung für die Bürger aufgestellte normative Grundsatzauufforderung. Damit kann sich ein Bürger immerhin ein grobes Bild von den zu beachtenden Anforderungen machen. Im Vergleich zu der generalisierend bestimmten Verhaltensnorm kann die individualisierte (konkretisierte) Verhaltensnorm ihre Rechtsgüter-

schutzfunktion freilich viel spezifischer erfüllen. Denn sie stellt eine konkrete Verhaltenspflicht dar, die einem ganz bestimmten Einzelnen ein ganz bestimmtes Verhalten abverlangt, und kann direkt auf den einzelnen Bürger mit einer klaren und nicht mehr zu relativierenden Aussage einwirken.²⁸³ Die konkretisierte Verhaltensnorm bildet die konkrete Verhaltensanforderung, die sich für eine bestimmte Person in einer bestimmten Situation ergibt und „nur für die Zeitdauer ihrer Erfüllungbarkeit besteht und mit der pflichterfüllenden oder -verletzenden Verhaltensweise vergeht.“²⁸⁴ Aus dieser Perspektive kann die konkretisierte Verhaltensnorm ihre soziale Funktion, die Rechtsgüter vor unrechtmäßigen Angriffen zu schützen, effektiver erfüllen als die nur in abstrakt-genereller Form vorliegende Verhaltensnorm. In dieser Untersuchung geht es im Wesentlichen um die konkretisierte Verhaltensnorm im Sinne einer individuell verbindlichen Pflicht. Zugunsten der vereinfachten Bezeichnung sind alle im Folgenden erwähnten „Verhaltensnormen“ ohne besonderen Hinweis als individualisierte Verhaltensnormen zu verstehen.

Zu beachten ist Folgendes: Aus der generalisierend bestimmten Verhaltensnorm ergibt sich nicht zwingend die konkretisierte Verhaltensnorm. Denn die individuellen Verhältnisse des potenziellen Normadressaten und die konkrete Situation sind stets entscheidend für die Aufstellung einer konkretisierten Verhaltensnorm. Beispielsweise folgt aus dem abstrakt-generellen Körperverletzungsverbot nicht zwingend, dass in einer Notwehrlage der angegriffene A den Angreifer B nicht körperlich verletzen darf. Zutreffend ergibt sich die konkretisierte Verhaltensnorm aus der Güter- und Interessenabwägung, die den verfassungsrechtlichen Werturteilen entsprechen muss.²⁸⁵ In dem oben erwähnten Fall bedeutet das abstrakt-generelle Körperverletzungsverbot nur, dass es möglich ist, dass A eine rechtlich missbilligte Körperverletzung begeht, wenn er den Angreifer B verletzt. Um eine legitimierte konkretisierte Verhaltensnorm gegenüber A aufzustellen, muss man etwa berücksichtigen, ob ein gegenwärtiger und rechtswidriger Angriff vorliegt, ob die Gefahrenlage (Kollisionslage der widerstreitenden Güter und Interessen) ausschließlich und vollumfänglich von dem An-

²⁸³ Siehe dazu *Armin Kaufmann*, Normentheorie, S. 139.

²⁸⁴ *Mikus*, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, S. 26.

²⁸⁵ Dazu siehe unten, Vierter Teil, A, I, 4 c.

greifer B zu verantworten ist und ob die Handlung erforderlich ist, um den Angriff abzuwehren. Die abstrakt-generelle Verhaltensnorm dient in diesem Zusammenhang nur als Hilfsmittel bei der Konkretisierung der letztlich geltenden konkret-individuellen Verhaltensnorm.

Die Definition der Verhaltensnorm in diesem Sinne lautet: Eine Verhaltensnorm ist eine auf die konkrete Entscheidungssituation und die individuellen Verhältnisse des potenziellen Normadressaten zugeschnittene rechtliche Verhaltensanforderung. Verhaltensnormen lassen sich in Verbote und Gebote untergliedern. Ein Verbot ist jede von der Rechtsordnung an den einzelnen Bürger gerichtete Aufforderung, etwas nicht zu tun – etwa der an A gerichtete Befehl, B (trotz großer Wut auf B) nicht zu erstechen. Im Gegensatz zum Verbot ist ein Gebot jede von der Rechtsordnung an den einzelnen Bürger gerichtete Aufforderung, etwas zu tun. Als klassisches Beispiel hierfür kann die Mutter dienen, die ihr einjähriges Kind nicht verhungern lassen darf, sondern ernähren muss, wenn und solange sie dazu in der Lage ist. Durch die Aufstellung der kontextspezifisch konkretisierten Verhaltensnorm kann der Normadressat zum verhaltensrelevanten Zeitpunkt erfahren, welche Verhaltensweisen er ausführen darf und welche nicht. Auf diese Weise kann die Verhaltensnorm die Rechtsgüter anderer unmittelbar vor unrechtmäßigem Verhalten des Normadressaten schützen.

bb) Nicht alle Verhaltensnormverstöße sind strafbar

Nicht auf jedes gegen eine Verhaltensnorm verstoßende Fehlverhalten wird mit Strafe reagiert. Ein gutes Beispiel bietet die fahrlässige Sachbeschädigung. Nach Art. 1 I GG hat jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Gemäß Art. 51 VVC dürfen die Bürger der Volksrepublik China bei der Ausübung ihrer Freiheiten und Rechte die Interessen des Staates, der Gesellschaft und des Kollektivs oder die rechtmäßigen Freiheiten und Rechte anderer nicht verletzen. Aus diesen beiden Regelungen ergibt sich, dass die fahrlässige Sachbeschädigung von Rechts wegen unerlaubt – also verhaltensnormwidrig – ist. Allerdings ist dieses Fehlverhalten von Sonderfällen abgesehen nicht strafbar. Denn einerseits fehlt auf der formellen Ebene ein Strafgesetz, das die

fahrlässige Sachbeschädigung gemäß dem Gesetzlichkeitsgrundsatz unter Strafe stellt. Andererseits darf auf der materiellen Ebene ein Verhaltensverstoß nur dann unter Strafe gestellt werden, wenn er quantitativ hinreichendes Unrecht (hinreichend gewichtige Sozialschädlichkeit) aufweist. Ein anderes Beispiel für nicht strafbares Fehlverhalten bieten bestimmte Fehlverhaltensweisen im Straßenverkehr: Bleibt ein unerlaubtes (weil zu gefährliches) Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit zufällig folgenlos, stellt das Fehlverhalten nur eine Ordnungswidrigkeit dar; es wird aber noch nicht bestraft.

4. Eine legitimierbare Verhaltensnorm beschränkt die Freiheit des Normadressaten angemessen („verhältnismäßig“ i. e. S.), um schutzwürdige Rechtsgüter zu schützen

a) Kein Rechtsgut genießt absoluten Schutz

Rechtsgüter sind die aufgrund eines entsprechenden Werturteils rechtlich schutzwürdigen Güter und Interessen.²⁸⁶ Der formelle Rechtsgüterschutz ist eine abstrakte und verallgemeinerte normative Aufforderung: So ist z. B. nach Art. 1 GG und Art. 38 1 VVC die Würde des Menschen unantastbar. Gemäß Art. 2 II 2 GG und Art. 37 VVC ist die Freiheit der Bürger unverletzlich. Rechtsgüter lassen sich in Universalrechtsgüter (Rechtsgüter der Allgemeinheit) einerseits und in Individualrechtsgüter (Rechtsgüter einzelner Individuen) andererseits gliedern.²⁸⁷ Zu den Universalrechtsgütern gehören z. B. die ordnungsgemäße Rechtspflege oder die Absicherung des Beweisverkehrs. Zu den elementaren Individualrechtsgütern zählen z. B. das Leben, die Gesundheit, die Freiheit und das Eigentum.

Auf der materiellen Ebene ist die Reichweite des Schutzes eines bestimmten Rechtsguts variabel. Denn es ist ohne Weiteres vorstellbar, dass ein grundsätzlich schutzbedürftiges Rechtsgut aus bestimmten Gründen keines rechtlichen Schutzes bedarf. Kein Rechtsgut genießt absoluten Schutz.²⁸⁸ Nach unserem heutigen Staatsverständnis ist der

²⁸⁶ Siehe dazu *Jescheck/Weigend*, AT, § 1 III 1 (S. 6); *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 46.

²⁸⁷ Siehe dazu *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 11; eingehend *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002.

²⁸⁸ *Jakobs*, AT, 2/23.

Staat weder berechtigt noch verpflichtet, einen eigenverantwortlichen Bürger vor sich selbst zu schützen.²⁸⁹ Deswegen kann die Rechtsordnung den Bürgern nicht untersagen, an gefährlichen Sportarten (z. B. Fallschirmspringen, Gleitschirmfliegen) teilzunehmen oder einen ungesunden Lebenswandel (z. B. Alkoholmissbrauch und Rauchen) zu pflegen. Außerdem bedarf es zur Legitimation einer Verhaltensnorm, die dem Rechtsgüterschutz dienen soll, stets einer Güter- und Interessenabwägung. Wenn die Rechtsordnung gegenüber einem Bürger um des Rechtsgüterschutzes willen im Interesse eines anderen Bürgers eine Verhaltensnorm aufstellt, wird zwangsläufig die Freiheit des Normadressaten eingeschränkt.²⁹⁰ Daher ist darauf zu achten, dass nicht im Interesse des lückenlosen Schutzes eines bestimmten Rechtsguts die Freiheit des potenziellen Normunterworfenen durch die aufgestellte Verhaltensnorm unangemessen beschränkt wird. Es bedarf einer die konkreten Umstände berücksichtigenden differenzierten Bestimmung der legitimierbaren Verhaltensnormen.

Auch das Menschenleben genießt keinen absoluten Schutz. Ein gutes Beispiel bietet ein verkehrsgerechtes Fahren, das zu einem tödlichen Unfall führt, weil dem Autofahrer plötzlich ein Fußgänger vor das Auto läuft. Die Schädigungsmöglichkeit, dass der Fußgänger durch den Zusammenstoß mit dem Auto ums Leben kommen kann, ist ein von der Rechtsordnung bewusst im Kauf genommenes Risiko. Wollte die Rechtsordnung die entsprechende Schädigungsmöglichkeit vermeiden, müsste ein absolutes Fahrverbot für alle Verkehrsteilnehmer aufgestellt werden. Ein solches wäre jedoch unangemessen („unverhältnismäßig“ i. e. S.). Daher gestattet die Rechtsordnung das Autofahren im Grundsatz und verlangt nur die Einhaltung bestimmter Verkehrsregeln.

b) Schutz des schutzwürdigen Rechtsguts – Feststellung des legitimen Zwecks der Verhaltensnorm

Bei der Aufstellung einer Verhaltensnorm gegenüber dem potenziellen Normunterworfenen hat die Rechtsordnung an erster Stelle einen legitimen Zweck für die Verhaltensnorm zu bestimmen. Dabei geht es

²⁸⁹ Siehe dazu *Freund*, AT, § 1 Rn. 15.

²⁹⁰ I. d. S. mit Recht *Freund*, AT, § 1 Rn. 17.

darum, unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben festzulegen, ob überhaupt ein schutzwürdiges Rechtsgut gegeben ist.

Vor einer Thematisierung der *Schutzwürdigkeit* des Rechtsguts muss zunächst die empirisch (faktisch) verstandene *Schutzbedürftigkeit* eines Guts/Interesses feststehen. Die Staatsgewalten sind dem Staat von den Bürgern im Interesse des Schutzes ihrer eigenen berechtigten Güter und Interessen verliehen.²⁹¹ Daher ist der Staat zum Schutz der berechtigten Güter und Interessen der Bürger, die die Daseins- und Entfaltungsbedingungen des Einzelnen darstellen, verpflichtet.²⁹² Unter der Schutzbedürftigkeit ist das faktische Bedürfnis nach Schutz für ein bestimmtes Gut zu verstehen.

Erst im nächsten Schritt stellt sich die spezielle Wertungsfrage nach der *Schutzwürdigkeit*. Auch die Feststellung der Schutzwürdigkeit erfolgt differenziert:

Zunächst ist zu klären, ob das Gut bei vorhandenem faktischem Schutzinteresse des Gutsinhabers eine rechtliche Anerkennung verdient. Wenn das Gut eine rechtliche Anerkennung verdient, stellt es ein grundsätzlich schutzwürdiges Gut dar. Schon an dieser (grundsätzlichen) Schutzwürdigkeit fehlt es dagegen, wenn das Gut bei vorhandenem faktischem Schutzinteresse des Gutsinhabers keine rechtliche Anerkennung verdient. Ein Beispiel: Jemand hat im Vertrauen auf die Ausführungsbereitschaft einem anderen den Mordlohn im Voraus gezahlt. Sein faktisch vorhandenes Vertrauen in die Ausführungsbereitschaft ist aber nicht schutzwürdig. Die grundsätzliche Schutzwürdigkeit eines Rechtsguts kann sich aus der Verfassung oder dem sonstigen Recht ergeben. Dabei ist zu beachten, dass die verfassungsrechtliche Verankerung nicht zwingend für die rechtliche Schutzwürdigkeit ist. Diese kann sich z. B. auch aus dem gesetzten einfachen Recht und selbst aus ungeschriebenem Recht ergeben.

Danach prüft man, ob bei grundsätzlich schutzwürdigen Gütern eine dem Schutz entgegenstehende (rechtlich beachtliche) Entscheidung des Verfügungsbefugten vorliegt. Wenn der Gutsinhaber eine solche Entscheidung getroffen hat, scheitert die Schutzwürdigkeit regelmäßig an dem mangelnden Interesse an einer rechtlichen Verhal-

291 李龙主编:《法理学》, 人民法院出版社、社会科学出版社, 第3页.

292 Siehe dazu 李龙主编:《法理学》, 人民法院出版社、社会科学出版社, 第281页.

tensmissbilligung (es fehlt dann an einem *berechtigten* Nutzen der Einhaltung der Verhaltensnorm). Denn ein materiales Rechtsgüterschutzinteresse, dem die Verhaltensreglementierung dienen könnte, liegt nicht vor.²⁹³ Der Schutz des schutzwürdigen Rechtsguts bildet den spezifischen berechtigten Nutzen der Normeinhaltung. Verzichtet der Gutsinhaber rechtlich wirksam auf diesen Schutz, verbietet das verfassungsrechtlich abgesicherte Selbstbestimmungsrecht in einem solchen Fall den aufgedrängten Schutz. Beispielsweise scheitert die Strafbarkeit eines Arztes an dem mangelnden Interesse an einer rechtlichen Verhaltensmissbilligung, wenn von ihm ein leidender Patient eine schmerzlindernde Spritze erbittet, obwohl diese als unvermeidliche Nebenwirkung zu einer Lebensverkürzung führt (sog. „indirekte Sterbehilfe“).

Der Gedanke des mangelnden Interesses an einer rechtlichen Verhaltensmissbilligung taucht vor allem auf, wenn es um ein wirksames Einverständnis (auf Tatbestandsebene) bzw. um eine wirksame Einwilligung auf Rechtfertigungsebene²⁹⁴ geht. Allerdings ist die Einordnung des mangelnden Interesses an der rechtlichen Verhaltensmissbilligung im deutschen Strafrecht als Tatbestands- oder Rechtfertigungsproblem (im chinesischen Strafrecht als Tatbestands- oder Strafbarkeitsausschlussproblem) für die erforderliche Verhaltensbewertung ohne Belang.²⁹⁵ Denn in Folgendem besteht Konsens: Selbst wenn man in den Fällen der willensmangelfreien Zustimmung des Berechtigten die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens bejaht, ist das Verhalten im Endergebnis rechtlich nicht zu missbilligen. Soweit der Verfügungsbefugte eine den Schutz aufhebende (rechtlich beachtliche) freiverantwortliche Entscheidung über seine Rechtsgüter getroffen hat, muss die Rechtsordnung dies aufgrund des verfassungsrechtlich abgesicherten Selbstbestimmungsrechts respektieren.

293 Freund, AT, § 3 Rn. 8.

294 Im chinesischen Strafrecht auf Strafbarkeitsausschlusssebene.

295 Siehe dazu Freund, AT, § 3 Rn. 8.

Um eine solche den Schutz aufhebende Entscheidung annehmen zu können, müssen die folgenden Kriterien erfüllt sein:²⁹⁶

Zunächst ist zu klären, ob der Verfügungsbefugte einsichts- und urteilsfähig ist. Er muss nach seiner geistigen und sittlichen Entwicklung in der Lage sein, die Bedeutung des Eingriffes in seine Rechte und seinen Verzicht auf rechtlichen Schutz zu erkennen.

Zweitens muss die getroffene Entscheidung des Gutsinhabers – entweder ausdrücklich oder konkludent – unmissverständlich zum Ausdruck kommen, so dass der Adressat die Entscheidung zum Zeitpunkt der Ausführung des entsprechenden Verhaltens auch kennt. Maßgeblich für die Verhaltensnormbegründung ist die *ex ante*-Sicht aus der Perspektive des Betroffenen.²⁹⁷ Denn ein Missbilligungsurteil über ein bestimmtes Verhalten kann nicht aus der Warte eines allwissenden Beobachters oder aus der *ex post*-Perspektive gefällt werden. Ein solches Missbilligungsurteil soll eine verhaltensleitende Funktion übernehmen – also den Adressaten zu rechtmäßigem Verhalten bestimmen.²⁹⁸ Daraus ergibt sich, dass die „hypothetische Einwilligung“ als Rechtfertigungsgrund nicht ernsthaft diskutabel ist. Eine rechtliche Missbilligung bleibt stets auch dann bestehen, wenn sich im Nachhinein oder aus anderer Perspektive ergibt, dass der von dem Verhalten Betroffene für den Fall der entsprechenden Befragung seine Einwilligung erteilt hätte. Denn bei Zugrundelegung der maßgeblichen Perspektive birgt das Verhalten das unerlaubte Schädigungspotenzial in sich, den wahren Willen des Betroffenen zu verfehlen.²⁹⁹

Drittens entfällt eine den Schutz aufhebende Entscheidung bei Willensmängeln. Das bedeutet, die Entscheidung des Verfügungsberechtigten darf nicht auf Gewalt, Drohung, Täuschung beruhen bzw. sonst unter Willensmängeln leiden.

Als Beispiel für ein mangelndes Schutzinteresse kann auch der berühmte Erbonkelfall dienen, in dem *in concreto* mit einem Verbot als Verhaltensnorm kein legitimer Zweck verfolgt würde:

296 Zu den Voraussetzungen der Wirksamkeit der den Schutz aufhebenden Entscheidung siehe *Kindhäuser*, AT, § 12 Rn. 9 ff.; *Krey/Esser*, AT, Rn. 663 ff.

297 Zur *ex ante*-Perspektive siehe auch unten, Vierter Teil, A, I, 5, a).

298 *Freund*, AT, § 3 Rn. 9.

299 *Freund*, AT, § 3 Rn. 44b.

Der Neffe N möchte in den Genuss der Erbschaft seines Onkels kommen und überredet daher den Onkel zu einer Flugreise. Wie von ihm erhofft, stürzt das Flugzeug aufgrund eines Blitzschlags ab.³⁰⁰ Eine Strafbarkeit des Neffen wegen eines Tötungsdelikts scheitert hier wegen fehlenden Interesses an einer Verhaltensmissbilligung, sofern der Neffe über dieselbe Kenntnis wie sein Onkel verfügt. Zwar schafft das Überreden zu einer Flugreise ein gewisses Lebensrisiko. Jedoch ist dieses Lebensrisiko jedenfalls aufgrund des eigenverantwortlichen Verhaltens des Onkels, der als mündige Person damit einverstanden ist, sich den Gefahren der Flugreise auszusetzen, als ein toleriertes anzusehen.³⁰¹ Im Verhaltenszeitpunkt *ex ante* lässt sich gegenüber dem Neffen kein Verbot legitimieren, weil es keinem legitimen Schutzinteresse dienen würde.

c) Angemessene Beschränkung der Freiheit des Normadressaten zum Schutz eines schutzwürdigen Rechtsguts

Erst wenn der legitime Zweck einer Verhaltensnorm bestimmt ist, kann die weitere Frage geklärt werden, ob die Verfolgung dieses Zwecks mit dem „Instrument“ einer Verhaltensnorm auch sachgerecht – genauer: geeignet, erforderlich und angemessen – ist. Rechtsgüterschutzinteressen können nicht immer und unter allen Umständen gewahrt werden,³⁰² „weil regelmäßig eine Güter- und Interessenkollision festzustellen ist, die notwendig zum Nachteil des einen oder des anderen Rechtsgüterschutzinteresses entschieden werden muss.“³⁰³ Wenn das Kollisionsproblem unvermeidbar ist, muss es zumindest in angemessener Weise gelöst werden. Dabei streitet gegen eine (gar strafrechtliche) Reglementierung immer mindestens die allgemeine Handlungsfreiheit im Sinne des Art. 37 I VVC und im Sinne des Art. 2 I GG (u. U. – etwa im Notstandsfall – bestehen auch weitere Gegeninteressen).³⁰⁴ Eine angemessene Freiheitseinschränkung zum Schutz eines

300 Zu solchen Erbonkelfällen und vergleichbaren Konstellationen s. etwa *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 13, 15 46, 61, 94 f.; *Freund*, AT, § 2 Rn. 13.

301 Siehe dazu *Freund*, AT § 2 Rn. 13.

302 Zutreffend betont von *Jakobs*, AT, 2/23; *Freund*, AT, § 1 Rn. 17.

303 *Freund*, AT § 1 Rn. 17.

