

**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

<b>A. Einleitung</b>	13
I. Wem geschieht Kriminalunrecht? Oder: Wen berechtigt das Strafrecht?	13
II. Methodischer Ansatz	20
III. Gang der Untersuchung	23
<b>B. Das Verbrechen als Rechtsverletzung</b>	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 Rechtsgutslehren – 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
<b>C. Das Verbrechen als Statusverletzung, oder: Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung .....</b>	<b>132</b>
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) Ius formaliter 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
<b>D. Konsequenzen für das materielle Strafrecht, die Straftheorie und das Strafverfahren .....</b>	<b>198</b>
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
<b>E. Resümee und Schlussbetrachtung .....</b>	<b>325</b>
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
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>338</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>383</b>



## 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 Verletzter<sup>1</sup> 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-

---

<sup>1</sup> Der Verletztenbegriff wird sowohl im Gesetz als auch in der Literatur nicht einheitlich verwendet, vgl. dazu MüKo-StGB-Mitsch, § 70 Rn. 4ff. 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 –<sup>2</sup> 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)<sup>3</sup>. Durch subjektive Rechte wird „dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen [...], in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen herrschen kann“ (Savigny).<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> Was damit praktisch gemeint ist, hat pointiert Hart auf den Punkt gebracht, wenn er vom Rechtsinhaber als „small-scale sovereign“<sup>6</sup> spricht, der eine Verhaltenspflicht deontisch kontrolliere, weil er allein über deren Bestand und Durchsetzung entscheide.<sup>7</sup> 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

<sup>2</sup> Vgl. dazu unten S. 28 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Jellinek 1905 (2011), S. 44.

<sup>4</sup> Vgl. Savigny 1840–1849, Bd. 1, S. 333.

<sup>5</sup> Vgl. M. Weber 2010, S. 307 f.

<sup>6</sup> Hart 1982b, S. 183.

<sup>7</sup> 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 –<sup>8</sup> 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“<sup>9</sup>. Als solches betreffe es das „Verhältnis zwischen Bürger und Staat“, weshalb „[d]ie Strafverfolgung [...] eine hoheitliche Aufgabe [ist]“<sup>10</sup>. 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.<sup>11</sup> Gleichwohl ändert eine solche normativ-individualistische Zweckbestim-

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Roxin/Greco 2020, § 1 Rn. 5.

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

<sup>11</sup> 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).



mung<sup>12</sup> des Strafrechts nichts daran, dass Kriminalunrecht der Sache nach weiterhin als eine Verletzung von Pflichten im öffentlich-rechtlichen Subordinationsverhältnis begriffen wird. Danach ist es der Staat, der den Einzelnen unter Strafandrohung zu einem bestimmten (wenngleich individualschützenden) Verhalten verpflichtet. Da die strafrechtlich sanktionsbewehrten Verhaltensnormen<sup>13</sup> öffentlich-rechtlicher Natur<sup>14</sup> seien, verletze die Straftat als öffentlich-rechtliche Normübertretung primär die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft. So heißt es bei Renzikowski, den ich hier stellvertretend anführen möchte, anschaulich:

„Weil der Staat selbst die Ordnung des Gemeinschaftslebens herstellt, handelt es sich bei den Verhaltensnormen um öffentlich-rechtliche Normen. Wie bereits *Binding* herausgestellt hat, ist der Urheber einer Norm immer zugleich der Berechtigte. Es ist also die Allgemeinheit, deren Recht missachtet wird, wenn der Täter die Verbotsnorm übertritt. Die Berechtigung des von der Verhaltensnorm begünstigten Bürgers ist folglich nur eine mittelbare.“<sup>15</sup>

Eine solche Engführung von normativer Verpflichtung im Subordinationsverhältnis und Verletzung der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft läuft letztlich darauf hinaus, dass es im Strafrecht nicht um subjektive Rechte der faktisch verletzten Personen gehen kann – auch im Falle der Verletzung von Individualrechtsgütern, wie der eingangs geschilderten Körperverletzung: Denn betreffen Strafgesetze Pflichten des Normadressaten gegenüber der Rechtsgemeinschaft (nicht jedoch Pflichten, die spezifisch gegenüber demjenigen bestehen, dessen Schutz die Strafgesetze bezwecken), dann korrespondiert der sanktionsbewehrten Verhaltenspflicht ein staatlicher Anspruch auf Einhaltung der strafrechtlich sanktionierten Verhaltenserwartungen (und nicht eine wie auch immer geartete besondere Berechtigung der durch sie geschützten Person(en)). Anders gesagt: Wer eine Straftat begeht, verletzt das Recht des Staates und nicht das Recht der von der Straftat faktisch Betroffenen.

<sup>12</sup> Darunter verstehe ich, dass die Begründung strafrechtlicher Vorschriften bei der Wahrung normativ relevanter Belange und Interessen des Einzelnen ansetzt – paradigmatisch ist dies etwa bei personalen Rechtsgutslehren der Fall, vgl. dazu unten S. 55 ff. Vgl. zum normativen Individualismus *Pfordten*, ZphF 2004, S. 321 ff.

<sup>13</sup> Strafgesetze greifen nach ganz herrschender Auffassung Verhaltensnormen einer dem Strafrecht vorgelagerten Primärordnung auf und sanktionieren deren Übertretung mit Strafe, vgl. dazu eingehend und m.w.N. unten S. 95 f.

<sup>14</sup> Lange bestehende und ganz herrschende Meinung. Vgl. nur *Binding* 1922 (1965), S. 255; *Otto* 1978, S. 15, 49; *H.-L. Günther* 1983, S. 95; *Frister*, GA 1988, S. 291, 300; *Jescheck/Weigend* 1996, § 24 II 1 f.; *Lagodny* 1996, S. 88; *Haas* 2002, S. 76 sowie *Matt/Renzikowski-Renzikowski*, Einleitung Rn. 4.

<sup>15</sup> *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 563 f.

Diesem Verständnis der Berechtigungs- und Verpflichtungsverhältnisse korrespondiert dann auch vielfach die Bestimmung des materiellen Unwerts von Kriminalunrecht, sozusagen seines substantiellen Wesensgehalts. Ein anschauliches Beispiel hiervon liefern einige Vertreter der Rechtsgutslehre: Wenn die Rechtsgutslehre das Kriminalunrecht in einer Rechtsgutsverletzung verortet, so sehen viele ihrer Vertreter den Unwert der Straftat – bspw. einer Körperverletzung (§ 223 StGB) – nicht in der Verletzung eines subjektiven Rechts. Vielmehr verorten sie den strafrechtlich relevanten Unwert der Tat in der Verletzung eines von der Rechtsgemeinschaft anerkannten „abstrakte[n] Wert[es] der Sozialordnung“<sup>16</sup>, eines von einem Gut ausgehenden „Achtungsanspruchs“<sup>17</sup> oder von „sozial wertvoll erkannten Lebensgüter[n]“<sup>18</sup>. Und bei Jakobs – als Vertreter einer funktionalen Strafrechtsgutslehre –<sup>19</sup> liegt der Kern des Verbrechens „im Bereich der Körperverletzungsdelikte“ in der „Geltung des Norminhalts, fremde Körperintegrität [...] zu achten [...]“. Strafrechtsgut ist die praktische Verbindlichkeit der Norm.“<sup>20</sup>

Bildlich gesprochen: Das Opfer eines Verbrechens ist lediglich die empirische Leinwand, auf der sich die Straftat abspielt. Normativ steht nicht sein (wie auch immer geartetes) subjektives Recht auf Unterlassen der Straftat im Vordergrund, sondern die von der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft zugeschriebene abstrakte Werthaftigkeit eines bestimmten Gutes oder Zustands bzw. die Normgeltung, deren Wahrung die Rechtsgemeinschaft einfordert und die durch die Straftat verletzt wird.<sup>21</sup> Dies ist das Paradigma, in dem sich die deutsche Strafrechtswissenschaft überwiegend bewegt, weshalb etwa Göhler jüngst konstatieren kann, dass „gemäß der deutschen Strafrechtslehre das konstruktive Element einer Straftat die Verletzung eines ideellen Rechtsguts bzw. einer abstrakten Norm [ist], das bzw. die der Gesamtgesellschaft zugeordnet ist“. Damit regele „das Strafrecht ausschließlich einen normativen Konflikt zwischen dem Täter und dem objektiven Recht/der Gesellschaft (vertikales Verhältnis)“. Im horizontalen Verhältnis komme dem Opfer in der

<sup>16</sup> Jescheck/Weigend 1996, § 26 I 1 f. und 4.

<sup>17</sup> Schmidhäuser 1975, S. 36 ff. und 142 f.; ähnlich Köhler 1997, S. 24 ff.

<sup>18</sup> Schönte/Schröder-Eisele, Vor § 13 Rn. 9.

<sup>19</sup> Vgl. dazu eingehend unten S. 66 ff.

<sup>20</sup> G. Jakobs 1991, § 2 Rn. 5.

<sup>21</sup> Sicherlich wäre es auch nach diesen Lehren möglich, der durch eine Straftat verletzten Person eine mittelbare normative Relevanz zuzuweisen, indem man sie als Teil der Rechtsgemeinschaft und – vermittelt über die demokratische Willensbildung – somit doch als Autorin der Strafnorm ansieht. Gleichwohl ist eine solche normative Rückführung des strafrechtlich geschützten Gemeinschaftswertes auf den Willen des Einzelnen ein *aliud*: Ein Begründungszusammenhang zwischen Strafnorm und Individualwillen ist eben nicht gleichbedeutend mit einem Geltungszusammenhang zwischen Strafnorm und Individualwillen, der für eine subjektive Rechtszuschreibung erforderlich wäre.

Kriminalunrechtsbestimmung keine normative Relevanz zu. „Vielmehr dient die Opferverletzung nur dazu, als empirisches Substrat einen normativ begründeten Konflikt erfahrbar zu machen.“<sup>22</sup>

Ich halte ein solches Verständnis vom Strafrecht für unzutreffend: Es suggeriert fälschlich, dass sich Kriminalunrecht *normativ* allein im Subordinationsverhältnis von verpflichtendem Staat und verpflichtetem Täter abspielt, und verschleiert hierdurch die eigenständige normative Bedeutung, die das Verhältnis von Täter und Opfer im Strafrecht hat. Letzteres lässt sich – wie ich im Folgenden aufzeigen möchte – begrifflich adäquat als intersubjektive Rechtsverletzung qualifizieren: Wer eine Straftat begeht, verletzt – zumindest was den strafrechtlichen Schutz von Individualrechtsgütern anbelangt – eine Pflicht, die gegenüber dem von der Straftat konkret betroffenen Individuum besteht. Er tut damit gerade dieser Person Unrecht. Ob und inwieweit darüber hinaus bei der Verletzung von Individualrechtsgütern auch von einer strafrechtlichen Betroffenheit der Rechtsgemeinschaft gesprochen werden kann, ist eine gesondert zu beantwortende Frage.

Dabei geht es mir auf der Ebene des materiellen Strafrechts primär um die *deskriptive* Frage, wie Kriminalunrecht angemessen zu beschreiben ist. Im Vordergrund meiner Untersuchung steht daher der Nachweis, dass Kriminalunrecht *de lege lata* als subjektive Rechtsverletzung zu verstehen ist. Hieraus ergeben sich sodann Konsequenzen für die Strafrechtsdogmatik und insbesondere für eine materielle Unrechtslehre. Mit Blick auf letztere scheint mir aus der Vielzahl der mit subjektiven Rechten verbundenen Bedeutungsdimensionen<sup>23</sup> vor allem der Umstand von strafrechtlicher Relevanz zu sein, dass subjektive Rechte ihrem Inhaber eine normative Autorität (einen praktischen Status) verleihen: Stellt Kriminalunrecht (zumindest auch) eine subjektive Rechtsverletzung dar, dann verletzt der Täter (etwa einer Körperverlet-

<sup>22</sup> Göhler 2019, S. 249 und 251 f. unter Verweis auf H. J. Hirsch. FS Engisch, 1969, S. 317 und Weigend, ZStW 1984, S. 761, 775. Dasselbe Paradigma konstatiert (und kritisiert) auch schon Sarhan 2006, S. 31 ff.

<sup>23</sup> Insbesondere in der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie: Beispielsweise wird die Inhaberschaft subjektiver Rechte vielfach verbunden mit dem Gedanken der Gleichordnung (etwa bei Kant 1797 (1968), S. 238 f.), mit Selbstachtung, Respekt und Anerkennung als Person (so z. B. bei Hegel 1820 (1955), S. 221 ff. und Honneth 1992, S. 194 f.), mit Menschenwürde (etwa bei Habermas, DZPh 2010, S. 343 ff. und Kirste 2013) oder mit praktischen Befugnissen des Rechtsinhabers (z. B. bei Savigny 1840–1849, Bd. 1, S. 7; Jellinek 1905 (2011), S. 44 oder Hart 1982b, S. 183 f.). Ob all diese Bedeutungsdimensionen subjektiver Rechten gleichermaßen im positiven Recht sowie in der Ethik (Theorie moralischer Rechte) zutreffen und ob sie zudem begründet (oder auch nur wünschenswert sind, vgl. zuletzt insoweit kritisch zu subjektiven Rechten Menke 2009, S. 94 ff. und Menke 2018 sowie hierzu wiederum die (kritische) Auseinandersetzung bei Fischer-Lescano/Franzki/Horst, 2018), möchte ich an dieser Stelle offen lassen.

zung) nicht bloß eine Verhaltenspflicht, die ein Rechtsgut schützt (gleich, ob man dieses im Interesse körperlicher Unversehrtheit oder der Normgeltung verortet). Er verletzt vielmehr die praktische Autorität des Rechtsgutsträgers als Rechtsinhaber, in dessen Entscheidungsbefugnis es liegt, ob und inwieweit seine Rechtsgüter durch strafbewehrte Verhaltenspflichten geschützt werden oder nicht. Kriminalunrecht besteht dann gerade in der Missachtung dieses besonderen normativen Status als autoritatives Rechtssubjekt. Eine materielle Unrechtslehre kann angesichts dessen nur noch überzeugen, wenn sie in der Lage ist, den materiellen Unwert der Straftat normativ (zumindest auch) im horizontalen Gleichordnungsverhältnis von Täter und Opfer zu verorten. Es reicht dann nicht mehr aus, Kriminalunrecht allein als Rechtsverletzung im vertikalen Subordinationsverhältnis zwischen Täter und Staat (etwa als Verletzung abstrakter, objektiver Rechtswerte oder eines hoheitlichen Normbefolgungsanspruchs) zu qualifizieren.

Aus dem angestrebten Nachweis, dass sich Kriminalunrecht als subjektive Rechtsverletzung qualifizieren lässt, ergeben sich auch Konsequenzen für das Strafprozessrecht. Diese sind jedoch weniger deskriptiver, als normativer Natur: Stellt sich nämlich im materiellen Strafrecht Kriminalunrecht auf deskriptiver Ebene auch als Verletzung subjektiver Rechte des faktisch Betroffenen dar, so spricht dies normativ (zumindest *pro tanto*) für eine entsprechend starke Verletztenbeteiligung im Strafprozess. Damit kann ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht eine normative Rechtfertigung<sup>24</sup> für die Rechtsstellung des Verletzten im Strafprozess schaffen, wie sie die Reformgesetzgebungen der letzten Jahrzehnte mit sich gebracht haben.<sup>25</sup> Denn solange Kriminalunrecht ausschließlich als Verletzung sanktionsbewehrter Verhaltensgebote im Subordinationsverhältnis begriffen wird,

---

<sup>24</sup> Um Missverständnisse zu vermeiden: An sich lässt sich aus dem Umstand, dass ein normatives Verhältnis subjektiv-rechtlichen Charakter hat (deskriptive Ebene) nicht darauf schließen, dass dieses Verhältnis subjektiv-rechtlich ausgestaltet ist (normative Ebene). Anders verhält es sich jedoch im Strafrecht, insofern – wie noch zu zeigen ist – das Strafverfahren der Verwirklichung bzw. Umsetzung materiellen Strafrechts dient (vgl. dazu unten S. 242 ff.). Insoweit spricht dann der Umstand, dass auf materiell-rechtlicher Ebene von einer subjektiven Rechtsverletzung gesprochen werden kann (deskriptive Ebene), normativ dafür, dem auch auf verfahrensrechtlicher Ebene Rechnung zu tragen.

<sup>25</sup> Im Zuge der letzten drei Jahrzehnte stärkte der Gesetzgeber den Verletzten im Strafprozess als mit eigenen Rechten ausgestatteten und von anderen Verfahrensbeteiligten unabhängigen Verfahrensbeteiligten. Vgl. zu den Reformgesetzgebungen eingehend K. Schroth/M. Schroth 2018, Rn. 1 ff. Er ist nicht mehr bloß Mittel gerichtlicher Wahrheitsfindung (als Tatzeuge oder Augenscheinsobjekt), sondern Prozessrechtssubjekt. Paradigmatisches Beispiel hierfür ist das Rechtsinstitut der Nebenklage, welches es dem Verletzten ermöglicht, aktiv auf den Gang des Verfahrens und damit auf die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs Einfluss zu nehmen. Vgl. dazu noch eingehend unten S. 250 ff.

fallen faktische Rechtsgutsbeeinträchtigung und normative Rechtsverletzung auseinander. Hierdurch entstehen zwangsläufig normative Friktionen, wenn dem Verletzten in der strafprozessualen Aufarbeitung von Kriminalunrecht Befugnisse oder – weiter gefasst – normative Relevanz zukommen sollen.<sup>26</sup> Hier schafft ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht zu allererst das dogmatische Fundament, um Rechtsinstitute, wie bspw. Nebenklage oder Täter-Opfer-Ausgleich, nicht nur als strafprozessuale Institute *sui generis* hinzunehmen, sondern aus dem Wesen strafrechtlichen Unrechts zu begründen.

Aus diesen Überlegungen speist sich die Forschungsfrage, der ich im Rahmen dieser Untersuchung nachgehen möchte: Lässt sich Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte der von der Straftat Betroffenen begreifen und welche Konsequenzen ergeben sich hieraus für unser Verständnis von Strafrecht und Strafverfahren?

## II. Methodischer Ansatz

Wie diese einleitenden Bemerkungen bereits andeuten, bewegt sich meine Untersuchung mit ihrer Forschungsfrage in einer disziplinären Grauzone. Denn die Frage nach einem subjektiv-rechtlichen Gehalt von Kriminalunrecht ist bei Weitem keine rein strafrechtsdogmatische Frage. Sicherlich: Was Kriminalunrecht ist, ist zweifelsohne eine genuine Frage der Strafrechtsdogmatik und wird als solche vordringlich in der Strafrechtswissenschaft verhandelt, obgleich sie von den verschiedenen, gegenwärtig vertretenen materiellen Unrechtslehren unterschiedlich beantwortet wird. Was subjektive Rechte sind, ist allerdings eine Frage, die weniger die Strafrechtswissenschaft als insbesondere die Zivilrechtswissenschaft beschäftigt und die überdies auch von der Rechtsgeschichte (wobei erneut die Privatrechtsgeschichte im Vordergrund steht), der Rechtstheorie sowie der Rechts- und Moralphilosophie behandelt wird. Dementsprechend besteht eine Vielzahl (zum Teil divergie-

---

<sup>26</sup> Es ist dann nicht ohne Weiteres ersichtlich, warum den Verletzten einer Straftat Befugnisse (etwa im Rahmen der Privat- oder Nebenklage, §§ 374 ff., 395 ff. StPO, oder einer Verständigung von Täter und Opfer, §§ 46a StGB, 155a StPO) zukommen sollen. Dies lässt zumindest zum Teil auch das Unbehagen verständlich werden, welches in der Strafrechtswissenschaft mit Blick auf Einführung und Ausweitung solcher strafprozessualen Institute häufig geäußert wird: beispielsweise wenn mit Blick auf Art und Ausmaß der mit den Opferrechtsreformgesetzen eingetretenen Befugnisse des Verletzten bei *Schünemann*, ZIS 2009, S. 484, 492 von einem vom „Verletzten betriebenen Parteiprozess“ sowie bei *Rieß*, ZIS 2009, S. 466, 477 von einer „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens“ die Rede ist und *Bung*, StV 2009, S. 430, 434 mit Blick auf die Ausweitung der Nebenklagebefugnisse des Verletzten von einer „Entfesselung“ spricht. Vgl. hierzu auch noch unten S. 252 ff. und S. 308 ff.

render) Herangehensweisen, wenn es um die Beantwortung der Frage geht, ob und inwieweit Kriminalunrecht als subjektive Rechtsverletzung zu begreifen ist.

Zudem wird die Komplexität dadurch erhöht, dass sich – wie bereits angedeutet wurde – die Frage nach dem subjektiv-rechtlichen Gehalt von Kriminalunrecht auf begrifflich-deskriptiver Ebene wie auch auf normativer Ebene stellen lässt und auf diesen beiden Ebenen wiederum disziplinspezifisch unterschiedlich beantwortet wird. So erfolgt auf deskriptiver Ebene die Bestimmung der Begriffsmerkmale subjektiver Rechte von zivilistisch-dogmengeschichtlicher Warte aus anders als aus Sicht der Rechtstheorie und Moralphilosophie. Und auf normativer Ebene vermengen sich (ebenso wie überhaupt bei der Bestimmung eines materiellen Unrechtsbegriffs) bei der Frage, ob im Strafrecht subjektive Rechte anerkannt werden sollen, rechtsdogmatische und rechtspolitische Forderungen sowie normative Grundüberzeugungen. Dabei können die letztgenannten wiederum positiv-rechtlich (etwa in der Verfassung) oder vor-positiv (etwa in der politischen Philosophie, z. B. in Demokratietheorie oder politischem Liberalismus, oder der praktischen Philosophie, etwa in Autonomie- und Menschenwürdekonzptionen) fundiert sein.

In meiner Untersuchung möchte ich dieser Vielschichtigkeit der Fragestellung ausreichend Raum geben. Gleichwohl soll es letztlich darum gehen, einen strafrechtswissenschaftlichen Beitrag zur begrifflichen Bestimmung von Kriminalunrecht und den sich hieraus für das Straf- und Strafverfahrensrecht ergebenden Konsequenzen zu leisten. Dieser Zielvorstellung möchte ich in meiner Arbeit methodisch Rechnung tragen: Durch eine interdisziplinär informierte Analyse der Normativität des positiven Rechts möchte ich die in der Strafrechtsdogmatik vertretenen Unrechtslehren einer immanenten Kritik unterziehen und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen aufzeigen. Anders als in der *Kritischen Theorie*, aus der der Terminus *immanente Kritik* eigentlich stammt,<sup>27</sup> geht es mir allerdings nicht darum, in der gesellschaftlichen Realität auffindbare Normen für eine Kritik des Rechts heranzuziehen. Vielmehr geht es mir darum, das kritische Potenzial zu mobilisieren, das die Normativität des positiven Strafrechts bereits *de lege lata* für eine strafrechtsdogmatische Bestimmung von Kriminalunrecht bereit hält, welches sich jedoch erst aus der Perspektive anderer Disziplinen aufschließen lässt.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. dazu *Stahl* 2013 und die Beiträge in *Romero*, 2014.

<sup>28</sup> Einen methodisch vergleichbaren Ansatz verfolgt *Kirste*, JRE 2011, S. 241, 242, wenn er die Aufgabe der Rechtsethik im nachmetaphysischen Zeitalter nicht (mehr) darin sieht, „außerrechtlich[e] normativ[e] Maßstäbe an das positive Recht heran[zutragen]“. Vielmehr rekonstruiere sie deskriptiv die im Recht „enthaltene Moral im Hinblick auf ihre Grundprinzipien und kritisiert – und insofern bleibt sie normativ – von diesen ausgehend, Inkonsistenzen und Defizite“.



Es handelt sich hierbei also nicht um eine sortenreine Strafrechtsdogmatik, da es nicht darum geht, juristische Grundsätze durch Analyse der geltenden Rechtsnormen mit spezifisch juristischen Methoden und nach Maßgabe der in der Strafrechtswissenschaft vertretenen Rechtsauffassungen zu entwickeln.<sup>29</sup> Das geltende Recht soll vielmehr einer normativen Strukturanalyse aus Sicht der Rechtstheorie und praktischen Philosophie unterzogen werden.<sup>30</sup> Es handelt sich aber auch nicht um eine Kritik, die normative Vorgaben „von außen“ an das Strafrecht heranträgt. Denn es geht nicht darum, das Recht und die Strafrechtsdogmatik im Lichte externer Normen oder Wertvorstellungen (seien diese philosophisch, religiös oder gesellschaftlich motiviert) zu kritisieren. Das Potenzial für eine kritische Bewertung des Rechts und der hierzu entwickelten Dogmatik verdankt sich immer noch der im positiven Recht auffindbaren Normativität selbst; diese rechtsinterne Normativität wird lediglich durch „fachfremde“ Begriffsanalyse aufgedeckt.<sup>31</sup>

Mit dieser methodischen Herangehensweise ist zugleich ein in geltungstheoretischer Hinsicht beschränkter Erklärungsanspruch dieser Untersuchung verbunden: Da ich eine Analyse der normativen Grundstruktur des *positiven* Strafrechts anstrebe, kann Ziel der Untersuchung nicht sein, verbindliche Grenzen für das staatliche *ius puniendi* aufzuzeigen. Gegenüber der Frage, welche Verhaltensweisen der Gesetzgeber kriminalisieren und unter Strafsanktion stellen *darf*, verhält sich mein Ansatz auf Grund der angewandten Methode indifferent. Der Ansatz erlaubt es lediglich ausgehend von der Strukturanalyse des geltenden Rechts und der hierzu entwickelten Dogmatik, normative Kohärenzforderungen zu formulieren, welche Verhaltensweisen (nicht) kriminalisiert werden *sollten*. Die von mir angestrebte Rechtskritik zielt insoweit auf ein kohärenteres und in sich stimmigeres Strafrechtssystem ab. Ihr kritisches Potenzial speist sich vor allem aus dem Umstand, dass es sich um eine Analyse der normativen *Grundstruktur* des Strafrechts, namentlich des Unrechtsbegriffs, handelt. Denn strafrechtsdogmatisch gesehen bil-

---

<sup>29</sup> Anlehnend an Radbruch 1932 (2003), S. 106, der die Rechtsdogmatik als diejenige Wissenschaft vom Recht bezeichnet, „die das Recht mittels der spezifisch juristischen Methode bearbeitet“.

<sup>30</sup> Dies ist schon deswegen notwendig, weil – wie zuvor ausgeführt – *subjektive Rechte* keine Kategorie der Strafrechtsdogmatik sind. Es hilft daher ersichtlich wenig, hierzu das positive Straf(verfahrens)recht und die hieran entwickelte Strafrechtsdogmatik zu befragen. Allein schon dieser Umstand macht es notwendig, zur Analyse des Rechts auf in Rechtstheorie und praktischer Philosophie entwickelte Begriffsbestimmungen zurückzugreifen.

<sup>31</sup> Man könnte dies auch so ausdrücken, dass es mir nicht um eine im weitesten Sinne *rechtsethische* Kritik geht, die auf dem positiven Recht vorgelagerte normative Prinzipien rekurriert, sondern um eine *rechtstheoretische* Kritik, die sich allein auf die nomologische Struktur des Rechts selbst (bspw. die Gesetzlichkeit des Rechts oder seine praktische Normativität) stützt.

det dieser gewissermaßen das Zentrum eines holistischen Systems. Daher lassen sich einzelne Straf- oder Verfahrensbestimmungen an der Peripherie dieses Systems ausgehend vom Unrechtsbegriff kritisieren, ohne dass – umgekehrt – diese Bestimmungen ihrerseits eine Revision des Unrechtsbegriffs erforderlich machten.<sup>32</sup>

Sicherlich ist der Preis dieser Herangehensweise, dass – um das bekannte Diktum Kirchmanns aufzugreifen – durch „drei berichtigende Worte des Gesetzgebers“ auch diese Untersuchung zur „Makulatur“ werden kann.<sup>33</sup> Gleichwohl birgt sie auch einen Vorteil: Denn gerade die Strukturanalyse rechtlicher Normativität ermöglicht eine im Ansatz wertneutrale Untersuchung innerhalb eines positivistischen Begründungsrahmens (darin besteht ja das Ziel einer immanenten Rechtskritik). Damit beruht die Überzeugungskraft der zu entwickelnden Untersuchungsergebnisse in geltungstheoretischer Hinsicht<sup>34</sup> allein auf der Verbindlichkeit des positiven Rechts. Die formulierte Rechtskritik hängt damit nicht von der Verbindlichkeit rechtsexterner Wertmaßstäbe, wie sie z.B. häufig in gesetzgebungskritischen Unrechtslehren herangezogen werden müssen (etwa dem politischen Liberalismus oder bestimmten Autonomie- und Vernunftkonzeptionen),<sup>35</sup> ab.

### III. Gang der Untersuchung

Diese Überlegungen motivieren auch den Gang der Untersuchung: Angeichts der zentralen Bedeutung, die in methodischer Hinsicht der Begriffsbestimmung von subjektiven Rechten einerseits sowie von Kriminalunrecht andererseits zukommt, wird diese in Kapitel B. den Ausgangspunkt der Untersuchung bilden. Hierzu analysiere ich in einem ersten Schritt (B.I.) im Wege einer dogmengeschichtlichen und rechtstheoretischen Betrachtung die besondere normative Struktur subjektiver Rechte. Danach sind subjektive Rechte – so meine abschließende Begriffsbestimmung – Ansprüche des Rechtsinhabers, denen gerichtete Pflichten anderer korrelieren und über die der Rechtsinhaber ein Mindestmaß an Kontrolle verfügt. In einem zweiten Schritt (B.II.) kontrastiere ich damit die meiner Ansicht nach wichtigsten gegenwärtig diskutierten materiellen Unrechtslehren. Ziel ist es dabei zu ermitteln, ob und inwieweit materielle Unrechtslehren in der Kriminalunrechts-

---

<sup>32</sup> Vgl. dazu unten S. 206 ff.

<sup>33</sup> Vgl. *Kirchmann* 1848, S. 23: „[D]rei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur.“

<sup>34</sup> Ob auch die Analyse (insb. die hierzu bemühten Konzepte) selbst und die hieraus gezogenen Schlussfolgerungen überzeugen werden, ist damit freilich noch nicht gesagt.

<sup>35</sup> Vgl. dazu noch eingehend unten S. 199 ff.



bestimmung dem verletzten Individuum eine eigene normative Relevanz derart zumessen, dass Kriminalunrecht auf die Verletzung eines intersubjektiven Rechtsverhältnisses zurückgeführt wird. Dies leisten – wie ich zeigen werde – allein die Rechtsverletzungslehre sowie die Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung, weil nur diese beiden Kriminalunrecht als Verletzung eines Rechtsverhältnisses begreifen. Dabei erweist sich jedoch innerhalb eines positivistischen Begründungsrahmens die erstgenannte Rechtsverletzungslehre, welche die in der zivilrechtlichen Primärordnung konstituierten subjektiven Rechte als Schutzgut individualschützender Strafvorschriften begreift, in begrifflicher wie auch in geltungstheoretischer Hinsicht als vorzugswürdig.

Hieran anknüpfend werde ich sodann (B.III.) anhand einer normentheoretischen Analyse der strafrechtlichen Einwilligungsdogmatik darlegen, dass diese Rechtsverletzungslehre gegenüber anderen Unrechtslehren vorzuziehen ist und dass ihr Unrechtsbegriff zum Teil bereits heute gängiger, jedoch in der Tragweite unreflektierter strafrechtsdogmatischer Praxis entspricht. Die Einwilligungsdogmatik belegt jedoch nicht nur, dass subjektive Rechte das Schutzgut des Strafrechts sind. Vielmehr belegt sie überdies, dass das Strafrecht selbst subjektiv-rechtliche Berechtigungen des Einzelnen reflektiert, da das Bestehen der sanktionsbewehrten Verhaltenspflicht im konkreten Fall vom Willen des Rechtsgutsinhabers abhängt. Weil letzterer die Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert (da er diese aufheben oder auf deren Erfüllung bestehen kann), handelt es sich um eine Pflicht, deren Erfüllung der Normadressat dem Rechtsgutsinhaber schuldet. Damit stellt sich im Falle einer Straftat die Pflichtverletzung, an die die Strafe anknüpft, als subjektive Rechtsverletzung dar. Hierauf stützt sich meine Bestimmung von Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte: Der strafrechtliche Unwert der Tat liegt in der Missachtung der *qua* Einwilligungsbefugnis bestehenden Rechtsmacht des faktisch Verletzten und damit normativ in der Verletzung seines subjektiven Rechts.

Diese Begriffsbestimmung von Kriminalunrecht wirft allerdings zwei Fragen auf, denen ich mich in Kapitel C. widmen werde. Zum einen: Wie lässt sich ein subjektiv-rechtliches Verständnis des Kriminalunrechts von „bloßem“ Zivilunrecht abgrenzen, wenn letzteres ebenfalls als Verletzung subjektiver Rechte begriffen wird? Und zum anderen: Geht hierdurch nicht die Bedeutungsdimension des Verbrechens verloren, über das Zwei-Personen-Verhältnis hinauszureichen und eine Angelegenheit der Allgemeinheit zu sein? Wie lässt sich die Straftat noch als Konflikt begreifen, der nicht nur den Verletzten etwas angeht, sondern die gesamte Rechtsgemeinschaft? Die Antwort auf beide Fragen liegt, wie ich nachweisen werde, darin, dass sich Kriminalunrecht als Rechtsverletzung zugleich immer als Statusverletzung

darstellt: Wer eine Straftat begeht, verletzt nicht nur ein subjektives Recht, sondern missachtet hierdurch gleichzeitig den Status des konkret Verletzten als Rechtsinhaber (seine *qua* Einwilligungsbefugnis bestehende normative Autorität) sowie außerdem den Status eines jeden Mitglieds der Rechtsgemeinschaft als Rechtssubjekt.

Dieser im Kriminalunrecht bestehende – und auf den ersten Blick kompliziert anmutende – Zusammenhang zwischen Rechts- und Statusverletzung lässt sich theoretisch dadurch transparent machen, dass man die Straftat als Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung begreift: Hierzu werde ich in einem ersten Schritt darlegen, auf welche Art und Weise subjektive Rechte mit Anerkennungsansprüchen einhergehen, und hierbei ein für die Analyse des Kriminalunrechts fruchtbares Anerkennungskonzept entwickeln. Demnach wird durch positiv-rechtliche Zuschreibung subjektiver Rechte ein intersubjektives Anerkennungsverhältnis konstituiert, welches Anspruch auf Anerkennung eines Rechtsstatus vermittelt – und zwar als gleiches Rechtssubjekt der Rechtsgemeinschaft sowie *gleichzeitig* (als besondere Instanziierung der Rechtssubjektivität) als Rechtsinhaber, der über eine besondere normative Autorität verfügt (C.I.). Anknüpfend hieran lässt sich zeigen, dass allein Kriminalunrecht der Verletzung dieser subjektiv-rechtlich vermittelten Anerkennung unrechtskonstitutive Bedeutung beimisst. Denn während Zivilunrecht letztlich von der Verletzung des Inhalts bzw. Gegenstands eines subjektiven Rechts her bestimmt wird und zivilrechtliche Sanktion auf dessen Restitution abzielt (z. B. Schadensersatz wegen Beschädigung eines Eigentumsgegenstandes), erfordert nur das Kriminalunrecht notwendig eine Statusverletzung oder – wie ich es nennen möchte – eine Verletzung des *ius formaliter*. Das heißt eine pflichtwidrige Missachtung der normativen Autorität des Rechtsinhabers (im vorgenannten Beispiel: der Ausschlussbefugnisse des Eigentümers, die sich strafrechtlich in seiner Einwilligungsbefugnis reflektieren) (C.II.).

Dieses Kriterium der Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung erlaubt jedoch nicht nur eine Abgrenzung von Kriminalunrecht und Zivilunrecht. Auch lässt sich damit die Bedeutungsdimension des Verbrechens, über das Zwei-Personen-Verhältnis hinauszureichen, erklären. Da nämlich die individuelle normative Autorität des Rechtsinhabers innerhalb unserer gesetzlichen Rechtsordnung nur als besondere Instanziierung der allgemeinen, mit allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft geteilten – wie ich es nennen möchte – „überindividuellen“ Autorität als Rechtssubjekt begriffen werden kann, ist durch eine Straftat nicht nur der konkret Betroffene in seinem Rechtsstatus verletzt, sondern auch – wenngleich schwächer – jedes andere Mitglied der Rechtsgemeinschaft. Aus diesem Grund handelt es sich bei der Straftat um einen Konflikt, der sich sowohl als Unrecht gegenüber dem Ein-

zelen sowie auch als Unrecht gegenüber der gesamten Rechtsgemeinschaft darstellt (C.III.). Schließlich lassen sich diese Überlegungen auch auf den strafrechtlichen Schutz von Allgemeinrechtsgütern übertragen (C.IV.).

Abschließend möchte ich in Kapitel D. im Wege der angesprochenen immanenten Rechtskritik die Konsequenzen aufzeigen, die das von mir entwickelte Verständnis von Kriminalunrecht für das materielle Strafrecht, die Straftheorie sowie das Strafverfahren hat. Hierzu möchte ich zunächst die Vorzugswürdigkeit einer immanenten Rechtskritik anhand einer kritischen Würdigung sogenannter gesetzgebungskritischer Rechtsgutslehren herausstellen. Diese vermögen in geltungstheoretischer Hinsicht nicht zu überzeugen, da sie – um kritisches Potenzial zu entwickeln – auf rechtsfremde Wertmaßstäbe zur Beurteilung des Rechts rekurren müssen. Im Unterschied hierzu entwickelt der von mir vorgelegte Unrechtsbegriff kritisches Potenzial innerhalb eines positivistischen Begründungsrahmens, wenngleich sich diese immanente Rechtskritik auf Kohärenzforderungen an das Strafrechtssystem beschränkt (D.I.). Dies möchte ich an drei Beispielen veranschaulichen: Ist Kriminalunrecht – erstens – als subjektive Rechtsverletzung zu begreifen, wobei es maßgeblich auf die Verletzung der normativen Autorität des Rechtsinhabers ankommt (Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung), dann lassen sich – vorausgesetzt man hält am Postulat eines einheitlichen Unrechtsbegriffs fest – Rechts- und Statusverletzung als Strafwürdigkeitskriterien verstehen. Hieraus ergeben sich – bspw. mit Blick auf den strafrechtlichen Schutz moralischer Wertvorstellungen oder die Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit – Grenzen legitimen Strafens (D.II.). Zweitens erlaubt das dargelegte Unrechtskonzept – wie eine exemplarische Auseinandersetzung mit expressiven Straftheorien zeigt – ein besseres Verständnis von Funktion und Tragweite des sozialetischen Unwerturteils, das Kriminalstrafe zum Ausdruck bringt. Danach lassen sich aus dem strafrechtlichen Unrechtsbegriff Anforderungen an eine Praxis des Strafens herleiten, die den Täter nicht als Objekt, sondern als gleiches Subjekt der Rechtsgemeinschaft adressiert (D.III.).

Schließlich ergeben sich – drittens – auch Konsequenzen für das Strafverfahren, da sich aus einem subjektiv-rechtlichen Verständnis von Kriminalunrecht auch normative Anforderungen an die Verfahrensausgestaltung im Strafprozess ableiten lassen: Denn ist im Falle der Verletzung von Individualrechtsgütern der Grund der Bestrafung von Kriminalunrecht zumindest auch die Verletzung von subjektiven Rechten bzw. intersubjektiv geschuldeten Verhaltenspflichten, so liegt hierin die materiell-rechtliche Rechtfertigung für eine Beteiligung des Verletzten im Strafverfahren. Dies werde ich exemplarisch anhand von Neben- und Privatklage veranschaulichen. Darüber hinaus lässt sich aus dem Umstand, dass Kriminalunrecht auf materiell-recht-

licher Ebene in der Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennungsansprüche besteht, die Forderung ableiten, dass auch das Prozessrechtsverhältnis als Anerkennungsverhältnis auszugestalten ist. Danach ist das Strafverfahren wesenhaft konfrontativ, wofür ich beispielhaft das Anwesenheitsprinzip in der Hauptverhandlung anführen werde. Abschließend werde ich mich kritisch mit möglichen Einwänden gegen die so begründete Stärkung der Verletztenbeteiligung im Strafverfahren auseinandersetzen (D.IV.).

## **B. Das Verbrechen als Rechtsverletzung**

Um die Frage zu beantworten, ob sich Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte begreifen lässt, bedarf es zunächst der Klärung, was subjektive Rechte normativ auszeichnet (B.I.). Daran anschließend lässt sich anhand einer Analyse der gegenwärtig vertretenen Unrechtslehren untersuchen, ob diese bei der strafrechtsdogmatischen Konzeption von Kriminalunrecht individuelle Belange der von einer Straftat Betroffenen so erfassen, dass von der Verletzung subjektiver Rechte gesprochen werden kann. Dies gelingt – wie ich zeigen werde – begrifflich sowie geltungstheoretisch überzeugend allein der Rechtsverletzungslehre, welche subjektive Rechte als Schutzgut des Strafrechts ausweist (B.II.). Dass darüber hinaus der Rechtsverletzungslehre gegenüber anderen Unrechtslehren der Vorzug gebührt, lässt sich sodann anhand einer normentheoretischen Betrachtung von Einverständnis und Einwilligung aufzeigen. Dabei wird allerdings zugleich deutlich, dass subjektive Rechte nicht nur Schutzgut des Strafrechts sind, sondern dass das Strafrecht dabei selbst subjektiv-rechtliche Berechtigungen des Einzelnen reflektiert – oder anders gesagt: dass Kriminalunrecht selbst subjektiv-rechtlich strukturiert ist (B.III.).

### **I. Subjektive Rechte**

Zunächst soll es jedoch um eine Begriffsbestimmung subjektiver Rechte gehen. Aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht lässt sich – ohne der noch folgenden Untersuchung materieller Unrechtslehren zu weit vorzugreifen – konstatieren, dass subjektive Rechte kein genuiner Gegenstand der Strafrechtsdogmatik sind. Begriffsbildung und theoretische Beschreibung vollziehen sich vielmehr von Seiten der Zivilrechtswissenschaft einerseits sowie der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie andererseits. An diesen beiden Polen hat daher eine Begriffsbestimmung subjektiver Rechte anzusetzen.

#### **1. ... eine dogmengeschichtliche Annäherung**

Mit Blick auf meinen Untersuchungsgegenstand (die Frage der subjektiv-rechtlichen Beschreibung von Kriminalunrecht) ist naheliegender Weise mit der Dogmengeschichte des Begriffs *subjektives Recht* zu beginnen.<sup>1</sup> Eine

solche begriffsgeschichtliche Annäherung an das subjektive Recht hat insbesondere aus der Perspektive des Zivilrechts zu erfolgen, in dem es zuerst rechtsdogmatisch etabliert wurde und von dem von Thur sagt, es sei „[d]er zentrale Begriff des Privatrechts“<sup>2</sup>.

Subjektive Rechte waren dem durch das aktionenrechtliche Denken gekennzeichneten römischen Recht noch fremd.<sup>3</sup> Der Ursprung subjektiver Rechte liegt vielmehr in der mittelalterlichen Rezeption des römischen Rechts, die seit dem 12. Jahrhundert durch die Glossatoren erfolgte.<sup>4</sup> Im Zuge ihrer ahistorischen Interpretation der römischen Quellen<sup>5</sup> schlossen sie von der Existenz einer prozessualen Klage (*actio*) auf ein dahinter stehendes subjektives Recht als deren Materialursache.<sup>6</sup> Rechtsdogmatisch prägend war jedoch die weitere neuzeitliche Entwicklung, die Ausdruck einer einerseits im 16. Jahrhundert einsetzenden methodisch neuen Rezeption des römischen Rechts<sup>7</sup> andererseits der Natur- und Vernunftrechtslehre ist. Für erstere lässt

<sup>1</sup> Vgl. hierzu auch die konzisen ideengeschichtlichen Betrachtungen von *Coing* 2007 und *Seelmann* 2021.

<sup>2</sup> *Thur* 1910, Bd. I, S. 53.

<sup>3</sup> Dogmatischer Zentralbegriff des römischen Privatrechts war die *actio*, d. h. die Klage, da sich die rechtliche Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen zwei Parteien maßgeblich an der Klage(-formel) orientierte, mit der rechtliche Interessen gerichtlich durchzusetzen waren. Vgl. zum römisch-rechtlichen Aktionensystem m. w. N. *Kaser/Knütel/Lohsse* 2021, § 4. Zwar blieb für die Frage, welche *actio* zur Durchsetzung eines rechtlichen Begehrens gewährt werden konnte, die materiell-rechtliche Rechtslage als Vorfrage relevant (vgl. *Kaden*, SZ-RA 1940, S. 255, 258; *Windscheid* 1856 (1969), S. 4; auf das einer bestimmten Person materiell-rechtlich Geschuldete beziehend *H. Kaufmann*, JZ 1964, S. 482, 483 mit Fn. 14 und vor allem *Pugliese* 1939, insb. S. 165 ff.). Jedoch kann man nicht davon sprechen, dass bereits ein gehaltvoller und rechtsdogmatisch fassbarer Begriff des subjektiven Rechts existierte. So im Ergebnis auch *Kaser* 1971, S. 224 f.; *Coing* 2007, S. 35 ff.; *Buchheim* 2017, S. 33 f. sowie *Chelidonis*, JURA 2010, S. 726, 727.

<sup>4</sup> Vgl. allgemein zu dieser Rezeptionsphase m. w. N. *Meder* 2021, S. 191 ff. sowie insb. mit Blick auf subjektive Rechte *H. Kaufmann*, JZ 1964, S. 482, 484 ff. und *Coing* 2007, S. 39 ff.

<sup>5</sup> Die Rezeption der Glossatoren war ahistorisch, insoweit sie den römisch-rechtlichen Formularprozess und damit den Begriff der *actio* (Fn. 3) nicht historisch-kritisch rezipierten, sondern in scholastischer Methode neu deuteten. Vgl. hierzu *H. Kaufmann*, JZ 1964, S. 482, 484; *Coing* 2007, S. 39 und *Villey* 1963, 270 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *Coing*, in: *Individuelle Rechte*, 2007, S. 39 f.; *Chelidonis*, JURA 2010, S. 727 f. und *Buchheim* 2017, S. 36.

<sup>7</sup> Die scholastische, um ein logisch-philologisches Textverständnis bemühte Rezeption durch die mittelalterlichen Glossatoren wurde von der Rezeption des römischen Rechts durch die Schule der Kommentatoren und später durch die Vertreter des sog. *usus modernus pandectarum* abgelöst, die um historisch-kritische Aneignung und eigene Systematisierung des römischen Rechtsstoffes bemüht waren. Vgl. allgemein zu dieser Rezeptionsphase m. w. N. *Meder* 2021, S. 203 ff. und 252 ff. sowie mit Blick auf subjektive Rechte *Coing* 2007, S. 41 ff.

sich beispielhaft der Zivilrechtskommentar des Donellus<sup>8</sup> nennen, der das Privatrecht nicht nur vollständig als System subjektiver Rechte aufbaute, sondern in freier Interpretation der römisch-rechtlichen Quellen das subjektive Recht als *facultas et potestas iure tributa* (rechtlich eingeräumte Macht) kennzeichnete.<sup>9</sup> Flankiert wird diese Begriffsprägung vom rationalistischen Naturrecht, das subjektive Rechte ebenfalls als eine dem Individuum rechtlich zukommende Fähigkeit oder Macht ausweist.<sup>10</sup> Hinzu kommt bei den Theoretikern des neuzeitlichen Vernunftrechts, dass sie den besonderen moralischen Status, der subjektive Rechte (und Pflichten) allererst ermöglicht, in den Mittelpunkt<sup>11</sup> rückten. So heißt es bei Wolff: „Der Mensch ist eine sittliche Person (*persona moralis*), in so weit als er als das Subjekt von gewissen Verbindlichkeiten und von gewissen Rechten angesehen wird. Und daher wird sein sittlicher Zustand (*status moralis*) derjenige genannt, welcher durch Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt wird.“<sup>12</sup>

Obwohl bereits bei Naturrechtstheoretikern wie Grotius, Pufendorf und Wolff angelegt, rückt dann im 18. Jahrhundert vor allem mit (und später im Anschluss an)<sup>13</sup> Kant ein weiterer Aspekt in den Vordergrund, insoweit mit dem moralischen Status des Menschen nicht nur die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, verbunden wird, sondern dieser Status deontisch aufgeladen wird.<sup>14</sup> Personalität ermöglicht nicht nur Rechte und Pflicht-

<sup>8</sup> Vgl. zu Person und Werk Schröder 2017, S. 118 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Donellus 1566, Buch 2, Kap. 7, § 4 und dazu Coing 2007, 41 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Pufendorf 1711 (1998), Buch I, Kap. 1, §§ 19, 20 sowie C. Wolff 1754 (1980), § 46. Das neuzeitliche Vernunftrecht knüpfte dabei freilich an Begrifflichkeiten an, die bereits in der spanischen Spätscholastik (vgl. hierzu Seelmann 1994) entwickelt worden waren und sodann erstmals von Grotius 1625 (2011), Buch I, Kap. 1, § 4 übernommen wurden.

<sup>11</sup> Das Konzept der Rechtspersonalität wurde erst im neuzeitlichen Vernunftrecht systematisch als besonderer normativer Status des Menschen erfasst und wurde insb. im römischen Recht noch nicht in dieser Bedeutung verwandt, vgl. Kaser/Knütel/Lohse 2021, § 23 Rn. 1.

<sup>12</sup> C. Wolff 1754 (1980), § 96. Vgl. im Ergebnis ebenso bereits Pufendorf 1711 (1998), Buch I, Kap. 1, §§ 2, 19, der Menschen den Status moralischer Wesen (*entia moralia*) zuweist und Befugnisse, Rechte und Pflichten als deren moralische Qualitäten konzipiert.

<sup>13</sup> In freilich gänzlich eigenständiger Konzeption findet diese Vorstellung der Sache nach auch Eingang bei Fichte, der das subjektive Recht als „Bedingung der Möglichkeit des Beisammenseins freier Wesen“ beschreibt und das „im bloßen Begriffe der Person“ liege. Nach ihm ist die Rechtslehre „die bloße Analyse des Begriffes der Persönlichkeit“ (vgl. Fichte 1796 (1979), S. 94). Aber auch bei Hegel taucht diese Vorstellung auf, wenn er das Recht als „Dasein des freien Willens“ begreift und das „Rechtsgebot“ auf die Formel „[S]ei eine Person und respektiere die anderen als Personen“ bringt (vgl. Hegel 1820 (1955), S. 51 f.).

<sup>14</sup> Allein dass man moralische Person ist, generiert Rechte und Pflichten (für einen selbst und andere) und ist mithin hinreichender Grund dafür, Personen in besonderer



ten, sondern ihr ist auch durch besondere Rechte und Pflichten Rechnung zu tragen. Deutlich zeigt sich dies bei Kant, der wegen des besonderen moralischen Status des Menschen (seiner *Menschheit*)<sup>15</sup> dem Menschen Freiheit als angeborenes subjektives Recht zuschreibt: „*Freiheit* (Unabhängigkeit von einem anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht.“<sup>16</sup> Insoweit kann man mit Coing zurecht davon sprechen, dass „[d]as subjektive Recht [...] nunmehr aus dem Gedanken des moralischen Wertes der Freiheit der Persönlichkeit verstanden [wird]; es ist Ausdruck dieser Freiheit, *Freiheitsrecht*“.<sup>17</sup>

Die beiden genannten Traditionsstränge (die Rezeption des römischen Rechts durch Kommentatoren und *usus modernus pandectarum* einerseits sowie die Natur- bzw. Vernunftrechtslehre andererseits) prägten dann auch maßgeblich das Verständnis des subjektiven Rechts Savignys, welches wiederum bis in unsere Zeit fortwirkt. Auch Savigny verband die subjektiven Rechte – hiermit sowohl an die Vernunftrechtslehre als auch an die Rechtsphilosophie Kants unmittelbar anknüpfend –<sup>18</sup> mit der Vorstellung eines besonderen normativen Status des Menschen, dessentwegen ihm Freiheiten (Freiheitsrechte) einzuräumen seien. Koexistenz freier Wesen ist nach Savigny nur möglich „durch Anerkennung einer unsichtbaren Grenze, innerhalb welcher das Dasein und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen freien Raum gewinn[t]“.<sup>19</sup> Vor diesem Hintergrund versteht Savigny das subjektive<sup>20</sup> Recht als „die den einzelnen Personen zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unserer Einstimmung herrscht. Diese Macht nen-

---

Weise zu behandeln. Vgl. hierzu noch eingehend unten S. 146 ff.; im Ergebnis wohl ebenso *Hruschka*, JZ 2004, S. 1085 ff. und *Auer*, AcP 2008, S. 584, 624.

<sup>15</sup> Mit *Menschheit* verweist Kant im folgenden Zitat aus der *Metaphysik der Sitten* letztlich auf das, was in der *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* auch dem Konzept der *Würde* zugrunde liegt: die reine Vernunftbegabung des Menschen (vgl. dazu auch unten S. 144 f. mit Fn. 52). Vgl. im Detail zu Kants Begrifflichkeiten in diesem Zusammenhang und m. w. N. *P.-A. Hirsch* 2017, S. 72 ff. mit Fn. 35.

<sup>16</sup> Kant 1785 (1911), 237 und hierzu m. w. N. *P.-A. Hirsch* 2017, S. 65.

<sup>17</sup> Coing 2007, S. 44. Vgl. im Ergebnis ebenso *Auer*, AcP 2008, S. 584, 611 ff.

<sup>18</sup> Vgl. zu den inhaltlichen Bezügen Savignys zur Vernunftrechtslehre sowie zur Rechtsphilosophie Kants jeweils m. w. N. *Wieacker* 1967, S. 372 ff. und *Ikadatsu* 2002, S. 121 ff. sowie Savignys Konzept des subjektiven Rechts besonders berücksichtigend Coing 2007, S. 45 und *Buchheim* 2017, S. 39 f.

<sup>19</sup> Vgl. Savigny 1840–1849, Bd. 1, S. 331 f.

<sup>20</sup> Savignys Auffassung vom subjektiven Recht entsprach seiner Auffassung vom Recht überhaupt, so *Buchheim* 2017, S. 40: „Was das objektive Recht dem Einzelnen als [...] Freiraum zuwies war sein subjektives Recht. Raum für den Willen zu schaffen war [...] Zweck allen Rechts [...]“. Vgl. ebenso Coing 2007, S. 45.



nen wir *ein Recht* dieser Person [...].“<sup>21</sup> Subjektive Rechte konzipiert Savigny damit als *Willensherrschaft* bzw. *Willensmacht*, welche sich auf Gegenstände, aber auch auf Handlungen anderer beziehen kann: „Ein solches Verhältnis der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennen wir *Obligation*.“<sup>22</sup> Die Willensmacht, die Savigny dem Einzelnen *qua* subjektives Recht zuweist, beinhaltet darüber hinaus im Falle ihrer Verletzung durch andere auch die Rechtsdurchsetzungsmacht, welche Savigny allerdings noch mit dem Begriff der *actio* verbindet: „Indem wir ein Recht in der besonderen Beziehung auf die Verletzung desselben betrachten, erscheint es uns in einer neuen Gestalt, im Zustand der Verteidigung.“<sup>23</sup>

Bekanntlich tilgte dann Windscheid mit seiner Lehre vom Anspruch diesen prozessualen Charakter der Rechtsdurchsetzung. Das Rechtsdurchsetzungsmoment<sup>24</sup> wird Teil des materiellen subjektiven Rechts: „Jemand hat eine *actio*, heißt in die Sprache unserer Rechtsanschauung, für welche die gerichtliche Verfolgbarkeit erst die Konsequenz des Rechtes ist, übersetzt: Jemand hat einen rechtlich anerkannten Anspruch.“<sup>25</sup> Diese Verbindung von subjektivem Recht und seiner Geltendmachung in Ansprüchen wurde sodann auch ins BGB übernommen. Der Gesetzgeber sah im Anspruch „das Recht in

<sup>21</sup> Savigny 1840–1849, Bd. 1, S. 7.

<sup>22</sup> Savigny 1840–1849, Bd. 1, S. 339.

<sup>23</sup> Savigny 1840–1849, Bd. 5, S. 2. Vgl. m.w.N. zum Verhältnis von *actio* und subjektivem Recht bei Savigny Buchheim 2017, S. 41 ff.

<sup>24</sup> Dieses wird bei Windscheid folglich rein intersubjektiv verstanden: Adressat des Anspruchs ist der subjektiv rechtlich Verpflichtete. Der Windscheid'sche Anspruch hat damit nichts mehr mit dem ursprünglichen Verständnis der Rechtsdurchsetzung *vor Gericht* zu tun, bei der die *actio* letztlich ein Recht auf staatliche Hilfe bei der Rechtsdurchsetzung war, mithin *an* die Obrigkeit gerichtet war. Dieser Umstand trug in der Folgezeit entscheidend dazu bei, dass sich für den Zivilprozess im Anschluss an Wach 1889 die Lehre vom *Rechtsschutzanspruch* als rein prozessuales Recht entwickelte, der seinerseits keinerlei materiell-rechtliches Pendant hatte. Vgl. dazu auch Hellwig 1924, S. 145 ff. und eingehend Simshäuser 1965, S. 113 ff.

<sup>25</sup> Windscheid 1856 (1969), S. 6. Treffend hierzu Buchheim 2017, S. 44: „Aus dem *Verlangenkönnen vor Gericht* wird ein *Verlangenkönnen schlechthin*.“ Dabei sind subjektives Recht und Anspruch nicht äquivalent, sondern der Anspruch bezeichnet – ähnlich Savigny – lediglich die intersubjektive Geltendmachung der im subjektiven Recht liegenden Rechtsmacht im Falle ihrer Leugnung, „d. h. [wenn] seine Befriedigung [sc. die des Rechts] verweigert worden ist“ (Windscheid 1856 (1969), S. 222). Ansprüche sind laut Windscheid also Ausprägungen subjektiver Rechte (vgl. so auch Buchheim 2017, S. 44 f.). Im Übrigen hält Windscheid an Savignys Vorstellung vom subjektiven Recht als einer Willensherrschaft fest, vgl. Windscheid 1856 (1969), S. 3: „Das Recht weist jedem Individuum den Herrschaftskreis zu, in welchem sein Wille Gesetz für die anderen Individuen ist; wird das Individuum in diesem Herrschaftskreise nicht anerkannt, so darf es sich darüber bei dem Staate, dem Wächter des Rechtes, *beklagen*, und der Staat hilft ihm zu dem Seinigen. Die Rechtsordnung ist die Ordnung der Rechte.“

seiner Richtung gegen eine bestimmte Person [...], vermöge dessen von ihr [...] die zur Verwirklichung des Rechtes erforderliche Handlung oder Unterlassung [...] verlangt werden kann“.<sup>26</sup> Dieser Aspekt des subjektiven Rechts ging dann auch in der Legaldefinition des Anspruchsbegriffs in § 194 BGB als „Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen“, auf.

Diese Vorstellung vom subjektiven Recht als einer anspruchsbegründenden Willensmacht hat jedoch in der Folgezeit insb. durch Jhering grundlegende Kritik erfahren. Denn nach Jhering werden subjektive Rechte nicht um des besonderen Willens der Rechtsinhaber, sondern ihres Interessenschutzes wegen gewährt: „Die Rechte sind nicht dazu da, um die Idee des abstracten ‚Rechtswillens‘ zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu dienen. [...] [D]er *Nutzen*, nicht der *Wille* ist die Substanz des Rechts. [...] Rechte sind *rechtlich geschützte Interessen*.“<sup>27</sup> Die mit subjektiven Rechten verbundene Willensmacht reduziert sich bei Jhering auf die klageweise Rechtsdurchsetzungsmacht, „daß dem Berechtigten selber der Schutz seines Interesses anvertraut ist, [...] [er] selber die *Initiative* ergreifen kann. Diese Initiative ist [...] die *Klage*“.<sup>28</sup> Die Rechtsdurchsetzungsmacht rückt auch bei der Imperativentheorie Thons in den Vordergrund, der (gerade anders als Windscheid)<sup>29</sup> subjektives Recht und Anspruch zu trennen und letzteren wieder der Klage (*actio*) anzunähern versucht. Anspruch ist laut Thon „die von der Rechtsordnung verliehene Macht, die Vorbedingungen für den Eintritt der Imperative zu setzen, welche bestimmten staatlichen Organen (zumeist den Gerichten) die Gewähr von Rechtshilfe befehlen“.<sup>30</sup> Damit wird das subjektive Recht bei Thon auf den von einer Rechtsordnung dem Einzelnen zugewiesenen Norminhalt reduziert, insofern ihm „im Falle der Normübertretung ein Mittel zur Beseitigung der Normwidrigkeit gegeben [...] wird“.<sup>31</sup> Subjektive Rechte sind also nichts anderes als potenziell zum Rechtsschutz berechtigende Normen.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Mugdan, 1899, S. 512.

<sup>27</sup> Jhering 1865, S. 316 f.

<sup>28</sup> Vgl. Jhering 1865, S. 328. Vgl. näher zu Jherings Begriff des subjektiven Rechts Wagner, AcP 1993, S. 319, 322 ff.

<sup>29</sup> Vgl. oben Fn. 24.

<sup>30</sup> Thon 1878, S. 228. Vgl. zur Imperativentheorie Thons auch unten S. 75 mit Fn. 227.

<sup>31</sup> Vgl. Thon 1878, S. 133.

<sup>32</sup> Treffend formuliert es Buchheim 2017, S. 62: Ein subjektives Recht zu haben, heiße nach dieser Auffassung „nur: ‚Es gibt eine positive Norm, die mir derart zugeordnet ist, dass ich ihre Nichterfüllung (insbesondere gerichtlich) geltend machen kann‘“. Eine gänzliche Identifikation subjektiver Rechte mit der gerichtlichen Klagemöglichkeit finden wir dann bei Duguit 1927, S. 295 ff. und Kelsen 1960, S. 139 ff.

Gleichwohl kam es infolge dieser Kritik nicht zu einer nachhaltigen Verdrängung der Vorstellung subjektiver Rechte als einer anspruchsbegründenden Willensmacht im Sinne Savignys und Windscheids. Insbesondere die Kritik Jherings führte zwar zur Etablierung der heute wohl vorherrschenden<sup>33</sup> sog. *Kombinationstheorie*, welche Willens- und Interessentheorie subjektiver Rechte<sup>34</sup> zu verbinden sucht<sup>35</sup> und die im Grundsatz mit der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht auch Eingang ins öffentliche Recht gefunden hat.<sup>36</sup> Doch wenn etwa Jellinek (hier repräsentativ für einen kombinationstheoretischen Ansatz) das subjektive Recht als „die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte, auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht“ begreift,<sup>37</sup> so bleibt auch nach der Kombinationstheorie die Willensmacht als funktionales Kernelement subjektiver Rechte erhalten, selbst wenn sie begründend auf Individualinteressen zurückgeführt wird. Denn auch für die Kombinationstheorie subjektiver Rechte ist das Kennzeichen eines Rechts eine normative Fähigkeit des Rechtsträgers – dass diese Fähigkeit ein Mittel zur Interessenbefriedigung sein soll, ändert daran nichts. Erst recht dominiert die Vorstellung einer Willensmacht oder Willensherrschaft bei Autorinnen und Autoren, die auch noch stärker an einem kantisch-individualistischen Verständnis bzw. einem von Savigny und Windscheid inspirierten Verständnis subjektiver Rechte festhalten.<sup>38</sup>

Obgleich also das Verständnis des subjektiven Rechts (und das des aus ihm folgenden Anspruchs), welches im Zuge der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht im Grundsatz auch im öffentlichen Recht begrifflich rezipiert wurde,<sup>39</sup> Kritik und begriffliche Fortentwicklung erfahren hat, bleibt der funktionale Kern dieses Begriffsverständnisses auch heute noch für die Zivilrechtsdogmatik prägend und meiner Auffassung nach unentbehrlich: Nur durch die Zuweisung einer bestimmten Rechtsmacht, aufgrund derer der Einzelne seine Interessen selbstbestimmt wahrnehmen und gegenüber anderen einfordern kann, lassen sich die Ausschluss- und Nutzungsfunktion, die

<sup>33</sup> So *Chelidonis*, JURA 2010, S. 726, 729 und auch *Auer*, AcP 2008, S. 584, 593 f.

<sup>34</sup> Vgl. zur rechtstheoretischen Dimension sogleich unten S. 40 ff.

<sup>35</sup> Vgl. nur *Regelsberger* 1893, S. 74 ff.; *Nipperdey/Enneccerus* 1959, S. 428 f.; *Larenz/M. Wolf* 1997, § 14 Rn. 10 ff., insb. 18 f.; auch noch *Larenz/M. Wolf* 2004, § 14 Rn. 1 sowie krit. und m. w. N. *Neuner* 2020, § 20 Rn. 6.

<sup>36</sup> Erstmals bei *Jellinek* 1905 (2011).

<sup>37</sup> So *Jellinek* 1905 (2011), S. 44. Vgl. für weitere kombinationstheoretische Ansätze die Nachweise in Fn. 35.

<sup>38</sup> Vgl. freilich im Einzelnen unterschiedlich und jeweils m. w. N. *Raiser*, JZ 1961, S. 465 ff.; *Unberath* 2012, S. 160 ff.; *Chelidonis*, JURA 2010, S. 726, 729 f.; differenzierend *Wagner*, AcP 1993, S. 319, 338 ff.; *Auer*, AcP 2008, S. 584, 629 ff. und erneut *Auer*, RphZ 2020, S. 162, 169 ff. sowie *Neuner* 2020, § 20 Rn. 7 f.

<sup>39</sup> Vgl. dazu umfassend *Bauer* 1986 sowie zuletzt mit eingehender Kritik *Buchheim* 2017, insb. S. 66 ff.

Rechte dem Einzelnen vermitteln, die freiwillige Übertrag- und Durchsetzbarkeit von Rechtspositionen sowie schließlich die Kompetenz zu privatautonomer Rechtsgestaltung erklären.<sup>40</sup> Selbst wenn also ein klassisch-individualistisches Rechtsverständnis willenstheoretischer Prägung in *Reinform* mit dem heutigen, auch sozialen Ausgleich intendierenden Zivilrecht (bzw. der Zivilrechtsdogmatik) unvereinbar sein mag, so kann man noch immer von einer bis heute<sup>41</sup> andauernden Dominanz der Vorstellung einer für subjektive Rechte charakteristischen individuellen Willensmacht oder Willensherrschaft sprechen, welche – wie schon Coing zurecht feststellte – das subjektive Recht zu „ein[em] sachlich zweckmäßige[n] und von den ethischen Zielsetzungen her, die dem Privatrecht zugrunde liegen, wohlbegründete[n] Begriff“ macht.<sup>42</sup>

## 2. ... eine rechtstheoretische Annäherung

Neben dieser dogmengeschichtlichen Entwicklung subjektiver Rechte bestand und besteht eine rege rechtstheoretische Debatte um subjektive Rechte, die sich teils unabhängig teils aber auch im Gleichlauf mit dem juristischen Begriffsverständnis entwickelte. Diese Debatte in ihrer Genese, ihren verschiedenen Gegenständen und in ihren Verästelungen genau nachzuzeichnen, würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen.<sup>43</sup> Gleichwohl ist es angezeigt, jedenfalls die für die weitere Untersuchung wesentlichen rechtstheoretischen Fragen aufzuwerfen, ihre gegenwärtige Beantwortung zu skizzieren und hieran anschließend einen eigenen Begriff subjektiver Rechte einzuführen, der auch das bereits skizzierte juristische Begriffsverständnis mit einbezieht. Dabei geht es im Wesentlichen um zwei Fragen. Erstens: Welche innere Form, d. h. welche Struktur, haben subjektive Rechte? Und zweitens: Anhand

---

<sup>40</sup> So letztlich auch die in Fn. 35 und 38 genannten Autorinnen und Autoren. Gleiches gilt der Sache nach aber auch für modernere normativ-rechtsformale Ansätze zum subjektiven Recht, etwa wenn die Willensmacht bei *Bucher* 1965 die Gestalt einer Normsetzungsbefugnis annimmt (vgl. dazu auch unten S. 109) oder bei *Aicher* 1975 (ähnlich Kelsen) im Wesentlichen auf eine Rechtsmacht zur Klage beschränkt bleibt, aber auch für einer Interessentheorie nahestehende Ansätze, etwa wenn die teleologisch-normative Theorie von *Schapp* 1977, nach der die Einräumung subjektiver Rechte der Entscheidung sozialer Interessenkonflikte dient, hierzu auf ein in individueller Rechtsmacht stehenden Anspruch verweist. Vgl. zu dieser „jüngeren“ Entwicklungsgeschichte des Begriffs subjektiver Rechte eingehend *Fezer* 1986, 237 ff., insb. S. 333 ff. m. w. N.

<sup>41</sup> Vgl. – trotz teilweiser Kritik – nur jüngst *Hilgendorf/Zabel* 2021, S. 1 f.; *Wielsch* 2021, S. 153 ff. und *Auer, RphZ* 2020, S. 162, 170 f.

<sup>42</sup> Vgl. *Coing* 2007, S. 49.

<sup>43</sup> Vgl. hierzu m. w. N. die konzisen Darstellungen bei *Schnüriger* 2014, S. 23 ff. und *Weissinger* 2019, S. 131 ff.

welchen Kriteriums ist zu bestimmen, ob subjektive Rechte vorliegen? Oder anders gefragt: Wann schreiben wir jemandem subjektive Rechte zu?

a) Die Struktur subjektiver Rechte

Prägend für die Gegenwartsdebatte um die Struktur subjektiver Rechte ist noch immer die Begriffsanalyse Wesley Newcomb Hohfelds.<sup>44</sup> Hohfeld analysiert verschiedene juristische Verwendungsweisen des Begriffs *subjektives Recht* und differenziert – als Gegenentwurf zur damals gängigen Vorstellung, alle juridischen Beziehungen auf Rechte und Pflichten zurückführen zu können – insgesamt vier<sup>45</sup> Arten von Rechten: Anspruchsrechte, Freiheitsrechte, Kompetenzrechte und Immunitätsrechte.<sup>46</sup> Letztlich führt er dabei jedoch den Rechtsbegriff eng und versteht unter subjektiven Rechten im strikten Sinne allein Anspruchsrechte, denen die Pflicht eines anderen korreliert.<sup>47</sup> Danach

<sup>44</sup> Vgl. *Hohfeld*, Yale Law Journal 1913, S. 16 ff. Vgl. für eine deutsche Übersetzung *Hohfeld* 2007 und zur Bedeutung Hohfelds für die gegenwärtige rechtstheoretische Debatte nur die Nachweise bei *Schnüriger* 2014, S. 24 und *Edmundson* 2012, S. 164.

<sup>45</sup> Vgl. *Hohfeld*, Yale Law Journal 1913, S. 16, 28 ff. Hohfeld unterscheidet im Wege einer kontextuellen Definition rechtlicher Beziehungen (vgl. dazu *Sumner* 1987, S. 19 und *Schnüriger* 2014, S. 29) acht fundamentale Begriffe, welche er über ein Schema von logischen Gegenbegriffen und notwendigen rechtlichen Korrelaten einführt. Als Rechte im engeren Sinne versteht Hohfeld ausschließlich Anspruchsrechte, denen die Pflicht eines anderen korreliert. Sie bilden mit Privilegien, Kompetenzen und Immunitäten die Rechte im weiteren Sinne:

Rechtliche Gegensätze	Recht ( <i>right</i> ) / Nicht-Recht ( <i>no-right</i> )	Privileg ( <i>privilege</i> ) / Pflicht ( <i>duty</i> )	Kompetenz ( <i>power</i> ) / Unfähigkeit ( <i>disability</i> )	Immunität ( <i>immunity</i> ) / Subjektion ( <i>Liability</i> )
Rechtliche Korrelate	Recht ( <i>right</i> ) ↓ Pflicht ( <i>duty</i> )	Privileg ( <i>privilege</i> ) ↓ Nicht-Recht ( <i>no-right</i> )	Kompetenz ( <i>power</i> ) ↓ Subjektion ( <i>Liability</i> )	Immunität ( <i>immunity</i> ) ↓ Unfähigkeit ( <i>disability</i> )

<sup>46</sup> Vgl. hierzu statt vieler nur die Darstellungen bei *Jones* 1994, S. 12 ff.; *Campbell* 2006, S. 30 ff.; *Schulev-Steindl* 2008, S. 101 ff.; *Schnüriger* 2014, S. 23 ff. und *Edmundson* 2012, S. 71 ff.

<sup>47</sup> Dies unterscheidet sie begrifflich insbesondere von Privilegien und Kompetenzen. Privilegien sind nach Hohfeld Erlaubnisse – ein deontisches Können (vgl. *Sumner* 1987, S. 28) –, Handlungen gegenüber anderen auszuführen, jedoch ohne dass hierauf ein Anspruch besteht, also ohne dass die anderen die Pflicht haben, das eigene Verhalten zu dulden. Vgl. dazu *Schnüriger* 2014, S. 32 ff. Ein Beispiel für ein Privileg

besteht ein subjektives Recht genau dann, wenn eine Person X gegenüber einer anderen Person Y einen Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten (ein Tun, Dulden oder Unterlassen) hat und wenn diese Person Y gegenüber Person X zu ebendiesem Verhalten verpflichtet ist.<sup>48</sup>

$A_{xyv} =_{df} O_{yxv}$

(Person x hat gegenüber Person y einen Anspruch (A) auf das Verhalten v, genau dann, wenn y gegenüber x die Pflicht (O) hat, v zu realisieren.)<sup>49</sup>

Anspruchsrechte weisen damit nach Hohfeld grundsätzlich eine triadische Struktur auf,<sup>50</sup> die dadurch charakterisiert ist, dass Rechte – erstens – intersubjektiv sind, d. h. sie bestehen zwischen Rechtsinhaber und Rechtsadressat, dass Rechte – zweitens – ein Verhalten des Rechtsadressaten zum Gegenstand haben und – drittens – dass der Rechtsadressat gegenüber dem Rechtsinhaber zu diesem Verhalten verpflichtet ist.

Dies ist angesichts der logischen Korrelation von Anspruch und Pflicht im Zwei-Personen-Verhältnis freilich ein besonders enges Verständnis von subjektiven Rechten und wirft die Frage auf, ob es unserem intuitiven wie auch juristischen Verständnis subjektiver Rechte gerecht wird: bspw. wenn wir sagen, dass ein und dasselbe subjektive Recht einer Vielzahl unterschiedlicher Ansprüche bzw. Pflichten zugrunde liegen kann,<sup>51</sup> falls wir Rechte auf

---

im Hohfeld'schen Sinne ist etwa das Recht, Personen auf einer öffentlichen Demonstration zu filmen, oder die Befugnis, sich herrenlose Gegenstände anzueignen. Wenn wir in diesen Fällen davon sprechen, dass wir „ein Recht haben, zu filmen“ bzw. „ein Recht haben, einen Gegenstand anzueignen“, so heißt das lediglich, dass wir hiermit nichts Verbotenes tun, d. h. nicht Anspruchsrechte anderer bzw. eigene Pflichten verletzen. Anderen steht es jedoch weiterhin frei, unsere Handlung zu verhindern (bspw. indem man sich vor einer Kamera abschirmt oder den herrenlosen Gegenstand zuvor selbst aneignet). Daher lässt sich in diesen Fällen nach Hohfeld begrifflich nicht von Rechten im strengen Sinne sprechen. Das Gleiche gilt für Kompetenzen, die nach Hohfeld ein alethisches Können darstellen (vgl. dazu *Schnüriger* 2014, S. 36 ff. und unten S. 45). Kompetenzen erlauben ihrem Inhaber, eigene Anspruchsrechte (und damit korrespondierende Pflichten anderer) sowie Privilegien zu modifizieren. Beispiele sind etwa eine Kündigung, eine Anfechtung *etc.* Diesen Gestaltungsbefugnissen korrespondiert keine Pflicht eines anderen und sie stellen somit keine Rechte im oben genannten Sinne dar. Kompetenzen sind vielmehr Rechte zweiter Ordnung (vergleichbar mit den *secondary rules* im Sinne von *Hart* 1994, S. 79 ff.), die Rechte erster Ordnung (Anspruchsrechte und Privilegien) zu modifizieren.

<sup>48</sup> Vgl. *Hohfeld*, Yale Law Journal 1913, S. 16, 30 ff.

<sup>49</sup> Nach *Koller* 1997a, S. 254.

<sup>50</sup> Dies gilt bei Hohfeld jedoch für alle Formen von Rechten i. w. S. und nicht nur für Anspruchsrechte, vgl. hierzu auch *Alexy* 1985, S. 171 f.; *Koller* 1997a, S. 252 f. und *Schnüriger* 2014, S. 25 f.

<sup>51</sup> Autoren wie *MacCormick*, ARSP 1976, S. 305, 312 f. oder vor allem *Raz*, Mind 1984, S. 194 ff.; *Raz* 1986, S. 165 ff. konzipieren Rechte als Gründe für Pflichten und wenden sich damit gegen die Vorstellung, dass Rechte und Pflichten korrelieren.



Gegenstände anerkennen wollen (z.B. Eigentum als Recht *in rem*)<sup>52</sup> oder wenn wir von aktiven Freiheitsrechten sprechen (d.h. Rechten, auf ein bestimmtes Verhalten, das andere nicht hindern dürfen)<sup>53</sup>. Gleichwohl möchte ich aus zwei Gründen daran festhalten, unter *subjektive Rechte* nur Anspruchsrechte im Sinne Hohfelds zu fassen: Zum einen lassen sich die vorgenannten, jenseits des Anspruchsrechts liegenden Bedeutungsdimensionen, die wir mit subjektiven Rechten zu verbinden scheinen, auch im Rahmen einer Korrelativitätsthese (wonach einem Recht stets eine Pflicht korreliert) konstruktiv erfassen, sodass sich keine Erklärungsprobleme ergeben, wenn man den Begriff *subjektives Recht* auf Anspruchsrechte im Sinne Hohfelds beschränkt. So lassen sich absolute Rechte (Rechte auf etwas bzw. *in rem*) als abkürzende Redeweise für ein Bündel von Anspruchsrechten verstehen, die in Bezug auf einen Gegenstand gegenüber allen bestehen (z.B. bei Eigentumsrechten).<sup>54</sup> Aktive Freiheitsrechte lassen sich in Hohfeld'scher Terminologie konstruktiv als Kombination eines Privilegs, eine bestimmte Handlung auszuführen, verbunden mit dem Anspruchsrecht gegenüber anderen, dies nicht zu unterbinden, beschreiben.<sup>55</sup> Und schließlich lassen sich auch im Rahmen einer Korrelativitätsthese Rechte als Gründe für Pflichten begreifen, etwa indem man sie als Finalursache auffasst.<sup>56</sup>

---

Rechte seien von Pflichten ontologisch unabhängig und könnten auch ohne sie bestehen (vgl. Raz 1980, S. 225; Raz 1986, S. 171). Unter Annahme einer notwendigen Korrelation von Rechten und Pflichten lasse sich nicht erklären, wie einem Recht mehrere (ebd., S. 170 f.) oder abhängig von äußeren Umständen unterschiedliche (ebd., S. 171, 185 f.) Pflichten korrespondieren könnten. Vgl. zum dynamischen Charakter von Rechten auch Tasioulas 2009, S. 94 ff.

<sup>52</sup> Etwa kritisiert McCloskey, *The Philosophical Quarterly* 1965, S. 115, 118 Hohfelds intersubjektives Rechtsverständnis dahingehend, dass wir nach unserem Sprachgebrauch auch Rechte *auf* etwas (Freiheit, Leben, Eigentumsgegenstände *etc.*) kennen, die unabhängig von anderen Personen bestünden.

<sup>53</sup> Auer, AcP 2008, S. 584, 585 f. verweist darauf, dass es nach Hohfeld unmöglich sei, „aus einer Freiheit ein Recht herzuleiten, an der Wahrnehmung dieser Freiheit gehindert zu werden“. Vgl. ebenso Singer, *Wisconsin Law Review* 1982, S. 975, 1056 und Alexy 1985, S. 205.

<sup>54</sup> Vgl. – freilich im Detail unterschiedlich – Koller 1997a, S. 253 f.; Alexy 1985, S. 172 f.; Feinberg 1973, S. 59 und Kelsen 1960, S. 135.

<sup>55</sup> Vgl. Williams, *Columbia Law Review* 1956, S. 1129, 1145; ähnlich Mackie 1984, S. 169.

<sup>56</sup> Auch wenn Rechte und Pflichten korrelieren, lässt sich Rechten ein begründungstheoretisches Primat zuschreiben, indem man sie etwa mit Gewirth, *Mind* 1986, S. 329, 330 ff.; Gewirth, *Mind* 1988, S. 441 ff. als Finalursache auffasst. Vgl. ähnlich Feinberg 1980b, S. 149; Kamm 2004, S. 480; aber kritisch hierzu Schnüriger 2014, S. 92 f. Letzterer präsentiert ebd., S. 76 ff. jedoch einen eigenen Ansatz, die Korrelativitätsthese mit einer Begründungsstruktur von Rechten als Gründe für Pflichten zu vereinbaren.

Zum anderen – und das ist vorliegend ausschlaggebend – scheinen Anspruchsrechte im Sinne Hohfelds eine Kernfunktion subjektiver Rechte gemäß einem juristischen Begriffsverständnis paradigmatisch abzubilden, insofern die Berufung auf ein subjektives Recht gegenüber anderen stets in Form des Anspruchs erfolgt, dem auf Seiten des Rechtsadressaten eine bestimmte Verhaltenspflicht entspricht.<sup>57</sup> Und genau um diese Anspruchsfunktion subjektiver Rechte geht es uns in dieser Untersuchung, wenn wir danach fragen, ob Kriminalunrecht subjektiv-rechtlichen Charakter hat. Denn wir können nur dann sagen, dass dem faktisch Verletzten einer Straftat auch normativ Unrecht geschieht, wenn wir sagen können, dass er gegenüber dem Täter einen subjektiv-rechtlichen Anspruch hatte (und der Täter gegenüber dem Verletzten die korrelierende Pflicht), dass das kriminalisierte Verhalten unterbleibt. Dies spricht dafür, im Folgenden subjektive Rechte als Anspruchsrechte im Sinne Hohfelds zu begreifen.<sup>58</sup>

Gleichwohl reicht die Korrelativität von Anspruch und Pflicht für sich genommen noch nicht aus, um die besondere Beziehung zwischen Rechtsinhaber und Rechtsadressat zu beschreiben, die subjektive Rechte zu *subjektiven* Rechten macht und ihnen ihre praktische Bedeutsamkeit für den Einzelnen verleiht. Diese Beziehung zeichnet sich – was auch unabhängig vom Hohfeld'schen Modell weitgehend geteilt wird – durch *gerichtete Pflichten* aus: Ein Recht zu haben heißt danach, dass jemand anderes nicht nur in Bezug auf mich,<sup>59</sup> sondern *mir gegenüber* eine Pflicht hat.<sup>60</sup> Diese Gerichtetheit

---

<sup>57</sup> Vgl. oben S. 32f. Ungeachtet der Frage, ob zu einer hinreichenden Beschreibung subjektiver Rechte eigentlich ein komplexer Rechtsbegriff erforderlich ist, der Anspruchsrechte um Privilegien, Kompetenzen *etc.* (vgl. oben Fn. 45) ergänzt, und ob in der rechtlichen Praxis subjektive Rechte nicht auch in anderer Form als der des Anspruchs (bspw. als Einrede) geltend gemacht werden können, dürfte jedenfalls unstrittig sein, dass mit Anspruchsrechten im dargestellten Sinne die innere Struktur von Rechten zumindest in einer Vielzahl von Fällen, in denen juristisch von Rechten gesprochen wird, adäquat beschrieben wird. Dabei macht es insbesondere keinen Unterschied, ob es sich um relative oder absolute, originäre oder erworbene sowie um private oder öffentliche subjektive Rechte handelt. Anspruchsrechte zeichnen sich hier immer durch eine Korrelation von eigenem Anspruch und fremder Pflicht aus.

<sup>58</sup> Dementsprechend werde ich im Folgenden auch nicht mehr begrifflich differenzieren. Wenn von subjektiven Rechten des Rechtsinhabers die Rede ist, so geht es also stets um Anspruchsrechte.

<sup>59</sup> Das Bezugsobjekt einer Pflicht betrifft deren Inhalt und ist damit vom Pflichtadressaten zu unterscheiden. So fallen etwa beim Vertrag zugunsten Dritter Berechtigter und Begünstigter der Pflicht auseinander. Beispielhaft lässt sich dies auch an Kants Behandlung der Pflicht, Tiere nicht zu misshandeln, aufzeigen (vgl. Kant 1797 (1968), S. 442f.). Tierschutz ist danach nicht den Tieren geschuldet, sondern Kant konzipiert diese Pflicht als Pflicht *gegen sich* selbst, aber in Bezug auf Tiere. Vgl. zur



findet Ausdruck darin, dass der Rechtsadressat (das Pflichtsubjekt) den Rechtsgegenstand (das geschuldete Verhalten) *dem Rechtsinhaber* schuldet<sup>61</sup> und – im Falle der Zuwiderhandlung – *ihm* Unrecht tut.<sup>62</sup> Vor diesem Hintergrund muss jede Theorie subjektiver Rechte erklären können, wann bzw. unter welchen Bedingungen eine gerichtete Pflicht gegenüber dem Rechtsinhaber besteht. Anders gesagt: Was ist der Grund für eine Zuschreibung subjektiver Anspruchsrechte?

### b) Kriterien subjektiver Rechtszuschreibung

Hiermit sind wir nun bei der zweiten der eingangs genannten Fragen angelangt: Wann schreiben wir jemandem subjektive Rechte zu? Diese Frage wird bekanntermaßen unterschiedlich beantwortet, wobei ich mich hier darauf beschränken möchte, die meines Erachtens wichtigsten Strömungen zu skizzieren: die Antworten einer Willentheorie, einer Interessentheorie und einer Statustheorie subjektiver (bzw. moralischer)<sup>63</sup> Rechte. Nach willentheoretischem Verständnis sprechen wir dann von subjektiven Rechten, wenn der Anspruchsinhaber über eine besondere Handlungs- und Entscheidungsmacht im Hinblick auf die Verpflichtung des Rechtsadressaten verfügt. Neben dem für die deutsche Rechtskultur prägenden willentheoretischen Ansatz Savignys, der subjektive Rechte wie gezeigt als *Willensherrschaft* bzw. *Willensmacht* begriff,<sup>64</sup> lässt sich beispielhaft<sup>65</sup> der die Debatte bis heute

---

Unterscheidung von *Pflicht gegenüber* und *Pflicht in Bezug auf* auch Birnbacher 2001, S. 111 ff. und Rainbolt 2006, S. 85 ff.

<sup>60</sup> Vgl. dazu nur Jhering 1906, S. 351; Bentham 1970, S. 58 f.; Feinberg 1980b, S. 143 ff.; Hart 1982b, S. 182 f.; Waldron 1984, S. 8; Sumner 1987, S. 24 f.; Rainbolt 2006, S. 85 ff.; Kamm 2007, S. 230.

<sup>61</sup> Vgl. dazu Feinberg 1980a, S. 130 ff.; Hart 1982b, S. 184; Sumner 1987, S. 39; Tugendhat 1993, S. 367 sowie S. L. Darwall 2013b, S. 27 ff. und S. L. Darwall/J. Darwall 2013e, S. 184 f.

<sup>62</sup> Vgl. nur Morris, Ethics 1981, S. 40, 41; Hart 1982b, S. 184; Waldron 1984, S. 8; Jones 1994, S. 36 f. und insbesondere Thompson 2006, S. 333 ff.

<sup>63</sup> Die rechtstheoretische Debatte um Status und Eigenart subjektiver Rechte ist eng mit der Debatte um moralische Rechte verwoben, welche sich darum dreht, ob es subjektive Rechte nur als legale Rechte (d. h. positiv-rechtlich statuierte Rechte) geben kann oder ob auch mit Blick auf bestimmte vorpositive Ansprüche (bspw. Menschenrechte oder Tierrechte) von subjektiven Rechten gesprochen werden kann. Gleichwohl handeln beide Debatten im Kern von der Frage, welche konzeptuellen Anforderungen an subjektive Rechte auf begrifflicher Ebene zu stellen sind. Mit Blick auf die hier interessierenden Kriterien der Rechtszuschreibung bedarf es daher keiner Differenzierung.

<sup>64</sup> Vgl. oben S. 31 f.

<sup>65</sup> Andere willentheoretische Ansätze finden sich bspw. bei Kelsen 1960, S. 130 ff.; Wellman 1985; Sumner 1987 und Steiner 1994 sowie jüngst Weissinger 2019.

prägende Ansatz H. L. A. Harts anführen. Auch Hart geht davon aus, dass sich subjektive Rechte durch gerichtete Pflichten des Rechtsadressaten auszeichnen, und erklärt dies mit der besonderen Kontrolle, die der Rechtsinhaber ausübt: „The idea is that of one individual being given by the law exclusive control, more or less extensive over another's person's duty so that in the area of conduct covered by that duty the individual who has the right is a small-scale sovereign to whom the duty is owed.“<sup>66</sup> Pflichten, die subjektiven Rechten korrespondieren, seien gerichtet, weil der Rechtsinhaber die Pflicht des Rechtsadressaten kontrolliere.<sup>67</sup> So gesehen stellen Rechte bzw. die korrespondierenden Pflichten – ebenso wie schon bei Savigny – eine Art „normatives Eigentum“ dar,<sup>68</sup> sodass die Pflichten gerade *gegenüber* dem Rechtsinhaber bestehen und im Falle der Pflichtverletzung gerade *ihm* Unrecht getan wird.

