

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 299

**Das Verbrechen
als Rechtsverletzung**

Subjektive Rechte im Strafrecht

Von

Philipp-Alexander Hirsch



Duncker & Humblot · Berlin

PHILIPP-ALEXANDER HIRSCH

Das Verbrechen als Rechtsverletzung

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 299

Das Verbrechen als Rechtsverletzung

Subjektive Rechte im Strafrecht

Von

Philipp-Alexander Hirsch



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Uwe Murmann, Göttingen

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-18172-8 (Print)
ISBN 978-3-428-58172-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Gewidmet meinem verstorbenen Vater
Robert Anton Hirsch*

Vorwort

Das vorliegende Buch ist aus meiner Dissertation hervorgegangen, welche im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen angenommen wurde.

Mein besonderer Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Prof. Dr. Uwe Murmann, der die Arbeit engagiert und mit hilfreicher Kritik begleitet hat. Vor allem möchte ich ihm für das Vertrauen und die wissenschaftliche Freiheit danken, das Thema eigenständig fortzuentwickeln und einen grundsätzlichen Zugang zum Problem subjektiver Rechte im Strafrecht zu wählen.

Bei Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos möchte ich mich für die Erstellung des Zweitgutachtens bedanken. Für die Aufnahme in die Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge“ danke ich den Herausgebern Prof. Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder und Prof. Dr. Andreas Hoyer. Für die Förderung dieses Werkes möchte ich außerdem dem Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort danken.

Auch bin ich all jenen zu Dank verpflichtet, die die Entstehung des Buches durch argumentative Herausforderungen, neue Denkanstöße und freundschaftliche Unterstützung begleitet und bereichert haben. Hierbei hervorheben möchte ich Ruwen Fritsche und Julius Pfeiffer. Danken möchte ich auch für die vielen kontroversen und stets gewinnbringenden Gespräche am Institut für Kriminalwissenschaften sowie am Philosophischen Seminar der Universität Göttingen. Nicht zuletzt gilt mein Dank meiner Familie für ihre Unterstützung, die ich während der Erstellung dieses Buches erfahren habe.

Göttingen, im April 2021

Philipp-Alexander Hirsch

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
I. Wem geschieht Kriminalunrecht? Oder: Wen berechtigt das Strafrecht?	13
II. Methodischer Ansatz	20
III. Gang der Untersuchung	23
B. Das Verbrechen als Rechtsverletzung	28
I. Subjektive Rechte	28
1. ... eine dogmengeschichtliche Annäherung	28
2. ... eine rechtstheoretische Annäherung	35
a) Die Struktur subjektiver Rechte	36
b) Kriterien subjektiver Rechtszuschreibung	40
3. Begriffsbestimmung subjektiver Rechte	43
II. Materielle Unrechtslehren und die Bedeutung subjektiver Rechte	48
1. Unrecht als Verletzung eines Rechtsguts	50
a) Die Genealogie des Rechtsgutskonzepts	51
b) Kriminalunrecht nach gesetzgebungskritischen Rechtslehren – ein Überblick	55
c) Die personale Rechtsgutslehre und die fehlende Betroffenheit des Individuums in eigenen normativ relevanten Positionen	62
2. Unrecht als Schädigung bzw. Abfall von der gesellschaftlichen Wertordnung	66
3. Unrecht als Verletzung eines Rechtsverhältnisses	70
a) Verbrechen als Rechtsverletzung	70
b) Verbrechen als Freiheitsverletzung	77
c) Der geltungstheoretische Status fremder Rechtsmacht in der Unrechtsbestimmung	80
III. Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte, oder: Einwilligung und die Kontrolle von Verhaltenspflichten	85
1. Subjektive Rechte als Schutzgut des Strafrechts	86
a) Das Rechtsgutsargument	86
b) Das Erlaubnisargument	94
aa) Starke und schwache Erlaubnisse	94
bb) Einwilligung und Berechtigung bezüglich der Regelbefolgungspflicht	99
2. Mehr als nur Schutzgut? – Ein Plädoyer für ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht	106
a) „Die Berechtigung des von der Verhaltensnorm begünstigten Bürgers ist [...] nur eine mittelbare.“ – oder: Wem geschieht Kriminalunrecht?	107