304 *Freund*, AT § 1 Rn. 17.

schutzwürdigen Rechtsguts ergibt sich aus dem Prinzip der Wahrung des überwiegenden (höherrangigen) Interesses. Das bedeutet, dass eine Verhaltensnorm (Verbot oder Gebot) legitimiert werden kann, wenn sie das geeignete, erforderliche und angemessene Mittel zur Wahrung höherwertiger Interessen ist. Dagegen verstoßendes Verhalten ist entsprechend rechtlich missbilligt.

aa) Sonderverantwortlichkeit bei Geboten und Verboten

Das Maß legitimierbarer Freiheitbeschränkung hängt meist eng mit einer etwa gegebenen Sonderverantwortlichkeit des Normadressaten zusammen.³⁰⁵ Ohne deren Berücksichtigung kann man die legitimierbare Freiheitsbeschränkung nicht angemessen bestimmen. Die Sonderverantwortlichkeit für das Vermeiden ganz bestimmter Schädigungsmöglichkeiten dient als zusätzlicher Legitimationsgrund bei der Legitimation einer Verhaltensnorm (neben deren legitimem Rechtsgüterschutz-Zweck). Bei gegebener Sonderverantwortlichkeit hat eine bestimmte Person von Rechts wegen (aus bestimmten Entstehungsgründen) unter den konkreten Umständen eine *besondere* Pflicht, bestimmte Schädigungsmöglichkeiten zu vermeiden, um Rechtsgüter zu schützen.

Verhaltensnormen lassen sich in zwei Verhaltensnormtypen einteilen: Es gibt Verhaltensnormen, die sich auch mit Rücksicht auf die Sonderverantwortlichkeit des Normadressaten legitimieren lassen, und solche, bei denen allein der Rechtsgüterschutz zur Legitimation dienen kann:

(1) Verhaltensnormen ohne Rücksicht auf die Sonderverantwortlichkeit³⁰⁶

Bei diesem Verhaltensnormtyp kommt die Sonderverantwortlichkeit für die Begründung der Angemessenheit der dem Normadressaten zugeordneten Freiheitsbeschränkung nicht in Betracht. Bei derartigen

305 Näher zur Sonderverantwortlichkeit *Freund*, AT, § 2 Rn. 16 ff.; *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 171 ff.

306 Dieser Typ von Verhaltensnorm wird auch als einfach fundierte Verhaltensnorm bezeichnet, siehe dazu *Freund*, AT, § 2 Rn. 17; *Freund*, FS Herzberg, S. 225, 231.

Verhaltensnormen wird der x-beliebige Jedermann bereits allein aus Gründen des Rechtsgüterschutzes in die Pflicht genommen.³⁰⁷ In diesen Zusammenhang gehören im deutschen Kernstrafrecht nur zwei strafbewehrte Verhaltensnormen: die Verpflichtung zur Anzeige geplanter Straftaten und die Verpflichtung zur erforderlichen und zumutbaren Hilfeleistung. Bei entsprechender Pflichtverletzung wird der Adressat unter gewissen weiteren Voraussetzungen sanktioniert. Zu den Sanktionsnormen, die sich auf (dadurch strafbewehrte) einfach fundierte Verhaltensnormen beziehen, zählen die Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 dStGB) und die unterlassene Hilfeleistung (§ 323c dStGB). Solche Sanktionsnormen gibt es im chinesischen Strafrecht nicht.

(2) Verhaltensnormen mit Rücksicht auf die Sonderverantwortlichkeit³⁰⁸

Bei diesem Verhaltensnormtyp lässt sich die Sonderverantwortlichkeit des potenziellen Normadressaten für die Begründung der Angemessenheit der diesem zugeordneten Freiheitsbeschränkung mitberücksichtigen. Bei gegebener Sonderverantwortlichkeit gibt es sozusagen eine „zweite Säule der Legitimation“.³⁰⁹

Die Sonderverantwortlichkeit hat eine positivrechtliche Grundlage. Dieser Legitimationsgrund der Verhaltensnorm wird in zwei Kategorien unterteilt. Die eine Kategorie (Gefahrenquellenverantwortlichkeit)³¹⁰ bezieht sich auf die Zuständigkeit für eine bestimmte Gefahrenquelle. Der sachliche Inhalt dieser Sonderverantwortlichkeit ist die Überwachung und Kontrolle dieser Gefahrenquelle zu dem Zweck, dass möglichst niemand durch diese Gefahrenquelle zu Schaden kommt. Beispielsweise darf niemand bei der Ausübung seiner Freiheiten die Rechte anderer verletzen (Art. 2 I GG und Art. 51 VVC). Demzufolge hat z. B. jeder Hundehalter als für *seinen* Hund Sonderverantwortlicher rechtlich dafür einzustehen, bestimmte schadensträchtige

307 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 176.

308 Dieser Typ von Verhaltensnorm wird auch als „doppelt“ fundierte Verhaltensnorm bezeichnet, siehe dazu Freund, AT, § 2 Rn. 18.

309 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 171.

310 Näher zur Gefahrenquellenverantwortlichkeit siehe Freund, AT, § 6 Rn. 58 ff.

Geschehnisse im Rahmen des Möglichen und Angemessenen zu vermeiden – wie etwa, dass sein Hund andere angreift und verletzt oder dass er Tollwut verbreitet. Zu den Gefahrenquellenverantwortlichen zählen etwa auch der Inhaber einer Schusswaffe, der Führer eines Kraftfahrzeugs usw. In dieser Kategorie der Sonderverantwortlichkeit wird die Gefahrenquellenverantwortlichkeit für den eigenen Körper als Gefahrenquelle³¹¹ häufig vernachlässigt. Im Grunde ist jede Person selbst eine Gefahrenquelle, die durch unerlaubtes Verhalten anderen Schaden zufügen kann. Deswegen muss jeder als für sich selbst Sonderverantwortlicher im Rahmen des Möglichen und Angemessenen vermeiden, die Rechtsgüter anderer zu beeinträchtigen.

Die zweite Kategorie der Sonderverantwortlichkeit (Beschützerverantwortlichkeit³¹²) bezieht sich auf die Rundumbewahrung³¹³ bestimmter Menschen oder Sachen vor jeder beliebigen Gefahr. Als Beschützerverantwortliche gelten etwa die Kindeseltern, der Fahrlehrer, die Organe juristischer Personen usw. Zum Beispiel sind nach § 1626 I BGB und §§ 21 I, 23 cEGB die Eltern dazu verpflichtet, ihr Kind nach ihren besten Kräften und unter Zurverfügungstellung entsprechender wirtschaftlicher Mittel vor jeder beliebigen Gefahr zu schützen.³¹⁴ Demzufolge muss sich die Mutter als entsprechend sonderverantwortliche Person etwa darum kümmern, ihr einjähriges Baby zu ernähren. Ebenso hat sich der Vater als entsprechend Sonderverantwortlicher um die Sicherheit seines fünfjährigen Kindes bei einem Ausflug zu kümmern, so dass es nicht in einem Fluss ertrinkt.

In den Fällen der Verbote, die aktive Gefahrenschaffungen gegenüber bestimmten Rechtsgütern unterbinden sollen, liegt die Sonderverantwortlichkeit so gut wie immer vor.³¹⁵ Wohl deshalb wird dieser Legitimationsgrund oft nicht speziell angesprochen, sondern als eine

311 Dazu siehe auch *Freund*, AT, § 6 Rn. 81 ff.; sachlich übereinstimmend etwa *Weigend*, in: LK, § 13 Rn. 50.

312 Näher zur Gefahrenquellenverantwortlichkeit siehe *Freund*, AT, § 6 Rn. 81 ff.

313 Zur Rundumbewahrung siehe *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, S. 283.

314 § 21 I cEGB: Die Eltern sind verpflichtet, ihre Kinder zu unterhalten und zu erziehen; die Kinder sind den Eltern zu Unterhalt und Beistand verpflichtet.

§ 23 I cEGB: Die Eltern haben das Recht und die Pflicht, ihre minderjährigen Kinder zu schützen und zu erziehen.

315 Näher zu der Auffassung, dass auch die Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun die Sonderverantwortlichkeit („Garantenverantwortlichkeit“) voraussetzt, *Ja-*

selbstverständliche Voraussetzung bei der Angemessenheitsprüfung stillschweigend zugrunde gelegt.³¹⁶ Wer einen anderen tötet, indem er mit einer Pistole auf ihn schießt, ist selbstverständlich für den von ihm ausgelösten schadensträchtigen Verlauf sonderverantwortlich und dementsprechend auch als Sonderverantwortlicher in die Pflicht genommen, genau das nicht zu tun.

Nicht anders verhält es sich bei bestimmten Geboten, die zur aktiven Abwendung der schon vorhandenen Gefahren hinsichtlich bestimmter Rechtsgüter auffordern. Hat beispielsweise ein Onkel die Verantwortung dafür übernommen, seinen dreijährigen Neffen zu beaufsichtigen, und lässt er es zu, dass der kleine Neffe zu nahe an einem Fluss einem lebensgefährlichen Spiel nachgeht, verstößt auch der Onkel gegen eine „doppelt“ fundierte Verhaltensnorm. Denn aufgrund der Übernahme der Beaufsichtigung ist er zur Aufsicht als entsprechend Sonderverantwortlicher (Garantenverantwortlicher) verpflichtet. Wenn er seine Pflicht, die Sicherheit des kleinen Neffen zu gewährleisten, verletzt, verstößt er gegen eine besondere Rechtspflicht und ist daher auch in besonderer Weise für das schadensträchtige Geschehen verantwortlich.

aa) Verhältnismäßigkeitsprinzip als entscheidender Maßstab für Freiheitsbeschränkung

Die Verhaltensnorm stellt einen massiven Eingriff in grundrechtlich verbürgte Rechtspositionen dar. Daher muss dieser Grundrechtseingriff dem Verhältnismäßigkeitsprinzip³¹⁷ entsprechen. Genauer gesagt, muss die Verhaltensnorm eine geeignete, erforderliche und angemessene normative Maßnahme zur Erreichung des legitimen Rechtsgüterschutzzwecks darstellen. Eine zu legitimierende Freiheitseinschränkung muss folgende Voraussetzungen erfüllen:

kobs, AT, 7/56 ff., 28/14 ff.; *Freund*, AT, § 2 Rn. 18; *Gauger*, Konkludente Täuschung, S. 199 ff.; vgl. auch *Donner*, Zumutbarkeitsgrenzen, S. 106 f.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 132 ff.; *Sangenstedt*, Garantenstellung, S. 296; *Schulz*, Amtswalterunterlassen, S. 75; *Walter*, Pflichten des Geschäftsherrn, S. 124 f.

³¹⁶ *Freund*, AT, § 2 Rn. 19.

³¹⁷ Näher zum Verhältnismäßigkeitsprinzip *Bleckmann*, JuS 1994, S. 177 ff.; *Freund*, AT, § 1 Rn. 17 ff.

An erster Stelle muss die Verhaltensnorm ein geeignetes Mittel zur Erreichung des legitimen Rechtsgüterschutzzwecks darstellen, weil nur eine zur Zweckerreichung taugliche Verhaltensnorm legitimierbar ist.

Zweitens muss die Verhaltensnorm das erforderliche Mittel zur Erreichung des legitimen Rechtsgüterschutzzwecks darstellen. Oft gibt es in einer konkreten Konstellation mehrere unterschiedliche zur Zweckerreichung gleichermaßen taugliche Mittel. Um die zweite Voraussetzung der Erforderlichkeit zu erfüllen, muss die Verhaltensnorm das relativ mildeste unter mehreren gleich geeigneten Mitteln sein – bzw. das Mittel, das den Normadressaten am wenigsten belastet.³¹⁸

Drittens muss die Verhaltensnorm das angemessene Mittel zur Erreichung des legitimen Rechtsgüterschutzzwecks sein. Diese Angemessenheit der Verhaltensnorm ist durch eine Güter- und Interessenabwägung zu bestimmen. Für diese Bestimmung bedarf es eines Wertvergleichs der widerstreitenden Rechtsgüter und Interessen – genauer: der Gütererhaltungsinteressen einerseits und der Freiheitsentfaltungs- und sonstigen Interessen andererseits. Erst wenn dem legitimen Rechtsgüterschutzzweck bei wertender Betrachtung der Vorrang gebührt, kann man von einer angemessenen Verhaltensnorm sprechen. Dem legitimen Rechtsgüterschutzzweck als dem spezifischen Nutzen der Normeinhaltung stehen (mitunter sogar massive) Interessen seitens des Handelnden oder Unterlassenden an bestimmtem Verhalten (Handlungsfreiheit und im Notstandsfall Interessen des Erhaltungsguts) gegenüber. Legitimierbar ist die Verhaltensnorm nur dann, wenn sie eine angemessene Auflösung des Konflikts zwischen den Gütererhaltungsinteressen einerseits und den Freiheitsentfaltungs- und sonstigen Interessen andererseits darstellt.³¹⁹

bb) Die Sonderverantwortlichkeit bei Notwehr und Notstand

Die Sonderverantwortlichkeit für die Verursachung einer Gefahrenlage erweist sich als besonders bedeutsam für die Güter- und Interessenabwägung bei Freiheitsbeschränkungen. Beispielfhaft sei dies kurz für

³¹⁸ Freund, AT, § 1 Rn. 17.

³¹⁹ Freund, AT, § 2 Rn. 10.

die Güter- und Interessenabwägung bei der Notwehr und beim rechtfertigenden Notstand gezeigt:

Die Reglementierung der Notwehr ist im Lichte des allgemeinen Prinzips des Schutzes des überwiegenden Interesses zu sehen. Die Interessen des Angreifers haben aufgrund seiner (besonderen) Verantwortlichkeit für die Kollisionssituation zurückzutreten.³²⁰ Bei Analyse der Legitimation der Notwehrhandlung versteht man unter den Gütererhaltungsinteressen die schutzwürdigen Rechtsgüter der Angegriffenen und unter den Freiheitsentfaltungs- und sonstigen Interessen die Handlungsfreiheit und die von der Notwehrhandlung betroffenen Rechtsgüter des Angreifers. Der gegenwärtige und rechtswidrige Angriff i. S. d. § 20 cStGB und § 32 II dStGB stellt eine pflichtwidrige selbstgeschaffene Gefahr (ein gefährdendes Vorverhalten) des Angreifers dar. Die Gefahrenlage (Kollisionslage der widerstreitenden Rechtsgüter) hat der Angreifer typischerweise vollumfänglich und ausschließlich zu verantworten.³²¹ Die Notwehrhandlung zielt darauf ab, die Gefahrenlage zu beseitigen. Aufgrund dessen hat der Angreifer die Verteidigung gegen seinen Angriff in der Regel hinzunehmen. Daher hat der Gesetzgeber aufgrund der besonderen Angriffssituation „die Interessenabwägung zulasten des Angreifers vorweggenommen“.³²² Dies entspricht genau dem Satz: Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen.

Die Güter- und Interessenabwägung beim rechtfertigenden Notstand erfordert in der Regel ein wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses (des Schutzguts) gegenüber den beeinträchtigten Interessen (dem Erhaltungsgut).³²³ Denn die Notstandslage ist regelmäßig nicht hinreichend verantwortlich von dem von der Notstandshandlung Betroffenen hierbeigeführt worden: In den meisten Fällen hat der von der Notstandshandlung Betroffene mit der Notstandslage nichts zu tun. Daher hat er nicht in sonderverantwortlicher Weise für die Abwendung der Gefahr einzustehen.³²⁴ Daraus ergibt sich, dass gegenüber dem Unbeteiligten nur ein *wesentliches* Überwiegen die Not-

320 Freund, AT, § 3 Rn. 4.

321 In diesem Sinne auch Mitsch, JA 1989, 79, 84; Frister, GA 1988, 291, 302.

322 Krey/Esser, AT, Rn. 500.

323 Krey/Esser, AT, Rn. 602 ff.

324 Näher zur Notstandslage siehe Freund, AT, § 3 Rn. 48 ff.

standshandlung rechtfertigen kann. Als klassisches Beispiel hierfür dient das Abreißen einer Zaunlatte zur Verteidigung gegen einen tollwutverdächtigen Fuchs. Zur Gefahrenquelle, dem Fuchs, steht der Eigentümer der Zaunlatte in keiner Beziehung. Er hat von Rechts wegen nicht in sonderverantwortlicher Weise dafür einzustehen, dass niemand durch den Angriff des Fuchses zu Schaden kommt. Erst wenn der zu erwartende Schaden durch den Angriff des Fuchses den Schaden am Zaun wesentlich überwiegt, kann man von einer berechtigten Außerkraftsetzung des Verbots der Sachbeschädigung sprechen. Anderes gilt freilich, wenn der von der Notstandshandlung Betroffene wenigstens fahrlässig die Gefahrenlage herbeigeführt hat. Man denke etwa an den Halter eines bissigen Hundes, der fahrlässig seinen Gast nicht rechtzeitig vor dem Hund gewarnt hat. In dieser Konstellation ist der Gast berechtigt, eine Notstandshandlung gegen den Hund vorzunehmen. Bei der Güter- und Interessenabwägung ist die Sonderverantwortlichkeit des von der Notstandshandlung Betroffenen für die Herbeiführung der Notstandslage mit in die Waagschale zu legen. Wenn der von der Notstandshandlung Betroffene die Notstandslage selbst zu verantworten hat, kann man bei der Abwägung auch zu einem wesentlichen Überwiegen der kollidierenden Interessen gelangen.

cc) Weitere beispielhafte Verdeutlichung

Zur weiteren beispielhaften Verdeutlichung der verhältnismäßigen Freiheitsbeschränkung kann die Problematik der erzwungenen Blutentnahme dienen. Man denke etwa an X, der bei einem Verkehrsunfall lebensgefährlich verletzt und anschließend in ein Krankenhaus gebracht wird. Leider steht in der Blutbank des Krankenhauses nicht ausreichend Blut für eine Bluttransfusion zu Verfügung; es werden dringend noch 400 ml benötigt. Zur selben Zeit kommt Y, dessen Blut genau zu dem des X passt, zu einer Gesundheitsuntersuchung ins Krankenhaus. Wenn Y um eine Blutspende gebeten wird, aber nicht einverstanden ist, stellt sich die Frage, ob der behandelnde Chirurg das Recht hat, im Interesse des Schutzes des Lebens von X den Y zur Blut-

spende zu zwingen.³²⁵ Ein solches Recht könnte nur bestehen, wenn es für Y eine entsprechende Verhaltensnorm im Sinne einer Pflicht zur Blutspende bzw. jedenfalls zur Duldung der Blutentnahme gibt. Um eine solche Pflicht zur Blutspende bzw. zur Duldung der Blutentnahme zu legitimieren, ist also zunächst festzustellen, ob eine solche Verhaltensnorm einem legitimen Zweck dienen kann. X hat keine die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit seines eigenen Lebens aufhebende Entscheidung getroffen. Das Leben des X ist demnach schutzwürdig. Nach der Feststellung eines legitimen Zwecks für die Verhaltensnorm ist weiterhin zu fragen, ob der entsprechende Eingriff in die Handlungsfreiheit und die Körperintegrität des Y angemessen (verhältnismäßig) ist. Wenn Y verpflichtet wird, 400 ml Blut „abzugeben“, kann das Leben des X gerettet werden. Daher ist die entsprechende Verpflichtung jedenfalls ein geeignetes Mittel zum Lebensschutz. Außerdem ist sie unter diesen konkreten Umständen auch das relativ mildeste Mittel, weil Y eine *freiwillige* Blutspende bereits abgelehnt hat. In der Angemessenheitsbeurteilung kollidiert das Leben von X einerseits mit der körperlichen Unversehrtheit von Y und dessen Recht auf Selbstbestimmung andererseits. Bei der nötigen Abwägung ist zu berücksichtigen, dass Y die Gefahrenlage für X nicht herbeigeführt oder sonst irgendwie zu verantworten hat. Daher ist er nicht in qualifizierter (sonderverantwortlicher) Weise verpflichtet, auf Kosten seiner Gesundheit und seines Selbstbestimmungsrechts das Leben von X zu schützen. Aus dem oben Gesagten kann man die Schlussfolgerung ziehen, dass bei der Angemessenheitsprüfung in dieser Konstellation der körperlichen Unversehrtheit und dem Selbstbestimmungsrecht von Y gegenüber dem Leben von X der Vorrang gebührt. Infolgedessen ist eine rechtliche Verhaltensnorm, die erzwungene Blutentnahme zu akzeptieren, gegenüber Y nicht zu legitimieren. Daher besteht auch kein Recht, entsprechenden Zwang auszuüben.

325 Beispiel nach Gallas, FS Mezger, S. 311, 325 ff.; näher dazu Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 473 ff.