Demgegenüber nehmen Interessentheorien subjektiver Rechte die Rechtszuschreibung nicht anhand einer Kontrolle der Pflichten seitens des Rechtsinhabers vor. Ob ein Individuum ein Anspruchsrecht besitzt bzw. ob ihm gegenüber eine gerichtete Pflicht besteht, ist nach dieser Auffassung vielmehr allein danach zu bestimmen, ob durch die Pflicht seine Interessen geschützt werden. In dieser Weise hat bereits Jhering seine Kritik an Savignys willenstheoretischem Verständnis subjektiver Rechte formuliert, wenn er den „Wille[n]“ als „Substanz des Rechts“ ablehnt und Rechte als „*rechtlich geschützte Interessen*“ definiert.<sup>69</sup> Auch nach gegenwärtig vertretenen Interessentheorien subjektiver Rechte ist die Funktion des Rechts, den Interessen des Rechtsinhabers zu dienen, ausschlaggebend für die Rechtszuschreibung. Allerdings werden dabei dem Interessenbegriff unterschiedliche Bedeutungen zugemessen: Neben Interessentheorien, die einen funktionalen Zusammenhang von Pflicht und Interessenschutz für subjektive Rechte genügen lassen,<sup>70</sup> verlangen die meisten darüber hinaus einen besonderen Begründungszusammenhang, wonach die Pflicht in einem Interesse des Rechtsinhabers begründet sein muss.<sup>71</sup> Hierzu zählt auch der derzeit noch immer einflussreichste interessentheoretische Ansatz Joseph Raz', nach dem ein subjektives Recht erst dann vorliegt, wenn ein Interesse eines Individuums ein hinreichender Grund für die Pflicht anderer Personen ist: „X has a right‘ if

<sup>66</sup> Hart 1982b, S. 183.

<sup>67</sup> Vgl. auch Hart, *The Philosophical Review* 1955, S. 175, 181 sowie ähnlich auch Wellman 1985, S. 27 ff.; Steiner 1994, S. 55 ff. und – obgleich subjektive Rechte auf die bloße Klagemöglichkeit reduzierend – Kelsen 1960, S. 140 f.

<sup>68</sup> Vgl. Hart 1982b, S. 185 und auch Savigny 1840–1849, Bd. 1, S. 399.

<sup>69</sup> Jhering 1865, S. 316 f., vgl. dazu schon oben S. 33.

<sup>70</sup> Vgl. bspw. Kramer 2002; wohl auch Lyons 1994 sowie in Ansätzen bereits Bentham 1970, S. 220 und Jhering 1906, S. 336.

<sup>71</sup> Vgl. dazu schon oben Fn. 51.

and only if X can have rights, and, other things being equal, an aspect of X's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty."<sup>72</sup> Hieran wird deutlich, dass solche Interessentheorien auf begrifflicher Ebene (*Wann* schreiben wir Rechte zu?) relativ weit sind. Begrifflich ist hier ein Zusammenhang von Pflicht und Interessenschutz ausreichend. Ihr Hauptaugenmerk liegt vielmehr auf der Rechtfertigung subjektiver Rechte (*Warum* schreiben wir Rechte zu?). So ist nach Raz das Wohlergehen (das Interesse) des Rechtsinhabers der Grund subjektiver Rechte, *weil* es einen hinreichenden Grund darstellt, andere zum Schutz oder zur Förderung dieses Interesses zu verpflichten.<sup>73</sup> Welche Interessen allerdings für einer Rechtsbegründung hinreichend sind, bedarf inhaltlicher Konkretisierung durch eine vorgelagerte (philosophische oder (rechts-)politische) Theorie des Guten oder der Wohlfahrt.<sup>74</sup>

Die gleiche Tendenz lässt sich auch bei der dritten Theoriegruppe, den Statustheorien subjektiver Rechte, beobachten. Aus deren Sicht sprechen wir dann von subjektiven Rechten, wenn Ansprüche bzw. ihnen korrelierende Pflichten *um der Rechtsinhaber willen* bestehen. Anders als nach der Interessentheorie, die Rechte um der Interessen der Rechtsinhaber willen zuschreibt, geht es nicht um das Wohlergehen der Rechtsinhaber, sondern um ihren Status als normativer Akteur bzw. als Person, wie Kamm am Beispiel des Rechts auf Gleichbehandlung ausführt:

„Persons might have a right to treatment as equals [...] without our duty to them being based on their interests. [...] [T]his right is based on their nature as persons not necessarily related to any aspect of their well-being. [...] If there were an independent 'dignity interest' in being treated as an equal (i.e. because it promotes some aspect of psychological well-being), it is not because this treatment serves that interest that a person has a right to it. It may simply be fitting to treat a person no differently from anyone else.“<sup>75</sup>

Statustheorien sehen somit in dem Status des Rechtsinhabers den rechtfertigenden Grund für die Zuschreibung subjektiver Rechte: Weil der Rechtsinhaber einen inhärenten Wert hat und infolgedessen nicht beliebig behandelt werden darf, bestehen gerichtete Pflichten anderer Personen ihm gegenüber,

<sup>72</sup> Raz, Mind 1984, S. 194, 195, erneut Raz 1986, S. 166.

<sup>73</sup> So Raz, Mind 1984, S. 194, 196 und 207 ff.; Raz 1986, S. 183 und kritisch dazu Kamm 2007, S. 244. Dies hat zur Folge, dass für Raz, Mind 1984, S. 194, 208 Rechte nur ein argumentativer Zwischenschritt in der Begründung von Pflichten durch Interessen sind: „Rights are intermediate conclusions in arguments from ultimate values to duties.“

<sup>74</sup> So auch Edmundson 2012, S. 98: „Interest Theory does not, by itself, identify or distinguish among interests. It does not tell us what interests are, or whether all are important enough to generate correlative duties.“

<sup>75</sup> Kamm 2004, S. 485 f.

d.h. er hat subjektive Rechte.<sup>76</sup> Was wiederum diesen Status seinerseits rechtfertigt, ist – wie bei den Interessentheorien subjektiver Rechte – eine vorgelagerte (philosophische oder (rechts-)politische) Frage.<sup>77</sup>

### 3. Begriffsbestimmung subjektiver Rechte

Die drei soeben vorgestellten Kriterien subjektiver Rechtszuschreibung stehen jedoch nach meinem Verständnis – anders als es in der theoretischen Debatte um subjektive Rechte häufig suggeriert wird –<sup>78</sup> nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis. Insbesondere lassen sich zentrale Elemente einer Willentheorie in interessentheoretische bzw. statustheoretische Konzeptionen integrieren, da im Kern unterschiedliche Zielsetzungen verfolgt werden: Willentheoretische Ansätze sind letztlich funktional geprägt, da es ihnen ausgehend von einer formal-technischen Strukturanalyse des Begriffs subjektiver Rechte um ein funktionales Kriterium für Rechtszuschreibungen geht. Interessen- und Statustheorien zielen demgegenüber auf eine inhaltliche Rechtsbegründung ab, indem sie Interessenschutz bzw. Status als Gründe, derentwegen dem Einzelnen Rechte zuzuschreiben sind, auszuweisen versuchen.<sup>79</sup> Dementsprechend lässt sich eine Willentheorie bspw. auch als Status- bzw. Interessentheorie begreifen, wenn die Kompetenz (die besondere Kontrolle, die subjektive Rechte über die Pflichten des Rechtsadressaten vermitteln) begründend auf den Status des Menschen als autonomes Subjekt bzw. das Interesse, autonom zu handeln, zurückgeführt wird.<sup>80</sup> Diese Möglichkeit, verschiedene rechtstheoretische Ansätze zu kombinieren,<sup>81</sup> ist mei-

<sup>76</sup> So etwa *Kamm* 2004, S. 485 ff.; erneut *Kamm* 2007, S. 238 ff. Vgl. – wenn gleich im Einzelnen unterschiedlich – auch *Nagel*, *Philosophy and Public Affairs* 1995, S. 83, 85 ff.; *Thomson* 1990, S. 37 ff. und schon *Nozick* 1974, S. 28 ff., bei denen ein deontischer Statusbegriff, wonach Rechtsinhaber in besonderer Art und Weise zu behandeln sind, im Vordergrund steht. *Schnüriger* 2014, S. 163 ff. betont demgegenüber einen axiologischen Statusbegriff, dass Rechtsinhaber eine bestimmte Art von Wert besitzen.

<sup>77</sup> *Kamm* 2004, S. 487 führt bspw. den Status auf „the good (worth, importance, dignity) of the person and/or his sovereignty over himself“ zurück.

<sup>78</sup> Bspw. bei *Menke* 2009, S. 96 f.; *Wenar* 2020, S. 15 f. oder *Schnüriger* 2014, S. 95 f.

<sup>79</sup> Vgl. mit im Ergebnis ähnlichen Einschätzungen *Alexy* 1985, S. 164 f.; *Edmundson* 2012, S. 106 und *Buchheim* 2017, S. 58.

<sup>80</sup> Vgl. so auch *Nino* 1991, S. 31; *MacCormick* 1977, S. 207 f. und *Edmundson* 2012, S. 102 bzgl. einer Interessentheorie sowie *Schnüriger* 2014, S. 167 bzgl. einer Statustheorie.

<sup>81</sup> Vgl. für eine rechtstheoretische Kombinationstheorie in jüngerer Zeit bspw. *Sreenivasan*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, S. 281 ff. und *Wenar*, *Philosophy and Public Affairs* 2005, S. 223 ff.

nes Erachtens auch aus rechtsdogmatischer Sicht vorzugswürdig. Denn wie wir gesehen haben, ist dort der Ansatz vorherrschend, das – m.E. vermeintliche – Spannungsverhältnis zwischen Willens- und Interessentheorie durch eine Kombinationstheorie zu überwinden; etwa wenn subjektive Rechte als „die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte, auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht“ definiert werden.<sup>82</sup>

Angesichts dessen erscheint es mir legitim, die Frage nach der subjektiv-rechtlichen Dimension von Kriminalunrecht in einem ersten Schritt allein ausgehend von einem willentheoretischen Verständnis subjektiver Rechte zu diskutieren.<sup>83</sup> Dies rechtfertigt sich zum einen dadurch, dass die Funktion subjektiver Rechte im intersubjektiven Verhältnis – ungeachtet der vorgenannten Begründungsfrage – von Juristinnen und Juristen noch weitgehend in willentheoretischer Tradition bestimmt wird, insofern man diesbezüglich am Konzept einer Willensmacht bzw. -herrschaft festhält.<sup>84</sup> Zum anderen geht es mir – wie einleitend zur Methode ausgeführt – in dieser Untersuchung darum, das kritische Potenzial zu mobilisieren, das sich aus einer normativen Strukturanalyse des positiven (Straf-)Rechts *de lege lata* für eine strafrechtsdogmatische Bestimmung von Kriminalunrecht ergibt. Diese immanente Kritik zieht rechtstheoretische Konzepte zwar zur Analyse des positiven Rechts heran, soll dabei jedoch gerade keine normativen Vorgaben „von außen“ an das Strafrecht herantragen.<sup>85</sup> Damit ist die Begründungsfrage subjektiver Rechte, die bei Interessen- und Statustheorien im Vordergrund steht (und die in dogmengeschichtlicher Hinsicht insbesondere die Kritik Jherings motivierte)<sup>86</sup>, für das hier erklärte Untersuchungsziel letztlich irrelevant. Es geht nicht um die Frage, ob Interessen oder ein Status Verhaltenspflichten begründen, an die das Strafrecht Sanktionen knüpfen kann oder soll.<sup>87</sup> Vielmehr geht es – selbst zugestanden, dass sie es tun – um die Frage, ob sich bei Verletzung strafbewehrter Verhaltenspflichten das Kriminalunrecht *funktional* als subjektive Rechtsverletzung beschreiben lässt. Und auf diese Frage kann die Willentheorie eine Antwort geben.

---

<sup>82</sup> So *Jellinek* 1905 (2011), S. 44. Vgl. zur Kombinationstheorie subjektiver Rechte bereits oben S. 34.

<sup>83</sup> Damit ist freilich noch nicht gesagt, ob subjektive Rechte mit einer Willentheorie *generell* angemessen konzeptuell erfasst werden können, etwa auch in der Debatte um moralische Rechte. Es geht mir hier ausschließlich um ein angemessenes (straf)rechtliches Begriffsverständnis subjektiver Rechte.

<sup>84</sup> Vgl. oben S. 34 f.

<sup>85</sup> Vgl. oben S. 20 ff.

<sup>86</sup> Vgl. dazu oben S. 33 f.

<sup>87</sup> Vgl. dazu noch einmal eingehend von meiner Seite unten S. 182, Fn. 184 sowie zu Ansätzen, die diese Frage in den Vordergrund stellen, unten S. 77 ff.

Damit ist freilich nicht gesagt, dass die Willenstheorie hinreicht, um ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht vollständig zu beschreiben. Denn wie in Kapitel C. deutlich werden wird, ist die Missachtung des Rechtsinhabers in seinem autoritativen Rechtsstatus das Spezifikum eines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht: Der Fokus, den die Willenstheorie auf die Kontrolle der Verhaltenspflicht legt, weist nämlich dem Rechtsinhaber einen Status zu, den andere respektieren müssen. Denn jemandes subjektives Recht nicht zu verletzen, impliziert gleichzeitig, diese Person nicht so zu behandeln, dass ihre Willensherrschaft unterminiert wird. Die Willenstheorie subjektiver Rechte ist damit funktional automatisch mit einem deontischen Status der Rechtsinhaberschaft verknüpft, welcher sich für ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht noch als entscheidend erweisen wird.<sup>88</sup> Gleichwohl soll es an dieser Stelle der Untersuchung zunächst nur um die Frage gehen, ob sich Kriminalunrecht in willens-theoretischer Tradition funktional als subjektiv-rechtlich strukturiert beschreiben lässt. Das heißt, ob es bei Kriminalunrecht um die Verletzung von Pflichten geht, die der Verletzte der Straftat deontisch kontrolliert.

Um im Folgenden die Frage nach der subjektiv-rechtlichen Dimension von Kriminalunrecht zu untersuchen, möchte ich daher subjektive Rechte anknüpfend an ein willens-theoretisches Verständnis innerhalb eines Hohfeld'schen Begriffsrahmens wie folgt bestimmen: *Subjektive Rechte sind Ansprüche des Rechtsinhabers, denen gerichtete Pflichten anderer korrelieren, über die der Rechtsinhaber ein Mindestmaß an Kontrolle verfügt.* Diese Begriffsbestimmung subjektiver Rechte begrenzt den Begriff – im Sinne Hohfelds – auf Anspruchsrechte.<sup>89</sup> Daneben verlangt sie – in willens-theoretischer Tradition – zusätzlich eine Kontrolle des Rechtsinhabers über die Pflichten des Rechtsadressaten. Wenn hierbei von einem *Mindestmaß* an Kontrolle die Rede ist, so trägt das dem Umstand Rechnung, dass diese Kontrolle auf unterschiedliche Art und Weise ausgeübt werden kann. Hart unterscheidet in seinem bereits angesprochenen Aufsatz drei Stufen der Kontrolle. Bzgl. der ersten führt er aus: „[T]he right holder may waive or extinguish the duty or leave it in existence [...]“.<sup>90</sup> Diese Kontrolle seitens des Rechtsinhabers lässt sich logisch als eine Form alethischen Könnens beschreiben, die deontischen Verhältnisse zwischen Rechtsinhaber und Rechtsadressat zu ändern. Im Anschluss an Hohfeld<sup>91</sup> lässt sich von einer *Kompetenz* sprechen,

---

<sup>88</sup> Vgl. eingehend dazu unten S. 132 ff. Vgl. zur Verknüpfung von subjektiven Rechten mit einem bestimmten Rechtsstatus des Rechtsinhabers aber auch schon oben S. 30 f.

<sup>89</sup> Vgl. zur Rechtfertigung dieser Engführung des Rechtsbegriffs bereits oben S. 38 f.

<sup>90</sup> Hart 1982b, S. 184.

<sup>91</sup> Vgl. oben Fn. 45 und eingehend Hohfeld, Yale Law Journal 1913, S. 16, 44 ff.

unter der – so Koller – wie „unter Juristen üblich“ nichts anderes zu verstehen ist, als „die Befugnis oder die Ermächtigung, die Rechte oder Pflichten irgendwelcher Personen zu verändern, d.h. durch bestimmte Handlungen [...] solche Rechte oder Pflichten [...] zu erzeugen oder zu beseitigen“.<sup>92</sup> Danach können subjektive Rechte einer Person nur zugeschrieben werden, wenn sie über Anspruchsrechte verfügt *und* die Kompetenz hat, über deren Bestand zu entscheiden.<sup>93</sup>

Neben der Kompetenz, den Rechtsadressaten von seinen Pflichten zu entbinden, nennt Hart auf zweiter und dritter Stufe allerdings noch weitergehende Formen der Kontrolle: „(ii) [A]fter breach or threatened breach of a duty he may leave it ‚unenforced‘ or may ‚enforce‘ it by suing [...]; and (iii) he may waive or extinguish the obligation to pay compensation to which breach gives rise.“<sup>94</sup> Er geht jedoch selbst nicht davon aus, dass auf allen drei von ihm genannten Ebenen eine Kontrolle bestehen muss.<sup>95</sup> Während die dritte von Hart benannte Ebene von den meisten Willenstheoretikern außer Acht gelassen wird,<sup>96</sup> betonen viele den Aspekt der Erzwing- oder (gerichtlichen) Durchsetzbarkeit.<sup>97</sup> Andere<sup>98</sup> lassen für Rechtszuschreibungen bereits – auf erster Stufe – die Fähigkeit genügen, den Rechtsadressaten von der korrelierenden Pflicht zu entbinden. Es stellt sich also die Frage, auf welche der folgenden – anschließend an Steiners präzisere Differenzierung – genannten Formen von Kontrolle abzustellen ist, um von einer subjektiven Rechtszuschreibung zu sprechen:

- „1 to waive compliance with the duty (i.e. extinguish it);
- 2 to leave the duty in existence (i.e. demand compliance with it);
- 3 to waive proceeding for the enforcement of the duty (i.e. for the restraint of, or compensation by, the duty-holder in the face of threatened or actual breach) and thereby forgive its breach;

<sup>92</sup> Koller 1997a, S. 255 mit Fn. 4. Wenn Juristen von einem „rechtlichen Können“ sprechen (vgl. etwa Jellinek 1905 (2011), S. 48 mit Fn. 1), sprechen sie häufig von nichts anderem als einer Kompetenz im Hohfeld'schen Sinne.

<sup>93</sup> Vgl. mit einem ähnlichen Begriffsverständnis Wellman 1985, S. 31; Sumner 1987, S. 101; Edmundson 2012, S. 100 und Schnüriger 2014, S. 101 f. Auf die darüber hinausgehende Frage, ob zur vollständigen Beschreibung subjektiver Rechte noch ein Privileg im Sinne Hohfelds hinzukommen muss, die Kompetenz ausüben zu dürfen (womit die Unterscheidung zwischen Gültigkeit und Legitimität verbunden ist, vgl. dazu Schnüriger 2014, S. 40 ff.), werde ich nicht eingehen.

<sup>94</sup> Hart 1982b, S. 184.

<sup>95</sup> Vgl. Hart 1982b, S. 183, Fn. 85.

<sup>96</sup> So etwa Wellman 1985, S. 72 und Sumner 1987, S. 43.

<sup>97</sup> Vgl. insb. Kelsen 1960, S. 139 f.; Koller 1997b, S. 100; aber auch Wellman 1985, S. 136.

<sup>98</sup> Etwa Sumner 1987, S. 43 und – obgleich kein ausgewiesener Willenstheoretiker – wohl auch Wildt 1992, S. 165 f.



- 4 to demand proceeding for the enforcement of the duty;
- 5 to waive enforcement;
- 6 to demand enforcement.<sup>99</sup>

Für eine subjektive Rechtszuschreibung scheint es mir zu genügen, dass man zumindest alleine oder gemeinsam mit anderen über *eine* der vorgenannten Formen von Kontrolle verfügt, da es nicht zwingend erscheint, hier eine Festlegung zu treffen. So ist es *prima facie* nicht ausgeschlossen, dass innerhalb einer Rechtsordnung die Befugnis zum Rechtsverzicht und die Befugnis zur (gerichtlichen) Rechtsdurchsetzung unterschiedlichen Subjekten zugeordnet werden. Ebenso ist es denkbar, dass ein Recht auf erster, zweiter oder dritter Stufe mehreren Personen (individuell oder gemeinschaftlich) zugeordnet ist.<sup>100</sup>

Will man gleichwohl eine Festlegung oder Hierarchisierung der verschiedenen Formen von Kontrolle treffen, so kommt meines Erachtens der Kontrolle über die Verhaltenspflicht, diese bestehen zu lassen oder aufzuheben (in obiger Aufzählung den Stufen 1 und 2), das Primat zu. Hierfür spricht, dass nachgelagerte Stufen, d. h. die Befugnis zur Rechtsdurchsetzung (Stufen 3–6), durch die Kompetenz auf den ersten Stufen bedingt und begründbar sind: Denn es besteht zum einen eine logische Vorrangigkeit, insoweit sich die Frage der Rechtsdurchsetzung nur stellt, wenn es nicht zu einer Aufhebung der Verhaltenspflicht (d. h. einem Rechtsverzicht auf erster Stufe) gekommen ist und die Pflicht bzw. das Recht fortbesteht. Und zum anderen besteht *pro tanto* ein normativer Begründungszusammenhang zwischen verschiedenen Stufen der Kontrolle: Dass jemand die Befugnis hat, auf ein Recht (gemeint ist die Erfüllung einer Verhaltenspflicht) zu bestehen bzw. darauf zu verzichten, liefert uns in der Regel einen hinreichenden Grund dafür, ihm auch die Befugnis zur Rechtsdurchsetzung zu gewähren, falls dieses Recht verletzt wird. Dies schließt es nicht aus, die Rechtsdurchsetzung aus anderen Gründen auch jemand anderem zuzuweisen. Gleichwohl besteht dann ein erhöhter Begründungsbedarf, nachgelagerte Stufen der Kontrolle (die Rechtsdurchsetzung) einer anderen Person zuzuweisen, als derjenigen, die die primäre Kontrolle über die Verhaltenspflicht hat.

Aber vor allem sprechen angesichts des übergeordneten Ziels dieser Untersuchung rechtliche bzw. rechtsdogmatische Gründe dafür, die Kontrolle über das Bestehen bzw. Nicht-Bestehen von Verhaltenspflichten für eine Zuschrei-

<sup>99</sup> Steiner 1994, S. 69 im Anschluss an die vorgenannte Differenzierung Harts.

<sup>100</sup> So im Ergebnis auch – wenngleich mit einer anderen Begriffsbestimmung subjektiver Rechte – Buchheim 2017, S. 72 mit Fn. 212 sowie aus der Verpflichtungsperspektive argumentierend Hruschka. FS Dreher, 1977, S. 198. Vgl. auch Kirste 2021, S. 270 f. und bereits Kelsen 1960, S. 141.



bung subjektiver Rechte genügen zu lassen. Denn die Ausgangsfrage dieser Untersuchung, ob Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte der von einer Straftat Betroffenen zu begreifen ist oder nicht, ist eine Frage, die vor dem Hintergrund des materiellen Strafrechts, d. h. des deutschen Strafgesetzbuches und der hierzu entwickelten Dogmatik, zu beantworten ist. Daher erlaubt es die Trennung, die wir rechtlich und rechtsdogmatisch zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozessrecht vornehmen, die Zuschreibung subjektiver Rechte auf materiell-rechtlicher Ebene unabhängig von der prozessualen Reaktion auf eine Rechtsverletzung vorzunehmen. Dieses Vorgehen ist sogar angezeigt, weil auch die Frage einer Strafbarkeit nach dem materiellen Strafrecht unabhängig von der Frage zu beantworten ist, ob eine Straftat strafprozessual verfolgt werden kann. Weil es also vorliegend um die Frage nach einem materiellen Unrechtsbegriff geht, der die Straftat als Verletzung subjektiver Rechte begreift, kann es zur Beantwortung dieser Frage nur darauf ankommen, ob der von einer Straftat betroffenen Person die Kontrolle über das Bestehens bzw. Nicht-Bestehens von strafbewehrten Verhaltenspflichten zukommt oder nicht.<sup>101</sup>

Mithin reicht – zumindest für die Untersuchung des materiellen Unrechtsbegriffs – die Kontrolle des Bestehens bzw. Nicht-Bestehens von Verhaltenspflichten als Anknüpfungspunkt für eine Zuschreibung subjektiver Rechte aus. Vor diesem Hintergrund gehe ich im Folgenden davon aus, dass eine Person genau dann ein subjektives Recht hat, wenn sie über Anspruchsrechte verfügt *und* ihr zumindest auf Ebene der bei Steiner genannten Stufen 1 und 2 eine Kontrolle über die dem Anspruch korrelierende Pflicht zukommt.

## II. Materielle Unrechtslehren und die Bedeutung subjektiver Rechte

Subjektive Rechte zeichnen sich – so das Ergebnis der vorigen dogmengeschichtlichen und rechtstheoretischen Betrachtung – durch Ansprüche des Rechtsinhabers aus, denen Verhaltenspflichten des Rechtsadressaten korrelieren, über die der Rechtsinhaber ein Mindestmaß an Kontrolle hat. Aus diesem Grund können wir davon sprechen, dass der Rechtsadressat *gegenüber* dem Rechtsinhaber verpflichtet ist und *ihm* Unrecht tut, wenn er die Verhaltenspflicht verletzt. Ob sich auch Kriminalunrecht in diesem Sinne als Ver-

---

<sup>101</sup> Ob und inwieweit wiederum aus einem subjektiv-rechtlichen Verständnis von Kriminalunrecht auf Ebene des materiellen Rechts Konsequenzen für die Aufgabenbestimmung und Ausgestaltung des Strafverfahrens folgen, ist eine nachgelagerte Frage, die zu einem späteren Zeitpunkt dieser Untersuchung eingehend aufgegriffen werden wird, vgl. unten S. 241 ff.

letzung subjektiver Rechte des von der Straftat Betroffenen begreifen lässt, ist hingegen eine genuin strafrechtsdogmatische Frage, namentlich ob ein materieller Unrechtsbegriff strukturell an eine subjektive Rechtsverletzung anknüpft oder diese sogar abbildet.

Wenn hier vom materiellen Unrechtsbegriff die Rede ist, geht es um die Frage, ob sich strafrechtliches Unrecht in der Erfassbarkeit eines Lebenssachverhaltes nach Maßgabe des Strafrechts erschöpft<sup>102</sup> oder ob durch die Straftatbestände des Strafrechts Unwerte lediglich typisiert werden, deren Strafwürdig- und Strafbedürftigkeit von bestimmten Eigenschaften abhängen, die Kriminalunrecht allererst ausmachen. Die Frage nach dem materiellen Unrechts- bzw. Verbrechensbegriff<sup>103</sup> ist damit die Frage nach dem Wesen von Kriminalunrecht. Dabei geht der weitaus größte Teil<sup>104</sup> der deutschen Strafrechtswissenschaft davon aus, dass sich Kriminalunrecht durch bestimmte Kriterien auszeichnet, die allererst die Sanktionsform staatlicher Strafe rechtfertigen. Nicht jede unerwünschte Verhaltensweise dürfe kriminalisiert werden, vielmehr bedürfe es einer besonderen Begründung, warum die Eingriffsintensität bestimmter Verhaltensweisen Strafe als Reaktion rechtfertige.<sup>105</sup> Somit betrifft der materielle Unrechtsbegriff „[d]ie Frage nach [...] der inhaltlichen Reichweite des *ius puniendi*“.<sup>106</sup> Allerdings ist im Einzelnen umstritten, was genau die materiellen Kriterien hierfür sein sollen und –

<sup>102</sup> Danach ist *Unrecht* der Inbegriff der rechtswidrigen Verwirklichung eines Straftatbestands. Es ist somit nicht gleichbedeutend mit *Rechtswidrigkeit*. „Während die Rechtswidrigkeit nur den Widerspruch zwischen Handlung und Norm ausdrückt und daher nicht abstufbar ist, bedeutet das Unrecht den durch die Handlung verwirklichten, von der materialen Wertordnung des Rechts mißbilligten Unwert.“ (Lackner/Kühl-Heger, Vor § 13 Rn. 18) Vgl. ebenso *Graul*, JuS 1995, S. 41 ff. (Lernbogen); *Hohn*, JuS 2008, S. 494 und *Roxin/Greco* 2020, § 14 Rn. 1 ff.

<sup>103</sup> Ich verwende die Begriffe vorliegend synonym; so wie hier auch *Altenhain* 2002, S. 271 ff. Vielfach wird jedoch auch der materielle Unrechtsbegriff vom materiellen Verbrechensbegriff geschieden, da letzterer die schuldhaftige Verwirklichung von Unrecht betreffe und insofern weiter sei. Vgl. hierzu überblicksartig *MüKo-StGB-Freund*, Vor § 13 Rn. 5 ff. und *LK-StGB-Walter*, Vor § 13 Rn. 2 ff., 21 ff.

<sup>104</sup> Vgl. aber beispielhaft für eine grundsätzliche Kritik an materiellen Unrechtslehren (insb. gesetzgebungskritischen Rechtsgutslehren) und für eine weitgehende gesetzgeberische Entscheidungsfreiheit über die Kriminalisierung von Verhaltensweisen im Rahmen der Verfassung *Gärditz*, *Der Staat* 2010, S. 331 ff. und *Barisch* 2009, S. 121 f. sowie wiederum kritisch hierzu *Zaczyk*, *Der Staat* 2011, S. 295 ff. und *Gierhake* 2013, S. 203 ff. Vgl. dazu von meiner Seite auch noch eingehend unten S. 199 ff.

<sup>105</sup> Vgl. statt vieler nur *Roxin/Greco* 2020, § 2 Rn. 1 und 7 ff.; *G. Jakobs* 1991, §§ 2 und 3; *Jescheck/Weigend* 1996, § 7 I 1; *Köhler* 1997, S. 22 ff.; *Schmidhäuser* 1975, S. 42 ff.; *Otto* 1971, S. 14 f. sowie *Gallas* 1968, S. 6 ff.

<sup>106</sup> *Altenhain* 2002, S. 281.

diese Frage ist getrennt zu verhandeln –<sup>107</sup> wie weit sich aus diesen Kriterien wiederum gesetzgebungskritisches Potenzial ableiten lässt.

Im Folgenden sollen zu dieser Frage drei Begründungsansätze vorgestellt und untersucht werden.<sup>108</sup> Mein Ziel ist dabei die Klärung, innerhalb welcher materiellen Unrechtslehre(n) es überhaupt nur möglich ist, Kriminalunrecht eine subjektiv-rechtliche Dimension beizumessen.<sup>109</sup> Dabei möchte ich auf dieser Stufe der Untersuchung zunächst ganz allgemein danach fragen, welche der heute vertretenen materiellen Unrechtsbegriffe inhaltlich an eine subjektive Rechtsverletzung anknüpfen, d. h. der Verletzung subjektiver Rechte maßgebliche Bedeutung in der Kriminalunrechtsbestimmung einräumen. Erst in einem zweiten Schritt möchte ich dann der hieran anschließenden Frage nachgehen, ob Kriminalunrecht dabei selbst eine subjektive Rechtsverletzung abbildet.<sup>110</sup>

## 1. Unrecht als Verletzung eines Rechtsguts

Dabei bietet es sich an, zunächst die Unrechtslehren in den Blick zu nehmen, die das Wesen des Kriminalunrechts auf eine Rechtsgutsverletzung zurückführen, da die Rechtsgutslehre(n) als dogmatischer wie auch gesetzgebungskritischer Systematisierungsansatz die Debatte in der deutschen Strafrechtswissenschaft weithin prägen.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> Diese beiden Fragen sind meines Erachtens auseinanderzuhalten: Bei der ersten geht es um Kriterien, mit denen sich Kriminalunrecht jenseits der Erfassbarkeit eines Lebenssachverhaltes nach Maßgabe eines Straftatbestandes begrifflich beschreiben lässt. Bei der zweiten geht es – darüber hinausgehend – darum, ob der Gesetzgeber in seiner Strafgesetzgebung hieran gebunden ist, was Probleme hinsichtlich einer normativen Letztbegründung aufwirft, vgl. unten S. 199 ff.

<sup>108</sup> Meine Darstellung materieller Unrechtsbegriffe erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und geht auch nicht allzu sehr ins Detail. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass der Bezug zur hier verfolgten Fragestellung nicht verloren gehen soll. Es geht mir vordringlich darum, einen argumentativen Bezugsrahmen für eine subjektiv-rechtliche Interpretation von Kriminalunrecht aufzuspannen. Vgl. mit ersten Vorüberlegungen hierzu, auf die die nachfolgende Betrachtung aufbaut, auch bereits Hirsch 2020, S. 32 ff.

<sup>109</sup> Da sich die Diskussion um subjektive Rechte dogmengeschichtlich und rechtstheoretisch zu subjektiven Individualrechten entwickelt hat, wird dabei – der besseren Vergleichbarkeit halber – die Kriminalunrechtsbestimmung mit Blick auf die Verletzung individualschützender Strafvorschriften im Vordergrund stehen.

<sup>110</sup> D. h., ob und inwieweit Kriminalunrecht nicht nur auf die Verletzung subjektiver Rechte bezogen ist, sondern selbst die normative Struktur einer subjektiven Rechtsverletzung aufweist. Vgl. dazu eingehend unten S. 106 ff.

<sup>111</sup> Die meisten Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftler vertreten entweder eine Spielart der Rechtsgutslehre (vgl. die Nachweise unten S. 55 ff. und bei Engländer, ZStW 2015, S. 616, Fn. 3) oder entwickeln einen eige-

### a) Die Genealogie des Rechtsgutskonzepts

Genealogisch stellt das Rechtsgutskonzept einen Gegenentwurf zu der Anfang des 19. Jahrhunderts in der Strafrechtswissenschaft prominenten Rechtsverletzungslehre dar, welche maßgeblich von Feuerbach geprägt war.<sup>112</sup> Letzterer definierte das Verbrechen als Verletzung „der durch Staatsvertrag verbürgte[n], durch Strafgesetz gesicherte[n] Freiheit“. „*Verbrechen* [sc. ist] eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Rechte eines Anderen widersprechende Handlung.“<sup>113</sup> Kriminalunrecht besteht nach Feuerbach also in der Verletzung der Freiheitsrechte anderer. Hiermit führt Feuerbach den Verbrechensbegriff letztlich auf die in der gesellschaftsvertraglichen Staatslegitimation verankerten Freiheitsgewährleistungen der Bürger zurück,<sup>114</sup> was seiner Unrechtslehre nicht nur einen vorpositiven,<sup>115</sup> sondern auch einen klassisch liberalen Gehalt verleiht.<sup>116</sup>

Die Lehre vom Rechtsgut teilt mit der vorbenannten Rechtsverletzungslehre den ideengeschichtlichen Hintergrund im liberalen Gedankengut der

---

nen Ansatz gerade in Fortentwicklung (vgl. unten S. 59 f.) oder Abgrenzung hierzu (vgl. unten S. 66 ff.), sodass sich ein Überblick über die materiellen Unrechtslehren am besten vom Rechtsgutsbegriff ausgehend gewinnen lässt.

<sup>112</sup> Um 1800 rückten verschiedene Strafrechtslehrer beeinflusst von der Kantischen Rechtsphilosophie den Rechtsbegriff in das Zentrum der Kriminalunrechtsbestimmung. Am bekanntesten waren dabei die Systementwürfe von Grolman (vgl. Grolman 1799) und Feuerbach. Vgl. zu Letzterem konzipiert *Vormbaum* 2019, S. 37 ff. und 49 ff., zur Beeinflussung durch Kant *Naucke* 1962, S. 62 ff. sowie zuletzt zu Feuerbachs Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung *Greco* 2009, S. 56 ff.

<sup>113</sup> *Feuerbach* 1847, § 21.

<sup>114</sup> Vgl. *Feuerbach* 1847, § 23: „Da Erhaltung der Rechte überhaupt Zweck der Strafgesetze ist, so sind sowohl die Rechte der *Unterthanen*, als auch die dem *Staat* (als *moralischer* Person) zukommenden Rechte, Gegenstand ihrer schützenden Drohungen“.

<sup>115</sup> Seine gesellschaftsvertragliche Staatslegitimation formuliert ausgehend von einer Naturzustandsfiktion vorpositive Anforderungen an staatliche Herrschaft, da Freiheitsrechte nach Feuerbach bereits im Naturzustand existieren, deren Sicherung Staatszweck ist. Vgl. eindrücklich *Feuerbach* 1798, S. 9 ff. sowie hierzu auch *Murmann* 2005, S. 63 ff.

<sup>116</sup> Das Potenzial seiner liberalen Strafrechtsbegründung schöpfte Feuerbach jedoch nicht aus, da er die staatliche Strafgewalt nicht nur auf die Verletzung subjektiver Freiheitsrechte der Bürger und der Rechte des Staates als moralischer Person beschränkte, sondern auch „Polizeiübertretungen“ erfassen wollte (vgl. *Feuerbach* 1847, § 22). Damit wurden sitten- bzw. moralwidrige Verhaltensweisen, insoweit sie Gegenstand entsprechender Polizeigesetze waren, kriminalisiert: „*Ist das Recht des Staats auf Gehorsam gegen ein bestimmtes Polizeigesetz mit Strafen bedroht, so entsteht der Begriff von Vergehen, Polizei-Übertretung.*“ Vgl. hierzu auch *Hassemer* 1973, S. 36; *Amelung* 1972, S. 35 f. sowie *Murmann* 2005, S. 64.

Aufklärung,<sup>117</sup> wendet sich jedoch gegen die rechtliche Verfasstheit der strafrechtlich zu schützenden individuellen Freiheit. Diese bildet den Angriffspunkt der Kritik Birnbaums, des Begründers des Rechtsgutskonzepts, demzufolge Feuerbachs Auffassung, Kriminalunrecht bestehe in einer *Rechtsverletzung*, irreführend ist:

„Wenn *Gefahr* ein Zustand ist, worin wir fürchten müssen, etwas zu *verlieren* oder eines Gutes beraubt zu werden, so ist es höchst unpassend, von einer *Rechtsgefahr* zu reden. Dadurch, daß wir etwas verlieren oder einer Sache beraubt werden, die *Gegenstand unsers Rechtes* ist, daß uns ein Gut, welches uns rechtlich zusteht, entzogen oder vermindert wird, wird ja unser *Recht* selbst weder vermindert noch entzogen.“<sup>118</sup>

Damit konzipierte Birnbaum Kriminalunrecht nicht als Rechtsverletzung, sondern als Verletzung bzw. Entziehung eines dem positiven Recht vorgelagerten „Gutes“,<sup>119</sup> wodurch eine vom positiven Recht unabhängige Definition des Verbrechens möglich wurde. Hierin – d. h. in der Konzeption eines gegenstandsbezogenen, vorpositiven Rechtsgutsbegriffs – ist sein wesentlicher Beitrag für die Entwicklung der modernen Rechtsgutslehre (wie auch allgemein der modernen Strafrechtsdogmatik) zu sehen.<sup>120</sup> Allerdings schöpfte Birnbaum das liberal-gesetzgebungskritische Potenzial des von ihm entwickelten vorpositiven Rechtsgutsbegriffs nicht aus. Auch wenn Birnbaum sein Rechtsgutskonzept als vorpositiv ansah,<sup>121</sup> entfaltete er nicht das hierin liegende Potenzial, liberale Vorgaben für eine Strafgesetzgebung zu machen. Wie sich beispielsweise daran zeigt, dass er auch unsittliche und

<sup>117</sup> Namentlich der hiervon inspirierten Theorien des Gesellschaftsvertrags, welche nicht nur die Staatslegitimation sondern auch die Begründung des Strafrechts auf die Wahrung individueller Freiheit(srechte) zurückführten. Vgl. nur *Hassemer* 1973, S. 27 ff.; *Schünemann* 2003, S. 137 ff. und *Hörnle* 2005, S. 11 ff., jeweils m. w. N.

<sup>118</sup> *Birnbaum*, Archiv des Criminalrechts – Neue Folge 1834, S. 149, 172. Daneben kritisiert Birnbaum die Feuerbach'sche Rechtsverletzungslehre vor allem dahingehend, dass sie angesichts der Anerkennung von Polizeübertretungen (vgl. oben Fn. 116) begrifflich und inhaltlich inkonsistent sei (ebd., S. 167 ff.) und dass sie keine sinnvolle Abgrenzung von Versuch und Vollendung ermögliche (ebd., S. 170 f. und 182 f.).

<sup>119</sup> Dabei unterschied er zwischen individuellen Gütern und Gütern der Gesellschaft. Erstere sind nach Birnbaum naturgegeben, letztere Ergebnis der Gesellschafts- und Staatsentwicklung. Durch diese Differenzierung konnte er zwischen Straftaten „gegen Individuum“ und „gegen das Gemeinwesen“ unterscheiden, vgl. *Birnbaum*, Archiv des Criminalrechts – Neue Folge 1834, S. 149, 177 f.

<sup>120</sup> So auch *Amelung* 1972, S. 43 ff.; *Vormbaum* 2019, S. 52; *Swoboda*, ZStW 2010, S. 24, 28, wobei *Otto*, JURA 2016, S. 361, 363 und *Anastasopoulou* 2005, S. 6 zurecht anmerken, dass Birnbaum von *Gut* und noch nicht von *Rechtsgut* sprach.

<sup>121</sup> Vgl. *Birnbaum*, Archiv des Criminalrechts – Neue Folge 1834, S. 149, 177 und *Birnbaum*, Archiv des Criminalrechts – Neue Folge 1836, S. 560, 570 ff.

antireligiöse Handlungen als strafwürdige Güterverletzungen begriff,<sup>122</sup> blieb Birnbaum letztlich einem positivistischen Strafrechtsverständnis verfangen.<sup>123</sup>

In der Folge erfuhr der von Birnbaum entwickelte liberal-vorpositive Begriff des Rechtsguts einen deutlichen Wandel hin zu einem positivierten Rechtsgutskonzept, das nur noch als Kriterium der Auslegung und Systematisierung des positiven Rechts herangezogen wurde. Deutlich zeigt sich dies bei Binding. Nach ihm ist „*Rechtsgut alles, [...] an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung sie* [sc. die Rechtsgemeinschaft]“ nach Auffassung des Gesetzgebers „*ein Interesse hat, und das er deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist*“.<sup>124</sup> Bindings Rechtsgutskonzept ist damit positiviert: Rechtsgüter entstehen erst durch die Anerkennung des Gesetzgebers und diese Anerkennung wird auch nicht durch vorpositive Vorstellungen über erforderliche Grundgüter angeleitet. Denn was als „*Bedingung gesunden Lebens*“<sup>125</sup> nach Urteil der Rechtsgemeinschaft als Rechtsgut gilt, ergibt sich allein aus den vom Gesetzgeber aufgestellten Verhaltensnormen<sup>126</sup>. Das Rechtsgut bezeichnet damit nur noch das Schutzobjekt eines Strafgesetzes, ist die bei seiner Auslegung zu berücksichtigende *ratio legis*.<sup>127</sup> Für den Verbrechensbegriff verliert es damit an Bedeutung und so sieht Binding Kriminalunrecht jedenfalls vordergründig als Verletzung des staatlichen Gehorsamsanspruchs auf Befolgung der vom Gesetzgeber aufgestellten Verhaltensnormen.<sup>128</sup> Im Hintergrund mag dabei bei Binding noch die Verletzung des Rechtsguts als Kern des Verbrechens

<sup>122</sup> Birnbaums Unterscheidung zwischen individuellen Gütern und Gütern der Gesellschaft (vgl. oben Fn. 119) erlaubte ihm, auch sitten- bzw. moralwidrige Verhaltensweisen als strafbar zu erfassen, da er die „Summe religiöser und sittlicher Vorstellungen als ein unter die allgemeine Garantie zu stellendes Gemeingut des Volkes“ ansah, sodass „gewisse Arten unsittlicher oder irreligiöser Handlungen *an sich als rechtswidrig* für die im Staate lebenden Menschen angesehen werden müssen“. Vgl. Birnbaum, Archiv des Criminalrechts – Neue Folge 1834, S. 149, 178 f.

<sup>123</sup> Vgl. hierzu auch Amelung 1972, S. 46 ff.; Swoboda, ZStW 2010, S. 24, S. 27 f. und Vormbaum 2019, S. 52 ff.

<sup>124</sup> Binding 1922 (1965), S. 353 ff.

<sup>125</sup> Binding 1922 (1965), S. 353.

<sup>126</sup> Vgl. zum Begriff der Verhaltensnorm und der von Binding entwickelten Unterscheidung ihrer Bestimmungs- und Bewertungsfunktion eingehend und m. w. N. unten S. 95.

<sup>127</sup> So auch Swoboda, ZStW 2010, S. 24, 29 und Otto, JURA 2016, S. 361, 364.

<sup>128</sup> Vgl. hierzu auch Amelung 1972, S. 73 f. und Hassemer 1973, S. 46 f. Dementsprechend bestimmt Binding 1915, S. 85 Strafe als „das gegen den Delinquenten geltend gemachte Recht auf Befolgung der staatlichen Normen behufs notwendiger Bewährung der Autorität des jeweils verletzten Gesetzes“.



stehen,<sup>129</sup> gleichwohl entfaltet dies kein gesetzgebungskritisches Potenzial und Binding überlässt die Definition dessen, was Verbrechen ist, der gesetzgeberischen Wertentscheidung.<sup>130</sup>

Von Binding abgrenzen möchte sich schließlich von Liszt, wenn er das Verbrechen als die Verletzung rechtlich geschützter Interessen definiert. Hierbei hat von Liszt zwar den Anspruch, dem Rechtsgutsbegriff als „Grenzbegriff“ zu den Gesellschaftswissenschaften<sup>131</sup> einen sozialwissenschaftlich fundierten, teleologisch auf den Interessenschutz ausgerichteten Gehalt beizumessen und auf dessen Grundlage die Strafgesetzgebung auf die „Sicherung der *Lebensbedingungen* der staatlichen Gemeinschaft“<sup>132</sup> zu begrenzen.<sup>133</sup> Was jedoch vitale Interessen des Individuums und des Staates sind, deren Erhalt zur Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung notwendig ist, und welches Verhalten demzufolge als sozialschädlich zu bestrafen ist, ist für von Liszt eine kriminalpolitische und damit staatliche Wertentscheidung: „Die Strafgesetzgebung ist unzweifelhaft eine Sache der Kriminalpolitik.“<sup>134</sup> Trotz Abkehr von Bindings nomologischem Verbrechensbegriff durch seine Lehre von der Interessenverletzung verliert von Liszts Rechtsgutsbegriff damit

<sup>129</sup> Vgl. *Amelung* 1972, S. 80; *Hassemer* 1973, S. 43 f. und 47 sowie *Sina* 1962, S. 43.

<sup>130</sup> Swoboda und Hassemer wollen Binding immerhin zugestehen, eine gesetzgebungskritische Funktionalisierung des Rechtsgutskonzepts nicht gänzlich aufgegeben zu haben. Binding halte „an der Hoffnung fest, durch systematische Analyse zu einem allen für strafbar erklärten Verhaltensweisen gemeinsamen, materiellen Verbrechenskern zu gelangen“ (*Swoboda*, ZStW 2010, S. 24, 30). Vgl. auch *Hassemer* 1973, S. 47, kritisch *Vormbaum* 2019, S. 135.

<sup>131</sup> Vgl. *Liszt*, ZStW 1886, S. 663, 672 f. und *Liszt*, ZStW 1883, S. 1, 32 f.

<sup>132</sup> *Liszt*, ZStW 1883, S. 1, 19.

<sup>133</sup> Da „mit dem ‚Rechtsgute‘ der *Zweckgedanke* seinen Einzug in das Gebiet der Rechtslehre“ gehalten habe (*Liszt*, ZStW 1886, S. 663, 673), möchte von Liszt den Rechtsgutsbegriff im Anschluss an Jhering teleologisch fassen und sieht den Zweck des Strafrechts im Interessenschutz, welcher Aufgabe des Staates sei. Vgl. dazu auch *Sina* 1962, S. 48 ff.; *Murmann* 2005, S. 94 ff. und *Swoboda*, ZStW 2010, S. 24, 30 f.

<sup>134</sup> *Liszt*, ZStW 1893, S. 325, 367. Vgl. auch *Liszt* 1927, § 1, wonach die „Aufgabe der Strafrechtswissenschaft“ die „rein juristisch-technische Betrachtung“ von Verbrechen und Strafe „gestützt auf die *Strafgesetzgebung*“ sei. Letztere werde allein von der Kriminalpolitik angeleitet, die „uns den Maßstab für die Wertschätzung des Rechts, welches gilt, [gibt] und [...] uns das Recht [aufdeckt], welches gelten sollte“. Anderenorts spricht *Liszt*, Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung 1912, S. 376, 378 davon, dass die „moderne strafrechtliche Schule [...] Übertragung wirtschaftlicher und politischer Gedanken und Forderungen“ auf die Strafrechtswissenschaft fordere. Es bedürfe der „bewußte[n] Zwecksetzung von seiten des Staates, ein bewußtes Eingreifen in das freie Spiel der Kräfte“. Liszt verlangt vom Staat, „den Einzelnen, solange es möglich ist, zu schützen, zu heben, wieder anzupassen an die in raschem Flusse sich ändernden gesellschaftlichen Verhältnisse, und die Gesamtheit zu schützen“. Vgl. hierzu auch *Naucke*, ZStW 1982, S. 525 ff.

letztlich seine gesetzgebungskritische Funktion.<sup>135</sup> Im Ergebnis hat der Rechtsgutsbegriff bei ihm (wie auch bei Binding) vordringlich nur methodologische Bedeutung als Kriterium der Auslegung und Systematisierung des positiven Rechts.

### **b) Kriminalunrecht nach gesetzgebungskritischen Rechtsgutslehren – ein Überblick**

Obwohl der Rechtsgutsbegriff bis zur heutigen Zeit noch einige Wandlungen erfahren hat,<sup>136</sup> ist mit den vorgenannten Entwicklungsstufen bereits der konzeptuelle Rahmen umrissen, in dem sich auch die heutige Rechtsgutsdiskussion bewegt. Auch wenn eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsgutsdefinitionen konkurriert,<sup>137</sup> lässt sich funktional ein methodologischer bzw. systemimmanenter Rechtsgutsbegriff anknüpfend an Binding und von Liszt von einem gesetzgebungskritischen bzw. systemkritischen Rechtsgutsbegriff unterscheiden, wie ihn Birnbaum vertritt.

Heutzutage der Sache nach unumstritten ist der erstgenannte, *methodologische Rechtsgutsbegriff*, der so auch letztlich – worauf später einzugehen ist –<sup>138</sup> in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt ist:

<sup>135</sup> So auch Hassemer 1973, S. 39 f. und Murmann 2005, S. 97 f.

<sup>136</sup> Einer genaueren Darstellung bedürften insbesondere noch die Rechtsgutskonzeptionen von Honig und Grünhut, welche den gesetzgebungskritischen Gehalt des Rechtsgutsbegriffs vollends zurückdrängten und vom Rechtsgut als „vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannte[n] Zweck in seiner kürzesten Formel“ (Honig 1919, S. 94) bzw. als der „Abbeviatur des Zweckgedankens“ (Grünhut, FG Frank, 1930, 8) sprachen. Eigene Erörterung verdiente ebenfalls die Zurückdrängung des Rechtsgutsbegriffs zur Zeit des Nationalsozialismus zugunsten der Begriffe der Pflichtverletzung und des Gesinnungsunwertes (vgl. hierfür exemplarisch Schaffstein, Deutsches Strafrecht 1935, S. 97 ff.) sowie die nach Kriegsende einsetzenden liberalen Gegenströmungen, welche jedoch für die hier beabsichtigte Genealogie des Rechtsgutsbegriffs nicht wesentlich sind. Vgl. hierzu konzis Hilgendorf 2019, S. 816 ff. sowie die Nachweise bei Otto, JURA 2016, S. 361, 364, Rn. 41.

<sup>137</sup> Eine Zusammenstellung der vertretenen Definitionen findet sich etwa bei Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 3. Beispielfhaft möchte ich neben den hier bereits sowie im Folgenden vorgestellten Rechtsgutsdefinitionen nennen: „erwünschte[r] soziale[r] Zustand, den das Recht vor Verletzungen sichern will“ (Welzel 1969, S. 4); „ideelle[r] Wert [...], d[er] hinter dem Straftatbestand steck[t]“ (Rengier 2020, § 3 Rn. 1); „rechtlich geschützter abstrakter Wert der Sozialordnung“ (Jescheck/Weigend 1996, § 26 II 2); „Lebensgüter, Sozialwerte oder rechtlich anerkannte Interessen des Einzelnen oder der Allgemeinheit, die wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Gesellschaft Rechtsschutz genießt“ (Wessels/Beulke/Satzger 2020, Rn. 11); „schützenswerte Dimension der Freiheit“ (Murmann 2019b, § 8 Rn. 8); „vom Recht geschützte Freiheitssphäre“ (Kühl 2017, § 3 Rn. 3).

<sup>138</sup> Vgl. unten S. 199 ff.



Insoweit verkörpert das Rechtsgut die *ratio legis* der Strafnormen und bildet den Anknüpfungspunkt ihrer teleologischen Auslegung. Hierauf beschränkt sich aber auch die Funktion des methodologischen Rechtsgutsbegriffs, kriminalpolitisch ist er bedeutungslos.<sup>139</sup> Dies will er aber auch sein, da allein ein „systemimmante[r] Rechtsgutsbegriff“ dem Umstand Rechnung trage, dass der Gesetzgeber „allein an die verfassungsmäßige Ordnung [...] gebunden ist“. Die Rechtswissenschaft könne lediglich „durch systematische Aufarbeitung des Rechts“ dabei helfen, den Willen des Gesetzgebers nachzuvollziehen.“<sup>140</sup> Anders hingegen der *gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff*: Gesetzgebungskritische Rechtsgutslehren beanspruchen, nicht nur Hilfsmittel zur Systematisierung und Auslegung von Strafvorschriften zu sein, sondern gesetzgebungskritisches bzw. kriminalpolitisches Potenzial zu entfalten. Der Rechtsgutsbegriff soll auch ein Mittel sein, dem Gesetzgeber Grenzen bei der Kriminalisierung von Verhaltensweisen aufzuzeigen. Das Rechtsgut als Kriterium einer „gerechten Strafwürdigkeitsbestimmung [...] will verhindern, dass der Strafgesetzgeber bei der Auswahl der strafbewehrten Normen und der strafrechtlichen Bestimmung von Verhaltenspflichten frei schalten und walten kann. Vielmehr soll er an einen inhaltlichen Maßstab seines Handelns gebunden sein, und sein Handeln soll an diesem Maßstab auch gemessen werden können [...].“<sup>141</sup> Allein einem solchen gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriff lassen sich Aussagen über einen materiellen Verbrechenskern, um den es hier geht,<sup>142</sup> entnehmen.

Angesichts der Vielzahl unterschiedlich akzentuierter gesetzgebungskritischer Rechtsgutslehren lassen sich diese und die hierzu geführte Debatte vorliegend nicht umfassend behandeln.<sup>143</sup> Um gleichwohl eine auf dem Rechtsgutskonzept beruhende Definition von Kriminalunrecht zu liefern,

<sup>139</sup> So auch Swoboda, ZStW 2010, S. 24, 32; Otto, JURA 2016, S. 361, 364 und Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 4.

<sup>140</sup> Vgl. Brockmann 2015, S. 69.

<sup>141</sup> NK-StGB-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 62.

<sup>142</sup> Es ist, wie bereits festgestellt (s.o.), eine andere Frage, ob diese deskriptiven Aussagen über einen allen Straftaten gemeinsamen Verbrechenskern ohne Weiteres auch in präskriptive Vorgaben für den Strafgesetzgeber übersetzt werden können (vgl. dazu eingehend unten S. 199 ff.). Da aber ein methodologischer Rechtsgutsbegriff angesichts seines beschränkten Erklärungsanspruchs davon befreit ist, jenseits der tatbestandlichen Erfassbarkeit eines Lebenssachverhaltes eine Verbrechensdefinition vorzulegen, lassen sich ihm keine inhaltvollen Aussagen über einen Verbrechenskern entnehmen. Die folgenden Ausführungen lassen daher den methodologischen Rechtsgutsbegriff beiseite und konzentrieren sich auf den gesetzgebungs- bzw. systemkritischen Rechtsgutsbegriff.

<sup>143</sup> Insoweit mag hier ein Hinweis auf die beispielhafte Aufzählung der „kaum noch zu überschauende[n] Literatur“ bei Engländer, ZStW 2015, S. 616, Fn. 3 genügen.

möchte ich einige Ansätze herausgreifen und hierbei die Rechtsgutslehre Marx' beispielhaft voranstellen. Marx definiert Kriminalunrecht als Verletzung von Rechtsgütern. Hierbei geht Marx von einer vorpositiven normativ-individualistischen Zweckbestimmung des Staates, welcher der freien Entfaltung des Menschen zu dienen habe, aus. Diese finde Ausdruck in der Menschenwürde als dem „materiale[n] Prinzip des freiheitlichen Rechtsstaates“, welches von der staatlichen Ordnung nicht geschaffen, sondern vorgefunden werde und damit Maßstab jedes staatlichen Handelns sei. Daher müsse der Staat mittels des Strafrechts die Bedingungen schaffen, die der Mensch zu seiner freien Selbstverwirklichung – sowohl als Individuum als auch als soziales Wesen – benötige.<sup>144</sup> Hierzu zählt Marx

„menschliches Leben und körperliche Integrität sowie die Dinge, von denen Leben und Gesundheit abhängen: Nahrung, Kleidung, Wohnung; des weiteren ein Freiheitsraum, in dem die Person tätig sich vollbringen kann, und die Dinge, mit und an denen sie sich in diesem Raum bewährt [...]; schließlich gehören auch ein Minimum an Gesicherheit dieser Voraussetzungen selbst und damit auch eine gewisse gesellschaftliche Ordnung – und also auch staatliche Organe – zu den Objekten, deren Schutz das Strafrecht bezweckt.“<sup>145</sup>

Diese Gegenstände sind laut Marx die strafrechtlich zu schützenden Rechtsgüter, welche er abstrakt definiert als „*diejenigen Gegenstände, die der Mensch zu seiner freien Selbstverwirklichung braucht*“.<sup>146</sup> Ausgehend von diesem Rechtsgutsbegriff definiert Marx „[s]trafrechtlich relevantes materiales Unrecht, Verbrechen,“ folglich als „die Verletzung von Rechtsgütern“.<sup>147</sup>

Neben der Unrechtslehre von Marx gibt es eine Vielzahl gesetzgebungskritischer Rechtsgutslehren, die das Wesen des Kriminalunrechts in einer Rechtsgutsverletzung erblicken. Allerdings variiert die spezifische Ausgestaltung und Leistungsfähigkeit der jeweiligen Rechtsgutslehren stark, da der Begriff *Rechtsgut* unterschiedlich gefasst wird.<sup>148</sup> Für eine gesetzgebungskri-

<sup>144</sup> Vgl. Marx 1972, S. 38 ff.

<sup>145</sup> Marx 1972, S. 61.

<sup>146</sup> Marx 1972, S. 62. Marx beansprucht hiermit lediglich eine notwendige Eigenschaft von Rechtsgütern anzugeben, namentlich dass Rechtsgüter der Selbstverwirklichung des Einzelnen innerhalb der Gesellschaft dienen müssen. Welche Gegenstände danach konkret als Rechtsgüter zu qualifizieren seien, lasse sich jedoch nicht abstrakt und allgemeingültig angeben. Im Ergebnis wird man daher sagen müssen, dass sich bei Marx ein holistisches System von Rechtsgütern ergibt, die gerade an der Peripherie, also da wo nicht mehr im Kern die Menschenwürde, Leib oder Leben betroffen sind, abänderbar und Gegenstand rechtspolitischer Entscheidung sind.

<sup>147</sup> Marx 1972, S. 70. Konkretes Verletzungsobjekt ist dabei laut Marx weder die Person noch der ihr zukommende Gegenstand selbst, sondern die Verfügbarkeit dieser Gegenstände für den jeweiligen Rechtsgutsinhaber.

<sup>148</sup> Vgl. zur begrifflichen Varianz des Rechtsgutskonzepts oben Fn. 137.

tische Bestimmung des Kriminalunrechts wird der Rechtsgutsbegriff umso aussagekräftiger, je stärker er an konkrete individuelle Grundgüter bzw. Individualinteressen zurückgebunden wird. Wenn etwa Marx Rechtsgüter auf bestimmte Grundgüter zurückführt und Hassemer und Neumann vom Rechtsgut als einem „strafrechtlich schutzbedürftige[n] menschliche[n] Interesse“ sprechen,<sup>149</sup> liefern diese kriminalpolitisch stark selektive Rechtsgutsbegriffe. Allerdings scheint eine solch radikale Reduktion des Rechtsgutsbegriffs auf Individualinteressen bzw. individuelle Grundgüter zu einer zu starken Einschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums zu führen. Insbesondere bleibt die adäquate Erfassung von Universalrechtsgütern, bspw. im Bereich der Rechtspflegedelikte, ein notorisches Problem solcher dezidiert personalen Rechtsgutslehren. Denn strafrechtlichen Schutz genießen Universalrechtsgüter nur vermittelt, insoweit deren Verletzung Individualinteressen bzw. -güter tangiert.<sup>150</sup>

Will man dem entgegenzutreten, so muss der Rechtsgutsbegriff weiter gefasst werden. Beispielsweise verstehen Roxin und Greco unter Rechtsgütern „alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die für die freie Entfaltung des einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind“.<sup>151</sup> Eine ebenfalls weite Begriffsfassung findet sich bei Jäger, der das Rechtsgut allgemein „als für unsere verfassungsmäßige Gesellschaft und damit auch für die verfassungsmäßige Stellung und Freiheit des einzelnen Bürgers unverzichtbare und deshalb werthafte Funktionseinheit“ bestimmt.<sup>152</sup> Eine solche Konzeptualisierung des Rechtsguts als „Gegebenheit“ bzw. „Funktionseinheit“ erlaubt es, hierunter auch Universalrechtsgüter zu fassen sowie Rechtsgüter nach Maßgabe des gesellschaftlichen Wandels fortzuentwickeln.<sup>153</sup> Dies geschieht jedoch auf Kosten der Aussagekraft und des ge-

<sup>149</sup> NK-StGB-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 144. Auch deren Rechtsgutslehre wurzelt – wie diejenige Marx’ – im Gedankengut der Aufklärung und legt eine vopositive normativ-individualistische Zweckbestimmung des Staates zugrunde, welcher der freien Entfaltung des Menschen als mündigem Bürger zu dienen habe. Dieser liberale Anspruch sei im Begriff des Rechtsguts, dessen Schutz das Strafrecht diene, konkretisiert und habe auch in die verfassungsmäßige Werteordnung Eingang gefunden. Vgl. dazu Hassemer 1973, S. 34 ff.

<sup>150</sup> Pointiert verstehen NK-StGB-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 138 den Schutz von Universalrechtsgütern als „Rechtsgüterschutz im vermittelten Interesse der mit diesen Institutionen lebenden und handelnden Menschen“.

<sup>151</sup> Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 7.

<sup>152</sup> Vgl. SK-StGB-Jäger, Vor § 1 Rn. 16.

<sup>153</sup> Teilweise wird dies auch dadurch begünstigt, dass Vertreter eines weiter gefassten Rechtsgutsbegriffs wieder stärker an die Theorie des Gesellschaftsvertrags anknüpfen, die naturgemäß überindividuell konzipiert ist. Vgl. Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 8; Schünemann, GA 1995, S. 201, 206 und erneut Schünemann 2003, S. 137 f.

setzungskritischen Potenzials, da die Gefahr droht, hierunter prinzipiell jeden individuellen oder gesellschaftlichen Belang zu fassen.<sup>154</sup>

Neben den genannten Ansätzen, die – bei allen Unterschieden im Detail – im Kern einem gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriff und einer hierauf aufbauenden materiellen Unrechtslehre zugerechnet werden können, ist abschließend noch auf Versuche hinzuweisen, das Rechtsgutskonzept bzw. eine hierauf aufbauende Unrechtslehre zu modifizieren. Hierzu zählen beispielsweise die Ansätze von Seher und von Hirsch, die versuchen, die Rechtsgutslehre unter Rekurs auf das auf John Stuart Mill zurückgehende *Harm Principle* zu präzisieren. Nach letzterem ist eine Kriminalisierung von Verhaltensweisen nur zu dem Zweck zulässig, Schaden von anderen abzuwenden: „[T]he only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.“<sup>155</sup> Joel Feinberg<sup>156</sup> hat in jüngerer Zeit das auf physische Schädigung ausgerichtete<sup>157</sup> Mill'sche Harm Principle aufgegriffen und im Sinne eines differenzierten Schutzes von Individualinteressen fortentwickelt<sup>158</sup> so-

<sup>154</sup> Um beim Rechtsgutsbegriff Jägers zu bleiben: Ob eine für die Gesellschaft oder die Stellung und Freiheit des Individuums unverzichtbare und deswegen wertvolle Funktionseinheit vorliegt, lässt sich nicht aus dem Begriff der *Funktionseinheit* ableiten, sondern nur unter erneutem Rekurs auf die zentrale Stellung bestimmter Belange für das Individuum bzw. das Zusammenleben von Individuen. Will man jedoch gerade diesen Rekurs vermeiden, bleibt der Rechtsgutsbegriff im Ergebnis vage und sagt wenig aus. Die begriffliche Unschärfe vieler Rechtsgutslehren führt – einhergehend mit der Vielzahl der vertretenen Ansätze – dazu, dass sich im Ergebnis schwer sagen lässt, worin die jeweilige spezifische Differenz besteht. So im Ergebnis auch Swoboda, ZStW 2010, S. 24, 34.

<sup>155</sup> Mill 1859 (2003), S. 94. Vgl. eingehend zum *Harm Principle* ebd., S. 147 ff. und 167 ff.

<sup>156</sup> Vgl. Feinberg 1984–1990.

<sup>157</sup> Mills *Harm Principle* erfasst im Wesentlichen die physische Schädigung anderer (und damit gerade nicht selbstschädigende Verhaltensweisen oder bloß störendes, aber unschädliches Verhalten). Wohl aber diskutiert Mill die mögliche Kriminalisierung von gesellschaftsschädigenden Verhaltensweisen, vgl. Mill 1859 (2003), S. 163: „[The individual is accountable] [...] for such actions as are prejudicial to the interests of others [...] and may be subjected either to social or to legal punishments, if society is of opinion that the one or the other is requisite for its protection.“

<sup>158</sup> Das *Harm Principle* erlaube es nur, schädigende Verhaltensweisen zu kriminalisieren, die rechtswidrig und schuldhaft ausgeführt werden und lebenswichtige Grundinteressen anderer betreffen, vgl. Feinberg 1984–1990, Bd. 1 (*Harm to Others*), S. 33 ff. Verfolge der Schädiger selbst legitime Interessen, so seien diese mit den beeinträchtigten Interessen anderen ausgehend von einer Interessenhierarchisierung abzuwägen, vgl. ebd., Bd. 1 (*Harm to Others*), S. 187 ff. Außerdem diskutiert Feinberg die Möglichkeit, selbstschädigende Handlungen zu kriminalisieren. Dies komme ausgehend vom *Harm Principle* nur in Betracht, sofern mit dem staatlichen Strafeinsatz berechnete Schutzziele verfolgt würden, vgl. ebd., Bd. 3 (*Harm to Self*).

wie um das *Offense Principle*, das auch nichtschädigendes, aber grob anstößiges öffentliches Störungsverhalten erfasst, erweitert.<sup>159</sup> Seher und von Hirsch möchten nun *Harm* und *Offense Principle* für die Rechtsgutslehre als Grenze legitimen Strafens fruchtbar machen, insoweit es sich hierbei um hilfreiche Konstruktionsprinzipien für Begründung und Struktur strafrechtlicher Rechtsgüter handele.<sup>160</sup> Als Modifikation des „klassischen“ Rechtsgutskonzepts lässt sich schließlich auch der Ansatz Ottos beschreiben, der im Ergebnis den Geltungsanspruch des Rechtsgutsbegriffs<sup>161</sup> herunterfahren möchte. Letzterer sei nur in „seine[r] Funktion als ‚Argumentationstopos im kriminalpolitischen Diskurs‘“ anzuerkennen.<sup>162</sup> Hiermit dient Ottos Rechtsgutskonzept gerade „nicht als Kriterium, das dem Gesetzgeber Grenzen seiner Eingriffsbefugnis aufzeigt“. Stattdessen soll dem Rechtsgutskonzept neben der Tatbestandsauslegung nur noch eine „die kriminalpolitische Diskussion fokussierende Funktion“ zukommen, wonach die durch Straftatbestände ausgewiesenen Schutzobjekte „unter Strafwürdigkeits- und Strafbedürftigkeitsgesichtspunkten einer Überprüfung unterzogen werden“.<sup>163</sup>

Ungeachtet der Differenzen in der begrifflichen Erfassung des Rechtsguts, stimmen jedoch alle erwähnten Rechtsgutslehren in der Wesensbestimmung des Kriminalunrechts als Verletzung bzw. Gefährdung eines Rechtsguts überein. Dabei sind drei zentrale Punkte, bzgl. derer Konsens herrscht, hervorzu-

<sup>159</sup> Nach dem *Offense Principle* ist auch nichtschädigendes, grob anstößiges Störungsverhalten als strafwürdig zu qualifizieren, sofern es von hinreichender Intensität und Dauer ist und man sich ihm nicht ohne Weiteres entziehen kann, vgl. *Feinberg* 1984–1990, Bd. 2 (*Offense to Others*), S. 1 ff. und 25 ff. Nach dem *Offense Principle* sei es unter gewissen Voraussetzungen in engen Grenzen auch möglich, Verhaltensweisen strafrechtlich zu sanktionieren, die gegen die herrschende Sozialmoral verstoßen, vgl. ebd., Bd. 4 (*Harmless Wrongdoing*).

<sup>160</sup> Vgl. *A. v. Hirsch* 2003, S. 13 ff. und *Seher* 2003, S. 45 ff. Vgl. teilweise zustimmend und mit einer umfassenden Gegenüberstellung von Rechtsgutskonzept und *Harm Principle*, die auch jeweils die jüngere Forschungsentwicklung instruktiv nachzeichnet, zuletzt *Ambos*. FS Wolter, 2013, S. 1285 ff.

<sup>161</sup> *Otto* 1971, S. 8 definiert Rechtsgut als „Zustand einer bestimmten, in den einzelnen Tatbeständen umrissenen, realen Beziehung der Person zu konkreten von der Rechtsgemeinschaft anerkannten Werten [...], in der sich das Rechtssubjekt mit Billigung durch die Rechtsordnung personal entfaltet“.

<sup>162</sup> *Otto*, JURA 2016, S. 361, 367.

<sup>163</sup> Vgl. *Otto*, JURA 2016, S. 361, 367, vgl. auch *Otto* 1971, S. 15. Er meint, der Rechtsgutsbegriff könne hierbei immer noch kritisches Potenzial entfalten, weil der Gesetzgeber im kriminalpolitischen Diskurs nachweisen müsse, dass er durch die diskutierte Strafnorm im Einklang mit „dem Gefüge der Wertentscheidungen der Rechtsgesellschaft“ ein „sozialwichtiges bonum“ schütze (ebd., S. 15). Gleichwohl erhebt *Otto* mit seinem Rechtsgutskonzept keinen geltungstheoretischen Legitimationsanspruch derart, dass der Gesetzgeber an die aus dem Rechtsgutsbegriff entwickelten Vorgaben gebunden wäre.

heben: Erstens ist die Schutzbedürftigkeit des Einzelnen stets der normativ-individualistische Ausgangspunkt der strafrechtlichen Rechtsgutsbestimmung.<sup>164</sup> Dies gilt auch für weiter gefasste Begriffe des Rechtsguts wie bei Roxin und Greco oder Jäger<sup>165</sup> oder für Modifikationen des Rechtsgutskonzepts im Anschluss an das *Harm Principle*, da auch nach diesen Ansätzen das Individuum letzter normativer Maßstab des staatlichen Strafeinsatzes bleibt. Zum zweiten wird hierdurch Verhaltensweisen, die lediglich moralwidrig sind (oder gegen die guten Sitten oder religiöse bzw. kulturelle Traditionen verstoßen), der strafrechtliche Schutz versagt, da es sich hierbei nicht um Rechtsgüter handelt, die die freie Entfaltung des Einzelnen ermöglichen bzw. die gesellschaftlichen Bedingungen hierfür schaffen.<sup>166</sup> Die Moral- und

<sup>164</sup> Anders verhält es sich freilich bei Rechtsgutslehren, die Allgemeininteressen zum Ausgangspunkt der Bestimmung des Rechtsgutsbegriffs nehmen, vgl. *pars pro toto Weigend*, ZStW 1986, S. 44, 54 nach dem der „Schutz des Strafrechts [...] den unverzichtbaren, normativ abgesicherten Bedingungen des Zusammenlebens und der Aufrechterhaltung des allgemeinen Vertrauens in deren Bestand [gilt]. [...] Wenn das Strafrecht Sozialinteressen dient, dann müssen auch deren spezifizierte Ausformungen, die Rechtsgüter, Sozialinteressen sein.“ Hiernach sind Individualrechtsgüter prinzipiell Allgemeininteressen, insofern die Aufrechterhaltung notwendiger sozialer Funktionen deren Erhalt gebietet. Indem jedes Rechtsgut auf Allgemeininteressen zurückgeführt wird, wird auch jegliches Kriminalunrecht – verstanden als Rechtsgutsverletzung – durchgehend normativ-kollektivistisch begründet. Solche Rechtsgutslehren begreifen Kriminalunrecht ungeachtet der Einkleidung in den Rechtsgutsbegriff letztlich als Verletzung bzw. Abfall von der gesellschaftlichen Wertordnung, denen ich mich im Folgenden (vgl. unten S. 66 ff.) widme. Außer Betracht lassen werde ich hingegen dualistische Rechtsgutsverständnisse, die Individual- und Allgemeinrechtsgüter als wechselseitig irreduzible Typen von Rechtsgütern begreifen (etwa *Tiedemann* 1969, S. 119), da deren Untersuchung für die hier interessierende Wesensbestimmung des Kriminalunrechts wenig einträgt.

<sup>165</sup> Auch bei *Roxin/Greco* 2020, § 2 Rn. 7 bleibt der argumentative Rahmen stets die Aufgabe des Strafrechts, „den Bürgern ein freies und friedliches Zusammenleben [...] zu sichern“. Deswegen wenden sie sich ebd., § 2 Rn. 10 gegen eine missbräuchliche Verwendung von Universalrechtsgütern, wonach „man mit Hilfe vager Allgemeinbegriffe ein Rechtsgut der Allgemeinheit konstruiert, wo die eigentlich zu schützenden Individualrechtsgüter nicht in strafwürdiger Weise beeinträchtigt werden“. Gleiches gilt auch für *SK-StGB-Jäger*, Vor § 1 Rn. 15, insoweit der Rechtsgutsbegriff die gesellschaftlichen Erscheinungen erfassen soll, die „sich als eine Voraussetzung für das gedeihliche Zusammenleben freier Individuen in unserer Gesellschaft erweisen“.

<sup>166</sup> Nach *SK-StGB-Jäger*, Vor § 1 Rn. 19 haben Verhaltensweisen, die „keinerlei schädliche Wirkungen auf den gesellschaftlichen Funktionsorganismus ausüben und deren Unwertgehalt sich mithin in einer reinen Moralwidrigkeit erschöpft, [...] als Gegenstand strafrechtlicher Verbote und Gebote grundsätzlich auszuschneiden. Moralische Wertvorstellungen als solche kommen daher grundsätzlich als Schutzgüter strafrechtlicher Normen nicht in Betracht und sind aus dem Begriff des Rechtsgutes auszuklammern.“ Vgl. ebenso *Roxin/Greco* 2020, § 2 Rn. 17 ff.; *Hassemer* (abweichendes Votum) in BVerfGE 120, 224, 264 sowie m. w. N. Schönke/Schröder-Eisele, Vor



Sittenordnung kann vor dem normativ-individualistischen Hintergrund der Rechtsgutslehren niemals als Selbstzweck strafrechtlichen Schutz genießen, sondern nur insoweit hierdurch die gesellschaftlichen Entfaltungs- und Wirkungsmöglichkeiten des Individuums selbst geschützt werden.<sup>167</sup> Zuletzt besteht Einigkeit dahingehend, dass das Rechtsgutskonzept kein kriminalpolitischer Lackmустest ist. Das Rechtsgutskonzept sei vielmehr Argumentationsgrundlage für eine normativ-individualistisch orientierte Kriminalpolitik und könne somit in der rechtspolitischen Debatte allenfalls notwendige, mitnichten aber hinreichende Bedingungen für die Kriminalisierung von Verhaltensweisen liefern.<sup>168</sup>

### c) Die personale Rechtsgutslehre und die fehlende Betroffenheit des Individuums in eigenen normativ relevanten Positionen

Knüpft nun ein auf dem Rechtsgutskonzept beruhender materieller Unrechtsbegriff in der Bestimmung von Kriminalunrecht an eine Verletzung subjektiver Rechte an? Bereits angesichts der ideengeschichtlichen Entwicklung des Rechtsgutskonzepts muss man diese Frage klarerweise mit *nein*

---

§ 13 Rn. 10. Eine gewisse Offenheit für strafrechtliche Sanktionierung sitten- bzw. moralwidriger Verhaltensweisen findet sich jedoch bei Feinberg, an dessen Theorie Seher und von Hirsch anknüpfen, vgl. oben Fn. 159.

<sup>167</sup> Inwieweit es den Rechtsgutslehren tatsächlich gelingt, reine Moralvorstellungen als kriminalpolitisch unbeachtlich auszuschließen, ist fraglich. Nicht nur, dass die Antwort auf die Frage, welche Rechtsgüter für die Gesellschaft oder die Stellung und Freiheit des Individuums unverzichtbar sind, häufig von vorhergehenden moralischen Anschauungen abhängen wird. Auch lässt sich eine funktionierende Moralordnung ihrerseits als notwendige Vorbedingung individueller Entfaltungsmöglichkeiten beschreiben, so auch G. Jakobs 2012, S. 25: „Eine allgemein anerkannte – und nur im äußersten Fall *strafrechtlich* – durchgesetzte Sittlichkeit darf nicht nur als Freiheitsbegrenzung verstanden werden, sondern ist auch *Bedingung* der Freiheit in einer Gesellschaft: Der gesellschaftlich unergiebigere Freiheitsgebrauch, der zur Vereinzelung oder zum Abgleiten in eine Subkultur führt, wird durch die Sitte abgeschnitten.“ Vgl. ähnlich auch Otto, JURA 2016, S. 361, 366 f.

<sup>168</sup> Vgl. bspw. Hassemer: FS Kaufmann, 1989, S. 91; NK-StGB-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 146 f. sowie Roxin, ZStW 1969, S. 613, 623 f.: „Natürlich ist der Rechtsgutsbegriff kein Zauberhut, mit Hilfe dessen im Wege der Subsumtion und Ableitung das pönalisierbare vom straflos zu lassenden Verhalten ohne weiteres trennbar wäre; er ist nur eine Bezeichnung dessen, was von den Aufgaben des Strafrechts her als allein schützbar angesehen werden darf.“ Aussagekräftig ist das Rechtsgutskonzept damit insbesondere bei der Frage, ob ein strafwürdiges Verhalten vorliegt. Hieran fehle es jedenfalls dann, wenn sich kein schützenswertes Rechtsgut angeben lasse. Zur Komplettierung einer liberalen Strafrechtspolitik ist es jedoch – insb. bei der Begrenzung strafrechtlicher Eingriffsbefugnisse – auf ergänzende Prinzipien wie etwa das *ultima ratio*-Prinzip und das aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleitende Übermaßverbot angewiesen.

beantworten. Schließlich verdankt sich die Rechtsgutslehre seit Birnbaum ja gerade der bewussten Abkehr von der Rechtsverletzungslehre Feuerbachs.

Werfen wir einen Blick auf die vorgenommene Begriffsbestimmung subjektiver Rechte zurück, so wird auch der konzeptuelle Unterschied unmittelbar deutlich: Bei subjektiven Rechten geht es wesentlich darum, dass der Rechtsadressat gegenüber dem Rechtsinhaber verpflichtet ist, weil letzterer die in Rede stehende Verhaltenspflicht kontrolliert. Und infolgedessen liegt die Besonderheit einer Verletzung subjektiver Rechte darin, dass durch Verletzung der Verhaltenspflicht zugleich diese Kontrolle – besser gesagt: Rechtsmacht – verletzt wird. Im Vergleich dazu greift die Rechtsgutslehre – indem sie das Kriminalunrecht in der Verletzung eines Rechtsgutes ((Individual-)Interesse, werthafte Funktionseinheit *etc.*) verortet – in der Unrechtsbestimmung unmittelbar auf das „hinter“ der individuellen Rechtsmacht liegende Bezugsobjekt des subjektiven Rechts zurück. So ist beispielsweise das von § 223 StGB geschützte Rechtsgut die körperliche Integrität und nicht eine darauf bezogene Rechtsmacht des Rechtsgutsträgers, andere von einer Einwirkung auf die eigene körperliche Integrität auszuschließen. Dies gilt selbst für diejenigen Vertreterinnen und Vertreter einer Rechtsgutslehre, die bei Individualrechtsgütern als das eigentliche Rechtsgut erst die Einheit von Tatobjekt und hierauf bezogener Herrschafts-/Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsinhabers ansehen.<sup>169</sup> Denn bei diesen wird dem eigenen – meiner Meinung nach nicht einlösbaren –<sup>170</sup> Anspruch nach die Herrschaftsbefugnis nicht interpersonal konzipiert, sondern allein auf das Rechtsgutsobjekt bezogen: Es geht allein um den strafrechtlichen Schutz der auf das Rechtsgutsobjekt bezogenen Selbstbestimmung des Rechtsgutsträgers. Es geht jedoch nicht um den strafrechtlichen Schutz der rechtlichen Autorität des Rechtsgutsträgers gegenüber einem anderen (dem Täter), etwa in Form der mit subjektiven Rechten verbundenen Ausschlussbefugnisse.

Allerdings könnte es ja auch möglich sein, dass die dargestellten Unterschiede angesichts der normativ-individualistischen Ausrichtung der Rechtsgutslehre in der Sache nichts austragen. Gerade soweit ein personaler (d.h. primär auf Interessen und Bedürfnisse der Individuen rekurrierender) Rechtsgutsbegriff zugrunde gelegt wird, lässt sich meinen, dass auch die Rechtsgutslehre Kriminalunrecht auf eine Betroffenheit des verletzten Individuums in *eigenen* normativ relevanten Positionen zurückführt, ohne dass es hierfür erforderlich wäre, Kriminalunrecht auf die Verletzung subjektiver Rechte zu

---

<sup>169</sup> Weshalb sie der Einwilligung tatbestandsausschließende (statt rechtfertigende) Wirkung beimessen. Vgl. so etwa *Schmidhäuser*: FS Engisch, 1969, S. 451 f.; *Kientzy* 1970, S. 138 f.; *Arzt* 1970, S. 42 ff.; *Rudolphi*, ZStW 1974, S. 68, 87; *Roxin/Greco* 2020, § 13 Rn. 14 und dazu eingehend unten S. 86 ff.

<sup>170</sup> Vgl. dazu eingehend unten S. 91 ff. und auch Fn. 175.



beziehen. Denn wie vorstehend ausgeführt, präsupponieren solche Unrechtslehren eine normativ-individualistische Zweckbestimmung des Staates, der zufolge Zweck des Strafrechts der Schutz derjenigen Rechtsgüter ist, die der Mensch zu seiner freien Selbstverwirklichung – sowohl als Individuum als auch als soziales Wesen – benötigt.<sup>171</sup> Ausgehend vom Begriff des Rechtsguts – bspw. als „strafrechtlich schutzbedürftige[s] menschliche[s] Interesse“<sup>172</sup> – und der Bestimmung von Kriminalunrecht als Rechtsgutsverletzung, scheint hierdurch das von einer Straftat betroffene Individuum in das Zentrum des Verbrechensbegriffs gestellt zu werden.<sup>173</sup>

Jedoch erschöpft sich dieser normativ-individualistische Ansatz der personalen Rechtsgutslehre allein in der Entwicklung eines kritischen Maßstabs für legitime Strafgesetzgebung, bei dem Individualinteressen den maßgeblichen Wertungsgesichtspunkt bilden. Der Einzelne spielt allein für den „Legitimationszusammenhang von Normen eine Rolle und wird zur Begründung des Schutzbedarfs von Rechtsgütern herangezogen“.<sup>174</sup> Konzeptuell sind individuelle Interessen – vermittelt über den Rechtsgutsbegriff – mithin etwas, das Strafgesetzgebung zu schützen hat, ohne dass es hierbei *in concreto* auf einen (wie auch immer gearteten) intersubjektiven Anspruch auf Interessenwahrung sowie eine hierauf bezogene Rechtsmacht des Rechtsgutsträgers ankäme. Hierin liegt der zentrale Unterschied zu subjektiven Rechten, deren Verletzung ja gerade darin besteht, dass ein gegenüber dem Täter bestehender individueller Anspruch des Rechtsinhabers auf Wahrung seiner Rechtsgüter missachtet wird. Der Rechtsgutsbegriff trägt damit der Rechtsmacht des Rechtsgutsinhabers, über die Einwirkung auf seine Rechtsgüter durch andere zu entscheiden, keine Rechnung.<sup>175</sup> Er kann dies auch nicht tun, da er sonst wieder in den Rechtsbegriff kollabieren würde. Damit muss er zwangsläufig hinsichtlich eines Anspruchs und einer Rechtsmacht des Rechtsgutsinhabers

<sup>171</sup> Vgl. oben S. 55 ff. Wie jedoch bereits ausgeführt, teilen auch Rechtsgutslehren, die sich nicht als dezidiert personale verstehen, gleichwohl deren normativ-individualistischen Ausgangspunkt, vgl. dazu insb. Fn. 154 und 165.

<sup>172</sup> NK-StGB-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 144.

<sup>173</sup> Anders verhält es sich freilich bei Rechtsgutslehren, die umgekehrt Allgemeininteressen zum Ausgangspunkt nehmen und Individualgüter als hiervon abgeleitet konzipieren. Vgl. dazu oben Fn. 164 m. w. N.

<sup>174</sup> So zutreffend Kleinert 2008, S. 85.

<sup>175</sup> Erneut nehmen hier Vertreterinnen und Vertreter einer Rechtsgutslehre, die bei Individualrechtsgütern erst die Einheit von Tatobjekt und hierauf bezogener Herrschafts-/Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsträgers als das eigentliche Rechtsgut ansehen, eine Sonderstellung ein. Im Folgenden werde ich jedoch darlegen, dass diese Spielart der Rechtsgutslehre nur vordergründig von einer individuellen Berechtigung des Rechtsgutsträgers Abstand nehmen kann, und für die Vorzugswürdigkeit einer Rechtsverletzungslehre (dazu sogleich S. 70 ff.) argumentieren, vgl. dazu schon oben S. 63 mit Fn. 170 sowie eingehend unten S. 85 ff.

gegenüber dem Täter „deontisch blind“ bleiben und das geschützte Rechtsgut vom Rechtsgutsinhaber deontisch abkoppeln.

Gleichzeitig geht es der personalen Rechtsgutslehre bei der Bestimmung des Kriminalunrechts als Rechtsgutsverletzung stets um das Rechtsgut als abstrakte Größe. Wenn dieses etwa als „strafrechtlich schutzbedürftiges menschliches Interesse“<sup>176</sup> bestimmt wird,<sup>177</sup> so geht es nicht um den Wert, den der Einzelne dem Rechtsgut beimisst. Das heißt, es geht nicht um das von einer Straftat konkret betroffene Individualinteresse. Vielmehr geht es um die von der Gesellschaft zugeschriebene Werthaftigkeit eines Gutes, weshalb Kriminalunrecht letztlich die Verletzung eines von der Gesellschaft als allgemein schutzbedürftig erachteten Individualinteresses betrifft.<sup>178</sup> Anders gesagt: Vermittels des Rechtsgutskonzepts aggregiert die personale Rechtsgutslehre Individualinteressen und weist diese Rechtsgüter sodann als objektiv schutzwürdig aus. Hierdurch wird strafrechtliche Interessenwahrung jedoch vordringlich zu einer Angelegenheit der Allgemeinheit. Das in einer Straftat konkret verletzte Interesse ist nur noch die individuelle Instanziierung eines archetypischen Interesses, das der überindividuell konzipierten Rechtsgutsverletzung eigentlich zugrunde liegt.<sup>179</sup> Somit tritt neben die deontische Abkopplung des Rechtsguts vom Rechtsgutsträger auch eine axiologische: Für die Bestimmung von Kriminalunrecht kommt es primär auf den seitens der Rechtsgemeinschaft beigemessenen Wert des Rechtsguts als abstrakte Größe an, wofür der Wille des konkret betroffenen Rechtsgutsinhabers zunächst unmaßgeblich ist.

Aufbauend auf die Feststellung, dass ein auf der Rechtsgutslehre beruhender materieller Unrechtsbegriff vom Kriterium der Rechtsverletzung bewusst

<sup>176</sup> NK-StGB-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 144.

<sup>177</sup> Gleiches gilt aber auch für die weiter gefassten Rechtsgutsbegriffe, die definitorisch nicht unmittelbar auf Individualbelange rekurrieren, sondern von für den Einzelnen oder die Gesellschaft werthafter Zuständen oder Funktionseinheiten sprechen (Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 7; SK-StGB-Jäger, Vor § 1 Rn. 16), sowie für Rechtsgutslehren, die die soziale Werthaftigkeit eines Gutes in den Vordergrund stellen, vgl. etwa Jescheck/Weigend 1996, § 26 I 1 f. und 4; Schmidhäuser 1975, S. 36 ff. und 142 f. sowie Schönke/Schröder-Eisele, Vor § 13 Rn. 9.

<sup>178</sup> So stellt Renzikowski 1994, S. 167 zutreffend fest, dass der Rechtsgutsbegriff der personalen Rechtsgutslehre zwar „notwendig individualistisch“ sei, dass es jedoch „nicht maßgeblich [ist], welchen Wert der einzelne seinem Gut beimißt, sondern es kommt entscheidend auf die Wertevorstellungen der Allgemeinheit an“. Auch wenn etwa das Eigentum ein Individualrechtsgut sei, so führe doch „das allgemeine Interesse an einem Eigentumsschutz zu einer generellen Regelung, der Norm, weil jeder einzelne Rechtsschutz für sein Eigentum wünscht“.