b) Kriminalunrecht im „horizontalen“ Verhältnis von Täter und Verletztem – Mögliche Einwände	116
aa) Willentheoretisches Rechtsverständnis und Einwilligungsschranken	116
bb) Beschränkung auf Individualrechte?	120
cc) Problematische Privatisierung des Strafrechts?	123
C. Das Verbrechen als Statusverletzung, oder: Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung	132
I. „Rights are especially sturdy objects to ‚stand upon‘.“ – Anerkennung und subjektive Rechte	134
1. Auf der Suche nach einem Anerkennungskonzept für das Recht	136
2. Statusbezogenheit – vorrangige Verbindlichkeit – Zweitpersonalität: <i>Anerkennung</i> im Anschluss an Kant und Darwall	143
3. Anerkennung im positiven Recht	156
a) Zweitpersonale Rechtssubjektivität: Der Rechtsinhaber als autoritatives Rechtssubjekt	157
b) <i>Ius formaliter</i> und der Anspruch auf Anerkennung als Rechtsinhaber	162
c) Anerkennungsaufforderung durch assertorische Beanspruchung des eigenen Rechtsstatus	167
d) Anerkennung als normatives Strukturmerkmal subjektiver Rechte	171
II. Statusverletzung und die Unterscheidung zwischen Zivil- und Kriminalunrecht	172
III. Wessen Autorität? – Zum überindividuellen Gehalt von Kriminalunrecht	184
IV. Allgemeinrechtsgüter und Verletzung rechtlicher Anerkennung	194
D. Konsequenzen für das materielle Strafrecht, die Straftheorie und das Strafverfahren	198
I. Warum eine immanente Kritik des Strafrechts?	199
1. Das Dilemma zwischen gesetzgebungskritischem Potenzial und normativer Letztbegründung am Beispiel der Rechtsgutslehre	199
2. Beschränkung auf eine immanente Kritik des Strafrechts als Reaktion auf die Probleme externer Rechtskritik	206
3. Zum Erklärungsanspruch der folgenden Ausführungen	214
II. Rechts- und Statusverletzung als kritischer Maßstab im materiellen Strafrecht	215
1. Subjektive Rechte auf der Ebene der Rechtszuweisungsordnung	216
2. Subjektiv-rechtliche Struktur des Kriminalunrechts selbst	219
a) Argument für eine subjektive Unrechtslehre	219
b) Argument für eine Entkriminalisierung unbewusster Fahrlässigkeit	224
III. Strafe und Respekt – Ein Plädoyer für eine zweitpersonale expressive Straftheorie	228
1. Strafe nicht als Unterwerfung, sondern als inkludierende Aufforderung an den Täter	230

2. Strafe und reaktive Einstellungen des Opfers, der Rechtsgemeinschaft und des Täters	233
IV. Subjektive Rechte und Anerkennung im Strafverfahren	241
1. Materieller Unrechtsbegriff und die Aufgabe(n) des Strafverfahrens	242
2. Strafverfahren und zwei Ebenen der Rechtsverletzung: Folgen für Privat- und Nebenklage	250
3. Prozessrechtsverhältnis und Statusverletzung: Folgen für das Anwesenheitsprinzip in der Hauptverhandlung	266
a) Das Prozessrechtsverhältnis als Anerkennungsverhältnis	267
b) Strafe und der zweitpersonale Charakter des strafprozessualen Anerkennungsverhältnisses	271
c) Prozessbeteiligung als assertorische Statusbehauptung	275
d) Das Anwesenheitsrecht des Angeklagten	280
e) Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten	294
4. Eine veränderte Stellung des Verletzten im Strafverfahren – Mögliche Einwände	308
a) Gefährdung des staatlichen Strafanspruchs?	308
b) Unzulässige Berücksichtigung privater Genugtuungsbedürfnisse?	312
c) „Monokausale“ Begründung der Verletztenstellung?	319
E. Resümee und Schlussbetrachtung	325
I. Das Verbrechen als Rechtsverletzung: Kapitel B.	325
II. Das Verbrechen als Statusverletzung: Kapitel C.	328
III. Subjektive Rechte und Anerkennung im materiellen Strafrecht, in der Straftheorie und im Strafverfahren: Kapitel D.	332
IV. Schlussbetrachtung	336
Literaturverzeichnis	338
Sachwortverzeichnis	383