5. Der Normaufbau der Verhaltensnorm

Nach dem Dargelegten stellt die Verhaltensnorm im Wesentlichen eine verhältnismäßige normative Anforderung zum angestrebten Zweck des Rechtsgüterschutzes dar. Diese verfügt als Rechtsnorm über eine klare Aufbaustruktur, um nicht zuletzt den Bestimmtheitsanforderungen zu genügen. Eine legitimierte Verhaltensnorm muss die folgenden drei Voraussetzungen erfüllen: Zuerst muss festgestellt werden, ob der potenzielle Normunterworfenen aus der *ex ante*-Perspektive imstande ist, bestimmte Schädigungsmöglichkeiten nicht zu schaffen oder bestimmte schon vorhandene Schädigungsmöglichkeiten abzuwenden. Zweitens muss im Hinblick auf ihren legitimen Zweck das von der Verhaltensnorm zu schützende Rechtsgut unter den konkreten Umständen ein schutzwürdiges Gut darstellen. Schließlich darf die Verhaltensnorm zum angestrebten Rechtsgüterschutz die Handlungsfreiheit des Normadressaten nur angemessen (verhältnismäßig) einschränken. Diese drei Voraussetzungen werden im Folgenden weiter präzisiert:

a) Die richtige Perspektive bei der Legitimation einer Verhaltensnorm

Ob und aus welchem Grund eine Verhaltensnorm legitimierbar ist, ist stets aus der *ex ante*-Perspektive des potenziellen Normunterworfenen (also der Betroffenenperspektive) zu beurteilen. Unter Berücksichtigung dieser Perspektive muss die Rechtsordnung zum Zeitpunkt des in Frage stehenden Verhaltens mit Rücksicht auf die konkrete Sachlage und die individuellen Verhältnisse des potenziellen Normunterworfenen gegebenenfalls eine Verhaltensnorm aufstellen. Diese muss von einem bestimmten Normadressaten in einer konkreten Situation eingehalten werden. Weder die *ex post*-Perspektive noch die Perspektive des Laplaceschen Weltgeistes (der alles weiß) können dafür maßgeblich sein.³²⁶ Denn die Rechtsordnung kann dem Bürger nichts abverlangen, was ihm zum Zeitpunkt des in Frage stehenden Verhaltens un-

³²⁶ Zu dem angemessenen Erfordernis der *ex ante*-Perspektive des potenziellen Normadressaten bei der Verhaltensnormkonturierung und gegen die Maßgeblichkeit der Perspektive eines Laplaceschen Weltgeistes bereits zutreffend *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, S. 124, 352, 358, 425; *ders.*, in: *Wolter/Freund, Straftat*, S. 135, 175 ff.; s. a. *Freund*, GA 1991, 387, 390 ff.; *Heckler*, Ermittlung der Rücktrittsleistung, S. 85 ff.; *Rudolphi*, GS Armin Kaufmann, S. 371, 377 ff.

möglich ist. „Wenn ein Missbilligungsurteil über ein bestimmtes Verhalten tatsächlich eine verhaltensleitende Funktion übernehmen – also den von dem Urteil Betroffenen zu rechtlich richtigem Verhalten bestimmen – soll, muss vielmehr auf eine für den Betroffenen verfügbare Beurteilungsbasis Bezug genommen werden.“³²⁷ Eine zur Erreichung des Rechtsgüterschutzzwecks untaugliche Verhaltensnorm ist unter zweckrationalem Aspekt niemals zu rechtfertigen.³²⁸

Außerdem ist zu beachten, dass die Legitimation einer aus der Perspektive des Normadressaten berechtigten Verhaltensnorm nicht daran scheitert, dass aus einer anderen Perspektive das Verhalten des Normadressaten unbedenklich erscheint.³²⁹ Das soll anhand zweier von *Freund* diskutierter Beispiele³³⁰ verdeutlicht werden: In dem ersten Beispiel besteht nach den Sichtverhältnissen für einen Jäger die ernsthafte Möglichkeit, dass das von ihm anvisierte Ziel ein Treiber sein könnte. Unabhängig davon, ob das Ziel tatsächlich ein Mensch oder aber ein Wildschwein ist, darf der Jäger mit Rücksicht auf die ernstzunehmende Möglichkeit, dass es sich um einen Menschen handeln *könnte*, in dieser Situation nicht schießen. Auch wenn ein anderer in dieser Situation zufällig feststellt, dass das anvisierte Ziel ein Wildschwein ist, gilt für den Jäger das Verbot zu schießen. Schießt er dennoch, verstößt er gegen das Tötungsverbot als Verhaltensnorm. Es liegt nicht etwa nur ein eingebildeter Verhaltensnormverstoß vor. Das hat nicht zuletzt Bedeutung für die berechnete Strafbarkeit auch des untauglichen Tötungsversuchs. Ein anderes Beispiel: Man denke an einen Mann, der die in Aussicht genommene Sexualpartnerin ernsthaft für jünger als 14 Jahre hält und nach deren Erscheinungsbild und Auftreten auch halten muss. Tatsächlich ist sie aber schon knapp jenseits der Schutzaltersstufe. Unabhängig davon gilt in diesem Fall für den Mann die Verhaltensnorm „Du darfst mit dem Mädchen, das jünger als 14 Jahre sein *könnte*, keinen Geschlechtsverkehr haben.“

³²⁷ *Freund*, AT, § 3 Rn. 9; siehe auch § 2 Rn. 24.

³²⁸ Zutreffend betont von *Gallas*, Studien, S. 65.

³²⁹ *Freund*, AT, § 2 Rn. 25.

³³⁰ Beispiele nach *Freund*, AT, § 2 Rn. 26.

b) Rechtsgüterschutz als legitimer Zweck der Verhaltensnorm

Die zweite Weichenstellung für die Aufstellung einer Verhaltensnorm stellt die Feststellung eines legitimen Zwecks der Verhaltensnorm dar. Die Verhaltensnorm greift massiv in die grundrechtlich verbürgte Handlungsfreiheit des Bürgers ein, um den Rechtsgüterschutzzweck zu erreichen. Dieser Schutz muss zum Aufgabenbereich des Staates gehören, die Daseins- und Entfaltungsbedingungen des Bürgers zu gewährleisten.³³¹ Wenn die Verhaltensnorm nicht in der Lage ist, einen legitimen Zweck zu erreichen (also Rechtsgüter zu schützen), kann sie bereits unter zweckrationalem Aspekt nicht legitimiert werden.³³² Daher fungiert der Rechtsgüterschutz als grundlegende Weichenstellung.

Nach dem oben Dargelegten³³³ ist ein Gut nicht zwingend zu schützen. Bevor der Güterschutz zur Freiheitseinschränkung taugt, muss die Frage beantwortet werden, ob die von der Verhaltensnorm zu schützenden Güter wirklich schutzwürdig und in diesem Sinne überhaupt relevante Rechtsgüter sind. Die Feststellung der Schutzwürdigkeit erfolgt differenziert: Zunächst ist zu klären, ob das Gut bei vorhandenem faktischem Schutzinteresse des Gutsinhabers rechtliche Anerkennung verdient. Danach prüft man, ob bei grundsätzlich schutzwürdigen Gütern eine den Schutz aufhebende (rechtlich beachtliche) Entscheidung des Verfügungsbefugten vorliegt.

c) Verhältnismäßige Freiheitsbeschränkung als letzte Weichenstellung

Nach der Feststellung des legitimen Zwecks der Verhaltensnorm darf die Rechtsordnung schließlich die Handlungsfreiheit des Normadressaten nur insoweit einschränken, als es noch im Rahmen des Angemessenen (Verhältnismäßigen) liegt. Nach dem oben Gesagten³³⁴ muss die Verhaltensnorm ein geeignetes, erforderliches und auch angemessenes Mittel zum angestrebten Rechtsgüterschutzzweck darstel-

331 李龙主编:《法理学》, 人民法院出版社、社会科学出版社 2003 年版, 第 281 页; Freund, AT, § 1 Rn. 16.

332 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 153.

333 Siehe oben, Vierter Teil, A, I, 4, a.

334 Siehe oben, Vierter Teil, A, I, 4, c.

len. Innerhalb der Angemessenheitsprüfung ist dabei die Sonderverantwortlichkeit des Normadressaten von erheblicher Bedeutung.

6. Die Aufstellung der individualisierten Verhaltensnorm vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots

Nach den im Vorstehenden angestellten Überlegungen ist bei der Legitimation einer rechtlichen Verhaltensnorm ein ganz bestimmtes Konstruktionsprinzip einzuhalten. Dennoch könnten Bedenken bezüglich der Bestimmtheit der Verhaltensnorm im Hinblick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot bestehen: Die Verhaltensnorm ist eine rechtliche Anforderung, die auf die konkrete Sachlage und die individuellen Verhältnisse des potenziellen Normunterworfenen zugeschnitten sein muss. Wegen der immanenten Eigenschaft der Verhaltensnorm als individueller Verhaltensanforderung in einer bestimmten Situation ist es auf jeden Fall für den Staat unmöglich, alle relevanten Verhaltensnormen zu kodifizieren. Der Staat kann durch den Erlass von positiven Rechtsnormen nur in generalisierter Form normative Anforderungen in Gesetzbüchern zum Ausdruck bringen. Diese sind jedoch stets kontextspezifisch zu konkretisieren bzw. zu individualisieren. Aufgrund dessen stellt sich die Frage, ob die Annahme individualisierter Verhaltensnormen dem Bestimmtheitsgebot widerspricht.

Dies ist jedoch zu verneinen. Das Bestimmtheitsgebot dient der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und beruht auf dem Rechtsstaatsprinzip.³³⁵ Das Gebot fordert vor allem, dass staatliche Hoheitsakte nachvollziehbar auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden können und sich der Bürger darauf verlassen kann.³³⁶ Fehlt dem staatlichen Handeln ein Mindestmaß an solcher Verlässlichkeit, gilt das Handeln für den Bürger als unvorhersehbar und damit als nicht nur unberechenbar, sondern auch unverständlich.³³⁷ Daher stellt ein derartiges staatliches Handeln einen Missbrauch der staatlichen Gewalt dar.

335 Siehe dazu 李龙主编:《法理学》, 人民法院出版社、社会科学出版社 2003 年版, 第 204~205 页; BVerfGE 24, 75 ff. (98); 101, 239 ff. (262); 109, 133 ff. (180).

336 李龙主编:《法理学》, 人民法院出版社、社会科学出版社 2003 年版, 第 204~205 页; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 48. Lfg. November 2006, Art. 20 VII Rn. 50.

337 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 48. Lfg. November 2006, Art. 20 VII Rn. 50.

Das Bestimmtheitsgebot und die damit einhergehende Rechtssicherheit sollen diesem Missbrauch einen Riegel vorschieben.

Wenn das Bestimmtheitsgebot beachtet sein soll, müssen die Rechtsnormen zunächst inhaltlich hinreichend klar gefasst sein. Die Erfüllung dieser Forderung gestattet es dem Bürger, dass er sich ein eigenes Bild von der ihm gegenüber aufgestellten Rechtsnorm und von der Rechtsfolge beim Verstoß gegen die Norm machen kann.³³⁸ Damit erhalten die Bürger die Möglichkeit, ihr Verhalten auf die Rechtsnormen einzustellen. Denn die Verlässlichkeit einer Rechtsnorm liegt nur vor, wenn der Normadressat über den Inhalt der ihn betreffenden Rechtsnorm mit hinreichender Sicherheit Bescheid wissen kann.³³⁹ Das gebotene Maß an Bestimmtheit wird einerseits durch die Faktoren geprägt, die das Staatshandeln bestimmen und deswegen verlässlich machen. Allerdings gibt es auch Faktoren, die dazu führen, dass die abstrakt-generellen Normen ein gewisses Maß an Unbestimmtheit aufweisen.³⁴⁰ Denn bei einer Kodifikation ist es unvermeidbar, dass wegen der Komplexität des gesellschaftlichen Zusammenlebens in positiven Rechtsnormen unbestimmte Rechtsbegriffe³⁴¹ und Generalklauseln³⁴² verwendet werden. Ihre Anwendung setzt die Auslegungsfähigkeit der Rechtsnormen voraus, damit im Rahmen der Rechtsanwendung mit Hilfe juristischer Auslegungsmethoden eine sachgerechte Entscheidung getroffen werden kann.³⁴³ Zu beachten ist im Hinblick

338 Siehe dazu N.琦: 《法的确定性及其相对性—从人类生活的基本事实处罚》, 载《法学研究》2002年第5期, 第31页; BVerfGE 20, 150 ff. (158 f.); 21, 75 ff. (79); 21, 245 ff. (261); 31, 255 ff. (264); auch BVerfGE 14, 245 ff. (252); 25, 269 ff. (285); 26 41 ff. (42).

339 Siehe dazu N.琦: 《法的确定性及其相对性—从人类生活的基本事实处罚》, 载《法学研究》2002年第5期, 第31页; BVerfGE 5, 25 ff. (31 f.); 8, 274 ff. (302); 22, 330 ff. (346).

340 Siehe dazu Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 48. Lfg. November 2006, Art. 20 VII Rn. 59; N.琦: 《法的确定性及其相对性—从人类生活的基本事实处罚》, 载《法学研究》2002年第5期, 第36~38页; 陈云良: 《法的模糊性之探析》, 载《法学评论》2002年第1期.

341 BVerfGE 80, 103 ff. (108); 87, 234 ff. (263 f.); 102, 254 ff. (337); 103, 21 ff. (33).

342 BVerfGE 8, 274 ff. (326); 13, 153 ff. (161); 56, 1 ff. (12).

343 沈宗灵主编: 《法理学》, 北京大学出版社 2000 年版, 第 539 页; 李龙主编: 《法理学》, 人民法院出版社、社会科学出版社 2003 年版, 第 430~432 页 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 48. Lfg. November 2006, Art. 20 VII Rn. 60; vgl. dazu etwa BVerfGE 1, 14 ff. (45); 25, 216 ff. (227); BayVerfGH, BayVBl. 1997, 174, 175.

auf das Bestimmtheitsgebot auch, dass Rechtsnormen bzw. die Rechtsordnung keine sich widersprechenden Verhaltensanforderungen enthalten dürfen.³⁴⁴ Widersprüchliche Forderungen widersprechen in eklatanter Weise dem Bestimmtheitsgebot.

Als eine Rechtsnorm widerspricht die zutreffend individualisierte Verhaltensnorm wegen ihrer kriteriengeleiteten Erkennbarkeit und ihrer widerspruchsfreien Inhaltsgestaltung dem Bestimmtheitsgebot nicht.

Der Umstand, dass individualisierte Verhaltensnormen regelmäßig nicht kodifiziert und auch nicht kodifizierbar sind, steht ihrer ausreichenden Bestimmtheit nicht entgegen. Die Verhaltensnorm ist deshalb erkennbar, weil sie einen eindeutigen Normbestand und hinreichend bestimmten Inhalt besitzt. Demzufolge ist jede gerechtfertigte Verhaltensnorm aus der *ex ante*-Perspektive der potenziellen Normunterworfenen unter dem Aspekt des Rechtsgüterschutzes und unter dem Aspekt der verhältnismäßigen Freiheitsbeschränkung zu legitimieren. Wenn zwei Individuen dasselbe Verhalten zeigen und aus der Betroffenenperspektive ihre individuellen Verhältnisse und die konkrete Sachlage identisch sind, gilt die von ihnen einzuhaltende Verhaltensnorm auch gleichermaßen. Daher hat jede legitimierte Verhaltensnorm einen eindeutigen und bestimmten Inhalt, der dem Bürger die Möglichkeit gibt, den Inhalt der ihn betreffenden Rechtsnorm mit hinreichender Gewissheit zu kennen und sein Verhalten den rechtlichen Anforderungen gemäß auszurichten. Genau diese Möglichkeit des Normadressaten ist bereits integrierter Bestandteil der rechtverstandenen Verhaltensnormgeltung.

Zum besseren Verständnis des Kognitionsvorgangs bei der Bildung der individualisierten Verhaltensnorm muss das Verhältnis zwischen der individualisierten Verhaltensnorm und der positiven Rechtsnorm (der abstrakten generalisierten Verhaltensnorm) beachtet werden.

344 BVerfGE 1, 14 ff. (45); 17, 306 ff. (314); 25, 216 ff. (227); Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bd. 2, Art. 20 Rn. 298; 李琦: 《法的确定性及其相对性—从人类生活的基本事实处罚》, 载《法学研究》2002年第5期, 第31页.

Insofern gilt Folgendes:³⁴⁵ Die abstrakte Verhaltensnorm spielt als Rechtsnorm im sozialen Kontakt eine wichtige Rolle als Vorstufe der konkretisierten Verhaltensnorm. Sie nennt in abstrahierender und typisierender Form die von der Rechtsordnung für die Bürger aufgestellte normative Grundsatzauufforderung. Bestimmte Aspekte werden zunächst auf dieser generalisierenden Ebene ausgeblendet. Erst in der tatbestandsspezifischen Situation konkretisiert sich die abstrakte Norm für den Einzelnen, der ein bestimmtes Verhalten ausführen möchte, zur individuellen Pflicht. Schon anhand der abstrakten – generalisierenden – Norm kann sich der Bürger immerhin ein grobes Bild von den zu beachtenden Anforderungen machen. Dieses Bild motiviert den Bürger dazu, bei Vornahme der entsprechenden Verhaltensweise darüber nachzudenken, ob sein konkretes Verhalten rechtlich missbilligt ist. Die gesetzliche Verankerung der abstrakten generalisierenden Norm gewährleistet die Erkennbarkeit der rechtlichen Anforderungen und der entsprechenden Rechtsfolgen jedenfalls in ihren groben Zügen.

Auch wenn die individualisierte Verhaltensnorm aufgrund ihrer immanenten Eigenschaft – individualisiert zu sein – zu ihrer Unkodifizierbarkeit führt, ist die kontextspezifisch konkretisierte Verhaltensnorm für die Sozialfunktion und auch für die Legitimation der strafrechtlichen Reaktion letztlich entscheidend. Denn sie stellt eine konkrete Verhaltenspflicht dar, die einem ganz bestimmten Einzelnen ein ganz bestimmtes Verhalten abverlangt, und kann direkt auf den einzelnen Bürger mit einer klaren und nicht mehr zu relativierenden Aussage einwirken.³⁴⁶ Die konkretisierte Verhaltensnorm bildet die konkrete Verhaltensanforderung, die sich für eine bestimmte Person in einer bestimmten Situation ergibt und „nur für die Zeitdauer ihrer Erfüllbarkeit besteht und mit der pflichterfüllenden oder -verletzenden Verhaltensweise vergeht.“³⁴⁷ Letztlich kann nur die konkretisierte Verhaltensnorm ihre soziale Funktion, die Rechtsgüter vor unrechtmäßigen Angriffen zu schützen, in effektiver und angemessener Weise erfüllen.

Aus dem Gesagten ergibt sich: Das Bestimmtheitsgebot soll als Rechtsprinzip durch die Aufgabenverteilung zwischen Rechtsetzer und

345 Siehe dazu oben, Vierter Teil, A, I, 3.

346 Siehe dazu *Armin Kaufmann*, Normentheorie, S. 139.

347 *Mikus*, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, S. 26.

Rechtsanwender erfüllt werden. Einerseits müssen Gesetzesbegriffe in den positiven Rechtsnormen „die tatbestandliche Grenzziehung selbst leisten und diese nicht dem Ermessen des Rechtsanwenders überlassen, soweit dies praktisch möglich ist, so dass der Bürger konkrete Beurteilungsmaßstäbe für die Gesetzesanwendung erkennen kann.“³⁴⁸ Andererseits kann die langfristige Konkretisierung der abstrakten gesetzlichen Regelungen durch die Rechtsprechung mitberücksichtigt werden.³⁴⁹ „Der Gesetzgeber kann die Konkretisierung durch die Rechtsprechung erwarten, beobachten und gegebenenfalls korrigieren.“³⁵⁰ Bei dieser Konkretisierung ist keineswegs eine beliebige Entscheidung erlaubt, sondern die Entscheidung muss Gesetzeszwecke, Maßstäbe für Abwägungsentscheidungen und tatbestandliche Bindungen berücksichtigen.³⁵¹ In diesem Sinne zielt die Aufstellung der Verhaltensnorm darauf ab, einen Maßstab zu bilden, so dass der Inhalt der abstrakten und allgemein gültigen Rechtsnormen angemessen konkretisiert und das – für die strafrechtliche Reaktion unverzichtbare – personale Verhaltensunrecht des Normadressaten zutreffend bestimmt werden kann.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich Folgendes: Die Aufstellung der Verhaltensnorm zielt nicht darauf ab, neue gesetzliche Regelungen zu erlassen, sondern darauf, abstrakte positive Rechtsnormen *zutreffend anzuwenden* bzw. *zu konkretisieren*. Zu beachten ist nur, dass bei dieser Konkretisierung das Fehlverhalten nicht nach der unsachgemäßen Dichotomie „objektives Unrecht und subjektive Schuld“, sondern nach dem Verstoß gegen eine individualisierte Verhaltensnorm bestimmt werden muss.

Das zweite Ergebnis ist, dass die Aufstellung der individualisierten Verhaltensnorm dem Bestimmtheitsgebot nicht widerspricht, sondern gerade dessen Erfüllung dient. Zunächst erfüllt die Verhaltensnorm selbst die Aufgabe, konkrete rechtliche Anforderungen einsichtig und bestimmt zu machen, damit der Normadressat die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach einrichten kann. Jede Verhaltensnorm

348 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band II, Art. 20 GG, Rn. 133.

349 Siehe dazu BVerfGE 49, 89 (134); 76, 1 (74).

350 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band II, Art. 20 GG, Rn. 133; vgl. BVerfGE 90, 145 (191).