<sup>179</sup> Vgl. mit ähnlicher Kritik – trotz teils anderer Stoßrichtung – Kleinert 2008, S. 92; Greco 2009, S. 335; Eser: FS Mestmäcker, 1996, S. 1011 ff.; S. Walther 2000, S. 214 ff. und Sarhan 2006, S. 36 ff.

Abstand nimmt, lässt sich damit festhalten: Das Kriterium der Rechtsgutsverletzung bleibt gerade hierdurch in der Berücksichtigung *eigener* normativ relevanter Positionen des von einer Straftat betroffenen Individuums gegenüber einer Verletzung subjektiver Rechte in wesentlicher Hinsicht zurück. Während sich eine Verletzung in subjektiven Rechten dadurch auszeichnet, dass der Unwert der Tat in der Verletzung des Anspruchs des Rechtsinhabers gegenüber dem Täter sowie seiner darauf bezogenen individuellen Rechtsmacht liegt, führt die personale Rechtsgutslehre den Kern des Kriminalunrechts auf die Verletzung eines generalisierten archetypischen Individualinteresses zurück. Grund der Sanktionswürdigkeit einer Straftat ist danach die Verletzung des Rechtsguts als eines von der Rechtsgemeinschaft schutzwürdig erachteten Wertes. Da hierfür das Verhältnis von Rechtsgutsinhaber und Täter *normativ* irrelevant ist, lässt sich Kriminalunrecht nicht als Verletzung eines intersubjektiven Verhältnisses verstehen. Obwohl die personale Rechtsgutslehre Strafvorschriften auf den Schutz von Individualinteressen zurückführt, kommt es hierdurch mithin zu einer „Entindividualisierung“<sup>180</sup> des verwirklichten Unrechts. Güter und Interessen, die vom Staat für die Einzelne als wichtig erachtet werden, als Referenzpunkt liberaler Strafgesetzgebung zu setzten, reicht somit noch nicht aus, um im materiellen Unrechtsbegriff die verletzte Person als in *eigenen* normativ relevanten Belangen betroffen abzubilden, wie es bei einer Verletzung in subjektiven Rechten der Fall wäre.

## 2. Unrecht als Schädigung bzw. Abfall von der gesellschaftlichen Wertordnung

Mit Blick auf die Bedeutung subjektiver Rechte für die Kriminalunrechtsbestimmung möchte ich als weitere Hauptströmung diejenigen Unrechtslehren untersuchen, die das Strafrecht – bei allen Unterschieden im Detail –<sup>181</sup> sozialnormativ funktionalisieren.<sup>182</sup> Danach kommt dem Strafrecht keine bzw. zumindest nicht primär eine Individualinteressen schützende Funktion

<sup>180</sup> Eine solche konstatieren auch *Eser*: FS Mestmäcker, 1996, S. 1023 und zustimmend *S. Walther* 2000, S. 229, rücken dabei jedoch das faktische Opferinteresse in den Mittelpunkt.

<sup>181</sup> Die im Folgenden vorgestellten Ansätze von Welzel, Amelung und Jakobs ließen sich durchaus auch separat betrachten bzw. anders gruppieren. Sie hier gemeinsam darzustellen, ist allein dem Umstand geschuldet, dass diese Ansätze allesamt die Funktion des Strafrechts im Schutz „*elementare[r] Werte des Gemeinschaftslebens*“ (*Welzel* 1969, S. 1) erblicken. In der Sache teils ähnliche Äußerungen finden sich etwa auch bei *Weigend*, ZStW 1986, S. 44, 49 ff.; *Jescheck/Weigend* 1996, § 26 I 1 f. und 4 sowie schon bei *Hirschberg* 1910, S. 3 ff.; *Hegler*, ZStW 1915, S. 19, 27 ff. und *Honig* 1919, S. 115 ff.

<sup>182</sup> Teilweise ist es auch gebräuchlich, insoweit von *funktionalen Strafrechtsgutslehren* zu sprechen, so etwa *Altenhain* 2002, S. 318.

zu, sondern eine sozial normstabilisierende: Strafrecht dient danach der Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Wertordnung und korrespondierend stellt sich Kriminalunrecht als Schädigung bzw. Abfall von dieser Wertordnung dar.

Eine solche Position wurde schon von Welzel vertreten, laut dem die vorrangige Aufgabe des Strafrechts der Schutz der „*elementaren Werte des Gemeinschaftslebens*“<sup>183</sup> ist und sich Kriminalunrecht als „sozialunerträgliche, besonders anstößige Verletzung der Gemeinschaftsordnung“<sup>184</sup> darstellt. Ausgangspunkt seiner Überlegungen bildet Wetzels Unterscheidung zwischen einerseits dem „Erfolgs- oder Sachverhaltenswert“ und andererseits dem „Aktwert“ einer Handlung.<sup>185</sup> Auch wenn Welzel anerkennt, dass das Strafrecht bestimmte Sachverhaltenswerte der Rechtsgemeinschaft (Leben, Freiheit, Eigentum *etc.*) als Rechtsgüter schütze, indem deren Verletzung mit Strafe bedroht werde, liege hierin vorrangig die Bekräftigung bestimmter Aktwerte:

„Diese in der beständigen *rechtlichen* (d.h. legalen, nicht notwendig moralischen) Gesinnung wurzelnden Werte rechtmäßigen Handelns bilden den positiven sozialethischen Hintergrund der strafrechtlichen Normen. Ihre reale Befolgung sichert das Strafrecht dadurch, dass es den *betätigten* Abfall von ihnen in den treubruchigen, zuchtlosen, unehrlichen, unredlichen Handlungen bestraft. Die zentrale Aufgabe des Strafrechts liegt also darin, durch Strafdrohung und Strafe für den wirklich betätigten Abfall von den Grundwerten rechtlichen Handelns die unverbrüchliche Geltung dieser Aktwerte sicherzustellen.“<sup>186</sup>

Rechtsgüterschutz ist nach Welzel lediglich der Reflex der eigentlichen Funktion des Strafrechts, die sozialethische Werteordnung innerhalb der Rechtsgemeinschaft aufrecht zu erhalten.<sup>187</sup> Oder mit Blick auf seine Bestimmung des Kriminalunrechts gewandt: Indem bestimmte Verbrechen – d.h. „sozialunerträgliche, besonders anstößige Verletzung[en] der Gemeinschaftsordnung“ –<sup>188</sup> strafrechtlich sanktioniert werden, wird „das sozialethische Urteil der Bürger“ geformt und „ihre bleibende rechtstreue Gesinnung“ gestärkt.<sup>189</sup> Hierdurch kommt es bei Welzel im Ergebnis zu einer normstabilisierenden Funktionalisierung des Strafrechts, da dessen letzten Zweck die Erhaltung der gesellschaftlichen Normordnung bildet.

Wie Welzel so bestimmt auch Amelung Kriminalunrecht funktional über die Aufgabe des Strafrechts, die Sozialordnung aufrechtzuerhalten und zu

<sup>183</sup> Welzel 1969, S. 1.

<sup>184</sup> Welzel 1969, S. 187.

<sup>185</sup> Vgl. Welzel 1969, S. 1.

<sup>186</sup> Welzel 1969, S. 2.

<sup>187</sup> Vgl. Welzel 1969, S. 3 f.

<sup>188</sup> Welzel 1969, S. 187.

<sup>189</sup> Vgl. Welzel 1969, S. 3.

bekräftigen. Das Strafrecht sichere „Normen und Institutionen einer freiheitlich verfassten Gesellschaft“. <sup>190</sup> Anders als bei Welzel ist die Aufrechterhaltung des Geltungsanspruchs der gesellschaftlichen Werteordnung jedoch nicht Selbstzweck (d.h. Schutz der soziaethischen Handlungswerte selbst), sondern dient dem Schutz der Gesellschaft als sozialem System. Amelung verfolgt hierbei einen systemtheoretischen <sup>191</sup> Ansatz, wonach die Gesellschaft ein Sozialsystem sei, das „sich selbst erhält, die Lebenszeit eines Individuums überdauert und sich durch biologische Reproduktion ergänzt“. <sup>192</sup> Zu ihrem Fortbestand sei die Gesellschaft daher auf die Erhaltung bestimmter Systemstrukturen, die gesellschaftswichtige, zwischenmenschliche Interaktion ermöglichen, angewiesen. Hiervon ausgehend stelle sich jede „dysfunktionale Erscheinung“, jedes „Sozialphänomen, das es verhindert oder erschwert, dass das Sozialsystem der Gesellschaft die Probleme ihres Fortbestandes bewältigt“, als *sozialschädlich* dar. <sup>193</sup> Dem korrespondierend bestimmt Amelung auch das Verbrechen systemtheoretisch als „Störung eines sozialen Systems“, <sup>194</sup> dessen Sozialschädlichkeit in einem „Widerspruch gegen eine institutionalisierte Norm“ liege, „die für die Bewältigung der Bestandsprobleme der Gesellschaft nötig ist“. <sup>195</sup> Folglich bedürfe es der Sanktion von Kriminalunrecht „als Instrument zum Schutz der faktischen Geltung von Verhaltensnormen“, als „symbolische Reparatur“ der gesellschaftswichtigen Systemstrukturen. <sup>196</sup> Damit kommt es auch bei Amelung zu einer sozial normstabilisierenden Funktionalisierung des Strafrechts, insoweit es – auch wenn letzter Zweck die Selbsterhaltung der Gesellschaft als soziales System bleibt – dem Geltungserhalt von Verhaltensnormen <sup>197</sup> diene.

Zu einer sozial normstabilisierenden Funktionalisierung des Strafrechts kommt es schließlich auch bei Jakobs, der Strafe als „eine Reaktion auf das Verbrechen“ begreift, „die sicherstellt, dass die Rechtstreue als selbstver-

---

<sup>190</sup> Amelung 2003, S. 181.

<sup>191</sup> Hierbei knüpfen sowohl Amelung als auch – wie sogleich besprochen wird – Jakobs inhaltlich an Luhmann an. Dieser betrachtet eine Gesellschaft als soziales System, für dessen Entstehung und Erhaltung ein Grundbestand enttäuschungsfester, normativer Erwartungen an soziale Interaktion erforderlich sei. Hierbei bilde das Recht den Bestand derjenigen normativen Erwartungen ab, deren Geltung von der tatsächlichen Meinung des Einzelnen unabhängig sei und für die – im Falle der Enttäuschung – die Bereitschaft zur Austragung und ggf. Sanktionierung des sozialen Konflikts konsentiert sei, um die Erwartung in ihrem Bestand zu sichern. Vgl. Luhmann 1987, insb. S. 53 ff. und Luhmann 1984, S. 451 ff. und 488 ff.

<sup>192</sup> Vgl. Amelung 1972, S. 354.

<sup>193</sup> Vgl. Amelung 1972, S. 361.

<sup>194</sup> Amelung 1972, S. 394.

<sup>195</sup> Vgl. Amelung 1972, S. 361.

<sup>196</sup> Vgl. Amelung 2003, S. 181 f.

<sup>197</sup> Vgl. zum Begriff der Verhaltensnorm eingehend und m. w. N. unten S. 95 f.

ständige Haltung der Mehrzahl aller Personen erhalten bleibt und potenzielle Opfer deshalb gewiss sein können, ihre Rechte nicht nur ausüben zu *dürfen*, sondern dies auch unbeschadet zu *können*, jedenfalls soweit sie sich nicht an den Rand der Gesellschaft begeben<sup>198</sup>. Dabei wählt auch Jakobs einen systemtheoretischen Ansatz und stellt darauf ab, dass strafrechtliche Normen nur legitim seien, insoweit sie die Funktionalität der Gesellschaft als soziales System aufrechterhalten. Sie definieren bestimmte Verhaltensnormen, auf deren Geltung eine funktionierende Gesellschaft vertrauen können muss, und sanktionieren daher deren Übertretung. Strafrechtsgut ist bei Jakobs folglich allein die Geltung des Norminhalts, die „Enttäuschungsfestigkeit“ normativer Erwartungen an soziale Interaktion.<sup>199</sup> Dementsprechend besteht bei ihm der Kern des Verbrechens in der „Desavouierung der Norm, eine[m] Angriff auf ihre Geltung, und die Strafe bedeutet gleichfalls etwas, nämlich [...] die Norm gelte unvermindert fort, die Gestalt der Gesellschaft bleibe also erhalten“.<sup>200</sup> Damit misst auch Jakobs dem Strafrecht primär eine sozial normstabilisierende Funktion zu.

Mithin besteht Kriminalunrecht nach den vorgenannten Autoren primär in einer sozialrelevanten Normverletzung, da das materielle Unrecht einer Straftat in einem Verstoß gegen die sozialetische Werteordnung (Welzel) oder einem Angriff auf die Normgeltung und einer damit einhergehenden Gefährdung der Gesellschaft als soziales System (Amelung, Jakobs) gesehen wird. Damit ist vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zur formalen Struktur subjektiver Rechte und ihrer Verletzung evident, dass solche Unrechtslehren in der Kriminalunrechtsbestimmung nicht auf eine Verletzung subjektiver Rechte Bezug nehmen (geschweige denn diese abbilden). Denn auch wenn Strafrecht nach solchen Konzeptionen dadurch, dass es der Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Wertordnung dient, mittelbar die Interessen und den Schutz der die Gesellschaft konstituierenden Individuen bewirkt, so adressiert es hierdurch nicht deren subjektive Rechte. Grund der Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen bleibt ihr sozialschädliches Potenzial für die Gesamtgesellschaft (sei es als soziale Wertordnung oder funktionierendes soziales System) und eben nicht die Verteidigung der Rechtsmacht (oder auch nur sonstiger eigener normativ relevanter Belange, etwa Interessen) des Einzelnen. Anschaulich wird das beispielsweise bei Jakobs, wenn er sich dafür ausspricht, dass der strafrechtliche Eigentumsschutz „ohne Blick auf den Inhaber“ zu erfolgen habe, sondern sich an der „gesamtgemeinschaftlichen Bedeutung des Eigentums“ orientieren solle.<sup>201</sup> Dem kor-

---

<sup>198</sup> G. Jakobs 2004, S. 31.

<sup>199</sup> Vgl. G. Jakobs 1991, § 2 Rn. 2 ff.

<sup>200</sup> G. Jakobs, HRRS 2004, S. 88.

<sup>201</sup> Vgl. G. Jakobs 1991, § 1 Rn. 8.

respondierend ist nach den genannten Autoren der Grund der Bestrafung des Täters auch nicht die Missachtung des Opfers als (wie auch immer zu achtender) Rechtsinhaber, sondern allein sein Ungehorsam gegenüber den strafrechtlichen Verhaltensnormen und der hierin zum Ausdruck kommenden Wertordnung.

Kriminalunrecht als sozialrelevante Normverletzung zu interpretieren, führt damit im Ergebnis zu einer kollektivistischen Strafrechtskonzeption, da staatliche Strafgewalt in den Dienst des Kollektivs bzw. seiner Wertordnung gestellt wird, nicht aber Individualschutz bezweckt. Die Gesellschaft bzw. der sie repräsentierende Staat schiebt sich gewissermaßen „zwischen Opfer und Täter“.<sup>202</sup> Gleich also, ob man Kriminalunrecht im Detail auf den Abfall von der gesellschaftlichen Wertordnung oder auf die Herabsetzung des staatlichen Anspruchs auf Achtung seiner Verhaltensnormen zurückführen möchte: In jedem Fall wird hierdurch eine Bezugnahme auf subjektive Rechte des Individuums, die notwendig das intersubjektive Rechtsverhältnis zwischen Täter und Opfer als Kern des Verbrechens identifizieren muss, unmöglich gemacht.

### 3. Unrecht als Verletzung eines Rechtsverhältnisses

Damit verbleiben allein diejenigen Unrechtslehren, die die Verletzung eines Rechtsverhältnisses als materiellen Kern des Verbrechens erachten. Hierbei lassen sich in der Strafrechtswissenschaft zwei unterschiedliche Ansätze ausmachen, von denen der erste geradezu als Gegenbewegung zur Genealogie des Rechtsgutskonzepts begriffen werden kann, insofern er konzeptuell wieder an die Tradition Feuerbachs anknüpft.

#### a) Verbrechen als Rechtsverletzung

Beispielhaft<sup>203</sup> für diesen Ansatz möchte ich hier Hörnle sowie Renzikowski und Haas anführen, die die Straftat als Rechtsverletzung konzipieren möchten, wie wir es auch schon bei *Feuerbach* vorfinden: „Wer die Grenzen der rechtlichen Freiheit überschreitet, begeht eine *Rechtsverletzung* [...]“. Wer

<sup>202</sup> *Altenhain* 2002, S. 322. Vgl. mit ähnlicher Kritik schon *S. Walther* 2000, S. 240 f.

<sup>203</sup> Die Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung hat in den vergangenen Jahrzehnten eine zunehmende Wiederentdeckung in der Strafrechtswissenschaft erfahren. Vgl. beispielhaft – freilich im Einzelnen verschieden – *Naucke*, KritV 1993, S. 135, 137 ff.; *Renzikowski* 1994, S. 161 ff.; *K. Günther* 1995; *Altenhain* 2002, S. 295 ff.; *Haas* 2002, S. 58 ff.; *Kleinert* 2008, S. 94 ff.; *Knierim* 2018, S. 32 ff. und *Matt/Renzikowski-Renzikowski*, Einleitung Rn. 11 ff.



die durch den Staatsvertrag verbürgte, durch Strafgesetze gesicherte Freiheit verletzt, begeht ein *Verbrechen*.“<sup>204</sup>

In dieser Traditionslinie sieht sich auch Hörnle,<sup>205</sup> verfolgt dabei jedoch einen verfassungsrechtlich orientierten Ansatz. Sie sieht im Rechtsgutskonzept eine ausfüllungsbedürftige Leerformel. Um das Rechtsgutskonzept mit einem inhaltlichen, gesetzgebungskritischen Gehalt zu versehen, sei „auf die *hinter* den Rechtsgutsdefinitionen stehenden Prämissen“ zurückzugreifen und zu fragen, „welche Wertungsgesichtspunkte ein Strafrechtsverbot tragen könnten“.<sup>206</sup> Diese Wertungsgesichtspunkte entnimmt Hörnle den Grundrechten im *status negativus*, vordringlich der Grundrechtsschranke in Art. 2 Abs. 1 GG: *Rechte anderer*.<sup>207</sup> Strafbewehrte Verhaltensnormen<sup>208</sup>, die den Bürger in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit einschränkten, ließen sich nur rechtfertigen, wenn dies zum Schutz der „Rechte anderer“ i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG, d. h. den subjektiven Rechten anderer Grundrechtsträger, erforderlich sei.<sup>209</sup> Damit seien jedoch nicht die bereits positiv-rechtlich anerkannten Rechte gemeint, sondern unter „Rückgriff[f] auf *Wertungen jenseits des positiven Rechts*“ zu ermittelnde schutzwürdige „*menschliche Interessen*“.<sup>210</sup> Ausgehend davon, dass bei Hörnle die so verstandenen „Rechte anderer“ [...] materielle Vorgabe für den Strafgesetzgeber sind“, besteht bei

<sup>204</sup> *Feuerbach* 1847, § 21; vgl. hierzu auch bereits oben S. 51 f. m. w. N.

<sup>205</sup> So Hörnle 2005, S. 70 selbst. Die folgenden Ausführungen orientieren sich vordringlich an Hörnle 2005, wo sie ihren Ansatz erstmals vorstellte, diesen jedoch stetig fortentwickelte, vgl. dazu zuletzt Hörnle. FS von Hirsch, 2014, S. 169 ff. und Hörnle 2014, S. 691 f.

<sup>206</sup> Vgl. Hörnle 2005, S. 18.

<sup>207</sup> Zur Ermittlung eines kritischen Maßstabs für die Strafgesetzgebung hält Hörnle 2005, S. 47 f. die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung für zu unbestimmt. Eine Kriminalisierung von Verhaltensweisen ausgehend von der Schranke des Sittengesetzes sei – so ebd., S. 52 ff. – allenfalls denkbar, wenn – jenseits eines bloß unsittlichen Verhaltens – gleichzeitig die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG verletzt sei.

<sup>208</sup> Vgl. zur normtheoretischen Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnormen m. w. N. unten S. 95 f.

<sup>209</sup> Vgl. Hörnle 2005, S. 44 f. und 65 ff. Hörnle möchte an dieser Stelle nur Grundrechtsträger, d. h. natürliche und – angesichts Art. 19 Abs. 3 GG – juristische Personen erfassen, nicht jedoch die Allgemeinheit als solche. Ersichtlich kann damit bei Hörnle vordringlich der Begriff des Individualrechtsguts inhaltlich ausgefüllt werden. Kollektivrechtsgüter möchte Hörnle in ihr Konzept integrieren, indem „[u]nter Bezugnahme auf [...] Teilhabe- oder Gewährleistungsinteressen [...] subjektiv[e] Rechte des Einzelnen so [gefasst werden], dass auch kollektiv geteilte Interessen davon erfasst werden“ (ebd., S. 86). Damit genießen Kollektivgüter strafrechtlichen Schutz nur, insoweit sie notwendige Rahmenbedingungen für Teilhabe und damit für die Ausübung individueller Freiheitsrechte sind.

<sup>210</sup> Vgl. Hörnle 2005, S. 73.



ihr Kriminalunrecht damit wesentlich in der Verletzung dieser subjektiven Rechte anderer.

Mit dieser Begriffsbestimmung der *Rechte anderer* geht bei Hörnle jedoch eine Weichenstellung einher, die ihre Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung aus Sicht des hier entwickelten Begriffs subjektiver Rechte im Ergebnis wieder an die personale Rechtsgutslehre annähert: Hörnle betont, es müsse sich bei den Individualinteressen, die Rechte eines anderen begründen, um „ein vernünftiges, verallgemeinerbares und dauerhaftes Interesse handel[n]“. Dies sei nur bei „Sicherheitsinteressen“ der Fall, d. h. „*Abwehrinteressen*, die sich sowohl auf die Abwehr von Eingriffen in die persönliche Sphäre richten [...], als auch auf die Abwehr von Eingriffen in kollektiv zugeordnete Güter“.<sup>211</sup> Hiermit scheint Hörnle letztlich besonders gewichtige und verallgemeinerbare Belange zu meinen, welche die Koexistenzbedingungen einer menschlichen Gemeinschaft formulieren und deren Verletzung Kriminalunrecht darstellt. Dies hat aber zur Folge, dass sich Hörnles Verständnis von Kriminalunrecht als Rechtsverletzung gegenüber einer Unrechtslehre, die auf der „klassischen“ gesetzgebungskritischen personalen Rechtsgutslehre basiert, nur kaum unterscheidet. Denn wenn subjektive Rechte letztlich unmittelbar auf menschliche Interessen zurückgeführt werden, scheint bei Hörnle die Bestimmung von Verbrechen als Rechtsverletzung im Ergebnis wieder auf die personale Rechtsgutslehren zurückzufallen, die Kriminalunrecht in der Verletzung von Rechtsgütern verstanden als „strafrechtlich schutzbedürftige[n] menschliche[n] Interesse[n]“<sup>212</sup> sehen.<sup>213</sup>

Dabei stützt sich meine Kritik – wie ich betonen möchte – vordringlich darauf, dass Hörnle der Sache nach eine Interessentheorie subjektiver Rechte zu vertreten scheint.<sup>214</sup> Damit misst sie der autonomen Kontrolle der Verhaltenspflichten durch den Rechtsinhaber, also seiner Rechtsmacht, auf die es in

<sup>211</sup> Vgl. Hörnle 2005, S. 74 ff. Keine Rechte anderer begründen damit bloße Leistungsinteressen sowie Abwehrinteressen, die sich auf rein „immaterielle (emotionale und soziale) Bedingungen für menschliches Wohlergehen beziehen“ (ebd., S. 77). Demzufolge sind soziale Tabus oder rein moralische Wertvorstellungen nicht strafrechtlich zu schützen, vgl. ebd., S. 78 ff. und 108 ff.

<sup>212</sup> NK-StGB-Hassemmer/Neumann, Vor § 1 Rn. 144. Vgl. dazu oben S. 57 f.

<sup>213</sup> Vgl. ebenso Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 125 j.

<sup>214</sup> Denn ebenso wie beispielsweise bei Raz (vgl. oben S. 42 mit Fn. 73) scheinen auch bei Hörnle die „Rechte anderer“ i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG nur als argumentativer Zwischenschritt in der Begründung von strafbewehrten Verhaltenspflichten durch Sicherheitsinteressen zu fungieren. Vgl. auch Hörnle 2014, S. 692 selbst: „rights claims are made out by pointing to human interests“. Gleichwohl verbleiben bei dieser Zuschreibung gewisse Unsicherheiten, etwa wenn Hörnle, FS von Hirsch, 2014, S. 184 f. Rechte als „entitlements] to spheres of liberty which [people] can manage according to their own choices“ beschreibt, welche durch Interessen ausgewiesen werden, die für das Selbstverständnis als Person („*what it means to be a*

willenstheoretischer Tradition entscheidend ankommt, keine zentrale Bedeutung für die begriffliche Bestimmung (und infolgedessen Zuschreibung) subjektiver Rechte bei.<sup>215</sup> Damit muss Hörnles Ansatz aber den gleichen Einwänden begegnen, die zuvor gegenüber einem auf der personalen Rechts-gutslehre fußenden materiellen Unrechtsbegriff erhoben wurden, insofern dieser das Rechtsgut vom Rechtsgutsträger deontisch und axiologisch abkoppelt.<sup>216</sup> Da Hörnle die Rechtsverletzung als Verletzung der „Rechte anderer“ i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG interpretiert und diese Rechte auf dahinterstehende verallgemeinerbare vernünftige Sicherheitsinteressen zurückführt, bleibt Grund der Sanktionswürdigkeit einer Straftat die Verletzung des Rechts als Verkörperung eines von der Rechtsgemeinschaft als schutzwürdig zu erachtenden Grundinteresses, das lediglich für den Legitimationszusammenhang von Strafgesetzen von Bedeutung ist. Damit trifft auch den von ihr vertretenen Unrechtsbegriff die vorstehend an der personalen Rechtsgutslehre geäußerte Kritik, dass dem Rechtsträger als mit individueller Rechtsmacht ausgestattetes Rechtssubjekt keine entscheidende Bedeutung beigemessen wird. Auch wenn Hörnle ihre Bestimmung von Kriminalunrecht terminologisch in den Rechtsbegriff einkleidet, wenn sie – im Anschluss an Feuerbach – die „Sicherung der Rechte, deren der Mensch bedarf, wenn er als vernünftiges Wesen existieren soll“,<sup>217</sup> als Aufgabe des Strafrechts erachtet, geht es im Kern um die Verletzung eines als schutzwürdig anzuerkennenden, objektiven Rechtswertes. Ihre Kriminalunrechtsbestimmung geht also nicht mit einer – aus Sicht des hier zugrunde gelegten Begriffs subjektiver Rechte maßgeblichen – Missachtung der individuellen Rechtsmacht des Rechtsinhabers einher.

Letzteres – d. h. die Verknüpfung von Kriminalunrecht mit der Verletzung der durch subjektive Rechte eingeräumten Rechtsmacht – geschieht hingegen bei Renzikowski und Haas. So wie Hörnle erblicken auch sie das Wesen des Kriminalunrechts in der Verletzung subjektiver Rechte. Anders als Hörnle

---

*person*“) essentiell sind. Hier scheint Hörnle eher im Sinne einer Kombinationstheorie zu argumentieren.

<sup>215</sup> Hierbei ist fairerweise zuzugestehen, dass es Hörnle 2005 darum geht, mit Blick auf den strafrechtlichen Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus ein vorpositives, begrenzendes Kriterium für staatliche Strafgesetzgebung zu etablieren, wofür sich natürlich im Rahmen einer Interessentheorie subjektiver Rechte einfacher kritisches Potenzial entwickeln lässt. Im Vergleich dazu verhält sich eine Willentheorie subjektiver Rechte zur Frage der Rechtsbegründung weitgehend indifferent. Vgl. dazu oben S. 43 ff. Daher kann letztere – vermittelt über einen materiellen Unrechtsbegriff – strafbarkeitsbegrenzendes Potenzial meines Erachtens nur insoweit entfalten, als das *ius puniendi* auf den Schutz *positiv-rechtlich* anerkannter subjektiver Rechte begrenzt wird. Vgl. zu Letzterem unten S. 215 ff.

<sup>216</sup> Vgl. oben S. 62 ff.

<sup>217</sup> Hörnle 2005, S. 70.

sehen Renzikowski und Haas diese Rechte jedoch nicht allein in der abstrakten Grundrechtsschranke des Art. 2 Abs. 1 GG der „Rechte anderer“, deren Schutzwürdigkeit letztlich auf bestimmte schutzwürdige menschliche Interessen zurückgeführt wird. Renzikowski und Haas begreifen das Strafrecht vielmehr als akzessorisches Schutzrecht, welches den Schutz der subjektiven Rechte bezwecke, die durch das Zivilrecht und das öffentliche Recht bereits positiv-rechtlich anerkannt seien. Die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter seien nicht „bloße faktische Interessen, sondern [...] von den *Verhaltenspflichten unabhängige subjektive Rechte*“.<sup>218</sup> Folglich bestehe der Unwert des Kriminalunrechts auch nicht in der rein faktischen Verletzung bestimmter Interessen oder Güter, sondern in einer darin liegenden Missachtung fremder Rechtsmacht: Es genüge „nicht schon jede Verursachung eines Schadens, verstanden als ‚nachteilige Veränderung eines gegebenen Rechtsgutsubjekts‘, sondern der Täter muss die geschützte Rechtsposition *als Recht* beeinträchtigen, dh. die Ausschlussfunktion des fremden Rechts missachten“.<sup>219</sup> Anders als Hörnle binden Renzikowski und Haas Kriminalunrecht damit auch funktional an subjektive Rechte zurück, da es – willentheoretisch gewandt – wesentlich auf die Verletzung der mit subjektiven Rechten verbundenen Rechtsmacht des Rechtsinhabers, etwa seiner exklusiven Ausschluss- und Nutzungsbefugnisse, ankommt.<sup>220</sup>

Gleichwohl sehen sie hierbei Kriminalunrecht nicht zugleich auch als Verletzung einer gegenüber dem jeweiligen Inhaber des subjektiven Rechts bestehenden Pflicht an. Kriminalunrecht selbst sei nicht subjektiv-rechtlich strukturiert. Vielmehr sei „[d]ie Verletzung des subjektiven Rechts [...] der *Anlass*, die Übertretung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm [*sc.* – die dem Schutz des subjektiven Rechts dient –] der *Grund* für die Bestrafung“.<sup>221</sup>

<sup>218</sup> Vgl. Haas 2002, S. 81 und erneut Haas 2008a, S. 58.

<sup>219</sup> Matt/Renzikowski-Renzikowski, Einleitung Rn. 12 ff.; vgl. in der Sache ebenso Haas 2002, S. 99.

<sup>220</sup> Dies scheint mir auch den Kern der Rechtsverletzungslehre Feuerbachs besser zu treffen, der Verbrechen als Verletzung „der durch Staatsvertrag verbürgte[n], durch Strafgesetz gesicherte[n] Freiheit“ definierte und letztere wiederum subjektiv-rechtlich konzipierte. Denn Verbrechen sei „eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Rechte eines Anderen widersprechende Handlung“ (Feuerbach 1847, § 21). Als unrechtskonstitutiv sah er dabei gerade die Verletzung der mit Rechten einhergehenden individuellen Rechtsmacht an, da – wie er mit Blick auf die Einwilligung ausführt – „eine Person durch erklärten Willensakt Rechte aufgeben kann“, was „von Seiten des Verletzten den Begriff des Verbrechens auf[hebt]“; freilich nur insoweit, als „das Recht [...] der (rechtlich) möglichen Verfügung des Verletzten unterworfen“ ist (ebd., § 35). Kurz: Das hoheitliche Strafgesetz schützt mit subjektiven Freiheitsrechten verbundene individuelle Rechtsmacht. Genau in dieser Traditionslinie steht auch der Ansatz von Haas und Renzikowski.

<sup>221</sup> Vgl. Renzikowski, GA 2007, S. 561, 568.

Normentheoretisch<sup>222</sup> befindet sich dieser Ansatz damit angesichts des öffentlich-rechtlichen Charakters strafbewehrter Verhaltensnormen<sup>223</sup> weiterhin mit einem Bein auf dem Boden der klassischen Imperativentheorie, wonach Strafvorschriften – insofern sie Verhaltensnormen aufgreifen – hoheitliche Imperative enthalten, um die Bürger zu (strafrechtlich) richtigem Verhalten anzuleiten.<sup>224</sup> Davon ausgehend sei die staatlich verfasste Allgemeinheit „als Urheber der Verhaltensnorm [...] Berechtigter“ derselben.<sup>225</sup> Sie sei es, „deren Recht missachtet wird, wenn der Täter die Verbotsnorm übertritt. Die Berechtigung des von der Verhaltensnorm begünstigten Bürgers ist folglich nur eine mittelbare.“<sup>226</sup> Was jedoch die Rechtfertigung bzw. Begründung dieser Verhaltensnormen anbelangt, wird die klassische Imperativentheorie, die mit einer kollektivistisch-etatistischen Rechtsauffassung einhergeht,<sup>227</sup>

---

<sup>222</sup> Die Anfang des letzten Jahrhunderts maßgeblich von Binding entwickelte Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen ist im Grundsatz mittlerweile normentheoretisches Gemeingut der deutschen Strafrechtswissenschaft geworden. Vgl. dazu eingehend unten S. 95 f.

<sup>223</sup> Verhaltensnormen sind nach lange bestehender herrschender Auffassung in der Strafrechtswissenschaft öffentlich-rechtlicher Natur. Vgl. nur Otto 1978, S. 15, 49; H.-L. Günther 1983, S. 95; Frister, GA 1988, S. 291, 300; Jescheck/Weigend 1996, § 24 II 1 f.; Haas 2002, S. 76; Renzikowski, GA 2007, S. 561, 563 f.; Kleinert 2008, S. 104 f.; Matt/Renzikowski-Renzikowski, Einleitung Rn. 4; ebenso schon Binding 1922 (1965), S. 255 und Honig 1919, S. 74 f.

<sup>224</sup> Wie bereits zuvor erwähnt (vgl. oben S. 33), wurde die Imperativentheorie von Thon ursprünglich für das Zivilrecht entwickelt. Gleichwohl entspricht es der ganz überwiegenden Auffassung in der Strafrechtswissenschaft, dass auch Strafvorschriften als Imperative zu interpretieren sind. So formuliert pointiert Jescheck/Weigend 1996, § 24 II 2: „In den Rechtssätzen, jedenfalls soweit es sich um *Strafvorschriften* handelt, sind öffentliche Pflichten festgelegt; sie sind demgemäß als Imperative zu verstehen; und sie werden auch von der Gemeinschaft in diesem Sinne aufgefasst. Aufgabe des Rechts ist es, den Menschen ‚zu inhaltlich richtigem Verhalten anzuleiten‘, bevor überhaupt eine Handlung begangen worden ist, die als rechtswidrig bewertet werden könnte.“ Dass Verhaltensnormen als *Bestimmungsnormen* im Sinne Bindings stets imperativisch verfasst sind und hierdurch die Bürger zu einem bestimmten Verhalten motivieren wollen, wird weitgehend anerkannt, vgl. dazu eingehend und m. w. N. unten S. 95 f.

<sup>225</sup> Vgl. Haas 2002, S. 78 f.; vgl. ebenso Kleinert 2008, S. 103 f. und Renzikowski, GA 2007, S. 561, 563 f.

<sup>226</sup> Vgl. Renzikowski, GA 2007, S. 561, 564, der hiermit von seiner ehemals in Renzikowski 1994, S. 168 ff. vertretenen Position, wonach Berechtigter der Verhaltenspflichten der Bürger sei, Abstand nimmt. Vgl. dazu eingehend auch unten S. 106 ff. und S. 123 ff. mit Fn. 385.

<sup>227</sup> Der Imperativentheorie Thons zufolge finden die Verhaltensnormen allein eine gemeinwohlorientierte Rechtfertigung. So heißt es programmatisch bei Thon 1878, S. 110 f.: „Nicht aus Rücksicht für Hinz und Kunz wird deren Eigentum von der Rechtsordnung geschützt: um des gemeinen Interesses wird das Rechtsinstitut des Eigentums aufgestellt, da der ausschliessliche Genuß der sachlichen Güter seitens einzelner für das Fortschreiten der Cultur und sonach für das gesamte Gemeinwesen von

verlassen. Denn die hoheitlichen Verhaltensnormen werden akzessorisch an die vorgefundene Rechtszuweisungsordnung zurückgebunden, sodass eine „Normbegründung ‚von unten‘, vom Individuum her“, erfolge:

„Vorausgesetzt wird eine Rechtszuweisungsordnung, die ihre Legitimation im Bereich der Individualrechtsgutsdelikte aus der Bezugnahme auf subjektive Rechte herleitet. Damit wird auch der Schutzgegenstand der individualschützenden Verhaltensnormen deutlich: Es ist das subjektive Recht selbst!“<sup>228</sup>

Hierdurch erfahre die Imperativentheorie eine „liberal-rechtsstaatliche Ergänzung“, <sup>229</sup> da die subjektiven Rechte ihrerseits eine Formalisierung bzw. rechtliche Anerkennung vorrechtlich begründeter Positionen seien. Zwar dienen die Verhaltensnormen dem Schutz der positiv-rechtlich konstituierten Rechte. Jedoch seien diese „mehr als eine rechtstechnische Beschreibung tatsächlich gelebter, aber kontingenter Lebensverhältnisse“. Positiven Rechten lägen vielmehr Rechtspositionen zugrunde, die „[a]uf der vorrechtlichen Ebene [...] *reine moralische Postulate* [sind], die lediglich in *formaler Hinsicht* kraft des positiven Rechts eine Metamorphose zu Rechten im eigentlichen Sinne des Wortes vollziehen“.<sup>230</sup>

Unabhängig von der Frage, inwieweit eine solche Argumentation als gesetzgebungskritische Unrechtslehre trägt,<sup>231</sup> führt dieser Ansatz bereits auf normentheoretischer Ebene dazu, dass – legt man die heute wohl herrschende personale Unrechtslehre zugrunde –<sup>232</sup> Handlungs- und Erfolgsunwert strafrechtlichen Unrechts anders zu konzipieren sind. Mit Blick auf die Bewertungsfunktion<sup>233</sup> des Strafrechts besteht das darauf bezogene Erfolgsunrecht

---

eminenter Wichtigkeit ist und das Eigentum die Ermöglichung und Sicherung dieses Genusses bezweckt.“ Vgl. dieses Bild aufgreifend auch *Baumgarten* 1911, S. 12 ff. und 58. Die geistesgeschichtlichen Wurzeln eines solchen Rechtsverständnisses liegen ursprünglich im Absolutismus und finden sich in theoretischer Vorprägung bspw. bei *Hobbes* 1651 (2007), Kap. XXVI. Doch auch im Zuge der Aufklärung lebt es – in gewandelter Gestalt – in der utilitaristischen Denktradition fort, insofern dort die Normbegründung dem Kriterium der Nutzenmaximierung folgte, vgl. *Bentham* 1970, S. 31 ff. Vgl. zur Übernahme der Imperativentheorie in ein kollektivistisch-etatistisches Strafrechtsverständnis *Kleinert* 2008, S. 78 ff. und *Haas* 2002, S. 72 ff. m. w. N.

<sup>228</sup> *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 565.

<sup>229</sup> Vgl. *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 565.

<sup>230</sup> Vgl. *Haas* 2002, S. 81; zustimmend *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 564 f. und *Kleinert* 2008, S. 100 ff.

<sup>231</sup> Vgl. dazu von meiner Seite unten S. 215 ff.

<sup>232</sup> Vgl. hierzu nur *Krauβ*, ZStW 1964, S. 19 ff.; *Graul*, JuS 1995, S. 41, 43 (Lernbogen); *Jescheck/Weigend* 1996, § 24 III Rn. 1 ff.; *Roxin/Greco* 2020, § 10 Rn. 88 ff. sowie *Kühl* 2017, § 3 Rn. 3 ff., jeweils m. w. N. Vgl. dazu noch eingehend unten S. 220 ff.

<sup>233</sup> Vgl. zur Unterscheidung von Bestimmungs- und Bewertungsfunktion der Strafvorschriften zugrunde liegenden Verhaltensnormen m. w. N. nur *Philipps* 2016 und *Roxin/Greco* 2020, § 10 Rn. 93 sowie eingehend unten S. 95 f.

nicht allein schon in der faktischen Herbeiführung eines verbotenen Außenwelterfolges, sondern ausgehend von der vorgefundenen Zuweisungsordnung des Privatrechts in der hierin liegenden Beeinträchtigung einer rechtlich garantierten Freiheitssphäre durch den Täter.<sup>234</sup> Mit Blick auf die Bestimmungsfunktion des Rechts liegt dann der Handlungsunwert einer Straftat in der Missachtung der diese Rechtssphäre schützenden Verhaltensnormen:

„Das Strafrecht findet im Bereich der Individualrechtsgüter subjektive Rechte vor, die eine rechtliche Lebensordnung bilden. Ein objektiv-rechtswidriger Zustand dieser Privatrechtsordnung ist dann gegeben, wenn es zu einer Überschneidung der Rechtssphären kommt [...]. Diese Rechtsusurpation ist der Bezugspunkt der teleologischen Ableitung der öffentlich-rechtlichen, den individualrechtsgutsschützenden Straftatbeständen zugrundeliegenden Verhaltenspflichten. Die Verhaltensnormen verpflichten den einzelnen, einen [...] rechtswidrigen Zustand durch Unterlassen oder die Vornahme bestimmter Handlungen zu vermeiden. Sie dienen nicht der unmittelbaren Vermeidung bloßer Erfolgsunwerte im Sinne der tradierten strafrechtlichen Rechtsgüterlehre, [...] sondern bezwecken vielmehr, die Ausweitung der eigenen Rechtssphäre zu Lasten einer fremden zu verhindern, die in ihrer rechtlichen Existenz von der Übertretung der Verhaltensnormen unabhängig ist.“<sup>235</sup>

### b) Verbrechen als Freiheitsverletzung

Die Missachtung fremder Rechtsmacht als materielles Unrechtskriterium steht jedoch nicht nur beim vorstehend erläuterten Ansatz von Haas und Renzikowski im Vordergrund. Sie spielt auch bei denjenigen materiellen Unrechtslehren eine zentrale Rolle, die Kriminalunrecht auf eine Freiheitsverletzung zurückführen möchten. Anderes als die vorgenannten Autoren, die Kriminalunrecht letztlich auf eine Verletzung positiv-rechtlich konstituierter subjektiver Rechte zurückführen, wird Kriminalunrecht hierbei – wesentlich umfassender – in der Störung eines rechtlich verfassten Freiheitsverhältnisses gesehen. Diese bestehe „in der Verletzung Anderer in der Basis ihrer Selbst-

<sup>234</sup> *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 572 spricht von der „Usurpation einer fremden Rechtssphäre“. Vgl. auch *Haas* 2002, S. 99. Klarstellungshalber anzumerken ist, dass es *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 562 als irreführend erachtet, dass das jeder Verpflichtung implizite „Urteil, dass dem Verlangten ein besonderer Wert zukommt [sc. Bewertungsnorm], weswegen es gerade gefordert wird [sc. Bestimmungsnorm]“, als *Bewertungsnorm* bezeichnet wird. „Diese Terminologie ist missverständlich, denn den Gründen des Gesetzgebers fehlt es für sich allein genommen an einer Außenwirkung. [...] In Wirklichkeit handelt es sich um Distributivnormen, die Bereiche rechtlich garantierter Freiheit zuweisen.“ Vgl. ebenso *Kleinert* 2008, S. 103 mit Fn. 176. Insofern auf das Kriterium der *Rechtsusurpation* abgestellt wird, weist der Ansatz von Renzikowski und Haas Ähnlichkeit zur von *Picker* 1995, S. 49 ff. begründeten zivilrechtlichen Usurpationstheorie auf. Vgl. zu letzterer m.w.N. *MüKo-BGB-Raff*, § 1004 Rn. 87 ff.

<sup>235</sup> *Haas* 2002, S. 105.



ständigkeit“, welche wiederum „in einem gegliederten, den Täter umfassenden und auch von ihm abhängigen Anerkennungsverhältnis ihr Dasein hat“.<sup>236</sup> Ausgangspunkt eines solchen Ansatzes, wie er etwa von Wolff, Zaczek, Gierhake sowie Murmann vertreten wird,<sup>237</sup> ist die Annahme, dass sich Kriminalunrecht nur als Verletzung eines vorgängigen Rechtsverhältnisses verstehen lasse. Dieses Rechtsverhältnis sei nicht positiv-rechtlich gesetzt, sondern Ausdruck einer „gemeinschaftlichen Vernunftleistung“<sup>238</sup>. Hiernach konstituieren die Rechtssubjekte selbst als praktisch-vernünftige Wesen das Recht als Freiheitsverhältnis, bei dem ein wechselseitiges Vertrauen in die Vernünftigkeit des anderen bestehe, sich praktisch-richtig und freiheitswahrend zu verhalten:

„Das Rechtsverhältnis ist ein gegenseitiges Anerkennungsverhältnis, in dem sich die Beteiligten als in ihrer Freiheit Gleiche wissen und folglich ihre eigenen Handlungsmöglichkeiten durch den Begriff der Freiheit der anderen beschränken. [...] [D]as Rechtsverhältnis [ist] durch seine Begründung in der Vernunft der Beteiligten [...] nicht etwa in seinem Bestand zufällig. Da es auf Vernunft gründet und sich die Beteiligten in dieser Vernunft gleich wissen, enthält das Rechtsverhältnis immer auch schon die Vernunftgründe seines Bestehens und ist deshalb ein Verhältnis gegenseitigen Vertrauens.“<sup>239</sup>

<sup>236</sup> Vgl. E. A. Wolff 1987, S. 211, vgl. ähnlich auf Fichte zurückführend auch Zaczek 1981, S. 93 ff.

<sup>237</sup> Vgl. E. A. Wolff 1987; Zaczek 1989, S. 126 ff.; Murmann 2005, S. 196 ff.; Gierhake 2005, S. 62 ff. und 108 ff.; bezugnehmend und m. w. N. Gierhake 2013, S. 247 ff. Vgl. aber im Anschluss an diese auf Wolff zurückgehende Unrechtsbegründung auch andere, etwa Kahlo 1990, S. 269 ff.; Noltenius 2003, S. 139 ff. und jüngst auch Rösinger 2019, S. 85 ff., jeweils m. w. N. Vgl. ähnlich, wenngleich in eigener Prägung Köhler: FS Lackner, 1987, S. 11 ff. Partielle Ähnlichkeiten finden sich auch bei Pawlik 2004, S. 75 ff., Pawlik 2012, S. 82 ff., Pawlik 2017, S. 29 ff.; in der Sache zustimmend Kubiciel 2013, S. 164 ff., insoweit sich auch nach deren Verständnis Kriminalunrecht als Verletzung der „Daseinsordnung der Freiheit“ (Pawlik 2004, S. 87) auszeichnet. Doch auch wenn diese Autoren Kriminalunrecht als Verletzung eines Rechtsverhältnisses begreifen, so geht es ihnen dabei gerade nicht um das intersubjektive Rechtsverhältnis, sondern primär um eine Verletzung staatsbürgerlicher Loyalitätspflichten zur Aufrechterhaltung einer freiheitlichen Ordnung. Das durch die Straftat verletzte Rechtsverhältnis ist damit im Kern institutionell und nicht intersubjektiv konzipiert. Damit grenzen sie sich nicht nur von den eingangs genannten Autorinnen und Autoren ab (vgl. dazu unten S. 188, Fn. 198). Wie schon im vorigen Abschnitt (oben S. 66 ff.) deutlich wurde, führt ein solcher an der Aufrechterhaltung der Freiheitsordnung orientierter Verbrechensbegriff dazu, dass eine Bezugnahme auf subjektive Rechte des Individuums, die notwendig das intersubjektive Rechtsverhältnis zwischen Täter und Opfer als Kern des Verbrechens identifizieren muss, nicht möglich ist. Daher werde ich auf die Ansätze Pawliks und Kubiciels im Folgenden nicht weiter eingehen.

<sup>238</sup> Gierhake 2013, S. 248 unter Bezugnahme auf E. A. Wolff 1987.

<sup>239</sup> So konzipiert Murmann 2005, S. 196.

Das rechtlich verfasste Freiheitsverhältnis sei dabei kein reines Abstraktum, sondern es lassen sich „gewissermaßen [...] Unterthemen der Freiheit differenzieren“, indem man „Einzelelemente der Person und ihrer Freiheit“ in den Blick nehme. Zaczyk spricht von „Daseinselemente[n] der Freiheit“, die im „Prozeß wechselseitiger Anerkennung konstituiert [werden]“ und Vorstufe dessen seien, „was allgemein als ‚Rechtsgüter‘ bezeichnet wird“. <sup>240</sup> Dieses vorgängige Rechtsverhältnis werde durch die staatliche Rechtsgemeinschaft nicht abgelöst, sondern verfestigt und konkretisiert: Auch wenn die „Möglichkeit und Verwirklichung praktisch richtigen Verhaltens [...] im natürlichen Verhältnis vorausgesetzt ist“, werde das Vertrauen hierin durch „[d]ie rechtliche Konstruktion des gemeinen Wesens verwandelt und [ge]stärkt“. <sup>241</sup> Im Staat werde durch positives Recht das, was bereits *qua* praktischer Vernunftbegabung als richtiges Recht konstituiert und erkannt worden sei, lediglich auf eine andere geltungstheoretische Ebene gehoben, indem es allgemeinverbindlich erklärt und mit Zwangsgesetzen gesichert werde. <sup>242</sup> Somit müsse „auch das geschriebene Recht Konkretisierung der Freiheit des einzelnen und damit auf diesen zurückführbar sein. Die Bedingungen der Freiheit – also die einzelnen Rechtsgüter – sind als allgemeinverbindlich erst dann konstituiert, wenn sie auch gesetzliche Anerkennung erfahren haben.“ <sup>243</sup>

Diese Bestimmung des dem Kriminalunrecht vorgängigen Rechtsverhältnisses ist zwar begrifflich weiterhin an das Rechtsgutskonzept anschlussfähig, der Sache nach jedoch weit anspruchsvoller: Durch das Rechtsverhältnis werden nämlich nicht nur Schutzgüter (i. S. singulärer Entitäten wie Leib, Leben, Eigentum *etc.*) definiert, sondern als „Daseinselemente der Freiheit“ <sup>244</sup> auf einen praktisch-vernünftigen Rechtsbegriff zurückgeführt, dessen Kern ein Anerkennungsverhältnis freier Subjekte ist. Rechtssubjekte sind danach als praktische Vernunftwesen selbst Konstituenten des Rechts und können als solche voneinander einfordern (aber auch darauf vertrauen), wechselseitig als Freie und Gleiche respektiert zu werden. Entsprechend fundamental setzt auch die korrespondierende Bestimmung von Kriminalunrecht an, wenn Gierhake insgesamt drei Dimensionen des Verbrechens, verstanden als „konkrete Freiheitsverletzung“, ausmacht:

- „– Erstens als Bruch des interpersonalen Rechtsverhältnisses, das durch das gegenseitige Vertrauen in die Vernünftigkeit des jeweils anderen begründet wird und seine Ausgestaltung im Rechtsstaat darin findet, dass Gesetze die äußere

---

<sup>240</sup> Vgl. Zaczyk 1989, S. 165.

<sup>241</sup> Vgl. E. A. Wolff 1987, S. 212 f.

<sup>242</sup> Vgl. Zaczyk 1989, S. 181 ff. und Murmann 1993, S. 168 ff.

<sup>243</sup> Murmann 1993, S. 172.

<sup>244</sup> Zaczyk 1989, S. 165.



Freiheitssphäre der Rechtssubjekte als verbindlich anerkennen und durch Verletzungsverbote schützen [...].

- Zweitens als Bruch des allgemeinen Rechts: Der Täter negiert mit seiner Tat die Geltung des allgemeinen, durch die vernünftige Setzung der Gemeinschaft zustande gekommenen Rechts und behauptet durch seine Tat, dass für ihn dieses Recht keine Bedeutung, keine Bindungswirkung habe [...].
- Drittens als Selbstwiderspruch des Täters in der Weise, dass er von ihm selbst mitkonstituiertes, vernünftiges Recht mit seiner Handlung negiert, dessen Bindungswirkung also für sich selbst suspendiert, obwohl er doch selbst als Vernunftwesen auf die Geltung dieses Rechts genauso angewiesen ist, wie alle anderen.“<sup>245</sup>

Eine Unrechtslehre, die auf eine so umfassend verstandene Freiheitsverletzung aufbaut, erhebt in kriminalpolitischer Hinsicht einen hohen Anspruch. Für die Strafwürdigkeit einer Handlung reicht nicht allein die Verletzung fremder Freiheitssphären, sondern maßgeblich ist die hierin liegende Leugnung der allgemeinen Rechtsgeltung sowie die Versagung der gegenüber anderen geschuldeten Anerkennung als rechtlich Gleiche.

### **c) Der geltungstheoretische Status fremder Rechtsmacht in der Unrechtsbestimmung**

Sowohl das vorstehend erläuterte Verständnis vom Verbrechen als Freiheitsverletzung als auch die zuvor dargestellte Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung im Sinne von Haas und Renzikowski messen in der Kriminalunrechtsbestimmung der Verletzung subjektiver Rechte (so wie ich sie verstehe)<sup>246</sup> entscheidende Bedeutung zu.

Zum einen wird Kriminalunrecht nach beiden Ansätzen als Verletzung eines intersubjektiven Rechtsverhältnisses begriffen, das in der Vernunft der beteiligten Rechtssubjekte (Verbrechen als Freiheitsverletzung) bzw. in den zwischen Rechtssubjekten bestehenden positiv-rechtlich anerkannten subjektiven Rechten (Verbrechen als Rechtsverletzung) begründet ist. Kriminalunrecht stellt sich hierbei jedoch nicht nur als Störung eines intersubjektiven Rechtsverhältnisses dar, sondern wird auch als Verletzung einer konkreten intersubjektiven Autoritäts-Rechenschafts-Beziehung begriffen. Denn anders als unter Zugrundelegung der Rechtsgutslehre<sup>247</sup> geht es nach der Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung gerade darum, Kriminalunrecht auf die Verletzung der mit subjektiven Rechten einhergehenden Rechtsmacht der Ver-

<sup>245</sup> *Gierhake* 2013, S. 255 f.; vgl. in der Sache ähnlich differenzierend schon *Za-czyk* 1989, S. 185 ff. und 198 ff.

<sup>246</sup> Vgl. oben S. 43 ff.

<sup>247</sup> Vgl. zur diesbezüglich geäußerten Kritik oben S. 62 ff.

letzten gegenüber der Täterin zurückzuführen, die bezüglich dieser Rechte eine besondere Autorität (Nutzungs- und Ausschlussbefugnisse) hat, welche die Täterin zu achten hat:

„Die Rechtspositionen, deren Schutz die strafrechtlich bewehrten Verhaltensnormen dienen, stellen im Unterschied zum Rechtsgutsbegriff dreistellige Relationen zwischen zwei Rechtssubjekten und einem bestimmten Bezugsgegenstand dar, aufgrund dessen ein Rechtssubjekt die Rechtsmacht besitzt, die anderen Rechtssubjekte kraft seines Willens aus seinem Rechtskreis auszuschließen. [...] Durch die Usurpation der fremden Rechtssphäre dehnt der Täter seine Handlungsfreiheit auf Kosten der anderen Rechtssphäre aus. Damit genügt nicht schon jede Verursachung eines Schadens verstanden als „nachteilige Veränderung eines gegebenen Rechtsgutsobjekts“, sondern der Täter muss die geschützte Rechtsposition *als Recht* beeinträchtigen, d.h. die Ausschlussfunktion des fremden Rechts missachten [...]“<sup>248</sup>

Und auch nach der Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung geht es beim Verbrechen nicht bloß um den Bruch eines intersubjektiven Rechtsverhältnisses, sondern gerade um die hierin liegende Missachtung in der Stellung als freie und gleiche Rechtssubjekte, die die am Rechtsverhältnis Beteiligten als Konstituenten des Rechts haben.

„Da die Rechtsgüter des Einzelnen und der Gemeinschaft sich erst in interpersonalen Zusammenhängen konstituieren, kann der einzelne, indem er dem anderen die zu ihrer Begründung erforderliche Anerkennung versagt, den Bestand des Rechts im konkreten Verhältnis aufheben. [...] Er nutzt faktisch für ihn offene Möglichkeiten der Wirksamkeit, durch die der andere in seiner Freiheit verletzt und damit in ein Verhältnis der Ungleichheit gegenüber dem Täter herabgedrückt wird.“<sup>249</sup>

Auch wenn hier Kriminalunrecht in der Terminologie rechtlich vermittelter Anerkennung beschrieben wird, lässt sich doch das Verhältnis gleicher Freiheit, dessen Anerkennung die Täterin dem Verletzten schuldet und ihm durch die Straftat versagt, funktional als intersubjektiv konstituierte Rechtsmacht beschreiben. Schließlich besteht das intersubjektive Rechtsverhältnis gerade darin, dass sich Personen untereinander die Wahrung gleicher Freiheitssphären schulden. Und Kriminalunrecht besteht dementsprechend in der Missachtung der jeweils anderen Person als gleiches Rechtssubjekt, das seine Freiheit in diesem Rahmen selbstbestimmt wahrnehmen kann. Anders gesagt: Das Rechtsgleichheitsverhältnis präsupponiert individuelle Rechtsmacht bezüg-

<sup>248</sup> Matt/Renzikowski-Renzikowski, Einleitung Rn. 12 und 15; vgl. ebenso Haas 2008a, S. 60.

<sup>249</sup> Murmann 1993, S. 172. Vgl. auch Zaczek 1989, S. 198 ff., der davon spricht (ebd., S. 201 f.), dass der Täter „ein Ungleichheitsverhältnis her[stellt], indem er sich zum Herrscher des bzw. der Anderen macht“. Seine Handlung greife „im Unrecht über den Kreis der freiheitlich möglichen Handlungen hinaus und enthält in sich eine Negation des (oder: der) Anderen“.

lich der je eigenen Freiheitssphäre – und diese wird (zumindest auch)<sup>250</sup> durch die Straftat verletzt.

Der maßgebliche Unterschied zwischen der Konzeption von Kriminalunrecht als Rechtsverletzung und der als Freiheitsverletzung besteht meines Erachtens darin, dass nach erstgenanntem Ansatz das Rechtsverhältnis durch die subjektiven Rechte konstituiert wird, welche durch das Zivilrecht und das öffentliche Recht bereits positiv-rechtlich anerkannt sind. Demgegenüber ist das von Kriminalunrecht betroffene Rechtsverhältnis nach Wolff, Zaczyk, Gierhake und Murmann nicht positiv-rechtlich gesetzt, sondern Ausdruck einer „gemeinschaftlichen Vernunftleistung“<sup>251</sup>:

„Rechtsg[üter] [sind] nach der Seite [ihrer] Allgemeinbedeutung nur dann konstituiert [...], wenn [sie] gesetzlich (rechtlich) anerkannt [sind]. [...] Als solche sind sie nicht genuine Schöpfungen des Gesetzgebers, sondern basieren auf der Einsicht in materiales Unrecht; in ihnen ist diese Einsicht gesetzlich transformiert. Mit anderen Worten: Das Verständnis der materialen Seite des Unrechts geht der Formulierung des Tatbestandes voraus.“<sup>252</sup>

Danach beschränken Menschen als praktisch-vernünftige Wesen ihre eigenen Handlungsmöglichkeiten durch den Begriff der Freiheit der anderen und erkennen sich dadurch als in ihrer Freiheit Gleiche an.<sup>253</sup> Das Rechtsverhältnis, das durch Kriminalunrecht verletzt wird, ist nach der Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung im Kern also nichts anderes als ein überpositives Anerkennungsverhältnis. Damit hängt allerdings die Begründung des dem Kriminalunrecht vorgängigen Rechtsverhältnisses, welches für die subjektiv-rechtliche Dimension von Kriminalunrecht konstitutiv ist, von der Gesetzlichkeit praktischer Vernunft ab, die von den genannten Autorinnen und Autoren unter Rekurs auf Kant und Fichte, teilweise auch auf Hegel begründet wird.<sup>254</sup>

Eine Anerkennungstheorie im unmittelbaren Anschluss an Kant oder eine (transzendente) Philosophie der Ich-Konstitution im Sinne Fichtes oder Hegels zu begründen, ist jedoch in den Prämissen äußerst voraussetzungsreich und wirft – angesichts ihrer Funktionalisierung im Rahmen einer ge-

<sup>250</sup> Vgl. zu den weiteren Unrechtsdimensionen, die nach diesem Unrechtsverständnis neben der Verletzung individueller Rechtsmacht bestehen, oben S. 80.

<sup>251</sup> Gierhake 2013, S. 248 unter Bezugnahme auf E. A. Wolff 1987.

<sup>252</sup> Zaczyk 1989, S. 195.

<sup>253</sup> Vgl. nochmals oben S. 77 ff.

<sup>254</sup> Vgl. E. A. Wolff 1987, S. 162 ff.; Zaczyk 1989, S. 126 ff.; Murmann 1993, S. 162 ff.; Murmann 2005, S. 159 ff.; Gierhake 2005, S. 33 ff. und 108 ff.; bezugnehmend und m. w. N. Gierhake 2013, S. 247 ff. Vgl. mit zum Teil ähnlichen Überlegungen für eine Rückbindung gesetzgebungskritischen Rechtsgüterschutzes an vorpositive Vernunftrechtskonzeptionen Kahlo 2003, S. 27 ff. und Paeffgen. FS Wolter, 2013, S. 131 ff.

setzungskritischen Unrechtslehre – aus juristischer Sicht Begründungsprobleme auf. Ich werde auf beides noch gesondert zu sprechen kommen<sup>255</sup> und möchte an dieser Stelle die Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung vielmehr aus methodologischen Gründen zurückweisen. Wie eingangs ausgeführt, geht es mir darum, das kritische Potenzial zu mobilisieren, das die Normativität des positiven (Straf-)Rechts *de lege lata* für eine strafrechtsdogmatische Bestimmung von Kriminalunrecht bereithält. Diese immanente Kritik bedient sich zwar einer normativen Strukturanalyse aus Sicht der Rechtstheorie und praktischen Philosophie, soll dabei jedoch gerade keine normativen Vorgaben „von außen“ an das Strafrecht herantragen. Das Potenzial für eine kritische Bewertung des Strafrechts und der hierzu entwickelten Dogmatik darf sich dieser methodischen Weichenstellung zufolge nur der im positiven Recht auffindbaren Normativität selbst verdanken, welche durch „fachfremde“ Begriffsanalyse lediglich aufgedeckt wird.<sup>256</sup>

Mit dieser methodischen Herangehensweise geht der Versuch einher, in geltungstheoretischer Hinsicht möglichst wenig strittige Prämissen im Sinne eines allgemeingültigen überpositiven Rechts zugrunde zu legen. Angesichts dieses Anspruchs muss es jedoch Bedenken begegnen, die Strafrechtsdogmatik (wie auch die Strafrechtsgesetzgebung) ausgehend von einer vorpositiven (idealistischen) Vernunftrechtskonzeption (gleich ob diese von Kant oder aber Fichte und Hegel ihren Ausgang nimmt) anzuleiten. Denn den genannten Autoren und Autorinnen geht es ja darum, Verbrechen als Abkehr von einem vorpositiven, *qua* praktischer Vernunftbegabung als richtig erkannten Recht zu konzipieren, sodass sich hieraus Vorgaben für die begriffliche Erfassung von Kriminalunrecht sowie für eine positiv-rechtliche Strafgesetzgebung ergeben. Die denkbare Replik, die Konzepte von Freiheit, Würde und Selbstbestimmung ließen sich auch der Verfassung entnehmen, durch die ein solcher vorpositiver Rechtsbegriff positiviert worden sei, führt – wie ich später noch eingehend zeigen werde – nicht weit. Zum einen ist eine solche durch den Verfassungsgeber beabsichtigte Positivierung naturrechtlicher Vorgaben nicht belegbar. Zum anderen sind die verfassungsrechtlichen Bestimmungen zu wertungs offen, als dass sich hieraus dezidierte kriminalpolitische Vorgaben ableiten ließen. Daher müsste die Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung in letzter Konsequenz eine authentische Verfassungsinterpretation aus naturrechtlicher Warte betreiben. Dies ist nach meinem Verständnis *externe* Rechtskritik, da sie sich nicht auf die Analyse beschränkt, dass sich Kriminalunrecht *de lege lata* als Verletzung eines vorpositiven Anerkennungsverhältnisses interpretieren lässt, sondern das posi-

<sup>255</sup> Vgl. unten S. 136 ff. und S. 199 ff., insb. S. 208 f. mit Fn. 46.

<sup>256</sup> Vgl. dazu oben S. 20 ff.

tive Recht im Lichte der Philosophie als gleichsam eigenständiger Rechtsquelle kritisiert.<sup>257</sup>

Diesen methodologischen Bedenken sieht sich eine materielle Unrechtslehre, die ihren Ausgang bei den positiv-rechtlich konstituierten subjektiven Rechten nimmt, nicht ausgesetzt. Zwar begreifen auch Haas und Renzikowski positiv-rechtlich konstituierte subjektive Rechte ihrerseits als eine Formalisierung bzw. rechtliche Anerkennung vorrechtlich begründeter Positionen.<sup>258</sup> Jedoch ist hierauf ein materieller Unrechtsbegriff im Sinne von Haas und Renzikowski zur begrifflichen Erfassung von Kriminalunrecht nicht angewiesen. Um den zentralen Unterschied nochmals auf den Punkt zu bringen: Nach der Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung kommt dem philosophisch fundierten Anerkennungskonzept eine *geltungstheoretische* Funktion für das positive Recht zu. Hingegen hat die Philosophie nach der Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung (jenseits ihres Einflusses in der Genealogie des positiven Rechts) allenfalls eine *rechtsethische* Bedeutung, insofern „subjektive Recht[e] *sittlich* in einem wechselseitigen Anerkennungsverhältnis gründe[n]“.<sup>259</sup> In geltungstheoretischer Hinsicht ist das positive Recht jedoch von der Philosophie unabhängig.<sup>260</sup> Aus diesem Grund möchte ich mich im Fortgang der Untersuchung auf die Lehre vom Kriminalunrecht als Rechtsverletzung konzentrieren.

<sup>257</sup> Dies stellt – jenseits meiner methodologischen Bedenken – vor dem Hintergrund einer pluralistischen Gesellschaft, der gegenüber sich der universelle Geltungsanspruch vorpositiver Wertmaßstäbe (seien diese vernunftrechtlich, religiös oder anders begründet) schwer vermitteln lässt, ein *prima facie* konfliktträchtiges Unterfangen dar. Vor allem läuft ein solcher Ansatz aber potenziell darauf hinaus, in rechtlicher Hinsicht das Primat der Verfassung und des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu hinterfragen. Diese Kritik äußern im Ergebnis auch Haas 2002, S. 79; Gärditz, Der Staat 2010, S. 331 ff.; Engländer, ZStW 2015, S. 616, 623; Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 125i und 125n und ausführlich Appel 1998, S. 358 ff. Erneut verweise ich zu dieser Thematik auf meine Ausführungen unten S. 199 ff.

<sup>258</sup> Vgl. Haas 2002, S. 81: „Umgekehrt ist jedoch auch einem *positivistisch-soziologischen Relativismus* eine Absage zu erteilen. Das subjektive Recht ist mehr als eine rechtstechnische Beschreibung tatsächlich gelebter, aber kontingenter Lebensverhältnisse. Dies ist ebenso der Standpunkt des Grundgesetzes, das [...] von der Existenz vorstaatlicher Rechtspositionen ausgeht [...]. Auf der vorrechtlichen Ebene sind diese Rechtspositionen *reine moralische Postulate*, die lediglich in *formaler Hinsicht* kraft des positiven Rechts eine Metamorphose zu Rechten im eigentlichen Sinne des Wortes vollziehen.“ Vgl. erneut Haas 2008a, S. 59 f. und im Ergebnis ebenso Renzikowski, GA 2007, S. 561, 564 f. Vgl. dazu bereits oben S. 76.

<sup>259</sup> Wie Haas 2002, S. 82 gegenüber Autoren wie Zaczyk oder Wolff zugestelt (kursive Herv. v. mir).

<sup>260</sup> So im Ergebnis auch Haas 2002, S. 82: „Kann [...] der Ableitung des subjektiven Rechts aus einer transzendental verankerten praktischen Vernunft nicht gefolgt werden, so bedeutet dies dennoch nicht, daß die Staats- und Rechtsphilosophien eines Kant und Fichte ihrer Bedeutung beraubt wären. Trotz des Verlustes ihres zeitlosen naturrechtlichen Geltungsanspruches sind sie aufgrund ihrer Geschichtsmächtigkeit

### III. Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte, oder: Einwilligung und die Kontrolle von Verhaltenspflichten

Im vorigen Abschnitt ging es allein um die Frage, welche der heute vertretenen materiellen Unrechtslehren inhaltlich an eine subjektive Rechtsverletzung anknüpfen, d. h. der Verletzung subjektiver Rechte maßgebliche Bedeutung in der Kriminalunrechtsbestimmung zumessen. Dabei erwiesen sich allein Unrechtslehren, die Kriminalunrecht als Verletzung eines Rechtsverhältnisses begreifen, als tauglicher und innerhalb dieser die Rechtsverletzungslehre als in methodologischer Hinsicht vorzugswürdiger Anknüpfungspunkt. Allerdings steht damit noch der Nachweis aus, dass Kriminalunrecht nicht nur als Verletzung subjektiver Rechte verstanden werden kann, sondern auch verstanden werden sollte.

Darüber hinaus ist – sollte dieser Nachweis gelingen – noch nicht gezeigt, dass auch das Kriminalunrecht selbst die normative Struktur einer Verletzung subjektiver Rechte aufweist. Zwar bezieht die Rechtsverletzungslehre – wie ich soeben herausgestellt habe – Kriminalunrecht auf die Verletzung der subjektiven Rechte einer anderen Person und stellt insoweit maßgeblich auf die Verletzung der subjektiv-rechtlichen Rechtsmacht ab. Gleichwohl vermittelt hierdurch das Strafrecht selbst keine subjektiv-rechtlichen Berechtigungen, weil „[d]ie Verletzung des subjektiven Rechts der *Anlass*, die Übertretung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm der *Grund* für die Bestrafung [ist]“<sup>261</sup>. Anders gesagt: Strafrecht bezweckt nach der Rechtsverletzungslehre den Schutz subjektiver Rechte, ohne jedoch selbst subjektiv-rechtlich strukturiert zu sein, weil mit Blick auf die Übertretung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm als eigentlichem Strafgrund nicht von einer subjektiv-rechtlichen Berechtigung des Einzelnen gesprochen werden könne.<sup>262</sup>

---

im Rahmen des hermeneutischen Prozesses der Auslegung des geltenden Rechts durchaus zu berücksichtigen.“ Damit ist *Knierim* 2018, S. 64 f. entschieden zu widersprechen, wenn sie die Lehre vom Unrecht als Freiheitsverletzung lediglich als „letztlich nichts anderes als eine plastische Umschreibung einer Rechtsverletzung“ beschreibt. In *struktureller* Hinsicht gleichen sich beide Unrechtslehren, insofern sie die Verletzung eines Rechtsverhältnisses zugrunde legen (vgl. oben S. 70 ff.). Und auch in *rechtspolitischer* Hinsicht mögen beide Ansätze zu gleichen Forderungen kommen. Diese sind jedoch einmal naturrechtlich-geltungstheoretisch und einmal positivistisch-rechtsethisch motiviert und zeugen damit von einem gänzlich anderen Verständnis der Begründungszusammenhänge von Recht und Ethik.

<sup>261</sup> Vgl. *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 568.

<sup>262</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 74 f. Vorüberlegungen zu diesen beiden Fragen, auf denen die nachfolgenden Ausführungen aufbauen, finden sich in *Hirsch* 2020, S. 37 ff.

Diese beiden offenen Fragen möchte ich im Folgenden aufgreifen. Dabei möchte ich zum einen anhand einer Betrachtung der strafrechtlichen Einwilligungsdogmatik nachweisen, dass die Rechtsverletzungslehre gegenüber anderen materiellen Unrechtslehren vorzugswürdig ist, insofern sie subjektive Rechte zutreffend als Schutzgut des Strafrechts bestimmt (B.III.1.). Zum anderen werde ich zeigen, dass dieses Bild der Rechtsverletzungslehre unvollständig ist. Wenn nämlich strafbewehrte Verhaltensnormen subjektive Rechte schützen, so erweist sich der Rechtsinhaber in Ansehung der aus den Verhaltensnormen ableitbaren Ge- bzw. Verbote auch als unmittelbar Berechtigter (B.III.2.a)). Mögliche Einwände gegen dieses subjektiv-rechtliche Verständnis von Kriminalunrecht im „horizontalen“ Verhältnis von Täter und Verletztem lassen sich als unberechtigt zurückweisen (B.III.2.b)).

## 1. Subjektive Rechte als Schutzgut des Strafrechts

Die Rechtsverletzungslehre, wie sie bisher dargestellt wurde, weist subjektive Rechte als Schutzgut strafbewehrter Verhaltensnormen aus. Obgleich Kriminalstrafe danach weiterhin auf die Überschreitung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm reagiert, kommt es so zu einer Rückbindung von Kriminalunrecht an die Verletzung der mit subjektiven Rechten verbundenen exklusiven Ausschluss- und Nutzungsbefugnisse der Rechtsinhaber. Denn eine strafbewehrte Verhaltensnormübertretung kommt nur dort in Betracht, wo es auf Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung zu einer Verletzung subjektiver Rechte dadurch kommt, dass jemand „eine fremde Rechtssphäre [usurpiert] und [...] das fremde Recht *als Recht* [verletzt]: indem er seine Handlungsfreiheit auf Kosten der anderen Rechtssphäre ausdehnt“.<sup>263</sup> Dass diese Auffassung zutreffend ist, zeigt die strafrechtliche Einwilligungsdogmatik. Denn gleich wie dieses Rechtsinstitut gegenwärtig in der Strafrechtswissenschaft rechtsdogmatisch konzeptualisiert wird, belegt die unrechtausschließende Wirkung der Einwilligung, dass das Strafrecht subjektive Rechte schützt.

### a) Das Rechtsgutsargument

Für diese These lässt sich zunächst ein direkter, jedoch in seiner Tragweite nicht umfassender Nachweis führen, den ich als „Rechtsgutsargument“ bezeichnen möchte. Betrachtet man nämlich den in der Strafrechtswissenschaft ausgetragenen Streit um die Wirkung der Einwilligung, so wird deutlich, dass sich viele Stimmen der Literatur, die Kriminalunrecht vordergründig als

---

<sup>263</sup> Vgl. Renzikowski, GA 2007, S. 561, 572.



Rechtsgutsverletzung begreifen, der Sache nach auf dem Boden der Rechtsverletzungslehre befinden.

Nach sowohl im älteren Schrifttum<sup>264</sup> als auch gegenwärtig weit verbreiteter Auffassung<sup>265</sup> ist zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung zu unterscheiden. Diese Unterscheidung liege im Wesentlichen darin begründet, dass einige Strafvorschriften des besonderen Teils tatbestandlich ein Handeln gegen den Willen des von einer Straftat betroffenen Rechtsgutsträgers verlangten,<sup>266</sup> wobei die Willensfreiheit selbst nicht das in Rede stehende Rechtsgut sein müsse.<sup>267</sup> Fehle in diesen Fällen ein entgegenstehender Wille (Einverständnis), liege mithin bereits tatbestandlich kein strafwürdiges Unrecht vor. Bei allen anderen (zumindest auch) individualschützenden Vorschriften führe hingegen das Fehlen eines entgegenstehenden Willens (Einwilligung) lediglich dazu, dass die Rechtswidrigkeit entfalle.<sup>268</sup> Dabei divergieren die Begründungen für das Entfallen des Rechtswidrigkeitsurteils, wobei überwiegend auf einen aus dem individuellen Selbstbestimmungsrecht abgeleiteten Rechtsschutzverzicht,<sup>269</sup> teils aber auch im Rahmen einer Abwägung auf ein Überwiegen der

---

<sup>264</sup> Allerdings häufig nur „der Sache nach“ (so Rönau 2001, S. 12 Fn. 2), vgl. etwa Binding 1885, § 148 III 3; Dohna 1905, S. 145; Beling 1906, § 21; Honig 1919, S. 129 ff. und 133 und Mezger 1949, § 28 III 1a.

<sup>265</sup> Vgl. Fischer-StGB, Vor § 32 Rn. 3b; Lackner/Kühl-Kühl, Vor § 32 Rn. 10; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, Vor § 32 Rn. 29 ff.; NK-StGB-Zabel/Paeffgen, Vor § 32 Rn. 156; NK-StGB-Zabel, § 228 Rn. 8; Kühl 2017, § 9 Rn. 22 ff.; Kindhäuser/T. Zimmermann 2020, § 12 Rn. 5; Dölling. FS Gössel, 2002, S. 216; BGH, BGHSt 16, 309, 310 f.; NStZ 2000, 87, 88 sowie grundlegend Geerds, GA 1954, S. 262 ff.

<sup>266</sup> Vgl. m. w. N. nur Fischer-StGB, Vor § 32 Rn. 3b und Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, Vor § 32 Rn. 31 und MüKo-StGB-Schlehofer, Vor § 32 Rn. 144.

<sup>267</sup> Wie bspw. beim Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) und beim Diebstahl (§ 242 StGB), die das individuelle Hausrecht bzw. das Eigentum schützen.

<sup>268</sup> Die Differenzierung zwischen Einverständnis und Einwilligung setzt sich dann auch in unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen (insb. hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Erklärung sowie der Relevanz rechtsgutsbezogener Willensmängel) sowie in unterschiedlicher Behandlung von Irrtümern über das Vorliegen von Einverständnis/Einwilligung (§ 16 Abs. 1 StGB direkt/analog bzw. § 17 StGB) fort. Vgl. hierzu nur m. w. N. Geerds, GA 1954, S. 262, 266 ff.; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, Vor § 32 Rn. 32 ff. und Beckert, JA 2013, S. 507, 510 sowie hierzu kritisch MüKo-StGB-Schlehofer, Vor § 32 Rn. 154 ff. Übereinstimmung besteht lediglich insoweit, als Einverständnis und Einwilligung nur bei solchen Rechtsgütern in Betracht kommen, die dem Individuum von der Rechtsgemeinschaft zur Disposition gestellt worden sind, vgl. nur Jescheck/Weigend 1996, § 34 III 5; Otto. FS Geerds, 1995, S. 613 f.; MüKo-StGB-Schlehofer, Vor § 32 Rn. 155 m. w. N. Vgl. zu den Einwilligungsstrafen der §§ 216, 228 StGB noch unten S. 116 ff.

<sup>269</sup> Vgl. teils m. w. N. Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, Vor § 32 Rn. 33; Lackner/Kühl-Kühl, Vor § 32 Rn. 10; NK-StGB-Zabel, § 228 Rn. 3; Otto. FS Geerds,



Selbstbestimmungsfreiheit gegenüber den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern abgestellt wird.<sup>270</sup> Demgegenüber wendet sich eine im Vordringen befindliche Literaturansicht gegen die Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung und will die zugehörigen Fallgruppen vielmehr einheitlich auf der Ebene der tatbestandlichen Unrechtsbegründung behandeln: Jeder Zustimmung zu einer Rechtsgutsverletzung komme eine tatbestandsausschließende Wirkung zu.<sup>271</sup>

1995, S. 613; *Amelung* 1981, S. 13 ff.; *Geerds*, GA 1954, S. 262, 263. Auch die Rspr. – sofern Sie diese Frage adressiert – scheint hierzu zu tendieren, vgl. BGH, BGHSt 4, 88, 90; BGHSt 17, 359, 360; BayObLG, NJW 1961, 2072, 2073; OLG Hamburg, NJW 1969, 336, 337. Hierbei wird letztlich die im älteren Schrifttum vertretene Auffassung, die Einwilligung sei Ausdruck einer Interessenpreisgabe (*Honig* 1919, S. 116 ff.) bzw. fuße auf dem Prinzip des mangelnden Interesses (*Mezger*, GS 1924, S. 207 ff.) aufgegriffen. Richtigerweise darf im Kontext rechtfertigender Einwilligung „Rechtsschutzverzicht“ jedoch nicht im Sinne von „Rechtsverzicht“ verstanden werden, d.h. im Sinne einer Aufopferung oder Preisgabe des Rechts. Vielmehr setzt – wie *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 565, Fn. 21 zurecht feststellt – die „Einwilligung [...] gerade voraus, dass das Recht bestehen bleibt; sie ist Rechtsverwirklichung – und Rechtsschutzverzicht“ Vgl. im Ergebnis ähnlich, jedoch den Terminus „Rechtsschutzverzicht“ als irreführend ablehnend *Murmann* 2005, S. 312 f. Dass infolge einer Einwilligung das konkrete Rechtsverhältnis zwischen Täter und Zustimmungendem so umgestaltet wird, dass mangels Übertretung einer Verhaltenspflicht bereits eine Rechtsverletzung entfällt, zeigt die folgende normtheoretische Betrachtung, vgl. unten S. 94 ff. mit Fn. 316.

<sup>270</sup> Vgl. *Noll*, ZStW 1956, S. 181, 183; *Geppert*, ZStW 1971, S. 947, 952 ff.; *Dörling*, GA 1984, S. 71, 83 f., 91; *Otto*, FS Geerds, 1995, S. 609; *Jescheck/Weigend* 1996, § 34 II 3 (anders aber *Weigend*, ZStW 1986, S. 44, 61); *Kargl*, JZ 1999, S. 72, 77. Im Ergebnis vertritt auch *Jakobs* eine solche Abwägungstheorie der Einwilligung, der neben der Zustimmung des Deliktsopfers einen vernünftigen, d.h. rechtlich anerkannten, Handlungsanlass für die Preisgabe des Rechtsguts verlangt (*G. Jakobs* 1991, § 14 Rn. 3 ff.). Er misst jedoch – jenseits des tatbestandsausschließenden Einverständnisses – auch der Einwilligung tatbestandsausschließende Wirkung bei, soweit die preisgegebenen Rechtsgüter „Entfaltungsmittel“ und nicht „Basis von Entfaltung überhaupt“ seien (ebd., § 7, Rn. 111 ff.). Vgl. hierzu insg. auch ebd., § 7, Rn. 104 ff. sowie ihm hierin folgend *Göbel* 1992, S. 71 ff. Es überzeugt jedoch nicht, die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung als Überwiegen der Selbstbestimmungsfreiheit gegenüber strafrechtlichem Rechtsgüterschutz zu begreifen, da – wie die folgende normtheoretische Betrachtung zeigt, vgl. unten S. 94 ff. mit Fn. 316 – die strafbewehrte Verhaltenspflicht bei Einwilligung von vornherein entfällt und nicht in eine Abwägung eingestellt werden kann, vgl. im Ergebnis so auch *Sarhan* 2006, S. 231 f. – Heute nicht mehr vertreten wird die aus dem Privatrecht stammende und von *Zitelmann*, AcP 1906, S. 1, 53 ff., ihm folgend *Frank* 1908, S. 104 f. (bis zur 17. Auflage; vgl. *Frank* 1931, S. 141 f.) und *H. A. Fischer* 1911, S. 271 ff. in das Strafrecht übernommene Rechtsgeschäftstheorie, die die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Übertragung eines Rechts, die an sich verletzende Handlung vorzunehmen, interpretiert. Vgl. dazu kritisch schon *Honig* 1919, S. 158 ff.

<sup>271</sup> Vgl. *Kientzy* 1970, S. 81; *Göbel* 1992, S. 68 ff.; *Schmidhäuser*, FS Geerds, 1995, S. 598 f.; *Rönnau* 2001, S. 124 ff.; *Roxin/Greco* 2020, § 13 Rn. 12 ff.; *MüKo*

Da beide Auffassungen letztlich dahingehend einig sind, dass bei der Einwilligung die entscheidende Bedeutung der Selbstbestimmungsfreiheit des Einzelnen zukommt,<sup>272</sup> ist die unterschiedliche Behandlung der Einwilligung (tatbestandsausschließend *versus* rechtfertigend)<sup>273</sup> im Kern darauf zurückzuführen, dass ein unterschiedliches Rechtsgutverständnis zugrunde gelegt wird.<sup>274</sup> Denn jenseits der Diskussion zum materiellen Unrechtsbegriff<sup>275</sup> lässt sich eine Dichotomie<sup>276</sup> zwischen zwei Rechtsgutskonzeptionen fest-

---

StGB–Schlehofer, Vor § 32 Rn. 142 ff.; *Holznagel* 2019, S. 198 ff. Vgl. auch die Nachweise bei *Rönnau* 2001, S. 16 f. und *Roxin/Greco* 2020, § 13 Rn. 11.

<sup>272</sup> Vgl. nur pointiert *Göbel* 1992, S. 23: „Festzuhalten bleibt zunächst, daß die Existenz des Rechtsinstituts der Einwilligung auf dem Prinzip der Autonomie bzw. der Selbstbestimmung beruht. Dies ist unstrittig.“ Umstritten ist allein, worin die Selbstbestimmungsfreiheit und hierauf aufbauend die Einwilligung ihre verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Verankerung findet. Mit Blick auf ihre verfassungsrechtliche Verortung wird die der Einwilligung zugrunde liegende Befugnis zur Selbstbestimmung wohl überwiegend aus dem in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit hergeleitet; vgl. BVerfG, BVerfGE 52, 131, 172 f. (Mehrheitsvotum); *Geppert*, ZStW 1971, S. 947, 953; *Dölling*, GA 1984, S. 71, 84; *Hillenkamp* 1981, S. 15; *Göbel* 1992, S. 22; *Amelung*, ZStW 1997, S. 490, 515; *Murmann* 2005, S. 234 ff. und 369 ff.; *Roxin/Greco* 2020, § 13 Rn. 14; *Kühl* 2017, § 9 Rn. 20 m. w. N. Nach a. A. liegt die verfassungsrechtliche Verankerung in dem Grundrecht, in dessen Verletzung eingewilligt wurde; vgl. BVerfG, BVerfGE 52, 131, 172 f. (Minderheitsvotum); *Sternberg-Lieben* 1997, S. 30; *Weigend*, ZStW 1986, S. 44, 60. Da die vorgenannte Kontroverse jedoch allein für die hier nicht interessierende Frage der für die Beschränkung der Einwilligungsmöglichkeit relevanten Grundrechtsschranken von Interesse ist (vgl. *Sternberg-Lieben* 1997, S. 18), kann der Streit hier offen gelassen werden. Einfachgesetzlich ist die Einwilligung im Strafgesetzbuch nicht explizit geregelt, wird jedoch in § 228 StGB vorausgesetzt (vgl. nur *Kühl* 2017, § 9 Rn. 20). Darüber hinaus wird die Selbstbestimmungsfreiheit auch auf den überpositiven Grundsatz *volenti non fit iniuria* zurückgeführt, vgl. dazu *Amelung*, ZStW 1997, S. 490, 511; *Jescheck/Weigend* 1996, § 3 II 1 und *Roxin/Greco* 2020, § 13 Rn. 1.

<sup>273</sup> Vgl. für eine umfassende Darstellung des Streitstandes eingehend *Holznagel* 2019, S. 17 ff. und 77 ff.

<sup>274</sup> So auch schon *Rudolphi*, ZStW 1974, S. 68, 87; *Schmidhäuser* 1975, S. 260 ff.; *Rönnau* 2001, S. 21; *Brammsen*, FS Yamanaka, 2017, S. 6 ff. und *Roxin/Greco* 2020, § 13 Rn. 12 ff. sowie in kritischer Absicht *Holznagel* 2019, S. 116 ff.

<sup>275</sup> Vgl. dazu oben S. 48 ff.

<sup>276</sup> Vgl. jedoch differenzierend *Rönnau* 2001, S. 85 ff., nach dessen „Basismodell“ das „Schutzobjekt des Strafrechts im Bereich der Individualrechtsgüter nicht primär der Wille des Berechtigten im Umgang mit seinen Gütern [...] und auch nicht der [...] Gegenstand in seinem Eigenwert [...], sondern ein dem einzelnen zugeordneter Gegenstand [ist], der als *Basis* für personale Entfaltung dient“ (ebd., S. 85). Vgl. mit ähnlicher Differenzierung, jedoch anders als dieser gegen eine tatbestandsausschließende Wirkung argumentierend schon *Sternberg-Lieben* 1997, S. 377 und *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben*, Vor § 32 Rn. 33a sowie kritisch zu diesem differenzierenden Ansatz *Holznagel* 2019, S. 119 ff. und *Roxin/Greco* 2020, § 13 Rn. 15 ff.

stellen: einerseits solchen, die das Rechtsgut als inhaberunabhängig-wertvoll, d.h. an sich werthafter Zustand bzw. Objekt begreifen;<sup>277</sup> und andererseits Inhaber-relativen Rechtsgutskonzeptionen, wonach sich diese Werthhaftigkeit erst aus der Verknüpfung mit einem Herrschafts- oder Achtungsanspruch bzw. einer autonomen Herrschaftsmöglichkeit des Rechtsgutsinhabers in Bezug hierauf ergibt.<sup>278</sup> Dabei meint die Unterscheidung inhaberunabhängig *versus* Inhaber-relativ wertvoll nicht die Unterscheidung zwischen einem gegenständlich verstandenen Rechtsgut und einem ideellen (vergeistigten) Rechtsgutsbegriff, sondern betrifft die Frage, ob für Individualrechtsgüter allein die autonome Herrschaft des Rechtsgutsinhabers wertkonstitutiv ist.<sup>279</sup> Dass hierin die unterschiedliche Behandlung der Einwilligung wurzelt, zeigt anschaulich die diesbezügliche Auseinandersetzung Gepperts mit Schmidhäuser:

„Soll der Unrechtstatbestand für sich allein (d.h. ohne Bezugnahme auf fehlende Rechtfertigungsgründe) einen Unwert beinhalten, möchte Schmidhäuser den Begriff des Rechtsguts nicht ‚unverbindlich blaß (als bloß) physikalisch-kausal verletzbar Objekte‘ begreifen, wie das in aller Regel geschehe. [...] Mit Recht sucht

<sup>277</sup> Bspw. *Binding* 1885, § 32 III 1c; *Welzel*, ZStW 1939, S. 491, 511 ff. mit Fn. 30; *Welzel* 1969, S. 1 ff.; *Graul* 1991, S. 99 und 107; *Schönke/Schröder-Eisele*, Vor § 13 Rn. 9; im Ergebnis auch *Murmann* 2005, S. 374 ff. sowie *G. Jakobs* 1991, § 2 Rn. 15. Vgl. auch *Jescheck/Weigend* 1996, § 26 I 2 und § 34 I 3: Rechtsgüter wie „Körperintegrität, Bewegungsfreiheit, Eigentum, Ehre, Geheimbereich sind zunächst einmal unabhängig vom Willen des Berechtigten als Lebensgüter der Gemeinschaft, die Freiheit, Selbstbestimmung und Menschenwürde konstituieren, geschützt“.