A. Einleitung

I. Wem geschieht Kriminalunrecht? Oder: Wen berechtigt das Strafrecht?

Nehmen wir folgenden Fall: A schlägt B absichtlich in das Gesicht, wodurch dieser ein schmerzhaftes Hämatom am Auge davonträgt. Tatbestandlich liegt hier eine Körperverletzung vor und A hat sich – sofern er rechtswidrig und schuldhaft handelte – nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Fest steht, dass A Kriminalunrecht verwirklicht hat. Fest steht auch, dass B als Verletzter¹ der Straftat derjenige ist, der *faktisch* vom Kriminalunrecht betroffen ist (schließlich hat er und kein anderer ein blaues Auge). Klärungsbedürftig bleibt jedoch die Frage: *Wem* hat A durch die Körperverletzung Unrecht getan? Diese Frage richtet sich darauf, wie im Strafrecht das normative Verpflichtungs- bzw. Berechtigungsverhältnis zu bestimmen ist. Als solche lässt sie sich aus der Perspektive desjenigen formulieren, der Adressat einer strafbewehrten Verhaltenspflicht ist, also im Beispielsfall: *Wem* gegenüber war A verpflichtet, die Körperverletzung zu unterlassen? Sie lässt sich aber auch als Frage nach der normativen Berechtigung im Strafrecht formulieren: *Wer* konnte von A verlangen, dass er die Körperverletzung unterlässt? So gesehen ist die Frage, wem Kriminalunrecht geschieht, letztlich gleichbedeutend mit der Frage, wen das Strafrecht berechtigt. Wie diese Fragen zu beantworten sind, ist nicht ohne Weiteres klar: Im genannten Beispielsfall kommt zunächst B als derjenige in Betracht, dem Unrecht getan wurde. Danach war A *ihm gegenüber* zur Unterlassung der Körperverletzung verpflichtet und es war *sein* Recht, dies von A zu verlangen. Hierfür mag man anführen, dass es schließlich um B's körperliche Unversehrtheit geht, die von der Tat betroffen ist und deren Schutz § 223 StGB bezweckt. Es kann durch die Körperverletzung des A jedoch auch der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft Unrecht getan worden sein. Danach war A *dem Staat gegenüber* ver-

¹ Der Verletztenbegriff wird sowohl im Gesetz als auch in der Literatur nicht einheitlich verwendet, vgl. dazu MüKo-StGB-Mitsch, § 70 Rn. 4 ff. und K. Schroth/M. Schroth 2018, Rn. 49. Ich verstehe darunter ganz allgemein die von einer Straftat unmittelbar in ihren Rechten bzw. Rechtsgütern negativ betroffene Person. An dieser Stelle sei zudem angemerkt: Ich werde in der Untersuchung geschlechtlich alternierende bzw. neutrale Formulierungen wählen. Sofern der besseren Lesbarkeit halber das generische Maskulinum verwandt wird, sind hiermit selbstredend Personen jeder Geschlechtsidentität gemeint.

pflichtet, die körperliche Integrität anderer nicht anzutasten, und es war das Recht *des Staates*, von A die Unterlassung der Körperverletzung zu verlangen. Hierfür mag man wiederum anführen, dass es der Staat ist, der Strafvorschriften erlässt und deren Verletzung hoheitlich verfolgt.

Die Strafrechtswissenschaft neigt weit überwiegend letztgenannter Sicht zu. Hierfür lassen sich meines Erachtens im Wesentlichen zwei Gründe identifizieren. Der erste Grund bewegt sich auf deskriptiver Ebene und ist letztlich rechtstheoretischer Art. Denn der Sache nach geht es bei der Problematik, wem gegenüber Kriminalunrecht geschieht bzw. wessen Recht hierdurch verletzt wird, um nichts anderes als die rechtstheoretische Frage, ob wir es im Strafrecht mit der Verletzung subjektiver Rechte zu tun haben. Denn subjektive Rechte schreiben wir – ohne der eingehenden rechtstheoretischen Betrachtung subjektiver Rechte vorgreifen zu wollen –² einer Person dann zu, wenn bestimmte Verhaltenspflichten gerade ihr gegenüber einzuhalten sind. Wir sprechen dann von *gerichteten* Pflichten, weil die Pflichterfüllung einer bestimmten Person – dem Rechtsinhaber – geschuldet ist.

Anhand welcher Kriterien eine solche Rechtszuschreibung vorzunehmen ist, wird nun in der deutschen Rechtswissenschaft (obgleich diese Frage in der Rechtstheorie umstritten ist) letztlich überwiegend in willentheoretischer Tradition bestimmt: Danach zeichnen sich subjektive Rechte durch eine „Willensmacht“ aus, die ausschließlich im „individuellen Interesse“ besteht (Jellinek)³. Durch subjektive Rechte wird „dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen [...], in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen herrschen kann“ (Savigny).⁴ Daher spricht Weber auch davon, dass subjektive Rechte den Einzelnen nicht nur „in der Form eines ‚Reflexes‘“ rechtlich schützen, sondern eine Berechtigung des Einzelnen begründen, die ihn zur „Machtquelle“ macht.⁵ Was damit praktisch gemeint ist, hat pointiert Hart auf den Punkt gebracht, wenn er vom Rechtsinhaber als „small-scale sovereign“⁶ spricht, der eine Verhaltenspflicht deontisch kontrolliere, weil er allein über deren Bestand und Durchsetzung entscheide.⁷ Auf das Strafrecht gewandt, werden die sich hieraus ergebenden Probleme, Kriminalunrecht begrifflich als subjektive Rechtsverletzung des faktisch Betroffenen zu begreifen, sofort deutlich: Das Strafrecht kennt den Schutz indisponibler

² Vgl. dazu unten S. 28 ff.