351 Vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band II, Art. 20 GG, Rn. 134.

ist aus der *ex ante*-Perspektive des potenziellen Normunterworfenen unter dem Aspekt des Rechtsgüterschutzes und unter dem Aspekt der verhältnismäßigen Freiheitsbeschränkung zu legitimieren. Die mit eindeutigem und bestimmtem Inhalt versehene Verhaltensnorm gibt dem Bürger die Möglichkeit, den Inhalt der ihn betreffenden Rechtsnorm mit hinreichender Gewissheit zu erkennen und sein Verhalten danach auszurichten. Auch sind die von der Rechtsordnung aufgestellten Verhaltensnormen widerspruchsfrei. Die Verhaltensnorm stellt eine individualisierte rechtliche Anforderung dar. Jede Verhaltensnorm ist eine auf die konkrete Situation und auf die individuellen Verhältnisse des potenziellen Normunterworfenen zugeschnittene rechtliche Aufforderung zum Tun oder Unterlassen. Sie ist individualisiert und gilt in einer bestimmten Entscheidungssituation und für einen bestimmten Normadressaten. Infolgedessen sind rechtlich widersprüchliche Anforderungen bei der Aufstellung der Verhaltensnorm von vornherein ausgeschlossen.

Schließlich ist noch auf Folgendes hinzuweisen: Hilfreich sind in diesem Zusammenhang auch die anerkannten Grundsätze juristischer Auslegung.³⁵² Anerkanntermaßen gibt es im deutschen und im chinesischen Recht vier Auslegungsmethoden: die grammatische, die systematische, die teleologische und die historische Auslegungsmethode.³⁵³ Diese Auslegungsmethoden erleichtern den Umgang mit konkretisierungsbedürftigen Gesetzesbegriffen und Generalklauseln. Allerdings ist im Gegensatz zu der positiven – generalisierenden – Rechtsnorm die Verhaltensnorm auf die konkrete Entscheidungssituation und die individuellen Verhältnisse des potenziellen Normunterworfenen zugeschnitten. Der Inhalt der Norm ist bei ihrer Aufstellung schon individualisiert, und zwar unter Beachtung der entsprechenden Möglichkeiten des Normunterworfenen. Dabei ist aber zu beachten, dass es bei der Aufstellung der Verhaltensnorm sachlich immerhin um die Anwendung bzw. Konkretisierung der geschriebenen Rechtsnormen geht. Infolgedessen spielt die Auslegung der unbestimmten Begriffe und Generalklauseln in den geschriebenen Rechtsnormen bei der Aufstellung der Verhaltensnorm stets eine wichtige Rolle.

³⁵² BVerfGE 1, 14 ff. (45); 25, 216 ff. (227).

³⁵³ Siehe dazu 沈宗灵主编:《法理学》, 北京大学出版社 2000 年版, 第 546~550 页; Eser, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 37 ff.

Aus dem Verhältnis zwischen der positiven Rechtsnorm und der konkretisierten Verhaltensnorm ergibt sich der Kognitionsvorgang bei der Bildung der individualisierten Verhaltensnorm: Wenn das Verhalten eines Normadressaten eventuell in den Anwendungsbereich der positiven Rechtsnorm fällt, wird er dazu motiviert, über die grundsätzliche Legalität seines Verhaltens nachzudenken. Auf der Basis dieser vorläufigen Einschätzung muss der potenzielle Normadressat weiter darüber nachdenken, ob sein Verhalten mit Rücksicht auf seine individuellen Verhältnisse und die konkrete Entscheidungssituation rechtlich missbilligt ist. Diese Erkenntnis der Verhaltensnormen kann man im alltäglichen Leben, in familiärer und schulischer Bildung ständig gewinnen. Bei diesem Kognitionsvorgang kann man seine Erkenntnisse über die konkreten rechtlichen Anforderungen in unterschiedlichen Entscheidungssituationen erhalten. Dieser Kognitionsvorgang ist im Vergleich zum Kognitionsvorgang hinsichtlich positiver Rechtsnormen ein längerer. Allerdings sind der Inhalt der Verhaltensnorm und die entsprechende Rechtsfolge keinesfalls unerkennbar.

Den Kognitionsvorgang der individualisierten Verhaltensnorm kann man anhand eines extremen, aber aufschlussreichen Beispiels³⁵⁴ verdeutlichen: Ein Praktikant, der bei vielen Operationen zugeschaut und den Chefarzt unterstützt hat, hat einen guten Einblick in den Operationsbereich erhalten. Bei einem Unglück in einem von der zivilisierten Welt abgeschnittenen Regenwald nimmt er als die einzige Person, die den Verletzten vielleicht retten kann, eine Notoperation an dem Verletzten unter schlechten hygienischen Bedingungen vor. Vor der Vornahme der Operation muss der Praktikant zunächst eine eigene Vorstellung davon entwickeln, ob sein Verhalten rechtlich erlaubt ist. Obwohl er schon einen guten Einblick in Operationen bekommen hat, hat er sich noch nicht zum Facharzt qualifiziert. Daher ist es grundsätzlich unerlaubt, dass er Operationen vornimmt. Diese abstrakt-generalisierende Regelung motiviert ihn dazu, vor Vornahme der Operation darüber nachzudenken, ob er wegen der besonderen Situation ausnahmsweise die Notoperation doch vornehmen darf. In der konkreten Situation ist zu berücksichtigen, dass es abgesehen von ihm niemanden gibt, der in der konkreten Entscheidungssituation den Ver-

354 Beispiel nach *Freund*, AT, § 5 Rn. 25.

letzten retten kann. Daher ist er im Hinblick auf die entsprechende Rettungschance berechtigt, auf die allein noch mögliche Weise den Versuch zu unternehmen, das Leben des Verletzten zu retten. Dabei wäre ein Sorgfaltsmaßstab, der sich an einem ausgebildeten Chirurgen orientierte, verfehlt. Die konkretisierte Verhaltensnorm, die sich im Wege einer Güter- und Interessenabwägung ergibt, lautet vielmehr: Der Praktikant muss genau das ihm angesichts der konkreten Umstände Mögliche und Zumutbare tun, um das Leben des Verletzten zu retten. Diese individualisierte Verhaltensnorm ist durchaus verallgemeinerungsfähig. Sie gilt für alle Bürger unter den entsprechenden Umständen in derselben Form.

II. Hinreichendes Gewicht des tatbestandsspezifischen Fehlverhaltens

Wenn ein tatbestandsspezifischer Verhaltensnormverstoß vorliegt, muss noch ein weiteres grundlegendes Straftaterfordernis beachtet werden: Der jeweilige tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß muss hinreichend gewichtig³⁵⁵ sein, damit die in Frage stehende Rechtsfolge (Schuldspruch und entsprechende Sanktion) legitimiert werden kann.³⁵⁶ Insoweit geht es nicht mehr um die Feststellung eines Fehlverhaltens überhaupt. Ein Vorwurf des rechtlich missbilligten Verhaltens ist im Grundsatz durchaus berechtigt. Vielmehr ist hierbei die Frage zu beantworten, ob wegen des zu geringen Gewichts auf das personale Fehlverhalten *strafrechtlich* nicht reagiert werden darf. In diesem Zusammenhang bewährt sich die hier zugrunde gelegte klare Differenzierung zwischen dem Verhaltensnormbereich und dem Sanktionsnormbereich. Im Verhaltensnormbereich geht es um die vorstrafrechtliche Frage des rechtmäßigen Verhaltens und die entsprechende rechtliche Verantwortlichkeit für das rechtlich missbilligte Verhalten (nebst Folgen). Im Sanktionsnormbereich geht es um die ganz andere Frage der verhältnismäßigen strafrechtlichen Reaktion auf solches Fehlverhalten (nebst dessen Folgen).³⁵⁷

355 Zur hinreichenden Wichtigkeit des Fehlverhaltens (nebst dessen Folgen) im chinesischen und deutschen Strafrecht siehe auch oben, Dritter Teil, B, II, 3..

356 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 207.

357 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 261.

Der Verhaltensnormverstoß ist aus der *ex ante*-Perspektive des Normadressaten unter dem Aspekt des Rechtsgüterschutzes und dem Aspekt der verhältnismäßigen Freiheitsbeschränkung zu legitimieren. Demzufolge muss den beiden Aspekten bei der Feststellung des hinreichend gewichtigen Unrechtsgehalts des Fehlverhaltens auch entsprechend Rechnung getragen werden: Der Unrechtsgehalt des Fehlverhaltens hängt sachlich von der Diskrepanz der kollidierenden Rechtsgüter – bzw. von den Gütererhaltungsinteressen einerseits und den Freiheitsentfaltungs- und sonstigen Interessen andererseits – ab.

1. Die große Diskrepanz der kollidierenden Rechtsgüter als maßgebliches Kriterium

Unter der großen Diskrepanz der kollidierenden Rechtsgüter versteht man das große Missverhältnis zwischen den Gütererhaltungsinteressen einerseits und den Freiheitsentfaltungs- und sonstigen Interessen andererseits. Auf der Basis des Dargelegten³⁵⁸ kommt bei der Festlegung der Angemessenheit der Freiheitsbeschränkung zur Begründung einer legitimierten Verhaltensnorm in der Regel eine Güter- und Interessenkollision in Betracht, die notwendigerweise zum Nachteil des einen oder anderen Rechtsgüterschutzinteresses führt. Im Bereich der Feststellung der Angemessenheit der Verhaltensnorm ergibt sich ihre Legitimation aus dem Prinzip der Wahrung des überwiegenden Interesses. Daher ist es der Grundgedanke der Legitimation der Verhaltensnorm, Gütererhaltungsinteressen auf Kosten der Freiheitsentfaltungs- und sonstiger Interessen zu schützen. Durch die Feststellung eines personalen Fehlverhaltens kommt bereits zum Ausdruck, dass Gütererhaltungsinteressen stärker gewichtet werden als die Freiheitsentfaltungs- und sonstigen Interessen des Normbrüchigen. Auf dieser Basis kann man im Rahmen der Feststellung des hinreichenden Gewichts des Fehlverhaltens sagen: Je größer das Missverhältnis zwischen den Gütererhaltungsinteressen einerseits und den Freiheitsentfaltungs- und sonstigen Interessen andererseits ist, desto weniger Anlass gibt es, das Rechtsgut des anderen zu beeinträchtigen, und desto schwerer wiegt der Unrechtsgehalt. Überdies ist zu beachten, dass bei dieser Abwä-

358 Siehe oben, Vierter Teil, A, I, 4, c.

gung nicht nur die abstrakte Rangordnung, sondern auch die Intensität des konkret zu erwartenden Schadens der widerstreitenden Rechtsgüter zu berücksichtigen ist.

2. Die leichte Erfüllbarkeit der Pflicht (bei gegebener Sonderverantwortlichkeit)

Bei der Bestimmung der Diskrepanz der kollidierenden Rechtsgüter gilt es insbesondere auch Folgendes zu beachten: Für die Feststellung des Grades der Freiheitsbeschränkung (bei der Angemessenheitsbeurteilung) ist die der mehr oder weniger leichten Erfüllbarkeit der Pflicht (bei gegebener Sonderverantwortlichkeit) von Bedeutung. Zu klären ist, wie schwer es für den konkret Handelnden oder Unterlassenden war, bei der vorgefundenen Sachlage der Rechtspflicht zu genügen. Der „Schweregrad“ der Erfüllung der rechtlichen Pflicht hängt insbesondere von folgenden Kriterien ab: Erstens davon, ob der Täter die Legitimationsgründe der übertretenen Verhaltensnorm kannte oder nur kennen müsste, und zweitens davon, ob eine erhebliche Erschwerung normgemäßen Verhaltens – also vor allem ein Entschuldigungsgrund – gegeben ist.

a) Zum Stellenwert des Vorsatzerfordernisses: Hat der Täter den Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm erkannt?

Für den Unrechtsgehalt eines Fehlverhaltens ist es von erheblicher Bedeutung, ob der Täter zum Zeitpunkt der Tatausführung den Legitimationsgrund der von ihm übertretenen Verhaltensnorm zutreffend erkannt hat. Um das Unrecht nach seiner Schwere abzustufen und die Gradunterschiede in der Strafzumessung zum Ausdruck zu bringen, hat der Gesetzgeber die Straftaten in Vorsatz- und Fahrlässigkeitstaten aufgeteilt. Der Grund, weshalb vorsätzliches Verhalten im Verhältnis zu fahrlässigem Verhalten ein Plus darstellt und mit einer höheren Strafe zu sanktionieren ist, liegt auf der Hand: Während der Vorsatztäter zum Zeitpunkt der Tatausführung die spezifischen Schädigungsmöglichkeiten seines Fehlverhaltens erkannt hat und die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, verkennt der Fahrlässigkeitstäter aufgrund seiner mangelnden Sorgfalt das Ausmaß der von ihm geschaffe-

nen rechtlich zu missbilligenden Schädigungsmöglichkeiten.³⁵⁹ Der Vorsatztäter handelt oder unterlässt, obgleich ihm die spezifischen Schädigungsmöglichkeiten vor Augen stehen. Insoweit lässt die Vorsatztat im Gegensatz zur Fahrlässigkeitstat ein sehr viel größeres Defizit an Rechtstreue erkennen.³⁶⁰

b) Liegt ein Entschuldigungsgrund vor?

Zu beachten ist, dass bei Feststellung des hinreichend gewichtigen Fehlverhaltens oft Entschuldigungsgründe in Betracht kommen, die unter bestimmten Umständen die Fähigkeit des Normadressaten, sich normgemäß zu verhalten, so stark mindern, dass ein strafrechtlicher Vorwurf fehl am Platze wäre. Im Gegensatz dazu liegt in den Fallkonstellationen des Schuldausschlusses nach der in dieser Untersuchung vertretenen Position überhaupt kein von Rechts wegen zu missbilligendes Verhalten vor.³⁶¹

Nicht nur im Allgemeinen Teil, sondern auch im Besonderen Teil sind Entschuldigungsgründe speziell geregelt: Im Allgemeinen Teil können vor allem der Notwehrexzess und der entschuldigende Notstand im strengen Sinne Entschuldigungsgrund sein.³⁶² Im Falle des Notwehrexzesses (§ 20 II, III cStGB und § 33 dStGB) geht es um eine Entschuldigung, soweit solche Fehlverhaltensweisen aus Verwirrung (Irrtum), Furcht oder Schrecken begangen werden. § 21 II cStGB und § 35 dStGB erfassen Fälle des entschuldigenden Notstands, in denen das geschützte Interesse das beeinträchtigte nicht wesentlich überwiegt. Zu nennen sind auch Grenzfälle des § 18 III cStGB und § 21 dStGB bei zu geringfügiger Schuld und Grenzfälle des § 17 dStGB bei schwer zu vermeidendem Verbotsirrtum. Im Besonderen Teil kommen im deutschen Strafrecht das Angehörigen- und Selbstbegünstigungsprivileg bei der Strafvereitelung (§ 258 V und VI dStGB), die Strafbar-

359 Zum richtigen Verständnis des Verhältnisses zwischen fahrlässigem und vorsätzlichem Verhalten siehe *Jakobs*, AT, 9/4; *ders.*, GA 1991, 257, 260; *Kindhäuser*, AT, § 14 Rn. 27; *ders.*, GA 1994, 197, 208 f.; *Herzberg*, JuS 1996, 377 ff.

360 *Kindhäuser*, AT, § 14 Rn. 27.

361 Zu den Entschuldigungsgründen und ihrem Verhältnis zu Schuldauusschlussgründen siehe *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 246 ff.

362 Es gibt auch Fallkonstellationen des schuldausschließenden Notstands, in denen überhaupt kein von Rechts wegen zu missbilligendes Verhalten vorliegt.

keitsausnahme für noch nicht achtzehnjährige Abkömmlinge und Geschwister bei Verwandtenbeischlaf (§ 173 III dStGB) in Betracht; im chinesischen Strafrecht werden bestimmte Fälle aufgrund eines Selbst- oder Angehörigenbegünstigungsprivilegs (Fälschen und Unterdrücken von Beweismitteln) nach §§ 305, 306 cStGB nicht unter Strafe gestellt. Der Verwandtenbeischlaf ist sogar strafrechtlich irrelevant.

Diese Regelungen lassen sich auf den Sachgedanken des nicht hinreichenden Gewichts des Fehlverhaltens zurückführen. Insoweit liegt kein Zweifel vor, dass ein rechtliches Fehlverhalten begründet werden kann. In solchen Fallkonstellationen geht es ausschließlich um eine Entschuldigung bei vorhandenem Fehlverhalten mit Blick auf ein zu geringes Gewicht.³⁶³ An für eine Bestrafung hinreichendem Gewicht des Fehlverhaltens kann es freilich auch dann fehlen, wenn es keinen spezialgesetzlich normierten Entschuldigungsgrund gibt. Beispielsweise wird der schwer zu vermeidende Verbotsirrtum als Entschuldigungsgrund im chinesischen Strafrecht nicht gesetzlich geregelt. Dennoch darf auf ein Fehlverhalten wegen eines solchen Irrtums mit Blick auf ein zu geringes Gewicht mitunter strafrechtlich nicht reagiert werden. Außerdem sind die gesetzlich normierten Entschuldigungsgründe und ihre bisherige Auslegung primär auf Vorsatztaten „zugeschnitten“. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass fahrlässiges Fehlverhalten unter sonst gleichen Umständen immer weniger gewichtig ist als vorsätzliches. Der Vorsatztäter hat stets eine relativ uneingeschränkte Tatvermeidemacht. Beim Fahrlässigkeitstäter können die Erkennbarkeit und die Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung so schwach ausgeprägt sein, dass das Fehlverhalten nicht hinreichend gewichtig ist, um mit Strafe darauf zu reagieren.

B. Tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge und weitere Straftaterfordernisse

Jede strafrechtliche Sanktion setzt einen tatbestandsspezifischen Verhaltensnormverstoß voraus. Die Begründbarkeit eines Verhaltens-

³⁶³ Dazu und zum Folgenden *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 249 ff.

normverstoßes erfordert die Legitimierbarkeit einer Verhaltensnorm. Zur Legitimation der Verhaltensnorm wird dem Rechtsgüteraspekt und der verhältnismäßigen Freiheitsbeschränkung aus der *ex ante*-Perspektive des potenziellen Normadressaten Rechnung getragen. Selbstverständlich darf nicht außer Acht bleiben, dass der Verhaltensnormverstoß hinreichend gewichtig sein muss, um den massiven strafrechtlichen Vorwurf und eine entsprechende Strafe zu rechtfertigen.³⁶⁴

Allerdings erfordern die meisten Sanktionsnormen für ihr Eingreifen neben dem tatbestandsmäßigen Fehlverhalten noch weitere zusätzliche Straftaterfordernisse, die die Funktion der Konturierung der Reichweite des Straftatbestandes haben. Unter diesen zusätzlichen Straftaterfordernissen ist die tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge von besonderer Bedeutung.³⁶⁵ Vor dem näheren Eingehen auf die tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge ist grundsätzlich festzustellen, dass diese nicht irgendein isoliertes Straftaterfordernis bildet.³⁶⁶ Sie steht vielmehr von vornherein in einem bestimmten – spezifischen – Zusammenhang mit dem Fehlverhalten. Spezifische – und in diesem Sinne zurechenbare – Fehlverhaltensfolgen sind nur solche, die das Endglied eines schadensträchtigen Verlaufs darstellen, dessen Vermeidung Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm war.

I. Tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge

1. Ohne ein tatbestandsmäßiges Fehlverhalten gibt es auch keine tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge

Es ist im deutschen Strafrecht weit verbreitet, dass die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge vor dem tatbestandsmäßigen Verhalten geprüft wird.³⁶⁷ Diese Auffassung wird folgendermaßen begründet: Das Strafrecht diene dem Rechtsgüterschutz. Der Rechtsgüterschutz zielen darauf ab, bestimmte Beeinträchtigungen werthafter Zustände, Inter-

364 Zur hinreichenden Gewichtigkeit als einem materiellrechtlich bedeutsamen Aspekt siehe oben, Vierter Teil, A, II.

365 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 309.

366 Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 511.

367 Dazu siehe statt vieler Otto, Übungen im Strafrecht, S. 106 (Anfängerklausur Nr. 6); zur primären Erfolgsorientierung vgl. ferner etwa Krey/Esser, AT, Rn. 281.

essen und Funktionen – wie Tod oder Verletzung von Menschen oder die Beschädigung von Sachen – zu vermeiden. Dieser negative Bezug des Verhaltens zur Rechtsgüterwelt lasse es als ein rechtlich missbilligtes Verhalten erscheinen. In diesem Sinne ergebe sich der Unwert eines Verhaltens aus bestimmten mit ihm verknüpften unwertigen Folgen; der Verhaltensunwert sei aus dem Erfolgsunwert abgeleitet.³⁶⁸ Dem ist zu widersprechen. Denn nur das tatbestandspezifische Fehlverhalten taugt als Ausgangspunkt eines Rechtsgüterschutzstrafrechts.³⁶⁹ Die bloße Herbeiführung eines negativen Zustandes ist noch keine Straftat und erfasst deren Spezifikum nicht.³⁷⁰ Kein Rechtsgut genießt einen absoluten Schutz.³⁷¹ Die Feststellung, unter welchen Umständen ein bestimmtes Rechtsgut von Rechts wegen zu schützen ist, gehört zu den Aufgaben der Verhaltensnorm. Das tatbestandsmäßige Fehlverhalten ist durch den Verstoß gegen diese Verhaltensnorm gekennzeichnet. Die Bestrafung eines rechtlich erlaubten Verhaltens im Interesse des Rechtsgüterschutzes ist unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt zu legitimieren. Daher setzt die Feststellung einer tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolge immer die Bejahung eines tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens voraus.