<sup>278</sup> Bspw. *Liszt*, ZStW 1886, S. 663, 674; *Arthur Kaufmann* 1950, S. 120; *Rudolphi*, ZStW 1974, S. 68, 87; *Schmidhäuser* 1975, S. 36 f.; *Weigend*, ZStW 1986, S. 44, 59; *Altenhain* 2002, S. 289 ff.; *Roxin/Greco* 2020, § 13 Rn. 12 ff. Anschaulich heißt es bei *Schmidhäuser*: FS Engisch, 1969, S. 452: „Betroffen [sc. von einem Eigentumsdelikt] ist im Eigentum die Autonomie des Berechtigten, nicht die Sache als solche [...]“.

<sup>279</sup> Danach wird – unabhängig von den Unterschieden zwischen den zuvor dargestellten Unrechtslehren – vielfach ein inhaberunabhängiger Rechtsgutsbegriff vertreten: etwa wenn *SK-StGB-Jäger*, Vor § 1 Rn. 16 als Vertreter einer gesetzgebungskritischen Rechtsgutslehre (vgl. oben S. 55 ff.) das Rechtsgut als „allgemein für unsere [...] Gesellschaft und damit auch für die [...] Stellung [...] des einzelnen Bürgers unverzichtbare und deshalb werthafte Funktionseinheit“ bestimmt; oder wenn *G. Jakobs* 1991, § 2 Rn. 2 ff. als Vertreter einer funktionalen Strafrechtsgutslehre (vgl. oben S. 66 ff.) das Rechtsgut in der „Enttäuschungsfestigkeit“ normativer Erwartungen erblickt. Dies gilt meines Erachtens auch für Vertreterinnen und Vertreter der Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung (vgl. oben S. 77 ff.), etwa wenn nach *Murmann* 2019b, § 8 Rn. 8 „Rechtsgüter [...] im sozialen Zusammenleben konstituiert [werden], nämlich durch die wechselseitige Anerkennung der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft“. Danach erschöpft sich die Werthhaftigkeit eines Rechtsguts nämlich nicht in einem *individuellen* Herrschaftsanspruch, sondern umfasst stets auch die Geltungsgemeinschaft des „durch die vernünftige Setzung der Gemeinschaft zustande gekommenen Rechts“ (*Gierhake* 2013, S. 256).

*Schmidhäuser* [...] einen weiteren, gewissermaßen vergeistigten Rechtsgutsbegriff, und wir können ihm bis hierher durchaus folgen. Nicht folgen möchte ich *Schmidhäuser* aber insoweit, als er die ‚autonome Herrschaft des Berechtigten über das Tatobjekt‘ als das „eigentliche Rechtsgut“ bezeichnet. Von diesem Ausgangspunkt aus liegt für ihn denn auch in allen Fällen der Einwilligung keine tatbestandliche Rechtsgutsverletzung vor, weil die Autonomie des Berechtigten hinsichtlich eines bestimmten Tatobjekts bei vorhandener Einwilligung nicht beeinträchtigt sein könne.“<sup>280</sup>

Die Gleichbehandlung von Einverständnis und Einwilligung als tatbestandsausschließend wurzelt hiernach in der Überzeugung, dass bei Individualrechtsgütern erst die Einheit von Tatobjekt und hierauf bezogener autonomer Herrschafts-/Verfügungsbefugnis das eigentliche Rechtsgut bilde, sodass eine Rechtsgutsverletzung *eo ipso* ausscheide, sobald einer Verletzungshandlung zugestimmt werde.<sup>281</sup> Betrachtet man demgegenüber das Tatobjekt als an sich werthafte Rechtsgut (bspw. körperliche Integrität, Fortbewegungsfreiheit oder Eigentum), dann stellt dessen Verletzung unabhängig vom Individualwillen einen selbstständigen Unwert – mithin tatbestandsmäßiges Unrecht – dar, der erst bei Zustimmung des Betroffenen aufgehoben, mithin als nicht rechtswidrig angesehen wird.<sup>282</sup> Dabei sei einschränkend gesagt: Mir kommt es hier nicht darauf an, ob die skizzierten Unterschiede im Rechtsgutsverständnis tatsächlich auch dazu zwingen, die Einwilligung im Deliktsaufbau entweder auf Tatbestands- oder auf Rechtswidrigkeitsebene zu prüfen.<sup>283</sup> Entscheidend ist allein, dass die genannten Autorinnen und Autoren

<sup>280</sup> *Geppert*, ZStW 1971, S. 947, 964f. Vgl. ähnlich argumentierend auch *Jescheck/Weigend* 1996, § 35 I 3, die dies auch als Unterschied zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung herausstellen.

<sup>281</sup> Vgl. so *Schmidhäuser*: FS Engisch, 1969, S. 451 f.; *Kientzy* 1970, S. 138 f.; *Arzt* 1970, S. 42; *Rudolphi*, ZStW 1974, S. 68, 87 oder *Roxin/Greco* 2020, § 13 Rn. 14.

<sup>282</sup> Misst man der Einwilligung rechtfertigende Wirkung bei, lässt sich – wozu ich mich jedoch nicht explizit positionieren werde – weitergehend fragen, ob man Rechtfertigung generell als Kompensation eines Unwertes durch einen positiven Wert zu begreifen hat (so Kompensationsmodelle, etwa vertreten von *Rudolphi*. GS Kaufmann, 1989, S. 379 f.; *Graul*, JuS 1995, S. 41 ff. (Lernbogen); *Jescheck/Weigend* 1996, § 31 II 3; *Grupp* 2009, S. 68 ff.; *Kühl* 2017, § 6 Rn. 12) oder ob bei der Rechtfertigung ausgehend von einer axiologischen Betrachtung auf die Saldierung einzelner Unrechtsmomente verzichtet wird (vgl. *Röttger* 1993; wohl auch *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben*, Vor § 32 Rn. 52a). Vgl. den Diskussionsstand m. w. N. darstellend *Grupp* 2009, S. 63 ff.

<sup>283</sup> Es ließe sich bereits an dieser Stelle einwenden, dass es bei der unterschiedlichen Verortung der Einwilligung (tatbestandsausschließend *versus* rechtfertigend) doch eigentlich gar nicht um eine grundlegende materiale Differenzierung gehe, sondern dass es sich schlicht um eine prüfungstechnische Differenzierung handele. Die Tatbestandsmäßigkeit entscheide überhaupt keine Wertungsfrage, sondern sei lediglich der erste Schritt, um eine solche zu beantworten. Mit der Typisierungsfunktion des Tatbestandes sei es ohne Weiteres vereinbar, zunächst unter Ausblendung des

die unterschiedliche Behandlung im Deliktsaufbau vielfach mit einem unterschiedlichen Rechtsgutsverständnis begründen. Daher gilt es, diese differenzierte Begründung nachzuvollziehen, will ich die Einwilligungsdogmatik als Beleg dafür heranziehen, das subjektive Rechte das eigentliche Schutzgut des Strafrechts sind.

Mit Blick darauf möchte ich mich zunächst der Auffassung widmen, die der Einwilligung tatbestandsausschließende Wirkung beimisst: Bei genauer Betrachtung lässt die Diskussion über die strafrechtsdogmatische Einordnung der Einwilligung nämlich erkennen, dass diese Auffassung der Sache nach eigentlich auf einen materiellen Unrechtsbegriff verpflichtet ist, wonach Kriminalunrecht in einer subjektiven Rechtsverletzung liegt. Denn sobald man die Verfügungsbefugnis des Einwilligenden zusammen mit dem Gegenstand, auf den sie sich bezieht, als untrennbare Einheit unter den Begriff des Rechtsgutes fasst und gleichzeitig diese Verfügungsbefugnis auf das der Einwilligung zugrunde liegende Selbstbestimmungsrecht<sup>284</sup> zurückführt, hat man letztlich den Rechtsgutsbegriff der Sache nach subjektiv-rechtlich aufgeladen.<sup>285</sup>

Dieser Zusammenhang scheint mir bei vielen Vertretern und Vertreterinnen dieser Auffassung deswegen aus dem Blick zu geraten, weil sie die individuelle Autonomie bzw. Selbstbestimmungsfreiheit vordringlich auf das Verhältnis von Rechtsgutsinhaberin und Tatobjekt beziehen. Damit wird die Autonomie der Rechtsgutsinhaberin zum in der Einwilligungsfrage eigentlich maßgeblichen (Teil-)Rechtsgut, welches von individualschützenden Strafvorschriften geschützt wird. Autonomie bzw. Selbstbestimmungsfreiheit wird hierdurch erneut gegenständlich, nämlich als Gut, begriffen. Von Autonomie bzw. Selbstbestimmung lässt sich jedoch nur sinnvoll unter Berücksichtigung des anderen, d. h. als Gegenentwurf zur Heteronomie, sprechen. Damit präsupponiert der Gedanke der Autonomie bzw. Selbstbestimmung stets ein intersubjektives Verhältnis von Autonomem (Rechts(guts)inhaber), Bezugsob-

---

zustimmenden Opferwillens festzuhalten, dass etwa eine Körperverletzung im Regelfall Unrecht darstelle. Ob eine Rechtsgutsverletzung (nicht bloß vordergründig im Sinne einer Objektsverletzung, sondern als *Rechtsgutsverletzung*) vorliege, sei eben erst geklärt, wenn kein Rechtfertigungsgrund eingreife. Vgl. dazu eingehend von meiner Seite unten Fn. 323, wo ich aus pragmatischen Gründen dafür argumentiere, zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zu differenzieren, um den gedanklichen Weg zur Bildung des konkreten Unwerturteils, der auf unterschiedlichen logischen Ebenen (Norm und Erlaubnissatz) verläuft, transparent zu machen.

<sup>284</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 272.

<sup>285</sup> Daher nimmt es nicht Wunder, dass *Holznapel* 2019, S. 150 ff. zur Konzeptualisierung einer unrechtsausschließenden Wirkung der Zustimmung den Rechtsgutsbegriff als untauglich verwirft und auf den Rechtsbegriff abstellt, weil sich „aus dem Begriff der ‚Rechte anderer‘ bereits eine starke Akzentuierung der Person“ ergebe (ebd., S. 151).

jekt (Rechts(guts)objekt/Tatobjekt) und demjenigen, der die Autonomie hinsichtlich des Bezugsobjekts zu respektieren hat (Verpflichtetem). Gleich ob man den letzteren nun im Staat<sup>286</sup> oder im Täter<sup>287</sup> erblickt, mithin von einer öffentlich-rechtlichen oder zivilrechtlichen Verpflichtung spricht – stets kommt dem Rechtsgutsinhaber im Sinne der oben erfolgten Begriffsbestimmung subjektiver Rechte<sup>288</sup> die deontische Kontrolle über diese Verpflichtung zu. Denn seine Autonomie besteht ja gerade darin, anderen den Zugriff auf seine Güter rechtlich zu erlauben oder zu verbieten, mithin in seiner Rechtsmacht. Anders gesagt: Strafrechtlicher Schutz individueller Autonomie in Bezug auf ein Tatobjekt ist nichts anderes als Schutz subjektiver Rechte in Bezug auf den Gegenstand eines Rechts.

Der Einwilligung strafrechtsdogmatisch tatbestandsausschließende Wirkung beizumessen, heißt *eo ipso*, den Unwert des Kriminalunrechts nicht in der Verletzung bestimmter Interessen, faktischer Güter oder Rechtswerte zu sehen, sondern erst in einer darin liegenden Missachtung individueller Autonomie bzw. Selbstbestimmung bezüglich dieser Interessen, Güter oder Werte. Da rechtliche Autonomie ihrerseits nicht gegenständlich verstanden werden kann, sondern nur als Entscheidungsbefugnis innerhalb eines intersubjektiven Rechtsverhältnisses, geht es mithin um den strafrechtlichen Schutz individueller Rechtsmacht. Auch wenn vordergründig nicht vom Recht, sondern vom Rechtsgut gesprochen wird, läuft diese Auffassung damit im Ergebnis auf einen Unrechtsbegriff hinaus, wie er von der zuvor geschilderten Rechtsverletzungslehre vertreten wird. Danach genügt „nicht schon jede Verursachung eines Schadens, verstanden als ‚nachteilige Veränderung eines gegebenen Rechtsgutsobjekts‘“, sondern der Täter muss „die geschützte Rechtsposition *als Recht* beeinträchtigen, dh. die Ausschlussfunktion des fremden Rechts missachten“.<sup>289</sup>

<sup>286</sup> Als denjenigen, der im *status negativus* durch das verfassungsrechtlich verankerte Selbstbestimmungsrecht verpflichtet wird, vgl. oben Fn. 272.

<sup>287</sup> Als denjenigen, der zivilrechtlich verpflichtet ist, das Tatobjekt nicht anzutasten.

<sup>288</sup> Vgl. dazu zusammenfassend oben S. 43 ff.

<sup>289</sup> Vgl. Matt/Renzikowski-Renzikowski, Einleitung Rn. 15; ebenso Haas 2002, S. 99; vgl. dazu erneut eingehend oben S. 70 ff. Diesem Umstand trägt auch die oben dargestellte Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung (vgl. oben S. 77 ff.) Rechnung, da sie Rechtsgüter interpersonal konzipiert. Wenn etwa Zaczyk 1989, S. 165 Rechtsgüter auf „Daseinselemente der Freiheit“ zurückführt, die im „Prozeß wechselseitiger Anerkennung konstituiert [werden]“, dann enthält eine Rechtsgutsverletzung immer *auch* den Aspekt der Verletzung individueller Rechtsmacht (vgl. oben S. 81 f.). Allerdings erschöpft sich – und hierin liegt der Unterschied zur Rechtsverletzungslehre – der Wert des Rechtsguts (und damit der Unwert der Tat) nicht in der (Missachtung der) individuellen Rechtsmacht, sondern umfasst stets auch die kollektive Geltungsallgemeinheit des Rechts, vgl. oben Fn. 279.



### b) Das Erlaubnisargument

Freilich lässt sich das Rechtsgutsargument nicht gegen die Auffassung ins Feld führen, die der Einwilligung rechtfertigende Wirkung beimisst, weil diese das Rechtsgut als inhaberunabhängig-wertvoll, d.h. an sich werthafter Zustand bzw. Objekt, begreift. Da hiernach die Rechtsgutsverletzung einen selbstständigen Unwert unabhängig vom Willen des Rechtsgutsträgers darstellt, bildet diese Auffassung den eigentlichen Probestein für ein Verständnis von Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte. Jedoch zeigt eine Analyse der Struktur der Einwilligung als rechtfertigender Erlaubnissatz, dass Aussagen über die Verletzung inhaberunabhängig-wertvoll konzipierter Rechtsgüter nur in Abhängigkeit vom Willen des Rechtsgutsinhabers getroffen werden können. Ein strafrechtliches Unwerturteil kann damit *de facto* nur bei Verletzung der Rechtsmacht des Einwilligungsbefugten getroffen werden.

#### aa) Starke und schwache Erlaubnisse

Ungeachtet der Frage, ob Rechtfertigungsgründe auf ein einheitliches Prinzip zurückgeführt werden können,<sup>290</sup> besteht weitgehende Einigkeit dahingehend, dass Rechtfertigungsgründe Erlaubnisnormen darstellen,<sup>291</sup> die dem Ge-/Verbot des Tatbestandes vorgehen und somit die konkrete strafbewehrte Verhaltenspflicht entfallen lassen.<sup>292</sup> Erklärungsbedürftig ist hierbei allein, wie der Zusammenhang von Ge-/Verbot und Erlaubnis sowie damit einherge-

<sup>290</sup> Nach monistischen Theorien liegt Rechtfertigungsgründen das Prinzip des überwiegenden Interesses zugrunde, wonach eine Tat dann gerechtfertigt ist, wenn dem mit ihr verfolgten Zweck von der Rechtsordnung überwiegende Bedeutung im Verhältnis zum Eingriffsgut beigemessen wird. Vgl. bspw. – freilich im Detail unterschiedlich – Dohna 1905, S. 48 ff.; Sauer 1955, § 13; Noll, ZStW 1965, S. 1 ff.; NK-StGB-Zabel/Paeffgen, Vor § 32 Rn. 46; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, Vor § 32 Rn. 6; MüKo-StGB-Schlehofer, Vor § 32 Rn. 58 ff. m. w. N.; wohl auch Rudolphi. GS Kaufmann, 1989, S. 378. Demgegenüber vertritt die wohl h. M., der auch ich zuneige, einen Pluralismus der Rechtfertigungsgründen zugrunde liegenden Prinzipien, vgl. – im Einzelnen unterschiedlich – bspw. Mezger 1949, S. 204 ff.; G. Jakobs 1991, § 11 III; SK-StGB-Hoyer, Vor § 32 Rn. 30 ff.; Murmann 2019b, § 15 Rn. 6 und Roxin/Greco 2020, § 14 Rn. 42 ff. m. w. N.

<sup>291</sup> Teilweise wird begrifflich differenziert und der *Rechtfertigungsgrund* als „sachliche[s] Substrat“ einer *Erlaubnisnorm* beschreiben, der einen *Erlaubnistatbestand* konstituiere; vgl. Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, Vor § 32 Rn. 4 m. w. N.

<sup>292</sup> Vgl. stellvertretend m. w. N. Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, Vor § 32 Rn. 4 f.; NK-StGB-Zabel/Paeffgen, Vor § 32 Rn. 8 und Renzikowski, ARSP 2001, S. 110, 117 ff. Anders verhält es sich allein dann, wenn neben Rechtfertigungsgründen, die zu einem Entfallen der Verhaltenspflicht führen, auch noch Strafunrechtsauschlussgründe anerkannt werden, die lediglich die Strafrechtswidrigkeit und damit die

hend von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zu bestimmen ist.<sup>293</sup> In dieser Frage möchte ich mich im Wesentlichen Erwägungen anschließen, wie sie in Deutschland von Hruschka und im anglo-amerikanischen Sprachraum von Raz entwickelt worden sind. Da es sich hierbei um normentheoretische Überlegungen handelt, sei hierzu zunächst der Bezugsrahmen, den die Normentheorie für das Strafrecht bietet,<sup>294</sup> aufgespannt.

Von vereinzelt Stimmen abgesehen,<sup>295</sup> hat in der Strafrechtswissenschaft die Anfang des letzten Jahrhunderts maßgeblich von Binding<sup>296</sup> entwickelte normentheoretische Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnormen allgemeine Anerkennung gefunden.<sup>297</sup> Dieser Unterscheidung zufolge sind Strafvorschriften stets zweiteilig aufgebaut: Zum einen enthalten (besser: aktualisieren) sie Verhaltensnormen, die ein bestimmtes Verhalten als rechtmäßig oder rechtswidrig bewerten und hieran anknüpfend die Bürgerinnen und Bürger bestimmen,<sup>298</sup> rechtswidriges Verhalten zu unterlassen.<sup>299</sup> Damit

---

Sanktionierung einer Verhaltenspflichtverletzung mit einer Strafe ausschließen, so *H.-L. Günther* 1983, S. 253 ff.

<sup>293</sup> Dogmengeschichtlich relevant ist dies insbesondere mit Blick auf die Frage eines zwei- bzw. dreistufigen Deliktsaufbaus, die wesentlich auf die Auseinandersetzung der Lehren vom Gesamtunrechtstatbestand und vom Leitbildtatbestand zurückgeht. Die These eines Gesamtunrechtstatbestandes vertritt die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Die These besteht im Kern darin, dass Normen und Rechtfertigungsgründe auf einer Wertungsebene operieren, sodass das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zur Tatbestandslosigkeit der Handlung führe. Vertreter der Lehre vom Leitbildtatbestand begreifen den Tatbestand hingegen als Unrechtstypus, d. h. als Inbegriff aller Merkmale, deren Vorliegen ein vorläufiges Unwerturteil ermögliche, mithin die Rechtswidrigkeit indiziere. Hierbei seien Norm- und Rechtswidrigkeit jedoch logisch unterschiedlichen Wertungsebenen zuzuordnen. Von Rechtswidrigkeit könne nur gesprochen werden, wenn sich Normwidrigkeit zur Pflichtwidrigkeit verdichte. Vgl. hierzu konzis und m. w. N. *Schmid* 2002, S. 44 ff.; *Schönke/Schröder-Eisele*, Vor § 13 Rn. 15 ff. sowie *NK-StGB-Zabel/Paeffgen*, Vor § 32 Rn. 14 ff. Vgl. dazu eingehend auch unten Fn. 323.

<sup>294</sup> Vgl. dazu allgemein und differenzierend auch *Renzikowski*, ARSP 2001, S. 110 ff.

<sup>295</sup> Vgl. kritisch *Kröger* 2016, S. 333 ff. sowie – im Sinne Kelsens – Normen allein als Befehle an den Rechtsstab interpretierend *Schmid* 2002, S. 59 ff. im Anschluss an *Hoyer* 1997, S. 40 ff. Vgl. den Begriff der Verhaltensnorm in kritischer Absicht in eine materielle Unrechtslehre einordnend auch *Zaczky*, GA 2014, S. 73 ff.

<sup>296</sup> Vgl. *Binding* 1922 (1965).

<sup>297</sup> Vgl. nur die Nachweise bei *Ast* 2010, S. 10 und in Fn. 299 sowie zur Entstehungsgeschichte *Renzikowski*. FS Gössel, 2002.

<sup>298</sup> Vgl. zur Unterscheidung von Bestimmungs- und Bewertungsfunktion m. w. N. nur *Philipps* 2016; *A. Schneider* 2011, S. 36; *Ast* 2010, S. 11 und *Roxin/Greco* 2020, § 10 Rn. 93.

<sup>299</sup> So formulieren pointiert *Jescheck/Weigend* 1996, § 24 II 2: „In den Rechtssätzen, jedenfalls soweit es sich um *Strafvorschriften* handelt, sind öffentliche Pflichten festgelegt; sie sind demgemäß als Imperative zu verstehen; und sie werden auch von



sind Verhaltensnormen Verhaltensgebote oder -verbote, aus denen dem Einzelnen konkrete Verhaltenspflichten erwachsen.<sup>300</sup> Zum anderen enthalten Strafvorschriften Sanktionsnormen, die an Verhaltenspflichtverstöße anknüpfen. Diese ordnen an, dass – bei Vorliegen der Sanktionsvoraussetzungen, insb. der Verletzung der Verhaltenspflichten –<sup>301</sup> die gesetzlich vorgesehene Strafe erfolgen soll. Während die Strafsanktionsnormen genuin strafrechtlich sind,<sup>302</sup> entstammen die Verhaltensnormen, die durch eine Straftat verletzt werden, einer dem Strafrecht vorgelagerten Primärordnung. Diese Primärordnung ist ebenso öffentlich-rechtlicher Natur, insoweit Verhaltensnormen hoheitlich auferlegte Verhaltenspflichten begründen, gleichwohl aber in ihrem Bestand prinzipiell unabhängig von einer strafrechtlichen Sanktionierung. Strafgesetze greifen die Verhaltensnormen der Primärordnung lediglich auf und sanktionieren deren Übertretung mit Strafe.<sup>303</sup>

Mit Blick auf die den Strafvorschriften zugrunde liegenden Verhaltensnormen stellt sich nun die Frage, wie sie sich zu Rechtfertigungsgründen verhalten, d.h. zu Erlaubnisnormen, welche ein an sich normwidriges Verhalten erlauben. Hierzu haben nun Raz und Hruschka die normlogische Struktur von Erlaubnissätzen untersucht und zwei Arten von Erlaubnisnormen unterschieden, die auf unterschiedlichen logischen Ebenen operieren und infolgedessen auch unterschiedliche Wirkungen zeitigen. Raz spricht insoweit von *weak* und *exclusionary permissions*,<sup>304</sup> Hruschka spricht – in Abweichung von der gebräuchlichen Terminologie – von *intrasystematischen* und *extra-*

---

der Gemeinschaft in diesem Sinne aufgefasst. Aufgabe des Rechts ist es, den Menschen ‚zu inhaltlich richtigem Verhalten anzuleiten‘, bevor überhaupt eine Handlung begangen worden ist, die als rechtswidrig bewertet werden könnte.“ Vgl. i. E. ebenso Wolter 1981, S. 24 ff., 46; H.-L. Günther 1983, S. 95; Paeffgen. GS Kaufmann, 1989, S. 414 f.; Renzikowski, GA 2007, S. 561, 563 ff.; Kleinert 2008, S. 103 f.; Roxin/Greco 2020, § 10 Rn. 93 sowie m. w. N. Haas 2002, S. 74 f.

<sup>300</sup> Vgl. hierzu A. Schneider 2011, S. 37, 40 ff.; Mikus 2002, S. 25 ff.; Münzberg 1966, S. 141 ff. sowie die Nachweise in Fn. 344.

<sup>301</sup> Vgl. hierzu und zu den weiteren Sanktionsvoraussetzungen nur A. Schneider 2011, S. 40 ff. und 45 ff. m. w. N.

<sup>302</sup> Denkbar sind freilich auch nicht-strafrechtliche Sanktionsnormen, die allerdings keine Strafsanktion anordnen können, etwa die Schadensersatzpflicht nach § 823 BGB.

<sup>303</sup> Vgl. hierzu konzis und mit Hinweisen auf abweichende Konzepte Renzikowski 1997, S. 54 ff. sowie im Übrigen nur H.-L. Günther 1983, S. 154 ff.; Frisch 1983, S. 118 ff.; Lagodny 1996, S. 77 ff.; Freund 1992, S. 51 ff.; A. Schneider 2011, S. 35 ff.; Freund/Rostalski 2019, § 1 Rn. 50 ff.; Matt/Renzikowski-Renzikowski, Einleitung Rn. 16 ff.

<sup>304</sup> Raz 1990, S. 85 ff. Vgl. dazu konzis Renzikowski, JRE 2005, S. 643, 644 ff. Vgl. allgemein mit einem konzisen Überblick zum Raz'schen Rechtsdenken Kuch, JZ 2017, S. 719 ff.

*systematischen Rechtfertigungsgründen*.<sup>305</sup> Schwache Erlaubnisse operieren unmittelbar auf der Ebene der Verhaltensnormen und modifizieren die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Entstehung einer Verhaltenspflicht, indem sie sie um Ausnahmen ergänzen.<sup>306</sup> Eine schwache Erlaubnis

„[...] formuliert eine Ausnahme zu einer oder mehreren Verhaltensanweisungen des Regelsystems, zu dem [sie] gehört. [Sie] hat [ihren] logischen Ort daher innerhalb des Systems. So kann ein Regelsystem zu dem Verbot ‚Du sollst nicht x!‘ die Ausnahme und damit [die schwache Erlaubnis] enthalten: ‚Das gilt nicht, wenn die Voraussetzungen a, b, c vorliegen!‘ [...] ‚[Erlaubnis]‘ bedeutet dabei, daß in einem solchen Fall – vom Standpunkt des Systems aus gesehen – ebensowenig ein Regelverstoß vorliegt wie dann, wenn schon der Tatbestand der Verhaltensanweisung nicht erfüllt wäre.“<sup>307</sup>

Demgegenüber zeichnen sich starke Erlaubnisse dadurch aus, dass sie einen normativen Selbststand haben. Sie beruhen auf Normen, die gegenüber den Verhaltensnormen logisch höherrangig sind, und formulieren Ausnahmen zur Anwendung der Verhaltensnorm selbst. Eine starke Erlaubnis

„[...] formuliert eine Ausnahme zu dem Grundsatz, daß die Verhaltensanweisungen des Regelsystems zu befolgen seien, auf das [sie] sich bezieht. [...] Infolgedessen hat auch jede auf die Regelbefolgungspflicht bezogene Ausnahme ‚Unter den Voraussetzungen d, e, f brauchen die Verhaltensanweisungen des Systems nicht befolgt zu werden‘ ihren logischen Ort außerhalb des Systems [...]. ‚[Erlaubnis]‘ bedeutet dabei, daß in einem solchen Fall ebensowenig ein Verstoß gegen die Regelbefolgungspflicht vorliegt wie dann, wenn die Regelbefolgungspflicht überhaupt nicht bestünde.“<sup>308</sup>

Auf das Strafrecht angewandt führen schwache und starke Erlaubnisse damit *faktisch* zu gleichen Ergebnissen. Gleich ob man einen Rechtfertigungsgrund als starke oder schwache Erlaubnis begreift: Stets kommt es zu einem Entfallen der konkreten Verhaltenspflicht, an deren Verletzung strafrechtliche Sanktionen anknüpfen könnten. Dies macht die Differenzierung zwischen beiden Erlaubnisarten jedoch nicht zu einem bloßen Glasperlen-

<sup>305</sup> Hruschka. FS Dreher, 1977; vgl. ebenfalls Hruschka 1988, S. 364 ff. und 379 ff. Vgl. dazu eingehend und mit der Raz'schen Konzeption vergleichend Renzikowski, JRE 2005, S. 643, 650 ff.

<sup>306</sup> Schwache Erlaubnisse sind infolgedessen vergleichbar mit den von der Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand (vgl. oben Fn. 293) angenommenen negativen Tatbestandsmerkmalen, so auch Renzikowski 1994, S. 139.

<sup>307</sup> Hruschka. FS Dreher, 1977, S. 189 f. Hruschka präzisiert dabei, dass eine schwache Erlaubnis nicht notwendig in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis formuliert werden muss, sondern auch in die Regel integriert werden kann, bspw. „Du sollst keine Körperverletzung gegen oder ohne den Willen des Betroffenen begehen!“ (ebd., S. 191, Fn. 3). Terminologisch habe ich Hruschkas Begriffsbildung *intrasystematischer Rechtfertigungsgrund* bzw. *extrasystematischer Rechtfertigungsgrund* durch *schwache Erlaubnis* bzw. *starke Erlaubnis* ersetzt. Eine Bedeutungsänderung ergibt sich hierdurch nicht.

<sup>308</sup> Hruschka. FS Dreher, 1977, S. 190.

spiel. Während nämlich eine schwache Erlaubnis die Geltungsfrage der Verhaltensnorm gänzlich unberührt lässt und lediglich den Normtatbestand modifiziert,<sup>309</sup> lässt eine starke Erlaubnis die Pflicht entfallen, die Verhaltensnorm überhaupt zu befolgen. Greift eine starke Erlaubnis ein, verliert die Verhaltensnorm mithin für den in Frage stehenden Sachverhalt ihre Gültigkeit.<sup>310</sup> Eine Handlung, die sonst der Verhaltensnorm unterfiele (bspw. verboten wäre), ist somit *rechtlich*<sup>311</sup> indifferent, d. h. weder ge- noch verboten.<sup>312</sup> Aus strafrechtlicher Sicht ist es gewissermaßen gleichgültig, ob die fraglich Handlung vorgenommen wird oder nicht vorgenommen wird, da keine Norm Geltung beansprucht, aus deren Anwendung ein verhaltensleitendes (Un-) Werturteil abgeleitet werden könnte.<sup>313</sup>

<sup>309</sup> Dies trifft etwa auf Rechtfertigungsgründe wie § 34 StGB und §§ 904, 228 BGB zu, vgl. dazu eingehend *Renzikowski*, JRE 2005, S. 643, 650 ff.

<sup>310</sup> So auch *Renzikowski* 1994, S. 139.

<sup>311</sup> Um Missverständnisse an dieser Stelle zu vermeiden: Dass bei Eingreifen einer starken Erlaubnis eine Verhaltensnorm im konkreten Fall ihre Geltung verliert, heißt freilich nicht, dass auch die Gründe, die die Verhaltensnorm sachlich rechtfertigen, entfielen. Beispielsweise ist *Wahrung der körperlichen Integrität anderer* auch dann noch ein guter (bspw. moralischer) Grund, eine Körperverletzung zu unterlassen, wenn der Betroffene der Verletzung zugestimmt hat. Dieser Handlungsgrund verliert lediglich seine *rechtliche* Verbindlichkeit, da die Verhaltensnorm keine Geltung beansprucht, die Verletzungshandlung mithin rechtlich überhaupt nicht pflichtig ist. Dies ist vor allem mit Blick auf Raz zu sagen, wenn dieser schwache und starke Erlaubnisse wie folgt unterscheidet: „One grants a weak permission if one can and does change the reasons against an action so that its omission is no longer required. If a person owes money to another and his creditor waives his right to the debt he thereby gives his debtor a weak permission not to pay the debt. An exclusionary permission is granted if a person can and does act in a way which does not change the reasons for refraining from an act but entitles a person to disregard them. The simplest case of giving an exclusionary permission is a case of a man who consents that another shall perform an act harmful to his interests.“ (Raz 1990, S. 96, kursive Hervorhebung von mir). Im Ergebnis interpretiert Raz Erlaubnisnormen ebenso wie Hruschka, analysiert sie aber dahingehend, wie sich diese auf rechtliche Handlungsgründe auswirken (vgl. dazu unten S. 166 mit Fn. 129). Daher mag Raz zugestimmt werden, dass eine starke Erlaubnis nichts an den Handlungsgründen als solchen ändert (*Wahrung der körperlichen Integrität anderer* bleibt auch bei Zustimmung ein guter Grund, jemanden nicht zu verletzen). Allerdings ändert eine Erlaubnis den geltungstheoretischen Status dieses Handlungsgrundes: Er verliert seine rechtliche Geltung (und damit seine vorrangige Verbindlichkeit als *exclusionary reason* (vgl. zu *exclusionary reasons* unten S. 166 f.) und kann allenfalls unter moralischen, sozialen oder sonstigen nicht-rechtlichen Aspekten Berücksichtigung finden. Damit verliert er seine *rechtliche* Relevanz; anders jedoch *Gardner* 2007 und *Gardner*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2010, S. 71 ff. sowie dies aufgreifend *Große-Wilde*, ZIS 2011, S. 83 ff. und *NK-StGB-Zabel/Paeffgen*, Vor § 32 Rn. 8a f.

<sup>312</sup> Die Handlung ist danach „absolut erlaubt“, vgl. dazu eingehend *Joerden* 2018, S. 181 ff.

<sup>313</sup> Extrasystematische Rechtfertigungsgründe bzw. starke Erlaubnisse in diesem Sinne sind etwa die rechtfertigende Pflichtenkollision, die Notwehr (§ 32 StGB)

Damit ist es – wie Hruschka zutreffend herausstellt – unerheblich, ob und wie eine Rechtsordnung eine starke Erlaubnis innerhalb der Normen der Primärebene tatbestandlich abbildet. Denn es ist nur eine Frage der Regelungstechnik, ob bspw. „die Zustimmung des Betroffenen in eine Körperverletzung“ intrasystematisch als Bedingung der Verhaltensanweisung formuliert wird (etwa „Du sollst keine Körperverletzung gegen oder ohne den Willen des Betroffenen begehen!“<sup>314</sup>) oder ob „bereits die Regelbefolgungspflicht unter der Bedingung der Nichtzustimmung des Betroffenen“ steht (etwa „Du sollst die Verhaltensanweisungen des Regelsystems S nicht gegen oder ohne den Willen des Betroffenen übertreten!“<sup>315</sup>). Dies ist konsequent: Denn Strafvorschriften können Sanktionen nur dann an Verhaltenspflichtverletzungen anknüpfen, wenn man auf einer Metaebene eine höherrangige Norm annimmt, die den Verhaltensnormen (d.h. den Normen, die auf einer Primärebene Verhaltenspflichten begründen) Geltung verleiht und deren Befolgung anordnet.<sup>315</sup> Fehlt es hieran, weil eine starke Erlaubnis eingreift, so beanspruchen die Normen der Primärebene keine rechtliche Geltung mehr. Mithin kann es dahinstehen, ob diese Normen ihrerseits auf der Primärebene die Erlaubnis tatbestandlich (d.h. zusätzlich als schwache Erlaubnis) abbilden oder nicht.

#### *bb) Einwilligung und Berechtigung bezüglich der Regelbefolgungspflicht*

Ausgehend von dieser Differenzierung zwischen schwachen und starken Erlaubnissen lässt sich nun ein Argument entwickeln, das für die Vorzugs-

---

oder – wie gleich gezeigt wird – die rechtfertigende Einwilligung, vgl. dazu konzis *Renzikowski*, JRE 2005, S. 643, 657 ff. Mir kommt es hier ausschließlich auf die strafrechtliche Betrachtung an, wofür nur die Verhaltensnormen von Interesse sind, deren Verletzung strafrechtlich sanktioniert ist. Und mit Blick darauf trifft es zu, dass eine starke Erlaubnis i. S. v. Raz und Hruschka eine Handlung als absolut erlaubt ausweist, d.h. weder ein strafbewehrtes Handlungsverbot noch -gebot vorliegt. Dies sagt freilich noch nichts darüber aus, ob nicht-strafbewehrte Rechtsgründe, d.h. Verhaltensnormen, die Handlung weiterhin als pflichtig ausweisen. So kritisch *Renzikowski* ebd., 647: „Ob die konkrete Handlung tatsächlich ‚absolut erlaubt‘ ist, ergibt sich erst aus der Zusammenschau aller Verhaltensregeln der Rechtsordnung.“

<sup>314</sup> Vgl. *Hruschka*. FS Dreher, 1977, S. 191 f. mit Fn. 3.

<sup>315</sup> Insoweit deckt sich die Unterscheidung von starken und schwachen Erlaubnissen implizit mit der Auffassung von *Kelsen* 1960, S. 196 ff., wonach eine Norm, verstanden als eine Sollensanordnung, ihre Geltung nur von einer anderen – im Stufenbau der Rechtsordnung höher stehenden – Norm ableiten kann. Vgl. ähnlich den Hinweis von *Hruschka*. FS Dreher, 1977, S. 196, dass ein „von jedem Regelsystem qua *Regelsystem* vorausgesetzte[r] Grundsatz der Regelbefolgung“ bestehe. Hierdurch kommt es auch nicht zu einer redundanten Verdoppelung der Verpflichtungen der Normadressaten, vgl. dazu *Renzikowski*, JRE 2005, S. 643, 657 ff.; kritisch jedoch *Neumann*, GA 1985, S. 389, 398.

würdigkeit der Rechtsverletzungslehre gegenüber der Rechtsgutslehre spricht, auch wenn man Rechtsgüter als inhaberunabhängig-wertvoll begreift (d.h. als an sich werthafter Zustand bzw. wertvolles Gut) und infolgedessen der Einwilligung<sup>316</sup> rechtfertigende Wirkung beimisst. Hierzu möchte ich mich erneut auf Hruschka beziehen, der nachgewiesen hat, dass die Zustimmung des von einer Straftat Betroffenen nur eine starke Erlaubnis im vorgenannten Sinne sein kann: „Der Satz ‚volenti non fit iniuria‘ beschreibt einen extrasystematischen Rechtfertigungsgrund von universaler Geltung [...].“

„Die Annahme einer Regelbefolgungspflicht schließt nämlich notwendig die Annahme eines bestimmten [...] Subjekts mit ein, dem die Regelbefolgung geschuldet wird. Denn ‚Pflicht‘ und ‚Schuld‘ können ohne Beziehung auf einen Berechtigten nicht gedacht werden, weil sich nicht widerspruchsfrei sagen läßt, daß ich zwar etwas schulde, das Geschuldete aber niemandem schulde [...]. Nun kann man aber nur dann sagen, daß einem Subjekt ein Recht auf die Regelbefolgung durch den Verpflichteten zusteht, wenn der Berechtigte die damit gegebene Bindung des Verpflichteten an ihn auch lösen, wenn er den Verpflichteten von seiner Pflicht auch entbinden kann. Daraus ergibt sich, daß dem Einwilligenden niemals ein Unrecht geschieht. [Sc. Denn] [d]ie Nichtbefolgung einer Verhaltensanweisung ist Unrecht, das stets dem, aber auch nur dem geschieht, dem ihre Befolgung geschuldet wird. Deshalb geschieht dem nicht Unrecht, [...] dem [die Regelbefolgung] nicht mehr geschuldet wird, weil er den Verpflichteten von seiner Verbindlichkeit ihm gegenüber befreit hat.“<sup>317</sup>

Letztlich präsentiert Hruschka hiermit ein transzendentes Argument<sup>318</sup>, das auf das Strafrecht gewandt, wie folgt paraphrasiert werden kann:

<sup>316</sup> Insoweit bei Eingreifen einer Erlaubnis (sei sie stark oder schwach) in jedem Fall die konkrete Verhaltenspflicht entfällt, wird bei einer Einwilligung das in Rede stehende Rechtsverhältnis zwischen Täter und Zustimmungdem derart umgestaltet, dass bereits nicht mehr von einer Rechtsverletzung gesprochen werden kann. Allein in diesem Sinne ist es angebracht, bei der Einwilligung von einem „Rechtsschutzverzicht“ (vgl. oben Fn. 269) bzw. einem „Überwiegen der Selbstbestimmungsfreiheit“ (vgl. oben Fn. 270) zu sprechen. Dies wird jedoch verkannt, wenn man hierbei die Einwilligung erst auf die Ebene der Sanktionsnorm bezieht. Es wäre dann das Strafrecht, dass „[m]it dem Rechtsinstitut der Einwilligung [...] dem Berechtigten die Möglichkeit [gewährt], seine Rechtsgüter preiszugeben“ (Rönnau 2001, S. 1). Wer jedoch seine Rechtsgüter preisgibt, entbindet Dritte von jeglicher Verpflichtung seine Rechtsgüter zu wahren, was folglich bereits die den strafrechtlichen Sanktionsnormen vorgelagerte Verhaltensnorm (sei es deren Inhalt [schwache Erlaubnis] oder deren Geltung [starke Erlaubnis]) tangiert. Diesen Umstand kann die strafrechtliche Sanktionenordnung nur reflektieren. Vgl. so auch Murmann 2005, S. 311.

<sup>317</sup> Hruschka. FS Dreher, 1977, S. 198.

<sup>318</sup> Ein transzendentes Argument ist ein Argument, das aus einem als erwiesen angenommenen Umstand (Y) auf die Bedingungen seiner Möglichkeit schließt, nämlich dass X eine notwendige Bedingung für die Möglichkeit von Y ist – woraus, wenn Y der Fall ist, logisch folgt, dass X auch der Fall sein muss. Klassischer Weise (so wie etwa bei Kant) werden transzendente Argumente gegen den Außenweltsskeptizismus angeführt, um ausgehend von einem als sicher erachteten Merkmal der Erfah-

- (1) Kriminalunrecht besteht in der Verletzung der den Straftatbeständen zugrundeliegenden Verhaltensnormen, zu deren Befolgung eine Pflicht besteht,<sup>319</sup>
- (2) und da eine Pflicht nicht ohne Berechtigung, Berechtigung wiederum nicht ohne die Befugnis, von der Pflicht zu befreien, gedacht werden kann,<sup>320</sup>
- (3) geschieht folglich demjenigen kein Kriminalunrecht, der durch seine Zustimmung die Pflicht zur Befolgung der Verhaltensnormen aufgehoben hat.

Entscheidend ist somit, *wem* die Regelbefolgungspflicht geschuldet ist, sodass dessen Zustimmung zum Unrechtsausschluss führt. Nach der Ansicht, die ausgehend von einem inhaberunabhängigen Rechtsgutsbegriff der Einwilligung rechtfertigende Wirkung beimisst, kann dies nur der jeweilige Rechtsgutsinhaber sein. Wenn nämlich der individuelle Wille auf Ebene des Normtatbestands keine Rolle spielen soll, dann kann der Unrechtsausschluss *qua* Zustimmung des Rechtsgutsinhabers nur durch Entfallen der Regelbefolgungspflicht erfolgen.<sup>321</sup> Dann gilt:

- (2) Eine Pflicht kann nicht ohne Berechtigung, Berechtigung wiederum nicht ohne die Befugnis, von der Pflicht zu befreien, gedacht werden.
- (3\*) Bei Zustimmung des Rechtsgutsinhabers geschieht kein Kriminalunrecht, weil durch seine Zustimmung die Pflicht zur Befolgung der Verhaltensnormen im konkreten Fall entfällt.

---

rung weitergehende Schlüsse zu ziehen. Transzendente Argumente lassen sich jedoch auch auf normative Systeme anwenden, wobei deren Ausgangspunkt bestimmte, als korrekt erachtete Axiome dieses Systems sind. Vgl. allgemein zu transzendentalen Argumenten *Stern* 2019.

<sup>319</sup> Prämisse ist damit, dass strafbewehrte Verhaltensnormen Bestimmungsnormen im Sinne Bindings sind. So auch die h.M., vgl. dazu oben S. 95 f. m.w.N.

<sup>320</sup> Weitere Prämisse ist somit, dass zumindest in einer Rechtsordnung (einem rechtlichen Normensystem) a) jeder Pflicht ein Recht bzw. eine Berechtigung gegenübersteht und dass b) sich ein Recht bzw. eine Berechtigung dadurch auszeichnet, dass eine Rechtspflicht kontrolliert (auferlegt, aufgehoben, in Kraft gelassen) werden kann. Dieser Zusammenhang wurde bereits anhand der Korrelativität von Recht und Pflicht sowie der Willentheorie subjektiver Rechte aufgezeigt, vgl. oben S. 35 ff. Es ist jedoch zu beachten, dass dies kein Spezifikum der rechtstheoretischen Betrachtung subjektiver (Privat-)Rechte ist. Auch die Strafrechtswissenschaft erkennt diesen Zusammenhang durch die normentheoretische Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm der Sache nach an, wenn sie davon spricht, dass Verhaltensnormen eine Berechtigung der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft reflektieren, dem Normadressaten konkrete Verhaltenspflichten hoheitlich aufzuerlegen, vgl. oben S. 96 m.w.N. in Fn. 303. Hruschka überträgt diesen Zusammenhang lediglich auf die Meta-Ebene der Geltung bzw. der Befolgungspflicht der Normen der Primärebene.

<sup>321</sup> Etwas anderes ergäbe sich nur, wenn man die rechtfertigende Einwilligung auf Ebene der Sanktionsnorm ansetzen ließe, was jedoch mit der Akzessorietät der strafrechtlichen Sanktionsordnung, auf Verletzungen der Verhaltensnormen der Primärordnung zu reagieren, unvereinbar ist. Vgl. oben Fn. 316.



- (4) Folglich ist der zustimmende Rechtsgutsinhaber der Berechtigte der Regelbefolgungspflicht.

Ist der Rechtsgutsinhaber jedoch Berechtigter der Regelbefolgungspflicht, können strafrechtliche Aussagen über die Verletzung inhaberunabhängig-wertvoll konzipierter Rechtsgüter nur in Abhängigkeit vom Willen des Rechtsgutsinhabers getroffen werden, denn:

- (5) Ein Rechtsgut ist strafrechtlich genau dann inhaberunabhängig wertvoll, wenn die in der Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung bzw. eines Erfolges liegende Normwidrigkeit einen eigenständigen rechtlichen Unwert unabhängig vom Willen des Betroffenen abbildet.
- (2+4) Wenn der Rechtsgutsinhaber der Berechtigte der Regelbefolgungspflicht ist, ist die Verhaltensnorm im konkreten Fall nur gültig, sofern er nicht die Regelbefolgungspflicht ihm gegenüber *qua* Zustimmung aufhebt.
- (6) Folglich kann die Frage der rechtlichen Werthaftigkeit eines Individualrechtsgutes nicht unabhängig vom Willen des Rechtsgutsinhabers beantwortet werden.

Anders gesagt: Nur wenn ein entgegenstehender Wille des Rechtsgutsinhabers missachtet wird, kann die Normordnung ein Rechtsgut als an sich wertvoll ausweisen. Wenn nämlich die Pflicht zur Normbefolgung im konkreten Fall vom Willen des Rechtsgutsinhabers abhängt (Zustimmung als starke Erlaubnis), dann kann unabhängig von dessen Willen keine Aussage über die Normwidrigkeit und damit über den Wert eines Rechtsguts bzw. den Unwert seiner Verletzung getroffen werden, da die Verhaltensnorm bei Zustimmung im konkreten Fall ihre rechtliche Gültigkeit verliert. Mangels Gültigkeit der Verhaltensnorm ist ein Zustand weder als (Un-)Wert zu qualifizieren (Ausfall der Bewertungsfunktion der Verhaltensnorm) noch besteht eine korrespondierende Handlungspflicht (Ausfall der Bestimmungsfunktion der Verhaltensnorm).<sup>322</sup> Daraus folgt, dass der Schutz von Individualrechtsgütern durch strafbewehrte Verhaltensnormen stets nur unter dem *provisio* fehlender Zustimmung des Rechtsgutsinhabers besteht.

Hiermit schließe ich – wie man vielleicht vermuten könnte – *nicht* von der Geltung einer Norm auf ihr *telos* (also daraus, dass die Geltung der Verhaltensnorm im konkreten Fall von individueller Zustimmung abhängt, darauf, dass die Verhaltensnorm den Schutz dieser Zustimmungsbefugnis bezweckt). Vielmehr geht es mir um den Nachweis, dass Strafgesetze bei Verletzung von Individualrechtsgütern ungeachtet dessen, was sie zu schützen beabsichtigen, im konkreten Fall nur Verletzungen individueller Rechtsmacht und damit von subjektiven Rechten bzw. Rechtsverhältnissen erfassen können. Denn überall dort, wo der Rechts(guts)inhaber seine privatrechtlich anerkannten subjektivi-

<sup>322</sup> Vgl. zur Unterscheidung von Bewertungs- und Bestimmungsfunktion von Verhaltensnormen oben S. 95 mit Fn. 298.

ven Rechte *qua* Zustimmung gegenüber anderen preisgibt, hebt er gleichzeitig die Regelbefolgungspflicht bzgl. der den Straftatbeständen zugrunde liegenden Verhaltensnormen im konkreten Fall auf. Ein Urteil, ob das in Frage stehende Verhalten im Grundsatz strafrechtlich missbilligt und zu unterlassen ist, lässt sich mangels Anwendbarkeit der Verhaltensnorm nicht treffen. Tatbestandsmäßigkeit begründet dann auch kein vorläufiges Unwerturteil, weil die Anwendbarkeit der Norm auf den konkreten Sachverhalt – und damit jegliches strafrechtliches Unwerturteil – von seinem Willen abhängt.<sup>323</sup> Folg-

---

<sup>323</sup> An dieser Stelle bedürfte es sachlich einer eingehenden Positionierung in der Debatte um einen zwei- bzw. dreistufigen Deliktsaufbau (vgl. dazu schon oben Fn. 293) sowie einer umfassenden Abgrenzung zu anderen normtheoretischen Konzeptionen (vgl. dazu konzis *Renzikowski*, JRE 2005, S. 643, 663 ff.), die mit Blick auf das angestrebte Untersuchungsziel jedoch zu weit führen würde. Insoweit möchte ich mich hier auf eine kurze Gegenüberstellung mit der Lehre vom Leitbildtatbestand beschränken, die einen Vergleich mit dem hier vorgestellten Konzept am stärksten herausfordert. Denn die hier vorgenommene Verhältnisbestimmung von Normsätzen (Ge-/Verbotsnormen) und Erlaubnissätzen hat zur Konsequenz, dass Tatbestandsmäßigkeit keine eigenständige Wertungsstufe mit Blick auf das Kriminalunrecht enthält. Hingegen der Lehre vom Leitbildtatbestand zufolge meint Straftatbestandsmäßigkeit die Beschreibung einer Handlung als einem abstrakten gesetzlichen Verbot widersprechend, was eine eigene Wertung darstelle (vgl. etwa *H. J. Hirsch* 1960, S. 67 ff.; *Armin Kaufmann* 1954, S. 138 ff.; *Welzel* 1969, S. 80 f.; vgl. aber auch *G. Jakobs* 1991, § 6 Rn. 51 f.; *Jescheck/Weigend* 1996, § 25 I 1 f. und m. w. N. auch *NK-StGB-Zabel/Paeffgen*, Vor § 32 Rn. 8 und 15). Da Rechtfertigungsgründe erst „die Konkretisierung der Norm zur Pflicht“ verhinderten (so *H. J. Hirsch* 1960, S. 277, vgl. ebenso *Armin Kaufmann* 1954, S. 249 f.; *Welzel* 1969, S. 80; *NK-StGB-Zabel/Paeffgen*, Vor § 32 Rn. 8), kann es nach dieser Auffassung normwidriges Verhalten geben, das – weil gerechtfertigt – nicht pflichtwidrig ist. Trotz Rechtfertigung verbleibt damit gewissermaßen ein normativer Überrest, wenn etwa *H. J. Hirsch* 1960, S. 238 ausführt, dass „Rechtfertigungsgründe nicht das einzelne Verbot einschränken und damit gerechtfertigtes Verhalten rechtlich irrelevant machen, sondern etwas Rechterhebliches, nämlich den Verstoß gegen die generelle Norm (das Verbot oder Gebot) voraussetzen“. Legt man aber – wie hier vertreten – die normtheoretischen Erwägungen Hruschkas und Raz’ zugrunde, dann führen Erlaubnisse entweder dazu, dass ein Verhalten bereits nicht normwidrig ist (schwache Erlaubnis), oder aber sie führen zum Entfallen der Regelbefolgungspflicht, sodass eine mit der Tatbestandsmäßigkeit gegebene „Normwidrigkeit“ keine normative Relevanz mehr aufweist (starke Erlaubnis). Denn entfällt die Regelbefolgungspflicht, so gilt die Verhaltensnorm im konkreten Fall nicht mehr. Wenn die Norm nicht gilt, kann das Verhalten aber auch nicht normwidrig sein. Diese Sichtweise ist auch aus dem Grund vorzugswürdig, weil die genannten Vertreter der Lehre vom Leitbildtatbestand dem präskriptiven Charakter von Verhaltensnormen nicht gerecht werden können. Verhaltensnormen müssen – sollen sie ihrer Bestimmungsfunktion gerecht werden können und Menschen zu einem bestimmten Verhalten anleiten können – präskriptive Sätze sein (so im Grunde unstrittig *Armin Kaufmann* 1954, S. 47 ff.; *J. Vogel* 1993, S. 33; *Renzikowski* 1994, S. 146; *Renzikowski* 1997, S. 238 f.). Verhaltensnormen beinhalten also stets vorschreibende Aussagen der Form „Tue/Unterlasse X!“ bzw. „Wenn Y, dann tue/unterlasse X!“. Dann aber ist nicht ersichtlich, wie ein und dasselbe Verhalten mit Blick



lich kann etwa strafrechtlicher Eigentumsschutz nach § 303 StGB stets nur insoweit bestehen, als eine Handlung auch die zivilrechtliche Rechtsmacht in Bezug auf den Eigentumsgegenstand (Ausschluss- und Nutzungsbefugnisse des Eigentümers, § 903 BGB) beeinträchtigt. Behauptete man das Gegenteil, gäbe man die Einheit der Rechtsordnung<sup>324</sup> preis, weil es Verhalten geben könnte, das zivilrechtlich erlaubt, jedoch strafrechtlich verboten wäre. Das Strafrecht müsste dann in der Lage sein, jenseits der Verhaltensnormen der zivilrechtlichen Primärordnung eigene – womöglich widersprechende – Verhaltensnormen aufzustellen. Woher eine solche staatliche Befugnis, Verhalten allein mit den Mitteln des Strafrechts durchzusetzen, kommen soll, ist jedoch nicht ersichtlich.<sup>325</sup>

*De facto* kommt es damit zu einem Gleichlauf von individueller Kontrolle über Verhaltensnormen und subjektiv-rechtlicher Rechtsmacht in Bezug auf ein Rechtszuweisungsobjekt. Strafrechtsschutz läuft bei Individualrechts-*gütern* damit *im Ergebnis* stets auf den Schutz privatrechtlich anerkannter

---

auf die Normwidrigkeit als ver-/geboten und gleichzeitig widerspruchsfrei mit Blick auf die Rechtfertigung als erlaubt bewertet werden kann. Dieser Widerspruch lässt sich auch nicht aufheben, indem man Norm und Erlaubnis unterschiedlichen Abstraktionsebenen zuordnet, denn Norm und Erlaubnissatz operieren zwar auf unterschiedlichen logischen Ebenen, jedoch auf der gleichen Abstraktionsebene (so auch *Renzikowski* 1994, S. 146 f.). Gleichwohl läuft die hier vertretene Position (vgl. kritisch zu einer solchen Auffassung m. w. N. nur *Maurach/Gössel* 2014, § 39 Rn. 7 ff.) nicht zwangsläufig auf einen zweistufigen Deliktsaufbau hinaus, wie ihn die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen vertritt. Denn letztere kann zwar schwache Erlaubnisse erklären, nicht aber starke Erlaubnisse, welche – wie hier ausgewiesen – auf einer anderen logischen Ebene operieren. Mit Blick auf den Deliktsaufbau und auf die Unterscheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit folgt aus alledem, dass einerseits Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit keine unterschiedlichen Wertungsstufen darstellen; entscheidend ist insoweit die Trennung von Unrecht und Schuld (was – freilich mit anderer Begründung – von Anhängern eines zweistufigen Deliktsaufbaus auch vertreten wird, vgl. etwa *Engisch*, ZStW 1958, S. 566, 596 ff.; *Frisch* 1983, S. 244 f.; *Wolter* 1981, S. 143 ff. sowie NK-StGB-Puppe, Vor § 13 Rn. 11 ff.). Andererseits ist es aber – insofern schließe ich mich *Renzikowski* 1994, S. 156 ff.; erneut *Matt/Renzikowski-Renzikowski*, Vor § 13 Rn. 35 an – aus pragmatischen Gründen zweckmäßig, zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zu differenzieren, um den gedanklichen Weg zur Bildung der konkreten strafbewehrten Verhaltenspflicht, der auf zu unterscheidenden logischen Ebenen von Norm und Erlaubnissatz verläuft, transparent zu machen. Vgl. mit teils ähnlicher Differenzierung *Murmann*. FS Puppe, 2011, S. 776, Fn. 46 und zuletzt *Holznapel* 2019, S. 196, nach denen die Tatbestandsmäßigkeit für sich genommen ebenfalls keine Wertungsfrage entscheide.

<sup>324</sup> Vgl. dazu aus normentheoretischer Sicht konzis *A. Schneider* 2011, S. 46 ff.

<sup>325</sup> Vgl. ebenso *Altenhain* 2002, S. 299: „Wenn weder ein Privater noch der Staat berechtigt sind, von Dritten ein Unterlassen zu verlangen, dann ist nicht ersichtlich, woher der Staat die Berechtigung nimmt, dieses Verlangen mittels Strafandrohung durchzusetzen.“

subjektiver Rechte hinaus. Dies gilt auch, wenn man dem Strafrecht keine bzw. zumindest nicht primär eine rechtsgüterschützende Funktion<sup>326</sup> zuspricht, sondern Kriminalunrecht als Schädigung bzw. Abfall von der gesellschaftlichen Norm- bzw. Wertordnung begreift.<sup>327</sup> Wenn nämlich nach den vorstehenden Ausführungen die Geltung einer Verhaltensnorm im konkreten Fall vom Willen des Rechts(guts)inhabers abhängt, dann schützt – mit Jakobs gesprochen – das Strafrecht vor der „Desavouierung der Norm“<sup>328</sup> nur vorbehaltlich der Zustimmung des Rechts(guts)inhabers. Dies läuft jedoch ebenfalls auf einen Gleichlauf mit der Verletzung individueller Rechtsmacht auf Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung hinaus. Das heißt auf einen Schutz privatrechtlich anerkannter subjektiver Rechte.

Welche Schlussfolgerungen lassen sich nun aus dem Vorstehenden für die Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung ziehen? Zunächst einmal liefert die Einwilligungsdogmatik gute Gründe dafür, bei der Verletzung von Individualrechtsgütern das Wesen des Kriminalunrechts nicht in einer Rechtsgutsverletzung oder einer Normdesavouierung zu verorten, sondern in der Verletzung privatrechtlich anerkannter subjektiver Rechte: Denn soweit ein großer Teil der Strafrechtswissenschaft der Einwilligung tatbestandsausschließende Wirkung beimisst, weil ein Inhaber-relativer Rechtsgutsbegriff zugrunde gelegt wird, der Gut und darauf bezogene Rechtsmacht des Einzelnen integriert, läuft dies der Sache nach auf die Rechtsverletzungslehre im oben geschilderten Sinne<sup>329</sup> hinaus. Anders gesagt: Bezweckt Strafrecht den Schutz Inhaber-relativ verstandener Rechtsgüter, *bezweckt es* letztlich den Schutz subjektiver Rechte. Soweit hingegen nach herrschender Auffassung der Einwilligung rechtfertigende Wirkung zukommt, weil Rechtsgüter unabhängig vom Individualwillen als inhaberunabhängig-wertvoll begriffen werden, erweist sich ein solches Rechtsgutsverständnis und ein darauf aufbauender Unrechtsbegriff (aber auch die Vorstellung vom Verbrechen als Angriff auf die Normgeltung) meines Erachtens als inkohärent. Denn insofern diese Ansicht die rechtfertigende Einwilligung als starke Erlaubnis verstehen muss, bei der der Rechtsgutsinhaber der Berechtigte der Normbefolgungspflicht ist, hängt die Geltung der Straftatbeständen zugrundeliegenden Verhaltensnormen im konkreten Fall von dessen Willen ab. Nur wenn ein entgegenstehender Wille des Rechtsgutsinhabers missachtet wird, kann die Normordnung ein Rechtsgut als an sich wertvoll ausweisen. Ein Urteil über die Normwidrigkeit einer Handlung und damit über die Verletzung eines durch eine Verhaltensnorm geschützten Rechtsguts ist mithin bei Zustimmung des Rechtsgutsinhabers

---

<sup>326</sup> Vgl. hierzu oben S. 50 ff.

<sup>327</sup> Vgl. oben S. 66 ff.

<sup>328</sup> G. Jakobs, HRRS 2004, S. 88.

<sup>329</sup> Vgl. oben S. 70 ff.

nicht möglich. Dadurch kommt es jedoch zwangsläufig zu einem Gleichlauf von Kriminalunrecht und der Verletzung individueller Rechtsmacht auf Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung. Anders gewandt: Bezweckt Strafrecht den Schutz inhaberunabhängig-wertvoll verstandener Rechtsgüter (oder aber auch den Geltungserhalt von Verhaltensnormen), dann *läuft es de facto* auf den Schutz privatrechtlich anerkannter subjektiver Rechte hinaus.

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten: Die strafrechtliche Einwilligungsdogmatik spricht dafür, die subjektiven Rechte der dem Strafrecht vorgelagerten zivilrechtlichen Rechtszuweisungsordnung als Schutzgut des Strafrechts anzusehen und folglich Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte zu begreifen. Angesichts der unrechtsausschließenden Wirkung der Einwilligung ist somit die Rechtsverletzungslehre gegenüber anderen Unrechtslehren<sup>330</sup> vorzuziehen.

## **2. Mehr als nur Schutzgut? – Ein Plädoyer für ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht**

Jedoch reicht der Erklärungsgehalt der soeben dargestellten Argumentation viel weiter: An der Einwilligung wird nicht nur deutlich, dass subjektive Rechte das Schutzgut des Strafrechts sind. Vielmehr zeigt die Einwilligungsdogmatik – rechtstheoretisch betrachtet –<sup>331</sup> außerdem, dass Kriminalunrecht zwei zu unterscheidende Unrechtsdimensionen aufweist, da bei Verletzung von Individualrechtsgütern der Aspekt der Verhaltensnormübertretung (Verletzung der generalisierten Rechtsnorm) und der Aspekt der Verhaltenspflichtverletzung (Verletzung der hieraus abgeleiteten situationsbezogenen Rechtsnorm<sup>332</sup>), an welche die Strafsanktion anknüpft, differenziert zu betrachten sind. Die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung weist nämlich die letztgenannte Verhaltenspflichtverletzung als Verletzung eines subjektiven Rechts des Einwilligungsbefugten aus. Damit ist Kriminalunrecht in Fällen der Verletzung von Individualrechtsgütern durch zwei notwendige Eigenschaften gekennzeichnet, die zusammengenommen unrechtskonstitutiv sind: die als subjektive Rechtsverletzung zu qualifizierende Ver-

---

<sup>330</sup> Ausgenommen ist insoweit die Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung, die hier aus methodologischen Gründen zurückgewiesen wurde, vgl. oben S. 80 ff.

<sup>331</sup> Insoweit nehme ich auf meine rechtstheoretische Betrachtung subjektiver Rechte oben S. 35 ff. Bezug.

<sup>332</sup> Mit Blick auf die Unterscheidung von Verhaltensnorm und Verhaltenspflicht wird in der Normentheorie teilweise auch terminologisch zwischen „generalisierten Rechtsnormen“ und „situationsbezogene[n] Rechtsnorm[en]“ unterschieden, sodass „[a]uch Pflichten [...] Normen [sind]“ (Ast 2010, S. 20).

haltenspflichtverletzung sowie die als Verletzung objektiven Rechts zu greifende Verhaltensnormübertretung. Diese Differenzierung zwingt zu einer Modifikation der „klassischen“ Rechtsverletzungslehre (B.III.2.a)). Gleichzeitig lässt sich dieses anhand der Einwilligungsdogmatik ausgewiesene subjektiv-rechtliche Verständnis von Kriminalunrecht gegen mögliche Einwände verteidigen: Weder wird es durch die Existenz von Einwilligungsschranken grundsätzlich infrage gestellt noch ist es notwendig auf Individualrechtsgüter beschränkt noch führt es zu einer problematischen Privatisierung des Strafrechts (B.III.2.b)).

**a) „Die Berechtigung des von der Verhaltensnorm  
begünstigten Bürgers ist [...] nur eine mittelbare.“ –  
oder: Wem geschieht Kriminalunrecht?**

Zunächst sei die „klassische“ Rechtsverletzungslehre, so wie sie vorstehend im Anschluss an Haas und Renzikowski dargestellt wurde,<sup>333</sup> noch einmal kurz rekapituliert: Renzikowski und Haas binden Kriminalunrecht an die Verletzung der mit subjektiven Rechten verbundenen exklusiven Ausschluss- und Nutzungsbefugnisse des Rechtsinhabers zurück, da Unrecht darin bestehe, dass jemand „eine fremde Rechtssphäre [usurpiert] und [...] das fremde Recht *als Recht* [verletzt], indem er seine Handlungsfreiheit auf Kosten der anderen Rechtssphäre ausdehnt“.<sup>334</sup> Allerdings sei diese Verletzung subjektiver Rechte nur „der *Anlass*, die Übertretung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm der *Grund* für die Bestrafung“.<sup>335</sup> Die Verhaltensgebote, die den Schutz subjektiver Rechte bezweckten, seien gegenüber der staatlich verfassten Allgemeinheit einzuhalten, da letztere als Urheberin der Verhaltensnormen auch deren Berechtigte sei. Sie sei es, „deren Recht missachtet wird, wenn der Täter die Verbotsnorm übertritt. Die Berechtigung des von der Verhaltensnorm begünstigten Bürgers ist folglich nur eine mittelbare.“<sup>336</sup> Demnach gestaltet sich das Bild nach der klassischen Rechtsverletzungslehre (im Beispielsfall einer Eigentumsverletzung) wie folgt (dazu die Grafik auf der folgenden Seite):

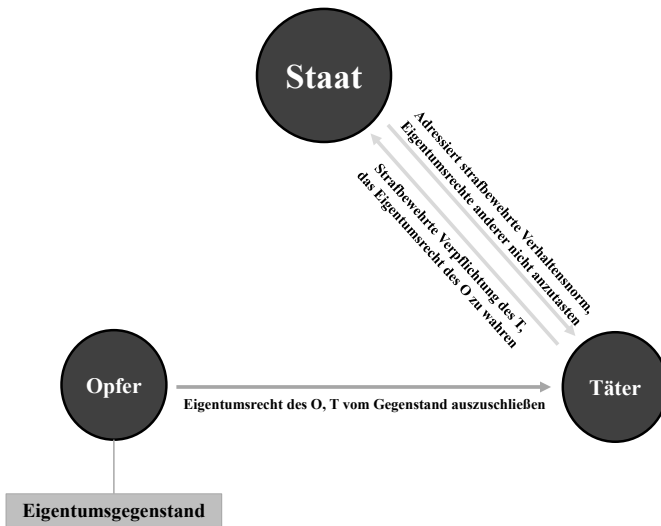
---

<sup>333</sup> Vgl. oben S. 74 ff.

<sup>334</sup> Vgl. Renzikowski, GA 2007, S. 561, 572.

<sup>335</sup> Renzikowski, GA 2007, S. 561, 568.

<sup>336</sup> Vgl. Renzikowski, GA 2007, S. 561, 564.



Dahinter steht die Vorstellung, dass es mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Strafrechts unvereinbar sei, die „den Strafrechtssätzen zugrundeliegenden Imperative [sc. zu] ‚privatisieren‘“:

„Begrift man das subjektive Recht als Befugnis autonomer, privater Normsetzung – nämlich als Berechtigung, andere kraft des eigenen Willens seinen Maßstäben entsprechend von einem bestimmten Herrschaftsbereich auszuschließen –, wird unmittelbar einsichtig, daß sich die Maßstäbe der in den Verhaltensge- und verboten normierten rechtlichen Anforderungen in diesem Sinne nicht der willkürlichen Festsetzung eines einzelnen verdanken. Sie werden von der staatlich verfaßten Gemeinschaft [...] in Geltung gesetzt. Das Maß des rechtlich Geforderten legt die staatlich verfaßte Sozietät [...] fest [...]. [...] Als Urheber der Verhaltensnormen ist die Allgemeinheit Berechtigter. Wer die Verhaltensnormen beachtet, führt, sich dem Willen der Allgemeinheit unterwerfend, stellvertretend ihr Geschäft.“<sup>337</sup>

Hieran ist richtig, dass – im Einklang mit der ganz herrschenden Auffassung in der Strafrechtswissenschaft —<sup>338</sup> (sanktionsbewehrte) Verhaltensnormen (wie aber auch die darauf bezogenen Erlaubnissätze) öffentlich-rechtlicher Natur sind, weil deren Begründung und Ausgestaltung geltungstheoretisch von der rechtlich verfassten Gemeinschaft, dem Staat, abhängt. Allerdings kann aus der Tatsache, dass der Staat Urheber der Verhaltensnorm ist, nicht darauf geschlossen werden, dass der Staat auch Berechtigter der hier nach begründeten konkreten Verbindlichkeit, d. h. der Verhaltenspflicht, ist. Zu einer solchen Gleichsetzung von Normbegründung und Berechtigung ge-

<sup>337</sup> Haas 2002, S. 78 f. unter Zugrundelegung der ebd., S. 55 f. entwickelten Definition subjektiver Rechte.

<sup>338</sup> Vgl. oben die Nachweise in Fn. 223 und Fn. 303.

langt man nur, wenn man – unter gleichzeitiger Ablehnung der hier bejahten Korrelativitätsthese –<sup>339</sup> die Zuschreibung subjektiver Rechte nicht über die deontische Kontrolle von Verhaltenspflichten vornimmt, sondern – wie obenstehend Haas – über die Befugnis privater Normsetzung definiert. Er sieht in der „Befugnis privater Normsetzung“ den Grund der subjektive Rechte kennzeichnenden Willensherrschaft, „*rechtlich* ungehindert und unabhängig von dem Willen der Inhaber fremder Rechtssphären über den eigenen Herrschaftsbereich disponieren zu *können*“.<sup>340</sup> Das dahinterstehende Verständnis subjektiver Rechte zeigt sich anschaulich bei Bucher:

„Die der Pflicht korrespondierende Größe ist die *Norm*; Pflichten werden durch Normen begründet. [...] Für uns dagegen ist das subjektive Recht per definitionem nicht eine Norm, sondern eine *Normsetzungsbefugnis*, deren Ausübung erst zu einer Norm führt, die ihrerseits nicht zum vornherein inhaltlich bestimmt ist. [...] Erst aus der Ausübung dieser Normsetzungsbefugnis ergibt sich eine Pflicht im eigentlichen Wortsinn.“<sup>341</sup>

Wie jedoch bereits im vorigen Kapitel angemerkt, lässt sich dem hierin zum Ausdruck kommenden Bedürfnis, subjektive Rechte als Gründe für Pflichten zu begreifen, auch auf dem Boden der Korrelativitätsthese angemessen Rechnung tragen.<sup>342</sup> Vor allem aber verstellt die Gleichsetzung subjektiver Rechte mit einer Normsetzungsbefugnis den Blick auf Berechtigung im strafrechtlich relevanten Sinn. Denn mit Blick auf eine *konkrete* Straftat ist es zur Beantwortung der Frage, wem durch diese Tat Unrecht getan wird, unerheblich, wer *generell* die Befugnis hat, Verhaltenspflichten zu begründen. Erheblich ist allein, wer die Pflicht im *konkreten* Einzelfall deontisch kontrolliert und deswegen einen Anspruch auf Erfüllung gerade dieser Pflicht hat.<sup>343</sup> Dieser Um-

<sup>339</sup> Danach stellen Anspruchsrecht und Pflicht logische Korrelate dar, sodass subjektive Rechte gegenüber Pflichten nicht ontologisch vorrangig sind, vgl. dazu oben S. 37. Zum Teil lassen sich auch einige Stimmen in der Strafrechtswissenschaft so verstehen, dass sie die Korrelativitätsthese teilen – freilich ohne die hier entwickelten Konsequenzen daraus zu ziehen, vgl. etwa *Otto* 1978, S. 49 (Das Recht des einzelnen „korrespondiert [...] mit einer Pflicht gleichen Inhalts auf Seiten der anderen Rechtsunterworfenen“) oder vormals selbst *Renzikowski* 1994, S. 168 („Jedem Recht entspricht eine Pflicht; Recht und Pflicht sind die *zwei* Seiten *einer* Rechtsbeziehung.“) sowie bereits *Binding* 1885, S. 182 („Nun sind aber Recht und Pflicht korrelate Begriffe.“). Vgl. auch die Nachweise bei *Haas* 2002, S. 75.

<sup>340</sup> *Haas* 2002, S. 56. Vgl. in der Sache ebenso *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 563 f. und *Kleinert* 2008, S. 104 f., jeweils unter Bezugnahme auf *Binding* 1922 (1965), S. 97.

<sup>341</sup> *Bucher* 1965, S. 62; auf diesen nimmt auch *Haas* 2002, S. 57 Bezug. Buchers Gleichsetzung von Norm und Pflicht gründet sich ihrerseits in der Auffassung Kelsens, dass Pflichten letztlich nichts anderes sind als die sie statuierenden Normen, vgl. *Kelsen* 1960, S. 15 und 120 f.

<sup>342</sup> Vgl. hierzu oben S. 37 f. mit Fn. 56.

<sup>343</sup> Letztlich räumt dies implizit auch *Bucher* 1965, S. 62 ein, wenn er „Anspruch“ und „*aktuelle Pflicht*“ als Korrelate begreift.

stand ist auch im Strafrecht normentheoretisch anerkannt, insoweit aus der Verhaltensnorm die Verhaltenspflicht abgeleitet werden muss, damit einer konkreten Person in einer konkreten Situation ein ganz bestimmtes Verhalten abverlangt werden kann.<sup>344</sup> Und allein an die Verletzung der so bestimmten Pflicht knüpfen strafrechtliche Sanktionsnormen an.<sup>345</sup> Kurz gesagt: Von „Berechtigung“ lässt sich im strafrechtlich relevanten Sinn nur in Bezug auf eine konkrete Verhaltenspflicht (bzw. deren Verletzung) sprechen.

Dann aber verkürzt es die subjektive Rechte konstituierende Willensherrschaft in sachlich nicht gerechtfertigter Weise, wenn man sie auf die Befugnis, Pflichten *entstehen* zu lassen (in obiger Diktion Normsetzungsbefugnis), beschränkt. Denn es ist nicht ersichtlich, warum die Willensherrschaft nicht ebenso gut in der Befugnis, Pflichten *bestehen* zu lassen oder *aufzuheben*, ihren Ausdruck finden kann. Genau darum geht es jedoch wie gezeigt beim Entfallen der strafbewehrten Verhaltenspflicht *qua* individueller Einwilligung. Die Willensherrschaft (oder in Hohfeld'scher Terminologie: die rechtliche *Kompetenz*<sup>346</sup>) sollte daher – wie bereits eingangs ausgeführt – vielmehr allgemein als „die Befugnis oder die Ermächtigung“ definiert werden, „die Rechte oder Pflichten irgendwelcher Personen zu verändern, d. h. durch bestimmte Handlungen [...] solche Rechte oder Pflichten [...] zu erzeugen oder zu beseitigen“.<sup>347</sup> Damit kann eine Normsetzungsbefugnis mit der Zuschreibung eines subjektiven Rechts einhergehen, wenn sich nämlich die deontische Kontrolle allein in der Begründung einer Verhaltenspflicht erschöpft. Sie muss es jedoch nicht und es ist daher verfehlt, subjektive Rechte mit einer Normsetzungsbefugnis gleichzusetzen. Entäußert sich nämlich der Normsetzer der deontischen Kontrolle über die Verhaltenspflicht, insoweit er diese Kontrolle einem anderen überträgt, ist dieser andere als subjektiv Berechtigter zu qualifizieren. Oder auf das Strafrecht gewandt: Aus der Tatsache, dass der Staat strafbewehrte Verhaltensnormen setzt, aus denen sich strafbewehrte

---

<sup>344</sup> Vgl. – neben den bereits oben in Fn. 300 genannten Nachweisen – im Sinne eines logisch-deduktiven Ableitungszusammenhangs zwischen abstrakt-genereller Verhaltensnorm und konkret-individueller Verhaltenspflicht *Armin Kaufmann* 1954, S. 138 ff.; *Armin Kaufmann* 1988, S. 7 und *Mikus* 2002, S. 25 f.; jedoch Normen als Gründe für Pflichten (im Sinne einer praktischen Handlungsmotivation) verstehend *Kindhäuser* 1989, S. 13 und 54 ff. und *J. Vogel* 1993, S. 41 ff. Ein Ableitungszusammenhang wird im Grundsatz auch von Vertretern der von mir kritisierten „klassischen Rechtsverletzungslehre“ anerkannt, etwa wenn *Renzikowski*, HRRS 2009, S. 347, 353 betont, dass „[d]ie Konkretisierung der Bestimmungsnorm im jeweiligen Einzelfall [...] jeder Normadressat selbst leisten [muss]. So lässt sich etwa aus dem Tötungsverbot die situative Verhaltensnorm ableiten, nicht mit einem Fahrzeug eine andere Person zu überfahren.“ Vgl. schon *Renzikowski* 1994, S. 168.

<sup>345</sup> Vgl. oben S. 96.

<sup>346</sup> Vgl. dazu oben S. 43 ff. sowie Fn. 45 und 47.

<sup>347</sup> Vgl. *Koller* 1997a, S. 255 mit Fn. 4. Vgl. dazu bereits oben S. 46 mit Fn. 92.



Verhaltenspflichten ableiten, lässt sich nicht automatisch darauf schließen, dass hierdurch auch der Staat in Ansehung letzterer subjektiv berechtigt wird.<sup>348</sup>

Dieser Fehlschluss lässt sich vermeiden, wenn man das hier entwickelte rechtstheoretische Begriffsverständnis subjektiver Rechte zugrunde legt.<sup>349</sup> Danach zeichnen sich subjektive Rechte dadurch aus, dass den Ansprüchen des Rechtsinhabers gerichtete Pflichten anderer korrelieren, über die der Rechtsinhaber ein Mindestmaß an Kontrolle verfügt. Daraus folgt mit Blick auf das Strafrecht, dass der Urheber einer Verhaltensnorm und die Berechtigten der hieraus abgeleiteten Verhaltenspflichten differenziert zu betrachten sind: Während ersterer stets der Staat bzw. die staatlich verfasste Allgemeinheit ist, hängt die Berechtigung bzgl. der strafbewehrten Verhaltenspflicht (also die Frage *gegenüber wem* diese Pflicht besteht) davon ab, wer diese Pflicht im Einzelfall deontisch kontrolliert. Hier zeigt nun die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung, dass die Rechtsordnung diese Kontrolle dem jeweils einwilligungsbefugten Rechtsgutsinhaber überträgt. Dies macht die Einhaltung bzw. Erfüllung der aus einer Verhaltensnorm resultierenden strafbewehrten Verhaltenspflicht zum subjektiven Recht des hiervon konkret begünstigten Rechts(guts)inhabers. Er allein kontrolliert diese Pflicht, wenn er die Verhaltenspflicht *qua* Einwilligung aufheben kann.

Dies gilt – wohlgermerkt – unabhängig davon, ob man strafrechtsdogmatisch die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung auf Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsebene ansetzt. Denn wie das zuvor erörterte Erlaubnisargument gezeigt hat, handelt es sich bei der Einwilligung notwendig um eine starke Erlaubnis, die jedenfalls zum Entfallen der Regelbefolgungspflicht führt.<sup>350</sup> Da zudem von Verfassung wegen die Einwilligungsbefugnis allein dem von einer Verletzungshandlung Betroffenen Rechts(guts)inhaber zu-

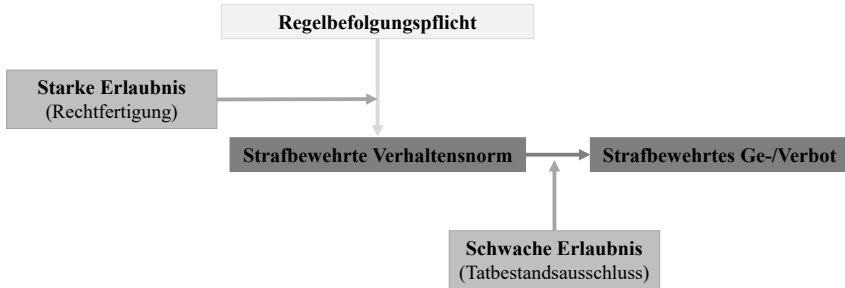
---

<sup>348</sup> Vgl. mit ähnlicher Stoßrichtung die Kritik bei *Knierim* 2018, S. 35: „Weil das objektive Recht vom Gesetzgeber und damit Staat gesetzt wird, ist er deshalb aber nicht unmittelbarer Berechtigter des Rechts. Das Recht zur Gesetzgebung ist nicht synonym zum Recht *aus* dem Gesetz.“

<sup>349</sup> Vgl. oben S. 35 ff., insb. S. 43 ff.

<sup>350</sup> Vgl. unter Bezugnahme auf Hruschka und Raz zutreffend auch *Renzikowski*, JRE 2005, S. 643, 667 und 660: „Intrasystematisch sind die Rechtfertigungsgründe zu nennen, die den Rechtszuweisungsgehalt verändern, so dass derjenige, der sich auf sie beruft, genau genommen schon kein Rechtsgut verletzt. Extrasystematisch sind die Rechtfertigungsgründe zu nennen, die nicht den Rechtszuweisungsgehalt verändern, sondern die Verhaltenspflichten, die sich aus der Rechtszuweisung ergeben, (partiell) suspendieren.“ „Die Einwilligung gehört nicht zur primärsprachlichen Normenebene, weil sie die Rechtszuweisung nicht verändert. Wer in einen Eingriff einwilligt, verzichtet nicht etwa auf sein subjektives Recht. Vielmehr bleibt sein Recht als Grundlage seiner Einwilligung bestehen. Eine Einwilligung ist streng von einer Derelktion zu unterscheiden.“

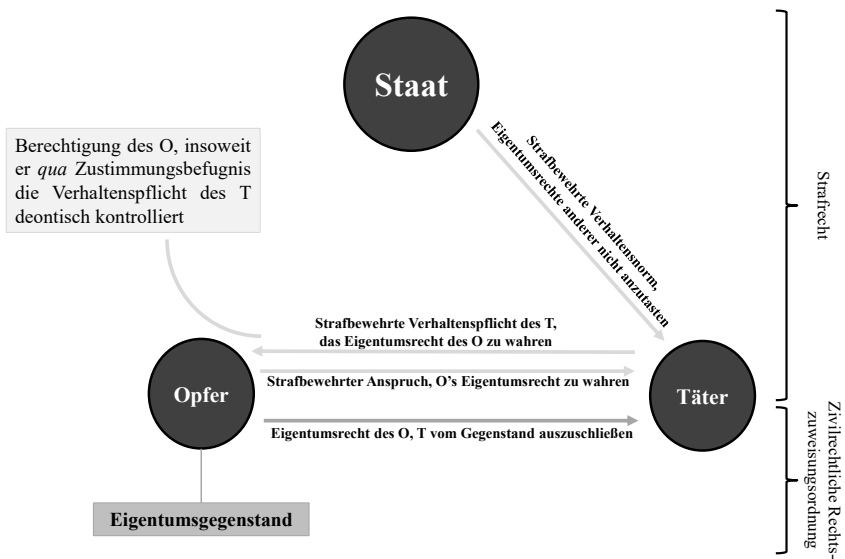
kommt, hängt die Normgeltung im konkreten Fall und damit das Bestehen der konkreten sanktionsbewehrten Verhaltenspflicht *allein* von ihm ab.<sup>351</sup> Angesichts dessen ist es sekundär, ob man diese deontische Kontrolle allein auf Ebene der Erlaubnisnorm (Zustimmung führt zum Entfallen der Regelbefolgungspflicht) ansetzen lässt oder *zusätzlich* auf Ebene der Verhaltensnorm (Zustimmung wirkt tatbestandsausschließend, d. h. verhindert das Entstehen der Verhaltenspflicht).<sup>352</sup>



<sup>351</sup> Vgl. zur verfassungsrechtlichen Verankerung des für die Einwilligungsbefugnis konstitutiven Selbstbestimmungsrechts unten S. 272. Vgl. zur Problematik der Einwilligungsschranken sogleich unten S. 116 ff.

<sup>352</sup> Die Argumentation Hruschkas ließ bzgl. der Einwilligung prinzipiell offen, wem die Einhaltung der Regelbefolgungspflicht geschuldet ist. Sie zeigte lediglich, dass die Einwilligung des Berechtigten zum Entfallen der Regelbefolgungspflicht führt und mithin als starke Erlaubnis („extrasystematischer Rechtfertigungsgrund“) zu konzipieren ist. Damit kommen prinzipiell sowohl Individuen als auch der Staat (die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft) als Berechtigte der Regelbefolgungspflicht in Frage (vgl. so andeutungsweise auch Hruschka. FS Dreher, 1977, S. 198), d. h. als diejenigen, die in eine Verletzungshandlung einwilligen können. Diese Offenheit fällt jedoch auf dem Boden des Grundgesetzes mit Blick auf die Grundrechtsbindung des Staates weg: Insoweit das Selbstbestimmungsrecht verfassungsrechtlich verankert ist, kommt es allein auf die Einwilligung der von einer Straftat betroffenen Rechts(guts)-inhaber an. Infolgedessen weist das Selbstbestimmungsrecht diese als Berechtigte der Regelbefolgungspflicht aus. Dann ist es jedoch – wie Hruschka überzeugend zeigt (vgl. dazu schon oben S. 99) – unerheblich, ob das Normensystem auf Primärebene zusätzlich auch noch eine schwache Erlaubnis („intrasystematischer Rechtfertigungsgrund“) anerkennt, also ob strafbewehrte Verbote auf Verhaltensnormebene unter die Bedingung der Nicht-Zustimmung der Betroffenen gestellt werden, sei es explizit (wie in § 123 StGB) oder aber auch implizit (in Form eines Inhaber-relativen Rechts-gutsbegriffs, vgl. oben S. 90 mit Fn. 278). Anders gesagt: Ob der Einwilligung (bereits auf Verhaltensnormebene) tatbestandsausschließende Wirkung zukommt oder nicht, ist irrelevant, weil sie von Verfassung wegen zum Unrechtsausschluss führen muss und ihr mithin jedenfalls (auf Erlaubnisnormebene) rechtfertigende Wirkung zukommen muss.

Für die Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung heißt das, dass sich im Falle von Individualrechtsgütern die Verletzung subjektiver Rechte nicht ausschließlich auf dem Gebiet der dem Strafrecht vorgelagerten privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung abspielt. Die Verletzung privatrechtlich anerkannter subjektiver Rechte durch den Täter ist – insoweit stimme ich Haas und Renzikowski zu – sicherlich Anlass der Bestrafung, deren Grund zum einen in der Übertretung der diese subjektiven Rechte schützenden hoheitlichen Verhaltensnormen liegt. Zum anderen ist die Straftat jedoch neben der Übertretung dieser Verhaltensnormen zugleich als subjektive Rechtsverletzung zu qualifizieren, insoweit der privatrechtlich Berechtigte auch die (diese Berechtigung schützende) strafbewehrte Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert. Dies lässt sich modellhaft im Vergleich zum obigen Bild nach der „klassischen“ Rechtsverletzungslehre wie folgt veranschaulichen:



Danach lässt sich von einer subjektiv-rechtlichen Berechtigung nicht nur beim Eigentum (§ 903 BGB), sondern auch hinsichtlich der sanktionsbewehrten Verhaltenspflicht sprechen, die aus der dieses Eigentumsrecht schützenden Verhaltensnorm (welche bspw. § 823 Abs. 1 BGB und § 303 StGB zugrunde liegt)<sup>353</sup> folgt. Damit stellt sich – anders als es Haas und Renzikowski sehen – die Frage einer Verletzung subjektiver Rechte auch mit Blick

<sup>353</sup> Vgl. zu der sich nun freilich stellenden Frage zur Verhältnisbestimmung von Zivil- und Kriminalunrecht noch eingehend unten S. 172 ff.

auf den Grund der Bestrafung. Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass in allen Fällen, in denen eine Einwilligung in eine Verletzungshandlung möglich ist, das Bestehen der strafbewehrten Verhaltenspflicht in der Macht des Rechtsgutsinhabers liegt. Das macht den Anspruch auf Pflichterfüllung zu seinem subjektiven Recht. Entsprechend schuldet der Täter als Subjekt strafbewehrter Verhaltenspflichten die Pflichterfüllung ihm gegenüber, so dass – im Falle der Zuwiderhandlung – durch eine Straftat gerade dem Rechtsgutsinhaber Unrecht getan wird.