³ Vgl. Jellinek 1905 (2011), S. 44.

⁴ Vgl. Savigny 1840–1849, Bd. 1, S. 333.

⁵ Vgl. M. Weber 2010, S. 307 f.

⁶ Hart 1982b, S. 183.

⁷ Hart 1982b, S. 184: „[T]he right holder may waive or extinguish the duty or leave it in existence; [...] he may leave it ‚unenforced‘ or may ‚enforce‘ it [...]“. Vgl. dazu eingehend unten S. 40 ff.

Rechtsgüter (bspw. in den Fällen der §§ 223, 228 oder § 216 StGB), sodass mitnichten von einer uneingeschränkten Willensmacht des Verletzten, über den Bestand sanktionsbewehrter Verhaltenspflichten zu entscheiden, gesprochen werden kann. Und von Privatklagedelikten abgesehen, obliegt jedenfalls hierzulande allein der Staatsanwaltschaft die Anklage einer Straftat. Angesichts dessen scheint es viel näher zu liegen, die Straftat als Verletzung der Rechte der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft zu begreifen, der gegenüber strafbewehrte Verhaltenspflichten einzuhalten sind, weil diese die Strafvorschriften erlassen hat und deren Verletzung durch die Justiz hoheitlich verfolgt.

Neben diesem deskriptiv-rechtstheoretischen Grund lassen sich – zweitens – insbesondere normative Gründe identifizieren, warum Kriminalunrecht von strafrechtswissenschaftlicher Seite als Verletzung der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft begriffen wird. Denn Strafrecht wird – verkürzt dargestellt –⁸ als Normordnung begriffen, die „nicht, wie das Zivilrecht, auf dem Prinzip der Gleichordnung, sondern auf dem der Unterordnung des Einzelnen unter die (ihm durch die Strafnorm befehlend gegenüber tretende) Staatsgewalt beruht“⁹. Als solches betreffe es das „Verhältnis zwischen Bürger und Staat“, weshalb „[d]ie Strafverfolgung [...] eine hoheitliche Aufgabe [ist]“¹⁰. Freilich ist diese Verortung des Strafrechts im Subordinationsverhältnis von strafandrohendem Staat und durch ihn verpflichteten Bürger für sich genommen noch nicht gleichbedeutend damit, dass der Staat auf die Belange der Individuen keine Rücksicht zu nehmen hat. Auch wenn das Strafrecht als Teil des öffentlichen Rechts begriffen wird, lässt sich ihm eine individual-schützende Funktion zuschreiben, etwa weil es die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger wahren und ihnen ein selbstbestimmtes Leben ermöglichen soll.¹¹ Gleichwohl ändert eine solche normativ-individualistische Zweckbestim-

⁸ Ich beschränke mich für die Zwecke der Problemhinführung auf wenige, z.T. unterschiedlichen materiellen Unrechtslehren zuzuordnende Literaturstimmen. Vgl. eingehend zu den verschiedenen materiellen Unrechtslehren und den sich ergebenden Divergenzen bzgl. der hier interessierenden Problematik unten S. 48 ff.

⁹ *Roxin/Greco* 2020, § 1 Rn. 5.

¹⁰ *Murmann* 2019b, § 3 Rn. 5 ff.; vgl. ebenso *Jescheck/Weigend* 1996, § 3 I und *SSW-StGB-Satzger*, Einleitung Rn. 4.

¹¹ Vgl. *Roxin/Greco* 2020, § 2 Rn. 7 ff.; *Murmann* 2019b, § 3 Rn. 1 ff. und § 8 Rn. 1 ff.; *Jescheck/Weigend* 1996, § 1 III 1; *SSW-StGB-Satzger*, Einleitung Rn. 5. Aber auch Vertreterinnen und Vertreter einer funktionalen Strafrechtsgutslehre, nach denen – vereinfacht gesagt – unmittelbares Schutzgut strafrechtlicher Sanktionen die gesellschaftlichen Verhaltensnormen selbst sind, können ohne Weiteres eine jedenfalls *mittelbar* individual-schützende Funktion des Strafrechts zugestehen, da es den Bürgerinnen und Bürgern ermöglicht, „ihre Rechte nicht nur ausüben zu *dürfen*, sondern auch unbeschadet zu *können*“ (*G. Jakobs* 2004, S. 31).