Nur wenn sich eine von dem Verhalten geschaffene oder nicht abgewendete rechtlich missbilligte Schädigungsmöglichkeit realisiert, ist es möglich, von einer tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolge zu sprechen. Infolgedessen haben das tatbestandsmäßige Fehlverhalten und die tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge keineswegs den gleichen Stellenwert. Das tatbestandsmäßige Verhalten bildet die Wurzel des Bösen und ist das unentbehrliche primäre Element jeder Straftat. Im Gegensatz zum tatbestandsmäßigen Fehlverhalten besitzt die tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge nur einen nachrangigen – ergänzenden – Stellenwert.³⁷² Das bedeutet zugleich, dass es sinnlos ist, wenn kein tatbestandsmäßiges Verhalten vorliegt, weiter auf die tatbestands-

368 Zur näheren Darstellung und Kritik an dieser Position siehe etwa *Rudolphi*, FS Maurach, S. 51 ff.

369 *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 323.

370 Dazu siehe *Puppe*, in: NK, vor § 13 Rn. 153; *Rudolphi*, FS Lackner, S. 864 ff.

371 Dazu siehe oben, Vierter Teil, A, I, 4, a.

372 *Freund*, AT, § 2 Rn. 59; sachlich übereinstimmend etwa auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 509 ff., 535 et passim.

mäßige Verhaltensfolge einzugehen. Prüft man bei der Feststellung einer Straftat die beiden Merkmale umgekehrt, fängt man unsachgemäß „von hinten“ an.³⁷³

2. Der Stellenwert der tatbestandsmäßigen Verhaltensfolge

Die tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge bildet ein zusätzliches Straftaterfordernis. Sie und der tatbestandsmäßige Verhaltensnormverstoß sind zwei nebeneinanderstehende Merkmale der Straftat.³⁷⁴ Der mit der Verurteilung wegen vollendeten Delikts erhobene Vorwurf ist ein weitergehender Vorwurf im Verhältnis zu dem Vorwurf, der wegen einer Versuchstat erhoben wird.³⁷⁵ Der zum konkret eingetretenen Schädigungserfolg führende (natur-)gesetzmäßige Kausalverlauf ist seinerseits zutreffender Vorwurfsgegenstand, weil er sich immerhin als eine zusätzliche Manifestation des Verhaltensnormverstoßes darstellt.³⁷⁶

Sowohl im chinesischen als auch im deutschen Strafrecht spielt bei der Begründung einer Straftat die tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge eine wichtige Rolle. Im chinesischen Strafrecht wird bei vielen Tatbeständen die Tatbestandsverwirklichung an das Eintreten bestimmter Schädigungserfolge geknüpft. Beispielhaft: Ein Regelverstoß von Angestellten oder Arbeitern in Fabriken, Bergwerken, Forstbetrieben, Bauunternehmen oder anderen Unternehmen und institutionellen Einheiten wird nur bestraft, wenn durch die Fehlverhaltensweise ein schwerwiegender Unfall mit Verletzungs- oder Todesfolge eintritt oder eine andere schwerwiegende Folge verursacht wird. (§ 134 I cStGB).³⁷⁷ Ein Verstoß gegen die Regelungen betreffend explosive,

373 Zu dem richtigen Verständnis des Verhältnisses zwischen tatbestandsmäßigem Fehlverhalten und tatbestandsmäßiger Fehlverhaltensfolge bei der Falllösung siehe *Freund*, AT, Anh. 4.

374 *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 510; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 57.

375 Sachlich übereinstimmend *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 509 ff., 535 *et passim*; siehe auch *Freund*, in: Münch-KommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 310; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 128 ff. m. w. N.

376 *Freund*, AT, § 2 Rn. 60.

377 Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 139.

leicht entzündliche, radioaktive, giftige oder ätzende Substanzen bzw. Gegenstände wird nur unter Strafe gestellt, wenn ein gravierender Unfall eintritt oder schwerwiegende Folgen verursacht werden (§ 136 cStGB).³⁷⁸ Außerdem wird bei manchen Tatbeständen, die eine solche Schädigungsfolge nicht ausdrücklich fordern, auf folgenlose tatbestandsmäßige Fehlverhaltensweisen gemäß § 13 cStGB strafrechtlich nicht reagiert, weil sie noch nicht hinreichend sozialschädlich sind, um eine strafrechtliche Sanktion zu rechtfertigen. Auch im deutschen Strafrecht ist die tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge bei vielen Straftaten Tatbestandsvoraussetzung. Man denke an den praktisch bedeutsamen Bereich der Verletzungs- oder Gefährdungserfolgsdelikte. Die folgenlose Fahrlässigkeit wird im dStGB dagegen regelmäßig nicht als Straftat erfasst.

Zur Verdeutlichung des Stellenwerts der tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolge denke man an ein Beispiel aus dem Bereich des Straßenverkehrs: Zwei Fahrer, A und B, fahren jeweils mit einer Geschwindigkeit von 60 km/h innerhalb einer geschlossenen Ortschaft. Wenn nur das Fehlverhalten von A den Tod eines Fußgängers zur Folge hat, während glücklicherweise kein Schädigungserfolg durch das Fehlverhalten des B zustande kommt, entspricht nur das Verhalten des A nebst dem herbeigeführten Erfolg dem Tatbestand der fahrlässigen Tötung. Deshalb wird nur A entsprechend bestraft, obwohl sich der Verhaltensnormverstoß des B von dem des A nicht unterscheidet.³⁷⁹

Die tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge ist auch für die Art und die Höhe der Bestrafung von Bedeutung. Ein gutes Beispiel bietet der besonders bedeutsame Deliktstyp des vollendeten Erfolgsdelikts. Für die Begründung der Strafbarkeit dieses Deliktstyps ist neben dem tatbestandsmäßigen Verhalten auch ein sich ereignender schädigungs-trächtiger Kausalverlauf in der Außenwelt notwendig.³⁸⁰ Wenn keine tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge eintritt, bleibt nur noch eine mildere Bestrafung wegen Versuchs nach § 23 II cStGB und § 23 II dStGB übrig. Im Falle bloßer Fahrlässigkeit bleibt es regelmäßig bei der Straflosigkeit.

378 Übersetzung von *Strupp*, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 139.

379 Beispiel nach *Freund*, AT § 2 Rn. 54.

380 *Mikus*, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, S. 23.

3. Der Beurteilungsmaßstab der tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolge

Bei all den Delikten, die eine von dem tatbestandsmäßigen Verhalten absichtbare Fehlverhaltensfolge voraussetzen, ist eine vollendete Straftat erst dann gegeben, wenn diese Folge eingetreten und dem Täter aufgrund seines tatbestandsmäßigen Verhaltens als sein Werk auch zurechenbar ist. Grundlage für die Erfolgszurechnung bildet zunächst das Vorliegen eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem tatbestandsmäßigen Fehlverhalten und der eingetretenen Folge. Denn die Möglichkeit, einen bestimmten Erfolg als das Werk eines Fehlverhalten anzusehen, liegt von vornherein nur dort vor, wo dieser Erfolg in irgendeiner Weise auf das Handeln oder Unterlassen des Menschen zurückführbar ist.³⁸¹ Allerdings ist der Kausalzusammenhang nicht die einzige Voraussetzung für die Erfolgszurechnung. Erforderlich ist vielmehr, dass die Vermeidung des festgestellten Kausalverlaufs auch den Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm darstellt.

a) Der zutreffende Beurteilungsmaßstab der Fehlverhaltensfolge

Der Beurteilungsmaßstab ist klar und einfach: „Das Vermeiden des schadensträchtigen Verlaufs, der sich tatsächlich ereignet hat, muss (*ex ante* aus der Perspektive des Normadressaten betrachtet) Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm gewesen sein.“³⁸² Anders formuliert: Eine tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge liegt vor, wenn sich ein schadensträchtiger Kausalverlauf ereignet, der durch richtiges Verhalten von Rechts wegen hätte vermieden werden (können und) müssen.³⁸³ Genau dann stellt sich die Realisierung der vom Fehlverhalten geschaffenen oder nicht abgewendeten rechtlich missbilligten Schädigungsmöglichkeit als eine zusätzliche Manifestation des Verhaltensnormverstoßes dar.³⁸⁴ Das wird bei der strafrechtlichen Reaktion mit Recht berücksichtigt.³⁸⁵

381 Rudolphi/Jäger, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 60; vgl. Auch Krey/Esser, AT, Rn. 302; Roxin, AT I, § 11 Rn. 1.

382 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 310.

383 Freund, AT, § 2 Rn. 48.

384 Freund, AT, § 2 Rn. 60.

385 Freund, AT, § 2 Rn. 60.

Im Folgenden wird darauf eingegangen, wie man mit diesem Beurteilungsmaßstab die im Bereich des Kausalzusammenhangs und im Bereich der Erfolgszurechnung auftauchenden Probleme lösen kann:

b) Kausalzusammenhang

aa) Äquivalenztheorie

Nach der Bedingungs- oder Äquivalenztheorie ist Ursache eines Erfolges jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfiere. Zustimmung verdient die *Conditio*-Formel in ihrem Ausgangspunkt, dass alle Erfolgsbedingungen gleichwertig (äquivalent) sind.³⁸⁶ Dennoch hilft die *Conditio*-Formel nicht weiter „mit ihrer Aufforderung zu dem gedanklichen Experiment des Hinwegdenkens bestimmter Bedingungen und der Überlegung, was ohne diese geschehen wäre, wenn man nicht ohnehin bereits über die konkreten Wirkmechanismen Bescheid weiß.“³⁸⁷ Wie z. B. im *Contergan*-Fall muss zunächst die Frage beantwortet werden, ob überhaupt ein Kausalgesetz vorliegt, demzufolge das Arzneimittel unter bestimmten Umständen bestimmte Gesundheitsschäden herbeiführt. Andernfalls kann die Frage nach der Kausalität mit Hilfe der *Conditio*-Formel nicht beantwortet werden.³⁸⁸ Die Anwendung dieser Formel setzt vielmehr die Feststellung des Kausalverlaufs bereits voraus. Die *Conditio*-Formel kann man als eine bestimmte sprachliche Form begreifen, in die man die bereits vorhandene Kenntnis der Kausalität i. S. eines konkreten Wirkzusammenhangs kleidet.³⁸⁹

bb) Die Lehre von der (natur-)gesetzmäßigen Bedingung

Klarer ist in dieser Hinsicht die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung. Nach ihr ist ein Verhalten ursächlich für einen bestimmten Erfolg, wenn dem Verhalten der Erfolg nachfolgt und mit dem Erfolg na-

386 *Rudolphi/Jäger*, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 60; *Gropp*, AT, § 5 Rn. 13; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rn. 51.

387 *Freund*, AT; § 2 Rn. 64.

388 BGH JZ 1971, 507 ff. mit Bespr. *Armin Kaufmann*, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im *Contergan*-Verfahren, JZ 1971, 569 ff.

389 *Freund*, AT; § 2 Rn. 64.

turgesetzlich verbunden ist.³⁹⁰ Die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung erfordert „einen Beweis des Kausalgesetzes nach dem Standard derjenigen Wissenschaft, die sich mit der Erforschung der betroffenen Zusammenhänge befasst, d. h. in aller Regel nach den Standards experimenteller Naturwissenschaften.“³⁹¹

cc) Schadensträchtiger Kausalverlauf als Gegenstand der Kausalitätsprüfung

Der Fehler der Äquivalenztheorie in der bisher gebräuchlichen Form besteht darin, dass sie ausschließlich nach Ursachen eines Erfolgs im Sinne der nachteiligen Zustandsveränderungen (wie z. B. Tod oder Gesundheitsschaden eines Menschen, Beschädigung einer Sache), aber nicht nach Ursachen eines konkreten schadensträchtigen Kausalverlaufs sucht.³⁹² Aus einem Erfolg i. S. d. Zustandsveränderung ergibt sich nicht, dass er auf eine bestimmte Ursache i. S. v. notwendigen Bedingungen beruht. Denn die Zustandsveränderung bildet nur einen schmalen „Ausschnitt der Wirklichkeit“, der durch jedes beliebige Verhalten verursacht werden kann.³⁹³ So kann der Tod oder der Gesundheitsschaden auf vielfältige Art und Weise erfolgen und nicht nur von einem bestimmten Vorereignis im Sinne einer Bedingung abhängig gemacht werden.³⁹⁴ Aus dem Gesagten ergibt sich, wie *Rothenfußer* zu Recht betont hat, dass ein Kausalzusammenhang im Sinne der Äquivalenztheorie eine Kategorie ist, die sich eigentlich auf die ganzen Ereignisse im Sinne des schadensträchtigen Kausalverlaufs, nicht aber nur auf Erfolge anwenden lässt.³⁹⁵ Schadensträchtiger Kausalverlauf und Erfolg im Sinne der Zustandsveränderung dürfen nicht gleichgestellt werden. Vielmehr gilt der Erfolg nur als Bestandteil des schadensträchtigen Kausalverlaufs. Die Feststellung des Kausalzusammenhangs erschöpft sich darin, „einem bestimmten Erfolg vorangegangene Ereignisse zuzuordnen und auf diese Weise das abhängige Ereignis erst zu

390 *Rudolphi/Jäger*, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 63.

391 *Rudolphi/Jäger*, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 63; siehe auch *Armin Kaufmann*, JZ 1971, 572 ff.

392 Ausführlich zu der Lehre der notwendigen Bedingungen *Jäger*, FS Maiwald, S. 345 ff.

393 *Rothenfußer*, Kausalität und Nachteil, S. 16.

394 *Rudolphi/Jäger*, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 82.

395 *Rothenfußer*, Kausalität und Nachteil, S. 26.

ermitteln.“³⁹⁶ Daher soll in der Kausalitätsprüfung ermittelt werden, welcher schadensträchtige Kausalverlauf in seiner konkreten Gestalt zu dem Erfolg führt.

dd) Kein sachlicher Unterschied zwischen der Äquivalenztheorie und der Lehre von der (natur-)gesetzmäßigen Bedingung

Eigentlich liegt kein sachlicher Unterschied zwischen der Äquivalenztheorie und der Lehre von der (natur-)gesetzmäßigen Bedingung vor. Nach dem zutreffenden Verständnis des Gegenstandes der Kausalitätsprüfung soll die Äquivalenztheorie sich nicht nur auf den Erfolg i. S. d. Zustandsveränderung, sondern auf den ganzen (natur-)gesetzmäßigen Kausalverlauf in seiner konkreten Gestalt konzentrieren. Und die Lehre von der (natur-)gesetzmäßigen Bedingung erfordert *per definitionem* die Feststellung des konkreten, unter ein naturwissenschaftliches Kausalgesetz subsumierbaren, schadensträchtigen Kausalverlaufs. Nach beiden Konzepten setzt die Feststellung der Kausalität entsprechendes Erfahrungswissen über naturwissenschaftlich bewiesene Kausalzusammenhänge voraus.³⁹⁷

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die *Conditio*-Formel zutreffend wie folgt umzuformulieren ist: Ursache ist jede Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der (natur-)gesetzmäßige schadensträchtige Kausalverlauf in seiner konkreten Gestalt entfiele. Die Formel für die Feststellung des Quasi-Kausalzusammenhangs sieht dann folgendermaßen aus: Quasi-kausal ist das Unterlassen einer Handlung, wenn die Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der (natur-)gesetzmäßige schadensträchtige Kausalverlauf in seiner konkreten Gestalt entfiele.

ee) Schlussfolgerungen im Einzelnen

(1) Hypothetische Kausalverläufe

Abzustellen ist auf den tatsächlichen Kausalverlauf, der von einem Fehlverhalten herbeigeführt oder nicht abgewendet worden ist. Eine

³⁹⁶ Rothenfußer, Kausalität und Nachteil, S. 18 f.

³⁹⁷ Freund, AT, § 2 Rn. 65.

gegebene Kausalität wird nicht durch die Einbeziehung hypothetischer Kausalverläufe ausgeschlossen. Es ist irrelevant, wenn der als ein Bestandteil des Kausalverlaufs geltende Erfolg zum gleichen Zeitpunkt, hätte ihn der Täter nicht herbeigeführt, durch andere Umstände verursacht worden *wäre*. Denn die hypothetischen Kausalverläufe haben keinen Einfluss auf einen konkret Wirklichkeit gewordenen Kausalverlauf.³⁹⁸ Beispiel: Die Tatsache, dass B den X erschlagen hätte, wenn B ihm nicht zuvorgekommen wäre, ändert nichts daran, dass A tatsächlich den X erschlagen hat.³⁹⁹

(2) Atypische Kausalität

Zur Bejahung der Kausalität ist es nicht erforderlich, dass das tatbestandsmäßige Fehlverhalten als die einzige oder gar als die wirksamste Bedingung des Erfolgseintritts anzusehen ist.⁴⁰⁰ Der (natur-)gesetzmäßige Kausalzusammenhang wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass er „atypisch“ erscheint. Man denke etwa an einen von einem Schlag auf den Kopf Getroffenen, der eine dünne Schädeldecke hat und deshalb stirbt,⁴⁰¹ oder an die Verletzung eines Bluters, der seiner Verletzung erliegt, weil er Bluter ist.⁴⁰² In beiden Fällen kommen die Opfer nur deshalb zu Tode, weil sie über eine besondere Konstitution verfügen. Dennoch ist zu beachten: Auch wenn die Schädeldecke eines normalen Erwachsenen dem Schlag standgehalten hätte oder eine leichte Messerstecherei nicht zum Tod eines „normalen“ Erwachsenen geführt hätte, ändert dies nichts daran, dass ein naturgesetzmäßiger Kausalzusammenhang zwischen dem Fehlverhalten des Täters und dem Tod des Opfers besteht. Denn in beiden Fällen hat der Täter das Opfer tatsächlich getötet. Ohne den Schlag oder die Messerstecherei wäre der konkrete schadensträchtige Kausalverlauf, der zum Tod des Opfers führt, nicht in Gang gesetzt worden. Die atypischen Kausalverläufe beseitigen den Kausalzusammenhang nicht.

³⁹⁸ Freund, AT, § 2 Rn. 66.

³⁹⁹ Beispiel nach Freund, AT, § 2 Rn. 66.

⁴⁰⁰ Rudolphi/Jäger, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 74.

⁴⁰¹ Beispiel nach Freund, AT, § 2 Rn. 66.

⁴⁰² Beispiel nach BGHSt 14, 52.

(3) Überholende Kausalverläufe

Da es bei der Feststellung der Kausalität auf den konkret eingetretenen Kausalverlauf ankommt und „hypothetische Kausalverläufe“ irrelevant sind, liegt die Lösung der Fälle sog. überholender Kausalität auf der Hand:⁴⁰³ Zur Bejahung der Kausalität genügt es, dass der Täter durch das Setzen einer neuen Bedingung den bereits auf den tatbestandsmäßigen Erfolgseintritt zulaufenden Kausalverlauf abbricht und einen neuen tatsächlich überholenden Kausalverlauf herbeiführt. Dieses Setzen der neuen Bedingung (Abbruch des überholten Kausalverlaufs) begründet den tatsächlichen Kausalverlauf, da er die Fortentwicklung des ursprünglichen Kausalverlaufs beseitigt und eine neue Ursachenreihe eröffnet, die den Erfolg verursacht.⁴⁰⁴ Dann ist nur der durch die neu gesetzte Bedingung tatsächlich herbeigeführte Kausalverlauf entscheidend für die Feststellung der Kausalität. Im Gegensatz dazu bleibt für den bereits auf den Erfolgseintritt zulaufenden Kausalverlauf nur ein hypothetischer Kausalverlauf, der für die Kausalitätsprüfung irrelevant ist.

Beispiel: O hat zwei Neffen, A und B, die im Falle seines Todes seine Erben sind. A verabreicht dem ahnungslosen O ein langsam wirkendes Gift, das ihn innerhalb von ca. 12 Stunden getötet hätte. Indessen erschießt B den O, bevor das Gift wirkt.⁴⁰⁵ Die Tötungshandlung des B kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der konkrete Kausalverlauf „Tod des O durch Erschießen“ entfiele. Daher ist die Tötungshandlung des B für den Tod des O kausal. Der von A in Gang gesetzte Kausalverlauf „Tod des O durch Vergiftung“ wird durch die Tötungshandlung des B abgebrochen und durch einen neuen tatsächlichen Kausalverlauf „Tod des O durch Erschießen“ ersetzt.

(4) Zusammenwirken mehrerer Bedingungen

Wirken mehrere Erfolgsbedingungen bei der konkreten Erfolgsverursachung zusammen, ist jede Bedingung kausal für den Erfolgseintritt.

⁴⁰³ Dazu siehe *Krey/Esser*, AT, Rn. 312.

⁴⁰⁴ Siehe dazu *Kühl*, § 4 Rn. 33; *Roxin*, AT I, Rn. 30; *Krey/Esser*, AT, Rn. 314.

⁴⁰⁵ Beispiel nach *Krey/Esser*, AT, Rn. 313.

Beispiel: X schüttet heimlich eine tödliche Menge von Zyankali ins Glas des A. Y tut – ohne von der Tat des X zu wissen – kurz danach das Gleiche. Nachdem sich das Gift aufgelöst hat, trinkt A das halbe Glas und stirbt, noch bevor er die zweite Hälfte zu sich nimmt, am Zusammenwirken der jeweils hälftigen Giftmenge beider Giftgeber.⁴⁰⁶ In diesem Beispielsfall stirbt A an dem Zusammenwirken von zwei jeweils für sich genommen gar nicht tödlichen Giftmengen. Insbesondere zu beachten ist: Der überschießende Giftanteil hat sich „wegen des vorher eingetretenen Todes des Opfers nicht mehr tödlich ausgewirkt. Dass das Gift beider jeweils für sich allein genommen zur Todesherbeiführung ausgereicht hätte, muss als hypothetisches Geschehen wie sonst auch außer Betracht bleiben.“⁴⁰⁷ Ohne die Tötungshandlung des X entiele der tatsächlich eingetretene Kausalverlauf in seiner konkreten Gestalt „Tod wegen Zusammenwirkens der jeweils hälftigen Giftmenge beider Giftgeber“. Daher ist die Tötungshandlung des X kausal für den Tod des A. Entsprechendes gilt auch für die Tötungshandlung des Y.