Damit können wir bereits an dieser Stelle der Untersuchung kurz auf deren Eingangsfrage zurückblicken, wem Unrecht geschieht, wenn Straftaten begangen werden.<sup>354</sup> Nach dem vorherrschenden Verständnis von der Straftat als öffentlich-rechtlicher Normübertretung war dies allein die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft, da Straftaten Pflichtverletzungen des Normadressaten gegenüber der Rechtsgemeinschaft betreffen und gerade nicht Pflichtverletzungen gegenüber demjenigen, dessen Schutz die Strafgesetze eigentlich dienen. Wer eine Straftat begehe, verletze allein das Recht des Staates und nicht das des von der Straftat faktisch betroffenen Opfers – so auch das Bild nach der „klassischen“ Rechtsverletzungslehre. Angesichts der soeben gefundenen Ergebnisse müssen wir jedoch dieses Bild – zumindest mit Blick auf die Verletzung disponibler (und damit einwilligungsfähiger) Rechtsgüter – korrigieren. Denn aus rechtstheoretischer Sicht ist die Frage *Lässt sich Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte des von der Straftat betroffenen Opfers begreifen?* gleichbedeutend mit der Frage *Wer kontrolliert die aus einer hoheitlichen Verhaltensnorm abgeleitete strafbewehrte Verhaltenspflicht?* Und die Antwort auf diese Frage lautet bei einwilligungsfähigen Individualrechtsgütern: der Inhaber des von der Verhaltensnorm geschützten Rechts(guts) selbst. Wer eine Straftat begeht, verletzt mit Blick auf die strafbewehrte Verhaltenspflicht nicht das Recht des Staates, sondern dasjenige des Rechtsgutsinhabers auf Befolgung der sein Recht(sgut) schützenden Verhaltenspflicht.

Damit zeigt die hier angestellte rechtstheoretische Betrachtung der Einwilligungsdogmatik, dass sich Kriminalunrecht auch horizontal im Zwei-Personen-Verhältnis vollzieht, soweit es nämlich als Verletzung subjektiver Rechte zu begreifen ist. Wohlgemerkt: Damit ist lediglich eine *notwendige* Eigenschaft von Kriminalunrecht bei Verletzung disponibler Individualrechtsgüter nachgewiesen. Auch wenn die Einhaltung der strafbewehrten Verhaltenspflicht in diesen Fällen dem Rechts(guts)inhaber geschuldet ist und wir daher sagen können, dass durch Kriminalunrecht *gerade ihm* Unrecht geschieht, lässt das den Aspekt der hierin gleichzeitig liegenden Verhaltensnormübertretung unberührt. Diese mit jeder Verhaltenspflichtverletzung einhergehende

---

<sup>354</sup> Vgl. oben S. 20.

Verletzung der Verhaltensnorm – d.h. die Verletzung des der Verhaltenspflicht zugrunde liegenden abstrakt-generellen Verhaltensgebots/-verbots –<sup>355</sup> stellt einen weiterhin eigenständigen, ebenfalls kriminalunrechtskonstitutiven Unwert dar. Hingegen hat diese Verletzung keinen subjektiv-rechtlichen, sondern allein objektiv-rechtlichen Charakter, worin dann auch die überindividuelle Dimension von Kriminalunrecht begründet liegt: Wenn A den B körperlich verletzt, dann liegt das Kriminalunrecht nach § 223 Abs. 1 StGB in der Verhaltenspflichtverletzung im bilateralen Verhältnis von A und B *so- wie gleichzeitig* in der Übertretung der Verhaltensnorm als abstrakt-generelle Regelung, womit der A objektiv unrecht handelt (d.h. das objektive Recht verletzt).<sup>356</sup>

Mithin lässt sich feststellen, dass Kriminalunrecht bei der Verletzung disponibler Individualrechtsgüter zwei notwendige Aspekte aufweist, die zusammengekommen unrechtskonstitutiv sind: die als subjektive Rechtsverletzung zu qualifizierende Verhaltenspflichtverletzung sowie die als Verletzung objektiven Rechts zu begreifende Verhaltensnormübertretung. Damit ist nicht die Frage angesprochen, ob Norm- und Pflichtwidrigkeit eigenständige Wertungsstufen im Rahmen der Deliktsverwirklichung darstellen.<sup>357</sup> Vielmehr möchte ich herausstellen, dass sich im Zuge der Konkretisierung von einer abstrakt-generellen hin zu einer konkret-individuellen Verhaltensanweisung die Frage *Wem wird Unrecht getan?* mit Blick auf die hinzutretende Einwilligungsbefugnis neu bzw. anders stellt.<sup>358</sup> Anders gesagt: Das in der Strafrechtswissenschaft weithin konsentiert Verständnis von der Straftat als öffentlich-rechtlicher Normübertretung ist nicht abzuschaffen, sondern vielmehr um die zusätzliche normative Dimension einer Verletzung subjektiver Rechte zu ergänzen.

---

<sup>355</sup> Vgl. zum Ableitungszusammenhang m.w.N. oben Fn. 344. Dabei impliziert Pflichtwidrigkeit stets Normwidrigkeit. Während dies normtheoretisch konsentiert ist, ist umstritten, ob auch Normwidrigkeit Pflichtwidrigkeit impliziert (so etwa *Ast* 2010, S. 54 ff.) oder nicht (so bspw. *J. Vogel* 1993, S. 49 ff.).

<sup>356</sup> Die Antwort auf die Frage, worin der spezifische Unrechtsgehalt dieses objektiven Unrechts liegt, möchte ich noch einen Moment zurückstellen. Vgl. dazu eingehend unten S. 184 ff.

<sup>357</sup> Vgl. dazu oben Fn. 323.

<sup>358</sup> Hierdurch kommt es nicht zu einer Verdoppelung der Verhaltensanweisung, da sich Norm und Pflicht nach meinem Verständnis auf unterschiedlichen Abstraktions-ebenen bewegen. Ich begreife Verhaltensnormen als abstrakt-generelle Regeln mit präskriptivem Charakter (vgl. oben Fn. 323), aus denen sich erst eine konkret-individuelle Verhaltenspflicht ableitet. Und allein bezüglich letzterer lässt sich die Frage einer subjektiv-rechtlichen Berechtigung sinnvoll stellen. Vgl. zum Verhältnis von Verhaltensnorm und Verhaltenspflicht auch noch unten S. 184 ff., konkret S. 192 f.

### **b) Kriminalunrecht im „horizontalen“ Verhältnis von Täter und Verletztem – Mögliche Einwände**

Ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht, wie ich es soeben dargestellt habe, zeichnet freilich ein ungewohntes Bild der normativen Berechtigungs- und Verpflichtungsverhältnisse, mit denen wir es im Strafrecht zu tun haben. Das Verbrechen als Unrecht, das sich normativ ausschließlich im Subordinationsverhältnis zwischen Täter und Staat vollzieht, erhält eine zusätzliche „horizontale“ Bedeutungsdimension, da es der Verletzte einer Straftat ist, dem mit Blick auf die konkrete strafbewehrte Verhaltenspflichtverletzung normativ Unrecht getan wird. Diese normative Verlagerung des Kriminalunrechts in das intersubjektive Verhältnis von Täter und Opfer provoziert freilich neue Fragen und Einwände. Auch wenn im Rahmen dieser Untersuchung keine lückenlose Beantwortung dieser Fragen und Zurückweisung möglicher Einwände geleistet werden kann, möchte ich drei herausgreifen, die sich bezüglich der hier vertretenen Position besonders aufdrängen mögen.

#### *aa) Willenstheoretisches Rechtsverständnis und Einwilligungsschranken*

Gegen vorstehenden Nachweis eines subjektiv-rechtlichen Unrechtsbegriffs über eine rechts- und normentheoretische Betrachtung der Einwilligungsdogmatik könnten zunächst die bestehenden Einwilligungsschranken, insb. der §§ 216, 228 StGB,<sup>359</sup> angeführt werden: Es könne bereits deshalb nicht von einer deontischen Kontrolle des Rechts(guts)inhabers über die konkrete Verhaltenspflicht gesprochen werden (bzw. diese nicht über die Einwilligungsdogmatik nachgewiesen werden), weil der strafrechtlichen Dispositionsbefugnis des Einzelnen Grenzen – etwa durch indisponible Rechte/Rechtsgüter (z.B. Leben) sowie inhaltliche Einwilligungsschranken (z.B. Verstoß gegen die guten Sitten) – gesetzt seien.

Dieser Einwand trifft jedoch ein willenstheoretisches Rechtsverständnis zunächst allein auf rechtstheoretischer Ebene. Denn insoweit ein willenstheoretisches Verständnis subjektiver Rechte vordringlich den Anspruch erhebt, die Zuschreibung subjektiver Rechte über autonome Willensherrschaft zu begründen,<sup>360</sup> hat es Probleme, unveräußerliche Rechte und Grenzen individueller Willensmacht konsistent zu erklären, ohne die Rede von subjektiven

<sup>359</sup> Angesichts der vom BVerfG festgestellten Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB (vgl. BVerfG, BVerfGE 153, 182 ff.) spare ich diese Vorschrift und die dazu kontrovers geführte Debatte (vgl. m. w. N. nur *Murmann* 2019a) aus der Betrachtung aus.

<sup>360</sup> Vgl. dazu oben S. 43 f.

Individualrechten aufgeben zu müssen.<sup>361</sup> Ob die Willenstheorie über die Ressourcen verfügt, diesen Einwänden auf einer begrifflich-rechtstheoretischen Ebene zu begegnen,<sup>362</sup> kann jedoch aus juristischer Sicht im Ergebnis dahinstehen. Denn während es aus rechtstheoretischer Sicht ein programmatisches Anliegen sein mag, das Konzept eines unveräußerlichen subjektiven Rechts widerspruchsfrei erklären zu können, kann im Strafrecht ohne Weiteres auf dieses Konzept verzichtet werden. Subjektiv-rechtlich strukturiertes Kriminalunrecht gibt es dann nur insoweit, als Rechtsgüter frei disponibel sind. Ohne dass ich mich hiermit in der Debatte positionieren möchte, lässt sich daher entweder dafür argumentieren, dass bspw. § 216 StGB keinen Unrechtsgehalt aufweist und *de lege ferenda* zu streichen ist<sup>363</sup> (oder dies zumindest verfassungsrechtlich unproblematisch ist<sup>364</sup>), wodurch der eingangs genannte Einwand wegfällt. Oder aber man erachtet die in der Strafrechtswissenschaft für das Unrecht des § 216 StGB vorwiegend angeführten Sachgründe (Unverfügbarkeit des Lebens,<sup>365</sup> Übereilungsschutz des Sterbewilligen,<sup>366</sup> Schutz von kollektiven Rechtsgütern bzw. Drittinteressen<sup>367</sup>) mit Blick auf die Indisponibilität des Rechts(gutes) überzeugend und verfassungsrechtlich unbedenklich. Und dann ist eben strafrechtlicher Lebensschutz

<sup>361</sup> Vgl. zur Problemlage *Edmundson* 2012, S. 101; *Schnüriger* 2014, S. 113 ff. und eingehend *Moser* 2020 m. w. N.

<sup>362</sup> Vgl. dazu sogleich sowie für Strategien solchen Einwänden zu begegnen etwa *Feinberg* 1980c; *McConnell* 2000 und jüngst *Moser* 2020, S. 133 ff.

<sup>363</sup> So R. *Schmitt*. FS Maurach, 1972, S. 117 f.; A. v. *Hirsch/Neumann*, GA 2007, S. 671, 674 ff. und differenzierend G. *Jakobs* 1998, S. 14 ff.

<sup>364</sup> So *Antoine* 2011, S. 377 f. und *Dreier*, JZ 2007, S. 317, 320.

<sup>365</sup> Vgl. *Otto* 1986, S. 17 f.; *Wilms/Y. Jäger*, ZRP 1988, S. 41, 44; *Maatsch* 2001, S. 189 ff.; *Gierhake*, GA 2012, S. 291, 296; wohl auch *Ingelfinger* 2004, S. 214 ff., wobei die Begründung der Unverfügbarkeit des Lebens jeweils differiert.

<sup>366</sup> Freilich divergieren hierbei die Begründungen im Einzelnen, vgl. für eine Unvernünftigkeit jeder Zustimmung zur Fremdtötung *Hoerster*, NJW 1986, S. 1786, 1789; für den Schutz vor übereilter Lebensaufgabe auf Grund des Risikos defizitärer Entscheidungen *Schroeder*, ZStW 1994, S. 565, 574; (nur im Ergebnis) G. *Jakobs* 1998, S. 21 ff.; MüKo-StGB-Schneider, § 216 Rn. 7; *Murmann* 2019a, S. 281 ff. m. w. N.; die Missbrauchsgefahr der Fremdtötung aufzeigend *Eser* 1985, S. 68 und *Geilen* 1975, S. 21 ff.

<sup>367</sup> Vgl. auch hier mit im Detail unterschiedlicher Begründung die Gefahr eines Tabu- oder Dammbruchs aufzeigend je m. w. N. *Duttge*, GA 2006, S. 573, 576 f.; *Schöch/Verrel*, GA 2005, S. 553, 582 f.; *Amelung/Eymann*, JuS 2001, S. 937, 940; *Sternberg-Lieben* 1997, S. 117 ff.; *Eser* 1985, S. 69; *Dölling*, GA 1984, S. 71, 86; „Leben als solches“ als Gemeinschaftsinteresse oder kollektives Rechtsgut betrachtend *Weigend*, ZStW 1986, S. 44, 56 f.; *Dreier*, JZ 2007, S. 317, 320 und *Spickhoff-Knauer/Brose*, § 216 StGB Rn. 1 f., zum Teil wohl auch *MedR-Komm-Duttge*, § 216 Rn. 1; *Matt/Renzikowski-Safferling*, § 216 Rn. 2 f. und 16 ff. sowie *NK-StGB-Neumann/Saliger*, § 216 Rn. 2 f.



aus Sicht des Rechts(guts)trägers nicht subjektiv-rechtlich strukturiert,<sup>368</sup> wodurch das eingangs genannte Problem wegfällt. Für die inhaltliche Einschränkung der Einwilligungsbefugnis in Körperverletzungen nach § 228 StGB lassen sich ähnliche Argumente anführen.<sup>369</sup>

Anders gesagt: Das Vorliegen von Einwilligungsschranken stellt aus strafrechtlicher Sicht nicht die anhand der Einwilligungsdogmatik aufgezeigte Vorzugswürdigkeit eines subjektiv-rechtlichen Unrechtsverständnisses als solche in Frage. Allenfalls wird durch Einwilligungsschranken – so sie denn begründbar sind – der Bereich eingeschränkt, in dem die Rechtsordnung die Kontrolle über strafbewehrte Verhaltenspflichten *ausschließlich* dem Individuum zuweist und in dem damit Kriminalunrecht subjektiv-rechtlich strukturiert ist.<sup>370</sup> Dies zeigt nicht zuletzt ein Vergleich mit dem Zivilrecht, das – analog zu den strafrechtlichen Einwilligungsschranken – Grenzen privatautonomer Rechtsgestaltung (insb. §§ 134 und 138 Abs. 1 BGB) kennt. Denn auch im Zivilrecht würde man aus der Sittenwidrigkeit (und damit Nichtigkeit) bestimmter Rechtsgeschäfte nicht darauf schließen, dass das bürgerliche Rechte keine Ordnung subjektiver Rechte sei. Insoweit kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung schlicht hingenommen werden, dass innerhalb einer positiv-gesetzlichen Rechtsordnung Inhalt und Reichweite subjektiver Rechte gesetzlich konstituiert und beschränkt sind.

Obwohl es also angesichts des begrenzten Geltungsanspruchs der hier vorgestellten subjektiven Rechtsverletzungslehre nicht erforderlich wäre,

---

<sup>368</sup> Gleichwohl meine ich, dass man diese Konsequenz nicht zwangsläufig ziehen muss, wenn man – wie ich sogleich noch ausführen werde – ein weiter ausdifferenziertes willentheoretisches Rechtsverständnis zugrunde legt.

<sup>369</sup> Vgl. zum Streitstand sowie mit jeweils eigener Positionierung nur *Sternberg-Lieben* 1997, S. 121 ff.; *Rönnau* 2001, S. 165 ff.; *Murmann* 2005, S. 501 ff. und monographisch zuletzt m. w. N. *Järkel* 2010. Zumindest wenn man – im Einklang mit der neueren Rspr. des BGH sowie der wohl h. L. – den Sittenverstoß bei § 228 StGB in systematischer Zusammenschau mit §§ 216, 231 StGB rechtsgutsbezogen bestimmen möchte, werden neben der Schwere der eingetretenen Körperverletzung auch hier die Gefährdung von Rechtsgütern Dritter sowie bei Lebensgefahr die Disponibilität des gefährdeten Rechtsguts argumentativ herangezogen. Vgl. m. w. N. nur BGH, BGHSt 49, 34, 42; BGHSt 49, 166, 171; BGHSt 58, 140, 143 ff. und Fischer-StGB, § 228 Rn. 8 ff. m. w. N.

<sup>370</sup> Wenn subjektive Rechte – wie vorliegend, vgl. oben S. 43 ff. – darüber definiert werden, dass dem Rechtsinhaber eine Kontrolle über die dem Anspruch korrelierende Pflicht zukommt, so können Rechte *per definitionem* nur insoweit zugeschrieben werden, als das potenzielle Rechtssubjekt überhaupt fähig ist, Pflichten anderer zu kontrollieren. Mit Blick auf die Einwilligung fehlt es hieran faktisch bei fehlender Einwilligungsfähigkeit und Willensmängeln sowie normativ bei fehlender Dispositionsbefugnis des Einwilligenden. Objektive Einwilligungsschranken sind damit im Ergebnis nichts anderes als Begrenzungen subjektiver Rechtszuschreibung innerhalb einer Strafrechtsordnung.

möchte ich gleichwohl in aller Kürze – erneut am Beispiel von § 216 StGB – die strafrechtlichen Einwilligungsschranken als rechtstheoretisches Problem für eine willentheoretische Rechtsauffassung adressieren: Zunächst ließe sich § 216 StGB als Einwilligungsschranke innerhalb eines willentheoretischen Rechtsverständnisses rechtfertigen (was aber auch für andere Einwilligungsschranken gilt), wenn man den Schutz der Rechte Dritter (bzw. von kollektiven Rechtsgütern) als tragenden Grund für die Unverfügbarkeit des eigenen Lebens begreift.<sup>371</sup> Berechtigte des Tötungsverbots sind dann der Einzelne und die Rechtsgemeinschaft gemeinschaftlich und könnten somit nur gemeinsam die konkrete Verhaltenspflicht, nicht zu töten, aufheben. Im Fall der einverständlichen Fremdtötung ließe sich dann das Unrecht, das dem Getöteten, und das Unrecht, das Dritten geschieht, differenziert betrachten: „Mit der Tötung des Einwilligenden geschieht diesem kein Unrecht, wohl aber geschieht ‚der Gesellschaft‘ damit ein Unrecht“,<sup>372</sup> was auch die in § 216 StGB gegenüber § 212 StGB vorgesehene Strafmilderung normativ plausibel rekonstruieren würde.

Doch auch wenn man bei der Tötung auf Verlangen ausschließlich Individualinteressen des Getöteten betroffen sieht, lassen sich Einwilligungsschranken innerhalb eines willentheoretischen Rahmens rechtfertigen. Allerdings muss man dann die hier bisher angestellte, rein formale Betrachtungsweise, wonach eine Rechtszuschreibung ausschließlich über die deontische Kontrolle von Verhaltenspflichten zu erfolgen hat, aufgeben und auf den materialen Sachgrund für die Bedeutsamkeit dieser Kontrolle abstellen. Wie zu Anfang dieses Kapitels bereits angedeutet, lässt sich eine Willentheorie auch als Status- bzw. Interessentheorie begreifen, wenn die Kompetenz (die besondere Kontrolle, die subjektive Rechte über die Pflichten des Rechtsadressaten vermitteln) begründend auf den Status des Menschen als autonomes Subjekt bzw. das Interesse, autonom zu handeln, zurückgeführt wird.<sup>373</sup> So gesehen ist der tragende, materiale Sachgrund für ein willentheoretisches Rechtsverständnis der Schutz der autonomen Person bzw. ihrer autonomen Interessenausübung. Dieser Schutz verlangt jedoch nicht notwendigerweise danach, dass der Rechtsinhaber stets und unter allen Umständen die volle Kontrolle über seine Rechte besitzt. Vielmehr kann die rechtliche Möglichkeit der Rechtsausübung (bei § 216 StGB die deontische Kontrolle des strafbewehrten Tötungsverbots) davon abhängig gemacht werden, dass der Rechtsträger autonom ist und gemäß seinen aufgeklärten Interessen handelt.

---

<sup>371</sup> Vgl. so etwa aus rechtstheoretischer Warte *McConnell* 2000, S. 29 f.

<sup>372</sup> So etwa *Hruschka*. FS Dreher, 1977, S. 198, Fn. 16, nach dem „§ 216 StGB davon aus[geht], daß die Befolgung des Tötungsverbots nicht nur dem Getöteten, sondern auch ‚der Gesellschaft‘ geschuldet wird.“

<sup>373</sup> Vgl. oben S. 43.

Ist dies nicht der Fall, lassen sich Rechtsausübungsschranken (d. h. mit Blick auf § 216 StGB: Einwilligungsschranken) innerhalb eines material ausdifferenzierten willentheoretischen Rechtsverständnisses rechtfertigen.<sup>374</sup> Gleichzeitig lässt sich hiervon ausgehend die noch grundsätzlichere Frage beantworten, wie sich andere individuelle Einwilligungsgrenzen (Willensmängel und fehlende Einwilligungsfähigkeit) in das hier vorgeschlagene Konzept einfügen: Kann bspw. das Opfer wegen Täuschung nicht wirksam in eine Körperverletzung einwilligen, so ändert die bloß faktische Zustimmung zur Verletzungshandlung nichts daran, dass das Opfer in seinen subjektiven Rechten verletzt ist, weil es an einer autonomen und damit wirksamen Ausübung der deontischen Kontrolle fehlt. Und fehlt etwa wegen Minderjährigkeit einem Kind die Dispositionsbefugnis grundsätzlich, dann ändert das nichts an der Betroffenheit in *seinen* subjektiven Rechten, wenn für das Kind die gesetzlichen Vertreter die Einwilligung erklären, weil diese bloß stellvertretend *seine* Autonomie wahren.<sup>375</sup>

### *bb) Beschränkung auf Individualrechte?*

Denkbar ist ferner, gegen das von mir dargelegte subjektiv-rechtliche Verständnis von Kriminalunrecht einzuwenden, dass es auf Individualrechtsgüter beschränkt sei, da allein diese einwilligungsfähig seien. Nun ist zwar zutreffend, dass bei Straftatbeständen, die (zumindest auch) dem Schutz von Allgemeinrechtsgütern dienen, mangels disponiblen Rechtsgut eine unrechts-

---

<sup>374</sup> So argumentieren der Sache nach auch einige der in Fn. 366 genannten Autoren, vgl. bspw. *Murmann* 2019a, S. 283: „Häufig wird das Sterbeverlangen eines alten oder kranken Menschen auch von dem Wunsch getragen sein, anderen nicht zur Last zu fallen. Die Entscheidung für den Tod mag in solchen Fällen wohl durchdacht und ernstlich im Sinne von § 216 StGB sein. Frei von Defiziten ist sie dennoch nicht. Denn eine Motivationslage, bei der sich der Mensch in seinen elementaren Belangen wirklichen oder vermeintlichen Wünschen anderer unterordnet, ist nicht uneingeschränkter Ausdruck von Autonomie, sondern (auch) von Hilflosigkeit und Not.“ Vgl. für einen so gelagerten Begründungsversuch aus rechtstheoretischer Warte *Moser* 2020, S. 138 ff., wenn dieser zur Rechtfertigung unveräußerlicher Rechte eine „Theorie autonomer Entscheidungen“ vorschlägt und innerhalb eines willentheoretischen Begründungsrahmens als Kriterium für den rechtlichen Schutz einer freien Entscheidung eine bestimmte Qualität derselben verlangt, dass nämlich der Rechtsinhaber autonom ist und gemäß seinen subjektiven Interessen handelt.

<sup>375</sup> Auch in der rechtstheoretischen Debatte stellen Willentheoretiker auf ein mehr oder weniger umfassendes Stellvertretermodell ab, um die Rechtsinhaberschaft von Kindern oder etwa auch geistig Behinderten zu begründen. Vgl. etwa *Hart* 1982b, S. 184, Fn. 86 und *S. L. Darwall* 2006, S. 29. Vgl. jedoch mit Kritik, dass ein solches Stellvertretermodell zwangsläufig zur Inkonsistenz einer Willentheorie subjektiver Rechte führt *Wellman* 1995, S. 116 ff.; *Schnüriger* 2014, S. 118 f. und grundlegend *MacCormick*, ARSP 1976, S. 305 ff.

ausschließende Zustimmung durch einen Einzelnen weitgehend<sup>376</sup> ausscheidet. Jedoch spricht dies nicht dagegen, dass anhand von Individualrechtsgütern entwickelte Konzept des Verbrechens als Rechtsverletzung begrifflich auch auf die Verletzung von Allgemeinrechtsgütern zu übertragen, und zwar sowohl mit Blick auf das Schutzgut des Strafrechts als auch hinsichtlich der subjektiv-rechtlichen Struktur des Kriminalunrechts selbst. So ist bezüglich erstgenanntem Renzikowski darin beizupflichten, dass „[a]uch Allgemeinrechtsgüter [...] als Rechtsverhältnisse gedacht werden [müssen]“.

„Bei Allgemeinrechtsgütern ist die Gesamtheit der Gesellschaftsmitglieder Inhaber des Rechts. Zu seiner Wahrnehmung schafft die rechtlich verfasste Gemeinschaft eine eigene Institution, den Staat. Den staatlichen Behörden kommt die – in diesem Sinn abgeleitete – [sc. rechtliche] Dispositionsbefugnis [...] zu. Sie üben sie stellvertretend für die rechtlich verfasste Gemeinschaft aus.“<sup>377</sup>

Anders gesagt: Bei Allgemeinrechtsgütern ist berechtigtes Subjekt die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft. Deren subjektive Rechte sind zwar gerade nicht auf Individualrechte *sensu stricto* zurückführbar, da es ja gerade an einer *individuellen* Rechtsmacht (verbunden mit entsprechenden individuell zugewiesenen Nutzungs- und Ausschlussbefugnissen) fehlt.<sup>378</sup> Gleichwohl ist ihr Legitimationsgrund normativ-individualistisch: Subjektive Rechte

<sup>376</sup> Dies hängt maßgeblich vom in Rede stehenden Straftatbestand ab und ist im Einzelnen umstritten. So wird beispielsweise im Rahmen von § 315c StGB eine rechtfertigende Einwilligung zum Teil wegen des primären Allgemeinrechtsgüterschutzes und infolgedessen fehlender individueller Dispositionsbefugnis abgelehnt (vgl. BGH, BGHSt 23, 261, 262 ff.; OLG Stuttgart, NJW 1976, 1904; LK-StGB-König, § 315c Rn. 199), zum Teil aber auch wegen der von § 315c StGB vorausgesetzten konkreten Gefahr für Individualrechtsgüter bejaht (vgl. Schönte/Schröder-Hecker, § 315c Rn. 41; BeckOK-StGB-Kudlich, § 315c Rn. 72; Eisele, JA 2007, S. 168, 172). Vgl. dazu auch unten Fn. 401.

<sup>377</sup> Renzikowski, GA 2007, S. 561, 569. Vgl. zustimmend Haas 2008a, S. 58 und im Ergebnis ähnlich Altenhain 2002, S. 299 ff., der von Rechten des Staates spricht. Vgl. bei teilweiser Ähnlichkeit doch abweichend Hörnle 2005, S. 84 ff., die nur „kollektiv zugeordnete[n] Güter[n]“, die als Bestandteil der *Sicherheitsinteressen jedes Einzelnen unverzichtbar* sind“, strafrechtlichen Schutz zuerkennen will. Vgl. ferner – obgleich selbst ein Vertreter der Rechtsgutstheorie – Greco 2009, S. 336 ff., nach dem eine Rechtsverletzungslehre neben subjektiven Rechten des Staates (und des Individuums) auch noch subjektive Rechte der Gesellschaft anerkennen müsste, um kollektive Belange erfassen zu können (vgl. kritisch auch Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 1250 mit Fn. 663).

<sup>378</sup> Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Allgemeinrechtsgutskonzeption der Rechtsgutstheorie, vgl. oben S. 58. Gleichwohl hindert dies nicht, Rechte des Staates mit dem Ziel der Gewährleistung der Rahmenbedingungen, die eine jede zur Wahrnehmung ihrer Individualrechte benötigt, zu begründen (vgl. hierzu Hörnle 2005, S. 85 f.). „Doch sind nicht diese Zwecke Schutzobjekte des Strafrechts [...], sondern ausschließlich die dem Staat zu ihrer Erreichung gewährten Rechte.“ – so zutreffend Altenhain 2002, S. 300.

werden dem Staat bzw. der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft<sup>379</sup> in der Verfassung oder in einfachen Gesetzen deswegen verliehen, weil jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft gleichermaßen Anspruch auf Nutzung eines Gegenstandes oder Ausschluss von Unbefugten hat, welcher mithin stellvertretend für alle wahrgenommen werden muss.

Diese Rede von subjektiven Rechten der Rechtsgemeinschaft betrifft die den Verhaltensnormen vorgängige Rechtszuweisungsordnung, insofern diese die Nutzungs- und Ausschlussbefugnisse bezüglich bestimmter Gegenstände der Allgemeinheit zuweist: Etwa lassen sich die natürlichen Umweltressourcen als Eigentum der Allgemeinheit begreifen, da allein die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft die subjektiv-rechtlichen Ausschluss- und Nutzungsbefugnisse hat, wenn sie deren Nutzung und Bewirtschaftung gesetzlich regelt. Ein weiteres Beispiel ist die prozessuale Wahrheitspflicht des Zeugen, die sich als Bestandteil des vom Staat kontrollierten Rechtsgewährleistungssystems begreifen lässt. Weil allein der Staat Rechtsschutzmöglichkeiten für alle Bürger und Bürgerinnen einrichtet und ausgestaltet, stellt sich die Wahrheitspflicht des Zeugen als subjektiv-rechtliches „Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und dem Auskunftspflichtigen“<sup>380</sup> dar.

Daneben lässt sich Kriminalunrecht aber auch selbst als subjektiv-rechtlich strukturiert begreifen. Die Berechtigung der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft besteht nämlich auch hinsichtlich der konkreten Verhaltenspflichten, die sich aus den Verhaltensnormen, die dem Schutz dieser Rechtszuweisungsordnung dienen, im Einzelfall ableiten. Anders als bei Individualrechtsgütern folgt dies bereits aus dem öffentlich-rechtlichen Ursprung der pflichtkonstituierenden Verhaltensnormen. Mangels Möglichkeit einer individuellen unrechtsausschließenden Zustimmung, können staatliche Normsetzungsbefugnis und Kontrolle der aus der Norm abgeleiteten Verhaltenspflicht im konkreten Fall nicht auseinanderfallen. Soweit sich bspw. aus der § 153 StGB zugrunde liegenden Verhaltensnorm, keine falsche uneidliche Aussage zu leisten, die Wahrheitspflicht des Zeugen X im Prozess Y ableitet, wird letztere von der staatlichen Rechtsgemeinschaft kontrolliert. Dass aber auch hier die staatliche Befugnis zur Setzung der Verhaltensnorm und die staatliche Berechtigung bzgl. der hieraus abgeleiteten Verhaltenspflicht begrifflich auseinanderzuhalten sind (mithin nicht in eins fallen),<sup>381</sup> zeigt sich anschaulich im Umweltstrafrecht: Berechtigter der Pflicht, Gewässer nicht zu verunreinigen (§ 324 Abs. 1 StGB), ist die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft.

<sup>379</sup> Ich verwende dies hier synonym und verallgemeinernd für Rechte des Staates, seiner Organe, Institutionen *etc.*

<sup>380</sup> Renzikowski, GA 2007, S. 561, 570.

<sup>381</sup> So aber die „klassische“ Rechtsverletzungslehre, wie sie etwa Haas und Renzikowski vertreten, vgl. oben S. 74 ff. und dazu kritisch oben S. 107 ff.

Dies ist jedoch nicht nur so, weil der Staat Urheber der § 324 Abs. 1 StGB zugrunde liegenden Verhaltensnorm ist, sondern auch, weil der Staat die Verhaltenspflicht im konkreten Fall deontisch kontrolliert, insofern er einer Gewässerverunreinigung mit unrechtsausschließender Wirkung zustimmen kann (nichts anderes geht implizit aus dem Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ hervor).<sup>382</sup>

Auch wenn also das von mir dargelegte subjektiv-rechtliche Verständnis von Kriminalunrecht anhand von Einverständnis und Einwilligung nur für den Bereich der Individualrechtsgüter dogmatisch nachweisbar ist, lässt es sich widerspruchsfrei auf Allgemeinrechtsgüter übertragen. Es wäre zudem höchst ungereimt, wollte man im Strafrecht Allgemeinrechtsgüter mit einem grundsätzlich anderen strafrechtsdogmatischen Erklärungsmodell erfassen als Individualrechtsgüter. Mithin ist die hier vertretene Rechtsverletzungslehre nicht auf Individualrechte beschränkt. Auch Allgemeinrechtsgüter lassen sich in diesem Rahmen als Rechtsverhältnisse begrifflich erfassen, wenn man die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft als Berechtigten begreift.<sup>383</sup>

### *cc) Problematische Privatisierung des Strafrechts?*

Schließlich möchte ich noch einmal Einwände aufgreifen, wonach es mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Strafrechts unvereinbar sei, die „den Strafrechtssätzen zugrundeliegenden Imperative [sc. zu] ‚privatisieren‘“. <sup>384</sup> Eine solche „Privatisierung“ könnte aus zwei Gründen problematisch sein: Einerseits könnte unter der Annahme, strafbewehrten Verhaltenspflichten korrelierten subjektive Rechte des Einzelnen, die Bewertungs- und Bestimmungsfunktion sanktionsbewehrter Verhaltensnormen erodieren und

---

<sup>382</sup> Rechtswidrig handelt nur der *Unbefugte*, dem keine behördlichen Bewilligungen oder Erlaubnisse zur Gewässerverunreinigung erteilt wurden, vgl. m.w.N. Fischer-StGB, § 324 Rn. 7 ff. und Schönke/Schröder-Heine/Schittenhelm, § 324 Rn. 12 ff.

<sup>383</sup> Auch in der anglo-amerikanischen Rechtstheorie wird von einigen Autoren die Auffassung vertreten, dass das Strafrecht subjektiv-rechtlich zu konzipieren sei, wonach das Strafrecht der Öffentlichkeit (vertreten durch den Staat) Anspruchsrechte gegen Einzelpersonen einräume und diese korrespondierend gegenüber dem Staat verpflichtet seien, vgl. insb. Steiner 1994, S. 65 ff. Allerdings wird hierbei nicht zwischen Allgemeinrechtsgütern – auf welche diese Interpretation des Strafrechts meines Erachtens zutrifft – und Individualrechtsgütern – wo sie, wie gerade gezeigt, nicht zutrifft – differenziert. Daher kann Steiner auch nicht überzeugend die Möglichkeit unrechtsausschließender Zustimmung erklären. Dieser „explanatory disadvantage“ des „public-rights account“ des Strafrechts (so kritisch auch Moser, Criminal Justice Ethics 2019, S. 176 ff.) lässt sich jedoch unschwer vermeiden, wenn man – wie hier vorgeschlagen – bei der Zuschreibung subjektiver Rechte zwischen Individual- und Allgemeinrechtsgütern differenziert.

<sup>384</sup> Haas 2002, S. 78. Vgl. dazu schon oben S. 74 f.



Kriminalunrecht zu einem rein privaten Konflikt werden. Andererseits könnten Probleme entstehen, die Strafbarkeit bestimmter Begehungsformen und Deliktsarten (insb. Versuch, Fahrlässigkeit, Gefährdungsdelikte) zu begründen.

Dar erstgenannte Einwand geht dahin, dass eine Privatisierung des Strafrechts zu einer Erosion der Maßstäbe des rechtlich Erwarteten führe: Schuldeten sich die Rechtsgenossen die „Einhaltung der Verhaltensnormen wechselseitig“, dann wäre

„Berechtigter [...] der durch den jeweiligen Verhaltensbefehl Begünstigte. Eine derartige Konstruktion verträgt sich jedoch kaum mit der Bewertungs- und Bestimmungsfunktion von Verhaltensnormen. Wenn Normen als Wertmaßstab fungieren sollen, dann muss es jedem Adressaten möglich sein, die in Ge- und Verboten liegenden Wertungen zu erkennen. [...] Eine vollständige Übertragung der Berechtigung auf die einzelnen Rechtsgenossen hätte die unweigerliche Konsequenz, dass die Individuen selbst Art und Inhalt der Verhaltensnormen würden bestimmen können. Eine solche Personalisierung der rechtlichen Erwartungshaltung ginge aber mit deren Atomisierung in zahllose unterschiedliche Maßstäbe einher.“<sup>385</sup>

Wie jedoch die obigen Ausführungen zum Zusammenhang von Verhaltensnorm, Verhaltenspflicht und subjektivem Recht zeigten, liegt dem eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichsetzung des subjektiven Rechts mit einer Normsetzungsbefugnis zugrunde. Denn Urheber einer Norm und Berechtigter einer (hieraus abgeleiteten) Pflicht sind eben nicht immer identisch. Wie bereits ausgeführt, sollte die Zuschreibung subjektiver Rechte vielmehr allgemein anknüpfend an die Beherrschung der konkreten Verhaltenspflicht vor-

---

<sup>385</sup> Kleinert 2008, S. 104 f., vgl. ebenso Haas 2002, S. 78 und nunmehr auch Renzikowski, GA 2007, S. 561, 564 sowie Renzikowski, JRE 2005, S. 643, 659 f. unter Bezugnahme auf Haas sowie die ähnliche Kritik von Neumann, GA 1985, S. 389, 398. Diese Kritik zielt auf eine ehemals von Renzikowski 1994, S. 168 ff. selbst vertretene Position ab. Dieser war früher (ebd., S. 169 f.) der Auffassung: „Es spricht alles dafür, das Rechtssubjekt als Berechtigten anzusehen, dessen Interesse durch die Rechtsnorm geschützt werden soll. [...] [I]m freiheitlich demokratischen Staatswesen [kommt] bei Normen zum Schutze von Individualinteressen ausschließlich die einzelne Person [sc. als Berechtigter] in Betracht. Pflichten gegenüber der Allgemeinheit bestehen nur dort, wo auch rechtlich relevante Interessen der Allgemeinheit verfolgt werden.“ Anders als von mir vertreten, scheint Renzikowski hier ein interessentheoretisches Verständnis subjektiver Rechte (vgl. dazu oben S. 41 f.) zugrunde zu legen, wonach eine Rechtszuschreibung danach erfolgt, wer die von einer Verhaltenspflicht begünstigte Person ist. Dies führt bei ihm dazu, dass die konkreten Interessen, die die subjektive Rechtszuschreibung rechtfertigen, gleichzeitig die Legitimationsgründe strafrechtlicher Verhaltensnormen sind. Das *telos* einer Norm hinge somit von faktischen Interessen des Einzelnen ab. Wie zu zeigen ist, stellt sich dieses Problem jedoch nicht vor dem Hintergrund des hier vertretenen – und meines Erachtens vorzuzugewärtigen – willenstheoretischen Verständnisses subjektiver Rechte.



genommen werden.<sup>386</sup> Ist nämlich – rechtstheoretisch gewandt – für die Zuschreibung subjektiver Rechte die deontische Kontrolle über die einem Anspruch korrelierende Pflicht konstitutiv, dann führt der hier zugrunde gelegte Unrechtsbegriff auch nicht zu einer Erosion der Maßstäbe des rechtlich Erwarteten. Denn Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte bezieht sich danach auf die Verletzung der konkreten strafbewehrten Verhaltenspflichten, die der einwilligungsbefugte Berechtigte kontrolliert. Hiervon bleibt die diesen Verhaltenspflichten zugrundeliegende Verhaltensnorm als genereller Verhaltensmaßstab gänzlich unberührt. Die Berechtigung besteht in Bezug auf die konkrete Pflicht, nicht jedoch bezüglich der allgemeinen Norm.<sup>387</sup>

Der Einwand, es komme durch ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht zu einer Privatisierung und damit Atomisierung rechtlicher Verhaltensmaßstäbe, geht mithin ins Leere. Allenfalls lässt sich von einer Privatisierung von Verhaltenspflichten sprechen. Darüber hinaus geht es vorliegend auch nicht darum, dass der konkret Berechtigte selbst Art und Inhalt der Verhaltenspflicht bestimmt, sondern nur deren Existenz kontrolliert. Der Inhalt einer sanktionsbewehrten Verhaltenspflicht speist sich allein aus der – als zugrundeliegende, abstrakt-generelle Regel verstandenen – Verhaltensnorm und der durch diese zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertung. Gerade im Fall von Individualrechtsgütern hat die Untersuchung der Einwilligungsdogmatik gezeigt, dass der dem hier vertretenen subjektiv-rechtlichen Unrechtsbegriff zugrunde liegende Satz *volenti non fit iniuria* allein die Existenz, jedoch weder den Inhalt der Verhaltenspflicht noch die Wertung der ihr zugrundeliegenden Verhaltensnorm tangiert.<sup>388</sup> Mithin kommt es trotz der subjektiv-rechtlichen Fassung von Kriminalunrecht nicht

---

<sup>386</sup> Vgl. oben S. 43 ff.

<sup>387</sup> Oder in normentheoretischer Terminologie ausgedrückt, nach der auch konkrete Pflichten Verhaltensnormen sind: Die Berechtigung besteht hinsichtlich der situativen bzw. situationsbezogenen Verhaltensnorm und nicht hinsichtlich der allgemeinen bzw. generalisierten Verhaltensnorm, vgl. oben Fn. 332.

<sup>388</sup> Versteht man Zustimmung als starke Erlaubnis, so hebt der Individualwille die Geltung der Verhaltensnorm allein im konkreten Fall auf. Konzipiert man die Zustimmung – zusätzlich, vgl. oben S. 112 mit Fn. 352 – als schwache Erlaubnis, so integriert die Verhaltensnorm den Individualwillen auf tatbestandlicher Ebene sogar bereits selbst. Dies hat ehemals auch *Renzikowski* 1994, S. 170, Fn. 54 so gesehen, wenn er – zutreffend – ausführt, dass eine „Einwilligung des Berechtigten [...] nicht die staatliche Norm [*sc.* schlechthin] [suspendiert], denn der Täter bleibt gegenüber anderen Personen weiterhin verpflichtet. Durch die Einwilligung wird aber die Verbindlichkeit der konkreten, aus der Norm abgeleiteten Pflicht beseitigt“. Vgl. im Ergebnis ähnlich *Murmann* 2019b, § 25 Rn. 139 (kursive Herv. v. mir): „Der Einwilligende suspendiert [...] *bezogen auf das konkrete Rechtsverhältnis* eine zu seinem Schutz bestehende Verhaltensnorm, gestaltet das Rechtsverhältnis mithin dahingehend um, dass eine sonst verbotene Risikoschaffung erlaubt ist.“

zu der befürchteten Erosion der Bewertungs- und Bestimmungsfunktion strafbewehrter Verhaltensnormen.

Ebenso wenig verfängt daher auch der in diesem Zusammenhang geäußerte Einwand, ein solches subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht mache die strafbewehrte Pflichtverletzung zu einem rein privaten Konflikt. Die Befürchtung, es könne nicht erklärt werden, aus welchem Grund auf die Verletzung strafrechtlich geschützter Individualrechtsgüter mit öffentlicher Klage und Strafsanktion zu reagieren sei,<sup>389</sup> ist unbegründet. Denn wie soeben betont,<sup>390</sup> belegt die von mir beschriebene Kontrolle strafbewehrter Verhaltenspflichten durch den einwilligungsfähigen Rechts(guts)-inhaber lediglich, dass Straftaten bei Verletzung von Individualrechtsgütern *zumindest auch* als Verletzung subjektiver Rechte zu konzipieren sind. Anders gesagt: Hiermit wird eine *notwendige*, mitnichten aber eine hinreichende Bedingung für Kriminalunrecht formuliert. Dass in der Straftat gleichzeitig liegende Moment der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormübertretung bleibt unberührt. Damit ist weiterhin Raum für eine ebenso notwendige überindividuelle Dimension von Kriminalunrecht, die öffentliche Klage und Strafe als Reaktion auf Kriminalunrecht erforderlich macht.

Ohne der eingehenden Untersuchung der überindividuellen Dimension von Kriminalunrecht<sup>391</sup> sowie der Konsequenzen des hier verfolgten Ansatzes für das Strafverfahren<sup>392</sup> vorzugreifen, verbietet es diese konzeptuelle Offenheit meines Begriffs von Kriminalunrecht, an dieser Stelle der Untersuchung auf eine (drohende) Privatisierung der strafprozessualen Aufarbeitung von Kriminalunrecht zu schließen. Der von einer Straftat konkret Betroffene, ist nur insoweit subjektiv-berechtigt, als er die Kontrolle über das Bestehen oder Nicht-Bestehen der Verhaltenspflicht hat. Weitergehende Befugnisse sind dadurch jedoch noch nicht automatisch begründet: Weder kann er deswegen darüber entscheiden, ob es zu einem Ermittlungsverfahren bzw. Strafprozess kommt, noch kann er darüber entscheiden, ob eine Bestrafung vollzogen wird. Ob auch insoweit dem Verletzten einer Straftat eine subjektive Rechtsstellung einzuräumen ist, lässt sich diskutieren.<sup>393</sup> Gleichwohl bleibt die Be-

---

<sup>389</sup> So lassen sich etwa die Einwände von Haas 2002, S. 80 und Renzikowski, GA 2007, S. 561, 564 interpretieren. Hiervon nimmt Haas 2008a, S. 59 mit Fn. 9 jedoch wieder Abstand.

<sup>390</sup> Vgl. oben S. 115.

<sup>391</sup> Vgl. dazu sogleich S. 132 ff.

<sup>392</sup> Vgl. dazu noch eingehend unten S. 241 ff.

<sup>393</sup> Zum Teil kennt das deutsche Strafprozessrecht schon jetzt solche weiterreichenden Befugnisse, die eine subjektive Rechtszuschreibung auf strafprozessualer Ebene partiell rechtfertigen könnten. Man denke etwa an Nebenklage, Privatklage, Täter-Opfer-Ausgleich, aber auch absolute Strafantragsbefugnis und Klagerzwangsverfahren. Nach meinem Verständnis reagiert hiermit die Rechtsordnung in un-

deutungsdimension des Verbrechens, über das Zwei-Personen-Verhältnis hinauszureichen und auch eine Angelegenheit der Allgemeinheit zu sein, vom hier dargelegten subjektiv-rechtlichen Unrechtsverständnis zunächst unberührt.

Schließlich lässt sich vor diesem Hintergrund auch den weitergehenden Bedenken begegnen, eine „Privatisierung“ der Verhaltensnormen führe zu Erklärungsproblemen bei bestimmten Strafbarkeitsformen bzw. Deliktstypen, so etwa Renzikowski zum untauglichen Versuch:

„Der Inhaber des durch die Verhaltensnorm geschützten subjektiven Rechts kann selbst keinen Anspruch auf ihre Einhaltung in den Fällen reklamieren, in denen tatsächlich keine Verletzung droht. Das bedeutet, dass der untaugliche Versuch aus dem Blickwinkel des Privatrechts überhaupt nicht existiert – obwohl er eine Missachtung des anderen darstellt. Denn die Verhaltensnorm, die der Täter des versuchten Delikts verletzt, ist identisch mit der Verhaltensnorm, die der Täter des entsprechenden vollendeten Delikts verletzt. Der untaugliche Versuch berührt somit lediglich die Ebene der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen, nicht die des subjektiven Rechts.“<sup>394</sup>

Diese Kritik verfängt nämlich nur, wenn man die subjektiv-rechtliche Dimension von Kriminalunrecht – entgegen der hier vertretenen Auffassung – allein in der Verletzung subjektiver Rechte auf Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung sieht. So gesehen werden beim untauglichen Versuch freilich keine subjektiven Rechte tangiert, wenn eine Verletzung des durch die Verhaltensnorm geschützten Rechts(guts) tatsächlich nicht droht. Dies verfehlt jedoch die Pointe des hier vorgestellten Verständnisses von Kriminalunrecht als subjektive Rechtsverletzung: Die Frage einer subjektiv-rechtlichen Berechtigung stellt sich – wie gezeigt –<sup>395</sup> nämlich nicht nur hinsichtlich der subjektiven Rechte der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung (z.B. Eigentum, § 903 BGB), sondern auch hinsichtlich der Verhaltensnormen, die diese Rechte schützen sollen (welche etwa § 823 BGB oder § 303 StGB zugrunde liegen). Mit Blick auf letztere stellt sich erneut die Frage: Wer ist Berechtigter der aus einer hoheitlichen Verhaltens-

---

terschiedlich starkem Maße auf die Tatsache, dass durch bestimmte Formen von Kriminalunrecht gerade dem Verletzten Unrecht getan wird. Nicht hierher gehört hingegen ein etwaiger verfassungsrechtlich verbürgter Anspruch auf Strafverfolgung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG (vgl. hierzu BVerfG, NJW 2015, 150, 150 f.) bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG (vgl. BVerfGE 107, 395, 401 ff.). Ein solcher drückt nämlich keine subjektive Berechtigung mit Blick auf begangenes Kriminalunrecht aus, sondern ist Kehrseite staatlicher Schutzpflichten bzw. Ausdruck eines allgemeinen Justizgewährungsanspruchs. Vgl. zu all dem noch eingehend unten S. 241 ff.

<sup>394</sup> Renzikowski, GA 2007, S. 561, 564, vgl. mit ähnlichem Einwand Haas 2002, S. 79.

<sup>395</sup> Vgl. oben S. 106 ff.

norm abgeleiteten Verhaltenspflicht? Und wie am Beispiel der Einwilligungsdogmatik ausgeführt, ist dies der einwilligungsbefugte Rechts(guts)inhaber. Weil er es ist, der die konkrete strafbewehrte Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert, ist er der Berechtigte derselben. Ihm gegenüber ist die Pflicht einzuhalten, sodass ihm auch Unrecht geschieht, wenn die Pflicht verletzt wird. Dies gilt aber auch beim untauglichen Versuch, weil auch hier der Rechts(guts)inhaber die Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert: Sie entfällt etwa, wenn jemand seine Zustimmung zur Verletzung mit einem verletzungsuntauglichen Mittel erteilt.

Freilich hängt die Überzeugungskraft dieses Arguments davon ab, dass man – wie der zuvor zitierte Renzikowski, aber auch ich – davon ausgeht, dass der Verhaltensnormverstoß beim Vollendungs- wie beim entsprechenden Versuchsdelikts normentheoretisch betrachtet identisch ist. Dies erscheint beim untauglichen Versuch zunächst kontraintuitiv, da es objektiv natürlich keine Verhaltensnorm gibt, ein verletzungsuntaugliches Verhalten zu unterlassen. Jedoch können Verhaltensnormen die objektive Sachlage nicht einpreisen, sondern müssen – um verhaltenslenkend zu sein – stets das subjektive Vorstellungsbild zugrunde legen, dass der Handelnde von der Sachlage hat. Daher ist ein Verhalten bereits dann pflichtwidrig, wenn der Täter – wie im Fall des untauglichen Versuchs – lediglich glaubt, durch sein Verhalten ein Recht(sgut) zu verletzen.<sup>396</sup> Und auf ebendiese Pflichtwidrigkeit bezieht sich die Entscheidungsmacht des Rechts(guts)inhabers, der – wie es ja gerade die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung belegt – das Bestehen der strafbewehrten Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert. Diese Entscheidungsmacht besteht jedoch auch beim untauglichen Versuch. Die Gegenansicht müsste behaupten, dass ein Handlungsunrecht des untauglichen Versuchstäters selbst dann verbleibt, wenn er in Kenntnis und aufgrund<sup>397</sup> einer vom Rechts(guts)inhaber erteilten Zustimmung die Verletzungshandlung vornimmt. Dies ist inkonsistent, wenn es für die Frage der Pflichtwidrigkeit einer Handlung bei Versuch und Vollendung unterschiedslos auf die Tätervorstellung ankommt. Daher erweist sich die Missachtung der Entschei-

---

<sup>396</sup> Zurecht begründet dies *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 564, Fn. 16 damit, dass die „Verhaltensnormen aufgrund ihrer Bestimmungsfunktion notwendig auf die Vorstellung der Normadressaten zum Handlungszeitpunkt abstellen müssen, damit er entscheiden kann, ob er die Norm übertritt“. Vgl. ebenso *Freund/Rostalski* 2019, § 8 Rn. 11 mit Fn. 17; *Stein*, GA 2010, S. 129, 131; *Haas* 2002, S. 79 und grundlegend *Zielinski* 1973, S. 137 ff.; dazu jedoch kritisch *LK-StGB-Murmann*, Vor § 22 Rn. 69 und 103.

<sup>397</sup> Der Streit, ob bei der Einwilligung ein zielgerichteter Rechtfertigungswille erforderlich ist (so etwa *Jescheck/Weigend* 1996, § 34 V oder *Wessels/Beulke/Satzger* 2020, Rn. 579) oder Kenntnis der Einwilligung ausreicht (so etwa *Kühl* 2017, § 9 Rn. 41 oder *Murmann* 2019b, § 25 Rn. 135), ist für die Schlüssigkeit meines Arguments unerheblich.

dungsmacht des Rechts(gut)inhabers durch den Täter auch beim untauglichen Versuch als kriminalunrechtskonstitutiv. Hierfür ist es ohne Belang, ob das Verhalten objektiv gefährlich ist oder nicht.<sup>398</sup>

Allerdings lässt sich beim untauglichen Versuch nur in den Fällen von einer subjektiven Rechtsverletzung *des Rechts(guts)inhabers* sprechen, in denen die Rechtsordnung diesem die deontische Kontrolle der strafbewehrten Verhaltenspflicht tatsächlich zuweist. Dies ist nur dann der Fall, wenn auf Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung ein *individuelles* subjektives Recht existiert, das durch strafbewehrte Verhaltensnormen geschützt wird. Anders gesagt: Zu einer rechtlich relevanten Missachtung von Entscheidungsmacht kann es nur dort kommen, wo ein im Grunde taugliches Verletzungsobjekt mit untauglichen Mitteln angegriffen werden soll. Hingegen scheidet beim wegen des Verletzungsobjekts untauglichen Versuch mangels eines Rechts(guts)inhabers von vornherein eine *individuelle* deontische Kontrolle der Verhaltenspflicht und folglich eine subjektive Rechtsverletzung *des Rechts(guts)inhabers* aus: etwa bzgl. § 242 StGB, wenn der Dieb dem Opfer in die leere Tasche greift, oder bzgl. § 223 StGB, wenn der Täter einem unerkannt Toten einen Schlag ins Gesicht versetzt.

Dies hindert es jedoch aus zwei Gründen nicht, in Ansehung der strafbewehrten Verhaltenspflicht weiterhin von einer *subjektiven* Rechtsverletzung zu sprechen: Zum einen ist auch für den wegen des Verletzungsobjekts untauglichen Versuch die Missachtung individueller Entscheidungsmacht unrechtskonstitutiv. Wenn nämlich die Pflichtwidrigkeit der Handlung beim versuchten und vollendeten Delikt normtheoretisch betrachtet dieselbe ist und wenn diese bei Betroffenheit von Individualrechtsgütern von der deontischen Kontrolle des zustimmungsbefugten Opfers abhängt, dann kann es sich beim wegen des Verletzungsobjekts untauglichen Versuch nicht anders verhalten. So würde im genannten Beispiel aus Sicht des Täters das Unrecht entfallen, wenn das Opfer seine Zustimmung zur Wegnahme bzw. Körperverletzung gegeben hätte. Also kontrolliert – wohlgemerkt: aus Tätersicht – auch bei einem solchen untauglichen Versuch das Opfer als vermeintlicher Rechts(guts)inhaber die strafbewehrte Verhaltenspflicht deontisch, sodass nach dem subjektiven Vorstellungsbild des Täters diesem Unrecht getan wird. Zum anderen lässt sich auch objektiv weiterhin von einer subjektiven Rechtsverletzung sprechen. Denn besteht mangels tauglichem Angriffsobjekt

---

<sup>398</sup> Daher ist Haas 2002, S. 79 zu widersprechen, dass es „schlechterdings nicht einsehbar“ sei, warum der Inhaber des durch die Verhaltensnorm geschützten Rechtsguts einen Anspruch auf ihre Einhaltung auch in den Fällen besitzen soll, in denen tatsächlich keine Verletzung drohe. Denn der unmittelbar einsichtige Grund ist nichts anderes als die Kehrseite der *ratio* der unrechtsausschließenden Opferzustimmung, namentlich die Entscheidungsmacht über die Pflichtwidrigkeit der untauglichen Verletzungshandlung.

nicht die Möglichkeit einer individuellen, unrechtsausschließenden Zustimmung, dann können staatliche Normsetzungsbefugnis und Kontrolle der aus der Norm abgeleiteten Verhaltenspflicht nicht auseinanderfallen. Im genannten Beispiel des Schlages auf den unerkannt Toten: Die strafbewehrte Verhaltenspflicht, an deren Verletzung die Sanktion des untauglichen Versuchs nach §§ 223 Abs. 1 und 2, 22, 23 StGB anknüpft, wird von der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft kontrolliert. Mithin ist auch in diesem Fall die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs als subjektive Rechtsverletzung, nunmehr allerdings der Rechtsgemeinschaft, zu qualifizieren. Allein irrt der Täter über den Berechtigten in Ansehung der strafbewehrten Verhaltenspflicht.<sup>399</sup>

Vermeintlich ähnlich gelagerte Probleme wie beim untauglichen Versuch scheinen schließlich auch bei Gefährdungsdelikten zu bestehen, bei denen ebenfalls eine Strafbarkeit besteht, obgleich auf Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung noch nicht<sup>400</sup> von einer Verletzung subjektive Rechte gesprochen werden kann. Doch auch hier lässt sich weiterhin von einer Verletzung subjektiver Rechte sprechen, wenn man die Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung verlässt und danach fragt, ob die Rechtsordnung *qua* Einwilligungsbefugnis die deontische Kontrolle über die aus einer Verhaltensnorm ableitbare Verhaltenspflicht einer bestimmten Person zuweist. Denn kann jemand einer abstrakten Gefährdung bzw. einem konkreten Gefährderfolg mit unrechtsausschließender Wirkung zustimmen,<sup>401</sup> ist er als Berechtigter der jeweiligen Verhaltenspflicht zu qualifizieren. Ebenso lässt sich für den Bereich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit argumentieren: Bei der Fahrlässigkeitstat liegt die sanktionierte Verhaltensnormübertretung in der sorgfaltswidrigen Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos.<sup>402</sup> In dem Maße, in dem es nun möglich ist, dieser Risikoschaffung

<sup>399</sup> Vgl. anders jedoch *Rath*, JuS 1998, S. 1106, 1112, nach dem es automatisch am „Versuchsunrecht“ fehlen soll, wenn „das Opfer die Untauglichkeit sogleich und ohne weiteres erkennt“. Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch NK-StGB-*Zaczyk*, § 22 Rn. 37, der verlangt, dass ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen Täter und Opfer wirklich besteht. Vgl. hierzu von meiner Seite noch eingehend unten S. 190 f., wo ich aufzeige, warum auch in diesen Fällen der untaugliche Versuch gleichwohl eine *intersubjektive* Rechtsverletzung darstellt.

<sup>400</sup> Vgl. warnend jedoch *Greco* 2009, S. 340, nach dem eine Rechtsverletzungslehre besonders gefährdet ist, „die Grenzen zwischen Verletzungsereignis und gefährdender Handlung zu verwischen“.

<sup>401</sup> Beispielsweise wenn man mit einem Teil der Lehre bei § 315c StGB die Strafbarkeit entfallen lassen möchte, wenn lediglich der einwilligende Mitfahrer gefährdet wird. So etwa *Roxin/Greco* 2020, § 13 Rn. 35; *Kindhäuser/Schramm* 2020, § 65 Rn. 22 ff.; NK-StGB-*Zieschang*, § 315c Rn. 59 sowie m. w. N. – auch Nachweisen der Gegenauffassung (Einwilligungsausschluss mangels disponiblen Rechtsguts) – *Schönke/Schröder-Hecker*, § 315c Rn. 41 und *MüKo-StGB-Pegel*, § 315c Rn. 114. Vgl. hierzu auch schon oben Fn. 376.

<sup>402</sup> Vgl. dazu eingehend und m. w. N. *Mikus* 2002, S. 39 ff.



(d. h. der Gefährdung eigener Rechtsgüter) im konkreten Fall mit unrechtsausschließender Wirkung zuzustimmen, ist die Zustimmung als Berechtigte der aus den Verhaltensnormen ableitbaren Verhaltenspflichten zu qualifizieren. Im Falle der Vorsatz- wie der Fahrlässigkeitstat missachtet<sup>403</sup> der Täter gleichermaßen das subjektive Recht der Verletzten, da letztere *qua* Einwilligungsbefugnis stets die Verhaltenspflicht kontrolliert. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass im einen Fall die Herbeiführung eines Verletzungserfolges, im anderen Fall die Risikoschaffung zu unterlassen ist. Dabei kann es dahinstehen, wie man die Zustimmung zu rechtsgutsgefährdendem Verhalten rechtsdogmatisch verankert (d. h. als Risikoeinwilligung qualifiziert<sup>404</sup> oder aber für einen Unrechtsausschluss auf Tatbestandsebene im Rahmen der objektiven Zurechnung argumentiert, da die Risikoeinwilligung nur den Handlungsunwert aufhebe<sup>405</sup>). Denn in jedem Fall hängt der Unrechtsausschluss an der Zustimmung der Betroffenen.<sup>406</sup>

---

<sup>403</sup> Dies gilt meines Erachtens nur für die bewusste Fahrlässigkeit. Vgl. dazu eingehend und differenzierend unten S. 224 ff.

<sup>404</sup> So etwa m. w. N. *Murmann* 2019b, § 25 Rn. 136 ff.; *Murmann* 2005, S. 428 ff.; *Kühl* 2017, § 17 Rn. 83; *Walter*, NStZ 2013, S. 673, 677 ff. und *Grünwald*, GA 2012, S. 364, 371 ff.

<sup>405</sup> So z. B. *Roxin*, GA 2012, S. 655, 660 ff.; LK-StGB-Rönnau, Vor § 32 Rn. 164 ff. und *Lotz* 2017, S. 215 ff.

<sup>406</sup> Wie weit dies im Bereich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit praktisch reicht, ist hingegen eine andere Frage. So hebt *Haas* 2002, S. 79 f. darauf ab, dass etwa bei einer alkoholrauschbedingten fahrlässigen *actio libera in causa*, bei der im schuldunfähigen Zustand eine Sachbeschädigung begangen wird, das Berauschen wohl kaum als „Rechtsverletzung eines jeden potenziell Geschädigten“ qualifiziert werden könne. Allerdings ist die fahrlässige *actio libera in causa* in vielen Konstellationen lediglich eine unselbstständige Sonderform normaler Fahrlässigkeit, bei der das Berauschen die rechtsgutsgefährdende Handlung darstellt. Insoweit ist meines Erachtens nicht ersichtlich, warum diese Gefährdung nicht potenzieller Anknüpfungspunkt einer unrechtsausschließenden Zustimmung sein könnte. Dass es praktisch in diesen Fällen häufig kaum zu einer unrechtsausschließenden Zustimmung kommen wird, ändert somit nichts daran, dass der potenziell Geschädigte – rein theoretisch betrachtet – Berechtigter bzgl. der aus einer sekundären Verhaltensnorm (hier: sich nicht zu betrinken) folgenden Verhaltenspflicht qualifiziert werden kann. Gleichwohl gelange auch ich zumindest in Fällen der unbewussten Fahrlässigkeit zu einem Strafbareitsausschluss: nicht jedoch, weil sich hier keine subjektive Rechtsverletzung konstruktiv denken ließe, sondern weil es hier an der von mir als maßgeblich erachteten Anerkennungsverletzung fehlt. Vgl. dazu unten S. 219 ff., insb. S. 224 ff.



## **C. Das Verbrechen als Statusverletzung, oder: Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung**

Im vorigen Kapitel wurde die Rechtsverletzungslehre als vorzugswürdige Unrechtslehre ausgewiesen und dahingehend präzisiert, dass bei einwilligungsfähigen Individualrechtsgütern auch in Ansehung der strafbewehrten Verhaltenspflicht von einer Verletzung subjektiver Rechte des Rechts(guts)-inhabers gesprochen werden kann. Kriminalunrecht ist in diesem Sinne *selbst* subjektiv-rechtlich strukturiert. Daher können wir – mit Blick auf die Ausgangsfrage dieser Untersuchung – in diesen Fällen zurecht davon sprechen, dass der Täter gerade dem Opfer Unrecht tut, weil er ihm gegenüber zur Unterlassung der Straftat verpflichtet war. Gleichzeitig weist die Straftat immer noch eine überindividuelle, über das Zwei-Personen-Verhältnis hinausreichende Unrechtsdimension auf. Denn nach diesem Kriminalunrechtsverständnis bleibt neben der als subjektive Rechtsverletzung zu qualifizierenden Verhaltenspflichtverletzung weiterhin die als Verletzung objektiven Rechts zu begreifende Verhaltensnormübertretung bestehen.

Hierdurch scheint es jedoch zu einer problematischen Doppelung zu kommen und das in zweifacher Hinsicht: Zum einen fragt sich, ob nicht ein einheitlicher Unrechtsbegriff aufgegeben wird, wenn man im Kriminalunrecht zwischen subjektiv-rechtlicher Verhaltenspflichtverletzung und objektiv-rechtlicher Verhaltensnormübertretung differenziert. Stehen diese beiden Aspekte des Kriminalunrechts unverbunden nebeneinander? Zum anderen scheint gleichzeitig die ohnehin schwer zu ziehende Grenze zum Zivilunrecht gänzlich zu verschwimmen, wenn Kriminalunrecht subjektive Rechte schützt und obendrein auch noch selbst subjektiv-rechtlich strukturiert ist. Führt das nicht zu einer Nivellierung der Unterschiede zwischen Zivil- und Straf(un)-recht?

In diesem Kapitel möchte ich diesen Fragen nachgehen und nachweisen, dass sich ein subjektiv-rechtlich verstandenes Kriminalunrecht zum einen hinreichend klar von Zivilunrecht abgrenzen lässt und zum anderen weiterhin einen überindividuellen Gehalt aufweist, der nicht unverbunden neben der subjektiven Rechtsverletzung steht. Dabei liegt der Schlüssel zur Beantwortung beider Fragen darin, das Spezifikum eines subjektiv-rechtlichen Unrechtsverständnisses in einer *Statusverletzung* zu verorten: Danach liegt der subjektiv-rechtliche Kern des Verbrechens in der Missachtung des autoritati-

ven Rechtsstatus, den der einwilligungsbefugte Verletzte als Rechtsinhaber mit Blick auf die Verhaltenspflicht hat. Jedoch gründet sich dieser individuelle Rechtsstatus wiederum auf den mit allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft geteilten – und damit überindividuellen – Status der Rechtssubjektivität. Und insoweit die Straftat auch als Verletzung objektiven Rechts zu begreifen ist, wird dieser überindividuelle Status eines jeden Mitglieds der Rechtsgemeinschaft missachtet.

Wenn ich Rechts- und Statusverletzung in dieser Art und Weise verknüpfe, dann wird damit jedoch nicht ein gänzlich neuer Theorierahmen eröffnet. Denn ein willentheoretisches Verständnis subjektiver Rechte, welches in Kapitel B. zur Identifikation des subjektiv-rechtlichen Gehalts von Kriminalunrecht herangezogen wurde, lässt sich nicht vom Gedanken einer Statusverletzung trennen. Denn jemandes subjektives Recht *als solches* zu verletzen, impliziert gleichzeitig, diese Person so zu behandeln, dass ihre Willensherrschaft unterminiert und damit ihr Status als Rechtsinhaber verletzt wird.<sup>1</sup> Gleichwohl muss dieser normative Zusammenhang zwischen Rechts- und Statusverletzung noch auf einen Begriff gebracht werden, d.h. theoretisch beschreibbar und nachvollziehbar werden. Der Schlüssel hierzu liegt meines Erachtens darin, *Kriminalunrecht als Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung* zu begreifen.

Hierzu werde ich zunächst ein Anerkennungskonzept entwickeln, das sich rechtstheoretisch fruchtbar machen lässt, und hierauf aufbauend nachweisen, dass die Normativität subjektiver Rechte zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem einen rechtlich vermittelten Anerkennungsanspruch begründet (C.I.). Daran anschließend lässt sich zum einen zeigen, dass im Unterschied zum Zivilrecht allein das Strafrecht der Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung unrechtskonstitutive Bedeutung beimisst und dass hierin das Spezifikum eines subjektiv-rechtlichen Kriminalunrechtsverständnisses liegt (C.II.). Und zum anderen lässt sich hiermit die überindividuelle Bedeutungsdimension des Verbrechens, über das Zwei-Personen-Verhältnis hinauszureichen, erklären. Denn von einer Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung lässt sich nur sprechen, wenn hierin zugleich eine Verletzung aller Mitglieder der Rechtsgemeinschaft liegt (C.III.). Schließlich lassen sich diese Überlegungen auch auf den strafrechtlichen Schutz von Allgemeingütern übertragen (C.IV.).

Methodisch möchte ich diesen Nachweis erneut im Wege einer immanenten Kritik des Strafrechts führen. Diese bedient sich zwar zur normativen Strukturanalyse des Rechts der theoretischen Konzepte der praktischen Philosophie (konkret: der Anerkennungstheorie), soll dabei jedoch gerade keine

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch schon oben S. 45.

normativen Vorgaben „von außen“ an das Strafrecht herantragen. Es geht also um den Nachweis, dass die im positiven (Straf-)Recht auffindbare Normativität *de lege lata* so strukturiert ist, dass sich zum einen Kriminalunrecht im Unterschied zu Zivilunrecht als Anerkennungsverletzung beschreiben lässt und dass sich mit dem Kriterium der Anerkennungsverletzung zudem die überindividuelle Unrechtsdimension in ein subjektiv-rechtliches Unrechtsverständnis integrieren lässt. Dieser methodischen Weichenstellung zufolge wird also lediglich die im positiven Recht auffindbare Normativität mittels „fachfremder“ Begriffsanalyse aufgedeckt.<sup>2</sup>

## I. „Rights are especially sturdy objects to ‚stand upon‘.“ – Anerkennung und subjektive Rechte

„[Rights] are especially sturdy objects to ‚stand upon‘, a most useful sort of moral furniture. [...] Having rights enables us to ‚stand up like men‘, to look others in the eye, and to feel in some fundamental way the equal of anyone. To think of oneself as the holder of rights is not to be unduly but properly proud, to have that minimal self-respect that is necessary to be worthy of the love and esteem of others. Indeed, respect for persons (this is an intriguing idea) may simply be respect for their rights, so that there cannot be the one without the other; and what is called ‚human dignity‘ may simply be the recognizable capacity to assert claims. To respect a person then, or to think of him as possessed of human dignity, simply is to think of him as a potential maker of claims. Not all of this can be packed into a definition of ‚rights‘; but these are facts about the possession of rights that argue well their supreme moral importance.“<sup>3</sup>

Subjektive Rechte sind – wie Joel Feinberg in seinem viel beachteten Aufsatz *The Nature and Value of Rights* herausstellt – ein besonders wichtiges „normatives Inventar“: Als Inhaber von Rechten – so Feinberg – stehen wir nicht nur in einem fundamentalen Gleichordnungsverhältnis als Rechtsgenossen. Rechte sind nach Feinberg sogar der Kern der Menschenwürde, weil zuallererst sie uns im Verhältnis zu anderen zu Anspruchsinhabern machen. Andere zu respektieren, heiße, andere als anspruchsberechtigte Rechtsinhaber anzuerkennen. Ich möchte Feinbergs plastische Beschreibung von Rechten als „sturdy objects to ‚stand upon‘“ aufgreifen und im Folgenden nachzeichnen, wie subjektive Rechte ihrem Inhaber eine normative Autorität verleihen, deren Anerkennung dieser einfordern kann. Nur wer ein rechtlich geschuldetes Verhalten erbringt, *weil* er anerkennt, dass der Rechtsinhaber *qua* der ihm zukommenden Autorität hierauf einen Anspruch hat, erfüllt seine Pflicht *als* subjektive Rechtspflicht. Die Verletzung dieses Anerkennungsanspruchs ist es sodann, wie ich im Anschluss zeigen werde, welche

<sup>2</sup> Vgl. dazu eingehend oben S. 20 ff.

<sup>3</sup> Feinberg 1980b, S. 151.

Kriminalunrecht von Zivilunrecht unterscheidet und welche Kriminalunrecht eine Bedeutungsdimension beimisst, die über das Zwei-Personen-Verhältnis hinausgeht.

Allerdings ist *Anerkennung* ein Konzept mit einem – gerade in der philosophischen Debatte – breiten Bedeutungsspektrum, das weit davon entfernt ist, einheitlich verwandt zu werden. Allein semantisch identifiziert Ricœur 23 verschiedene Verwendungen des Begriffs *anerkennen*.<sup>4</sup> Und jenseits dieser semantischen Varianz erhält das Anerkennungskonzept durch die jeweiligen theoretischen Zugänge stets eine unterschiedliche Prägung und Funktionalisierung: Anerkennungskonzepte in der Tradition Fichtes schreiben ihr bewusstseinskonstitutive Bedeutung zu, während sich kantianisch geprägte Autoren auf Anerkennung im Sinne eines gegenüber normativen Akteuren geschuldeten gleichen Respekts konzentrieren. Und schließlich begreifen hegelianisch geprägte Autorinnen Anerkennung als menschliches Grundbedürfnis, das sich z.B. auch auf Liebe oder gesellschaftliche Wertschätzung erstreckt und in eine umfassende Gesellschaftstheorie zu integrieren ist.<sup>5</sup>

Das Anerkennungskonzept umfassend begrifflich aufzuarbeiten,<sup>6</sup> würde daher den vorliegenden Rahmen sprengen. Gleichzeitig bedarf es der Darlegung und Rechtfertigung eines Anerkennungskonzeptes, welches sich zu einer normativen Strukturanalyse des Strafrechts<sup>7</sup> heranziehen lässt. Dieses Spannungsverhältnis möchte ich dahingehend auflösen, dass ich zunächst in Auseinandersetzung mit anderen (auf das Recht bezogenen) Anerkennungskonzepten aufzeige, dass sich für eine Strukturanalyse des positiven Rechts insbesondere ein Anerkennungskonzept eignet, welches möglichst prämissenarm ist und juristische Normativität spezifisch adressieren kann (C.I.1.). Hiervon ausgehend werde ich einen bestimmten Begriff von *Anerkennung* anknüpfend an Immanuel Kant und Stephen Darwall entwickeln, von dem ich denke, dass er diesen Anforderungen genügt (C.I.2.). Dieser Anerkennungsbegriff muss sich sodann in einem dritten Schritt als fruchtbar für eine normative Strukturanalyse des positiven Rechts erweisen. Daher werde ich anknüpfend an die in Kapitel B. geleistete Begriffsbestimmung subjektiver Rechte nachweisen, dass dieser Anerkennungsbegriff mit unseren rechtsdog-

<sup>4</sup> Vgl. Ricœur 2006. Vgl. zu den semantischen und etymologischen Aspekten des Begriffs *Anerkennung* Meyer 2019; Ikäheimo 2014, S. 7 ff.; Pinsdorf 2016, S. 167 ff. und Schmetkamp 2012, S. 111 ff.

<sup>5</sup> Vgl. mit einem Überblick über das vertretene Bedeutungsspektrum nur Bedorf 2010, S. 17 ff.; Schmetkamp 2012, S. 111 ff.; Iser 2019, S. 7 ff. und Pinsdorf 2016, S. 167 ff., jeweils m. w. N.

<sup>6</sup> Vgl. zum Anerkennungskonzept eingehend Schmetkamp 2012; Ikäheimo 2014; Kloc-Konkolowicz 2015; Honneth 2018 und Iser 2019 sowie die Beiträge in Siep/Ikäheimo/Quante, 2019, jeweils m. w. N.

<sup>7</sup> Vgl. zum methodischen Ansatz dieser Untersuchung nochmals oben S. 20 ff.

matischen sowie rechtstheoretischen Vorstellungen von der Funktion subjektiver Rechte übereinstimmt und diese – ohne weitere voraussetzungsreiche Prämissen zugrunde zu legen – einer gehaltvollen anerkennungstheoretischen Interpretation zuführen kann (C.I.3.). Danach vermittelt uns die mit subjektiven Rechten einhergehende normative Autorität im Verhältnis zu anderen einen Status, den diese anerkennen, d.h. handlungsleitend berücksichtigen müssen.

### **1. Auf der Suche nach einem Anerkennungskonzept für das Recht**

Die Frage zum Verhältnis von Recht und Anerkennung ist freilich keine grundstürzend neue: Schon Fichte interpretierte Rechtsverhältnisse als Anerkennungsverhältnisse, dessen Überlegungen später von Hegel aufgegriffen und gesellschaftstheoretisch fortentwickelt wurden. Auch heute betont eine Vielzahl von Autorinnen und Autoren die anerkennungstheoretische Dimension des Rechts, wobei in Deutschland gegenwärtig wohl Honneth als bekanntester Exponent einer solchen Sichtweise zu nennen ist. Und so fehlt es auch in der Strafrechtswissenschaft nicht an Ansätzen, diese Traditionslinie aufzugreifen und das Anerkennungskonzept strafrechtsdogmatisch fruchtbar zu machen.<sup>8</sup> Dieser Weg erweist sich jedoch – wie im Folgenden gezeigt werden soll – nicht immer als unproblematisch. Denn auch wenn diese philosophischen Anerkennungskonzepte kritisches Potenzial für eine materielle Unrechtslehre und ein kohärentes normatives Strafrechtssystem bereithalten mögen, so speist sich dieses Potenzial häufig aus einer weitreichenden Theorie mit mitunter voraussetzungsreichen philosophischen Vorannahmen. Je mehr dem aber der Fall ist, desto stärker ist eine anerkennungstheoretische Interpretation des Strafrechts von positivistischer Warte aus angreifbar. Oder positiv gewandt: Ein Anerkennungskonzept kann aus juristischer Sicht (und damit letztlich auch aus strafrechtsdogmatischer Sicht) umso mehr überzeugen, je stärker es auf der Ebene des positiven Rechts verankert ist und je spezifischer es dort juridische Normativität adressiert (d.h. Anforderungen an ein kohärentes Strafrechtssystem aufbauend auf die dem positiven Recht bereits immanenten normativen Zusammenhänge formuliert).

Angesichts dessen erweisen sich gerade die „klassischen“ Anerkennungstheorien des deutschen Idealismus, für die ich hier beispielhaft Fichte und Hegel als deren prominenteste Vertreter anführen möchte, als zu vorausset-

---

<sup>8</sup> Vgl. bspw. *Zaczyk* 1989, S. 128 ff., insb. 154 ff.; *Köhler*. FS Lackner, 1987, S. 25 ff.; *Marfels* 2011 oder jüngst *Rösinger* 2019, S. 5 ff. und 193 ff. Vgl. zur Bezugnahme materieller Unrechtslehren auf das Anerkennungskonzept auch bereits oben S. 77 ff. m. w. N.

zungsreich. Fichte – der als erster den Begriff *Anerkennung* als philosophischen *terminus technicus* eingeführt hat –<sup>9</sup> erklärt in der *Grundlage des Naturrechts* die Rechtsbeziehungen zwischen Subjekten mit dem Begriff der Anerkennung, wobei er dem Recht eine bewusstseinskonstitutive Funktion zuschreibt: Sein Ausgangspunkt ist die bereits in der *Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre* entwickelte Position, dass das Bewusstsein eigener Subjektivität ein praktisches Selbstverhältnis erfordere. Das Selbst bedürfe zum Bewusstsein seiner praktischen Freiheit eines „Anstoßes“ als Stimulus freien Handelns. Denn man könne sich selbst nur dadurch als ein von der Welt unterschiedenes Subjekt freier Tätigkeit begreifen, wenn die Welt dieser Tätigkeit einen Widerstand leiste.<sup>10</sup> Dieses Konzept entwickelt Fichte in der *Grundlage des Naturrechts* fort zum Konzept der *Aufforderung*, wonach ein Bewusstsein eigener Freiheit erst durch Aufforderung zur Freiheit durch ein anderes freies Vernunftwesen entstehe.<sup>11</sup> Indem sich nun Subjekte wechselseitig zu freiem Handeln aufforderten, konstituiert sich nach Fichte ein Anerkennungsverhältnis, da sie sich hierdurch wechselseitig nötigten, Mitglied einer Gemeinschaft freier Wesen zu werden und als solche die Regeln der freien wechselseitigen Interaktion festzuschreiben.<sup>12</sup> Hierin liegt die Anerkennung im Fichte’schen Sinne als das „wechselseitige Verhältnis selbstbewusster Individuen, die um der möglichen Freiheitsausübung der anderen willen ihre eigene Handlungsfreiheit begrenzen“<sup>13</sup>:

„Keines kann das andere anerkennen, wenn nicht beide sich gegenseitig anerkennen: und keines kann das andere behandeln als ein freies Wesen, wenn nicht beide sich gegenseitig so behandeln. [...] *Ich kann einem bestimmten Vernunftwesen nur insofern anmuten, mich für ein vernünftiges Wesen anzuerkennen, inwiefern ich selbst es als ein solches behandle.*“<sup>14</sup>

Individuen, die ihre eigene Handlungsfreiheit in dieser Hinsicht nach einem allgemeinen Gesetz dauerhaft und wechselseitig einschränkten und dadurch den jeweils anderen anerkannten, befinden sich nach Fichte in einem Rechtsverhältnis.<sup>15</sup> Für Fichte ist damit „der Begriff des Rechts selbst Be-

<sup>9</sup> So auch Ikäheimo 2014, S. 29 und Pinsdorf 2016, S. 185.

<sup>10</sup> Vgl. Fichte 1794/1795 (1956), S. 277 ff. und dazu Pinsdorf 2016, S. 185 f.

<sup>11</sup> Vgl. dazu auch Zaczyk 2014, S. 31 f.; Bedorf 2014, S. 88 ff. und Ikäheimo 2014, S. 29 ff.

<sup>12</sup> Vgl. dazu Bedorf 2014, S. 92 f.; Ikäheimo 2014, S. 52 f. und Honneth 2017, S. 16 ff.

<sup>13</sup> Siep 2009, S. 107.

<sup>14</sup> Fichte 1796 (1979), S. 44.

<sup>15</sup> Vgl. Fichte 1796 (1979), S. 52: „*Ich muß das freie Wesen außer mir in allen Fällen anerkennen als ein solches, d. h. meine Freiheit durch den Begriff der Möglichkeit seiner Freiheit beschränken.*“ Das deduzierte Verhältnis zwischen vernünftigen Wesen, daß jedes seine Freiheit durch den Begriff der Möglichkeit der Freiheit des anderen beschränke, unter der Bedingung, daß das erstere die seinige gleichfalls

dingung des Selbstbewußtseins. Folglich ist dieser Begriff gehörig *a priori*, d.h. aus der reinen Form der Vernunft, aus dem Ich, deduziert.“<sup>16</sup> Das Bewusstsein eigener Subjektivität ist hierdurch als praktisches Selbstverhältnis erwiesen, welches nur im Bewusstsein apriorisch notwendiger<sup>17</sup> gegenseitiger Anerkennung als Rechtsperson gebildet werden kann.<sup>18</sup>

Es ist dann Hegel, der die Fichte'sche Anerkennungskonzeption aufgreift und wesentlich fortentwickelt, indem er sie neben dem Recht auf andere Bereiche intersubjektiver Beziehungen überträgt. Auch Hegel betont, dass interpersonale Anerkennung für die Bewusstseins- und Identitätsbildung von Individuen erforderlich sei, weil die Identität des selbstbewussten Wesens für Hegel stets eine vermittelte ist, die nur in einem und durch ein anderes Selbstbewusstsein bestehen könne.<sup>19</sup> Allerdings weist Hegel nicht nur die Konstitution des Selbstbewusstseins als einen intersubjektiven Anerkennungsprozess aus,<sup>20</sup> sondern begreift Anerkennung als Medium, in dem sich gleichermaßen individuelle Identitätsbildung und gesellschaftlicher Fortschritt vollziehen. Denn das individuelle Selbstverhältnis ist bei Hegel wesentlich durch das Verhältnis zu anderen innerhalb der konkreten sozialen Gemeinschaft – genauer: durch die geleistete oder verweigerte Anerkennung des eigenen Selbst durch die anderen – bedingt.<sup>21</sup> Im dialektischen Prozess des Kampfes um Anerkennung vollziehen sich bei Hegel Identitätsbildung und Vergesellschaftung – wie Honneth meines Erachtens zutreffend rekonstruiert hat –<sup>22</sup> auf drei Stufen: Auf der Ebene der Familie und Ehe wird der Einzelne in seiner Einzigartigkeit anerkannt und es findet Anerkennung in Form der Liebe statt. Anerkennung vollzieht sich, zweitens, auf der Ebene des Rechts in Form des Respekts als allgemeine Person. Schließlich findet Anerkennung in Form der Solidarität auf sozialer Ebene statt, wenn der Ein-

---

durch die des anderen beschränke, heißt das *Rechtsverhältnis*; und die jetzt aufgestellte Formel ist der *Rechtssatz*.“

<sup>16</sup> Fichte 1796 (1979), S. 52.

<sup>17</sup> Vgl. dies problematisierend Zaczyk 2014, S. 32 ff.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu auch Zaczyk 1992, S. 15 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Hegel 1807 (2006), S. 123 ff. Vgl. dazu nur Ikäheimo 2014, S. 73 ff. und Pinsdorf 2016, S. 190 ff.

<sup>20</sup> Hierbei werden Identitätskonstitution der Person und Anerkennung des Anderen im „allgemeinen Selbstbewusstsein“ aufgehoben, vgl. Hegel 1830 (1970), S. 226: „Das *allgemeine Selbstbewußtsein* ist das affirmative Wissen seiner selbst im anderen Selbst, deren jedes als freie Einzelheit *absolute Selbständigkeit* hat, aber, vermöge der Negation seiner Unmittelbarkeit oder Begierde, sich nicht vom anderen unterscheidet, allgemeines [Selbstbewußtsein] und objektiv ist und die reelle Allgemeinheit als Gegenseitigkeit so hat, als es im freien anderen sich anerkannt weiß und dies weiß, insofern es das andere anerkennt und es frei weiß.“

<sup>21</sup> Vgl. so auch Schmetkamp 2012, S. 116 f. und Pinsdorf 2016, S. 192 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Honneth 1992, S. 148 ff.



zelle als gesellschaftskonstitutives Mitglied wertgeschätzt wird. Laut Hegel vollzieht sich dabei Anerkennung auf der Ebene des Rechts zwischen Bürgern im institutionellen Kontext des Staates, welche im wechselseitigen Respekt für die Rechte des jeweils anderen ihren Ausdruck finde:

„Im Staat [...] wird der Mensch als vernünftiges Wesen, als frei, als Person anerkannt und behandelt; und der Einzelne seinerseits macht sich dieser Anerkennung dadurch würdig, daß er, mit Überwindung der Natürlichkeit seines Selbstbewußtseins, einem Allgemeinen, dem an und für sich seienden Willen, dem Gesetze gehorcht, also gegen andere sich auf eine allgemeine gültige Weise bestimmt, sie als das anerkennt, wofür er selbst gelten will – als frei, als Person.“<sup>23</sup>

In der jeweils konkreten und historisch vorfindbaren Anerkennungsform des Rechts instanziiert sich bei Hegel das allgemeine Prinzip des Bewusstseins seiner selbst im Anderen dadurch, dass man jemanden als Träger Personsein-stiftender deontischer Machtbefugnisse, d. h. gesetzlicher subjektiver Rechte,<sup>24</sup> begreift.<sup>25</sup>

Diese Schlaglichter auf die Theorien rechtlich vermittelter Anerkennung bei Fichte und Hegel zeigen trotz ihrer Kürze auf, warum diese immer noch stark rezipierten<sup>26</sup> „klassischen“ Anerkennungstheorien heute nur schwerlich als *unmittelbarer* Anknüpfungspunkt für eine anerkennungstheoretische Begründung des positiven Rechts herangezogen werden können: Ihre Überzeugungskraft hängt nämlich von der Plausibilität der in ihnen entwickelten überpositiven Vernunft- bzw. Naturrechtskonzeptionen ab, die ihr Fundament in einer anspruchsvollen Philosophie der Ich-Konstitution haben. Jenseits der nachhaltigen Kritik, die diese Konzeptionen innerhalb der Philosophie erfahren haben, sind sie damit aus juristischer Perspektive – und auf diese kommt es maßgeblich an – metaphysisch und normativ-ethisch zu gehaltvoll, um eine allgemeingültige Erklärungsgrundlage für grundlegende Begriffe des positiven Rechts zu liefern. Denn die anerkennungstheoretische Dimension des positiven Rechts im Rekurs auf diese Theorien zu begründen, hieße nicht nur, implizit ein vorpositives Rechtsverständnis zugrunde zu legen (und damit womöglich indirekt die Philosophie in den Rang einer Rechtsquelle zu erheben), sondern hierbei auch einen metaphysisch voraussetzungsreichen und darum rechtfertigungsbedürftigen Begriff praktischer Vernunft vorauszu-

<sup>23</sup> Hegel 1830 (1970), S. 221 ff.

<sup>24</sup> Vgl. auch Hegel 1820 (1955), § 36: „Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher *formellen* Rechtes aus. Das Rechtsgebot ist daher: *sei eine Person und respektiere die anderen als Personen.*“

<sup>25</sup> Vgl. dazu auch Honneth 1992, S. 174 f.; Düwell 2011, S. 125 und Ikäheimo 2014, S. 63 ff.

<sup>26</sup> Vgl. beispielhaft nur die Behandlung bei Ikäheimo 2014; Kloc-Konkolowicz 2015 und Pinsdorf 2016, S. 185 ff.

setzen. Die implizit beanspruchte philosophische Letztbegründung hierfür ist nicht erbracht und auch aus prinzipiellen Gründen innerhalb der heutigen pluralistischen und dem Liberalismus verpflichteten Gesellschaft nicht erbringbar.<sup>27</sup> Hiermit möchte ich nicht einem positivistischen Relativismus das Wort reden, sondern die Begründungsprobleme aufzeigen, die mit einem unmittelbaren Rekurs auf ein vorpositives Rechtsverständnis notwendig verbunden sind.<sup>28</sup>

Freilich trifft die Kritik, zu voraussetzungsreiche metaphysische Prämissen zugrunde zu legen, auf viele neuere anerkennungstheoretische Verständnisse des Rechts nicht in dem Maße zu. Gleichwohl leidet aus juristischer Perspektive die Anschlussfähigkeit dieser Ansätze häufig darunter, dass sie beanspruchen, eine umfassende moralphilosophische Gesellschaftstheorie zu entwickeln, die die anerkennungstheoretische Dimension juridischer Normativität nicht spezifisch adressiert, sondern lediglich als Teilaspekt einer umfassenderen Konzeption begreift. Dies möchte ich kurz anhand zweier neuerer anerkennungstheoretischer Konzeptionen aufzeigen.

Die Anerkennungstheorie Honneths<sup>29</sup> steht besonders beispielhaft<sup>30</sup> für einen solchen weitreichenden Erklärungsanspruch: In Auseinandersetzung mit Hegel teilt auch Honneth dessen Vorstellung, dass der Einzelne erst im Recht gesellschaftliche Achtung als autonomes Subjekt und damit als gleichberechtigtes Gesellschaftsmitglied erfahre. Er trennt sich dabei aber von dessen Metaphysik und entwickelt eine nicht-metaphysische, an den aktuellen Gesellschaftsverhältnissen orientierte Anerkennungstheorie. Dabei ist Honneth der Auffassung, dass Anerkennung rechtlich durch subjektive Rechte vermittelt werde und sich auf den Status als autonomes Rechtssubjekt beziehe. Danach schrieben sich rechtliche Akteure wechselseitig den Status als Träger gleicher Rechte und Pflichten zu, was im Rechtsstaat seinen vordringlichen Ausdruck in der Institution der Rechtsgleichheit finde.<sup>31</sup> Jedoch beschränkt sich Honneth nicht auf eine Analyse rechtlicher Normativität, sondern sieht letztere lediglich als eine von verschiedenen Ausdrucksformen<sup>32</sup> eines umfassenden

---

<sup>27</sup> Darauf hebt letztlich auch *Habermas* 1994, S. 662 ab: „Die einzige nachmetaphysische Quelle der Legitimität bildet offensichtlich das demokratische Verfahren der Rechtserzeugung.“ Vgl. kritisch zu metaphysisch voraussetzungsreichen Begründungsmustern aus Sicht juristischer Grundlagenforschung auch *Hilgendorf* 2013, S. 122 und *Krawietz* 2013, S. 182 f. und 200 f.

<sup>28</sup> Vgl. zu dieser Problemlage eingehend noch unten S. 199 ff.

<sup>29</sup> Vgl. *Honneth* 1992.

<sup>30</sup> Einen in dieser Stoßrichtung ähnlichen Ansatz finden wir insb. bei *Taylor* 2012.

<sup>31</sup> Vgl. *Honneth* 1992, S. 174 ff.

<sup>32</sup> Vgl. nur die Übersicht bei *Honneth* 1992, S. 211 sowie zu den drei Ausdrucksmodi der Anerkennung (Liebe, Achtung, Wertschätzung) eingehend *Schmetkamp*

Kampfes um Anerkennung, innerhalb dessen sich die moralisch-politische Identität des Individuums sowie der sittlichen Gemeinschaft forme:

„[W]eil individuelle Rechte zu besitzen bedeutet, sozial akzeptierte Ansprüche stellen zu können, statten sie das einzelne Subjekt mit der Chance zu einer legitimen Aktivität aus, anhand derer es sich selber vor Augen führen kann, daß es die Achtung aller anderen genießt. Es ist der öffentliche Charakter, den Rechte dadurch besitzen, daß sie ihren Träger zu einem von den Interaktionspartnern wahrnehmbaren Handeln ermächtigen, was ihnen die Kraft verleiht, die Ausbildung von Selbstachtung zu ermöglichen; [...] ein Subjekt [vermag] sich in der Erfahrung rechtlicher Anerkennung als eine Person zu betrachten [...] die mit allen anderen Mitgliedern seines Gemeinwesens die Eigenschaften teilt, die zur Teilnahme an einer diskursiven Willensbildung befähigen [...]“<sup>33</sup>

Rechtliche Anerkennung – so wie sie Honneth konzipiert – ist damit nicht nur etwas, was wir als Annex subjektiver Rechte einander schulden, sondern wird ethisch aufgeladen und in eine umfassende Konzeption eines guten Lebens integriert. Anerkennung zielt damit umfassend auf einen gelungenen ethischen Selbstbezug, die Bildung einer kollektiven Identität und eine gelungene sittliche Gesellschaftsentwicklung ab.<sup>34</sup> Demzufolge ist häufig auch unklar, ob Honneth rechtliche Anerkennung als eine juridische, eine politische oder eine basal-ethische Kategorie fasst.<sup>35</sup> Honneths Anerkennungskonzeption ist daher mit Blick auf ihre Ausrichtung auf einen umfassenden Konstitutionsprozess des Individuums einerseits und ihre engen Bezüge zu sozialphilosophischen und politischen Fragen andererseits<sup>36</sup> aus juristischer Sicht mit einer Vielzahl außerrechtlicher Annahmen verbunden und daher aus meiner Sicht – insofern es um die spezifische Normativität positiv-rechtlich konstituierter subjektiver Rechte geht – zu weitreichend.

Dieser Befund lässt sich – auch wenn man hier nur begrenzt von einem genuin anerkennungstheoretisch motivierten Ansatz sprechen kann – ebenfalls beim gerechtigkeits-theoretischen Zugriff Forsts beobachten: Anders als Honneth, der behauptet, dass zur Klärung der Anerkennungsfrage die Vorstellung eines guten Lebens und einer guten Gesellschaft unabdingbar sei,<sup>37</sup> versucht Forst eine statusbezogene Gerechtigkeits-theorie ohne einen ethi-

2012, S. 128 ff. Vgl. allgemein und konzis zu verschiedenen Formen und Stufen der Anerkennung Siep 2019.

<sup>33</sup> Honneth 1992, S. 194 f. Vgl. auch Honneth, ZphF 1997, S. 25, 33.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu – mit im Einzelnen unterschiedlicher Stoßrichtung – Schmetkamp 2012, S. 129 ff.; K. Günther 2009, S. 270 ff.; Laitinen, European Journal of Political Theory 2009, S. 13, 16 ff. und Pinsdorf 2016, S. 195 f. Vgl. kritisch zur Funktion, die das Recht hierbei in Honneths Theorie einnimmt, Menke 2009.

<sup>35</sup> Vgl. dazu m. w. N. Schmetkamp 2012, S. 140.

<sup>36</sup> Vgl. dazu auch Düwell 2011, S. 127.

<sup>37</sup> Vgl. Fraser/Honneth 2003, S. 203 f.

schen Rahmen allein auf einem moralischen Prinzip zu konzipieren. Dieses ist nach Forst ein nicht weiter hintergehbares<sup>38</sup> Recht auf Rechtfertigung:

„Dem Prinzip reziprok-allgemeiner Rechtfertigung zufolge haben moralische Personen ein grundlegendes *Recht auf Rechtfertigung* und eine entsprechende unbedingte *Pflicht zur Rechtfertigung* moralisch relevanter Handlungen. Dieses Recht verleiht einer jeden moralischen Person ein Vetorecht gegen moralisch nicht zu rechtfertigende Handlungen oder Normen. Eine jede Person kann dieses Recht gelten machen und Gründe verlangen [...]“<sup>39</sup>

Innerhalb dieser „Moral der Rechtfertigung“ vollzieht sich nach Forst Anerkennung durch die Einsicht, „dass sich Menschen in moralischer Hinsicht eine [...] *grun[dl]egende Form der Anerkennung* schulden: die Anerkennung als moralische Person mit einem Recht auf Rechtfertigung.“<sup>40</sup> Vor diesem Hintergrund vermitteln positiv-rechtliche subjektive Rechte Rechtsinhabern und Rechtsadressaten Anerkennung allein dadurch, dass mit ihnen die Zuschreibung der Fähigkeit zur Rechtfertigung einhergeht. Damit fußt Anerkennung jedoch nicht auf der spezifischen Normativität subjektiver Rechte selbst, sondern auf dem laut Forst jeglicher Form von Berechtigung und Verpflichtung vorausgehenden moralphilosophischen Prinzip des Rechts auf Rechtfertigung. Diese moralphilosophische Fundierung rechtlich vermittelter Anerkennung mindert aus juristischer Sicht jedoch die Anschlussfähigkeit dieses Anerkennungsverständnisses, da letzteres nur zum Preis der Akzeptanz des gerechtigkeitstheoretischen Ansatzes Forsts zu haben ist.

Freilich bilden diese vier nur schlaglichtartig vorgestellten Konzeptionen nicht das gesamte Spektrum anerkennungstheoretischer Erklärungsversuche des Rechts ab. Da jedoch eine umfassende Aufarbeitung der Debatte um Anerkennung den vorliegenden Rahmen sprengen würde, mag dies gleichwohl genügen, um auf die grundsätzliche Problemlage hinzuweisen, die die folgenden Untersuchungsschritte motiviert: Wie ist damit umzugehen, dass das Anerkennungskonzept je nach Fassung aus juristischer Sicht entweder zu voraussetzungsreich oder in seinem Erklärungsanspruch zu umfassend zu sein scheint?

Wenn es gilt, das positive (Straf-)Recht auf seinen anerkennungstheoretischen Gehalt (der im Folgenden näher untersucht wird) zu befragen, dann wird sich nur ein Anerkennungskonzept bewähren können, das für eine rechtsdogmatische Umsetzung im positiven geltenden Recht anschlussfähig ist. Damit muss es in begründungstheoretischer Hinsicht möglichst arm an voraussetzungsreichen Prämissen und gleichzeitig hinreichend spezifisch auf

<sup>38</sup> Forst 2007, S. 14 spricht insoweit vom „*[f]undamentum inconcussum*, das auch im nachmetaphysischen Zeitalter unverzichtbar“ sei.

<sup>39</sup> Forst 2007, S. 36.

<sup>40</sup> Forst 2007, S. 68 f.

das Recht anwendbar sein, um Anerkennung als genuine(n) Aspekt juridischer Normativität auszuweisen.<sup>41</sup> Mit Blick hierauf versuche ich im Folgenden, *Anerkennung* als Aspekt normativer Strukturen zu erweisen, die subjektiven Rechten immanent sind. Es gilt zu zeigen, dass bestimmte Formen praktischer Normativität (zu denen auch die Normativität subjektiver Rechte<sup>42</sup> zählt) auf Grund ihrer formalen Strukturmerkmale Anerkennung vermitteln – und damit unabhängig von ihrer materiellen normativen Letztbegründung (sei diese religiös, metaphysisch, positivistisch, sozial *etc.*). Insoweit positivrechtlich verankerte subjektive Rechte diese Struktur teilen, vermitteln dann auch sie Anerkennung und zwar genuin rechtliche. Um diesem Untersuchungsziel gerecht zu werden, ist es also in einem ersten Schritt notwendig, ein operables Anerkennungskonzept zu entwickeln, das dies leisten kann.

## 2. Statusbezogenheit – vorrangige Verbindlichkeit – Zweitpersonalität: *Anerkennung* im Anschluss an Kant und Darwall

*Anerkennung* wird im moralphilosophischen Kontext – welcher mit Blick auf eine Strukturanalyse des Rechts als Vergleichsmaßstab zugrunde zu legen ist – meist als Grundbegriff intersubjektiver Moralkonzeptionen verwandt.<sup>43</sup> Weitgehende Einigkeit herrscht damit allein in strukturell-formaler Hinsicht dahingehend, dass *Anerkennung* als intersubjektives Konzept immer ein triadisches Verhältnis zwischen zwei Subjekten in Bezug auf einen Anerkennungsgrund beschreibt:

Jemand (A) anerkennt/respektiert/achtet jemanden (B) als etwas (Z).

Bei A und B kann es sich sowohl um Individuen als auch um Gruppen handeln,<sup>44</sup> Z bildet die normative Eigenschaft bzw. den evaluativen Ge-

<sup>41</sup> So auch der grundlegende methodische Ansatz der gesamten Untersuchung, vgl. oben S. 20 ff.

<sup>42</sup> Diese wurde bereits im vorigen Kapitel dargestellt, vgl. oben S. 28 ff.

<sup>43</sup> Teils wird er auch als Synonym für *Achtung* verwandt (vgl. bspw. Pauer-Studer 2000, S. 55). Wie jedoch Schmetkamp 2012, S. 43 ff. und 109 ff. zutreffend ausgeführt hat, sind *Achtung* und *Anerkennung* weder synonym noch sind es Gegenbegriffe; so ebd., S. 44 f.: „Achtung ist als eine *Form* von Anerkennung zu verstehen: [...] Der basale Achtungsbegriff liefert die Grundlage, der [...] Anerkennungsbegriff geht über diese noch einen Schritt hinaus und vervollständigt dann eine Konzeption [gelungener intersubjektiver Beziehungen].“ Das im Folgenden entwickelte Anerkennungskonzept baut hierauf auf und nimmt ebenfalls in einem Kantisch inspirierten Begriff von *Achtung* bzw. *Respekt* seinen Ausgang, geht jedoch im Anschluss an Darwall über diesen hinaus.

<sup>44</sup> Dies ist jedoch im Einzelnen umstritten. Vgl. hierzu m. w. N. Iser 2019, S. 6 ff. und Schmetkamp 2012, S. 123 ff.

sichtspunkt, mit Blick auf den die Achtung bzw. Anerkennung erfolgt.<sup>45</sup> Prozedural stellt Anerkennung dabei einen komplexen Vorgang dar, der kognitive, evaluative sowie normative Aspekte umfasst: *Anerkennen* heißt, etwas (Z) in einer anderen Person zu erfassen (*erkennen*), zu bestätigen und handlungsleitend wirksam werden zu lassen (*an-erkennen*).<sup>46</sup> Darüber jedoch, was *Anerkennung* inhaltlich bedeutet, besteht kein allgemeiner Konsens, vielmehr „müssen wir immer [...] die Frage stellen, was anerkannt werden soll. Und dieses ‚was‘ evoziert zusätzlich die Frage nach dem ‚wie‘. Objekt und Art [sc. der Anerkennung] treten in verschiedenen Formen auf“.<sup>47</sup>

Wenn hier von *Anerkennung* die Rede ist, dann geht es mir zunächst um etwas, das in unterschiedlicher Akzentuierung häufig auch unter dem Begriff *Respekt*, teilweise aber auch unter *Achtung* verhandelt wird, nämlich: die notwendige Zuschreibung und handlungsleitende Berücksichtigung des normativen Status eines anderen als normativer Akteur, als Person.

Diese Vorstellung findet eine besonders wirkmächtige Ausprägung bei Immanuel Kant,<sup>48</sup> nach dem jeder Mensch als mit reiner praktischer Vernunft begabte Person einen Status und inkommensurablen Wert (Würde) hat und dieser Status im intersubjektiven Verhältnis moralische Anerkennung verlangt. Diese moralische Anerkennung findet Ausdruck in der Forderung des kategorischen Imperativs in der Zweckformel, die „*Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel*“ zu brauchen.<sup>49</sup> Insoweit besteht nach Kant die grundlegende und kategorische moralische Verpflichtung darin, im zwischenmenschlichen Verhältnis die Selbstzweckhaftigkeit (Würde) der Person zu respektieren und das eigene Verhalten hieran auszurichten. Personen dürfen danach nicht nur nicht wie Gegenstände beliebig behandelt und abgewogen werden, sondern es verbietet sich auch, das Verhalten zu Personen allein an anderen Kriterien (etwa, ob es sozial geboten ist oder ob es gute oder schlechte Folgen zeitigt) zu bemessen. Vielmehr verlangt Personalität – d. h. allein schon der Umstand, dass jemand ein autonomes Vernunftwesen ist – eigenständige moralische und damit handlungsleitende Berücksichtigung.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Vgl. zu dieser formalen Struktur von Anerkennungsverhältnissen nur Halbig 2006, S. 303; Pinsdorf 2016, S. 209f. sowie Schmetkamp 2012, S. 119ff., jeweils m. w. N.

<sup>46</sup> So Pinsdorf 2016, S. 208f.; Schmetkamp 2012, S. 113ff. und Dillon 2018, S. 5ff., jeweils m. w. N.

<sup>47</sup> Schmetkamp 2012, S. 109.

<sup>48</sup> Dahingehend scheint weitestgehend Einigkeit zu bestehen, vgl. nur Schmetkamp 2012, S. 52; Iser 2019, S. 11; Pinsdorf 2016, S. 172 und Dillon 2018, S. 21.

<sup>49</sup> Vgl. Kant 1785 (1911), S. 429.

<sup>50</sup> Vgl. dazu statt vieler Wood 1999, S. 111f.; Schmetkamp 2012, S. 52ff.; Schaber 2013, S. 17ff. und Kerstein 2013, S. 29ff., jeweils m. w. N.



Diese auf Kant zurückgehende Vorstellung von einem der Person geschuldeten basalen moralischen Respekt bzw. einer grundlegenden universellen Achtung *als Person* ist heutzutage weit verbreitet und so messen die meisten moral- und rechtsphilosophischen Theorien (teils in ausdrücklicher Nachfolge Kants) der Personalität bzw. dem Status eines Menschen als moralischem Akteur eine zentrale und eigenständige moralische Bedeutung bei. Gleichwohl wird diese häufig unterschiedlich begründet, theoretisch verschieden funktionalisiert und auch nicht immer mit dem Begriff *Anerkennung* (sondern häufig auch *Respekt*) beschrieben.<sup>51</sup> Auch bleiben – sobald man einen genuin Kantischen Begründungsrahmen verlässt – eine Vielzahl von Fragen nach Gegenstand und Inhalt von Anerkennung umstritten.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Jenseits des *common sense*, dass Anerkennung bzw. Respekt für Personen im oben beschriebenen Sinn von zentraler Bedeutung ist, drehen sich die Debatten um Fragen, ob es sich hierbei um das Fundamentalprinzip einer Moralphilosophie (so *Downie/Telfer* 1969, *Donagan* 1991 und *S. L. Darwall* 2006) oder lediglich einen wichtigen Aspekt (so *Cranor*, *American Philosophical Quarterly* 1975, S. 309 ff.; *Frankena*, *Philosophical Topics* 1986, S. 149 ff. und *Hill*, *Ethics* 1993, S. 22 ff.) handelt oder ob für Anerkennung eine konsequentialistische Begründung möglich ist (so *Downie/Telfer* 1969 und *Pettit*, *Ethics* 1989, S. 116 ff.) oder nicht (*Korsgaard* 1999). Ebenso gibt es diskurstheoretische (bspw. *Benhabib* 1991) und aristotelische (bspw. *Rabbas*, *Journal of Virtue Inquiry* 2015, S. 619 ff.) Begründungsansätze oder aber Übertragungen in die politische Philosophie (etwa bei *Balint*, *Res Publica* 2006, S. 35 ff.; *Taylor* 1992 oder *Kymlicka* 1991) oder die Theorie moralischer Rechte bzw. Pflichten (so bei *Downie/Telfer* 1969; *Feinberg* 1980b bzw. *Rawls* 1974). Vgl. kritisch zu einem basalen universellen Achtungskonzept bspw. *Bittner*, *Analyse und Kritik* 2009, S. 339 ff.

<sup>52</sup> Zum Beispiel: Was genau wird anerkannt bzw. was macht den anzuerkennenden Status aus? Welchen Grad moralischer Verbindlichkeit hat die geforderte Anerkennung? Ist Anerkennung mit bestimmten geistigen Zuständen oder mit Gefühlen verbunden und wie lässt sich dies angemessen beschreiben? Vgl. zu diesen Fragen mit Blick auf das positive Recht unten S. 156 ff. Mit Kant bzw. innerhalb eines Kantischen Begründungsrahmens drückt sich die Anerkennung anderer Personen in deren Achtung aus, vgl. *Kant* 1797 (1968), S. 462: „Achtung, die ich für andere trage, oder die ein anderer von mir fordern kann [...], ist also die Anerkennung einer *Würde* (*dignitas*) an anderen Menschen [...]. Ein jeder Mensch hat rechtmäßigen Anspruch auf Achtung von seinen Nebenmenschen, und *wechselseitig* ist er dazu auch gegen jeden Anderen verbunden.“ Diese Achtung bzw. dieser Achtungsanspruch ist bei Kant jedoch nur ein vermittelter, insoweit andere Personen Vernunftwesen sind, die dem moralischen Gesetz unterworfen sind, dem die eigentliche Achtung gilt. „Der Gegenstand der Achtung ist also lediglich das Gesetz und zwar dasjenige, das wir uns selbst und doch als an sich notwendig auferlegen. [...] Alle Achtung für eine Person ist eigentlich nur Achtung fürs Gesetz [...], wovon jene uns das Beispiel gibt.“ (*Kant* 1785 (1911), S. 401, Fn. \*). Der Grund andere zu achten, ist für Kant also deren Autonomie, die Fähigkeit zur Selbstbestimmung *qua* reiner praktischer Vernunft. Aus der Achtung vor dem moralischen Gesetz (welche laut Kant ein moralisches, vernunftgewirktes Gefühl ist, vgl. ebd.) folgt mithin die kategorische Pflicht zur Achtung auto-



All dem möchte ich an dieser Stelle jedoch nicht nachgehen, da es mir allein auf *zwei formale Strukturmerkmale* der Anerkennung ankommt, die ich im Anschluss an Kant herausstellen möchte: Zum einen bezieht sich Anerkennung auf den *normativen*<sup>53</sup> Status eines anderen. Sie bezieht sich damit gerade nicht auf bestimmte als gut oder schlecht zu bewertende Eigenschaften von Personen oder von deren Handlungen, sondern allein auf die Tatsache, dass jemand potenzieller Inhaber von Rechten bzw. Adressat von Pflichten ist.<sup>54</sup> Zum anderen ist dieser Status deontisch, da er im interpersonalen Verhältnis mit *vorrangigen Rechten und Pflichten* einhergeht: Dass X den Status Y hat, liefert anderen Personen eigenständige Handlungsgründe, X so zu behandeln, dass dessen Status Y nicht unterminiert wird (worin auch immer Y gründet und welche Pflichten auch immer daraus für andere folgen). Diese Handlungsgründe sind vorrangig, d. h. sie haben in der normativen Deliberation in der Regel Vorrang vor gegenläufigen Handlungsgründen. Jemanden als Y anzuerkennen verlangt also, Y unterminierende Handlungen grundsätzlich zu unterlassen, unabhängig davon, ob dies den sonstigen Interessen, Wünschen oder Belangen des Verpflichteten widerspricht.<sup>55</sup>

*Anerkennung* im hier zugrunde gelegten Sinne geht jedoch über diesen basalen Respekt in der Traditionslinie Kants hinaus, insofern das Moment der Intersubjektivität hinzutritt, das sich im Angesprochenwerden durch den Anzuerkennenden ausdrückt. Einem anderen den Status eines normativen Akteurs (in Kants Terminologie: den Personenstatus) beizumessen und dies handlungsleitend zu berücksichtigen, ist bei Kant nämlich Ausdruck eines kategorischen Imperativs, der sich jedem Einzelnen *qua* Vernunftbegabung als introspektives Faktum normativer Verpflichtung aufdrängt,<sup>56</sup> ohne dass

---

nomer Vernunftwesen als Person, d. h. zur Anerkennung ihrer Würde. Vgl. dazu auch *Schmetkamp* 2012, S. 52 ff. und *Pinsdorf* 2016, S. 172 ff.

<sup>53</sup> Ich spreche hier vom *normativen* Status, da ich mich hiermit nicht auf bestimmte Formen praktischer Normativität (sei es soziale, ethische oder rechtliche) festlegen möchte.

<sup>54</sup> Dies manifestiert sich bei Kant am Status des Menschen als *Person*, denn „der Mensch kann von keinem Menschen [...] bloß als Mittel, sondern muß jederzeit zugleich als Zweck gebraucht werden, und darin besteht eben seine Würde (*die Persönlichkeit*)“ (*Kant* 1797 (1968), S. 442, Herv. v. mir). Persönlichkeit wiederum ist für Kant „nichts anders, als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen“. Nur als Person kann man berechtigt oder verpflichtet werden, anderenfalls ist man eine Sache, ein „Objekt der freien Willkür, welches selbst der Freiheit ermangelt“ (ebd., S. 223).

<sup>55</sup> Kant spricht insoweit davon, dass man „verbunden [ist], die Würde der Menschheit an jedem anderen Menschen praktisch anzuerkennen, mithin ruht auf [einem] die Pflicht, die sich auf die jedem anderen Menschen notwendig zu erzeigende Achtung bezieht“ (*Kant* 1797 (1968), S. 442). Vgl. hierzu *Schmetkamp* 2012, S. 56 f. und *Pinsdorf* 2016, S. 177 f. sowie bereits die Nachweise in Fn. 52.

<sup>56</sup> Vgl. *Kant* 1788 (1913), S. 31 f. und dazu *P.-A. Hirsch* 2017, S. 46 f. m. w. N.

es dazu der Aufforderung oder Ansprache des anderen bedarf.<sup>57</sup> Diesen letztgenannten Aspekt der intersubjektiven Ansprache greift in jüngerer Zeit in Auseinandersetzung mit Kant vor allem Stephen Darwall unter dem Begriff *recognition respect* auf, auf den ich mich daher im Folgenden konzentrieren möchte.<sup>58</sup> Darwall unterscheidet zwischen *recognition respect* und *appraisal respect*.<sup>59</sup> Mit Blick auf Personen<sup>60</sup> betrifft *appraisal respect* die Bewertung bestimmter Eigenschaften einer Person und drückt die Reverenz für die (normativen) Qualitäten ihrer Handlungen oder ihres Charakter aus (bspw. „gut“, „gerecht“, „rechtmäßig/rechtschaffen“). Im Unterschied hierzu betrifft *recognition respect* die allgemeine Tatsache, dass jemand als Person einen bestimmten Status hat, der eigenständige normative Berücksichtigung fordert:

„Appraisal respect is esteem that is merited or earned by conduct or character. By contrast, the respect we can demand as persons regardless of our merit is no form of esteem at all. When we think that even scoundrels have a dignity that entitles them to respectful forms of treatment (say, in holding them accountable [...]), we clearly have something other than esteem in mind. The idea is not that personhood is somehow an admirable quality [...]. What is in play here is not appraisal but

<sup>57</sup> Kritische Stimmen mögen hiergegen einwenden, dass bei Kant wenngleich nicht die Ethik (vgl. aber *Kant* 1797 (1968), S. 383), so doch aber zumindest das Recht durch und durch intersubjektiv konzipiert sei, weil es das interpersonale Verhältnis von Personen betreffe, soweit diese durch ihre äußeren Handlungen aufeinander Einfluss nehmen (ebd., S. 230), und außerdem einer äußeren Gesetzgebung zugänglich sei (ebd., S. 218 ff.), weshalb Kant den „Begriff des Rechts“ auch als „das Vermögen, andere zu verpflichten“ definiere (ebd., S. 239). All dies ist zutreffend (vgl. dazu eingehend von meiner Seite *P.-A. Hirsch* 2017, S. 49 ff.), ändert jedoch nichts daran, dass für moralische (ethische wie rechtliche) Verpflichtung Intersubjektivität nicht verpflichtungskonstitutiv ist. Anders gesagt: Auch wenn im Recht die Verpflichtung durch einen anderen möglich ist, wird hierbei mir gegenüber lediglich eine Verbindlichkeit durch einen anderen deklariert (vgl. *Kant* 1797 (1968), S. 222), die als kategorischer Imperativ konstitutiv auf *meine* gesetzgebende Vernunft zurückgeht (vgl. ebd., S. 230 ff.). Daher betont Kant, dass auch das strikte, einem äußeren Zwang zugängliche Recht nichtsdestotrotz „auf dem Bewußtsein der Verbindlichkeit eines jedem nach dem Gesetze [gründet]“ (ebd., S. 232). Vgl. dazu eingehend von mir *P.-A. Hirsch* 2017, S. 90 ff. und 108 ff., insb. 123 ff. und allgemein zur Verpflichtungsperspektive bei Kant auch *Tugendhat* 1993, S. 82 f. und kritisch hierzu *S. L. Darwall* 2006, S. 213 ff.

<sup>58</sup> Gleichzeitig teilt Darwalls Anerkennungsbegriff nicht die teils sehr voraussetzungsreichen metaphysischen Vorannahmen der Kantischen Konzeption (insb. mit Blick auf Kants Vernunft- und Autonomieverständnis, vgl. hierzu kritisch bspw. *Schmetkamp* 2012, S. 57 ff.) und dürfte daher gerade für die hier angestrebte rechtliche Strukturanalyse geeigneter sein.

<sup>59</sup> Vgl. *S. L. Darwall*, *Ethics* 1977, S. 36 ff. und *S. L. Darwall* 2006, S. 122 f.

<sup>60</sup> Prinzipiell können auch andere Entitäten Objekt der Anerkennung bzw. Respekt sein, vgl. *Iser* 2019, S. 5 f. und *Dillon* 2018, S. 37 ff. Ich konzentriere mich im Folgenden jedoch allein auf Personen.

recognition. The object of recognition respect is not excellence or merit; it is dignity or authority. Recognition respect concerns, not how something is to be evaluated or appraised, but how our relations to it are to be regulated or governed. Broadly speaking, we respect something in the recognition sense when we give it standing (authority) in our relations to it.“<sup>61</sup>

Darwall formuliert hier zwei Aspekte, die für den von mir zugrunde gelegten Begriff von *Anerkennung* entscheidend sind: Zum einen geht *recognition respect* – in Kantischer Tradition – damit einher, dass man jemand anderem einen normativen Status zuschreibt, der für die eigene normative Deliberation handlungsleitend ist.<sup>62</sup> Zum anderen konzipiert Darwall *recognition respect* – über Kant hinausgehend – intersubjektiv: *recognition respect* erfordert die Einstellung, dass dieser Status mit einer praktischen Autorität des anderen einhergeht, die dieser mir gegenüber ausübt, wenn er von mir normative Berücksichtigung des eigenen Status verlangt:

„Someone might accept the first-order norms that structure the dignity of persons and regulate himself scrupulously by them without yet accepting anyone’s authority to demand that he does so. He might even accept these as mandatory norms without accepting any claim to his compliance. [...] [A]lthough such a person would thereby respect the duties with which persons can demand compliance, in failing to respect their authority to demand this, he would also fail, in an important sense, to respect them.“<sup>63</sup>

Doch was sind die Bedingungen dafür, dass der Status des anderen mit einer praktischen Autorität einhergeht, die zu respektieren Inbegriff des *recognition respect* ist? Darwall formuliert diese Bedingungen mit seinem Konzept von *Zweitpersonalität*<sup>64</sup>, genauer von *second-personal reasons* und von *second-personal address*: Jemand hat danach genau dann Anspruch auf

<sup>61</sup> S. L. Darwall 2006, S. 122 f., ohne Hervorhebungen.

<sup>62</sup> So S. L. Darwall, *Ethics* 1977, S. 36, 45 und 48: „To have recognition respect for someone as a person is to give appropriate weight to the fact that he or she is a person by being willing to constrain one’s behaviour in ways required by that fact. [...] Recognition respect consists in being disposed to take certain considerations seriously as reasons for acting or forbearing to act.“

<sup>63</sup> S. L. Darwall 2006, S. 64.

<sup>64</sup> *Zweitpersonalität* versucht S. L. Darwall 2006, S. 3 einleitend so auf den Begriff zu bringen: „Call the *second-person standpoint* the perspective you and I take up when we make and acknowledge claims on one another’s conduct and will.“ In der Hoffnung, dass Darwalls Konzept von *Zweitpersonalität* im Folgenden in Gänze verstanden wird, möchte ich es nicht nur inhaltlich, sondern auch terminologisch aufgreifen und werde daher auch von *Zweitpersonalität*, *zweitpersonalen Gründen* und *zweitpersonaler Adressierung* solcher Gründe sprechen. Dies tue ich, da sich zum einen Darwalls Konzept von *Zweitpersonalität* nicht einfach mit *Interpersonalität* oder *Intersubjektivität* umschreiben lässt und da zum anderen letztgenannte Konzepte bereits in einer Art und Weise inhaltlich besetzt sind, die der Darwall’schen Begriffsbildung, der ich mich weitgehend anschließen möchte, nicht gerecht wird.

*recognition respect*, wenn er die Autorität hat, zweitpersonale Gründe an jemand anderen zweitpersonal zu adressieren.

*Second-personal reasons* sind eine besondere Art von Handlungsgründen. Sie zeichnen sich nach Darwall dadurch aus, dass sie erst dadurch als Handlungsgründe für jemand anderen erkennbar und verbindlich werden, dass sie an diesen mit praktischer Autorität adressiert werden können: „A second-personal reason is one whose validity depends on presupposed authority and accountability relations among persons and, therefore, on the possibility of the reason’s being addressed person-to-person.“<sup>65</sup> Damit handelt es sich nach Darwalls Konzeption um Akteur-relative (im Unterschied zu Akteur-neutralen) Handlungsgründe. Das heißt, diese Handlungsgründe gelten nur weil und insofern ein anderer mir gegenüber Autorität hat bzw. ich ihm Rechenschaft schulde: Eine Vielzahl von Handlungsgründen besteht nämlich unabhängig davon, ob jemand anderes mir gegenüber Autorität hat bzw. ich ihm Rechenschaft schulde. Nehmen wir an, dass es allgemein als moralisch falsch anerkannt ist, willkürlich Schmerzen zuzufügen. Wenn mir nun jemand – so Darwalls Beispiel – auf dem Fuß steht und ich ersichtlich Schmerz empfinde, so ist dann mein empfundener Schmerz ein hinreichender Handlungsgrund für den anderen, dies zu unterlassen. Hierfür muss der andere nur das allgemeine moralische Prinzip „Füge nicht willkürlich Schmerz zu!“ befolgen, ohne dass es auf mich oder eine Handlung von mir ankäme. Dieser Handlungsgrund besteht unabhängig davon, in welchem Verhältnis der andere zu mir steht (Akteur-neutral). Wenn ich jedoch im Unterschied hierzu denjenigen, der mir auf dem Fuß steht, zum Beispiel unter Berufung auf mein Recht auf körperliche Unversehrtheit auffordere, zurückzutreten, verhält es sich anders. Nun gebe ich ihm einen Handlungsgrund, den er nur im Verhältnis zu mir hat, weil dieser Handlungsgrund Ausdruck meiner (in diesem Fall rechtlichen) Autorität ihm gegenüber sowie seiner entsprechenden Rechenschaftspflichtigkeit mir gegenüber ist (Akteur-relativ). So auch Darwall:<sup>66</sup> „Alternatively, you might lay a claim or address a purportedly valid demand. You might say something that asserts or implies your authority to claim or demand that he move his foot and that simultaneously expresses this demand.“<sup>67</sup>

<sup>65</sup> S. L. Darwall 2006, S. 8. Vgl. auch S. L. Darwall 2013d, S. 168: „[R]easons of this kind always involve an accountability relation between addresser and addressee, that is, that the addressee is answerable to the addresser in some way, if not for compliance, then at least to give consideration or something similar.“

<sup>66</sup> Vgl. zur Akteurs-Relativität zweitpersonaler Gründe bei Darwall auch Betzler, DZPh 2009, S. 159, 160 ff. und Kar, Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series 2011, S. 1, 4 sowie allgemein zu Akteur-neutralen bzw. Akteur-relativen Gründen schon Parfit 1984, S. 54 ff. und Nagel 1986, S. 152 ff.

<sup>67</sup> S. L. Darwall 2006, S. 7. Diese Autorität mag moralisch begründet sein (so Darwall ebd.) oder rechtlich, „implying [...] a discretionary individual authority that

Diese *second-personal reasons* stehen als Akteur-relative Gründe laut Darwall allerdings unter dem Vorbehalt bestimmter Gelingensbedingungen („felicity conditions“).<sup>68</sup> Wenn bspw. A gegenüber B etwas fordert, dann stellt das für B nur dann einen zweitpersonalen Handlungsgrund dar, wenn:

- 1) A *de jure*<sup>69</sup> die legitime Autorität bzw. Berechtigung hat, gegenüber B diese Forderung zu stellen (*normative Autorität*),<sup>70</sup>
- 2) B gegenüber A rechenschaftspflichtig ist, insofern A im Falle der Verweigerung oder Nichterfüllung zu Tadel, Beschwerde oder einer anderen Verantwortung einfordernden Reaktion berechtigt ist (*Rechenschaftspflichtigkeit*),<sup>71</sup>
- 3) B normativ kompetent ist, d.h. in der Lage ist, die von A behauptete Forderung als berechtigten Handlungsgrund nachzuvollziehen und sich auf Grund dessen für verantwortlich zu halten, sich forderungsgemäß zu verhalten (*normative Kompetenz*),<sup>72</sup>

---

right holders have to exercise their wills, to make demands, do consent to what would otherwise violate their rights“ (S. L. Darwall 2013d, S. 170).

<sup>68</sup> Vgl. S. L. Darwall 2006, S. 3 f. in Anlehnung an Austin's Sprechaktheorie.

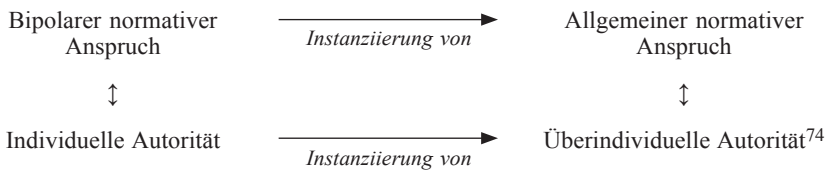
<sup>69</sup> Es kommt also nicht darauf an, ob A auch tatsächlich (*de facto*) eine entsprechende Autorität hat.

<sup>70</sup> Diese normative Autorität darf nicht als legislativ missverstanden werden, wonach die Autorität darin bestünde, dass man Obligationen kreiere, die sonst nicht bestünden. Dies zeigt Darwalls Moraltheorie: Denn Ursprung moralischer Obligationen sind nach S. L. Darwall 2006, S. 277 ff. und 300 ff. die Forderungen der moralischen Gemeinschaft, die er im Sinne eines hypothetischen Kontraktualismus (als Verhaltensanforderungen, die niemand vernünftigerweise zurückweisen könnte) begründet. Daher meint *Autorität* – und dieser Gedanke lässt sich wiederum auch auf andere, nicht-moralische normative Pflichten übertragen – vielmehr eine geltungstheoretische Autorität (wonach von der Autorität des Berechtigten abhängt, ob eine Obligation in Kraft bleibt bzw. aufrechterhalten wird) sowie eine rechtfertigungstheoretische Autorität (wonach man in der Position ist, von anderen Rechenschaft für Pflichtverletzungen zu verlangen). Vgl. dazu James, Loyola of Los Angeles Law Review 2007, S. 911, 915 ff. und Yaffe, Loyola of Los Angeles Law Review 2007, S. 939, 949 f.

<sup>71</sup> S. L. Darwall 2006, S. 15 ff. und 65 ff. entwickelt diese Bedingung in Auseinandersetzung mit Strawson 1974 und interpretiert Strawsons Konzept der *reactive attitudes* (vgl. dazu noch eingehend unten S. 233 ff.) als notwendig zweitpersonal. Reaktionen wie Tadel oder Lob für (un-)moralisches oder rechtswidriges Verhalten anderer lassen sich danach nur erklären, wenn man bereits ein intersubjektives Verhältnis von Autorität und korrespondierender Rechenschaftspflichtigkeit voraussetzt. Vgl. S. L. Darwall 2006, S. 17: „[I]ndignation, resentment, guilt, blame, and so on [...] implicitly address demands. [...] Moral reactive attitudes [...] presuppose the authority to demand and hold one another responsible for compliance with moral obligations (which just are the standards to which we can warrantably hold each other as members of the moral community). But they also presuppose that those we hold accountable have that standing also.“

- 4) hierbei Autorität, Rechenschaftspflichtigkeit und Kompetenz prinzipiell reziprok beansprucht bzw. zugeschrieben werden, sodass die von A behauptete Autorität gegenüber B nicht aufgezwungen wird, sondern von diesem als freier und gleicher Akteur der normativen Gemeinschaft akzeptabel ist (*Reziprozität*).<sup>73</sup>

Diese Gelingensbedingungen decken ein zentrales Merkmal zweitpersonaler Handlungsgründe im Sinne Darwalls auf: Individuelle Autorität kann im Zwei-Personen-Verhältnis nur beansprucht werden, wenn sie *ceteris paribus* prinzipiell von jedem Mitglied der normativen Gemeinschaft (den Rechenschaftspflichtigen eingeschlossen) beansprucht werden kann. Das führt dazu, dass zweitpersonale Handlungsgründe gewissermaßen stets unter zwei Aspekten zu betrachten sind. Denn zweitpersonale Ansprüche drücken ein bipolares Autoritäts-/Rechenschaftsverhältnis aus, das seinerseits eine besondere Instanziierung eines allgemeinen Autoritäts-/Rechenschaftsverhältnisses innerhalb der normativen Gemeinschaft gleicher Akteure ist, wie sich graphisch wie folgt veranschaulichen lässt:



<sup>72</sup> S. L. Darwall 2006, S. 22 ff. und 107 ff. spricht insoweit von „Pufendorf’s Point“: „[I]n holding people responsible, we are committed to the assumption that they can hold themselves responsible by self-addressed demands from a perspective that we and they share, [...] the standpoint of free and rational members of the moral community.“ Hierbei rekurriert Darwall auf Pufendorfs Einsicht, dass – wobei Darwall vom theistischen Voluntarismus Pufendorfs abstrahiert – „[t]o be obligated by God’s command, we must be able to take a second-personal standpoint on ourselves and be motivated by internally addressed demands whose (second-personal) authority we ourselves accept“ (ebd., S. 23, ohne Herv.).

<sup>73</sup> S. L. Darwall 2006, S. 20 ff. und 243 ff. entwickelt dies in Auseinandersetzung mit Fichtes Konzept der *Aufforderung* (vgl. Fichte 1796 (1979), § 3 und dazu oben S. 137): „The very distinction between coercion [...] and making a directive claim on someone’s will backed by second-personal authority [...] presupposes that addresser and addressee share a common authority as free and rational, which they reciprocally recognize in the address and uptake of an *Aufforderung*“ (S. L. Darwall 2006, S. 22).

<sup>74</sup> In Anlehnung an S. L. Darwall 2013b, S. 35. Vgl. auch ebd., S. 39: „Bipolar normativity [sc. bipolare normative Verpflichtung] involves a distinctive individual authority that obligees have to make demands of and hold obligors responsible. And moral obligation period [sc. allgemeine normative Verpflichtung] entails a representative authority that anyone shares as a representative person or member of the moral



*Individuelle* zweitpersonale Autorität gegenüber einem Rechenschaftspflichtigen (bipolarer normativer Anspruch) impliziert also, dass der Rechenschaftspflichtige wie aber auch unbeteiligte Dritte über eine – wie ich es nennen möchte –<sup>75</sup> *überindividuelle* zweitpersonale Autorität als Mitglied der normativen Gemeinschaft verfügen (allgemeiner normativer Anspruch). Gleichwohl geht individuelle Autorität trotz dieses Ableitungszusammenhangs im Vergleich zur überindividuellen Autorität mit einem besonderen, hervorgehobenen Status einher, da sie Ansprüche anderer Art begründet, wie Darwall anschaulich am Beispiel von subjektiven Rechten zeigt:

„Right holders [...] have a distinctive authority to hold others answerable for violations of *their* rights that third parties do not have. The point is not that third parties have no authority. To the contrary, I [...] claim that any special authority right holding obligees have can exist only if there is also an authority, *representative* [sc. überindividuelle] *authority*, which they share with third parties, as well as with any obligor who might violate their rights. The point is that there is a special *individual* authority an obligee has to hold the obligor personally answerable that can, like the power of consent, be exercised only by the right-holding obligee herself at her discretion.“<sup>76</sup>

Ohne der späteren Übertragung dieses Konzepts auf subjektive Rechte vorzugreifen,<sup>77</sup> lässt sich das am Beispiel von Eigentum veranschaulichen: Wenn B Eigentümerin eines Autos ist, so verfügt alleine B im Verhältnis zu A über eine *individuelle* Autorität mit Blick auf das Auto, die etwa in B's Anspruch Ausdruck findet, A von der Nutzung des Autos auszuschließen oder dessen Beschädigung zuzustimmen. Über diese individuelle Autorität verfügt B jedoch nur, weil sie Teil der normativen Rechtsgemeinschaft mit C, D, ... n (aber auch A) ist, die diese Autorität jedem Eigentümer zuweist (konkret: § 903 BGB). Als Mitglieder der Rechtsgemeinschaft (und potenzielle Eigentümer) verfügen daher A, C und D insoweit über eine überindividuelle Autorität und können verlangen, dass individuelle Autorität (d.h. Eigentümerbefugnisse) prinzipiell geachtet wird, obgleich sie selbst im konkre-

---

community.“ Die Elemente in jeder Spalte beinhalten einander und jedes der Elemente in der linken Spalte beinhaltet das Element in der rechten Spalte, das sich in seiner Zeile befindet. Da allgemeine Ansprüche ohne entsprechende bipolare Ansprüche bestehen können, beinhalten die Elemente der rechten Spalte in ihren Zeilen nicht die Elemente in der linken Spalte.

<sup>75</sup> Darwall spricht statt von *überindividueller* von *repräsentativer* Autorität.

<sup>76</sup> S. L. Darwall 2013b, S. 30.

<sup>77</sup> Darwall geht es hier um zweitpersonale normative Verhältnisse im Allgemeinen, zu denen er das Recht zählt, aber auch die Ethik (vgl. oben Fn. 70). Im Folgenden werde ich diese Überlegungen jedoch spezifisch auf die Normativität des positiven Rechts übertragen, im Einzelnen auf subjektive Rechte im Allgemeinen (S. 156 ff.) sowie das Strafrecht im Besonderen (S. 184 ff.).



ten Fall (d.h. bzgl. des Eigentums der B am Auto) über keine individuelle Autorität – und damit auch über keine bipolaren Ansprüche – verfügen.<sup>78</sup>

Jenseits der vorgenannten Gelingensbedingungen und des in ihnen zum Ausdruck kommenden Gemeinschaftsbezugs (Unterscheidung von individueller und überindividueller Autorität) zeichnen sich zweitpersonale Gründe schließlich dadurch aus, dass sie zweitpersonal adressiert werden können. Sie sind mit einem besonderen Kommunikationsakt (*second-personal address*) verbunden, der ausdrückt, dass *man gegenüber einem anderen* etwas fordert:

„[A] communicative act is one of second-personal address [...] where, and only where, among the pieces of information the actor intends to communicate is that he is addressing the person to whom he intends to communicate the information. One of the things he is saying is, 'I am addressing you.'“<sup>79</sup>

Dabei ist bedeutsam, dass zweitpersonale Handlungsgründe nicht notwendig durch diese zweitpersonale Adressierung kreiert werden. Das kann der Fall sein, etwa bei einem Befehl eines Offiziers an seinen untergeordneten Soldaten. Der Befehl wird für Letzteren nämlich erst dadurch zum Handlungsgrund, dass er an ihn adressiert wird. *Second-personal reasons* können jedoch (etwa bei Rechten) auch unabhängig von einer tatsächlich ausgeübten *second-personal address* bestehen.<sup>80</sup> In solchen Fällen ist die zweitpersonale Adressierung vielmehr Ausdruck der von zweitpersonalen Handlungsgründen vorausgesetzten normativen Autorität<sup>81</sup> des Fordernden:

„The second-personal address of a second-personal reason, then, is an act of second-personal address that is itself an exercise of a power of the addresser to give the addressee the very reason that he communicates to the addressee. By communicating to the addressee that he, the addresser, is communicating with the ad-

<sup>78</sup> Vgl. eingehend zum Verhältnis von individueller und überindividueller Autorität und den daraus jeweils resultierenden bipolaren und allgemeinen Ansprüchen S. L. Darwall 2013b, S. 32 ff.

<sup>79</sup> Yaffe, Loyola of Los Angeles Law Review 2007, S. 939, 944, der das Konzept der *second-personal address* ebd. anschaulich an folgendem Beispiel erläutert: „To see the point, compare the following two examples: (1) *A*, seeing that *B*'s glass is empty, asks the bartender to give *B*, at the other end of the bar, a drink, but not to identify who bought it; and (2) *A*, seeing that *B*'s glass is empty, asks the bartender to give *B* a drink and to say, while delivering it, 'From the gentlemen at the end of the bar.' [...] Second-personal address in the narrow sense is analogous to the second case, except that what is being conveyed is not a drink but some piece of information [...]“

<sup>80</sup> Vgl. dazu m.w.N. Kar, Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series 2011, S. 1, 5; Yaffe, Loyola of Los Angeles Law Review 2007, S. 939, 948 ff. und S. L. Darwall 2013d, S. 170 selbst.

<sup>81</sup> Vgl. oben S. 150 mit Fn. 70.

addressee, the addresser puts the addressee on notice that he is exercising this power and, thereby, gives validity to the reason he communicates.“<sup>82</sup>

*Second-personal reasons* und *second-personal address* prägen nun Darwalls Anerkennungskonzept nachhaltig. Denn wenn Darwall Anerkennung auf die Autorität bezieht, zweitpersonale Gründe an jemand anderen zweitpersonal adressieren zu können, dann ist Anerkennung (*recognition respect*) in ebendiesem Sinne auch notwendig zweitpersonal:

„It is an acknowledgement of someone’s standing to address and be addressed second-personal reasons rooted in the dignity of persons. [...] [T]o be a person [...] is to have the competence and standing to address demands as persons to other persons, and to be addressed by them, within a community of mutually accountable equals.“<sup>83</sup>

Für Anerkennung reicht es demnach nicht aus, den normativen Status eines anderen faktisch zu wahren. Anerkennung (*recognition respect*) verlangt darüber hinaus die Einsicht des Anerkennenden, dass sich der andere anerkannt wissen will und hierauf einen Anspruch hat, wobei sich der Anerkennungsanspruch im gemeinsamen Status als gleichberechtigte Mitglieder der normativen Gemeinschaft gründet. Anerkennung erfordert daher die Beachtung des anderen wegen seiner normativen Autorität sowie der eigenen Rechenschaftspflichtigkeit, welche man *gleichzeitig* als besondere Instanzierungen des gemeinsam geteilten Status als gleiche Mitglieder der normativen Gemeinschaft begreift:

„In the reciprocal recognition of the second-person standpoint, addresser and addressee are committed alike to their mutual accountability as equal free and rational persons, and this commits them to the demand for justification to one another, at least within the scope of their mutual accountability.“<sup>84</sup>

Im Ergebnis möchte ich hieran anknüpfen und im Anschluss an Kant und Darwall die *Statusbezogenheit*, *vorrangige Verbindlichkeit* sowie schließlich *Zweitpersonalität* als Definitionsmerkmale von *Anerkennung* festhalten und *Anerkennung* bestimmen als *die notwendige Zuschreibung und handlungsleitende Berücksichtigung des normativen Status eines anderen, die Ausdruck der normativen Autorität des Anerkannten und Rechenschaftspflichtigkeit des Anerkennenden ist, welche ihrerseits im gemeinsamen Status als gleiche Mitglieder der normativen Gemeinschaft gründen*. Dieser Anerkennungsbegriff ist im Verhältnis zu anderen Anerkennungskonzepten, die deutlich umfassender sind,<sup>85</sup> zweifelsohne besonders eng und steht noch dem Begriff der *Ach-*

<sup>82</sup> Yaffe, Loyola of Los Angeles Law Review 2007, S. 939, 950.

<sup>83</sup> S. L. Darwall 2006, S. 126. Vgl. eingehend zur Zweitpersonalität von *recognition respect* ebd., S. 140 ff.

<sup>84</sup> S. L. Darwall 2006, S. 320.

<sup>85</sup> Vgl. dazu oben S. 136 ff.

ung oder des *Respekts* – so wie er vielfach verwendet wird –<sup>86</sup> besonders nahe. Gleichwohl möchte ich am Begriff der *Anerkennung* festhalten und in der dargestellten Bedeutung voraussetzen, da nur er die intersubjektive Komponente (der „Zweitpersonalität“ im Sinne Darwalls) zum Ausdruck bringt.<sup>87</sup>

An dieser Stelle mag der Einwand erhoben werden, dass mit vorstehender Bestimmung noch gar nichts Substantielles über *Anerkennung* gesagt sei. Viele der in der Debatte um Anerkennung (bzw. in der unter den Termini *Achtung* und *Respekt* geführten Debatte) diskutierten Aspekte blieben unklar: Was ist denn eigentlich der Inhalt bzw. Gegenstand der Anerkennung? Wie vollzieht sie sich? Wie kann sie womöglich verletzt werden?<sup>88</sup> Fragen dieser Art sind zweifelsohne berechtigt, gehen jedoch an dieser Stelle zu weit. Denn diese Fragen lassen sich erst dann angemessen beantworten, wenn man sie auf bestimmte Formen der Normativität bezieht. Ob *Anerkennung* im vorbenannten Sinn existiert, was sie inhaltlich bedeutet und wie sie sich vollzieht, hängt letztlich vom normativen Untersuchungsfeld ab, in dem die Anerkennungsfrage gestellt wird.<sup>89</sup> Die Frage nach Anerkennung lässt sich etwa als soziologische, als rechtliche oder als ethische stellen und man mag hier unterschiedliche Antworten darauf erhalten, ob Anerkennung in der von mir geschilderten Form anzutreffen ist.<sup>90</sup>

Hieran wird zugleich ein weiteres Strukturmerkmal des hier eingeführten Anerkennungsbegriffs deutlich: Anerkennung im hier zugrunde gelegten Sinn ist *begründungsinsensitiv*. Damit ist gemeint, dass sich Anerkennung als Aspekt bestimmter Formen praktischer Normativität feststellen lässt (nämlich solcher, die den vorgenannten Anforderungen – Statusbezogenheit, vorrangige Verbindlichkeit, Zweitpersonalität – genügen), ohne dabei die begründungstheoretischen Fragen dieser Normativität mit beantworten zu müssen.<sup>91</sup> Würden wir also beispielsweise untersuchen, ob Menschenwürde

<sup>86</sup> Vgl. hierzu *Schmetkamp* 2012, S. 45 ff. m. w. N.

<sup>87</sup> Daher spricht *Schmetkamp* 2012, S. 44 in Bezug auf *Achtung* bzw. *Respekt* zutreffend auch von einem Modus bzw. von „eine[r] Form von Anerkennung“.

<sup>88</sup> Vgl. zu möglichen Gegenständen, Bedingungen und Verletzungen von Anerkennung m. w. N. *Schmetkamp* 2012, S. 66 f. und allgemein *Iser* 2019, S. 5 ff. sowie zu den Einstellungen und kognitiven Prozessen, die im Kontext von Anerkennung diskutiert werden *Ikäheimo* 2014, S. 11 f.; *Dillon* 2018, S. 5 ff. und *Schmetkamp* 2012, S. 111 f.

<sup>89</sup> So auch *Schmetkamp* 2012, S. 109 und 120.

<sup>90</sup> Dass sich Anerkennung dementsprechend auf unterschiedlichen Ebenen vollziehen kann und dass daher die Anerkennungsfrage immer wieder neu gestellt werden kann, sehen wir – freilich unter einem anderen Anerkennungsbegriff – beispielsweise anschaulich bei Hegel und Honneth, die verschiedene Stufen, aber auch – anders als ich – verschiedene Formen der Anerkennung unterscheiden, vgl. dazu oben S. 138 ff.

<sup>91</sup> Mit Blick auf die hier zugrunde gelegten Bezugsautoren kann man – anders als Kant – auch Darwall zuschreiben, dass sein Konzept von *recognition respect* begrün-

oder Menschenrechte Anerkennung vermitteln, so würde es allein darauf ankommen, ob sich diese durch eine Form praktischer Normativität auszeichnen, die die vorbenannten Kriterien erfüllt. Hingegen wäre irrelevant – hierin liegt die Begründungsinsensitivität meines Anerkennungskonzepts –, worin die Normativität von Menschenwürde oder Menschenrechten begründet wäre (etwa individuelle Autonomie, Gottesebenbildlichkeit, positive Setzung *etc.*).<sup>92</sup> Mir ging es vorliegend ausschließlich darum, anhand bestimmter Strukturmerkmale praktischer Normativität eine solche begründungsinsensitive, formale Definition von *Anerkennung* zu entwickeln, deren Aussagekraft und Leistungsfähigkeit sich nun am Recht erweisen muss. Vor diesem Hintergrund gilt es im Folgenden zu untersuchen, ob und wie subjektive Rechte – so wie ich sie im vorigen Kapitel eingeführt habe –<sup>93</sup> ein rechtliches Anerkennungsverhältnis konstituieren.

### 3. Anerkennung im positiven Recht

Konkret wird zu zeigen sein, dass sich das entwickelte Konzept von *Anerkennung*<sup>94</sup> zur Analyse der in Kapitel B. dargestellten Normativität *subjektiver Rechte*<sup>95</sup> heranziehen lässt. Die Frage ist also, ob die innere Struktur und Funktionalität subjektiver Rechte eine Form von Normativität begründen, die sich durch Statusbezogenheit, vorrangige Verbindlichkeit sowie Zweitpersonalität auszeichnet und so *eo ipso* Anerkennung vermittelt. Hierbei beschränke ich meine Untersuchung auf positive und verfasste Rechtsordnun-

---

dungsinsensitiv ist. Auch wenn Darwall seinen Anerkennungsbegriff vor dem Hintergrund eines Kontraktualismus entwickelt (und damit eine bestimmte Moralbegründung im Auge hat, vgl. oben Fn. 70), ist sein Anerkennungsbegriff hierauf nicht festgelegt. Erforderlich ist allein, dass die Moralbegründung mit einer zweitpersonalen Erklärung moralischer Verpflichtungen vereinbar ist.

<sup>92</sup> Damit ist freilich nicht gesagt, dass die Begründungsfrage gänzlich irrelevant ist. So scheint mir für eine utilitaristische Begründung von Menschenrechten (vgl. bspw. bei Mill 1863 (2003), S. 216 ff.) das Anerkennungskonzept nicht nötig und auch nicht hilfreich zu sein. Nur lässt sich dann womöglich innerhalb eines utilitaristischen Begründungsrahmens Menschenrechten keine Anerkennungsfunktion zuschreiben. Dies tangiert jedoch nicht die Begründungsinsensitivität des hier dargestellten Anerkennungskonzepts.

<sup>93</sup> Vgl. oben S. 28 ff.

<sup>94</sup> *Anerkennung* ist die notwendige Zuschreibung und handlungsleitende Berücksichtigung des normativen Status eines anderen, die Ausdruck der normativen Autorität des Anerkannten und Rechenschaftspflichtigkeit des Anerkennenden ist, welche ihrerseits im gemeinsamen Status als gleiche Mitglieder der normativen Gemeinschaft gründen, vgl. soeben S. 134 ff.

<sup>95</sup> *Subjektive Rechte* sind Ansprüche des Rechtsinhabers, denen gerichtete Pflichten anderer korrelieren, über die der Rechtsinhaber ein Mindestmaß an Kontrolle verfügt, vgl. oben S. 43 ff.

gen, konkret die gegenwärtige deutsche Rechtsordnung. Obgleich die vorstehende Begriffsbestimmung subjektiver Rechte hierauf nicht beschränkt ist, blende ich mithin – anders als dies etwa Feinberg oder auch Darwall tun – Fragen überpositiver (moralischer)<sup>96</sup> subjektiver Rechte sowie Fragen des Rechts außerhalb einer Verfassung aus.

### **a) Zweitpersonale Rechtssubjektivität: Der Rechtsinhaber als autoritatives Rechtssubjekt**

Damit subjektive Rechte Anerkennung vermitteln, muss die Zuschreibung subjektiver Rechte zunächst mit der Zuschreibung eines normativen Status einhergehen, der als Bezugspunkt rechtlich vermittelter Anerkennung in Betracht kommt.<sup>97</sup> Offenkundig ist dies bei subjektiven Rechten insoweit der Fall, als Rechtsinhabern wie Rechtsadressaten der Status der *Rechtssubjektivität* bzw. *Rechtspersonalität* (beides verwende ich synonym)<sup>98</sup> zukommt. Denn Rechtssubjektivität besteht zumindest auch darin, potenzieller Inhaber bzw. Adressat von Rechten und Rechtspflichten zu sein.<sup>99</sup> Dass Inhaber und Adressaten subjektiver Rechte einen bestimmten Status haben, wird bei der Zuschreibung subjektiver Rechte also begrifflich stets vorausgesetzt. Man kann im Rahmen einer positiven Rechtsordnung auch davon sprechen, dass Rechtssubjektivität durch Zuschreibung subjektiver Rechte konstituiert wird.<sup>100</sup> Damit kann die begründungstheoretische Frage, wodurch Rechtssubjektivität in ontologischer, ethischer oder rechtsphilosophischer Hinsicht<sup>101</sup> begründet sein mag, dahinstehen. Klärungsbedürftig ist hingegen die Frage, ob sich dieser durch subjektive Rechte konstituierte normative Status der Rechtssubjektivität auch als *zweitpersonal* beschreiben lässt. Die Zweitpersonaliät von Anerkennung wurde vorstehend an zwei Strukturmerkmalen festgemacht: 1) Den Status eines anderen zu achten, muss Ausdruck der normativen Autorität des Anerkannten und Rechenschaftspflichtigkeit des Anerken-

<sup>96</sup> Vgl. zur Debatte um moralische Rechte oben S. 40, Fn. 63.

<sup>97</sup> Vgl. oben S. 146.

<sup>98</sup> Ebenso Bydliński 2003, S. 334; Hattenhauer, JuS 1982, S. 405, 407; Beuthien, NJW 2005, S. 855, 856; krit. dazu Klingbeil, AcP 2017, S. 848, 861 f.

<sup>99</sup> Vgl. m. w. N. nur Kirste 2013, S. 76 f.; Rittner: FS Hüffer, 2010, S. 851; Kirste 2015, S. 348 ff.; Klingbeil, AcP 2017, S. 848, 859 und Gutmann 2019, S. 1 f. Dies gilt unabhängig vom jeweiligen Rechtsgebiet, vgl. etwa für die Rechtsfähigkeit im BGB MüKo-BGB-Spickhoff, § 1 Rn. 6 ff. oder die Grundrechtsträgereigenschaft im GG Maunz/Dürig-Herdeggen, Art. 1 Abs. 3 Rn. 49 ff., jeweils m. w. N.

<sup>100</sup> So auch Radbruch 1932 (2003), S. 125; Kirste 2015, S. 352; Klingbeil, AcP 2017, S. 848, 851 f. und m. w. N. Gutmann 2019, S. 2.

<sup>101</sup> Vgl. beispielhaft hierzu die Überlegungen bei Radbruch 1932 (2003), S. 124 ff.; Kirste 2015 oder Klingbeil, AcP 2017, S. 848 ff.

nenden sein. 2) Autorität und Rechenschaftspflichtigkeit gründen sich dabei ihrerseits im gemeinsamen Status als gleiche Mitglieder der normativen Gemeinschaft.<sup>102</sup>

Das erste dieser beiden Strukturmerkmale bildet sich in der Normativität subjektiver Rechten darin ab, dass es sich um Ansprüche des Rechtsinhabers handelt, denen gerichtete Pflichten des Rechtsadressaten korrelieren, über die der Rechtsinhaber ein Mindestmaß an Kontrolle hat. Durch letztere verfügt der Rechtsinhaber im Verhältnis zum Rechtsadressaten über eine besondere *Autorität*, da es willentheoretisch betrachtet allein in seiner Macht steht, die Pflicht des Rechtsadressaten aufrechtzuerhalten (d.h. sein Recht weiterhin geltend zu machen) oder diese Pflicht aufzuheben (d.h. auf sein Recht zu verzichten).<sup>103</sup> Infolgedessen handelt es sich bei Rechtspflichten um gerichtete Pflichten: Wer eine Rechtspflicht hat, dessen Pflicht besteht *gegenüber* einem anderen. Bei einer Pflichtverletzung wird *dem* Rechtsinhaber vom Rechtsadressaten Unrecht getan.<sup>104</sup> Weil subjektiven Rechten stets gerichtete Pflichten korrelieren, ist im Begriff des subjektiven Rechts folglich auch die *Rechenschaftspflichtigkeit* des Rechtsadressaten gegenüber dem Rechtsinhaber angelegt. Subjektive Rechte – insofern wir sie als Anspruchsrechte im Rahmen einer willentheoretischen Tradition begreifen –<sup>105</sup> statuieren mithin ein Verhältnis der Autorität und Rechenschaftspflichtigkeit zwischen Rechtsinhaber und Rechtsadressat. Aus diesem Grund zieht auch Darwall selbst Rechte als Beispiel heran: „It is entailed by the very idea of a claim right that right holders have a distinctive (individual) authority to demand certain treatment and hold those who violate their rights accountable at their discretion.“<sup>106</sup> „Rights“ – so Darwall – „are thus associated conceptually with second-personal reasons.“<sup>107</sup>

Ein Verhältnis der Autorität und Rechenschaftspflichtigkeit ist für Zweitpersonalität im Sinne Darwalls jedoch noch nicht hinreichend. Dieses Verhältnis muss darüber hinaus – so das oben genannte zweite Strukturmerk-

<sup>102</sup> Vgl. oben S. 154.

<sup>103</sup> Vgl. oben S. 45 ff. Ggf. hat der Rechtsinhaber auch noch darüberhinausgehende Befugnisse, etwa mit Blick auf die (gerichtliche) Durchsetzung des Rechts oder auf Sekundäransprüche im Falle der Pflichtverletzung.

<sup>104</sup> Vgl. oben S. 39 ff.

<sup>105</sup> Dass dies sowohl begriffsgeschichtlich als auch rechtstheoretisch vorzugswürdig ist, wurde oben S. 28 ff., insb. S. 43 ff. ausgeführt.

<sup>106</sup> S. L. Darwall 2013d, S. 170 in Anlehnung an *Feinberg* 1980b, S. 144 f., bei dem sich schon ähnliche Überlegungen finden.

<sup>107</sup> S. L. Darwall 2006, S. 19. Dabei vertritt auch er ebd., S. 18 f. die Auffassung, dass Zweitpersonalität in seinem Sinne bereits in der Hohfeld'schen Konzeption subjektiver Rechte angelegt sei, und grenzt sich ferner explizit gegenüber interessentheoretischen Theorien subjektiver Rechte ab.

mal – im gemeinsamen Status als gleiche Mitglieder der normativen Gemeinschaft gründen. Dieser Umstand wird meines Erachtens durch den von Rechtsinhaber und Rechtsadressat geteilten Status der Rechtssubjektivität (der ja gerade durch die Fähigkeit definiert ist, Träger von Rechten und Pflichten zu sein)<sup>108</sup> abgebildet. Rechtsinhaberschaft ist nämlich in besonderer Weise dadurch qualifiziert, dass subjektive Rechte stets gesetzlich sind. *Gesetzliche Rechte* meint, dass die Inhaberschaft subjektiver Rechte darauf beruht, dass gesetzliche Rechtsnormen dem einzelnen Rechtssubjekt diese Rechte einräumen. Dies führt dazu, dass Rechtsinhaberschaft stets nur unter der Bedingung allgemeiner und reziproker Verbindlichkeit besteht und somit prinzipiell jedem Rechtssubjekt zukommen kann. Damit präsupponiert der besondere individuelle Status der Rechtsinhaberschaft den allgemeinen überindividuellen Status der Rechtssubjektivität.

Statusbegründend ist hierbei die spezifische Gesetzlichkeit von Rechten: Der Geltungsanspruch gesetzlicher Rechtsnormen zeichnet sich – zumindest innerhalb eines liberalen Rechtsstaats wie dem unseren – durch Allgemeinheit und Reziprozität aus. Die *Allgemeinheit* eines Gesetzes betrifft die Frage, wie ein Gesetz Tatbestand und Rechtsfolgen formuliert. Gesetze sind danach allgemein, insofern sie eine abstrakt-generelle Regelung treffen, die nicht von vornherein absehen lässt, wie viele und welche Fälle hiervon betroffen sind.<sup>109</sup> Die *Reziprozität* eines Gesetzes – welche sich auch als Teilelement der Allgemeinheit begreifen lässt – betrifft die allgemeine Geltung des Gesetzesinhalts im Verhältnis der Rechtssubjekte untereinander. Begründet ein Gesetz Rechte und Pflichten der Gesetzesunterworfenen untereinander oder erteilt es ihnen die Befugnis, solche zu begründen, dann wird die Forderung nach Allgemeinheit erst durch Reziprozität eingelöst. Danach gilt ein Gesetz reziprok, wenn die Rechte und Pflichten unter den Adressaten auf Grund des Gesetzes *ceteris paribus* prinzipiell wechselseitig bestehen bzw. entstehen können. Räumt eine Norm diesbezüglich bestimmten Personen sachgrundlose Privilegien ein, so wird der Reziprozitätsanspruch des Gesetzes verletzt.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> Vgl. oben S. 157.

<sup>109</sup> Danach verletzt eine Norm den Allgemeinheitsanspruch und kann keine gesetzliche Geltung mehr beanspruchen, wenn sie für den Einzelfall erlassen wurde oder sachgrundlos Vorrechte oder besondere Belastungen begründet.

<sup>110</sup> Hierbei ist zu betonen, dass die Reziprozitätsforderung immer nur *ceteris paribus* besteht. Sie setzt voraus, dass die Gesetzesunterworfenen im wechselseitigen Rechtsverhältnis mit Blick auf den Regelungsinhalt einen identischen Status haben. Besteht auf Grund tatsächlicher Umstände bereits eine asymmetrische Berechtigungs-/Verpflichtungssituation, dann findet die Reziprozitätsforderung insoweit keine Anwendung. Wenn also beispielsweise das Verbraucherschutzrecht dem Verbraucher gegenüber dem Unternehmer bestimmte Vorrechte einräumt, um ein strukturelles



Dabei kann dahinstehen ob Allgemeinheit und Reziprozität bereits notwendige begriffliche Bestimmungen von Gesetzen sind,<sup>111</sup> Bedingungen der Rechtfertigbarkeit von Gesetzen als praktische Normen<sup>112</sup> oder Vorbedingung

Ungleichgewicht in der Vertragssituation zu kompensieren, verletzt dies die Reziprozitätsforderung nicht.

<sup>111</sup> Einige Theoretiker gehen davon aus, dass Gesetze nomologisch universalistisch strukturiert sind und daher Allgemeinheit und Reziprozität notwendige begriffliche Bestimmungen hiervon sind. Exemplarisch lassen sich hierfür Kant und Radbruch anführen. Laut Kant erlangen Gesetze – seien es Naturgesetze oder praktische Gesetze – ihren Gesetzescharakter erst dadurch, dass sie unbedingt und objektiv gelten, wofür sie wiederum strenge Notwendigkeit und Allgemeinheit aufweisen müssen (vgl. Kant 1785 (1911), S. 416). Für praktische Gesetze – wie das Recht – heißt das, dass sie ausnahmslos und für jedes vernünftige Wesen gelten müssen. Reziprozität sieht er dabei nicht als gegenüber der Allgemeinheit distinkte Qualität von Gesetzen an, sondern als deren Folge. Denn insoweit jede Person praktischen Gesetzen unterliegt, die in dieser Eigenschaft allgemeine Geltung beanspruchen, kann jeder im wechselseitigen Verhältnis nach den gleichen Regeln berechtigt und verpflichtet werden. Daher enthält jede „rechtlich[e] Verpflichtung [...] wegen der Allgemeinheit [...] auch [die] Reziprozität der Verbindlichkeit aus einer allgemeinen Regel“ (Kant 1797 (1968), S. 256). – Auch Radbruch betrachtet meiner Ansicht nach Allgemeinheit und Reziprozität als begriffliche Bestimmung von Gesetzen, insoweit er in der sog. Verleugnungsformel die Gleichheit als notwendige Begriffsbestimmung des Rechts betrachtet: „[W]o Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt, verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“ (Radbruch, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, S. 105, 107) Auch wenn Radbruch hier nicht von der Allgemeinheit und Reziprozität des Gesetzes, sondern der Gleichheit als Ziel positiven Rechts spricht, hängt der Sache nach beides zusammen, da allgemeine und reziproke Gesetz für jedermann unterschiedslos gleich gelten. Gleichheit als notwendige Begriffsbestimmung des Rechts im Sinne Radbruchs lässt sich daher nur durch allgemeine und reziproke Gesetze erreichen. Dieser Aspekt des Rechts findet letztlich auch Eingang in die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG der Nachkriegszeit und insb. in den späteren sog. Mauerschützenprozessen. Vgl. BGH, BGHZ 3 1951, 94, 107; BVerfG, BVerfGE 23, 98, 106 ff.; BGH, BGHSt 41 1995, 101, 105 ff.; BVerfG, BVerfGE 95 1996, 96, 134 ff.

<sup>112</sup> Diese Auffassung findet sich – trotz leicht unterschiedlicher Terminologie – zuletzt prominent bei Forst 2007, S. 33 f.: „Der Geltungsanspruch einer moralischen Norm – der gemäß eine jede Person die Pflicht hat, x zu tun oder zu unterlassen – besagt im Kern, dass niemand gute Gründe hat, gegen diese Norm zu verstoßen. [...] Dass keine guten Gegengründe gegen die Norm sprechen bedeutet, dass sie reziproke und allgemeine Geltung beanspruchen kann: gegenüber jeder einzelnen Person und der moralischen Gemeinschaft insgesamt [...]. Reziprozität und Allgemeinheit sind somit die entscheidenden Rechtfertigungskriterien im Kontext der Moral; Ersteres unterstreicht die Gleichberechtigung und die Notwendigkeit der konkreten Respektierung moralischer Personen als Individuen, Letzteres verhindert den Ausschluss mög-

gerechter Gesetze.<sup>113</sup> Denn jedenfalls sind auf dem Boden des Grundgesetzes Allgemeinheit und Reziprozität von Gesetzen als positive Setzungen durch Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG, aber insb. durch Art. 3 Abs. 1 GG festgeschrieben.<sup>114</sup> Hierbei hat der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG eine herausragende Bedeutung, da sich an ihm zeigt, wie Reziprozität und Allgemeinheit des Gesetzes mit struktureller Egalität des Rechts zusammenhängen. „Das Unterscheidungsinstrument des Gesetzes trägt in seiner Allgemeinheit eine wesentliche Gewähr für Gleichheit in sich. Das allgemeine Gesetz gilt für jedermann voraussetzungslos gleich, begründet die Vorhersehbarkeit und Dauerhaftigkeit der Regel, stützt die Rationalität und Berechenbarkeit der Norm, weist Klassengesetzgebung, Privileg und Sondervorteile zurück.“<sup>115</sup> Dabei verbindet der Gleichheitssatz nicht nur strukturelle Egalität und Gesetzlichkeit des Rechts, sondern gibt dem Einzelnen hierauf einen verfassungsrechtlichen Anspruch. *Prima facie* muss staatliche Gesetzgebung die Gewaltunterworfenen gleich behandeln; gesetzliche Differenzierungen gleicher Sachverhalte sind rechtfertigungsbedürftig.<sup>116</sup>

Insoweit subjektive Rechte auf Gesetzen beruhen, teilt die Rechtsinhaberschaft diese normative Struktur. Wenn Gesetze Rechte und Pflichten unter den Gesetzesunterworfenen begründen (oder ihnen die Rechtsmacht hierzu erteilen), kann sich der Inhaber subjektiver Rechte nicht auf diese berufen, ohne zugleich dem rechtlich verpflichteten Rechtsadressaten zuzugestehen, dass dieser unter umgekehrten Vorzeichen ebendasselbe verlangen könnte. Rechtsinhaberschaft lässt sich in einem gesetzlichen Rechtssystem nicht vom allgemeinen und reziproken Geltungsanspruch der Gesetze trennen, weil rechtlich Berechtigter und Verpflichteter prinzipiell austauschbar sind. Hieran ändert auch nichts die Tatsache, dass konkrete subjektive Rechte nicht-reziproke Verpflichtungen begründen.<sup>117</sup> Denn hierbei handelt es sich – zu-

---

licher Betroffener und verleiht den Einzelnen die Autorität der moralischen Gemeinschaft.“

<sup>113</sup> Dieser Gedanke kommt etwa bei Rawls 1993 (2011), S. 446 f. zum Ausdruck: „Hence the idea of political legitimacy based on the criterion of reciprocity says: our exercise of political power is proper only when we sincerely believe that the reasons we would offer for our political actions – were we to state them as government officials – are sufficient, and we also reasonably think that other citizens might also reasonably accept those reasons. This criterion applies on two levels: one is to the constitutional structure itself, the other is to particular statutes and laws enacted in accordance with that structure.“ Vgl. auch Rawls 1999, S. 190 ff.

<sup>114</sup> Vgl. m. w. N. nur Maunz/Dürig-Remmert, Art. 19 Abs. 1 Rn. 35 ff.; Maunz/Dürig-Grzeszick, Art. 20 Abs. 3 Rn. 6 ff.; Maunz/Dürig-Kirchhof, Art. 3 Abs. 1 Rn. 89 ff.

<sup>115</sup> Maunz/Dürig-Kirchhof, Art. 3 Abs. 1 Rn. 92.

<sup>116</sup> Vgl. nur Maunz/Dürig-Kirchhof, Art. 3 Abs. 1 Rn. 89 f.

<sup>117</sup> Insoweit Anspruchsrechten einseitige Verpflichtungen des Rechtsadressaten korrelieren, über die der Rechtsinhaber eine Kontrolle ausübt (vgl. dazu eingehend oben

mindest innerhalb eines liberalen Rechtsstaats wie dem unseren – lediglich um die konkrete Instanziierung einer gesetzlich allgemein und reziprok konzipierten Verbindlichkeit. Auch wenn also Rechte dem Rechtsinhaber eine besondere normative Autorität gegenüber dem rechtlich Verpflichteten einräumen, präsupponiert Rechtsinhaberschaft gleichwohl stets eine prinzipielle Gleichordnung der Rechtssubjekte.

Damit weisen subjektive Rechte innerhalb einer gesetzlichen Normordnung genau die Struktur auf, die auch zweitpersonale Anerkennungsverhältnisse ausmachen: Individuelle Autorität in Form von Rechtsinhaberschaft kann im Zwei-Personen-Verhältnis nur beansprucht werden, wenn sie *ceteris paribus* prinzipiell von jedem Rechtssubjekt, d. h. jedem Mitglied der Rechtsgemeinschaft<sup>118</sup> (den konkreten Rechtsadressaten eingeschlossen), beansprucht werden kann. Das führt dazu, dass subjektive Rechte ein bipolares Autoritäts-/Rechenschaftsverhältnis konstituieren, das seinerseits eine besondere Instanziierung eines allgemeinen Autoritäts-/Rechenschaftsverhältnisses innerhalb der Rechtsgemeinschaft gleicher Akteure ist.<sup>119</sup> Anders gesagt: Die individuelle normative Autorität, die Rechtsinhaber für sich in Anspruch nehmen, ist erst im und durch das Rechtssystem begründet. Die durch subjektive Rechte konstituierte Rechtssubjektivität zeichnet sich damit durch Zweitpersonalität im Sinne des hier zugrunde gelegten Anerkennungskonzepts aus.

### **b) Ius formaliter und der Anspruch auf Anerkennung als Rechtsinhaber**

Damit kann gezeigt werden, dass subjektive Rechte auf Seiten des Rechtsinhabers notwendig mit der Zuschreibung eines normativen Status einhergehen, der Ausdruck der normativen Autorität des Rechtsinhabers und Rechenschaftspflichtigkeit des Rechtsadressaten ist, welche innerhalb einer gesetzlichen Rechtsordnung ihrerseits im gemeinsamen Status als Rechtssubjekte der Rechtsgemeinschaft gründen. Um von *Anerkennung* im zuvor definierten Sinn<sup>120</sup> sprechen zu können, gilt es schließlich noch zu zeigen, dass dieser

---

S. 43 ff.), ist die konkrete Berechtigung bzw. Verpflichtung gerade nicht wechselseitig.

<sup>118</sup> Unter *Rechtsgemeinschaft* verstehe ich in diesem Zusammenhang nichts anderes als die Summe der Rechtssubjekte, die dem Geltungsbereich des Rechts unterfallen.

<sup>119</sup> Nur aus diesem Grund kann S. L. Darwall 2013b, S. 30 (vollständig zitiert oben S. 152) davon sprechen, dass die „special authority right holding obligees have can exist only if there is also an authority, *representative authority*, which they share with third parties, as well as with any obligor who might violate their rights.“.

<sup>120</sup> *Anerkennung* ist die notwendige Zuschreibung und handlungsleitende Berücksichtigung des normativen Status eines anderen, die Ausdruck der normativen Autori-

besondere Status des Rechtsinhabers handlungsleitende Berücksichtigung verlangt. Auf eine triviale Art und Weise ist dies stets der Fall: Denn die Inhaberschaft subjektiver Rechte geht auf Seiten des Rechtsadressaten immer mit bestimmten Verhaltenspflichten (bspw. zur Wahrung der Rechtsgüter des Rechtsinhabers) einher. Wie ich jedoch zeigen möchte, liegt das Spezifikum der Verbindlichkeit subjektiver Rechte nicht in den korrespondierenden Verhaltenspflichten, sondern in der Verbindlichkeit zur Anerkennung der Autorität des Rechtsinhabers. Und insoweit der Rechtsinhaber ein subjektives Recht beansprucht, beansprucht er genau diese Autorität. Dies möchte ich im Folgenden anhand der Unterscheidung zwischen *ius materialiter* und *ius formaliter* sowie der daran anknüpfenden Differenzierung von *performativer* und *assertorischer Beanspruchung* subjektiver Rechte herausstellen.

Unter *ius materialiter*<sup>121</sup> verstehe ich das Bezugsobjekt des subjektiven Rechts bzw. der Rechtspflicht, d. h. das seitens des Rechtsadressaten geschuldete Verhalten. Unter *ius formaliter* fasse ich demgegenüber den Inbegriff der Bedingungen, die gewährleistet sein müssen, um als Rechtsinhaber das geschuldete Verhalten als *sein* subjektives Recht beanspruchen zu können. Bei subjektiven Rechten lässt sich nun der Rechtsinhalt bzw. -gegenstand nicht von den Bedingungen seiner Beanspruchung trennen: Wer den Inhalt eines subjektiven Rechts beanspruchen möchte, kann das nur tun, wenn er – erstens – hierdurch dem Rechtsadressaten Rechtssubjektivität (d. h. den Status als rechtlich gleicher Akteur der Rechtsgemeinschaft) zuschreibt. Und darüber hinaus muss er – zweitens – eine besondere Rechtsmacht (d. h. nor-

---

tät des Anerkannten und Rechenschaftspflichtigkeit des Anerkennenden ist, welche ihrerseits im gemeinsamen Status als gleiche Mitglieder der normativen Gemeinschaft gründen (vgl. oben S. 154).

<sup>121</sup> Ich verwende hier die Begrifflichkeiten *ius materialiter* und *ius formaliter* um terminologische Verwechslungen zu vermeiden, insb. mit der begrifflichen Unterscheidung von „formellem“ und „materiellem Recht“, welche einerseits Inhalt, Entstehung etc. von Rechten und andererseits deren Durchsetzung betrifft. Meines Wissens wird die von mir bemühte Unterscheidung erstmals in Kants Rechtsphilosophie systematisch fruchtbar gemacht. Vgl. Kant 1797 (1968), S. 307 f. mit Fn. \* und anschaulich Kant 1969, S. 274 (*Vorarbeiten zur Rechtslehre*): „Das Recht überhaupt als bloße Form der Willkür nach Gesetzen der Freyheit ist nur eines – Aber ein Recht (*ius quoddam*) deren es mehr giebt ist das Recht der materie nach und was man besitzen veräußern etc. etc. kann.“ Anders als bei mir erfüllt das formelle Rechte bei Kant freilich eine genuin moralphilosophische Begründungs- und Erklärungsfunktion für die moralische Notwendigkeit eines staatlichen Rechtszustands. Vgl. auch Kant 1793 (1969), S. 292, wonach das Recht, „welches als der Ausspruch des allgemeinen Willens nur ein einziges sein kann,“ lediglich „die Form Rechtsens, nicht die Materie oder das Object, worin ich ein Recht habe, betrifft“. Vgl. zur Kantischen Unterscheidung von *ius materialiter* und *ius formaliter* eingehend P.-A. Hirsch 2017, S. 305 m. w. N. Vgl. die Kantische Unterscheidung ebenfalls, jedoch in anderer Bedeutung als ich aufgreifend Renzikowski, GA 2007, S. 561, 568.

mative Autorität) beanspruchen, auf Grund derer der Rechtsinhaber (die Erfüllung der Verhaltenspflicht) *gerade ihm gegenüber* geschuldet ist.<sup>122</sup> Kurz gesagt: Bei subjektiven Rechten kann die Erfüllung der Verhaltenspflicht (*ius materialiter*) nicht vom Anspruch auf Anerkennung als Rechtsinhaber (*ius formaliter*) getrennt werden, wenn man der besonderen Normativität subjektiver Rechte gerecht werden will.

Um Missverständnisse an dieser Stelle zu vermeiden: Selbstverständlich hängt die faktische Leistung des Rechtsinhalts (d. h. die Erfüllung der *iure materialiter* bestehenden Verhaltenspflicht) für sich genommen nicht davon ab, dass die normative Autorität des Rechtsinhabers (an-)erkannt wird. So erfüllt derjenige, der eine Sache in Unkenntnis der Eigentumsverhältnisse zufällig der Eigentümerin zurückgibt, *iure materialiter* seine Rechtspflicht respektive den subjektiv-rechtlichen Herausgabeanspruch der Eigentümerin. *Iure formaliter* achtet er jedoch nicht das subjektive Recht der Rechtsinhaberin, weil es sich für ihn nur dann um eine *subjektiv-rechtliche* Herausgabepflicht *gegenüber* der Eigentümerin handelt, wenn er diese Pflicht als Ausdruck der durch die Rechtsordnung der Eigentümerin zugewiesenen exklusiven Nutzungs- und Ausschlussbefugnisse begreift.<sup>123</sup> Anders gesagt: Nur wer ein rechtlich geschuldetes Verhalten erbringt, *weil* er realisiert, dass ein Rechtsinhaber *qua* der ihm zukommenden Rechtsmacht hierauf einen Anspruch hat, erfüllt seine Pflicht *als* subjektive Rechtspflicht.<sup>124</sup> Und genau aus diesem Grund beinhaltet die Verbindlichkeit, die mit subjektiven Rechten einhergeht, stets auch die *iure formaliter* bestehende Pflicht zur Anerkennung der besonderen Autorität des Rechtsinhabers. Dies heißt mit Blick auf die Verhaltenspflicht, die Gegenstand des subjektiven Rechts ist (*ius materialiter*), jedoch nicht, dass die Pflichtbefolgung um der subjektiv-rechtlichen Gebotenheit willen erfolgen muss. Subjektive Rechte können auch erfüllt

<sup>122</sup> Damit beispielsweise der Eigentümer die Herausgabe eines Eigentumsgegenstandes vom Besitzer verlangen kann (*ius materialiter*), muss er den Besitzer als Subjekt begreifen, das rechtlich berechtigt und verpflichtet werden kann, ihm also Rechtssubjektivität zuschreiben. Darüber hinaus besteht ein Herausgabeanspruch nur, weil der Fordernde hierbei seine Rechtsmacht als Eigentümer geltend macht, d. h. die ihm durch die Rechtsordnung zugewiesenen exklusiven Nutzungs- und Ausschlussbefugnisse (*ius formaliter*).

<sup>123</sup> Letztlich ist dieser Umstand darauf zurückzuführen, dass wir es bei subjektiven Rechten mit *gerichteten* Pflichten zu tun haben. Vgl. dazu eingehend oben S. 39 ff.

<sup>124</sup> Insoweit ist Wildt 1992, S. 127 darin beizupflichten, dass es nicht genügt, die Rechte anderer faktisch zu wahren, sondern dass es eines „Zurücktreten[s] vor der Autorität, mit der diese die Respektierung ihrer Rechte legitim fordern, einklagen und sich über deren Verletzung empören können“, bedarf. Vgl. – jenseits eines Rechtskontexts – zutreffend auch Schmetkamp 2012, S. 49, wonach eine „auf einer Überzeugung beruhende moralische *Einstellung*“ erforderlich ist, „dass der andere das Recht hat, in grundlegender Hinsicht *be-achtet* zu werden“.

werden, wenn eine Person ihre Pflichten aus Gründen erfüllt, die nichts mit dem Status des anderen zu tun haben. Es geht beim *ius formaliter* also nicht darum, (Kantisch gesprochen) *aus Pflicht* zu handeln, sondern darum, dass man *im Bewusstsein* der *de jure* bestehenden Autorität des Rechtsinhabers handelt.<sup>125</sup> Auch derjenige, der aus Klugheitsgründen eine Rechtspflicht erfüllt, weil er bspw. die Sanktionen im Falle der Pflichtverletzung vermeiden möchte, kann dabei gleichwohl in dem Bewusstsein handeln, dass es gerade der Rechtsinhaber ist, dem er die Pflichterfüllung schuldet.