Das zu dem soeben behandelten Beispiel Gesagte gilt auch dann, wenn die beiden unabhängig voneinander gesetzten Bedingungen je für sich allein zur Erfolgsverursachung nicht ausgereicht hätten. Nicht zu bezweifeln ist, dass die beiden Bedingungen für den Erfolg – wenn sie ihn tatsächlich mitbewirkt haben – kausal sind. Denn wenn jeweils eine Bedingung hinweggedacht wird, ist die andere allein nicht in Lage, den konkreten Kausalverlauf herbeizuführen.

c) Erfolgszurechnung

Der Rahmen, innerhalb dessen der Erfolgseintritt dem Täter aufgrund seines tatbestandsmäßigen Verhaltens als sein Werk auch zurechenbar ist, wird durch die Lehre der (natur-)gesetzmäßigen Bedingung und Bedingungstheorie viel zu weit gezogen.⁴⁰⁸ Denn hiernach sind alle Bedingungen, die mit dem Erfolgseintritt in einem (natur-)gesetzmäßigen Kausalzusammenhang stehen, kausal für den Erfolgseintritt. Dies führt theoretisch ins Unendliche: Auch die Eltern eines Straftäters

⁴⁰⁶ Das Beispiel findet sich etwa bei *Freund*, AT, § 7 Rn. 134.

⁴⁰⁷ *Freund*, AT, § 7 Rn. 135.

⁴⁰⁸ Vgl. *Rudolph/Jäger*, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 91.

und der Hersteller des Messers haben die Schädigungsfolgen bei einem tödlichen Messerstich mit verursacht. Daher ist die Notwendigkeit eines „haftungsbeschränkenden Korrektivs“ neben der Kausalität weitgehend anerkannt.⁴⁰⁹ Lediglich die systematische Einordnung des Problems ist unterschiedlich: Im chinesischen Strafrecht werden haftungsbeschränkende Korrekturen durch eine engere Kausalitätstheorie (Ursachentheorie und sozialadäquate Kausalitätstheorie) gesucht, im deutschen Strafrecht werden solche Beschränkungen der Verantwortlichkeit verbreitet in der Lehre von der „objektiven“ Zurechnung untergebracht.

aa) Der zutreffende Beurteilungsmaßstab der Erfolgszurechnung

Ein von einem Fehlverhalten aufgrund einer (natur-)gesetzmäßigen Beziehung geschaffener oder nicht abgewendeter schädigungsträchtiger Kausalverlauf ist nur dann eine tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge, wenn dessen Vermeidung *ex ante* aus der Perspektive des Normadressaten Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm war.⁴¹⁰ Ist diese Frage geklärt, erledigen sich zusätzliche Überlegungen zu einem sog. Pflichtwidrigkeits- oder Schutzzweckzusammenhang und zu Zurechnungsunterbrechungsprinzipien (wie etwa der eigenverantwortlichen Gefahrenvermittlung durch das Opfer oder durch Dritte).⁴¹¹ Vielmehr zeigt sich, dass die entscheidenden Weichen für die Erfolgszurechnung schon bei der Feststellung eines tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens gestellt werden.⁴¹²

bb) Die „rechtlich missbilligte Risikoschaffung“ als Leitthema des tatbestandsmäßigen Verhaltens

Ein menschliches Verhalten ist nur deswegen von Rechts wegen zu missbilligen, weil es nicht mehr tolerierte Risiken gegenüber dem Rechtsgut schafft oder nicht abwendet. Diese missbilligten Risiken

409 Freund, AT, § 2 Rn. 72; Krey/Esser, AT, Rn. 325.

410 Freund, AT, § 2 Rn. 75a.

411 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 358.

412 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 359.

sind das charakteristische Kriterium des Verhaltensunrechts; ohne sie ist ein Fehlverhalten nicht feststellbar.

Der Grund liegt darin, dass in der Sache Risiken nichts anderes als ganz bestimmte Schädigungsmöglichkeiten sind, die sich noch nicht in einem konkret schädigenden Kausalverlauf realisiert haben. Sie sind zunächst empirisch festzustellen. Sodann muss der empirische Befund in einem bestimmten Kontext rechtlich bewertet werden.⁴¹³ In einer mit vielfältigen Risiken behafteten Welt birgt jedes Verhalten unvermeidbar irgendwelche Risiken in sich. Ein bei jedem Risiko ansetzendes Verbot würde unvermeidbar zu einer unangemessenen Einschränkung der Handlungsfreiheit führen,⁴¹⁴ denn kein Rechtsgut genießt absoluten Schutz. Die Reichweite des Schutzes eines bestimmten Rechtsguts ist variabel.⁴¹⁵ Daher ist jedes Risiko kontextspezifisch je nach den individuellen Verhältnissen des Normadressaten zu bewerten.

Wenn man um des Rechtsgüterschutzes willen ein bestimmtes Risiko als rechtlich missbilligt einstuft, führt dies dazu, dass dessen Schaffung oder Nichtabwendung von Rechts wegen unerlaubt ist. Dadurch wird die Handlungsfreiheit des Normadressaten unvermeidbar eingeschränkt. Eine solche Freiheitsbeschränkung als ein Grundrechtseingriff muss dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen und kann nur legitimiert werden, wenn sie die geeignete, erforderliche und angemessene Freiheitseinschränkung des Normadressaten zum Schutz eines schutzbedürftigen und schutzwürdigen Rechtsguts darstellt.⁴¹⁶ Daher bezieht sich die Feststellung der Missbilligung eines Risikos nur auf die verhältnismäßige Einschränkung der Handlungsfreiheit des Normadressaten, um ein schutzbedürftiges und schutzwürdiges Rechtsgut anderer zu schützen. Mit anderen Worten geht es bei der Konturierung der missbilligten Risiken sachlich um eine angemessene Beschränkung der Handlungsfreiheit.⁴¹⁷

Im Gegensatz zum Fehlverhalten geht es bei der „Zurechenbarkeit“ des eingetretenen schadensträchtigen Kausalverlaufs nur darum,

⁴¹³ Freund, GA 2010, 193.

⁴¹⁴ Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 72.

⁴¹⁵ Dazu siehe oben, Vierter Teil, A, I, 4, b.

⁴¹⁶ Dazu siehe oben, Vierter Teil, A, I, 4, b.

⁴¹⁷ Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 72.

ob der eingetretene tatbestandsmäßige Erfolg eine Realisierung der rechtlich missbilligten Schädigungsmöglichkeit darstellt. Eine solche Zurückführbarkeit des Erfolgs ist nichts weiter als eine logische Implikation der „Risikorealisation“.⁴¹⁸

Aus dem Gesagten ergibt sich: Neben diesem schon in der Definition des tatbestandsmäßigen Verhaltens steckenden Moment des rechtlich missbilligten Risikos ist ein eigenständiges Erfolgszurechnungserfordernis der *Schaffung* eines rechtlich missbilligten Risikos ersichtlich funktionslos und überflüssig. Denn natürlich kann das grundsätzliche Erfordernis der Erfolgszurechnung, dass der eingetretene Erfolg sich als Realisierung des vom Täter geschaffenen missbilligten Risikos qualifizieren lässt, nur dann erfüllt werden, wenn das rechtlich missbilligte Risiko, das den Inhalt des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens darstellt, tatsächlich vorhanden war.⁴¹⁹

cc) Bei angemessener Analyse des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens gibt es kein wirkliches Problem der tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolge

In der Bewertung der Zurechenbarkeit eines schadensträchtigen Kausalverlaufs muss man herausfinden, ob dessen Verhinderung *ex ante* aus der Perspektive des Normadressaten genau der Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm ist. Zur Beantwortung der Frage der Legitimierbarkeit der Vermeidung eines schadensträchtigen Kausalverlaufs muss man auf den Inhalt der Verhaltensnorm bzw. ihren legitimen Zweck und die damit verbundene verhaltensmäßige Freiheitseinschränkung zurückgreifen: Der als legitimer Zweck der übertretenen Verhaltensnorm anzusehende Rechtsgüterschutz muss ein schutzbedürftiges und schutzwürdiges Rechtsgut betreffen und das Verbot des möglichen Bewirkens des schadensträchtigen Kausalverlaufs oder das Gebot seiner Abwendung muss aus der *ex ante*-Perspektive der Normadressaten als verhältnismäßiges – geeignetes, erforderli-

⁴¹⁸ Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 33 ff., 36 ff.

⁴¹⁹ Siehe dazu Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 39.

ches und angemessenes – Mittel des Güterschutzes qualifiziert werden.⁴²⁰

Die vermeintliche Zurechnungsproblematik der Feststellung der Fehlverhaltensfolge kommt nur ins Spiel, weil eine Vorfrage noch nicht hinreichend abgeklärt ist. Wenn die Vorfrage nach den zu vermeidenden rechtlich missbilligten Schädigungsmöglichkeiten durch normgemäßes Verhalten angemessen beantwortet wird, stellen sich keine Zurechnungsprobleme mehr.⁴²¹

dd) Schlussfolgerungen im Einzelnen

(1) Risikoverringering

Kein eigentliches Problem der Erfolgszurechnung sind die unter dem Stichwort der Risikoverringering oder der zeitlichen Vorzögerung des tatbestandlichen Erfolgs thematisierten Fallkonstellationen. Es fehlt hier grundsätzlich bereits am tatbestandsmäßigen Fehlverhalten. Denn wenn der Täter ein Verhalten vornimmt, das das Erfolgsrisiko mindert oder den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs hinauszögert, hat er aus *ex ante*-Perspektive in der Regel keine rechtlich missbilligten Schädigungsmöglichkeiten geschaffen.⁴²²

(2) Die fehlende Vorhersehbarkeit und Beherrschbarkeit des Kausalverlaufs

Kein eigentliches Problem der Erfolgszurechnung betrifft auch die „fehlende Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Kausalverlaufs“. Das Kriterium dient bisweilen als Grund für den Ausschluss der Zurechenbarkeit des Erfolgs. Demnach sollen nur solche Erfolge dem menschlichen Verhalten zugerechnet werden, die im vorhersehbaren

⁴²⁰ Zu den maßgebenden grundsätzlichen Kriterien der Missbilligung siehe oben, Vierter Teil, A, I, 4.

⁴²¹ Siehe dazu *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 530 (Fn. 89).

⁴²² Siehe dazu *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 60.

und beherrschbaren Bereich des Normadressaten liegen.⁴²³ Als Beispiel denke man an den Neffen, der seinen Onkel überredet, Weihnachten in den Bergen zu verbringen. In der Folge kommt der Onkel beim Abgang einer Lawine zu Tode.⁴²⁴ Außerdem ist an einen Vorsatztäter zu denken, der durch einen Messerstich in die linke Brusthälfte des Opfers dieses bewusst in Todesgefahr gebracht hat. Das Opfer kommt aber erst später durch einen Unfall beim Krankentransport zu Tode.⁴²⁵

Sachlich geht es in diesen Fällen um ein Problem der Konkretisierung des Fehlverhaltens: Im ersten Fall hat der Täter keine rechtlich missbilligten Schädigungsmöglichkeiten geschaffen. Bei der notwendigen Konkretisierung der rechtlichen Verhaltensnorm muss das Recht zwangsläufig eine Beurteilung aus der *ex ante*-Perspektive des Neffen vornehmen. Eine Strafbarkeit des Neffen wegen eines Tötungsdelikts scheitert hier wegen fehlenden Interesses an einer Verhaltensmissbilligung, weil der Neffe über dieselbe Kenntnis wie sein Onkel verfügt. Zwar schafft das Überreden zu einem Aufenthalt in den Bergen ein gewisses Lebensrisiko. Jedoch ist dieses Lebensrisiko jedenfalls aufgrund des eigenverantwortlichen Verhaltens des Onkels, der als mündige Person damit einverstanden ist, sich den Gefahren des Aufenthalts in den Bergen auszusetzen, als ein toleriertes anzusehen.

Im zweiten Fall geht es um die Realisierung einer vom Täter geschaffenen und rechtlich nicht erlaubten Schädigungsmöglichkeit, die eigentlich im Bereich des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens gut feststellbar ist. Das Verhaltensunrecht ist hierbei unbezweifelbar. Fraglich ist jedoch, ob die Todesfolge die Realisierung gerade einer vom Täter in missbilligter Weise geschaffenen Schädigungsmöglichkeit darstellt. Unter den konkreten Tatumständen ist der tatsächliche Kausalverlauf eindeutig dahingehend, dass das schwer verletzte Opfer durch einen Verkehrsunfall ums Leben gekommen ist. Eine spezifische Fehlverhaltensfolge ist dieser Kausalverlauf aber nur, wenn man den konkreten erfolgsverursachenden Kausalverlauf gedanklich als Schädigungsmöglichkeit antizipiert und deren Vermeidung *ex ante* aus der Perspektive

423 Näheres zum Kriterium der „fehlenden Vorhersehbarkeit und Beherrschbarkeit des Kausalverlaufs“ siehe Kühn, AT, § 4 Rn. 76 ff.; Krey/Esser, AT, Rn. 334 ff.

424 Beispiel nach Krey/Esser, AT, Rn. 334.

425 Zu diesem Fall siehe Kühn, AT, § 2 Rn. 61.

des Vorsatztäters genau der Legitimationsgrund des übertretenen Tötungsverbots war. In diesem Fall hat sich indessen eine ganz andere Gefahr realisiert, die man als allgemeines Lebensrisiko bezeichnen kann.⁴²⁶

(3) Schutzbereich der Norm oder Schutzzweck der Norm

Unzutreffend ist auch die Einordnung der Schutzzweck- oder Schutzbereichsproblematik in den Bereich der Erfolgszurechnung. Denn im Rahmen der Schutzbereichs- oder Schutzzweckdiskussion geht es um nichts weiter als die genaue Erfassung der zur Rechtsgutsbeeinträchtigung führenden Geschehensabläufe, vor denen die Verhaltensnormen, die den Einzeltatbeständen zugrunde liegen, schützen wollen.⁴²⁷ Dieser Schutz erfolgt allemal über die Missbilligung bestimmter Verhaltensweisen, die rechtlich unerlaubte Risiken der Auslösung von schadensträchtigen Kausalverläufen bewirken.⁴²⁸ Daraus ergibt sich, dass die Diskussion über die Missbilligung sich eigentlich auf den Inhalt der übertretenen Verhaltensnorm und des Fehlverhaltens bezieht. Diese Diskussion hat daher auch im Bereich des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens zu erfolgen.

Außerdem ist die Postulierung einer Erfassung des schadensträchtigen Kausalverlaufs durch den Schutzzweck oder Schutzbereich der Norm neben dem Erfordernis der das Verhaltensunrecht ausmachen den rechtlich missbilligten Risiken völlig überflüssig. Denn die Schaffung der durch die Verhaltensnormen missbilligten Schädigungsmöglichkeiten impliziert geradezu das Bestehen eines Schutzbereiches oder eines Schutzzweckzusammenhangs.⁴²⁹ Die Missbilligung hat natürlich keinen anderen Sinn als die Verhinderung jener Risiken der schadensträchtigen Kausalverläufe. Eine besondere Subkategorie des Schutzbe-

426 Kühl, AT, § 2 Rn. 61; vgl. auch Kretschmer, Jura 2000, 267, 273; Jescheck/Weigend, AT, § 28 IV 3 (S. 288).

427 Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 65 f.

428 Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 65. Näheres zu der Lehre des Schutzzwecks und des Schutzbereichs siehe Rudolphi/Jäger, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 122 ff.

429 Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 65.

reichs oder des Schutzzweckzusammenhangs wird so gesehen überhaupt nicht notwendig, wenn man genügend Sorgfalt auf die Konturierung des Verhaltensunrechts verwendet.

(4) Veranlassen, Ermöglichen oder Fördern fremder Selbstgefährdungen oder Selbstschädigungen

Ein weiterer Problemkreis betrifft jene Fälle des Veranlassens, Ermöglichens oder Förderns fremder Selbstgefährdungen. Hierbei stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Rechtsordnung die Gefahr einer Selbstgefährdung rechtlich missbilligt.⁴³⁰ Ausgangspunkt dieser Überlegung muss die Erkenntnis bilden, dass die auf der Basis einer den Schutz aufhebenden (rechtlich beachtlichen) Entscheidung des Verfügungsbefugten durchgeführte Selbstgefährdung gegen keine Verhaltensnorm verstößt.⁴³¹ Aufgrund einer solchen Entscheidung ist das betroffene Rechtsgut des Gutsinhabers nicht mehr schutzwürdig. Begründet jemand bewusst die Gefahr einer Selbstgefährdung oder Selbstschädigung, so scheitert die strafrechtliche Verantwortlichkeit bereits daran, dass ein Verbot, solche Risiken der Selbstgefährdung oder Selbstschädigung zu begründen, rechtlich nicht legitimierbar ist.

Wenn die Entscheidung des Verfügungsbefugten, auf sein eigenes Rechtsgut zu verzichten, nicht frei und eigenverantwortlich getroffen wird, liegt ein von Rechts wegen zu schützendes Rechtsgut vor. Ob den Veranlassenden, Ermöglichenden oder Fördernden ein Verbot oder Gebot trifft, richtet sich nach den allgemeinen Regeln, die für die Legitimation von Verhaltensnormen gelten.

Daraus ergibt sich, dass das Veranlassen, Ermöglichen oder Fördern der fremden Selbstgefährdung oder Selbstschädigung kein eigenständiges Kriterium der Erfolgszurechnung ist. Denn es geht hierbei erneut um eine Problematik des Verhaltensunrechts.

⁴³⁰ Rudolphi/Jäger, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 132.

⁴³¹ Zu einer den Schutz aufhebenden (rechtlich beachtlichen) Entscheidung des Verfügungsbefugten siehe oben, Vierter Teil, A, I, 4, b.

(5) (Fehl-)Verhalten, das rechtsgutsbeeinträchtigendes Verhalten von Dritten ermöglicht, fördert oder veranlasst

Entsprechendes gilt auch für dritte Personen (als Zweittäter), die in den Kausalverlauf, der von einem Fehlverhalten des Ersttäters bewirkt wird, involviert sind. Allein der Umstand, dass der Dritte sich gerechtfertigt verhält, bedeutet nicht, dass der Ersthandelnde für den unmittelbar durch das rechtsgutsbeeinträchtigende Verhalten von Dritten herbeigeführten Erfolg nicht verantwortlich ist. Insoweit liegt kein Verstoß gegen den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung vor. Denn es geht um vollkommen verschiedene Bewertungsgegenstände. „Die Nichtbeanstandung des Verhaltens einer bestimmten Person besagt nichts über die Beanstandbarkeit des Verhaltens einer davon betroffenen anderen Person.“⁴³²

Hierbei geht es im Wesentlichen um zwei Fallgruppen. In der einen verhält der Dritte sich gerechtfertigt. Klassisches Beispiel: Eine Freiheitsberaubung liegt vor, wenn A durch eine Falschaussage erreicht, dass B vom Gericht, das selbst völlig korrekt entscheidet (weil die Lüge perfekt ist), unverdient zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird.⁴³³ Die Entscheidung des Gerichts kann schwerlich als rechtswidrig angesehen werden. Dennoch ändert dies nichts daran, dass das Verhalten des A tatbestandsmäßig eine Freiheitsberaubung darstellt und die Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit eine entsprechende spezifische Fehlverhaltensfolge ist. Denn durch die perfekte Lüge hat A die rechtlich missbilligte Schädigungsmöglichkeit geschaffen, dass das Gericht anhand der perfekten Lüge B zu einer Freiheitsentziehung verurteilt; genau diese unerlaubte Schädigungsmöglichkeit hat sich dann realisiert.

In der zweiten Fallgruppe verhält der Dritte (der Zweittäter) sich in rechtlich missbilligter Weise, insbesondere vorsätzlich. Umstritten ist insoweit, ob die von einem Zweittäter vorsätzlich verursachte Fehlverhaltensfolge auch noch vom Ersttäter zu verantworten sein kann, der diese fremde Vorsatztat (fahrlässig) ermöglicht und damit eine (natur-)gesetzmäßige Bedingung für den von dem Dritten herbeige-

⁴³² Freund, AT, § 3 Rn. 31.

⁴³³ Zu diesem Beispiel und seiner Analyse siehe Freund, AT, § 3 Rn. 32.

fürten Unrechtserfolg gesetzt hat. Die Erfolgszurechnung wird prinzipiell von der Lehre vom Regressverbot abgelehnt, und zwar vor allem mit der Begründung, dass einem Menschen nur die von ihm beherrschbaren Folgen seines Verhaltens objektiv zuzurechnen seien, es daran aber gerade bei der durch Fahrlässigkeit ermöglichten Vorsatztat eines Dritten fehle.⁴³⁴

Die in der Regressverbotslehre geläufig angewendete Redeweise von der „Unbeherrschbarkeit der fremden Vorsatztat“ verdunkelt, dass das Verhalten des Ersttätters durchaus als in der entscheidenden Hinsicht fahrlässig qualifiziert werden kann. Durchaus anerkannt ist, dass die Fehlverhaltensfolge auch vom Zufall abhängen kann. Daher ist insoweit aus „Unbeherrschbarkeit der fremden Vorsatztat“ kein Unterschied zu anderen Fehlverhaltensfolgen zu verzeichnen. Jedenfalls werden die entscheidenden Weichen für die Beantwortung der Zurechnungsfrage im Bereich des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens gestellt. Dabei geht es um die Frage, ob der Ersttäter mit seinem Verhalten in rechtlich missbilligter Weise die Gefahr der Erfolgsverursachung durch eine fremde Vorsatztat geschaffen und ob diese sich schließlich in dem Erfolgseintritt realisiert hat.⁴³⁵

Ein klassisches Beispiel bietet der Jäger, der sein geladenes Gewehr an die Garderobe eines Wirtshauses hängt. Ein anderer Gast bemächtigt sich der Waffe und erschießt mit ihr vorsätzlich einen Dritten.⁴³⁶ Sachlich geht es in dieser Konstellation jedenfalls nicht in erster Linie, sondern allenfalls sekundär, um die Frage einer „Erfolgszurechnung“. ⁴³⁷ Die maßgeblichen Weichen werden im Bereich des spezifischen Fehlverhaltens gestellt.⁴³⁸ Insofern geht es darum, ob der durch das Hinhängen der Waffe an die Garderobe ermöglichte Missbrauch der Waffe ein von dem entsprechenden Ermöglichungsverbot zu vermeidender Kausalverlauf ist. In Anbetracht der Sondergefährlichkeit von Schusswaffen liegt die Legitimation des Verbots, ein einsatzbereites Gewehr an der Garderobe eines Wirtshauses aufzuhängen, offen zutage. Das Verbot dient nicht nur zur Verhütung von „Unfällen“, son-

434 Siehe dazu *Naucke*, ZStW 71 (1959), 613 ff.; *Otto*, FS Maurach, S. 98 ff.

435 Vgl. *Rudolphi/Jäger*, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 123 f.

436 *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 14.

437 *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 411.

438 *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 411.

dern auch dazu, den vorsätzlichen Missbrauch durch für ihre Tat voll verantwortliche Dritte zu vermeiden.⁴³⁹

II. Weitere Straftaterfordernisse

1. Objektive Strafbarkeitsbedingungen

Als ein zusätzliches Straftaterfordernis zur Strafbarkeitseingrenzung dienen neben den Fehlverhaltensfolgen die sogenannten „objektiven Strafbarkeitsbedingungen“.⁴⁴⁰ Alle objektiven Strafbarkeitsbedingungen sind gesetzlich geregelt. Im chinesischen Strafrecht sind z. B. insofern die schwerwiegenden Folgen bei der nicht unverzüglichen Meldung des Verlustes einer Feuerwaffe (§ 129 cStGB) und die nicht überzeugende Erläuterung der legalen Einkunftsquellen bei der Unerklärlichkeit der erheblich großen Diskrepanz zwischen dem Vermögen eines Mitarbeiters des Staates und seinen legalen Einkünften (§ 395 I cStGB) zu nennen. Im deutschen Strafrecht zählen beispielsweise die schweren Folgen bei der Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 dStGB), die Rechtswidrigkeit der Diensthandlung beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 III dStGB) und die Nichterweislichkeit der ehrenrührigen Tatsache bei der üblen Nachrede (§ 186 dStGB) zu den objektiven Strafbarkeitsbedingungen.

Die Frage nach der Bedeutung und der Legitimation der objektiven Strafbarkeitsbedingungen wird im chinesischen und deutschen Strafrecht nicht einheitlich beantwortet.⁴⁴¹ Soweit es sich um Fragen des Besonderen Teils handelt, wird in dieser Untersuchung darauf nicht näher eingegangen. Immerhin kann man sagen: Zunächst gelten die objektiven Strafbarkeitsbedingungen als eine Entscheidung des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber legt fest, welche Voraussetzungen eine

439 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 413.

440 Siehe dazu etwa Jescheck/Weigend, AT, § 53 I (S. 555 ff.).

441 Zur Problematik der objektiven Strafbarkeitsbedingung im chinesischen Strafrecht vgl. 刘士心, 《犯罪客观处罚条件刍议》, 载《南开学报: 社会科学版》2004年第1期, 第67~73页; 柏浪涛, 《构成要件符合性与客观处罚条件的判断》, 载《法学研究》2012年第6期; im deutschen Strafrecht vgl. Geisler, GA 2000, 166 ff.; Kindhäuser, LPK; Vor § 13 Rn. 227 ff., Lackner/Kühl, vor § 13 Rn. 30.

Sanktionsnorm hat. Insofern dienen die objektiven Strafbarkeitsbedingungen der Strafbarkeitseingrenzung.⁴⁴² Objektive Strafbarkeitsbedingungen sind von den tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolgen streng zu differenzieren. Der Bezug der objektiven Strafbarkeitsbedingungen zum tatbestandsmäßigen Fehlverhalten ist jedenfalls nicht ganz so eng wie bei tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolgen.⁴⁴³ Denn ein Vorsatz- oder ein Fahrlässigkeitsbezug in Richtung auf die objektiven Strafbarkeitsbedingungen wird bei deren Feststellung grundsätzlich nicht verlangt.⁴⁴⁴ Beispielhaft wird die schwere Folge bei der Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 dStGB) bejaht, auch wenn der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung durch eine Notwehrhandlung eines an einer Schlägerei Beteiligten herbeigeführt wird;⁴⁴⁵ die Feststellung der schwerwiegenden Folgen bei der nicht unverzüglichen Meldung des Verlustes (§ 129 cStGB) setzt nicht voraus, dass diese schwerwiegende Folge die Realisierung einer durch die nicht unverzügliche Meldung nicht abgewendeten rechtlich missbilligten Schädigungsmöglichkeit darstellt.⁴⁴⁶

2. Fehlender Rücktritt

Im chinesischen und deutschen Strafrecht bildet der fehlende Rücktritt ein wichtiges negatives Straftaterfordernis. Gemäß § 24 II cStGB soll das Gericht von der Bestrafung absehen, wenn der Täter im Verlauf der Tatbegehung freiwillig die Tat aufgibt oder freiwillig und effektiv den Eintritt der Tatfolgen verhindert.⁴⁴⁷ Nach § 24 I dStGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert.

⁴⁴² Lackner/Kühl, vor § 13 Rn. 30.

⁴⁴³ Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 382.

⁴⁴⁴ Jescheck/Weigend, AT, § 53 I 1 (S. 555); 刘士心, 《犯罪客观处罚条件刍议》, 载《南开学报: 社会科学版》2004年第1期.

⁴⁴⁵ Lackner/Kühl, § 231 Rn. 5.

⁴⁴⁶ Siehe dazu 黎宏, 《中国刑法解释》第129条, 中国社会科学出版2005年版, 第1041页; 张明楷: 《刑法学》, 法律出版社2011年版, 第447~448页; 刘士心, 《犯罪客观处罚条件刍议》, 载《南开学报: 社会科学版》2004年第1期.

⁴⁴⁷ Vgl. Übersetzung von Strupp, Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, S. 110.

Der Grund des Rücktrittsprivilegs liegt in Folgendem: Die zunächst durch das Versuchsverhalten geschaffene Gefahr des Normgeltungsschadens wird durch den Rücktritt ganz oder zumindest weitgehend beseitigt; der Versuchstäter leistet im Falle des Rücktritts freiwillig, was die Strafe verwirklichen soll – die Beseitigung des Normgeltungsschadens.⁴⁴⁸ Ein Täter stellt durch den Verstoß gegen eine tatbestandsspezifische Verhaltensnorm die Geltungskraft dieser übertretenen Verhaltensnorm in Frage.⁴⁴⁹ Der Widerspruch des Täters zur übertretenen tatbestandsspezifischen Verhaltensnorm stellt eine Negation des rechtlich legitimierten Norminhalts dar. Auf diesen Widerspruch soll strafrechtlich reagiert werden, wenn die Normgeltung in der Zukunft jedenfalls langfristig keinen Schaden nehmen soll.⁴⁵⁰ Die Stabilisierung der Normgeltung ist der Zweck der Strafe.⁴⁵¹ Durch die Rücktrittshandlung bringt der Täter zum Ausdruck, dass die von ihm durch sein Fehlverhalten bekundeten Maximen letztlich doch nicht gelten sollen. Daher kann eine strafrechtliche Reaktion entbehrlich sein.

Nach diesen beiden Rücktrittsregelungen im chinesischen und deutschen Strafrecht kann man überzeugend annehmen, dass der freiwillige Rücktritt vom Versuch eine den zum Ausdruck gebrachten Verhaltensnormverstoß relativierende Wirkung hat.⁴⁵² Allerdings ist festzustellen, dass der im Versuch zum Ausdruck gebrachte Verhaltensnormverstoß durch die Rücktrittshandlung nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann.⁴⁵³ Insoweit überzeugt vor allem die Rechtsfolge des vollkommenen Ausschlusses der Anwendbarkeit der einschlägigen Sanktionsnormen nicht in allen Fällen des Rücktritts. Mitunter könnte eine bloße Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe, das immerhin einen Schuldspruch ermöglicht, angemessener sein.⁴⁵⁴

448 *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 387; dazu siehe auch *Freund*, AT, § 9 Rn. 10 ff.

449 Zum Strafzweck siehe oben, Vierter Teil, A, I, 1, b..

450 *Freund*, AT, § 1 Rn. 8; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 88 ff.

451 I. d. S. mit Recht etwa *Jakobs*, AT, § 1 9 ff.

452 *Freund*, AT, § 9 Rn. 7; i. d. S. mit Recht auch 张明楷: 《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 302 页; *Frisch*, in: 140 Jahre Goldammer's Archiv, S. 1, 15 ff.

453 Siehe dazu *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 385.

454 *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 386.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der zweite Halbsatz des § 24 II cStGB: Danach soll die Strafe einer Versuchstat im Falle des Rücktritts nur gemildert, aber nicht ausgeschlossen werden, wenn ein „Schädigungserfolg“ verursacht wird. In diesem Kontext wird der „Schädigungserfolg“ im chinesischen Strafrecht nicht (nur) als der tatbestandsmäßige Erfolg des für den Rücktritt relevanten Fehlverhaltens, sondern (auch) im weitergehenden Sinne eines Subtatbestandes aufgefasst.⁴⁵⁵ Ein Beispiel bildet die versuchte vorsätzliche Tötung, die bereits zu einer vollendeten Körperverletzung geführt hat. Im deutschen Strafrecht wird die unangemessene Straflosigkeit dadurch vermieden, dass sich der strafbefreiende Rücktritt ohnehin nur auf die Versuchstat als solche und nicht auf eine tateinheitlich verwirklichte Vollendungsstat – die vollendete Körperverletzung – bezieht.

3. Prozessual bedeutsame Straftaterfordernisse

Nach chinesischem Strafrecht zählen die fehlende Verjährung (§§ 87 ff. cStGB) und der Strafantrag bei Antragsdelikten (§§ 204 ff. cStPG) zu den prozessual bedeutsamen Straftaterfordernissen. Nach deutschem Strafrecht werden die fehlende Verjährung (§ 78 ff. dStGB), der Strafantrag bei Antragsdelikten (§§ 77 ff. dStGB) und die Ersetzung des Strafantrags durch die Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses (§§ 230 I, 248 a, 263 IV i. V. m. 248 a, 303 c dStPO) den prozessual bedeutsamen Straftaterfordernissen zugeordnet. Diese Erfordernisse werden regelmäßig als prozessuale Verfolgungsvoraussetzungen eingeordnet. Wenn sie nicht erfüllt sind, wird das Strafverfahren eingestellt. Dass Institute wie Strafantrag und Verjährung jedenfalls auch materiellstrafrechtlich bedeutsam sind, bejahen mit Recht etwa *Rudolphi/Jäger*. Sie gehen davon aus, dass die Verjährung einen persönlichen Strafaufhebungsgrund darstellt und das Strafantragserfordernis als eine Art objektive Strafbarkeitsbedingung aufzufassen ist.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Siehe dazu 张明楷: 《刑法学》, 法律出版社 2007 年版, 第 309 页.

⁴⁵⁶ *Rudolphi/Jäger*, in: SK StGB, 144. Lfg. August 2014, vor § 1 Rn. 148.

Fünfter Teil Schlussbetrachtung

Der Begriff der Straftat ist für das Strafrecht ein grundlegender Begriff. Aus ihm ergibt sich, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit die Rechtsfolgen des Schuldspruchs und der entsprechenden Bestrafung eingreifen dürfen. Das systematische Vorgehen bei der Begründung einer Straftat auf der Grundlage eines ausgearbeiteten Straftatbegriffs bietet eine Struktur, entlang deren „die Falllösung in geordneter, rationaler und nicht zuletzt ökonomischer Weise ablaufen kann.“⁴⁵⁷ Insofern besteht dringender Bedarf für einen chinesisch-deutschen Dialog. Auch wenn bis in die allerjüngste Vergangenheit eine kontinuierliche Annäherung an das deutsche Strafrecht von chinesischer Seite konstatiert wird,⁴⁵⁸ besteht nach wie vor erheblicher Klärungsbedarf. Dabei geht es vor allem um die materiellrechtlichen Implikationen des Straftatbegriffs. Nach dem heutigen Verständnis der Aufgabe des Instituts der Strafe (Schuldspruchs bzw. der Bestrafung) kann es sachlich ausschließlich um eine angemessen missbilligende Reaktion auf den Verhaltensnormverstoß bzw. dessen Folgen gehen.

A. Die untersuchten Straftatkonzeptionen in der abschließenden Zusammenschau

Obwohl zwischen den beiden untersuchten Konzeptionen des Straftatbegriffs erhebliche Unterschiede bestehen, sind durchaus ausreichende theoretische Grundlagen für die Bildung eines gemeinsamen chine-

457 *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 34; vgl. auch *Walter*, Der Kern des Strafrechts, S. 9.

458 Eine solche kontinuierliche Annäherung zeigt sich deutlich etwa an den Bestrebungen, den „dreistufigen Deliktsaufbau“ in das chinesische Rechts einzuführen; siehe dazu statt vieler 陈兴良主编:《刑法学》, 复旦大学出版社 2009 年版, 第 45~158 页; 张明楷:《刑法学》, 法律出版社 2011 年版, 第 109~307 页.

sisch-deutschen Straftatbegriffs vorhanden: Sowohl im chinesischen als auch im deutschen Strafrecht wird die Straftat in formeller und materieller Hinsicht definiert.

In formeller Hinsicht ist im deutschen und chinesischen Strafrecht die besonders intensive Gesetzesbindung zu beachten. Jede Straftat muss einem gesetzlich normierten Tatbestand entsprechen.

In materieller Hinsicht versteht man in beiden Rechtsordnungen unter einer Straftat ein Fehlverhalten (gegebenenfalls nebst Folgen) mit hinreichend gewichtigem Unrechts- bzw. Schuldgehalt. Die zur Erfassung des hinreichend gewichtigen Unrechts- bzw. Schuldgehalts verwendeten Terminologien im chinesischen und deutschen Strafrecht (Sozialschaden und schuldhaftes Unrecht) sind bei näherer Betrachtung jedenfalls weitgehend gleichbedeutend. Bei der Begründung einer Straftat bildet das hinreichend gewichtige Fehlverhalten das unverzichtbare primäre straftatfundierende Datum. Weiteren Straftaterfordernissen – wie bestimmten Fehlverhaltensfolgen, objektiven Strafbarkeitsbedingungen und dem fehlenden Rücktritt – kommt nur eine Ergänzungsfunktion zu.⁴⁵⁹ Der Sachgedanke der hinreichenden Gewichtigkeit des Fehlverhaltens (gegebenenfalls nebst Folgen) ist nach zu treffender Auffassung als ein allgemeines materiellstrafrechtliches Strafrechtsbegrenzungsinstrument einzustufen. Zumindest muss diesem Sachgedanken im Rahmen einer „prozessrechtlichen“ Notlösung mit der Konsequenz Rechnung getragen werden, dass eine Strafverfolgung nicht stattfinden darf, wenn das Fehlverhalten (nebst Folgen) zu geringfügig war.

Betrachtet man die beiden untersuchten Konzeptionen näher, ergeben sich freilich einige Kritikpunkte:

Die Aufspaltung des Tatbestands in ein „subjektives“ und ein „objektives“ Element ist nicht sachgerecht. Denn die Einsicht, dass bei der Begründung des tatbestandsmäßigen Verhaltens die für ein Fehlverhalten notwendige subjektive Beziehung des Täters zu seinem Verhalten zwingend zu berücksichtigen ist, hat die Unterscheidung zwischen dem „subjektiven“ und dem „objektiven“ Teil *ad absurdum* geführt. Ein ausschließlich objektives Verantwortlichkeitssystem gibt es nicht. Vor diesem Hintergrund ist es vorzuziehen, „objektive“ und „subjektive“

459 Zu den weiteren Straftaterfordernissen siehe oben, Vierter Teil, B, II.

Teile der Straftat in die umfassenden Kategorien des personalen Verhaltensunrechts und des Erfolgsunrechts zu überführen.⁴⁶⁰ Jede Straftat ist unter Zugrundelegung der individuellen Perspektive des Betroffenen individualisierend zu bestimmen.

Begreift man die Untrennbarkeit des subjektiven Teils vom objektiven Teil, so gelangt man zu einer Reihe weiterer Konsequenzen: Zunächst wird Vorsatz und Fahrlässigkeit keine „Doppelfunktion“ zugewiesen. Sie beide sind vielmehr Formen des tatbestandsspezifischen Verhaltensnormverstoßes und stehen zueinander in einem „Plus-Minus-Verhältnis“. Auch sind der Strafgrund der Versuchstat und der der Vollendungstat jedenfalls weitgehend, wenn nicht sogar vollkommen, identisch. Denn für die Begründung einer Straftat wird ausnahmslos ein personales Fehlverhalten gefordert. Das gilt für den Versuch und die Vollendung gleichermaßen. Lediglich mit Blick auf die fehlenden oder vorhandenen Folgen des Fehlverhaltens ergibt sich ein Unterschied, der aber gerade nicht den im Kern gemeinsamen Strafgrund betrifft.

Außerdem soll der Blick bei Begründung einer Straftat von vornherein auf den entscheidenden Punkt – nämlich auf den tatbestandsmäßigen Verhaltensnormverstoß – gelenkt werden, der das primäre Datum für jegliche strafrechtliche Reaktion darstellt. Zurechnungsprobleme erledigen sich, wenn die Fragen der Legitimation von Verhaltensnormen genau geklärt sind. Denn bei der Feststellung der Fehlverhaltensfolge(n) ist nur die Frage zu beantworten, ob die Schaffung oder Nichtabwendung der sich im Schädigungserfolg realisierenden Schädigungsmöglichkeit von Rechts wegen zu missbilligen ist.⁴⁶¹ Diese Vorfrage nach den durch normgemäßes Verhalten zu vermeidenden rechtlich missbilligten Schädigungsmöglichkeiten kann schon im Bereich des tatbestandsmäßigen Fehlverhaltens angemessen beantwortet werden.

Schließlich ist zu beachten, dass die Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe voneinander streng zu unterscheiden sind. In diesem Zusammenhang bewährt sich die in dieser Untersuchung zugrunde gelegte klare Differenzierung zwischen dem Verhaltensnorm-

⁴⁶⁰ Siehe dazu etwa auch *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, S. 272.

⁴⁶¹ In diesem Sinne etwa auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 530 Fn. 89.

bereich und dem Sanktionsnormbereich. Die *Schuldausschließungsgründe* schließen einen Verhaltensnormverstoß aus. Es liegt bereits kein Verstoß gegen eine rechtlich legitimierbare Verhaltensnorm – im Sinne einer individuellen Rechtspflicht in der konkreten Situation – vor. Daher ist für Strafe von vornherein kein Raum. Im Gegensatz zu den Schuldausschließungsgründen geht es bei *Entschuldigungsgründen* nicht (mehr) um die Feststellung eines rechtlichen Fehlverhaltens überhaupt. Denn ein solches liegt durchaus vor. Es geht vielmehr um die weitere Frage, ob wegen des zu geringen Gewichts auf das personale Fehlverhalten strafrechtlich reagiert werden soll.

Nach allem Bisherigen ist festzuhalten: Für eine Straftat bedarf es formell eines gesetzlich normierten Straftatbestands. Materiell bildet das tatbestandsmäßige Fehlverhalten im Sinne eines hinreichend gewichtigen Verhaltensnormverstoßes das primäre straftatfundierende Merkmal. Der tatbestandsmäßige Erfolgssachverhalt und weitere Straftaterfordernisse sind gegebenenfalls zusätzlich zu beachtende Kriterien einer Straftat.

B. Die wesentlichen Kriterien des materiellen Straftatbegriffs im Überblick

I. Tatbestandsmäßiger Verhaltensnormverstoß

Ein materieller Straftatbegriff muss im Hinblick auf die in Frage stehenden Rechtsfolgen – den Schuldspruch und die Strafe – funktional bestimmt werden. Dabei ist das verfassungsrechtlich verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren, nach dem jeder staatliche Eingriff in grundrechtlich verbürgte Rechtspositionen einen legitimen Zweck verfolgen und außerdem den Anforderungen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit entsprechen muss.⁴⁶² In einem solchen Straftatbegriff gewinnt der hinreichend gewichtige tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß seinen vorrangigen Stellenwert. Auf dieser Basis erhalten die weiteren Sanktionsvoraussetzungen,

⁴⁶² Siehe dazu und zum Folgenden *Freund*, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13 Rn. 27.

insbesondere tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolgen, ihren eindeutigen Umriss und den ihnen zukommenden nachrangigen Stellenwert.