Dies zeigt, dass der autoritative Status eines Rechtsinhabers handlungsleitende Berücksichtigung verlangt, die über die bloß faktische Befolgung der geschuldeten Verhaltenspflicht (*ius materialiter*) hinausgeht. Dieser Anspruch auf bzw. diese Pflicht zur Anerkennung der besonderen Autorität des Rechtsinhabers (*ius formaliter*) haben ebenfalls – dies war ein weiteres Merkmal des zugrunde gelegten Anerkennungsbegriffs –<sup>126</sup> vorrangige Verbindlichkeit in der normativen Deliberation. Denn die Anerkennung des anderen als Rechtsinhaber ist Bedingung der Möglichkeit, sich überhaupt als Adressat einer subjektiven Rechtspflicht begreifen zu können. Die Pflicht zur Anerkennung als Rechtsinhaber beansprucht jedoch auch vorrangige Verbindlichkeit gegenüber anderen (bspw. sozialen oder moralischen) evaluativen Gesichtspunkten. So schuldet der Rechtsadressat dem Rechtsinhaber Achtung unabhängig davon, ob die Beanspruchung des subjektiven Rechts unter sozialen, moralischen oder sonstigen nicht-rechtlichen<sup>127</sup> Gesichtspunkten als verwerflich anzusehen ist. Dies mag schon aus dem Grunde weitgehend anerkannt sein, dass wir dem positiven Recht gegenüber Geboten der Sittlichkeit und Moral oder gegenüber Wirtschaftlichkeitsaspekten grundsätzlich (Extrem- oder besondere Konfliktsituationen, in denen das nicht so sein mag,

<sup>125</sup> Damit ist natürlich nichts darüber gesagt, ob es nicht eine stärkere oder intensivere Form der Anerkennung wäre, subjektiv-rechtlich geschuldetes Verhalten zu erbringen, weil man der Tatsache Rechnung tragen möchte, dass der Rechtsinhaber *qua* der ihm zukommenden Rechtsmacht einen Anspruch darauf hat. Allein ist diese höhere Form der Anerkennung nichts, was der spezifischen Normativität subjektiver Rechte inhärent wäre. Erneut mit Kant gesprochen (vgl. *Kant* 1797 (1968), S. 231, obgleich dieser dabei natürlich nicht von Anerkennung spricht): „Das Rechtshandeln mir zur Maxime zu machen, ist eine Forderung, die die Ethik an mich tut.“

<sup>126</sup> Vgl. oben S. 146.

<sup>127</sup> Gemeint sind also solche Gesichtspunkte und Belange, die nicht ihrerseits Rechte abbilden bzw. konstituieren. Aus meiner Betrachtung ausschließen möchte ich daher die Frage, ob und wie Rechte untereinander konfliktieren können und wie diese Konflikte praktisch aufzulösen sind (vgl. hierzu m. w. N. *Schnüriger* 2014, S. 277 ff.; *Wenar* 2020, S. 27 ff. und *Kamm*, *Legal Theory* 2001, S. 239 ff.). Ebenso wenig werde ich auf die Frage eingehen, inwiefern es geboten oder notwendig ist, moralischen Anspruchsqualität zuzuschreiben bzw. sie in ein Rechtssystem (bspw. durch Generalklauseln, die der Billigkeitskorrektur dienen) zu inkorporieren.



möchte ich hier gezielt ausblenden) geltungstheoretischen Vorrang einräumen.

Dessen ungeachtet lässt sich die vorrangige Verbindlichkeit des Anerkennungsanspruchs des Rechtsinhabers auch rechts- bzw. normentheoretisch mit der besonderen normativen Struktur subjektiver Rechte begründen. Auch hier möchte ich mich den Überlegungen Joseph Raz' anschließen,<sup>128</sup> der die besondere Normativität subjektiver Rechte mit den besonderen Handlungsgründen, die Rechte begründen, erklärt.<sup>129</sup> Ihm zufolge entfalten Rechte bzw. rechtliche Verpflichtungen eine besondere Normativität nicht auf Grund ihres Gewichts,<sup>130</sup> sondern auf Grund ihrer besonderen Struktur: Rechte seien *exclusionary reasons*,<sup>131</sup> die von der gewöhnlichen allgemeinen Konkurrenz

<sup>128</sup> Auch wenn Raz' konzeptuelle Erfassung der besonderen Verbindlichkeit subjektiver Rechte nicht ohne Kritik geblieben ist (etwa von *Hart* 1982a, S. 263 ff.; *Perry*, *Southern California Law Review* 1989, S. 913 ff. oder – weiter gefasst – *Himma* 2001, S. 284 ff.), wird sie im Grundsatz vielfach geteilt (vgl. bspw. *Finnis* 1979, S. 255 und 308 ff. und *S. L. Darwall* 2013a) und stellt ein hilfreiches Erklärungsmodell dar, um die vorrangige Verbindlichkeit subjektiver Rechte bzw. subjektiv-rechtlicher Pflichten theoretisch zu beschreiben. Und hierauf – d.h. eine plausible theoretische Erfassung der vorrangigen Verbindlichkeit von Rechten – kommt es mir alleine an. Insoweit verstehen sich meine Ausführungen vordringlich als Analysevorschlag, um die besondere Normativität von Rechten nicht nur thetisch zu behaupten, sondern theoretisch zu plausibilisieren.

<sup>129</sup> Diese Vorstellung entwickelt Raz 1990 im Rahmen einer allgemeinen Normentheorie. Mit Blick auf das hier thematisierte Verständnis von subjektiven Rechten als *exclusionary reasons* ist Raz' Kerngedanke zentral, dass Normen – und damit auch (Anspruchs-)Rechte, insoweit ihnen Pflichten korrelieren – objektive Gründe für eine Handlung liefern. Nach Raz' Verständnis sind Aussagen der Form „X ist zu  $\Phi$  verpflichtet.“ zu Aussagen der Form „Es gibt objektive Handlungsgründe für  $\Phi$  bzw.  $\Phi$  zu tun.“ logisch äquivalent. Sollensaussagen (sie mögen in Gesetzen, Rechten etc. bestehen) lassen sich mithin nach Raz stets in Handlungsgründe übersetzen. Vgl. allgemein mit einem konzisen Überblick zum Raz'schen Rechtsdenken *Kuch*, *JZ* 2017, S. 719 ff.

<sup>130</sup> Diese Auffassung vertritt bspw. *Dworkin* 1984, der von Rechten als „Trümpfen“ spricht, die in der normativen Abwägung mit Gegengründen Vorrang beanspruchen.

<sup>131</sup> Raz 1990, S. 35 ff. unterscheidet zwischen *first-* und *second-order reasons*. Erstere bezeichnen Handlungsgründe, also Gründe, die unmittelbar für oder gegen eine Handlung sprechen. Letztere bezeichnen hingegen Gründe, die dafür oder dagegen sprechen, aus bestimmten unmittelbaren Handlungsgründen (*first-order reasons*) zu handeln. *Second-order reasons*, die gegen *first-order reasons* sprechen, nennt Raz wegen ihrer besonderen Funktion *exclusionary reasons*, da sich Konflikte zwischen *first-order* und *exclusionary reasons* laut Raz grundlegend von Konflikten, die allein zwischen *first-order reasons* bestehen, unterscheiden. Konfliktieren ausschließlich *first-order reasons*, so entscheide in der normativen Deliberation das relative Gewicht der jeweiligen Handlungsgründe. Der Handelnde bestimme in diesen Fällen seine Handlung nach einer Gesamtsaldierung, indem er beide (oder mehrere) Handlungsgründe gegeneinander abwäge. Komme es hingegen zu einem Konflikt



der Handlungsgründe abgesichert seien. Danach lieferten subjektive Rechte dem Verpflichteten nicht nur eigenständige Handlungsgründe für die geschuldete Handlung,<sup>132</sup> sondern untersagten ihm auch, auf Grund anderer, dem Recht gegenläufiger Handlungsgründe zu handeln. Mache jemand mir gegenüber sein subjektives Recht auf  $\Phi$  geltend, so werden dadurch gegenläufige Faktoren, die unter normalen Umständen Handlungsgründe wären, aus der praktischen Deliberation ausgeschlossen.<sup>133</sup> Dies führt bei Raz im Ergebnis dazu, dass subjektive Rechte unabhängig von ihrem Inhalt kategorisch verpflichtende Handlungsgründe darstellen.<sup>134</sup> Und hierin liegt – anknüpfend an Raz' Überlegungen – meines Erachtens dann auch der Grund, warum die Pflicht zur Anerkennung der normativen Autorität des Rechtsinhabers – welche durch Zuschreibung subjektiver Rechte konstituiert wird – ebenfalls von vorrangiger Verbindlichkeit gegenüber anderen (bspw. sozialen oder moralischen) evaluativen Gesichtspunkten ist.

### c) Anerkennungsaufforderung durch assertorische Beanspruchung des eigenen Rechtsstatus

Subjektive Rechte begründen mithin *iure formaliter* einen Anerkennungsanspruch: Dass jemand *qua* Zuschreibung subjektiver Rechte als Rechtsinhaber über eine normative Autorität verfügt, begründet dessen vorrangigen Achtungsanspruch und die korrelierende Pflicht des Rechtsadressaten, diesen Status zu achten. Doch wie äußert sich dieser Anerkennungsanspruch im

---

mit *exclusionary reasons*, so spiele das Gewicht des gegenläufigen Handlungsgrundes (*first-order reason*) keine Rolle. Dabei handele es sich gerade nicht um einen Abwägungsvorgang, sondern gegenläufige Handlungsgründe würden aus der Abwägung, d. h. der normativen Deliberation, schlichtweg ausgeschlossen.

<sup>132</sup> Habe jemand mir gegenüber ein Recht auf  $\Phi$ , so sei das Recht selbst als *first-order reason* für mich ein eigenständiger Grund, ihr  $\Phi$  zu gewähren.

<sup>133</sup> Selbstverständlich bleiben nach Raz gegenläufige Handlungsgründe weiterhin bestehen, sie können aber nicht mehr handlungsleitend werden. Gleichwohl überwiege das Recht des anderen gegenläufige Erwägungen nicht bloß, sondern schließe diese gegenläufigen Erwägungen von vornherein als handlungsleitend aus. Wenn beispielsweise jemand mir gegenüber ein Recht auf die Überlassung einer Sache geltend mache, so dürfe es in meiner Deliberation schlichtweg keine Rolle mehr spielen, dass es vorteilhafter, angenehmer *etc.* wäre, den Gegenstand zu behalten.

<sup>134</sup> Die Inhaltsunabhängigkeit besteht darin, dass die normative Kraft von Rechten weder von der sozialen, ökonomischen oder sonstigen Werthaftigkeit ihres Inhalts noch von den Folgen, die die Rechtsausübung zeitigt, abhängt. Die Kategorizität besteht darin, dass Rechte unabhängig davon Geltung beanspruchen, ob die Rechtsbefolgung den sonstigen nicht-rechtlichen Interessen, Wünschen oder Belangen des rechtlich Verpflichteten widerspricht. Anders gesagt: Allein die Tatsache, dass jemand ein subjektives Recht auf  $\Phi$  hat, ist ein hinreichender Handlungsgrund dafür, dass ihm der rechtlich Verpflichtete  $\Phi$  zu gewähren hat.

Recht? Wenn im Kontext subjektiver Rechte von einem *Anspruch* die Rede ist, denkt man naheliegender Weise an einen Anspruch i.S.v. § 194 BGB: „Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“.<sup>135</sup> Allerdings ist damit – um erneut meine eingangs eingeführte Differenzierung aufzugreifen – lediglich der Rechtsinhalt bzw. Rechtsgegenstand (*ius materialiter*) erfasst. Habe ich ein subjektives Recht, kann ich jedoch nicht nur den Gegenstand des Rechts (d.h. die Erfüllung der Verhaltenspflicht) beanspruchen, sondern – als dessen Möglichkeitsbedingung *iure formaliter* – auch die Anerkennung meines Status als Rechtsinhaber, der vom Rechtsadressaten erst auf Grund dieses Status das geschuldete Verhalten verlangen kann. Insoweit also subjektive Rechte unter beiden Aspekten (*ius materialiter* und *ius formaliter*) zu betrachten sind, lässt sich diese Differenzierung auch auf die praktische Einforderung subjektiver Rechte übertragen. Hierzu möchte ich begrifflich zwei Arten der *Beanspruchung* von Rechten unterscheiden: *performativ* und *assertorisch*.

Es wurde bereits dargestellt, dass subjektive Rechte dem Rechtsinhaber eine normative Autorität gegenüber dem Rechtsadressaten vermitteln. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass dem Anspruch des Rechtsinhabers eine Pflicht des Rechtsadressaten korreliert, über die der Rechtsinhaber ein Mindestmaß an Kontrolle hat.<sup>136</sup> Jedoch ist hiermit noch nichts darüber ausgesagt, auf welche Art und Weise der Rechtsinhaber seine normative Autorität gegenüber dem Rechtsadressaten beanspruchen kann. Analysiert man den *Akt* des Beanspruchens selbst, so lassen sich nach meiner Auffassung (zumindest)<sup>137</sup> eine performative und eine assertorische Art, Rechte zu beanspruchen, unterscheiden: Ein Recht wird *performativ* beansprucht, wenn  $\Phi$  – d.h. der Inhalt bzw. Gegenstand des Rechts – eingefordert oder durchgesetzt wird. Zum Beispiel beansprucht ein Verkäufer, der einen Kaufpreis einklagt und die Erfüllung der Kaufpreiszahlungspflicht seines Schuldners verlangt, sein Recht performativ. Im Unterschied hierzu wird ein Recht *assertorisch* beansprucht, wenn der durch subjektive Rechte vermittelte Status, als Berechtigter  $\Phi$  vom Verpflichteten verlangen zu können, eingefordert wird. So beansprucht der Verkäufer, der den Käufer auf das Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrags und der darin enthaltenen Pflicht zur Kaufpreiszahlung hinweist, sein Recht assertorisch. Eine ähnliche Unterscheidung trifft Feinberg:

„One important difference then between *making legal claim to* and *claiming that* is that the former is a legal performance with direct legal consequences whereas the latter is often a mere piece of descriptive commentary with no legal force. Legally speaking, *making claim to* can itself make things happen. This sense of ‚claiming‘

<sup>135</sup> Vgl. dazu schon oben S. 33.

<sup>136</sup> Vgl. oben S. 43 ff.

<sup>137</sup> Ich beanspruche mit dem Folgenden also keine vollständige Analyse.

then, might well be called ‚the performative sense.‘ [...] Claiming that one has a right [...] as opposed to ‚performative claiming‘ [...] is another sort of thing [...]. To claim that one has rights is to make an assertion that one has them, and to make it in such a manner as to demand or insist that they be recognized.“<sup>138</sup>

Dabei betont auch Feinberg die statusaffirmierende Bedeutung der assertorischen Beanspruchung von Rechten: „What is it to *have a claim* and how is this related to rights? I would like to suggest that *having a claim consists in being in a position to claim, that is, to make claim to or claim that*. [...] [A]nd only the valid ones [*sc.* claims] can be acknowledged as rights.“<sup>139</sup> Rechte in diesem Sinne – in meiner Diktion *assertorisch* – einzufordern, bringt gegenüber dem Rechtsadressaten die durch subjektive Rechte begründete normative Autorität zum Ausdruck: Man ist Berechtigter und nicht bloß Begünstigter einer Verhaltenspflicht oder gar Bittsteller freiwilliger Wohltaten.<sup>140</sup>

Doch besteht wirklich ein gehaltvoller Unterschied zwischen diesen beiden Arten, sein Recht zu beanspruchen? Es ließe sich ja auch argumentieren, dass die Geltendmachung subjektiver Rechte im Kern in der performativen Beanspruchung besteht und dass sich die assertorische Beanspruchung demgegenüber lediglich in der Aussage erschöpft, zu einer performativen Beanspruchung befugt zu sein. So gesehen – so der denkbare Einwand – verhält sich die assertorische zur performativen Beanspruchung parasitär und hat keinen eigenständigen Gehalt. Dieser denkbare Einwand verkennt jedoch, dass performative und assertorische Beanspruchung von Rechten nicht bloß unterschiedliche Arten sind, ein und dasselbe auszudrücken. Vielmehr wird hierbei jeweils etwas Anderes vom Rechtsadressaten eingefordert: Bei der performativen Beanspruchung „Ich fordere  $\Phi$  ein.“ geht es nämlich darum, *etwas* (den Rechtsinhalt  $\Phi$ , das *ius materialiter*) zu verlangen, dessen Erfüllung bzw. Gewährung dem Rechtsadressaten obliegt. Hingegen wird bei der assertorischen Beanspruchung „Ich bin zu  $\Phi$  berechtigt.“ eine normative Autorität behauptet, nämlich *dass* man innerhalb des Rechtssystems gleicher Rechtssubjekte *iure formaliter* als besonders berechtigter Rechtsinhaber ausgewiesen ist. Wer dies gegenüber dem Rechtsadressaten behauptet, der fordert ihn zur Anerkennung dieser normativen Autorität auf. Man beansprucht also nicht, *etwas* zu bekommen bzw. dass *etwas* geschehe, sondern man beansprucht, *jemand* zu sein. Sicherlich geht die Durchsetzung eines Rechts *materialiter* (performative Beanspruchung) denklogisch mit der Feststellung

<sup>138</sup> Feinberg 1980b, S. 150.

<sup>139</sup> Feinberg 1980b, S. 151 f.

<sup>140</sup> Dass sich subjektiv-rechtliche Autorität gerade hierdurch auszeichnet, wird vielfach angenommen, vgl. nur Feinberg 1980a, S. 141 f.; R. Martin/Nickel, *American Philosophical Quarterly* 1980, S. 165, 167 ff.; Tugendhat 1992, S. 367; Wildt 1992, S. 166 f.; S. L. Darwall 2006, S. 18 und H. Hahn 2008, S. 145.

einher, *iure formaliter* dazu berechtigt zu sein. Gleichwohl hat die isolierte Feststellung, Rechtsinhaber zu sein (assertorische Beanspruchung) eine eigenständige Bedeutung, weil der Rechtsinhaber hiermit allein seinen Status geltend machen und anerkannt wissen möchte. In der assertorischen Beanspruchung subjektiver Rechte liegt mithin die isolierte Aufforderung zur Anerkennung der normativen Autorität als Rechtsinhaber.

Da sich die assertorische Beanspruchung subjektiver Rechte unmittelbar auf den Status als autoritatives Rechtssubjekt bezieht, kommt hierin auch besonders deutlich die bereits festgestellte zweitpersonale Struktur subjektiv-rechtlicher Beziehungen zum Tragen:<sup>141</sup> Einerseits ist die direkte Ansprache des Rechtsadressaten durch den Rechtsinhaber Ausdruck der normativen Autorität, die ihm subjektive Rechte *de jure* vermitteln. Andererseits kann hierin nur dann eine erfolgreiche assertorische Beanspruchung liegen, wenn der Rechtsinhaber den Rechtsadressaten zugleich als normativ kompetentes und gleiches Rechtssubjekt anerkennt. Und erst dies macht es wiederum möglich, dass der Rechtsadressat den autoritativen Anspruch des anderen auf Anerkennung als legitim ansehen und seinerseits als kompetentes Rechtssubjekt nachvollziehen kann.

Aus diesem Grund ist die assertorische Beanspruchung subjektiver Rechte im Vergleich zur performativen Beanspruchung auch besonders eng mit dem besonderen Kommunikationsakt einer *second-personal address* verknüpft, wie sie im Rahmen des hier zugrunde gelegten Anerkennungskonzeptes vorgestellt wurde.<sup>142</sup> Danach liegt ein zweitpersonaler Kommunikationsakt genau dann vor, wenn es dem Sprecher wesentlich auch darauf ankommt, der angesprochenen Person mitzuteilen, dass *gerade er* sich an sie wendet. In ebendiesem Sinne geht es auch bei der assertorischen Beanspruchung von Rechten gerade – nämlich ausschließlich – darum, gegenüber dem Rechtsadressaten herauszustellen, dass man ihm mit normativer Autorität als Rechtsinhaber gegenübertritt. Insoweit also subjektive Rechte zweitpersonale Anerkennungsansprüche begründen, geht mit ihnen die Befugnis des Rechtsinhabers einher, diese Ansprüche auch zweitpersonal zu adressieren. Das heißt, vom Rechtsadressaten Anerkennung der eigenen Autorität einzufordern, also der Tatsache, dass man Berechtigter ist.<sup>143</sup> Vor diesem Hintergrund wird man auch sagen müssen, dass die assertorische Beanspruchung subjektiver Rechte

<sup>141</sup> Vgl. oben S. 157 ff. und bezogen auf Darwall oben S. 150 f.

<sup>142</sup> Vgl. oben S. 153.

<sup>143</sup> Von einer assertorischen Beanspruchung kann folgerichtig nur gesprochen werden, wenn sie gegenüber dem rechtlich Verpflichteten erfolgt. Gegenüber einem Dritten ist die Aussage, Rechtsinhaber zu sein, rein deskriptiv: Wenn A zu B sagt, gegenüber C berechtigt zu sein, kann nicht davon gesprochen werden, dass A etwas beansprucht. Er stellt lediglich fest, dass ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und C besteht. Gleiches gilt, wenn B gegenüber C feststellt, dass A berechtigt ist. Wenn A jedoch zu

auf eine unvermittelte intersubjektive Interaktion (zumindest von Seiten des Rechtsadressaten)<sup>144</sup> abzielt. Denn während es bei der performativen Beanspruchung letztlich gleichgültig sein kann, durch oder von wem die Rechtspflicht *iure materialiter* erfüllt wird,<sup>145</sup> ist die Anerkennung des Rechtsstatus *iure formaliter* immer an die Person des Rechtsadressaten gebunden. Nur von demjenigen kann Anerkennung rechtlicher Autorität gefordert werden und auch nur derjenige kann sie leisten, der sie dem Rechtsinhaber tatsächlich auch schuldet. Und auch nur von diesem kann sie im Falle der Verweigerung verletzt werden.<sup>146</sup> Da die assertorische Rechtsausübung allein in der Statusbehauptung gegenüber dem Rechtsadressaten besteht, ist sie – was weniger für den materiellen Unrechtsbegriff, als das Strafverfahren von Bedeutung sein wird –<sup>147</sup> somit höchstpersönlich.

#### d) Anerkennung als normatives Strukturmerkmal subjektiver Rechte

Vorstehend wurde – ausgehend von der Formulierung eines Anerkennungskonzeptes im Anschluss an Kant und Darwall sowie der zuvor geleisteten Strukturanalyse subjektiver Rechte – dargelegt, dass und wie subjektive Rechte Anerkennungsverhältnisse konstituieren. Danach ist *qua* positivrechtlicher Zuschreibung subjektiver Rechte (welcher Art auch immer diese sein mögen) ein intersubjektives Anerkennungsverhältnis konstituiert, welches dem Rechtsinhaber einen Anspruch auf Anerkennung seiner praktischen Autorität vermittelt, die jedoch im geteilten gemeinsamen Status als gleiche Subjekte der Rechtsgemeinschaft ihre Grundlegung findet.

---

C sagt, ihm gegenüber berechtigt zu sein, liegt hierin die Beanspruchung des Status der Rechtsinhaberschaft und die Aufforderung an C, ebendiese anzuerkennen.

<sup>144</sup> *Prima facie* möglich scheint mir hingegen eine Stellvertretung auf Seiten des Rechtsinhabers. Insoweit dieser auf Grund der mit subjektiven Rechten einhergehenden Kontrolle (vgl. oben S. 43 ff.) sein Recht grundsätzlich frei übertragen kann (mithin auch seine besondere normative Autorität im Verhältnis zum Rechtsadressaten *gänzlich* transferieren kann), scheint eine Stellvertretung *a maiore ad minus* ebenfalls möglich zu sein.

<sup>145</sup> Denn hier ist das Begehren allein auf den Rechtsinhalt gerichtet, dessen Gewährung – von gesetzlich oder vertraglich vorgeschriebener Höchstpersönlichkeit abgesehen – nicht an eine bestimmte Person gebunden ist. Wenn beispielsweise ein Kaufpreiszahlungsanspruch performativ geltend gemacht wird, ist es gleichgültig, ob der Schuldner selbst zahlt oder ob ein Dritter die Schuld begleicht. Denn der Rechtsinhaber begehrt ausschließlich die Zahlung von Geld.

<sup>146</sup> Vgl. mit Überlegungen, die in eine ähnliche Richtung tendieren, bereits *Wellman*, *American Philosophical Quarterly* 1999, S. 209, 221 f.

<sup>147</sup> Vgl. zur Relevanz dieser Überlegungen für das Strafverfahren und das Prozessrechtsverhältnis noch unten S. 275 ff., 290 ff. und S. 302 ff.

Nun mag noch einmal die Frage aufkommen, worin der Mehrwert dieses Konzepts subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung gegenüber alternativen Begründungsansätzen, wie den eingangs schlaglichtartig vorgestellten,<sup>148</sup> besteht. Meines Erachtens kann dieser Mehrwert nicht in der Feststellung bestehen, *dass* subjektive Rechte Anerkennung vermitteln. Der Mehrwert besteht vielmehr in dem Nachweis, *wie* sie dies tun: namentlich allein auf Grund ihrer normativen Struktur. Denn *Anerkennung* wurde als normatives Strukturmerkmal positiv-rechtlich anerkannter subjektiver Rechte ausgewiesen, da sich deren Normativität durch Statusbezogenheit, vorrangige Verbindlichkeit und Zweitpersonalität auszeichnet.

Gerade hierin beweist sich die Attraktivität des hier entwickelten Anerkennungsbegriffs aus juristischer Sicht: Er ist in begründungstheoretischer Hinsicht prämissenarm und damit nicht auf eine anspruchsvolle Metaphysik oder ein voraussetzungsreiches Verständnis praktischer Vernunft angewiesen. Vielmehr lässt sich rechtlich vermittelte Anerkennung anhand einer Strukturanalyse der Normativität des positiven Rechts nachweisen. Hierdurch wird Anerkennung außerdem spezifisch rechtlich adressiert. Anerkennung ist in diesem Sinne gewissermaßen ein Annex subjektiver Rechte und damit etwas, dass wir einander schulden, weil wir durch subjektive Rechte berechtigt und verpflichtet werden. Damit wird Anerkennung weder für die Identitätskonstitution bemüht noch wird sie erst innerhalb einer bestimmten normativen Ethik bzw. ausgehend von einer bestimmten Vorstellung des guten Lebens verständlich. In dieser Hinsicht lässt sich das hier entwickelte Anerkennungskonzept ohne Begründungsprobleme auf juristische Sachverhalte übertragen, weil es nicht *per se* von einem positivistischen Standpunkt aus angreifbar ist. Ausgehend von der hier geleisteten Strukturanalyse subjektiver Rechte ist die Vermittlung von Anerkennung vielmehr inhärentes Merkmal der Normativität des positiven Rechts.<sup>149</sup>

## II. Statusverletzung und die Unterscheidung zwischen Zivil- und Kriminalunrecht

Wie tragen nun die vorstehenden Überlegungen zur Unterscheidung zwischen Zivil- und Kriminalunrecht<sup>150</sup> bei? Wie eingangs festgestellt wirft ein

<sup>148</sup> Vgl. oben S. 136 ff.

<sup>149</sup> Dies motiviert auch den methodischen Ansatz der gesamten Untersuchung, vgl. oben S. 20 ff.

<sup>150</sup> Ich beschränke mich zunächst auf die Unterscheidung zwischen Zivil- und Strafunrecht. Das von mir im Folgenden dargelegte Spezifikum von Kriminalunrecht besteht aber auch *mutatis mutandis* im Verhältnis zum öffentlichen Recht. Vgl. hierzu sogleich S. 194 ff.



Verständnis von Kriminalunrecht, wonach subjektive Rechte nicht nur Schutzgut des Strafrechts sind, sondern Kriminalunrecht auch noch selbst subjektiv-rechtlich strukturiert ist, die Frage auf, ob es hierdurch nicht zu einer Nivellierung der Unterschiede zwischen Zivil- und Straf(un)recht kommt. Denn insoweit Zivilunrecht ebenfalls in der Verletzung subjektiver Rechte besteht, scheint keine sinnvolle Abgrenzung zwischen Zivil- und Kriminalunrecht möglich zu sein. Die Frage lautet also: Gibt es trotz der Charakterisierung des Verbrechens als Verletzung subjektiver Rechte Kriterien, welche *de lege lata* eine Unterscheidung zwischen Zivil- und Kriminalunrecht ermöglichen?<sup>151</sup>

Traditionell gibt es zur Unterscheidung von Zivil- und Kriminalunrecht zwei Differenzierungsstrategien: Zunächst lässt sich eine quantitative Abschichtung vornehmen, wonach sich Kriminalunrecht dadurch auszeichnet, dass es ein besonders hohes Maß an Unrecht darstellt. Diese Auffassung präsupponiert somit einen für die Gesamtrechtsordnung einheitlichen Unrechtsbegriff und streitet einen qualitativen Unterschied zwischen Zivil- und Kriminalunrecht ab.<sup>152</sup> Allerdings erweist sich eine solche quantitative Abschichtung von strafwürdigem Verhalten gegenüber einfachem Zivilunrecht *de lege lata* als inadäquat, sind doch auch ein Diebstahl geringwertiger Sachen oder ein Betrug mit geringem Vermögensschaden (obgleich absolute

---

<sup>151</sup> Mit dieser Frage kommt der Unterscheidung zwischen Zivil- und Kriminalunrecht freilich nur ein beschränkter Erklärungsanspruch zu. So wird etwa – um ein Beispiel herauszugreifen – eine gesetzgebungskritische Rechtsgutslehre die Abgrenzung anhand des Kriteriums der Rechtsgutsverletzung vornehmen, um einen (vorpositiven) kritischen Maßstab für Strafgesetzgebung zu begründen (vgl. oben S. 55 ff. und unten Fn. 155). Demgegenüber verbinde ich mit der Abgrenzung von Zivil- und Kriminalunrecht einen anderen Erklärungsanspruch. Ausgehend von einer rechtlichen Strukturanalyse geht es mir alleine darum, welche Kriterien innerhalb eines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht eine Unterscheidung von Zivilunrecht *de lege lata* rechtfertigen. Ein kritisches Potenzial kann sich hieraus nur insoweit ergeben, als sich durch Analyse des geltenden Rechts Wertungswidersprüche aufdecken und davon ausgehend Anforderungen an eine kohärente, in sich stimmige Unterscheidung zwischen Zivil- und Strafrecht formulieren lassen. Dieses kritische Potenzial ist freilich nur vorläufig, denn eine (vorpositive) Bindung des Gesetzgebers ist hiermit nicht verbunden. Vgl. dazu auch noch eingehend unten S. 181 ff. mit Fn. 184 sowie zu meinem methodischen Ansatz oben S. 20 ff.

<sup>152</sup> Vgl. etwa H.-L. Günther, JuS 1978, S. 8, 13 f. und H.-L. Günther 1983, S. 179 ff., nach dem Strafrecht nur bei strafwürdigem Unrecht Platz greift. Im Anschluss an H.-L. Günther 1983, S. 89 ff. spricht auch MüKo-StGB-Schlehofer, Vor § 32 Rn. 57 von einem gewissen Unrechtsquantum, das „nach dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot für die strafrechtliche Missbilligung erforderlich ist“. Vgl. von einem Unrechtsquantum sprechend auch Rudolphi. GS Kaufmann, 1989, S. 374 und sich mit partiell ähnlichen Überlegungen in gedanklicher Nähe zu Günther verortend Ktnerim 2018, S. 57. Vgl. kritisch zu einem universellen Unrechtsbegriff Lesch 1999, S. 175 ff.; Schünemann 1984, S. 55 ff. sowie Kindhäuser 1989, S. 29 ff.



Strafantragsdelikte) gegenwärtig strafwürdiges Unrecht. Auch zeigt sich gerade hier die fehlende quantitative Abgrenzbarkeit zu bloßem Zivilunrecht. Denn zurecht weist schon Wolff darauf hin, dass „[e]in einfacher Vertragsbruch [...] erheblich höheren Schaden als ein Delikt haben [kann]“.<sup>153</sup> Ein Betrug mit einem Vermögensschaden von wenigen hundert Euro stellt Kriminalunrecht dar, wohingegen ein schuldhafter Schuldnerverzug mit einem Schaden in Millionenhöhe nur Unrecht im bürgerlich-rechtlichen Sinne ist. Mit rein quantitativen Kriterien lassen sich mithin Straf- und Zivilunrecht weder adäquat erfassen noch sinnvoll voneinander abgrenzen.

Damit verbleibt für eine sinnvolle Abgrenzung von Kriminal- und Zivilunrecht allein ein qualitatives Kriterium, wonach eine Straftat eine Unrechtsverwirklichung *sui generis* darstellt und sich von bloßem Zivilunrecht spezifisch unterscheiden lässt.<sup>154</sup> Worin genau dabei das Unterscheidungskriterium besteht, hängt freilich vom zugrundeliegenden materiellen Unrechtsbegriff ab, insoweit sich dieser als Wesensbestimmung von Kriminalunrecht verstehen lässt.<sup>155</sup> Doch hilft es auf dem Boden des hier dargelegten Unrechtsverständnisses ersichtlich wenig, schlicht darauf zu verweisen, dass sich Kriminalunrecht durch eine Verletzung subjektiver Rechte auszeichnet. Das Abgrenzungsproblem besteht ja allererst, weil Zivilunrecht und Strafunrecht gleichermaßen eine Verletzung subjektiver Rechte darstellen. Eine sinnvolle Abgrenzung von Zivil- und Kriminalunrecht ist vor diesem Hintergrund nur möglich, wenn es gelingt, Unterschiede in der Art und Weise herauszustellen, wie sich die Verletzung subjektiver Rechte aus Sicht des Strafrechts bzw. des

<sup>153</sup> Vgl. E. A. Wolff 1987, S. 214, zustimmend Kleinert 2008, S. 115 und ebenso Zaczyk 1989, S. 200.

<sup>154</sup> So auch Lesch 1999, S. 190 ff.; E. A. Wolff 1987, S. 139, 214 f.; Welzel 1969, S. 52 und z. T. auch schon Binding 1922 (1965), S. 298 ff. (vgl. dazu unten Fn. 167).

<sup>155</sup> Etwa haben nach den auf einem kritischen Rechtsgutskonzept beruhenden Unrechtslehren nur solche Verhaltensweisen den Charakter strafwürdigen Kriminalunrechts, die strafrechtliche Rechtsgüter verletzen. Die Abgrenzung von Kriminalunrecht wird damit kriteriologisch an die inhaltliche Ausfüllung eines gesetzgebungs-kritischen Rechtsgutskonzepts zurückgebunden. Vgl. dazu eingehend schon oben S. 55 ff. Kriminalunrecht zeichnet sich also bspw. durch Verletzung derjenigen „Gegenstände, die der Mensch zu seiner freien Selbstverwirklichung braucht“ (Marx 1972, S. 62), oder der Gegebenheiten, die „für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines [...] staatlichen Systems notwendig sind“ (Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 7), aus. Umgekehrt verorten Unrechtslehren, die auf eine Schädigung der gesellschaftlichen Wertordnung abstellen, Kriminalunrecht in der Regel dort, wo der Kernbereich gesellschaftlich systemrelevanter Normen tangiert wird. Vgl. hierzu oben S. 66 ff. So besteht nach G. Jakobs 1991, § 3 Rn. 10 Kriminalunrecht – wie er allerdings in Abgrenzung zur Ordnungswidrigkeit ausführt – im Angriff auf die Geltung „derjenigen Normen, die zum Kernbereich gehören“, deren Bruch „ein elementares Prinzip [verletzt], das zur Definition der Gesellschaft [...] erheblich ist“.

Zivilrechts vollzieht. Im Folgenden möchte ich nachweisen, dass dies über das Kriterium der *Statusverletzung* gelingen kann, da allein das Strafrecht der Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennungsansprüche unrechtskonstitutive Bedeutung beimisst.<sup>156</sup> Konkret: Kriminalunrecht zeichnet sich dadurch aus, dass man sich über die normative Autorität, die subjektive Rechte dem Rechtsinhaber einräumen, vorwerfbar hinwegsetzt.

Um dies zu erläutern, seien zunächst die zurückliegenden argumentativen Schritte noch einmal rekapituliert: In Kapitel B. wurde die Rechtsverletzungslehre als vorzugswürdige materielle Unrechtslehre ausgewiesen. Die Rechtsverletzungslehre wurde jedoch dahingehend präzisiert, dass bei einwilligungsfähigen Individualrechtsgütern auch in Ansehung der strafbewehrten Verhaltenspflicht von einer Verletzung subjektiver Rechte des Rechtsgutsinhabers gesprochen werden kann. Denn insofern bei Individualrechtsgütern der Zustimmung des Rechtsgutsinhabers unrechtsausschließende Bedeutung zukommt, ist er es, der die strafbewehrte Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert. Das macht den Anspruch auf Einhaltung strafbewehrter Verhaltensanforderungen im konkreten Fall zu seinem subjektiven Recht. Entsprechend schuldet der Täter als Subjekt strafbewehrter Verhaltenspflichten die Pflichterfüllung ihm gegenüber, sodass – im Falle der Zuwiderhandlung – gerade dem Rechtsgutsinhaber Unrecht getan wird.<sup>157</sup> Darüber hinaus ließ sich soeben aufweisen, dass subjektiven Rechten auf Grund ihrer normativen Struktur eine Anerkennungsfunktion zukommt: Subjektive Rechte weisen dem Rechtsinhaber eine besondere normative Autorität zu und begründen so auf seiner Seite einen besonderen Rechtsstatus, dessen Anerkennung alle anderen Rechtsgenossen schulden. Gleichzeitig gründet sich dieser autori-

---

<sup>156</sup> Dass Kriminalunrecht als Störung eines zwischenmenschlichen Anerkennungsverhältnisses interpretiert werden kann, scheint aus anerkennungstheoretischer Perspektive außer Frage zu stehen. Erniedrigung oder Demütigung anderer sowie Instrumentalisierung anderer, die mit einer Vielzahl strafrechtlich kriminalisierter Verhaltensweisen einhergehen, werden häufig als paradigmatische Fälle der Verletzung zwischenmenschlich geschuldeter Achtung oder Anerkennung interpretiert, vgl. etwa Iser 2019, S. 12 f.: „In the course of mistreatment, torture and rape the perpetrators do not only intentionally inflict pain and injury on their victims but also deride the agency of the latter. [...] However, even less extreme forms of mistreating persons manifest disrespect. In these cases it is not necessarily denied that those under discussion are humans, but rather that they have equal moral and/or legal standing.“ Vgl. m. w. N. Schmetkamp 2012, S. 72 ff. und Gutmann 2019, S. 4 f. Im Unterschied hierzu möchte ich im Folgenden mehr nachweisen: Es geht nicht nur darum, dass Kriminalunrecht als Anerkennungsverletzung interpretiert werden kann. Vielmehr gilt es zu zeigen, dass die Verletzung der gegenüber anderen rechtlich geschuldeten Anerkennung das Proprium des Kriminalunrechts und damit das Abgrenzungskriterium gegenüber „bloßem“ Zivilunrecht ist.

<sup>157</sup> Vgl. oben S. 106 ff.

tative Rechtsstatus auf den gemeinsamen Status als gleiches Mitglied der Rechtsgemeinschaft.<sup>158</sup>

Diese Anerkennungsfunktion lässt sich angesichts der subjektiv-rechtlichen Struktur des Kriminalunrechts somit auch im Strafrecht feststellen: Wenn subjektive Rechte einen Anspruch auf Anerkennung als Rechtssubjekt vermitteln (und zwar als gleiches Mitglied der Rechtsgemeinschaft sowie *gleichzeitig* als dessen besondere Instanzierung in Form der besonderen Autorität des Rechtsinhabers) und wenn sich Kriminalunrecht (auch) als Verletzung des subjektiven Rechts desjenigen darstellt, der die konkrete strafbewehrte Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert, dann stellt Kriminalunrecht zugleich eine Verletzung dieses rechtlich vermittelten Anerkennungsanspruchs dar. Wie die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung zeigt, besteht der Handlungsunwert einer Straftat gerade in der Missachtung dieses *qua* Einwilligungsbefugnis bestehenden Rechtsstatus des Verbrechensoffers. Eine vorwerfbare Verhaltenspflichtverletzung liegt nämlich nur dann vor, wenn der Täter bei Vornahme der Verletzungshandlung realisiert, dass er ohne oder gegen den Willen des Verletzten handelt – mithin dass der verletzte Rechtsinhaber *qua* der ihm zukommenden Einwilligungsbefugnis einen Anspruch auf Unterlassung der strafbaren Handlung hat.

Dogmatisch findet dies seinen Ausdruck im Erlaubnistatbestandsirrtum über eine Einwilligung des Opfers. Denn ungeachtet der Frage, ob dieser Irrtum vorsatz-, vorsatzschuld- oder schuldausschließend wirkt,<sup>159</sup> macht er deutlich, dass der volldeliktisch handelnde Vorsatztäter wissen muss, dass er ohne Zustimmung des Betroffenen handelt. Die Verwirklichung von Strafrecht verlangt hierbei die Reflexionsleistung des Täters, durch die Verletzung der strafbewehrten Verhaltenspflicht den autoritativen Status des zustimmungsbefugten Opfers zu missachten. Folglich stellt die vorwerfbare Verletzung einer dem Opfer geschuldeten Verhaltenspflicht eine Statusverletzung und damit eine Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung dar. Oder positiv gewandt: Das Strafrecht verlangt von den Rechtsunterworfenen, den Rechtsstatus anderer nicht zu missachten und setzt damit einen gedanklichen Nachvollzug des besonderen normativen Status des Rechtsinhabers voraus.<sup>160</sup>

<sup>158</sup> Vgl. oben S. 157 ff.

<sup>159</sup> Vgl. zum hinlänglich bekannten Streitstand nur Rengier 2020, § 30 m. w. N.

<sup>160</sup> Hierin zeigt sich die Anerkennungsfunktion der subjektiv-rechtlichen Struktur des Kriminalunrechts, wie sie bereits oben allgemein für subjektive Rechte ausgeführt wurde (vgl. dazu oben S. 164 f.): Denn nur wer ein rechtlich geschuldetes Verhalten erbringt und dabei realisiert, dass ein Rechtsinhaber *qua* der ihm zukommenden Rechtsmacht hierauf einen Anspruch hat, erfüllt seine Pflicht *als* subjektive Rechtspflicht. Und genau aus diesem Grund beinhaltet die Verbindlichkeit, die mit subjektiven Rechten einhergeht, stets auch die Pflicht zur Anerkennung der besonderen Auto-

Wenn ich nun die Missachtung dieses subjektiv-rechtlich vermittelten Rechtsstatus als Spezifikum des Kriminalunrechts ausweise, so liegt dem die Beobachtung zugrunde, dass im Zivilrecht der Statusverletzung, d.h. der Missachtung der normativen Autorität des Rechtsinhabers durch Verletzung einer ihm gegenüber bestehenden Verhaltenspflicht, keine unrechtskonstitutive Bedeutung zukommt. Denn eine Statusverletzung ist an eine vorwerfbare Verhaltenspflichtverletzung gebunden, welche jedoch keine notwendige Voraussetzung von Zivilunrecht ist. Zwar bezweckt das Zivilrecht zweifelsohne den Schutz subjektiver Rechte, jedoch geschieht dies nicht immer durch Verhaltensnormen.<sup>161</sup> So ordnet etwa die Störerhaftung nach § 1004 BGB Haftungsfolgen an, ohne dass es zu einer vorwerfbaren Verhaltenspflichtverletzung seitens des Störers gekommen ist. Und bspw. im Straßenverkehr werden subjektive Rechte nicht durch Verhaltensnormen, sondern durch verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung nach § 7 StVG geschützt. Damit ist Zivilunrecht – anders als Kriminalunrecht –<sup>162</sup> nicht notwendig mit einer vorwerfbaren Verhaltenspflichtverletzung verbunden und ist somit selbst nicht notwendig subjektiv-rechtlich strukturiert.<sup>163</sup> Damit kommt der Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung – d.h. der vorwerfbaren Missachtung bzw. Nicht-Achtung des besonderen normativen Status,

---

rität des Rechtsinhabers. Dies gilt freilich nicht nur für subjektiv-rechtlich vermittelte Anerkennung, sondern für Anerkennung im Allgemeinen. Vgl. dazu nur *Schaber*, Analyse und Kritik 2009, S. 351, 353; *Schmetkamp* 2012, S. 44, 49; *Pinsdorf* 2016, S. 208 und *Dillon* 2018, S. 5 ff. Im Kriminalunrecht begegnet uns nun spiegelbildlich hierzu der pathologische Fall einer Verletzung eines subjektiv-rechtlich vermittelten Anerkennungsanspruchs, da die Täterin durch die Verhaltenspflichtverletzung den autoritativen Rechtsstatus des verletzten zustimmungsbefugten Opfers in vorwerfbarer Weise missachtet.

<sup>161</sup> Mit Blick auf die Abgrenzung von Zivil- und Kriminalunrecht ist auf dem Boden der hier im Grundsatz geteilten Rechtsverletzungslehre zwischen Rechtszuweisungsordnung und Verhaltensnorm zu unterscheiden. Dabei sind die subjektiven Rechte der Rechtszuweisungsordnung und die Verhaltensnormen, die den Schutz der ersteren bezwecken, nicht komplementär zueinander. Nicht jedes privatrechtlich anerkannte subjektive Recht wird von Seiten der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft auch durch entsprechende Verhaltensnormen geschützt und in noch weniger Fällen unter Androhung einer strafrechtlichen Sanktion. Vgl. hierzu aus strafrechtlicher Sicht bereits oben S. 107 ff.

<sup>162</sup> Vgl. hierzu mit weiterführenden Ausführungen auch *Haas* 2002, S. 98 ff. und *Matt/Renzikowski-Renzikowski*, Einleitung Rn. 18 ff. sowie *Patsourakou* 1994, S. 176 ff.; *Kleinert* 2008, S. 102 f. mit Fn. 176 und *Knierim* 2018, S. 35. Vgl. dazu auch schon *Binding* 1922 (1965), S. 285 f. und 306 f.

<sup>163</sup> Zur Klarstellung: Ich spreche hier nun allein vom subjektiven Recht in Ansehung der konkreten Verhaltenspflicht, die aus einer allgemeinen Verhaltensnorm folgt. Es geht also nicht um die subjektiven Rechte auf Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung, welche durch die Verhaltensnorm geschützt werden (vgl. auch oben Fn. 161).

den subjektive Rechte vermitteln – im Zivilrecht keine unrechtskonstitutive Bedeutung zu.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass zivilrechtliche Haftung neben verschuldensunabhängiger Haftung auch die Haftung infolge vorwerfbarer Verletzung von Verhaltensnormen (paradigmatisch ist die deliktische Haftung nach § 823 BGB) kennt. Zugegebenermaßen kann der deliktischen Haftung – mit Blick auf die Verletzung des subjektiven Rechts, welches der Verhaltenspflicht nach § 823 BGB korreliert –<sup>164</sup> prinzipiell eine anerkennungstheoretische Bedeutung beigemessen werden. Und bei einer rein formal-normentheoretischen Betrachtung lässt sich insoweit kein Unterschied zwischen Zivil- und Kriminalunrecht ausmachen, da das Unrecht aus zivil- und strafrechtlicher Sicht beide Male in einer schuldhaften Verhaltenspflichtverletzung liegt.<sup>165</sup> Letztere ist jedoch – wie schon die Existenz von Haftungstatbeständen ohne Verhaltensnormübertretung zeigte – nicht das Spezifikum zivilrechtlichen Unrechts.<sup>166</sup>

Auch schon Binding sah hierin mit Blick auf die Rechtsfolgende den maßgeblichen Unterschied des Zivilunrechts gegenüber dem Kriminalunrecht<sup>167</sup> und hält resümierend fest: „Die Strafe findet also ihre Rechtfertigung in dem Tatbestand des Delikts als solchem; [...] der Schadensersatz findet

<sup>164</sup> Es sei nochmals (vgl. schon Fn. 161 und 163) betont, dass es mir allein um das subjektive Recht in Ansehung der konkreten Verhaltenspflicht geht, die aus § 823 BGB folgt. Es geht also nicht um die subjektiven Rechte auf Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung, welche durch die § 823 BGB zugrundeliegende Verhaltensnorm geschützt werden.

<sup>165</sup> So auch schon *Binding* 1922 (1965), S. 252 ff. So knüpfen mit Blick auf den Schutz des Eigentumsrechts (§ 903 BGB) zivilrechtlicher Schadensersatz nach § 823 BGB sowie strafrechtliche Sanktion nach § 303 StGB an dieselbe Verhaltenspflichtverletzung (das Eigentumsrecht nicht zu beeinträchtigen) an, da das Strafrecht keine eigenen Verhaltensnormen aufstellt, vgl. dazu bereits oben S. 96.

<sup>166</sup> Vgl. dies aufgreifend auch *Patsourakou* 1994, S. 176 ff.; kritisch jedoch *Frehe* 1987, S. 34 ff. und *Sarhan* 2006, S. 24 f.

<sup>167</sup> Vgl. *Binding* 1922 (1965), S. 284 ff. Hierbei ist jedoch zu betonen, dass Binding (wie übrigens – wenngleich mit anderer Argumentation – auch schon *Liszt* 1889, S. 26 ff. und *Merkel* 1867, S. 32 ff., insb. 43) im Grundsatz von einem einheitlichen Unrechtstypus von zivilem Delikts- und Kriminalunrecht ausgeht, vgl. *Binding* 1922 (1965), S. 237 ff. und 252 ff. Da es um dieselbe Verhaltensnormübertretung gehe, seien Strafunrecht und bürgerliches Deliktsunrecht gerade nicht wesensverschieden. Allerdings grenzt *Binding* ebd., S. 270 ff. auf Rechtsfolgende das Kriminalunrecht gegenüber dem Deliktsunrecht erneut danach ab, dass letzteres – insoweit hierauf Schadensersatz folgt – seinen Rechtsgrund in der Schadensverursachung finde, wohingegen Strafe allein an die vorwerfbare Normverletzung anknüpfe. Hierin liegt dann auch der Unterschied gegenüber *Merkel* 1867, S. 57 ff. begründet, der auch Schadenswiedergutmachung als originäre Folge von Kriminalunrecht begreift. Vgl. dazu auch *S. Walther* 2000, S. 227 ff.

darin seine Rechtfertigung nicht.“<sup>168</sup> Das Moment der Verhaltenspflichtverletzung ist in der zivilrechtlichen Deliktshaftung lediglich formale Tatbestandsvoraussetzung. Der materiale Unwert der Tat liegt im Schaden, der durch die Verletzung des durch die Verhaltenspflicht geschützten Rechts bzw. Interesses entstanden ist. Deswegen bestimmen sich mit Blick auf die Unrechtskompensation bspw. Art und Höhe eines Schadensersatzanspruchs auch ausschließlich nach der materiellen Rechtsverletzung, d.h. der Schadensart und -höhe. Anders als im Strafrecht spielt der Grad des Verschuldens – also in welchem Maße der Delinquent bewusst gegen Verhaltenspflichten verstoßen hat und nach meinem Verständnis die normative Autorität des Rechtsinhabers missachtet hat – hierfür (mit Ausnahme von § 254 und § 253 Abs. 2 BGB sowie Fällen der *diligentia quam in suis*) jedoch keine Rolle.<sup>169</sup> Und aus dem gleichen Grund kennt auch allein das Strafrecht eine Versuchshaftung und eine Haftung für abstrakte bzw. konkrete Gefahrschaffung, die der deliktischen Schadenshaftung fremd ist.<sup>170</sup> Anders gesagt: Insoweit es selbst im Deliktsrecht vordringlich um Wiederherstellung eines verletzten Rechtsinhalts geht, geht es nicht um eine Anerkennungsverletzung.<sup>171</sup>

Zusammenfassend lässt sich daher das Verhältnis von Zivil- und Kriminalunrecht wie folgt bestimmen: Sowohl das Zivil- als auch das Strafrecht schützen subjektive Rechte auf Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung<sup>172</sup> und knüpfen Haftungsfolgen an deren Verletzung. Mit Blick auf subjektive Rechte als Schutzobjekt unterscheiden sich Straf- und Zivilunrecht somit nicht. Jedoch ist allein das Kriminalunrecht seinerseits notwendig subjektiv-rechtlich strukturiert, weil es stets die Verletzung einer Verhaltenspflicht voraussetzt, wobei das Bestehen der Pflicht *qua* Einwilligungsbefug-

---

<sup>168</sup> Binding 1922 (1965), S. 290.

<sup>169</sup> Vgl. im Ergebnis ähnlich schon Binding 1922 (1965), S. 447 ff. und Patsourakou 1994, S. 177 f.

<sup>170</sup> Vgl. G. Jakobs 1991, § 1 Rn. 9 sowie auch S. Walther 2000, S. 220 ff., die jedoch im Ergebnis für einen einheitlichen Unrechtstypus von Delikts- und Kriminalunrecht argumentiert.

<sup>171</sup> Daher ist etwa Abraham 2019, S. 241 darin zu widersprechen, dass „zivilrechtliche[r] Schadensersatz [...] gleichfalls ein horizontales Anerkennungsverhältnis zwischen Personen betrifft“. Zivilrechtlicher Schadensersatz betrifft gerade nicht eine Anerkennungsverletzung, da Schadensersatz nur äußeren Verlust kompensiert, nicht jedoch eine Statusverletzung sanktioniert. Vgl. im Ergebnis ähnlich auch Zaczek 1989, S. 200. Allerdings darf dies nicht dahingehend missverstanden werden, dass nicht auch das Deliktsrecht – soweit es bspw. mit Blick auf eine Verhaltenspflichtverletzung nach § 823 BGB subjektiv-rechtlich strukturiert ist – Anerkennung vermittelt. Es entspricht lediglich unserer gegenwärtig vorfindbaren Rechtspraxis, dass die deliktische Haftung des Zivilrechts der Verletzung des personalen Kerns des subjektiven Rechts (d.h. des Status als autoritatives Rechtssubjekt) keine wesentliche Bedeutung beimisst.

<sup>172</sup> Vgl. das Schaubild oben S. 113.



nis in der deontischen Kontrolle des Rechts(guts)inhabers liegt. Bei disponiblen Individualrechtsgütern hat Kriminalunrecht damit notwendig selbst den Charakter einer Verletzung subjektiver Rechte. Hierin liegt der Unterschied gegenüber Zivilunrecht, welches diese subjektiv-rechtliche Struktur nicht aufweisen muss. Allein im Bereich der Deliktshaftung ließe sich mit Blick auf eine Einwilligungsbefugnis von einer subjektiven Rechtsverletzung sprechen. Kommt hingegen eine Gefährdungshaftung zum Zuge (bspw. § 7 StVG), kommt eine Rechtfertigung von vornherein nicht in Betracht, da die Gefährdungshaftung nicht an ein rechtswidriges Verhalten anknüpft. Weil Zivilunrecht somit keine Verletzung einer Verhaltenspflicht voraussetzt, ist es nicht notwendig subjektiv-rechtlich strukturiert.

Doch warum ist gerade der Aspekt der Anerkennungsverletzung das Spezifikum eines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht? Warum reicht es nicht aus, schlicht von einer Verhaltenspflichtverletzung zu sprechen? Dies lässt sich an der im vorigen Abschnitt vorgenommenen Differenzierung zwischen *ius materialiter* und *ius formaliter*<sup>173</sup> veranschaulichen: Denn in Ansehung des *ius materialiter* (d.h. hinsichtlich des vom Rechtsadressaten geschuldeten Verhaltens als dem Bezugsobjekt des subjektiven Rechts) unterscheidet sich das von mir dargestellte subjektiv-rechtliche Verständnis von Kriminalunrecht nicht gegenüber anderen normentheoretischen Betrachtungen des Strafrechts, wie etwa der geschilderten „klassischen“ Rechtsverletzungslehre: Die sanktionsbewehrte Pflichtverletzung ist nach beiden Ansichten *materialiter* dieselbe.<sup>174</sup> Das Spezifikum eines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht liegt vielmehr allein darin, dass die Verhaltenspflicht *gegenüber* dem Verletzten einzuhalten ist und dass durch die Pflichtverletzung *gerade dem* Verletzten Unrecht getan wird. Und diese Gerichtetheit der Pflichtverletzung lässt sich – dies hat die Übertragung des Anerkennungskonzepts auf subjektive Rechte gezeigt –<sup>175</sup> adäquat als Anerkennungsverletzung beschreiben.

Anknüpfend an Bindings Einsicht, dass die Strafe anders als der deliktische Schadensersatz ihre Rechtfertigung im Deliktstatbestand als solchem findet, lässt sich dies auch so veranschaulichen: Besteht aus strafrechtlicher Sicht der subjektiv-rechtliche Gehalt der Verhaltenspflichtverletzung gerade darin, dass der Verletzte *qua* Einwilligungsbefugnis die Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert. Und findet Strafe ihre Rechtfertigung – übertragen von Binding – allein in der Verhaltenspflichtverletzung, dann erschöpft sich der subjektiv-rechtliche Gehalt des Kriminalunrechts allein in der Missach-

<sup>173</sup> Vgl. oben S. 162 ff.

<sup>174</sup> Vgl. oben S. 70 ff. und mit Blick auf die Unterschiede zu meiner Konzeption S. 106 ff.

<sup>175</sup> Vgl. oben S. 156 ff.



tung dieser Kontrolle. Der subjektiv-rechtliche Unwert der Tat (bspw. einer Körperverletzung, § 223 StGB) besteht somit nicht in der Rechtsverletzung *materialiter* (d.h. in Ansehung der Verhaltenspflicht, den Verletzten nicht körperlich zu schädigen), sondern in der Rechtsverletzung *formaliter*: in der Missachtung des Verletzten als Rechtsinhaber, der in Ansehung der Verletzungshandlung gegenüber dem Täter über eine besondere normative Autorität verfügt, die ihrerseits im geteilten Status der Rechtssubjektivität gründet.<sup>176</sup> Mithin ist das Proprium eines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht eine Statusverletzung, die in nichts anderem besteht als der Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung.

Im Ergebnis ist also mit der als Anerkennungsverletzung ausgewiesenen Statusverletzung ein qualitatives Unterscheidungskriterium angegeben, welches Kriminalunrecht *de lege lata* gegenüber Zivilunrecht abgrenzt. In dieser Hinsicht ähnelt mein Ansatz ein Stück weit denjenigen Unrechtslehren, die (trotz des unterschiedlichen geltungstheoretischen Status des Anerkennungskonzepts)<sup>177</sup> Kriminalunrecht ebenfalls als Anerkennungsverletzung begreifen.<sup>178</sup> Denn auch diese ziehen das Kriterium der Anerkennungsverletzung zur Abgrenzung von Kriminal- und Zivilunrecht heran, etwa indem sie für Kriminalunrecht die Betroffenheit des Verletzten „in der Basis [sc. seiner] Selbstständigkeit“<sup>179</sup> oder eine Verletzungshandlung, die „so beschaffen [ist], daß über sie das Gleichheitsverhältnis zerstört wird“,<sup>180</sup> verlangen.<sup>181</sup> Ich

---

<sup>176</sup> Kontrastiv zeigt sich dieser Unterschied gegenüber „klassischen“ normentheoretischen Betrachtungen des Strafrechts (vgl. oben S. 74 ff.) gerade im Vergleich zu *Binding* 1922 (1965), S. 96 ff. Denn dieser begriff die Normverletzung, an welche Strafsanktion anknüpft, primär als Verletzung des staatlichen Herrschaftsrechts auf Gehorsam, weshalb Kriminalunrecht sich stets im Subordinationsverhältnis von Staat und Täter vollziehe, da die Verletzung des „Gehorsamsrecht[s] [...] nie ein Privatrecht“ (ebd., S. 97) sein könne. Vgl. dazu auch schon oben S. 53. Im Vergleich hierzu verortete auch ich Kriminalunrecht in der Verletzung einer strafbewehrten Verhaltenspflicht, sodass meine Kriminalunrechtsbestimmung auf der Ebene des *ius materialiter* identisch ist. Jedoch ist diese Pflicht nicht gegenüber dem Staat einzuhalten, sondern gegenüber dem einwilligungsbefugten Verletzten, sodass ein Unterschied in der Kriminalunrechtsbestimmung allein auf Ebene des *ius formaliter* besteht.

<sup>177</sup> Vgl. dazu schon oben S. 80 ff. und sogleich Fn. 183.

<sup>178</sup> Vgl. oben S. 77 ff.

<sup>179</sup> So E. A. Wolff 1987, S. 211; vgl. ähnlich auch Köhler 1997, S. 22.

<sup>180</sup> Zaczyk 1989, S. 200.

<sup>181</sup> Zum Teil ähnliche Überlegungen finden sich auch schon bei *Hegel* 1820 (1955), § 85, nach dem bspw. im Falle einer Eigentumsverletzung das bloße Zivilunrecht gerade nicht die „Anerkennung des Rechts als des Allgemeinen und Entscheidenden, so daß die Sache dem gehören soll, der das Recht dazu hat“, tangiert, sondern „nur die *Subsumtion* der Sache unter das Eigentum des einen oder des anderen [betrifft]“. Demgegenüber bestehe das Kriminalunrecht darin, dass gewaltsam „das Recht als Recht verletzt“ und „die *Rechtsfähigkeit* [...] negiert wird“ (ebd., § 95). Allerdings

teile mit diesen Ansätzen die Überzeugung, dass Kriminalunrecht eine Statusverletzung bewirkt, weil durch die Straftat der Verletzte in seinem Rechtsstatus herabgesetzt wird.<sup>182</sup> Anders als bei diesen stellt jedoch das Kriterium der Anerkennungsverletzung bei mir kein vorpositives Strafwürdigkeitskriterium dar<sup>183</sup> und kann dies auf Grund des in dieser Untersuchung gewählten methodischen Ansatzes auch nicht sein:<sup>184</sup> Ist Anerkennung im Strafrecht

---

findet Anerkennung bei Hegel ihren Fluchtpunkt nicht in intersubjektiver, sondern institutionalisierter Anerkennung (vgl. oben S. 139), wodurch das Verbrechen die allgemeine Geltung des Rechts in Frage stellt, sodass auch Strafe der „Wiederherstellung des Rechts“ (ebd., § 99) dient. Es geht bei Kriminalunrecht somit um einen Anerkennungsverlust *des Rechts*, weshalb bei der Strafdurchsetzung als „Recht gegen das Verbrechen [...] [s]tatt der verletzten Partei [...] das verletzte *Allgemeine* auftritt“, das im Gerichte eigentümliche Wirklichkeit hat, und [...] Verfolgung und Ahndung des Verbrechens [übernimmt]“ (ebd., § 220). Ein solches Verständnis der Straftat als Verletzung institutioneller Anerkennung (vgl. dazu auch *Mohr* 1997, S. 107f. *Siep* 2014, S. 122 ff.; *Schmetkamp* 2012, S. 117; *Sarhan* 2006, S. 26 ff.; *Kaiser* 1999, S. 107 ff.; *Köhler* 2017, S. 53 ff. und dies in eigener Interpretation aufgreifend *G. Jakobs* 2008, S. 34 ff. und *Pawlik* 2004, S. 75 ff.) unterscheidet sich grundlegend von dem hier dargelegten Verständnis subjektiv-rechtlich vermittelter (und damit rein intersubjektiver) Anerkennung, vgl. dazu auch unten S. 184 ff. mit Fn. 198 sowie S. 277, Fn. 301.

<sup>182</sup> Vgl. zur Herabsetzung des anderen durch die Straftat erneut *E. A. Wolff*, ZStW 1985, S. 786, 819 ff. und *Zaczyk* 1999b, S. 7 ff. sowie ebenfalls von einer hierdurch bewirkten Statusverletzung sprechend *S. Walther* 2000, S. 245.

<sup>183</sup> Hierin unterscheidet sich mein Ansatz grundlegend von den vorgenannten Unrechtslehren, die einem vorpositiv verstandenen Kriterium der Anerkennungsverletzung gesetzgebungskritisches Potenzial beimessen möchten (vgl. oben S. 77 ff.). Strafwürdiges Kriminalunrecht liege nur dort vor, wo es zu einer Verletzung des „rechtlich konstituierten Basisvertrauens“ dadurch komme, dass „ein Anderer oder der Staat in einer Art verletzt werden, auf die er sich [...] nicht aus eigener Kraft einstellen kann“ (*E. A. Wolff* 1987, S. 213). Vgl. ähnlich *Zaczyk* 1989, S. 199 ff. und *Gierhake* 2005, S. 108 ff. Auch einige Vertreter der Rechtsverletzungslehre (vgl. zu dieser oben S. 70 ff.) lassen sich ähnlich lautend ein, etwa wenn *Kleinert* 2008, S. 114 ff. Kriminalunrecht als „Aufhebung des Basisvertrauens in die Aufrechterhaltung wechselseitiger Anerkennungsverhältnisse“ charakterisiert. Vgl. teils ähnlich auch *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 565 ff. nach dem sich Kriminalunrecht dadurch auszeichnet, dass „die Tat nicht nur den Einzelnen in seiner Rechtssubjektivität, sondern zugleich die normative Struktur der Rechtsordnung insgesamt beeinträchtigt“. Dieser räumt jedoch ein, dass hiermit „[e]in klares Kriterium, um strafwürdiges Verhalten von der – bloßen – Zivilrechtswidrigkeit abzuscheiden, [...] noch nicht benannt [ist]“. Vgl. mit Kritik an vorpositiven gesetzgebungskritischen Unrechtslehren und dem verbleibenden rechtsimmanenten kritischen Potenzial meines Ansatzes noch eingehend unten S. 199 ff.

<sup>184</sup> Vgl. dazu erneut oben S. 20 ff., wonach ich mich in dieser Untersuchung auf eine Strukturanalyse des positiven Rechts beschränke. Danach kann die Frage, *warum* oder *wann* dem Einzelnen ein so gewichtiger Status zukommt, dass dieser Verhaltenspflichten begründet, an die das Strafrecht Sanktionen knüpfen kann oder soll, hier nicht beantwortet werden. Sicherlich ließe sich ausgehend von den Erwägungen, die

nämlich gewissermaßen ein Annex der subjektiv-rechtlichen Struktur des Kriminalunrechts, insoweit *qua* Einwilligungsbefugnis sanktionsbewehrten Verhaltenspflichten eine subjektiv-rechtliche Berechtigung des Einwilli-

---

*de lege lata* die Statusverletzung als Abgrenzungskriterium ausweisen, auch ein Strafwürdigkeitskriterium entwickeln, das einen (vorpositiven) kritischen Maßstab zur Beurteilung von Strafgesetzgebung böte. Insoweit wäre es naheliegend, dem für ein willentheoretisches Verständnis subjektiver Rechte charakteristischen Merkmal der Selbstbestimmung – bspw. unter Rekurs auf Art. 1 Abs. 1 GG – gesetzgebungskritisches Gewicht zu verleihen, was die Willentheorie einer Statustheorie (vgl. dazu oben S. 42 ff. und S. 119 f.) annähert: Danach begründet die Menschenwürde das Selbstbestimmungsrecht einer jeden Person, ihre eigenen Fähigkeiten und ihr Handlungsvermögen so zu nutzen, wie sie es für richtig hält, solange dies im Einklang mit der Berechtigung anderer geschieht, das Gleiche zu tun. Im intersubjektiven Verhältnis begründet dies die Verpflichtung eines jeden, die Fähigkeiten oder das Handlungsvermögen anderer Personen nicht ohne deren Zustimmung einzuschränken oder zu manipulieren. Wer diese Pflicht verletzt, begeht strafwürdiges Kriminalunrecht. Mit Blick auf die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG ist aber auch der Strafgesetzgeber hieran gebunden. Er darf nur – muss aber auch – solche Verhaltensweisen kriminalisieren, die in Widerspruch zum Recht eines jeden auf maximal mögliche Selbstbestimmung stehen. Jedes strafrechtliche Verbot, das darüber hinausgeht, verletzt die maximal mögliche Selbstbestimmung nach allgemeinen Gesetzen. Und sofern es der Strafgesetzgeber unterlässt, den Einzelnen vor unzulässigen Beschränkungen der eigenen Fähigkeiten oder des Handlungsvermögens durch andere Personen zu schützen, wird er dem aus der Menschenwürdegarantie folgenden Schutzauftrag nicht gerecht. Welche praktischen Folgen sich hieraus im Einzelnen ergeben, kann (und soll angesichts meiner methodischen Vorfestlegung) in diesem Rahmen nicht beantwortet werden. Beispielhaft sei gleichwohl auf die Unterscheidung zwischen Vertragsbruch (Zivilunrecht) und Betrug (Kriminalunrecht) hingewiesen: Wer etwa wegen Insolvenz einen Zahlungsanspruch verletzt, spricht damit dem Vertragspartner nicht sein Selbstbestimmungsrecht innerhalb eines Systems gleicher Freiheit ab, d. h. die Befugnis, im Rahmen der Rechtsgemeinschaft freier und gleicher Akteure seine Fähigkeiten und sein Handlungsvermögen nach eigenem Gutdünken zu nutzen. Im Unterschied dazu wirkt der Betrüger, der vorsätzlich seine Zahlungsfähigkeit oder -bereitschaft vortäuscht, manipulativ auf die Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners ein, was mit der Befugnis zur freien Selbstbestimmung im Einklang mit der Selbstbestimmungsfreiheit aller anderen nicht vereinbar ist. Jedoch könnte dieses Abgrenzungskriterium womöglich auch zur Kriminalisierung des vorsätzlichen Vertragsbruchs zwingen. Denn beim vorsätzlichen Vertragsbruch wird dem Vertragspartner ebenfalls die Möglichkeit genommen wird, über das rechtlich Seine (den Leistungsanspruch) nach Belieben zu verfügen. Falls man eine Schadensersatzleistung insoweit nicht als unrechtsaufhebende Kompensation erachtet, so müsste *de lege ferenda* auch der vorsätzliche Vertragsbruch unter Strafe gestellt werden. Vgl. schließlich auch mit Überlegungen, die anknüpfend an *Kant* in ähnlicher Weise auf den Gedanken der Selbstbestimmung als Strafwürdigkeitskriterium abstellen, *Ripstein*, *Philosophy and Public Affairs* 2006, S. 215, S. 229 ff., der als Strafwürdigkeitskriterium das „sovereignty principle“ zu etablieren versucht, wonach „the only legitimate restrictions on conduct are those that secure the mutual independence of free persons from each other“. Mit teils ähnlichen Überlegungen argumentiert *Dan-Cohen* 2002, S. 150 ff. für ein „dignity principle“. Vgl. zu beiden jedoch kritisch *Baker* 2011,

gungsbefugten korrespondiert, dann kommt eine Anerkennungsverletzung nur dort in Betracht, wo der Gesetzgeber disponible Individualrecht(sgüter) durch Verhaltensnormen schützt. Ein Kriterium, wann er entsprechende Verhaltensnormen aufzustellen hat, ist damit ebenso wenig gewonnen, wie ein Kriterium dafür, wann er die Überschreitung dieser Verhaltensnormen strafrechtlich sanktionieren muss. Es lässt sich *de lege lata* nur feststellen, dass die vorwerfbare Überschreitung von Verhaltensnormen eine subjektiv-rechtliche Unrechtsdimension aufweist, die sich als Anerkennungsverletzung beschreiben lässt (Verletzung des *ius formaliter*), und dass allein das Strafrecht dieser Anerkennungsverletzung unrechtskonstitutive Bedeutung beimisst. Auch ist es keineswegs zwingend, diesem Umstand mit einer prozessualen Aufgabenteilung zwischen Zivil- und Strafverfahren zu begegnen. Wenn sich bei Zivil- und Kriminalunrecht unterschiedliche Dimensionen der Verletzung subjektiver Rechte unterscheiden lassen, mag es pragmatisch sein, dem prozessual Rechnung zu tragen. Es ist aber auch denkbar, beides wieder zusammenzuführen.<sup>185</sup> Nichts anderes belegen die Existenz des Adhäsionsverfahrens (§§ 403 ff. StPO) für den Strafprozess<sup>186</sup> sowie auch die pönalen Elemente im deutschen Zivilrecht, etwa die Genugtuungsfunktion des Schadensersatzes nach § 253 Abs. 2 BGB.<sup>187</sup>

### III. Wessen Autorität? – Zum überindividuellen Gehalt von Kriminalunrecht

Es lässt sich also eine qualitative Abgrenzung von Zivil- und Strafunrecht vornehmen: Zwar schützen Zivil- und Strafrecht gleichermaßen subjektive Rechte. Soweit jedoch die vorwerfbare Überschreitung von Verhaltensnor-

---

S. 141 ff., insb. 164 ff., nach dem diese Ansätze keine klare begriffliche Grenze zwischen Rechtsverletzungen ziehen können, die Kriminalstrafe auslösen, und solchen, die lediglich zum Schadensersatz verpflichten sollen (so ebd., S. 171; vgl. in der Sache ähnlich *Schünemann*. FS von Hirsch, 2014, S. 275 f.; wohl zustimmend *Roxin/Greco* 2020, § 2 Rn. 1250, Fn. 661).

<sup>185</sup> Vgl. etwa für eine „Überwindung des Zweiteilungsdenkens (auch) im Kriminalrecht“ argumentierend *S. Walther* 2000, S. 231 ff., die die Differenz der Rechtsgebiete in öffentliches und privates Recht aufzubrechen sucht und damit eine Annäherung des Zivil- und (des üblicherweise dem öffentlichen Recht zugeordneten) Strafrechts erreichen möchte.

<sup>186</sup> Vgl. eingehend zu Zielen und Legitimation des Adhäsionsverfahrens *Zander* 2011, S. 52 ff.

<sup>187</sup> Die Genugtuungsentschädigung (vgl. dazu nur BGH, BGHZ 18, 149, 154 ff.; *Larenz/Canaris* 1994, § 83 III 2 und m. w. N. über die neue Literatur BeckOK-BGB-Spindler, § 253 Rn. 13 ff.) ist nach zivilrechtlichem Verständnis ja gerade eine solche, die unmittelbar „ein[e] Verletzung der Person als Person“ (so treffend *Sarhan* 2006, S. 69) sanktioniert. Vgl. zu pönalen Elementen im Zivilrecht allgemein *Ebert* 2004.

men selbst eine subjektiv-rechtliche Unrechtsdimension aufweist, die sich als Statusverletzung beschreiben lässt (Verletzung des *ius formaliter*), ist es *de lege lata* allein das Strafrecht, das dieser Statusverletzung unrechtskonstitutive Bedeutung beimisst. Mag mit dieser Unterscheidung dem Einwand entgegengetreten werden können, Kriminalunrecht lasse sich wegen meiner Charakterisierung des Verbrechens als Verletzung subjektiver Rechte nicht sinnvoll von Zivilunrecht abgrenzen, so lässt sich womöglich weiterhin einwenden, dass mein Verständnis von Kriminalunrecht zu eng sei: Denn es könne nicht erklären, warum eine Statusverletzung im Zwei-Personen-Verhältnis eine öffentliche Angelegenheit der Rechtsgemeinschaft sei. Die – wie ich es im Folgenden nennen möchte – „überindividuelle“ Bedeutungsdimension des Verbrechens, über das Zwei-Personen-Verhältnis hinauszureichen und eine Angelegenheit der Allgemeinheit zu sein, gehe hierdurch verloren.<sup>188</sup>

Dieses Problem scheint sich allein<sup>189</sup> bei Straftatbeständen zu stellen, die ausschließlich den Schutz von Individualrechtsgütern bezwecken: Liegt dort nach meiner Ansicht der strafrechtliche Unwert der Tat in der Missachtung der normativen Autorität des *qua* Einwilligungsbefugnis subjektiv-berechtigten Verletzten, so scheint es sich beim Verbrechen ausschließlich um eine Privatangelegenheit<sup>190</sup> zu handeln, die keinen Raum für eine Anklage durch die Staatsanwaltschaft lasse.<sup>191</sup> Ein solcher Einwand verkennt jedoch den

---

<sup>188</sup> Diese überindividuelle Dimension des Strafrechts wird seit jeher betont. Anschaulich heißt es bei *H. J. Hirsch*, ZStW 1990, S. 534, 536: „Wenn man die Aufgaben des Strafrechts nur auf die Lösung eines zwischen Täter und Opfer bestehenden Konflikts reduziert, werden die im staatlichen Strafanspruch zum Ausdruck gelangenden Interessen der Gesellschaft negiert, nämlich die an der Bewährung der Rechtsordnung und dem Schutz künftiger Opfer.“ Und bei *G. Jakobs* 1991, § 1 Rn. 8 heißt es, dass es bei Straftaten und deren Vermeidung immer um ein gesamtgesellschaftliches Anliegen gehe und dass die Verarbeitung der „nur-individuellen Enttäuschungen“ des Opfers nicht Aufgabe des Strafrechts sei. Aber auch Autoren, die für eine stärkere Berücksichtigung des Verletzten auf Unrechts-, aber auch auf Rechtsfolgenebene argumentieren, halten an der überindividuellen Dimension des Strafrechts fest, etwa wenn *S. Walther* 2000, S. 251 betont, dass „eine Deutung von Strafunrecht als *interpersoneller* Konflikt zwischen Täter und Opfer ebenso verkürzend und trennend wäre wie die Deutung der Straftat als Rechtsbruch“. Und *Sarhan* 2006, S. 220 f. erachtet neben dem Angriff auf den „Achtungsanspruch des Opfers (Negation des Besonderen)“ weiterhin den Angriff gegen die „höhere Ordnung (Negation des Allgemeinen)“ als unrechtskonstitutiv.

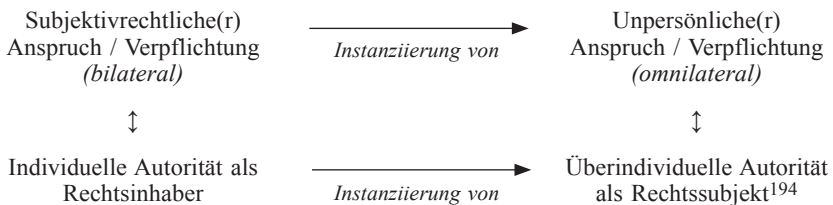
<sup>189</sup> Ich möchte zunächst Straftatbestände, die (zumindest auch) dem Schutz von Allgemeinrechtsgütern dienen, ausklammern. Vgl. dazu unten S. 194 ff.

<sup>190</sup> Die Straftat müsste dann im Sinne der Verbrechenslehre Feuerbachs als Privatverbrechen („*delictum privatum*“) zu qualifizieren sein, weil sie *allein* das Recht eines Untertans (und nicht des Staates) zu ihrem unmittelbaren Gegenstand hätte, vgl. zu dieser Unterscheidung *Feuerbach* 1847, § 23.

<sup>191</sup> Diesen Bedenken bin ich bereits im Rahmen der Rechtfertigung meines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht begegnet, vgl. oben S. 125 ff.

überindividuellen Gehalt, den das hier vorgestellte Anerkennungskonzept und – darauf aufbauend – mein Verständnis von Kriminalunrecht als Statusverletzung bereits auf konzeptioneller Ebene aufweisen.

Subjektiv-rechtlich vermittelte Anerkennung vollzieht sich danach nicht ausschließlich auf bilateraler Ebene, d. h. zwischen zwei Individuen, sondern weist immer einen holistisch-gesamtgesellschaftlichen Bezug auf. Wie bereits gezeigt,<sup>192</sup> verstehe ich unter *Anerkennung* die notwendige Zuschreibung und handlungsleitende Berücksichtigung des normativen Status eines anderen, die Ausdruck der normativen Autorität des Anerkennenden und Rechenschaftspflichtigkeit des Anerkennenden ist, *welche ihrerseits im gemeinsamen Status als gleiche Mitglieder der normativen Gemeinschaft gründen*. Dieser überindividuelle Aspekt intersubjektiver Anerkennung spiegelt sich – wie die Übertragung des Anerkennungskonzepts auf positiv-rechtlich konstituierte Rechte gezeigt hat –<sup>193</sup> darin wider, dass sich die individuelle normative Autorität des Rechtsinhabers, wie sie subjektive Rechte im Zwei-Personen-Verhältnis gegenüber dem Rechtsadressaten vermitteln, ihrerseits auf die von Rechtsinhaber und Rechtsadressat geteilte überindividuelle Autorität als gleiches Rechtssubjekt innerhalb der Rechtsgemeinschaft gründet:<sup>194</sup>



Ein subjektives Recht ist ein Anspruch des Rechtsinhabers, dem gerichtete Pflichten des Rechtsadressaten korrelieren und über die der Rechtsinhaber

---

Während ich mich dort allerdings noch auf die Feststellung beschränkt habe, dass ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht nicht zwangsläufig mit einer Privatisierung des Straf- und Strafverfahrensrechts verbunden ist, soll nun nachgewiesen werden, dass einem subjektiv-rechtlichen Verständnis von Kriminalunrecht eine überindividuelle Unrechtsdimension inhärent ist, die über das Zwei-Personen-Verhältnis hinausreicht und die Straftat zu einer Angelegenheit der Allgemeinheit macht.

<sup>192</sup> Vgl. hierzu bereits oben S. 143 ff., insb. S. 150 ff.

<sup>193</sup> Vgl. dazu eingehend oben S. 156 ff.

<sup>194</sup> Vgl. hierzu auch die graphische Darstellung oben S. 151. Die Elemente in jeder Spalte beinhalten einander und jedes der Elemente in der linken Spalte beinhaltet das Element in der rechten Spalte, das sich in seiner Zeile befindet. Da unpersönliche Ansprüche ohne entsprechende subjektive Rechte bestehen können, beinhalten die Elemente der rechten Spalte in ihren Zeilen nicht die Elemente in der linken Spalte.



ein Mindestmaß an Kontrolle verfügt. In letzterem, d. h. der deontischen Kontrolle über Verhaltenspflichten, findet die individuelle normative Autorität des Rechtsinhabers ihren Ausdruck. Diese ist konstitutiv für die Zuschreibung subjektiver Rechte und weist die Anspruchs-Verpflichtungs-Relation als strikt bilateral (gerichtete Pflicht) aus.<sup>195</sup>

Individuelle Autorität als Rechtsinhaber gründet sich jedoch ihrerseits in einer überindividuellen Autorität als Rechtssubjekt, insoweit subjektive Rechte auf Gesetzen beruhen. Weil Gesetze Rechte und Pflichten unter den Gesetzesunterworfenen begründen (oder ihnen die Rechtsmacht hierzu erteilen), kann sich der Inhaber subjektiver Rechte nicht auf diese berufen, ohne zugleich dem rechtlich verpflichteten Rechtsadressaten (wie aber auch jedem anderen Mitglied der Rechtsgemeinschaft) zuzugestehen, dass dieser unter umgekehrten Vorzeichen ebendasselbe verlangen könnte. Dadurch lässt sich Rechtsinhaberschaft in einem gesetzlichen Rechtssystem nicht vom allgemeinen und reziproken Geltungsanspruch der Gesetze trennen, weil rechtlich Berechtigter und Verpflichteter prinzipiell austauschbar sind.<sup>196</sup> Auch wenn subjektive Rechte dem Rechtsinhaber eine besondere normative Befugnis gegenüber dem rechtlich Verpflichteten bilateral einräumen,<sup>197</sup> präsupponiert Rechtsinhaberschaft stets eine prinzipielle Gleichordnung der Rechtssubjekte. Kurz gesagt: Die besondere normative Autorität, die subjektive Rechte vermitteln, kann – zumindest innerhalb eines liberalen Rechtsstaats wie dem unseren – auf Grund der Allgemeinheit und Reziprozität gesetzlicher Berechtigungen bzw. Verpflichtungen nur existieren, wenn wir gleichzeitig allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft die überindividuelle Autorität zuerkennen, die Geltung der Gesetze auch für sich in Anspruch zu nehmen. Es besteht der wechselseitige Anspruch bzw. die Verpflichtung, einander als gleiches Rechtssubjekt anzuerkennen.

Hierauf gründet sich nun der überindividuelle Gehalt von Kriminalunrecht bei Verletzung von Individualrechtsgütern, wie ich am Beispiel einer nach § 223 StGB strafbaren Körperverletzung veranschaulichen möchte. § 223 StGB enthält mit Blick auf die zugrundeliegende Verhaltensnorm im Verhältnis von A und B die Verpflichtung des A gegenüber B, die Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit zu unterlassen. Und B hat – insoweit diese Verpflichtung von seiner Zustimmung abhängt – ein Anspruchsrecht gegen A, dass A dies unterlässt. Ich behaupte, dass A, wenn er dieser Pflicht nicht nachkommt, nicht nur den besonderen Status des B, d. h. seine normative

---

<sup>195</sup> Vgl. dazu eingehend oben S. 36 ff., insb. S. 43 ff.

<sup>196</sup> Vgl. hierzu bereits oben S. 158 ff.

<sup>197</sup> Insoweit Anspruchsrechten einseitige Verpflichtungen des Rechtsadressaten korrelieren, über die der Rechtsinhaber eine Kontrolle ausübt, ist die konkrete Berechtigung bzw. Verpflichtung gerade nicht wechselseitig.



Autorität als Rechtsinhaber, verletzt, sondern auch den allgemeinen Status eines jeden Mitglieds der Rechtsgemeinschaft, Rechtssubjekt zu sein: Zunächst liegt nach dem bisher Gesagten der strafrechtliche Unwert der Tat in der Missachtung der normativen Autorität des *qua* Einwilligungsbefugnis subjektiv-berechtigten Verletzten (hier B). Weil ausschließlich er die strafbewehrte Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert, geschieht gerade *gegenüber ihm* Unrecht, wenn der Straftäter (hier A) ohne seine Zustimmung Individualrechtsgüter (hier die körperliche Unversehrtheit des B) verletzt. Gleichzeitig stellt sich aber diese individuelle normative Autorität des Rechtsinhabers, die subjektive Rechte bilateral vermitteln, innerhalb unserer gesetzlichen Rechtsordnung nur als besondere Instanziierung der allgemeinen, mit allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft (den Rechtsadressaten eingeschlossen) geteilten überindividuellen Autorität als Rechtssubjekt dar. Anders gesagt: Die Befugnis des B, die strafbewehrte Verhaltenspflicht *qua* Einwilligung deontisch zu kontrollieren, besteht im konkreten Fall nur, weil und soweit sie *ceteris paribus* alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft mit Blick auf ihre Rechtsgüter (im Beispiel: deren körperliche Unversehrtheit) in Anspruch nehmen können. A, der ohne Zustimmung des B dessen körperliche Unversehrtheit verletzt, missachtet daher nicht nur die besondere individuelle Autorität des B als konkret einwilligungsbefugter Rechtsinhaber, sondern auch die überindividuelle Autorität jedes Rechtssubjekts der Rechtsgemeinschaft (sich selbst eingeschlossen).

Die Verletzung von Individualrechtsgütern lässt sich somit als Statusverletzung im doppelten Sinn beschreiben: einerseits gegenüber dem konkret betroffenen Rechtsgutsträger als Verletzung der *individuellen Autorität als Rechtsinhaber*, andererseits gegenüber allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft als Verletzung der *überindividuellen Autorität als Rechtssubjekt*. Die Pointe dieses Verständnisses liegt darin, Kriminalunrecht durchgehend intersubjektiv<sup>198</sup> zu konzipieren: Die Bedeutungsdimension des Verbrechens, über

---

<sup>198</sup> Hierin unterscheidet sich der hier verfolgte Ansatz von Unrechtslehren, die zwar ebenfalls auf eine Anerkennungsverletzung (vgl. oben S. 77 ff.) rekurrieren, dabei aber jenseits der Verletzung einer symmetrischen intersubjektiven Anerkennungsbeziehung *auch* auf eine Verletzung eines institutionellen Anerkennungsverhältnisses (vgl. dazu Fn. 181 m. w. N.) abstellen. Danach trete neben das horizontale Anerkennungsverhältnis zwischen Individuen, das durch Straftaten verletzt werde, eine vertikale Anerkennungsbeziehung zur staatlich verfassten Gemeinschaft als ganzer. Die Straftat betreffe nicht nur „das besondere Dasein der Freiheit einer anderen Person, sondern die darin gesetzte interpersonale Geltungsallgemeinheit“ (Köhler: FS Lackner, 1987, S. 17); vgl. im Ergebnis ebenso Zaczyk 1989, S. 181 ff. und 200 f. und dies aufgreifend Gierhake 2013, S. 253 ff. Insb. gilt dies auch für Pawlik 2004, S. 75 ff., insb. 82 ff., der die vorgenannten Autoren und Autorinnen – wie ich finde zu Unrecht – dahingehend kritisiert, dass ihr Rechtsbegriff auf ein intersubjektives Anerkennungsverhältnis und infolgedessen ihr Unrechtskonzept auf das Täter-Opfer-Ver-

das Zwei-Personen-Verhältnis hinauszureichen und eine Angelegenheit der Allgemeinheit zu sein, ergibt sich nicht aus der Allgemeinheit des strafrechtlichen Schutzgegenstandes (sei es die allgemeine Werteordnung oder Normgeltung,<sup>199</sup> das allgemein als wertvoll erachtete Gut<sup>200</sup> oder die institutionalisierte Anerkennungsbeziehung zur Rechtsgemeinschaft als Ganzer<sup>201</sup>), sondern aus der Pluralität der verletzten Subjekte.<sup>202</sup> Die öffentliche Klage rechtfertigt sich dadurch, dass nicht nur der konkret von einer Straftat Betroffene in seinen rechtlichen Anerkennungsansprüchen verletzt ist, sondern ebenfalls – wenngleich schwächer<sup>203</sup> – jedes andere Mitglied der Rechtsgemeinschaft (der Täter eingeschlossen). Die öffentliche Klage durch die Staatsanwaltschaft erfüllt gleichsam nur eine „Vereinfachungs- und Abkürzungsfunktion“<sup>204</sup>, insofern sich nicht sämtliche Mitglieder der Rechtsgemeinschaft wegen der Verletzung ihrer überindividuellen Autorität mit dem Täter bilateral auseinandersetzen müssen. Kriminalunrecht ist bei Verletzung von Individualrechtsgütern somit gleichzeitig als subjektiv-rechtliche Rechtsverletzung und als gesamtgesellschaftlich-rechtlicher Konflikt zu begreifen. Dies rechtfertigt es auch (worauf ich später noch genauer eingehen werde)<sup>205</sup>,

---

hältnis beschränkt seien. Die überindividuelle Kriminalunrechtsdimension könne erst über eine staatsbürgerliche Mitwirkungspflicht eingeholt werden, sodass der Täter durch das Verbrechen vor allem den mitbürgerlichen Loyalitätsanspruch und damit das „Recht als Recht“ verletze. Der Täter übe Unrecht an der „Rechtsgemeinschaft als Ganzes“ (Pawlik 2010, S. 88). Vgl. zustimmend auch Kubiciel 2013, S. 164 ff. sowie oben S. 78, Fn. 237. In abgewandelter Form gilt dies auch für G. Jakobs 2008, S. 36, wenn er davon spricht, dass „Anerkennung nicht allein als wechselbezügliche Leistung zweier (oder mehrerer) Individuen begriffen werden [kann] [...], sondern nur als eine Verbindung von Personen durch eine sie konstituierende Norm“.