Der Verhaltensnormverstoß ist das Grundkriterium jeder Straftat. Jede Verhaltensnorm ist eine auf die konkrete Entscheidungssituation und auf die individuellen Verhältnisse des potenziellen Normunterworfenen zugeschnittene rechtliche Anforderung. Von der Verhaltensnorm ist die Sanktionsnorm streng zu unterscheiden. Eine Sanktionsnorm regelt nur, unter welchen Voraussetzungen und wie auf ein rechtlich missbilligtes Verhalten strafrechtlich reagiert werden soll. Durch den Einsatz der Strafe können Folgen des Fehlverhaltens nicht ungeschehen gemacht werden. Rechtsgüter können nur insoweit geschützt werden, als sie noch nicht geschädigt sind. Rechtsgüterschutz in Bezug auf Rechtsgüter wie das Leben, die körperliche Unversehrtheit etc. kann nur für die Zukunft und nur durch das Aufstellen von Verhaltensnormen – d. h. durch Gebote und Verbote – erreicht werden.⁴⁶³ In diesem Sinne ist die Verhaltensnorm die unmittelbare Schutznorm dieser Rechtsgüter. Im Gegensatz dazu stabilisiert die Sanktionsnorm die Geltungskraft der übertretenen Verhaltensnorm als spezielles Rechtsgut durch die Sanktionierung des hinreichend gewichtigen Verhaltensnormverstoßes.⁴⁶⁴ Demzufolge liegt die legitimierte Verhaltensnorm der Sanktionsnorm zugrunde – sie wird von dieser in Bezug genommen.

Eine legitimierte Verhaltensnorm muss folgende Voraussetzungen erfüllen: Zuerst muss festgestellt werden, ob aus der *ex ante*-Perspektive des potenziellen Normunterworfenen dieser zum Zeitpunkt des in Frage stehenden Verhaltens in der Lage war, bestimmte Schädigungsmöglichkeiten nicht zu schaffen oder bestimmte schon entstandene Schädigungsmöglichkeiten abzuwenden. Zweitens muss das von der Verhaltensnorm geschützte Rechtsgut schutzwürdig sein. Schließlich darf die Verhaltensnorm zum angestrebten Rechtsgüterschutz die Handlungsfreiheit des Normadressaten nur verhältnismäßig einschränken; hierbei spielt die Sonderverantwortlichkeit des Normadressaten in der Angemessenheitsbeurteilung eine wichtige Rolle.

463 Freund, in: MünchKommStGB, Band I, vor § 13, Rn. 63.

464 Zum Strafzweck siehe statt vieler Jakobs, AT, 1/9 ff.; Freund, AT, § 1 Rn. 3 ff.

Die auf diese Weise individualisierend bestimmte Verhaltensnorm ist mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar: Die Verhaltensnorm ist mit ihrem kontextspezifisch relevanten Inhalt für den Normunterworfenen stets mindestens erkennbar, denn sie wird unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse ihres Adressaten konkretisiert. Obwohl im Vergleich zum Kognitionsvorgang der positiven Rechtsnorm der Kognitionsvorgang der Verhaltensnormen ein relativ längerer ist, kann man auch die Erkenntnis über die Verhaltensnorm mit Hilfe der positiven Rechtsnorm im alltäglichen Leben, z. B. innerhalb familiärer und schulischer Bildung, beständig sammeln. In diesem Kognitionsvorgang kann man seine Erkenntnisse über die konkrete rechtliche Anforderung in unterschiedlichen Entscheidungssituationen erhalten. Widersprüchliche Verhaltensnormen sind ausgeschlossen.

Der jeweilige tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß muss hinreichend gewichtig sein, um die speziellen strafrechtlichen Rechtsfolgen (Schuldspruch und entsprechende Sanktion) zu legitimieren. Insofern ist vor allem die Diskrepanz der kollidierenden Rechtsgüter bzw. die mehr oder weniger leichte Erfüllbarkeit der Pflicht (bei gegebener Sonderverantwortlichkeit) für die Feststellung des hinreichend gewichtigen Unrechtsgehalts des Fehlverhaltens von Bedeutung.

II. Tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge(n) und weitere Straftaterfordernisse

Das Vorliegen eines hinreichend gewichtigen tatbestandsspezifischen Verhaltensnormverstoßes genügt – aus formellen Gründen – für eine strafrechtliche Reaktion nur, wenn es eine entsprechende Strafvorschrift (Sanktionsnorm) gibt (Gesetzlichkeitsgrundsatz). In der Regel verlangen die Sanktionsnormen des geltenden Rechts für ihr Eingreifen jedoch neben dem tatbestandsmäßigen Fehlverhalten noch weitere zusätzliche Straftaterfordernisse, die die Funktion der Konturierung der Reichweite des Straftatbestandes haben. Als zusätzliche Erfordernisse zur Strafbarkeitseingrenzung dienen neben den besonders wichtigen Fehlverhaltensfolgen objektive Strafbarkeitsbedingungen, der fehlende Rücktritt und prozessual bedeutsame Straftaterfordernisse.

Für die besonders bedeutsamen tatbestandsmäßigen Fehlverhaltensfolgen gilt: Solche spezifischen Fehlverhaltensfolgen sind nur solche, die das Endglied eines Kausalverlaufs darstellen, dessen Vermeiden aus der *ex ante*-Perspektive des Normadressaten Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm war.

Ohne ein tatbestandsmäßiges Fehlverhalten gibt es auch keine tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge. Die Bestrafung eines rechtlich erlaubten Verhaltens ist unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt zu legitimieren. Das tatbestandsmäßige Fehlverhalten und die tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge sind keineswegs von gleichem Gewicht. Das tatbestandsmäßige Fehlverhalten ist die Wurzel des Bösen und das unentbehrliche primäre Element jeder Straftat. Im Gegensatz zum tatbestandsmäßigen Fehlverhalten besitzen tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolgen nur einen nachrangigen Stellenwert.

Literaturverzeichnis

Chinesische Literatur:

- 柏浪涛：《构成要件符合性与客观处罚条件的判断》，载《法学研究》2012年第6期。
- 陈兴良、刘树德：《犯罪概念的形式化与实质化辩证》，载《法律科学》1999年第6期。
- 陈兴良：《刑法适用总论》（上卷），法律出版社1999年版。
- 陈云良：《法的模糊性之探析》，载《法学评论》2002年第1期。
- 陈兴良著：《刑法哲学》，中国人民大学2015出版社2003年版。
- 陈兴良主编：《刑法学》，复旦大学出版社2009年版。
- 高铭暄等主编：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社1985年版。
- 高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年版。
- 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社2011年版。
- 高铭暄、马克昌主编：《中国刑法解释》第13条，中国社会科学出版2005年版。
- 姜伟：《罪过形式论》，北京大学出版社2008年版。
- 黎邦勇：《过失的成立无需意志因素》，载《中国刑事法杂志》2010年第12期。
- 李龙主编：《法理学》，人民法院出版社、社会科学出版社2004年版。
- 李海东：《刑法原理入门》，法律出版社1998年版。
- 李琦：《法的确定性及其相对性—从人类生活的基本事实处罚》，载《法学研究》2002年第5期。
- 刘士心：《犯罪客观处罚条件刍议》，载《南开大学报》2004年第1期。
- 刘艳红：《社会危害性理论之辩证》，载《中国法学》2002年第2期。
- 马克昌、杨春洗等主编：《刑法学全书》，上海科学技术文献出版社1996年版。
- 马克昌：《比较刑法学原理》，武汉大学出版社2006年版。
- 马克昌主编：《刑法》，高等教育出版社，2012年版。
- 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版。
- 沈宗灵主编：《法理学》，北京大学出版社2000年版。
- 苏慧渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1997年版。
- 王作富主编：《中国刑法适用》，中国公安大学出版社1987年版。

- 王作富：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社 1988 年版。
- 肖扬主编：《中国新刑法学》，中国人民公安大学出版社 1997 年版。
- 肖中华著：《犯罪构成及其关系论》，中国人民大学 2000 年版。
- 王世洲：《中国刑法理论中犯罪概念的双重结构和功能》，载《法学研究》1998 年第 5 期。
- 杨文书：《刑法规范的模糊性与明确性及其整合机制》，载《中国法学》2001 年第 3 期。
- 曾宪信、江任天、朱继良：《犯罪构成论》，武汉大学出版社 1988 年版。
- 赵秉志：《犯罪未遂的理论与实践》，中国人民大学出版社 1987 年版。
- 赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（上卷），河南人民出版社 1996 年版。
- 赵秉志主编，《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版。
- 赵秉志，〈论犯罪构成要件的逻辑顺序〉，载《政法论坛》2003 年第 6 期。
- 张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社 1995 年版。
- 张明楷：《行为结构与犯罪构成体系——兼谈行为科学与刑法学的区别》，载《法商研究》1998 年第 2 期。
- 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版。
- 周光权：《新行为无价值论的中国展开》，载中国法学 2012 年第 1 期。

Deutsche Literatur:

- Amelung, Knut* Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage – Zugleich ein Beitrag von der Lehre der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens, 1972 (zit.: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft).
- Berz, Ulrich* Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz – Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten, 1986 (zit.: Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz).
- Binding, Karl* Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 3. Aufl., 1916.
- Bleckmann, Albert* Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, JuS 1994, 177.
- Dannecker, Gerhard* Der allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, hrsg. v. Weigend u. a., 1999, S. 141 (zit.: FS Hirsch).
- Detterbeck, Steffen* Öffentliches Recht, 8. Aufl., 2011.
- Diesselhorst, Malte* Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant, zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens, 1988.

- Donner, David* Die Zumutbarkeitsgrenzen der vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikte, 2007 (zit.: Zumutbarkeitsgrenzen).
- Dornseifer, Gerhard* Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg – ein Relikt der Verdachtsstrafe?, in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, hrsg. v. Dornseifer u. a., 1989, S. 427 (zit.: GS Armin Kaufmann).
- Dreier, Horst* Grundgesetz-Kommentar, Band II, 2. Aufl., 2006 (zit.: *Bearbeiter* in: Dreier [Hrsg.], Grundgesetz).
- Engisch, Karl* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, Neudruck 1964 (zit.: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit).
- Freund, Georg* Erfolgsdelikt und Unterlassen – Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, 1992 (zit.: Erfolgsdelikt und Unterlassen).
- ders.* Recht als Weg zu Gerechtigkeit am Beginn und am Ende des Lebens? – Gedanken zu (Spät-)Abtreibung und Sterbehilfe, in: *Humane Orientierungswissenschaft – Was leisten verschiedene Wissenskulturen für das Verständnis menschlicher Lebenswelt?*, hrsg. v. Janich, 2008, S. 149.
- ders.* Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen – Zur gesetzlichen Regelung begehungsgleichen Unterlassens und anderer Fälle der Tatbestandsverwirklichung im Allgemeinen Teil des StGB, in: *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14. Februar 2008*, hrsg. v. Putzke u. a., 2008, S. 225 (zit.: FS Herzberg).
- ders.* Strafrecht, Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, Lehrbuch, 2. Aufl., 2009 (zit.: AT).
- Frisch, Wolfgang* Vorsatz und Risiko – Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens, zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983 (zit.: Vorsatz und Risiko).
- ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988.
- ders.* Straftatsystem und Strafzumessung – Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, in: *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, hrsg. v. Wolter, 1993, S. 1 (zit.: 140 Jahre Goltdammer's Archiv).
- ders.* Straftat und Straftatsystem, in: *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, – Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtswitz – Strafausschluss – Strafverzicht – Strafklagverzicht*, hrsg. v. Wolter u. a., 1996, S. 135 (zit.: Wolter/Freund, Straftat).
- ders.* Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs, in: *Festschrift für Claus Roxin am 15. Mai 2001*, hrsg. v. Schünemann u. a., 2001, S. 213 (zit.: FS Roxin).
- Frister, Helmut* Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291.
- Gallas, Wilhelm* Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, in: *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag am 15. Oktober 1953*, hrsg. v. Engisch u. a., 1954, S. 311 (zit.: FS Mezger).

- ders.* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, hrsg. v. Arthur Kaufmann u. a., 1979, S. 155 (zit.: FS Bockelmann).
- ders.* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1.
- ders.* Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989 (zit.: Studien).
- Gauger, Michael* Die Dogmatik der konkludenten Täuschung – Zugleich eine Abhandlung über die Täuschungshandlung des Betrugstatbestands, 2001 (zit.: Konkludente Täuschung).
- Geisler, Claudius* Objektive Strafbarkeitsbedingungen und „Abzugsthese“ – Methodologische Vorüberlegungen zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip, GA 2000, 166.
- Gössel, Karl Heinz* Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal – Zugleich ein Versuch über das Verhältnis von Rechtsgut, Tatbestand und Norm, in: Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag am 4. Oktober 1985, hrsg. v. Herzberg, 1985, S. 97 (zit.: FS Oehler).
- Gropp, Walter* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005 (zit.: AT).
- Großfeld, Bernhard* Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984.
- Grünwald, Gerald* Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, in Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, hrsg. v. Geerds und Naucke, 1965, S. 281 (zit.: FS Mayer).
- Heckler, Andreas* Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr – Zugleich ein Beitrag zum Strafgrund des Versuchs, 2002 (zit.: Ermittlung der Rücktrittsleistung).
- Hefendehl, Roland* Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002.
- Helmert, Volker* Der Straftatbegriff in Europa, 2010.
- Herzberg, Rolf Dietrich* Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986, 249.
- ders.* Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, JuS 1996, 337.
- Ingelfinger, Ralph* Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots – Das Menschenleben als Schutzobjekt des Strafrechts, 2004 (zit.: Tötungsverbot).
- Jakobs, Günther* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972.
- ders.* Strafrecht, Allgemeiner Teil – die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Studienausgabe, 1993 (zit.: AT).
- Jescheck, Hans-Heinrich* Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 181/182, Tübingen, 1955 (zit.: Rechtsvergleichung).
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996 (zit.: Jescheck/Weigend).
- Jung, Heike* Grundfragen der Strafrechtsvergleichung, JuS 1998, 1.

- Kaufmann, Armin* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959 (zit.: Unterlassungsdelikte).
- ders.* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, hrsg. v. Stratenwerth, 1974, S. 393 (zit.: FS Welzel).
- ders.* Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert – Gesammelte Aufsätze und Vorträge, hrsg. v. Dornseifer u. a., 1982 (zit.: Strafrechtsdogmatik).
- ders.* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 2. Aufl., 1988 (zit.: Normentheorie).
- Kindhäuser, Urs* Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit – Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, GA 1994, 197.
- ders.* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013 (zit.: AT).
- ders.* StGB, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., 2014 (zit.: LPK).
- Kremer-Bax, Alexandra* Das personale Verhaltensunrecht der Fahrlässigkeitstat – Zur Individualisierung des Bewertungsgegenstands, 1999 (zit.: Das personale Verhaltensunrecht der Fahrlässigkeitstat).
- Kretschmer, Joachim* Das Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 2000, 267.
- Krey, Volker/Esser, Robert* Strafrecht, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2012 (zit.: AT).
- Kühl, Kristian* Besonders hohe Grenze für den Strafgesetzgeber, in: Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Jahn u. a., 2010, S. 117 (zit.: FS Stöckel).
- ders.* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012 (zit.: AT).
- Küper, Wilfried* Vorsatz und Risiko, zur Monographie von Wolfgang Frisch, GA 1987, 479.
- ders.* Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung: Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Anweisung, JuS 1987, 81.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian* Strafgesetzbuch Kommentar, bearbeitet von Kristian Kühl, 28. Aufl., 2014 (zit.: Lackner/Kühl).
- Langer, Winrich* Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, Eberhard Schmidhäuser zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 1990, GA 1990, 435.
- ders.* Die Sonderstraftat – Eine gesamtsystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen (2. Aufl., des Werks „Das Sonderverbrechen“), 2007 (zit.: Sonderstraftat).
- Leipziger Kommentar* Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Großkommentar in mehreren Bänden, hrsg. v. Laufhütte u. a., 12. Aufl., 2006 bis 2008 (zit.: Bearbeiter, in: LK).

- Lüderssen, Klaus* Erfolgszurechnung und „Kriminalisierung – Die Jurisprudenz vor den Toren der Soziologie – Forschungsfragen an die Adresse der Kriminologen, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, hrsg. v. Arthur Kaufmann u. a., 1979, S. 181 (zit.: FS Bockelmann).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* Grundgesetz-Kommentar, Band III (Art. 16 – Art. 22), hrsg. v. Herzog u. a., Stand: Juli 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, spezieller Bearbeitungsstand).
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz* Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Aufl., 1992.
- Mikus, Rudolf Alexander* Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002.
- Mir Puig, Santiago* Die „ex-ante“-Betrachtung im Strafrecht, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, erster Halbband, hrsg. v. Volger u. a., 1985, S. 337 (zit.: FS Jescheck).
- Mitsch, Wolfgang* Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, JA 1989, 79.
- Münchener Kommentar StGB* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., hrsg. v. Joecks u. a., mehrere Bände 2011 bis 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKommStGB).
- Murmann, Uwe* Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung, in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14. Februar 2008, hrsg. v. Putzke u. a., 2008, S. 123 (zit.: FS Herzberg).
- Neudecker, Gabriele* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995.
- Nomos Kommentar Nomos* Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. v. Kindhäuser u. a., Band I, 2. Aufl., 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: NK).
- Otto, Harro* Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht – OLG Hamm, NJW 1973, 1422, JuS 1974, 702.
- ders.* Übungen im Strafrecht, 6. Aufl., 2005.
- Paeffgen, Hans-Ullrich* Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979.
- ders.* Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, hrsg. v. Dornseifer, 1989, S. 399 (zit.: GS Armin Kaufmann).
- Perron, Walter* Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Eser, 1998, (zit.: FS Lenckner)
- Puppe, Ingeborg* Der Aufbau des Verbrechens, in: Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, hrsg. v. Dannecker u. a., 2007, S. 389 (zit.: FS Otto).
- Renzikowski, Joachim* Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997.

- ders.* Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, in: Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, hrsg. v. Dölling u. a., 2002, S. 3 (zit.: FS Gössel).
- ders.* Pflichten und Recht – Rechtsverhältnis und Zurechnung, GA 2007, 561.
- Röckrath, Luidger* Kollegialentscheidung und Kausalitätsdogmatik, NStZ 2003, 641.
- Rönnau, Thomas/Faust, Florian/Fehling, Michael* Durchblick: Kausalität und objektive Zurechnung, JuS 2004, 113.
- Roxin, Claus* Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006 (zit.: AT I).
- Rudolphi, Hans-Joachim* Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Schroeder u. a., 1972, S. 51 (zit.: FS Maurach).
- ders.* Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid, in: Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, hrsg. v. Küper u. a., 1987, S. 863.
- Sangenstedt, Christof* Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989 (zit.: Garantenstellung).
- Satzger, Helmut* Der Vorsatz – einmal näher betrachtet, Jura 2008, 112.
- Schaffstein, Friedrich* Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, hrsg. v. Stratenwerth u. a., 1974, S. 557 (zit.: FS Welzel).
- Schall, Hero* Auslegungsfragen des § 179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte – KG, NJW 1977, 817, JuS 1979, 104.
- Schmidhäuser, Eberhard* Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewusste Fahrlässigkeit“), JuS 1980, 241.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder).
- Schulz, Michael* Amtswalterunterlassen, 1984.
- Shumann, Heribert* Zur Wiederholung des „voluntativen“ Vorsatzelements durch den BGH – Zugleich Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 15.11.1987, 3 StR 449/87, JA 1989, 427.
- Schünemann, Bernd* Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? – Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolgs im Verbrechenaufbau, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, hrsg. v. Grünwald u. a., 1975, S. 159 (zit.: FS Schaffstein).
- Seher, Gerhard* Die objektive Zurechnung und ihre Darstellung im strafrechtlichen Gutachten, Jura 2001, 814.

- Sieber, Ulrich/Cornils, Karin* (Hrsg.) Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Teilband 1 bis 5, 2009.
- Spendel, Günter* Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem, in: Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Heinrich u. a., 2004, S. 1 (zit.: FS Weber).
- Stiebig, Volk* Einführende Hinweise zur strafrechtlichen Klausurentchnik, Jura 2007, 908.
- Stratenwerth, Günter* Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, hrsg. v. Grünwald u. a., 1975, S. 177 (zit.: FS Schaffstein).
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar* Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 6. Aufl., 2011 (zit.: AT I).
- Struensee, Eberhard* Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, 97.
- ders.* Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, 53.
- Strupp, Michael* Kommentierende Anmerkung zum StGB der VR China, 1998.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* Band I, Allgemeiner Teil (§§ 1-79b), hrsg. v. Rudolphi u. a., Stand: September 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: SK StGB, spezieller Bearbeitungsstand).
- v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian* Kommentar zum Grundgesetz, Band 2 (Art. 20-82), 6. Aufl., 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck).
- Vogel, Joachim* Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law, GA 1998, 127.
- Walter, Stefan* Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, 2000 (zit.: Pflichten des Geschäftsherrn).
- Walter, Tonio* Der Kern des Strafrechts, 2006.
- Weißer, Bettina* Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut* Strafrecht, Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau, 46. Aufl., 2016 (zit.: AT).
- Wolter, Jürgen* Adäquanz- und Relevanztheorie – Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt GA 1977, 257.
- Xiong, Qi* Massenmedien und Strafurteil, 2012.
- Zielinski, Diethart* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff – Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, 1973 (zit.: Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff).
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein* Einführung in die Rechtsvergleichung Bd. I, 3. Aufl., 1996.