<sup>199</sup> Vgl. oben S. 66 ff.

<sup>200</sup> Vgl. oben S. 50 ff., insb. S. 62 ff.

<sup>201</sup> Vgl. oben Fn. 181 und 198. Zwar bewerten die Unrechtslehren, die ebenfalls auf eine Anerkennungsverletzung rekurrieren, das Verbrechen als Verletzung *auch* einer symmetrischen intersubjektiven Anerkennungsbeziehung (vgl. oben S. 77 ff.). Jedoch kommt es ihnen mit Blick auf die überindividuelle Dimension der Straftat gerade auf die Verletzung institutioneller Anerkennung, d. h. die „Gesamtorganisation des gegenseitigen Freiheitsverhältnisses“ (Rösinger 2019, S. 93 bezugnehmend auf Zaczyk 1989, S. 187) an.

<sup>202</sup> Vgl. in der Tendenz ähnlich Seelmann, JZ 1989, S. 670, 675 f. und Seelmann 1995, S. 70 ff. sowie Abraham 2019, S. 242 ff.

<sup>203</sup> Vgl. dazu unten S. 193.

<sup>204</sup> Appel 1998, S. 448 versteht den Strafvorgang als Durchsetzung aggregierter Einzelinteressen als öffentliches Interesse. Diese Vorstellung möchte ich auf die Begründung der öffentlichen Klage durch die Staatsanwaltschaft mit der Einschränkung übertragen, dass es nicht um Interessendurchsetzung geht, sondern um die aggregierte Einforderung von (straf)rechtlichen Ansprüchen auf Anerkennung als Rechtssubjekt. Vgl. dazu noch eingehend unten S. 275 ff.

<sup>205</sup> Vgl. unten S. 250 ff.

im Strafprozess – anders als im Zivilprozess – ein Nebeneinander von öffentlicher Klage durch die Staatsanwaltschaft und individueller Beteiligung des Verletzten (bspw. durch die Nebenklage) zuzulassen.<sup>206</sup>

Besondere Bedeutung kommt hierbei dem Begründungszusammenhang von individueller und überindividueller Statusverletzung zu. Einerseits ist die individuelle Autorität als Rechtsinhaber mit Blick auf den Unrechtsausschluss vorrangig, weil eine Statusverletzung der überindividuellen Autorität als Rechtssubjekt ausscheidet, sobald der Rechtsinhaber von seiner besonderen Autorität Gebrauch macht. So liegt etwa aus Sicht unbeteiligter Dritter kein nach § 223 StGB strafwürdiges Unrecht mehr vor, wenn der Rechtsgutsträger einer Körperverletzung zustimmt. Andererseits kommt der überindividuellen Autorität mit Blick auf die Unrechtsbegründung das geltungstheoretische Primat zu, weil die durch Kriminalunrecht verletzte individuelle Autorität nur die besondere Instanzierung einer prinzipiell allen Rechtssubjekten zukommenden Befugnis ist. Konkret: Der Rechtsgutsträger kann einer Körperverletzung nur zustimmen, weil positive Gesetze allen Rechtssubjekten mit Blick auf ihre Rechtsgüter diese Befugnis zuschreiben. Das bilaterale Anerkennungsverhältnis zwischen Täter und Verletztem (individuelle Autorität als Rechtsinhaber) impliziert daher das Bestehen der überindividuellen Anerkennungsbeziehung zwischen Täter und sämtlichen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft (überindividuelle Autorität als Rechtssubjekt).

Dies unterscheidet meinen Ansatz von Unrechtslehren, die zwar ebenfalls auf eine Anerkennungsverletzung rekurrieren,<sup>207</sup> jedoch der individuellen Anerkennungsbeziehung das geltungstheoretische Primat einräumen. Deutlich wird dies beim wegen des Verletzungsobjekts untauglichen Versuch. So setzt nach Zaczyk „[d]as Unrecht des Versuchs [...] das Bestehen eines An-

---

<sup>206</sup> Die Verletzung des *ius formaliter*, d.h. rechtlich vermittelter Anerkennung, betrifft nicht nur den Einzelnen, sondern die gesamte Rechtsgemeinschaft. Daher ist kein Grund ersichtlich, warum es in das Belieben des Einzelnen gestellt sein soll, auch die Rechtsdurchsetzung zu verhindern. Wo dies doch geschieht (bspw. bei absoluten Strafantragsdelikten), so ist dies richtigerweise als Verzicht der Rechtsgemeinschaft auf Sanktion ihrer Anerkennungsverletzung zu rekonstruieren. Im Unterschied hierzu ist im Zivilrecht die Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung – wie gezeigt – nicht unrechtskonstitutiv. Denn zivilrechtliche Haftungstatbestände zielen zwar auf den Schutz von Individualrechten ab, sind aber – mit Blick auf verschuldensunabhängige Haftung – selbst nicht subjektiv-rechtlich strukturiert. Weil zivilrechtliche Haftung vielmehr von der Verletzung bzw. Beeinträchtigung des Bezugsobjekts eines konkreten subjektiven Rechts auf der Ebene der privatrechtlichen Rechtszuweisungsordnung gedacht wird und auf dessen singuläre Restitution (z.B. durch Schadensersatz) abzielt, handelt es sich um ein strikt bilaterales Rechtsverhältnis, das auch nur eine private Rechtsverfolgung rechtfertigt. Vgl. oben S. 172 ff., insb. S. 178 ff.

<sup>207</sup> Vgl. oben S. 77 ff.

erkenntnisverhältnisses zu dem, der verletzt werden soll, voraus“. Daher sei etwa „[d]er Schuß auf einen Toten [...] keine versuchte Tötung“, weil „[d]as Anerkennungsverhältnis [...] seinem Grund nach *bestehen* [muss], um verletzt werden zu können“. <sup>208</sup> Überzeugen kann diese Auffassung jedoch nur, wenn man mit Zaczyk von einer interpersonalen Konstitution von Rechtsgütern im vorpositiven Anerkennungsverhältnis ausgeht, die durch gesetzliche Positivierung lediglich auf eine andere geltungstheoretische Ebene gehoben und allgemeinverbindlich erklärt wird. <sup>209</sup> Wenn es dann (wie beim von Zaczyk geschilderten Fall eines untauglichen Versuchs) an einer Anerkennungsverletzung im Zwei-Personen-Verhältnis fehlt, kommt ein strafwürdiges Unrecht nicht mehr in Betracht. Geht man jedoch umgekehrt – wie ich – von einem geltungstheoretischen Primat des positiven Rechts aus, so stellt dies nicht nur das Kriterium der Anerkennungsverletzung gegenüber Zaczyks Ansatz auf einen anderen geltungstheoretischen Boden. <sup>210</sup> Vielmehr stellt sich dann die Verletzung der allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft geschuldeten Anerkennung als Rechtssubjekt als das Ursprüngliche dar, ohne das eine Verletzung der dem konkret verletzten Rechtsinhaber geschuldeten Anerkennung gar nicht gedacht werden kann. Damit verbleibt eine intersubjektive Anerkennungsverletzung selbst im Falle eines untauglichen Versuchs, bei dem kein taugliches Verletzungsobjekt vorliegt. <sup>211</sup>

---

<sup>208</sup> Zaczyk 1989, S. 255. Vgl. ebenso NK-StGB-Zaczyk, § 22 Rn. 7 und 37 sowie ähnlich auch Rath, JuS 1998, S. 1106, 1112, nach dem es am „Versuchsunrecht“ fehlen soll, „wenn der Gutsträger nicht mehr existiert“, da in diesen Fällen „überhaupt keine äußerlich wirksame tatbestandsspezifische Destruktion des Rechtsverhältnisses mehr vor[liegt]“. Vgl. hierzu auch die konzise Darstellung dieser Ansicht bei LK-StGB-Murmann, § 22 Rn. 242 ff. m. w. N.

<sup>209</sup> Vgl. dazu m. w. N. oben S. 78 f.

<sup>210</sup> Hierdurch ist mein Ansatz immun gegenüber Kritik, wie sie bspw. am vorpositiven Ansatz Zaczyks von MüKo-StGB-Hoffmann-Holland, § 22 Rn. 19 geübt wird, der ihm – was in der Schärfe jedoch nicht dem argumentativen Niveau Zaczyks gerecht wird – vorwirft, dass er „seine Lösungen nicht aus dem Gesetz entwickelt (oder sie zumindest daran kontrolliert), sondern [...] als Schlussfolgerungen einer eigentümlichen Philosophie gewinnt, deren juristische Maßgeblichkeit wohl aus ihrer (behaupteten) Richtigkeit folgen soll und daraus, dass sie auf ‚Einsichten Kants und Fichtes‘ beruhe“.

<sup>211</sup> Daher ist Zaczyks Analyse des untauglichen Versuchs aus meiner Sicht insofern korrekt, als er betont, dass es in solchen Fällen an einem „konkrete[n] Unrecht“ mangelt und allenfalls „eine gleichsam allgemeine Rechtsuntreue des Täters“ bestraft werden könne, „der sich generell gesehen als einer erweist, der fremde Rechtssphären mißachtet“ (Zaczyk 1989, S. 255). Gleichwohl verkennt er dabei aus Sicht des hier verfolgten Ansatzes, dass diese „allgemeine Rechtsuntreue“ ebenfalls eine intersubjektive – geltungstheoretisch vorrangige, wenngleich gegenüber „konkrete[m] Unrecht“ schwächere – Anerkennungsverletzung darstellt.

Dieses einseitige Implikationsverhältnis<sup>212</sup> von individueller und überindividueller Statusverletzung lässt sich auch veranschaulichen, wenn man das Unrecht einer Tat mit Blick auf die strafrechtlich sanktionierte Verhaltenspflichtverletzung einerseits und die hierin liegende Verhaltensnormübertretung andererseits differenziert: Wenn A den B körperlich verletzt, dann stellt die strafbare Verhaltenspflichtverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB im bilateralen Verhältnis von A und B eine Verletzung des subjektiven Rechts des B dar, weil das Bestehen der Verhaltenspflicht (bzw. die Normgeltung im konkreten Fall)<sup>213</sup> von seiner (Nicht-)Zustimmung abhing und damit gerade *ihm* Unrecht getan wurde. Hierin lag jedoch gleichzeitig das Moment der Übertretung der Verhaltensnorm als abstrakt-generelle Regelung (aus der sich ja die Verhaltenspflicht ableitete)<sup>214</sup>, womit der A „objektiv“ unrecht handelte.<sup>215</sup> Dieses „objektive Unrecht“ besteht darin, dass sämtliche anderen Normadressaten (C, D, ... n) die Einhaltung der strafrechtlich sanktionierten Verhaltensanforderungen verlangen können, weil die besondere Berechtigung des B nur die konkrete Instandhaltung der Verhaltensnorm ist, aus der hypothetisch – d.h. im Falle der eigenen Betroffenheit – jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft eine besondere Berechtigung ableiten kann. Oder anders ausgedrückt: Weil sich aus strafbewehrten Verhaltensnormen auf Grund ihrer nomologischen Struktur subjektive Berechtigungen potenziell für jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft ergeben können, kann jedes Mitglied die allgemeine Normgeltung beanspruchen.<sup>216</sup>

Dieser Anspruch ist zwar kein subjektives Recht – weshalb ich insoweit von einer Verletzung objektiven Rechts sprechen möchte –, weil kein Individuum die Normgeltung schlechthin kontrolliert. Es bleibt jedoch gleichwohl ein individueller Anspruch. Hierin liegt der zentrale Unterschied zu einer sozialnormativen Funktionalisierung des Strafrechts: Zwar ist etwa Jakobs beizupflichten, dass das Strafrecht (nach meiner Ansicht: *auch*) sicherstellen

<sup>212</sup> Vgl. zur Veranschaulichung nochmals die Darstellungen auf S. 151 und S. 186.

<sup>213</sup> Ich übergehe hier die oben (S. 85 ff.) intensiv erörterte Frage, ob die Zustimmung erst auf Ebene des Normtatbestandes oder bereits auf der der Verhaltensnorm vorgelagerten Regelbefolgungspflicht relevant wird.

<sup>214</sup> Vgl. dazu oben S. 106, Fn. 332, S. 110, Fn. 344 und S. 115, Fn. 358.

<sup>215</sup> Vgl. oben S. 115.

<sup>216</sup> Hierin zeigt sich nochmals der Unterschied gegenüber Zaczyk: Wo für diesen eine Verletzung der Geltungsallgemeinheit des Rechts nur dort in Betracht kommt, wo auch ein bilaterales Anerkennungsverhältnis tatsächlich verletzt werden kann, kommt bei mir der überindividuellen Autorität als Rechtssubjekt das geltungstheoretische Primat zu, auf die sich die individuelle Autorität als Rechtsinhaber (mithin auch ein bilaterales Anerkennungsverhältnis) allererst gründet. Daher kann ich eine Versuchsstrafbarkeit trotz unauglichem Tatobjekt bejahen, weil mit Blick auf diese überindividuelle Autorität und den damit verbundenen Anspruch auf allgemeine Normgeltung eine Verletzung rechtlicher Anerkennung weiterhin besteht.

soll, dass „die Rechtstreue als selbstverständliche Haltung der Mehrzahl aller Personen erhalten bleibt und potenzielle Opfer deshalb gewiss sein können, ihre Rechte nicht nur ausüben zu *dürfen*, sondern auch unbeschadet zu *können*“<sup>217</sup>. Jedoch geht es bei mir – anders als bei Jakobs – nicht darum, hierdurch die Funktionalität der Gesellschaft als soziales System aufrechtzuhalten, sondern den Anspruch des potenziell von einer Straftat Betroffenen auf Einhaltung strafbewehrter Verhaltensnormen. Hierin liegt die allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft zukommende überindividuelle Autorität als Rechtssubjekt, welche von der individuellen Autorität des Rechtsinhabers zu unterscheiden ist: Dem konkret Verletzten kommt eine besondere, vorrangige Autorität zu. Denn allein er kann einer Verletzungshandlung mit unrechtsausschließender Wirkung zustimmen und damit die Geltung der Verhaltensnorm im konkreten Fall dispensieren. Tut er dies jedoch nicht, so betreffen Straftatbestände, die ausschließlich den Schutz von Individualrechtsgütern bezwecken, nicht allein den *qua* Einwilligungsbefugnis subjektiv-berechtigten Verletzten, sondern die gesamte Rechtsgemeinschaft.<sup>218</sup>

Abschließend sei noch einmal betont, dass mit dieser Differenzierung zweier Unrechtsdimensionen (individuell und überindividuell) noch nichts über eine Unrechts-Hierarchisierung der Straftat als subjektiv-rechtliche Verletzung des Rechtsinhabers und der Straftat als Verletzung des objektiven Rechts gesagt ist. Wenn ich die überindividuelle Autorität als Rechtssubjekt gegenüber der individuellen Autorität als Rechtsinhaber als *schwächer* ausgewiesen habe, so bezieht sich dies lediglich auf den Umstand, dass allein der verletzte Rechts(guts)inhaber mit unrechtsausschließender Wirkung einer Verletzungshandlung zustimmen kann. Damit geschieht ihm im Vergleich zu anderen in besonderer Weise Unrecht, ohne dass hierdurch die objektive Unrechtsdimension als minder bedeutsam ausgewiesen würde (schließlich ist der Anspruch eines jeden auf allgemeine Normgeltung ja auch geltungstheoretisch vorrangig). Es ging mithin lediglich um den Nachweis, dass es uns das Verständnis der Straftat als Statusverletzung ermöglicht, Kriminalunrecht in normativer Hinsicht (*Wem* geschieht Unrecht?) neben der subjektiv-rechtlichen Dimension auch eine weitere Unrechtsdimension beizumessen, die über das Zwei-Personen-Verhältnis hinausreicht.

---

<sup>217</sup> G. Jakobs 2004, S. 31.

<sup>218</sup> Vgl. mit einer im Ergebnis ähnlichen Differenzierung von individueller und überindividueller Betroffenheit Hörnle 2017, S. 43, wenn sie – allerdings aus straftheoretischer Sicht – dahingehend differenziert, dass sich „[n]ur Opfer [...] darauf berufen [können], dass der Täter ein ihnen zustehendes subjektives Recht missachtet hat“ und sich „der normative Anspruch von unbeteiligten Dritten“ demgegenüber „auf das Allgemeininteresse an der Bestätigung missachteter Normen, das allen Bürgern zusteht“, beschränke. Vgl. dazu von meiner Seite noch ausführlich unten S. 233 ff.



#### IV. Allgemeinrechtsgüter und Verletzung rechtlicher Anerkennung

Wie bereits in Kapitel B. dargelegt wurde, ist die hier vertretene Rechtsverletzungslehre nicht auf den strafrechtlichen Schutz von Individualrechten beschränkt, sondern es lassen sich auch Allgemeinrechtsgüter begrifflich als subjektive Rechte erfassen. Insoweit werden dem Staat bzw. der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft in der Verfassung oder in einfachen Gesetzen subjektive Rechte verliehen, weil jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft gleichermaßen Anspruch auf Nutzung eines Gegenstandes oder auf Ausschluss von Unbefugten hat, welcher mithin stellvertretend für alle wahrgenommen werden muss. Bei diesen ist das berechnigte und mithin von einer Straftat verletzte Subjekt die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft selbst. Dabei lässt sich nicht nur auf Ebene der Rechtszuweisungsordnung von einem subjektiven Recht des Staates sprechen, das durch strafbewehrte Verhaltensnormen geschützt wird. Auch kommt der Straftat als Verhaltensnormübertretung selbst der Charakter einer Verletzung subjektiver Rechte zu, weil der Staat die konkrete Verhaltenspflicht (bspw. die nach § 324 StGB bestehende Pflicht einer konkreten Person, Einleitung giftiger Abwässer in einen Fluss zu unterlassen) deontisch kontrolliert.<sup>219</sup> Damit verfügt die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft *qua* Rechtsinhaberschaft über eine normative Autorität gegenüber dem Täter, die es erlaubt, die soeben entwickelten Überlegungen zum Verständnis von Kriminalunrecht als Statusverletzung auch auf Verletzungen von Allgemeinrechtsgütern – zum Teil – zu übertragen. So lässt sich auch hier – analog zur Abgrenzung gegenüber Zivilunrecht –<sup>220</sup> die Verletzung des *ius formaliter*, d. h. des subjektiv-rechtlich vermittelten Anerkennungsanspruchs, als das Spezifikum des Kriminalunrechts ausweisen, aufgrund dessen es sich gegenüber einfachem Verwaltungsunrecht unterscheidet.

Beispielhaft lässt sich dies am Umweltstrafrecht veranschaulichen: Sieht man dessen Schutzgut im subjektiven Recht der Allgemeinheit, über die natürlichen Umweltressourcen und deren Nutzung zu bestimmen, so besteht mit Blick hierauf kein Unterschied zum Verwaltungsrecht, das (bspw. durch das BBodSchG oder das BImSchG) ebenfalls vor Verletzungen dieses Rechts durch nachteilige Umweltveränderungen schützen will. Jedoch ist allein das Umweltstrafrecht seinerseits subjektiv-rechtlich strukturiert, weil es an eine vorwerfbare Verhaltensnormübertretung gebunden ist, wobei die Rechtsgemeinschaft die konkrete Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert (bspw. bei § 324 Abs. 1 StGB durch Erlaubnisgewährung).<sup>221</sup> Demgegenüber vollzieht

<sup>219</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 120 ff.

<sup>220</sup> Vgl. oben S. 172 ff.

<sup>221</sup> Vgl. dazu schon oben S. 122 f.



sich verwaltungsrechtlicher Schutz subjektiver Rechte nicht immer durch Verhaltensnormen. So kennt das Verwaltungsrecht eine Störerhaftung und ordnet verwaltungsrechtliche Haftungsfolgen (bspw. bei schädlichen Bodenveränderungen oder Altlasten durch Anordnungen zur Gefahrabstschätzung oder -beseitigung nach §§ 9 f. BBodSchG) auch verschuldensunabhängig an. Damit ist eine vorwerfbare Verhaltenspflichtverletzung, an die ein subjektiv-rechtliches Unrechtsverständnis anknüpft, aus verwaltungsrechtlicher Sicht nicht unrechtskonstitutiv.

Weil sich also Kriminalunrecht im Unterschied hierzu durch die vorwerfbare Verletzung gegenüber dem Staat bestehender Verhaltenspflichten auszeichnet, kann auch nur hier von einer subjektiv-rechtlichen Struktur des Unrechts gesprochen werden, dessen Spezifikum – wie schon die Abgrenzung zum Zivilrecht gezeigt hat –<sup>222</sup> in einer Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung liegt. Wenn sich jemand beispielsweise nach § 324 StGB strafbar macht, indem er vorsätzlich giftige Abwässer in einen Fluss einleitet, so liegt hierin zugleich eine Verletzung des *ius formaliter*, d. h. des Status der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft als autoritatives Rechtssubjekt, welche die strafbewehrte Verhaltenspflicht, Gewässer nicht zu verunreinigen, deontisch kontrolliert. Damit ist mit dem Kriterium der Anerkennungsverletzung ein qualitatives Unterscheidungskriterium angegeben, welches Kriminalunrecht gegenüber einfachem Verwaltungsunrecht abgrenzt. Doch auch hier gilt wie auch schon bei der Abgrenzung von Kriminal- und Zivilunrecht: Ein Kriterium, wann es zulässig ist, subjektive Rechte des Staates durch entsprechende Verhaltensnormen zu schützen, ist damit ebenso wenig gewonnen, wie ein Kriterium dafür, wann die Überschreitung dieser Verhaltensnormen strafrechtlich (und nicht etwa bloß mit den Mitteln des Ordnungsrechts) sanktioniert werden muss.<sup>223</sup>

<sup>222</sup> Vgl. oben S. 180 ff.

<sup>223</sup> Insoweit ist eine gesetzgebungskritische Absichtung von Kriminalunrecht und Ordnungsunrecht als wesensverschiedene Unrechtsbereiche – entgegen dem hier verfolgten Ansatz, vgl. dazu erneut oben S. 20 ff. – nur anhand eines vorpositiven Abgrenzungskriteriums möglich. Dabei könnte – wie auch schon bei der Scheidung von Kriminal- und Zivilunrecht, vgl. dazu eingehend Fn. 184 – auf das individuelle Selbstbestimmungsrecht als Strafwürdigkeitskriterium abgestellt werden. Danach liegt – wobei Ähnlichkeiten zu einer personalen Rechtsgutslehre nicht zu verkennen sind – strafwürdiges Kriminalunrecht dort vor, wo nicht nur kontingente Ordnungsvorstellungen betroffen sind (bspw. Rechtsfahrgebot im Straßenverkehr), sondern Möglichkeitsbedingungen eines Systems gleicher Freiheit, die der individuellen Selbstbestimmung entzogen sind, um gerade allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft Selbstbestimmung als freie und gleiche Akteure zu ermöglichen. Danach stellen bspw. §§ 153 f. und § 324 ff. StGB Kriminalunrecht dar, weil die Integrität natürlicher Umweltressourcen oder aber des Rechtsgewährleistungssystems Möglichkeitsbedingungen für individuelle Selbstbestimmung in einem System gleicher Freiheit sind. Verstöße gegen diese Strafvorschriften verletzen dann zwar nicht das indivi-

Nun mag man fragen, ob die Rede von der Verletzung der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft in ihrem subjektiv-rechtlich vermittelten Anerkennungsanspruch nicht ein gänzlich anderes Bild der Anerkennungsbeziehungen zeichnet, als es zuvor bei der Verletzung von Individualrechtsgütern der Fall war. Dort wurde die Bedeutungsdimension des Verbrechens, über das Zwei-Personen-Verhältnis hinauszureichen und eine Angelegenheit der Allgemeinheit zu sein, ja gerade damit begründet, dass jedes einzelne Mitglied der Rechtsgemeinschaft in rechtlichen Anerkennungsansprüchen verletzt ist, welche lediglich stellvertretend vom Staat geltend gemacht werden. Nun aber scheint es bei Allgemeinrechtsgütern um eine institutionalisierte Anerkennung der Rechtsgemeinschaft als Ganze zu gehen.<sup>224</sup> Dies scheint mir jedoch nicht zwingend der Fall zu sein: Wenn ich von einer rechtlichen Statusverletzung der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft spreche, weil diese die sanktionsbewehrten Verhaltenspflichten kontrolliert, welche Allgemeinrechtsgüter schützen (bspw. bei § 324 StGB die Pflicht, Gewässer nicht zu verunreinigen), dann muss dies nicht als Verletzung des Staates als Person oder Institution verstanden werden. Wie auch schon bei der begrifflichen Erfassung von Allgemeinrechtsgütern als subjektive Rechte, so kann auch bzgl. der diese Rechte schützenden hoheitlichen Verhaltenspflichten auf die hinter dem Staat stehenden Individuen abgestellt werden, für die der Staat nur stellvertretend auftritt.

So gesehen wird die Berechtigung bzgl. der strafbewehrten Verhaltenspflicht bzw. die individuelle Autorität als Rechtsinhaber (im Beispiel besteht diese Autorität darin, die Verhaltenspflicht aufzustellen und durch Bewilli-

---

duelle Selbstbestimmungsrecht einzelner Mitglieder der Rechtsgemeinschaft (betroffen sind ja Rechte der Allgemeinheit), wohl aber den Anspruch aller Mitglieder auf gleichen Verzicht aller, dass alle zugunsten einer Berechtigung des Staates auf individuelle Selbstbestimmung verzichten. Vgl. mit ähnlichen, jedoch stärker auf den Fairness- bzw. Anerkennungsgedanken rekurrierenden Überlegungen auch *Feinberg* 1984–1990, Bd. 4 (*Harmless Wrongdoing*), S. 13 f. und 199 ff. sowie *Seelmann* 2003, S. 266. Auch *Wohlers* 2000, S. 314 spricht mit Blick auf abstrakte Gefährdungsdelikte wie §§ 306 Abs. 1 Nr. 1 und 3; 316 StGB oder § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG von einer „mit dem allgemeinen Rechtsgleichheitsverhältnis unvereinbare[n] und deshalb strafwürdige[n] Anmaßung von Gestaltungsmacht“; vgl. im Ergebnis ebenso *Köhler* 1997, S. 32 und der Sache nach schon *E. A. Wolff* 1987, S. 220. – Hält man hingegen eine solche qualitative Abgrenzung anhand eines vorpositiven Abgrenzungskriteriums für keinen gangbaren Weg, so kommt nur noch eine quantitative Abschichtung von Ordnungswidrigkeiten gegenüber Kriminalunrecht nach weniger gravierenden bzw. gravierenderen Rechtsverletzungen in Betracht, vgl. hierzu *Schmidhäuser* 1975, S. 257 f.; *U. Weber*, ZStW 1980, S. 313, 316 ff. und m. w. N. *Wohlers* 2000, S. 100 ff.

<sup>224</sup> Vgl. dazu oben S. 188 mit Fn. 198 und schon Fn. 181. In der Tat ist es – ganz unabhängig vom rechtlichen bzw. staatlichen Kontext – auch umstritten, ob und inwieweit man von Anerkennung und Anerkennungsverletzungen gegenüber Gruppen sprechen kann, vgl. dazu m. w. N. *Iser* 2019, S. 6 f. und *Schmetkamp* 2012, S. 123 ff.

gungen oder Erlaubnisse zur Gewässerunreinigung (§§ 8 ff. WHG) wieder aufzuheben) vom Staat nur stellvertretend für alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft ausgeübt. Denn die subjektiv-rechtliche Autorität als Rechtsinhaber kann weder gleichzeitig durch alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft ausgeübt werden (dies erforderte eine Art kumulative Einwilligung durch alle Individuen) noch ist sie einem von ihnen ausschließlich zugewiesen (sonst handelte es sich ja um ein Individualrecht(sgut)). Und erfolgt eine strafrechtliche Verfolgung solcher Straftaten durch die Staatsanwaltschaft, so bedarf es der öffentlichen Klage, da sich nicht sämtliche Mitglieder der Rechtsgemeinschaft mit dem Täter auseinandersetzen können. Mit Blick auf Allgemeinrechtsgüter mag es bei dieser Skizze der intersubjektiven Dimension von Kriminalunrecht bei Verletzung eines subjektiven Rechts der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft sein Bewenden haben. Denn vorliegend ging es mir nur um den Nachweis, dass das zuvor anhand von Individualrechtsgütern entwickelte Verständnis von der Straftat als Statusverletzung im Grundsatz auch auf den strafrechtlichen Schutz von Allgemeinrechtsgütern übertragbar ist. Mit Blick auf die Ausgangsfrage dieser Untersuchung, ob Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte des von der Straftat Betroffenen begriffen werden kann und welche Konsequenzen sich hieraus für eine materielle Unrechtslehre sowie für unser Verständnis des Strafverfahrens ergeben, geht es ohnehin vordringlich um die Verletzung von Individualrechtsgütern.

Diesbezüglich konnte bisher gezeigt werden, dass sich Kriminalunrecht bei disponiblen Individualrechtsgütern als subjektive Rechtsverletzung des von einer Straftat konkret Betroffenen darstellt. Kriminalunrecht vollzieht sich normativ also nicht ausschließlich im Subordinationsverhältnis von Täter und Staat, sondern hat eine „horizontale“ Unrechtsdimension, sodass durch die Straftat gerade *dem* Verletzten Unrecht geschieht. Ferner ließ sich nachweisen, dass dieses subjektiv-rechtliche Kriminalunrechtsverständnis nicht zu einer „Privatisierung“ des Strafrechts führt. Als Statusverletzung, d.h. als Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung, lässt sich Kriminalunrecht zum einen hinreichend klar von Zivilunrecht abgrenzen und weist zum anderen weiterhin einen überindividuellen Gehalt auf, der die Straftat auch zu einem öffentlichen Konflikt macht, der alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft betrifft. Nun gilt es, konkrete Konsequenzen aufzuzeigen, die sich daraus für Straf- und Strafprozessrecht ergeben.

## **D. Konsequenzen für das materielle Strafrecht, die Straftheorie und das Strafverfahren**

Ziel der bisherigen Überlegungen war es, ein anderes „normatives Bild“ von Kriminalunrecht zu zeichnen. Es ging darum, mit Blick auf Verbrechen eine andere Perspektive zu eröffnen, die Kriminalunrecht nicht ausschließlich als Rechtsverletzung im Subordinationsverhältnis zwischen Täter und strafandrohendem Staat begreift, sondern darüber hinaus als Verletzung des subjektiven Rechts des Verbrechensopfers, das die strafbewehrte Verhaltenspflicht *qua* Einwilligungsbefugnis deontisch kontrolliert. So konnte gezeigt werden, dass Kriminalunrecht bei einwilligungsfähigen Rechtsgütern stets auch eine subjektiv-rechtliche Unrechtsdimension aufweist. Hierbei erwies sich ferner die Statusverletzung, d.h. die Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung als das Spezifikum eines solchen subjektiv-rechtlichen Kriminalunrechtsverständnisses. Allerdings fußt dieses Unrechtsverständnis weder auf einem vorpositiven Unrechtsbegriff noch auf rechtspolitischen Forderungen, sondern ist das Ergebnis einer interdisziplinär informierten Strukturanalyse der Normativität des Strafrechts, so wie wir es *de lege lata* strafrechtsdogmatisch begreifen. Wie die Einwilligungsdogmatik zeigt, behandeln wir Kriminalunrecht schon jetzt der Sache nach als Verletzung subjektiver Rechte. Es bedurfte lediglich der „fachfremden“ Begriffsanalyse aus Sicht der Rechtstheorie und praktischen Philosophie, um diese juristische Praxis als solche aufzudecken.

Im Folgenden möchte ich der Frage nachgehen, wie davon ausgehend eine immanente Kritik des Strafrechts aussehen kann und welche praktischen Konsequenzen sich hieraus für das Straf- und Strafverfahrensrecht ergeben. Hierzu möchte ich zunächst noch einmal den gewählten Weg einer immanenten Kritik des Strafrechts rechtfertigen, indem ich anhand der Rechtsgutslehre die Begründungsprobleme aufzeige, die mit einer externen Kritik des Strafrechts einhergehen (D.I.). Hierauf aufbauend möchte ich dann drei Beispiele herausgreifen, an denen sich das kritische Potenzial des dargelegten subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht veranschaulichen lässt: Zunächst werde ich darlegen, welches strafbarkeitsbegrenzende Potenzial sich dem hier entwickelten Unrechtsverständnis entnehmen lässt, ohne normative Vorgaben „von außen“ an das Strafrecht heranzutragen (D.II.). Danach werde ich die Konsequenzen aufzeigen, die sich für unser Verständnis staatlicher Strafe ergeben, wenn man Kriminalunrecht als Verlet-

zung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung begreift (D.III.). Das Hauptaugenmerk möchte ich jedoch abschließend auf das kritische Potenzial legen, das ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht für das Strafverfahren bereithält, indem es zum einen eine normative Begründung für die Verletztenbeteiligung in Form von Privat- und Nebenklage liefert und zum anderen die Konfrontation der Prozessbeteiligten im Verfahren als Wesenselement des Strafprozesses ausweist (D.IV.).

## I. Warum eine immanente Kritik des Strafrechts?

Der methodische Ansatz, den ich in dieser Untersuchung verfolge, ist von dem Ziel getragen, Potenzial für eine kritische Betrachtung des Strafrechts und seiner Dogmatik aus der im positiven Recht auffindbaren Normativität selbst zu entwickeln. Diese methodische Vorgehensweise ist freilich kein Selbstzweck, sondern versteht sich auch als Reaktion auf Probleme externer Rechtskritik, welche ich am Beispiel gesetzgebungskritischer Rechtsgutslehren veranschaulichen möchte. Denn die Rechtsgutslehre – soweit sie mit einem gesetzgebungskritischen Anspruch verbunden wird –<sup>1</sup> befindet sich meiner Ansicht nach in einem Dilemma: Sie kann die Frage ihrer normativen Letztbegründung nicht überzeugend lösen, ohne ihr gesetzgebungskritisches Potenzial preiszugeben (D.I.1.). Der Ausweg aus diesem Dilemma kann meines Erachtens nicht darin bestehen, das Kriterium der Rechtsgutsverletzung durch ein ebenso problembehaftetes Strafwürdigkeitskriterium zu ersetzen. Vielmehr sollte man sich auf eine immanente Rechtskritik beschränken: Diese hält keine externe Einschränkung des staatlichen *ius puniendi* bereit, sondern einen systeminternen kritischen Maßstab, der es erlaubt, Anforderungen an ein kohärenteres und in sich stimmigeres Strafrechtssystem zu formulieren (D.I.2.). Dazu kann das hier entwickelte subjektiv-rechtliche Verständnis von Kriminalunrecht einen – wenngleich im Erklärungsanspruch beschränkten – Beitrag leisten (D.I.III.).

### 1. Das Dilemma zwischen gesetzgebungskritischem Potenzial und normativer Letztbegründung am Beispiel der Rechtsgutslehre

Ob die Rechtsgutslehre eine strafbarkeitslimitierende Wesensbestimmung des Kriminalunrechts vorlegen kann, hängt letztlich an der Frage, ob es ihr gelingt, ihren systemkritischen Maßstab zur Beurteilung von Kriminalunrecht

---

<sup>1</sup> Vgl. zur Abgrenzung gegenüber einem methodologischen Rechtsgutsbegriff oben S. 55 f.

überzeugend zu begründen.<sup>2</sup> Dabei kann die Rechtsgutslehre ihren kritischen Maßstab nicht aus sich selbst heraus entwickeln, sondern ist hierzu auf externe, strafrechtsfremde Maßstäbe angewiesen.<sup>3</sup> Doch je nachdem, woher die Rechtsgutslehre diese Maßstäbe nimmt, leidet darunter entweder ihre normative Überzeugungskraft oder ihr gesetzgebungskritisches Potenzial. Dies zeigt sich, wenn man die möglichen Kandidaten für einen systemkritischen Maßstab – eine vorpositive Wertordnung, die empirisch vorgefundenen sozialen Wertvorstellungen oder die Wertmaßstäbe der Verfassung – in den Blick nimmt.<sup>4</sup>

Versucht man das Rechtsgutskonzept inhaltlich im Rekurs auf vorpositive Wertmaßstäbe auszufüllen, stellt sich das Problem einer allgemeinverbindlichen und damit gesellschaftlich vermittelbaren Letztbegründung. Vor dem Hintergrund der heutigen pluralistischen und dem Liberalismus verpflichteten Gesellschaft lassen sich nämlich keine allgemeingültigen Kriterien dafür angeben, welche rechtsethischen Wertvorstellungen die Kriminalpolitik vermittelt der Rechtsgutslehre anleiten sollen und wer darüber die Definitionshoheit hat. Will man nicht (wie ehemals die vernunftrechtliche Naturrechtslehre) auf die praktische Vernunft als allgemeingültigen Maßstab rekurrieren,<sup>5</sup> muss man an ein bestimmtes religiöses oder kulturelles Wertmodell anknüpfen. Auch wenn diese Wertmodelle dezidierte kriminalpolitische Vorgaben

<sup>2</sup> Kritik an gesetzgebungskritischen Rechtsgutslehren wurde – worauf vorliegend allerdings nicht näher eingegangen werden kann – auch dahingehend geäußert, dass sie entgegen ihrem eigenen Anspruch nicht strafbarkeitslimitierend wirken, sondern (etwa im Bereich der Universalrechtsgüter, vgl. unten Fn. 70, wie auch im Bereich der Vorfeldstrafbarkeit) strafbarkeitsausweitende Tendenzen aufweisen könnten. Vgl. etwa *Frisch*. FS Stree/Wessels, 1993, S. 71 ff.; *Stratenwerth*. FS Lenckner, 1998, S. 388 ff.; *Sternberg-Lieben* 2003, S. 68; *Wohlers* 2003, S. 281; *Hörnle* 2005, S. 17; *Stuckenberg*, GA 2011, S. 653, 656 ff.; *Pawlik* 2012, S. 137 ff. und *Kubiciel* 2013, S. 53 f. und 65 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu auch *Appel* 1998, S. 357 ff.; *Wohlers* 2003, S. 281 ff. und *Hörnle* 2005, S. 14 f. und 18 f.

<sup>4</sup> Externe Maßstäbe, die mögliche Referenzpunkte der gesetzgebungskritischen Rechtsgutslehre sein können, müssen normativ sein, damit sie überhaupt kritisches Potenzial entfalten können. Solche normativen Maßstäbe können zunächst dem Recht selbst entnommen werden, wobei in der Normenhierarchie im Verhältnis zum StGB nur die Verfassung in Betracht kommt (das Europarecht lasse ich der Vereinfachung wegen außen vor). Werden die Maßstäbe nicht dem positiven Recht selbst entnommen, so kommen als nicht-positive Maßstäbe nur die empirisch vorfindbaren Wertvorstellungen, d.h. die herrschende Sozialmoral, oder nicht-empirische Wertvorstellungen, d.h. rechtsethische Vorgaben der Philosophie, Religion, Kultur etc. in Betracht. Auch die strafrechtsexternen Maßstäbe, die in der Rechtswissenschaft mit Blick auf die Rechtsgutslehre immer wieder diskutiert werden, lassen sich diesen drei Kategorien zuordnen. Vgl. mit ähnlicher Unterscheidung *Engländer*, ZStW 2015, S. 616, 622 f. und *Swoboda*, ZStW 2010, S. 24, 35 f.

<sup>5</sup> Vgl. dazu kritisch bereits oben S. 82 ff. m.w.N. und nochmals unten S. 209.

enthalten mögen, lassen sie sich in einer pluralistisch-liberalen Gesellschaft nicht mehr als allgemeinverbindlich rechtfertigen und bergen überdies ein enormes gesellschaftliches Konfliktpotenzial in sich.<sup>6</sup> Darüber hinaus sieht sich eine auf solche vorpositiven Wertmaßstäbe rekurrierende Rechtsgutslehre dem Vorwurf von Vertretern verfassungsorientierter Lehren<sup>7</sup> ausgesetzt, die Definitionsmacht des demokratisch legitimierten und nur verfassungsrechtlich gebundenen Gesetzgebers zu missachten.<sup>8</sup> Auf dem Boden des Grundgesetzes bestehe kein Bedarf mehr an einer auf vorpositiven Prinzipien beruhenden materiellen Unrechtslehre. Welche Verhaltensweisen zu kriminalisieren seien, unterliege allein der Entscheidungsprärogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers im Rahmen der allgemeinen verfassungsmäßigen Gesetzgebungsschranken.<sup>9</sup> Dieser Kritik hat sich auch das Bundesverfassungsgericht in seiner sog. „Inzest-Entscheidung“ angeschlossen. Anforderungen an Strafnormen ließen sich nicht

„[...] aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten. [...] Will man [...] von einem überpositiven Rechtsgutsbegriff ausgehen, so gerät ein solches Konzept [...] in Widerspruch dazu, dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, ebenso wie die Strafzwecke [...] auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen und die Strafnormen gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen. Diese Befugnis kann nicht unter Berufung auf angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers ‚anerkannte‘ Rechtsgüter eingeengt werden.“<sup>10</sup>

Ein Rekurs auf vorpositive Wertmaßstäbe führt also zur einen Seite des Dilemmas: dem Problem einer überzeugenden Letztbegründung der Rechtsgutslehre, die Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit erheben kann und nicht im Widerspruch zur demokratischen Willensbildung steht. Die andere Seite des Dilemmas wird deutlich, wenn man versucht, den kritischen Maßstab der Rechtsgutslehre aus einem an den sozialen Verhältnissen orientierten Wertmodell zu bilden. Ein auf die soziale Wertordnung reduzierter Maßstab verliert nämlich – ungeachtet der Frage seiner Legitimierbarkeit –<sup>11</sup> jegliches

<sup>6</sup> So auch *Appel* 1998, S. 363 ff. und *Amelung* 2003, S. 163 f.

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Stächelin* 1998; *Lagodny* 1996; *Appel* 1998, erneut *Appel*, *KritV* 1999, S. 278 ff.

<sup>8</sup> *Stuckenberg*, GA 2011, S. 653, 658 spricht von einer „nachgerade verstörenden Demokratieferne“ der gesetzgebungskritischen Rechtsgutslehre. Vgl. mit ähnlicher Kritik *Appel* 1998, S. 387 ff. und auch *Gärditz*, *Der Staat* 2010, S. 331 ff.; hierzu wiederum kritisch *Zaczyk*, *Der Staat* 2011, S. 295 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Lagodny* 1996, S. 145 ff. und 424 ff., erneut *Lagodny* 2003, S. 84 ff. sowie *Appel* 1998, S. 330 ff.; kritisch aber hierzu *Hörnle* 2005, S. 26 f.

<sup>10</sup> BVerfG, BVerfGE 120, 224, 241 f.

<sup>11</sup> Die Frage der Letztbegründung, d.h. ob ein auf der Sozialmoral aufbauender Maßstab sich gesellschaftlich als allgemeinverbindlich rechtfertigen lässt, möchte ich an dieser Stelle offenlassen. Insoweit er dem Anspruch nach den gesellschaftlich vor-



kritische Potenzial: Zum einen lassen sich angesichts einer pluralistischen Gesellschaft der Sozialmoral nicht widerspruchsfrei dezidierte kriminalpolitische Vorgaben entnehmen. Ein funktionierender gesetzgebungskritischer Maßstab kann damit noch nicht einmal gebildet werden. Und auch wenn dies gelänge, erodiert zum anderen mit der herrschenden Sozialmoral als gesetzgebungskritischem Maßstab jedes gesetzgebungskritische Potenzial in zeitlicher Hinsicht, weil das Rechtsgutskonzept keiner stabilen kritischen Bewertung der gesellschaftlichen Ordnung mehr fähig ist. Vielmehr müsste das Strafrecht ständig dem gesellschaftlichen Wertewandel angepasst werden.<sup>12</sup> Ein Rekurs auf ein sozial vorzufindendes Wertemodell als kritischer Maßstab führt damit zur Preisgabe des gesetzgebungskritischen Potenzials der Rechtslehre.

Damit kommt nur noch die Verfassung als normative Quelle des gesetzgebungskritischen Maßstabs der Rechtsgutslehre in Betracht. Doch auch dieser Weg führt in das zuvor beschriebene Dilemma zwischen normativer Letztbegründung und gesetzgebungskritischem Potenzial. Was das letztere anbelangt, so misst das Bundesverfassungsgericht in der bereits zitierten „Inzest-Entscheidung“ der Verfassung nur ein marginales strafgesetzgebungskritisches Potenzial zu, da es

„[...] grundsätzlich Sache des Gesetzgebers [ist], den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage festzulegen. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht [...]. Strafnormen unterliegen von Verfassungs wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke. [...] [N]ach der grundgesetzlichen Ordnung [ist es] Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers [...], ebenso wie die Strafzwecke [...] auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen und die Strafnormen gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen. Diese Befugnis [...] findet ihre Grenze [...] nur in der Verfassung selbst, wenn und soweit diese die Verfolgung eines bestimmten Zwecks von vornherein ausschließt.“<sup>13</sup>

---

findbaren Wertvorstellungen selbst entnommen wird, mag er *prima facie* gesellschaftlich einfacher zu vermitteln sein und auch unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten weniger Bedenken erregen. Gleichwohl dürfte meines Erachtens auch hier die Kritik des Bundesverfassungsgerichts greifen, da es sich der Sache nach immer noch um gesetzgebungskritische Vorgaben an den demokratisch legitimierten Gesetzgeber jenseits der Verfassung handelt.

<sup>12</sup> Vgl. Appel 1998, S. 368 ff.; Amelung 2003, S. 160 ff.; Frisch. FS Stree/Wessels, 1993, S. 72; G. Jakobs 1991, § 2 Rn. 13; Sternberg-Lieben 2003, S. 71; einschränkend auch Kudlich, ZStW 2015, S. 635, 643 f.

<sup>13</sup> BVerfG, BVerfGE 120, 224, 241 f.

Hiernach ist der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers ersichtlich weit. Hinsichtlich des *Ob* der Strafbarkeit, also der ursprünglichen Zulässigkeit einer strafrechtlichen Eingriffsbefugnis, wird das Bundesverfassungsgericht eine Strafgesetzgebung etwa nur dann beanstanden, wenn der Gesetzgeber mit einer Strafnorm eindeutig verfassungswidrige Ziele verfolgt<sup>14</sup> oder die durch das *ultima ratio* Prinzip gesetzte Strafwürdigkeitsgrenze unterschreitet.<sup>15</sup> Und hinsichtlich des *Wie* der Strafbarkeit, also den verfassungsrechtlichen Rahmenvorgaben mit Blick auf eine zulässige Umsetzung und Ausgestaltung einer Strafnorm, wird die strafrechtliche Eingriffsbefugnis nur durch die Grundrechte, grundrechtsgleichen Rechte und die aus Art. 20 Abs. 3 GG ableitbaren allgemeinen Gesetzgebungsschranken, insb. das Verhältnismäßigkeitsprinzip, begrenzt. Doch gerade der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist mit Blick auf die Begrenzung legitimer Strafnormen wenig aussagekräftig, da sich die Verfassung zur Frage der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit einer Gesetzgebung indifferent verhält und selbst auf externe Wertungsgesichtspunkte angewiesen ist.<sup>16</sup>

Und in der hier eigentlich interessierenden Frage, was strafwürdiges Kriminalunrecht ausmacht und welche Verhaltensweisen demnach zu kriminalisieren sind, macht das Bundesverfassungsgericht letztlich gar keine Vorgaben. Es sei die Prärogative des Gesetzgebers, über strafrechtlich zu sanktionierende Verhaltensweisen bzw. strafrechtlich zu schützende Güter zu entscheiden,<sup>17</sup> da das Grundgesetz hierzu keine abschließenden Vorgaben

<sup>14</sup> Strafrechtlichen Schutz verdienen laut dem Bundesverfassungsgericht nur „Gemeinschaftsbelange, die vor der Verfassung Bestand haben“ (BVerfGE 90, 145, 173). Hiernach führt das Grundgesetz eine Begrenzung der staatlichen Strafgewalt herbei, indem bestimmten Werten generell die verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit abgesprochen wird, vgl. dazu *Lagodny* 1996, S. 140 ff. und auch *Hefendehl* 2002, S. 46 ff. Dazu zählt nach der neuen Entscheidung des BVerfG zu § 217 StGB (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung) auch der Erhalt bestimmter Moralvorstellungen, der „nicht unmittelbares Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein [kann]“ (BVerfG, BVerfGE 153, 182, 271, sodass reine Moralwidrigkeiten kein strafwürdiges Kriminalunrecht darstellen, vgl. dazu auch unten Fn. 18 und S. 216 mit Fn. 62).

<sup>15</sup> Etwa indem das Strafrecht in den Bereich des Bagatel- und Verwaltungsrechts ausgedehnt wird, vgl. BVerfGE 27, 18, 29 und dazu *J. Vogel*, StV 1996, S. 110, 112.

<sup>16</sup> So auch *Kubiciel* 2013, S. 76: „Aus der Verfassung lässt sich nun kein abschließender Katalog strafschutzwürdiger Werte herauslesen. Ebenso wenig vermag das Grundgesetz vorzugeben, wie ein Konflikt zwischen kollidierenden Verfassungswerten und Grundrechten aufzulösen ist.“ Vgl. mit ähnlicher Kritik *Sternberg-Lieben* 2003, S. 76 f. und *Swoboda*, ZStW 2010, S. 24, 36.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfG, BVerfGE 27, 18, 29; BVerfGE 50, 142, 162; BVerfGE 80, 244, 255; BVerfGE 90, 145, 173 und 181; BVerfGE 120, 224, 240. So auch *Appel*, KritV 1999, S. 278, 308 f. und *Lagodny* 1996, S. 146 f. Vgl. kritisch zu dieser verfassungs-

enthalte.<sup>18</sup> Allenfalls lässt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Kernbereich strafrechtlicher Unrechtstatbestände als Forderung aus der verfassungsrechtlichen Werteordnung ableiten,<sup>19</sup> jedoch ohne dass hierdurch ein allgemeines Kriterium angegeben würde, was Kriminalunrecht im Wesen ausmacht. So wird man sicherlich sagen können, dass der strafrechtliche Schutz elementarer Grundrechtspositionen (wie Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum, Fortbewegungsfreiheit *etc.*) sowie in den Staatsstrukturprinzipien niedergelegter Wertentscheidungen (bspw. der Bestand der Bundesrepublik und ihrer Organe und Einrichtungen als parlamentarische Demokratie) verfassungsrechtlich geboten ist.<sup>20</sup> Welche materiellen Anforderungen an Strafgesetzgebung die Verfassung im Einzelnen stellt, lässt sich jedoch der allgemeinen Aufgabenbestimmung des Strafrechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht entnehmen, wenn dort – um einige Wendungen des Bundesverfassungsgerichts zu zitieren – vom Schutz „elementare[r] Werte des Gemeinschaftslebens“<sup>21</sup>, der „Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens“<sup>22</sup> oder „wichtige[r] Gemeinschaftsbelange“<sup>23</sup> die Rede ist.

Angesichts dessen führt es ersichtlich nicht weit, den kritischen Maßstab der Rechtsgutslehre mit einem rein positivistisch verfassungsorientierten Ansatz zu entwickeln. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind – zumindest nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – viel zu unbestimmt, als dass die Rechtsgutslehre hieraus gesetzgebungskritisches Potenzial beziehen könnte.<sup>24</sup> Darüber hinaus verliert eine so verstandene Rechts-

---

gerichtlichen Zurückhaltung am Beispiel der Inzestentscheidung *Hörnle*, NJW 2008, S. 2085 ff.

<sup>18</sup> Vgl. bspw. BVerfG, BVerfGE 39, 1, 42 zum Lebensrecht des *nasciturus*. Vielfach verweist das Bundesverfassungsgericht darauf, dass der Strafgesetzgeber die „konkrete historische Situation“ und die „gesellschaftliche Auffassung“ (BVerfGE 27, 18, 28 und 30) oder das „in der Gesellschaft verankert[e] Unrechtsbewusstsein“ (BVerfGE 120, 224, 248) zu berücksichtigen habe. Einschränkend ist jedoch zu sagen, dass sich das Bundesverfassungsgericht in der zuletzt ergangenen Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit von § 217 StGB zumindest dahingehend festlegt, dass „der Erhalt eines tatsächlich bestehenden oder mutmaßlichen Konsenses über Werte- oder Moralvorstellungen nicht unmittelbares Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein [kann]“ (BVerfGE 153, 182, 271 im Anschluss an das Sondervotum Hassemers in BVerfGE 120, 224, 264; die Mehrheitsentscheidung im Inzest-Beschluss hatte dies offengelassen, vgl. BVerfGE 120, 224, 246).

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 27, 18, 29.

<sup>20</sup> So auch Tiedemann 1991, S. 53; J. Vogel, StV 1996, S. 110, 112 und Hefendehl 2002, S. 46.

<sup>21</sup> BVerfG, BVerfGE 45, 187, 253; BVerfGE 90, 145, 201.

<sup>22</sup> BVerfGE 88, 203, 257.

<sup>23</sup> BVerfGE 90, 145, 187.

<sup>24</sup> Vgl. mit ähnlicher Kritik Kubiciel 2013, S. 74 ff.

gutslehre letztlich jeglichen Mehrwert, da sie nur die verfassungsrechtlich ohnehin vorhandenen Kriterien im Rechtsgutsbegriff bündeln würde.<sup>25</sup> Sie führt mithin zur einen Seite des bereits benannten Dilemmas: der Preisgabe des gesetzgebungskritischen Maßstabs. Will man dies vermeiden und das gesetzgebungskritische Potenzial einer verfassungsorientierten Rechtsgutslehre retten, führt dies wiederum zur anderen Seite des Dilemmas: der problematischen normativen Letztbegründung.<sup>26</sup> Denn eine verfassungsorientierte Rechtsgutslehre kann eigenständiges gesetzgebungskritisches Potenzial nur entfalten, indem ein gesetzgebungskritischer Rechtsgutsbegriff als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz postuliert wird. So verweisen etwa einige Vertreter der Rechtsgutslehre darauf, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen solchen Rechtsgutsbegriff notwendig als Bezugspunkt voraussetze.<sup>27</sup> Andere qualifizieren einen gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriff als ungeschriebenes ideengeschichtliches Leitprinzip der Verfassung.<sup>28</sup> Diese Vorgaben lassen sich jedoch nicht aus der Verfassung selbst begründen, sondern nur vor dem Hintergrund eines der Verfassung vorgelagerten und damit vorpositiven Begründungsmodells entwickeln. Dies führt jedoch ersichtlich wieder zu dem bereits erörterten Problem einer allgemeinverbindlichen und damit gesellschaftlich vermittelbaren Letztbegründung: Dass die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung einen materiellen Rechtsgutsbegriff als Bezugspunkt erfordert, lässt sich nur behaupten, wenn man bereits auf Grund vorpositiver Wertungskriterien akzeptiert, dass Strafgesetzgebung bestimmte materielle Ziele verfolgen muss.<sup>29</sup> Und dass ein gesetzgebungskritischer Rechtsgutsbegriff ein nicht-kodifizierter Verfassungsgrundsatz ist,

---

<sup>25</sup> So zutreffend *Engländer*, ZStW 2015, S. 616, 626.

<sup>26</sup> D.h. bei der Verfassungsinterpretation muss wiederum – wie *Kubiciel* 2013, S. 76 f. zurecht feststellt – „auf eine vorpositive objektive Normenordnung zurückgegriffen werden: entweder auf zwingende Normen der Ethik oder auf die kontingenten Wertvorstellungen einer Gesellschaft. [...] Der Ball wird damit [...] zurück in den vorpositiven Bereich [...] gespielt.“

<sup>27</sup> Vgl. etwa *Hefendehl*, GA 2007, S. 1, 2; NK-StGB-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 119d und – obgleich keine Vertreterin der Rechtsgutslehre im klassischen Sinne – *Gierhake* 2013, S. 207 ff.

<sup>28</sup> Vgl. *Roxin*. FS Hassemer, 2010, S. 578 sowie *Schünemann* 2003, S. 143 und mit ähnlichen Überlegungen auch schon *Hassemer* 1973, S. 27 ff.

<sup>29</sup> Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist möglich, sobald *irgendein* gesetzgeberischer Zweck verfolgt wird. Was die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordert, ist also allenfalls ein Rechtsgut im methodologischen Sinn (also als jeder Gesetzgebung zugrundeliegende *ratio legis*, vgl. dazu oben S. 56). In diesem Sinne ist auch das Bundesverfassungsgericht in der Inzest-Entscheidung zu verstehen, wenn es Strafrecht als Rechtsgüterschutz bestimmt, jedoch gleichzeitig einem gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriff eine Absage erteilt. Ein Widerspruch liegt hierin – entgegen *Roxin*, StV 2009, S. 544, 545 – nicht, vgl. so zutreffend *Engländer*, ZStW 2015, S. 616, 627 mit Fn. 63.

setzt voraus, dass sich im Rekurs auf vorpositive Wertungen ein gehaltvoller vorkonstitutioneller Rechtsgutsbegriff definieren und begründen lässt sowie dass dieser dann auch noch bei der Verfassungsgebung Berücksichtigung fand.<sup>30</sup> Mithin sieht sich eine so verstandene verfassungsorientierte Rechts-  
gutslehre nicht nur erheblichen Begründungsproblemen ausgesetzt. Sie droht auch den eigentlichen (nämlich vorpositiven) Ursprung eines strafrechtlich zu schützenden Rechtsguts dadurch zu verschleiern, dass dieses als vorgefundener Inhalt verfassungsrechtlicher – und damit positiv-rechtlicher – Normen und Grundsätze ausgewiesen wird.<sup>31</sup>

## 2. Beschränkung auf eine immanente Kritik des Strafrechts als Reaktion auf die Probleme externer Rechtskritik

Mithin bleibt zu konstatieren: Die gesetzgebungskritische Rechtsgutslehre kann die Frage ihrer normativen Letztbegründung nicht überzeugend lösen, ohne ihr gesetzgebungskritisches Potenzial preiszugeben. Doch wie ist auf dieses Problem zu reagieren? Handelt es sich um ein grundlegendes methodisches Defizit einer externen Kritik des Strafrechts, welche – wie die Rechtsgutslehre – ihren kritischen Maßstab nicht aus dem Strafrecht selbst heraus entwickeln kann, sondern hierzu auf externe, strafrechtsfremde Maßstäbe angewiesen ist? Oder handelt es sich um ein spezifisches Problem der Rechtsgutslehre?

Geht man von letzterem aus, so könnte eine Lösung darin bestehen, das Strafwürdigkeitskriterium der Rechtsgutsverletzung so zu modifizieren, dass es nicht in das zuvor beschriebene Dilemma gerät. Allerdings scheinen auch Modifikationen der Rechtsgutslehre hier nicht viel weiter zu helfen. Beispielhaft zeigt sich dies an den bereits in Kapitel B. angesprochenen Ansätzen Ottos, Sehers und von Hirschs.<sup>32</sup> Auch diese können entweder die Frage ihrer normativen Letztbegründung nicht überzeugend lösen oder sie entfalten kein oder nur ein äußerst begrenztes gesetzgebungskritisches Potenzial. Letzteres trifft auf den die „klassische“ Rechtsgutslehre modifizierenden Ansatz Ottos zu. So wird man Otto zugestehen können, dass das Rechtsgutskonzept sicherlich die kriminalpolitische Diskussion strukturiert und anleitet (*de facto* wird das Rechtsgut ja stets argumentativ bemüht) und dass man insoweit von einem Argumentationstopos<sup>33</sup> in der kriminalpolitischen Debatte sprechen

<sup>30</sup> Vgl. dazu mit eingehender und zutreffender Kritik *Engländer*, ZStW 2015, S. 616, 628 ff.

<sup>31</sup> Vgl. mit ähnlicher Kritik auch *Appel* 1998, S. 377; *Naucke* 1998, S. 168 und 174 f. sowie *Swoboda*, ZStW 2010, S. 24, 36 f.

<sup>32</sup> Vgl. oben S. 59 f.

<sup>33</sup> Die Rede vom Rechtsgut als *Argumentationstopos* findet sich auch anderenorts, vgl. bspw. *Weigend*, ZStW 1986, S. 44, 55 f. und NK-StGB-*Hassemer/Neumann*,

kann. Jedoch ist das von ihm behauptete kritische Potenzial angesichts seiner Definition des Rechtsgutsbegriffs äußerst begrenzt. Denn erschöpft es sich in der „Mahnung, zu überprüfen, ob das, was strafrechtlichen Schutz genießt oder demnächst genießen soll, diesen Rangwert wirklich (noch) besitzt“<sup>34</sup>, so ist das Rechtsgutskonzept funktional zwar ein Menetekel, das im rechtspolitischen Diskurs mahnt – jedoch ohne zu sagen, wovor und wozu. Darüber hinaus bleibt ein solches Rechtsgutskonzept hinter dem Anspruch gesetzgebungskritischer Unrechtslehren, einen für die Gesetzgebung verbindlichen Maßstab bereitzustellen, zurück. Damit ist das kritische Potenzial eines solchen Rechtsgutsbegriffs so gering, dass keine signifikanten Unterschiede zu einem rein methodologischen Rechtsgutskonzept bestehen.<sup>35</sup>

Umgekehrt stellt sich bei den Ansätzen von von Hirsch und Seher das Problem der normativen Letztbegründung: Soweit von Hirsch und Seher das Harm Principle für die Rechtsgutslehre fruchtbar machen wollen, stellt dieses in der von Feinberg in Nachfolge Mills ausgearbeiteten Fassung aus Sicht der Rechtsgutslehre ersichtlich ein hilfreiches und ausdifferenziertes Instrumentarium zur Analyse und Klassifizierung straf- bzw. ordnungsrechtswidriger Verhaltensweisen dar. In der eigentlich virulenten Frage der Strafbegründung, helfen jedoch auch *Harm* und *Offense Principle* wenig weiter: Zum einen lässt sich das *Offense Principle* nur schwer in die herrschende Rechtsgutslehre integrieren, weil nicht erklärt werden kann, warum bei nichtschädigenden, grob anstößigen Verhaltensweisen das Anstandsgefühl und die Abscheu anderer über die freie Entfaltung des Individuums gestellt werden.<sup>36</sup> Zum anderen bleibt unklar, welche zentralen Grundinteressen (*welfare interests*) des strafrechtlichen Schutzes bedürfen bzw. was hierfür das entscheidende Selektionskriterium sein soll. Wie auch bei der Rechtsgutslehre wird man hierunter ohne Zweifel zentrale Grundinteressen bzw. -güter wie Leib, Leben, Eigentum *etc.* fassen können. Jenseits dessen verliert jedoch auch das *Harm Principle* an Aussagekraft. Und wie auch bei der

---

Vor § 1 Rn. 146, wobei letztere das Rechtsgutskonzept freilich inhaltlich aufladen und ihm eine gesetzgebungskritische Funktion beimessen.

<sup>34</sup> So Otto, JURA 2016, S. 361, 367 f. mit Fn. 73 unter Bezugnahme auf Frisch, FS Stree/Wessels, 1993, S. 72.

<sup>35</sup> Vgl. zum methodologischen bzw. systemimmanenten Rechtsgutskonzept oben S. 55 f. Insoweit verwundert es nicht, dass Frisch (vgl. oben Fn. 34) in der erwähnten Fundstelle mit der mahnenden Funktion des Rechtsgutsbegriffs allein die Gesetzesauslegung im Auge hat.

<sup>36</sup> So – obgleich selbst Vertreter dieser Ansicht – auch Simester/A. v. Hirsch, Legal Theory 2002, S. 269, 274 und 282 f., die dem jedoch durch Ergänzung des *Offense Principle* um das Element eines erforderlichen Unrechts (*wrongdoing*) zu begegnen versuchen; vgl. kritisch dazu Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 125 c. Vgl. mit grundsätzlicher Kritik am *Offense Principle* auch Hörnle 2005, S. 81 ff. und Fateh-Moghadam 2019, S. 221 ff.



Rechtsgutslehre lässt sich nicht allgemeinverbindlich begründen, warum *Harm* und *Offense Principle* als vorpositive rechtsethische Wertmaßstäbe allgemeinverbindliche normative Geltung für die Gesetzgebung beanspruchen können.<sup>37</sup>

Dass es sich hierbei nicht nur um ein konzeptuelles Problem der Rechtsgutslehre (sei sie in „klassischer“ oder modifizierter Form) handelt, sondern dass es vielmehr um ein methodisches Problem externer Rechtskritik geht, zeigt schließlich ein kurzer Blick auf die bereits besprochenen konkurrierenden Unrechtslehren, soweit sie gesetzgebungskritisches Potenzial beanspruchen: So haben wir bei der „klassischen“ Rechtsverletzungslehre gesehen, dass die von Hörnle für die Strafgesetzgebung maßgeblichen Sicherheits- bzw. Abwehrinteressen nach ihrem Verständnis dem positiven Recht vorgelagert sind.<sup>38</sup> Damit bezieht Hörnle das gesetzgebungskritische Potenzial ihrer Unrechtslehre – ungeachtet der Vermittlung durch die in Art. 2 Abs. 1 GG genannte Schranke der „Rechte anderer“ – letztlich ebenfalls aus dem Rückgriff auf vorpositive Wertungen und teilt insoweit mit der Rechtsgutslehre das Problem der Letztbegründung.<sup>39</sup> Gleiches gilt – obwohl sie anders als Hörnle keinen verfassungsorientierten Ansatz verfolgen – auch für Renzikowski und Haas, insoweit<sup>40</sup> sie in den vom Strafrecht geschützten subjektiven Rechten nicht nur „eine rechtstechnische Beschreibung tatsächlich gelebter, aber kontingenter Lebensverhältnisse“ sehen, sondern diese vielmehr auf Rechtspositionen zurückführen, die „[a]uf der vorrechtlichen Ebene [...] *reine moralische Postulate* [sind], die lediglich in *formaler Hinsicht* kraft des positiven Rechts eine Metamorphose zu Rechten im eigentlichen Sinne des Wortes vollziehen“.<sup>41</sup>

Das Letztbegründungsproblem betrifft schließlich auch die Ansätze von Autorinnen und Autoren wie Wolff, Zaczyk, Gierhake und Murmann, die Kriminalunrecht als Freiheitsverletzung interpretieren.<sup>42</sup> Ungeachtet der Frage, wie selektiv ein solcher Ansatz in der Bestimmung strafrechtlich zu

<sup>37</sup> Vgl. mit ähnlicher Kritik *Swoboda*, ZStW 2010, S. 24, 39.

<sup>38</sup> Vgl. dazu oben S. 71 ff. Vgl. kritisch auch *Bloy*, GA 2006, S. 656, 658 und *Swoboda*, ZStW 2010, S. 24, 41.

<sup>39</sup> Auch Hörnle kann ihren gesetzgebungskritischen Maßstab nicht aus der Verfassung selbst entwickeln, sondern nur insoweit sie postuliert, dass die vorpositiven Werte, die sich in den Sicherheits-/Abwehrinteressen ausdrücken, in die Verfassung inkorporiert worden seien.

<sup>40</sup> Vgl. jedoch zum kritischen Potenzial der Rechtsverletzungslehre, insofern sie sich auf die Identifikation von subjektiven Rechten als strafrechtliches Schutzgut beschränkt, unten S. 216 ff.

<sup>41</sup> Vgl. *Haas* 2002, S. 81; zustimmend *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 564 f. und *Kleinert* 2008, S. 100 ff.

<sup>42</sup> Vgl. dazu oben S. 77 ff.



sanktionierender Verhaltensweisen im Einzelnen ist,<sup>43</sup> leidet seine Überzeugungskraft an seinen voraussetzungsreichen Prämissen. Denn wie bereits gezeigt,<sup>44</sup> hängt hierbei die Begründung des dem Kriminalunrecht vorgängigen rechtlichen Anerkennungsverhältnisses von der Gesetzlichkeit praktischer Vernunft ab, ist mithin in geltungstheoretischer Hinsicht vorpositiv. Daran ändert es auch nichts, wenn darauf abgestellt wird, dass das vorpositive Anerkennungsverhältnis gewissermaßen auf seine Positivierung hinde, da es nur so als allgemeingültiges Rechtsverhältnis konstituiert werden könne.<sup>45</sup> Denn die Verbindlichkeit des kritischen Maßstabs *für* die positive Gesetzgebung bezieht dieser Ansatz hierdurch weiterhin ja gerade nicht *aus* dem Gesetz als Akt demokratischer Willensbildung, sondern aus einer überpositiven Vernunftrechtskonzeption, die diesen Akt anleiten soll. Damit entwickeln die vorgenannten Autoren und Autorinnen zwar eine gesetzgebungskritische Unrechtslehre. Jedoch kann diese angesichts ihrer argumentativen Fundierung in einer (idealistischen) Vernunftrechtskonzeption nicht zufriedenstellend beantworten, wie vorpositive Wertmaßstäbe allgemeinverbindliche normative Geltung für die Gesetzgebung beanspruchen können.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Dass das Kriterium der Anerkennungsverletzung als Strafwürdigkeitskriterium kritisches Potenzial bietet, stelle ich nicht in Abrede, vgl. dazu eingehend S. 182, Fn. 184.

<sup>44</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 80 ff.

<sup>45</sup> Vgl. dazu schon oben S. 79. So spricht *E. A. Wolff* 1987, S. 212 f. davon, dass das vorpositive Anerkennungsverhältnis und das „Vertrauen“ in „praktisch richtige[s] Verhalte[n] [...] schon im natürlichen Verhältnis vorausgesetzt [ist]. Die rechtliche Konstruktion des gemeinen Wesens verwandelt und stärkt das Vertrauen [,] [...] teilt [...] den ethischen Bereich und den rechtlichen und strukturiert den rechtlichen [...]“. Ähnlich sieht *Zaczyk* 1989, S. 181 f. die Aufgabe des Staates in der „gesetzliche[n] Konstitution der Freiheit“, da allgemeine Freiheit nur hergestellt werden könne, „wenn auf einer zusätzlichen Ebene – im Staat – die von den Subjekten hergestellten Verhältnisse noch einmal zu einer neuen, selbstständigen Einheit zusammengefaßt werden“. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, bedarf es nun nach *Zaczyk* ebd., S. 185 f. des „geschriebene[n] Gesetze[s]“, durch das „die *allgemeine* Anerkennung einer bestimmten Konkretion von Freiheit erfolgt“.

<sup>46</sup> Dies gilt insbesondere, insoweit die vorgenannten Autorinnen und Autoren ihre Ansätze *unmittelbar* auf Kant und die Philosophie des deutschen Idealismus stützen. Vgl. zu meiner Kritik an der direkten Anleihe bei solchen Vernunftrechtskonzeptionen bereits eingehend oben S. 80 ff., 136 ff. und S. 171 f. Will man vorpositive Kriterien zur Bestimmung von Kriminalunrecht auffinden, so liegt es zugegebenermaßen nahe, diese aus moralphilosophischen oder rechtsethischen Argumenten zu entwickeln und hierbei auch auf Kant und den deutschen Idealismus zu rekurrieren. Allerdings bedarf es dann nicht nur einer kritischeren Auseinandersetzung mit den voraussetzungsreichen Vorannahmen der jeweiligen Bezugsautoren. Auch böte es sich – gerade in Beiträgen der letzten zwei Jahrzehnte – an, Aktualisierungen Kantischen, Fichteschen oder Hegelschen Denkens aufzugreifen, um den eigenen Ansatz auf begründungstheoretischer Ebene weniger voraussetzungsreich zu gestalten. Anknüpfungspunkt hierfür könnten neben den bereits erwähnten post-metaphysischen Anerkennungskonzepten

Diese beiden Beispiele konkurrierender Unrechtslehren zeigen, dass es hier um ein grundlegendes methodisches Defizit einer externen Kritik des Strafrechts geht. Eine solche gerät in Begründungsprobleme, weil sie ihren kritischen Maßstab nicht aus dem positiven Recht und der hierzu bestehenden Dogmatik entwickelt, sondern strafbarkeitslimitierendes Potenzial aus externen, strafrechtsfremden Maßstäben bezieht. Im Grunde angemessener scheint mir daher das Vorgehen der funktionalen Strafrechtsgutslehre, wenn sie – wie in Kapitel B. dargelegt – Kriminalunrecht als Schädigung bzw. Abfall von der gesellschaftlichen Wertordnung bestimmt.<sup>47</sup> Unangesehen der Frage, dass ich es im Ergebnis als unzureichend erachte, die sozial normstabilisierende Funktion des Strafrechts in den alleinigen Fokus zu rücken,<sup>48</sup> enthält sich diese Unrechtslehre einer externen wertenden Betrachtung des Strafrechts. Sie ist gegenüber der Frage, welche Wertordnung in ihrer Geltung bzw. ihrem Bestand erhaltenswert ist, indifferent.<sup>49</sup> Sie beschreibt le-

---

(vgl. oben S. 140 f. und 143 ff.) von Kant ausgehende (konstruktivistische) Theorien der Normativität (bspw. *Korsgaard* 1996) und des Rechts (bspw. *Ripstein* 2009) oder diskurstheoretische Ansätze (etwa *Habermas* 1994) sein. Beides lassen die genannten Autoren und Autorinnen jedoch häufig vermissen bzw. treten hierzu explizit in Opposition (vgl. bspw. *Zaczyk* 1999a oder *Kahlo*. FS Hassemer, 2010, S. 397 ff.). Dabei geht es mir – und das sei an dieser Stelle betont – weder darum, philosophischer Reflexion eine gehaltvolle Rolle in der Strafrechtswissenschaft abzusprechen (dies sollten die vorstehenden Überlegungen gezeigt haben), noch möchte ich behaupten, dass man im Nachdenken über und in der Konzeption von (Straf-)Recht gänzlich ohne metaphysische Annahmen auskommt. Denn nicht nur Fragen nach den ersten Prinzipien menschlicher (theoretischer wie praktischer) Erkenntnis oder der Möglichkeit der Ontologie überhaupt lassen sich nur metaphysisch beantworten. Auch die Strafrechtswissenschaft muss zwangsläufig metaphysisch Stellung nehmen, wenn sie sich etwa mit Fragen der Verursachung, Freiheit oder Schuld beschäftigt. Für überzogen erachte ich daher eine pauschale Zurückweisung metaphysischer Argumentationsmuster (etwa weil sie Prämissen zugrunde legen, die auf „ideelle Entitäten“ rekurrierten und mit „aktuellen Standards der wissenschaftlichen Diskussion“ nicht kompatibel seien, so *Neumann* 2011, S. 160, zustimmend *Martins*, ZIS 2014, S. 514, 519; vgl. demgegenüber kritisch *Greco* 2009, S. 148 ff. und *Bruckmann*, KriPoZ 2019, S. 105, 109 ff. m. w. N.). Allein bürdet man sich durch die *unmittelbare* Übernahme metaphysisch besonders voraussetzungsreicher, vorpositiver Vernunftrechtskonzeptionen eines Kant, Hegel oder Fichte zum einen eine unnötig große Begründungslast auf und setzt sich zum anderen weit stärker der Kritik aus positivistischer Warte aus.

<sup>47</sup> Vgl. oben S. 66 ff.

<sup>48</sup> Damit ist gemeint, dass nach diesen Ansätzen die Schädigung bzw. der Abfall von der gesellschaftlichen Wertordnung um ihrer selbst willen sanktioniert wird (Wetzel) oder um die Gesellschaft in ihren für ihren Bestand wichtigen Strukturen und Funktionen zu erhalten (Amelung, Jakobs). Dabei bleibt wie gezeigt jedoch der Umstand unterbelichtet, dass das Strafrecht hierbei nur subjektive Rechte schützen kann (vgl. oben S. 69 f. und 105 f.) und dass Kriminalunrecht selbst subjektiv-rechtlich strukturiert ist, vgl. oben S. 106 ff. und 132 ff.

<sup>49</sup> Gleiches gilt im Übrigen für jeden rein methodologischen Rechtsgutsbegriff, der lediglich die *ratio legis* der Strafnormen abbildet, vgl. oben S. 55 f.

diglich, *dass* die Stabilisierung sozialer Normen mittels des Strafrechts für den Fortbestand einer Gesellschaft zentral ist. Sie kann jedoch nicht angeben, *welche* straffrechtlichen Norminhalte positiv zu bewerten und welche Verhaltensweisen danach zu kriminalisieren sind. Denn was – jenseits der bloß formalen Normübertretung – strafwürdiges Kriminalunrecht ist, ist von der jeweiligen gesellschaftsprägenden Wertordnung selbst abhängig.

Ist jedoch mit einer Unrechtslehre, die wie die funktionale Strafrechtsgutslehre selbstreferenziell ist und auf einen externen Bewertungsmaßstab verzichtet, unabdingbar die Preisgabe jeglichen kritischen Potenzials verbunden? Mir geht es mit dieser Frage nicht spezifisch um die funktionale Strafrechtsgutslehre,<sup>50</sup> sondern grundsätzlich darum, ob eine normative Kritik des Strafrechts nur auf Grundlage externer Bewertungsmaßstäbe möglich ist. Hier scheint mir nun eine immanente Kritik des Strafrechts, wie ich sie in dieser Arbeit verfolge, weiterhin ein – wenngleich deutlich begrenzteres – Potenzial für eine normative Kritik des Strafrechts bereitzuhalten. Diese trägt keine außerrechtlichen normativen Maßstäbe an das Strafrecht heran, sondern rekonstruiert die in ihm enthaltenen normativen Strukturen im Hinblick auf ihre Grundprinzipien und kritisiert – und insofern bleibt sie normativ – hier von ausgehend Inkonsistenzen und Defizite.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Dies ist ein häufiger Vorwurf gegenüber der funktionalen Strafrechtsgutslehre, etwa wenn *Roxin/Greco* 2020, § 2 Rn. 110 ff. monieren, mit Jakobs Ansatz lasse sich jegliche Kriminalpolitik (sei es die einer totalitären Diktatur oder die einer liberalen Demokratie) legitimieren. Vgl. mit ähnlicher Kritik auch *Schünemann*, GA 1995, S. 201, 219; *Rönnau*, JuS 2009, S. 209 und *Swoboda*, ZStW 2010, S. 24, 44. Diese Kritik scheint mir jedoch nicht gänzlich fair: Ob nämlich eine Unrechtslehre strafrechtsexterne Maßstäbe an die Kriminalpolitik herantragen muss, ist ja gerade der Streitpunkt. Und hier sehe ich die gesetzgebungskritischen Unrechtslehren in der Beweislast, nachzuweisen, dass sie dies überhaupt können. Gleichwohl ist natürlich zuzugeben, dass die funktionale Strafrechtsgutslehre Schwierigkeiten hat, materielle Strafwürdigkeitskriterien aufzustellen. G. *Jakobs* 1991, § 2 Rn. 24 f. verweist daher wieder auf den Rechtsgutsgedanken, der jedoch – wie auch bei Otto – nur als strafbarkeitsbegrenzendes Argumentationstopos in der kriminalpolitischen Debatte fungiert, nicht jedoch als wirkliches Legitimitätskriterium der Strafgesetzgebung. Amelung versucht demgegenüber, seinem systemtheoretischen Ansatz die grundgesetzliche Werteordnung als normative Prämisse zugrunde zu legen, wonach normative Vorgabe die freiheitlichen Wertungen des Grundgesetzes seien. Danach schütze das Strafrecht „Normen und Institutionen einer *freiheitlich verfassten* Gesellschaft“ (*Amelung* 2003, S. 181, Herv. v. mir). Dass sich der Verfassung jedoch nur wenige selektive Wertentscheidungen für die kriminalpolitische Debatte entnehmen lassen, wurde bereits dargelegt, vgl. oben S. 202 ff. Außerdem ist fraglich, inwiefern sich in *Amelungs* funktionalen, rein auf Systemerhaltung angelegten Theoriezugang freiheitliche Vorgaben des grundgesetzlichen Gesellschaftssystems problemlos integrieren lassen. Vgl. hierzu kritisch *Hassemer*, ZStW 1975, S. 146, 161 ff.; *Appel* 1998, 368 und *Roxin/Greco* 2020, § 2 Rn. 116.

<sup>51</sup> Vgl. dazu eingehend schon oben S. 20 ff.

Welche inhaltlichen Forderungen eine solche immanente Kritik zutage fördert, beantwortet sich allein nach der strafrechtsdogmatischen Systemrelevanz der zueinander in Widerspruch stehenden normativen Vorgaben bzw. Wertentscheidungen. Welche hiervon zentral sind, ergibt sich dabei zum einen aus ihrer Verankerung im Stufenbau der Rechtsordnung (etwa mit Blick auf das Verhältnis von Verfassung und einfachem Gesetz) und zum anderen aus ihrem Stellenwert in der Strafrechtsdogmatik, die nicht alle ihre Lehrsätze als gleich wichtig begreift. Vielmehr müssen wir das Strafrechtssystem als holistisches<sup>52</sup> System begreifen: Die Bedeutung einer normativen Strukturvorgabe oder Wertentscheidung ist von ihrer funktionalen Rolle im Gesamtsystem abhängig, sodass – obgleich keine Strukturvorgabe oder Wertentscheidung prinzipiell unveränderbar ist – Vorgaben und Wertentscheidungen im Zentrum im Konfliktfall *prima facie* Vorrang vor solchen an der Peripherie haben. Daher lassen sich bspw. einzelne Straf- oder Verfahrensbestimmungen an der Peripherie dieses Systems ausgehend von einer ihnen widersprechenden materiellen Unrechtslehre kritisieren, ohne dass – umgekehrt – diese Bestimmungen ihrerseits eine Revision des Unrechtsbegriffs erforderlich machten.

Mit Blick hierauf wird man sagen müssen, dass das hier dargestellte subjektiv-rechtliche Verständnis von Kriminalunrecht im Zentrum unseres Strafrechtssystems zu verorten ist: Strafrechtsdogmatisch ist dies nicht nur deswegen angezeigt, weil ein materieller Kriminalunrechtsbegriff *ex suppositione* von zentraler Bedeutung für das Strafrecht ist,<sup>53</sup> sondern vor allem, weil dieses Unrechtsverständnis implizit in unserer strafrechtsdogmatischen Behandlung der Einwilligung verankert ist. Die rechts- und normentheoretische Untersuchung der Einwilligungsdogmatik hat nicht nur gezeigt, dass subjektive Rechte vorzugswürdiger Weise als das Schutzgut des Strafrechts zu betrachten sind, sondern auch, dass das Strafrecht selbst subjektiv-rechtlich strukturiert ist (Stichwort: Kontrolle strafbewehrter Verhaltenspflichten durch den einwilligungsbefugten Rechtsinhaber).<sup>54</sup> Hierbei ist es wiederum der Aspekt der Statusverletzung, welcher das Spezifikum dieses subjektiv-rechtlichen Unrechtsverständnisses ausmacht.<sup>55</sup> Damit verleiht der Umstand, dass die unrechtausschließende Wirkung der Einwilligung – ungeachtet der bestehenden Differenzen in der dogmatischen Einordnung – letztlich in der

---

<sup>52</sup> Ich lehne mich insoweit an ein Holismusverständnis an, wie es bspw. *Quine*, *The Philosophical Review* 1951, S. 20 ff. mit Blick auf Sprachphilosophie und Erkenntnistheorie vertritt.

<sup>53</sup> Es ist ja gerade der Anspruch materieller Unrechtslehren, eine Wesensbestimmung von Kriminalunrecht zu leisten. Dass ein materieller Unrechtsbegriff von zentraler Bedeutung im Strafrechtssystem ist, wird also stets schon vorausgesetzt.

<sup>54</sup> Vgl. oben S. 85 ff., insb. S. 106 ff.

<sup>55</sup> Vgl. oben S. 132 ff., insb. S. 172 ff.

Strafrechtsdogmatik unumstritten ist und zudem in § 228 StGB einfachgesetzliche Anerkennung gefunden hat, einem subjektiv-rechtlichen Kriminalunrechtsverständnis besonderes Gewicht. Wer subjektive Rechte nicht als Schutzgut des Strafrechts begreift und wer – darüber hinaus – die Straftat selbst nicht auch als Verletzung subjektiver Rechte des Opfers versteht, kann die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung nur unter Inkaufnahme nicht unerheblicher rechtstheoretischer Inkohärenzen erklären.

Darüber hinaus verleiht auch die Verfassung dem aus der Einwilligungsdogmatik hergeleiteten subjektiv-rechtlichen Kriminalunrechtsverständnis besonderes normatives Gewicht. Denn die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung findet ihre normative Rechtfertigung letztlich im grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht.<sup>56</sup> Dass die Existenz des Rechtsinstituts der Einwilligung auf dem Prinzip der Autonomie bzw. der Selbstbestimmung beruht, bindet das hier dargestellte Unrechtsverständnis somit an die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes zurück: „Die Würde des Menschen ist [...] [Grund] der Selbstbestimmung der Person [...]: Der Mensch bleibt nur dann als selbstverantwortliche Persönlichkeit, als Subjekt anerkannt, sein Wert- und Achtungsanspruch nur dann gewahrt, wenn er über seine Existenz nach eigenen, selbstgesetzten Maßstäben bestimmen kann.“<sup>57</sup> Damit findet ein subjektiv-rechtliches Kriminalunrechtsverständnis, das die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung gerade mit der besonderen normativen Autorität des Rechtsinhabers (seine subjektiv-rechtliche Rechtsmacht reflektiert nichts anders als sein Selbstbestimmungsrecht) erklärt, mittelbar auch eine verfassungsrechtliche Verankerung.

Im Ergebnis glaube ich daher, dass Vieles dafürspricht, dem hier dargelegten subjektiv-rechtlichen Verständnis von Kriminalunrecht eine zentrale Stellung im Strafrechtssystem und damit normatives kritisches Potenzial zuzuschreiben. Dieses beruht nicht auf strafrechtsfremden normativen Vorgaben, die von außen an das Strafrecht herangetragen werden, sondern verdankt sich der im positiven Recht auffindbaren Normativität selbst. Es handelt sich um eine immanente Kritik des Strafrechts, die sich nicht in einer Wiederholung einfachgesetzlicher oder verfassungsrechtlicher Vorgaben erschöpft, sondern dessen rechtsinterne Normativität durch „fachfremde“ Begriffsanalyse aufdeckt. Die von mir angestrebte Rechtskritik zielt insoweit auf ein kohärenteres und in sich stimmigeres Strafrechtssystem ab. Und ihr kritisches Potenzial speist sich vor allem aus dem Umstand, dass es sich um eine Ana-

---

<sup>56</sup> Vgl. dazu m. w. N. S. 89, Fn. 272.

<sup>57</sup> So jüngst pointiert BVerfG, BVerfGE 153, 182, 264. Das Bundesverfassungsgericht geht dort sogar so weit, erstmals eine aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitete „Schutzpflicht für ein Leben in Autonomie“ (ebd. S. 286) zu begründen.

lyse der normativen Grundstruktur des Strafrechts, namentlich des Kriminalunrechtsbegriffs, handelt. Entsprechend besteht eine Bindung des Gesetzgebers an diese Grundstruktur auch nur insoweit, als der Gesetzgeber ein kohärentes Strafrechtssystem anstrebt, das Wertungswidersprüche vermeidet – eine geltungstheoretische Bindung besteht freilich nicht.

### 3. Zum Erklärungsanspruch der folgenden Ausführungen

Bevor ich mich im Folgenden den Konsequenzen des hier entwickelten Unrechtsverständnisses für das materielle Strafrecht, die Straftheorie und das Strafverfahren widme, möchte ich den damit verbundenen Erklärungsanspruch präzisieren: Begreifen wir die Straftat als Verletzung subjektiver Rechte, so bietet dies Potenzial für eine kritische Betrachtung des Strafrechts. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass es neben dem Merkmal der Rechtsverletzung keine anderen Kriterien geben kann, die für ein angemessenes Verständnis des Straf- und Strafprozessrechts eine ebenso wichtige Rolle spielen.

Wenn ich also beispielsweise – wie im folgenden Abschnitt deutlich werden wird – dem Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs einer Straftat keine unrechtskonstitutive Bedeutung beimesse, so ist dies lediglich Ausdruck davon, dass der Erfolgseintritt für ein subjektiv-rechtliches Kriminalunrechtsverständnis insoweit unerheblich ist. Dass dem Eintritt des tatbestandlichen Erfolges nach meinem Kriminalunrechtsverständnis keine unrechtskonstitutive Relevanz zukommt, heißt jedoch nicht, dass er nicht aus anderen Gründen Relevanz haben kann. So mag es gute Gründe geben, zusätzlich dem Erfolgseintritt unrechtskonstitutive Bedeutung beizumessen (etwa zur Strafbarkeitsbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit oder zur Abstufung der Strafe nach Schwere des Verletzungserfolges). Auch wenn das von mir dargelegte Unrechtsverständnis diese Gründe nicht erfassen kann, erhebt es gleichwohl keinen Ausschließlichkeitsanspruch. Daher bleibt es möglich, auch eine in ihrer Tragweite abgeschwächte Form meiner Thesen zu übernehmen (etwa im genannten Beispiel, allein den Handlungsunwert der Tat als Verletzung subjektiver Rechte zu beschreiben).

In den folgenden drei Unterkapiteln beabsichtige ich also keine „monokausale“ Interpretation des Strafrechts.<sup>58</sup> Vielmehr möchte ich aufzeigen, wie weit die konzeptuelle Erfassung von Kriminalunrecht als Rechtsverletzung und damit verbunden als Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung als kritischer Maßstab trägt. Das heißt, inwiefern sie zu einem besseren Verständnis des gegenwärtigen Straf- und Strafprozessrechts beitragen kann

---

<sup>58</sup> Vgl. hierzu mit Blick auf die Stellung des Verletzten im Strafprozess auch noch unten S. 319 ff.



und für welche Änderungen sie *de lege ferenda* aus Kohärenzgründen spricht. Die folgenden Ausführungen verstehen sich daher als konsequente Weiterentwicklung der bisherigen Überlegungen. Sie sollen vor allem veranschaulichen, welche konkreten Folgerungen sich aus meinem theoretischen Ansatz für die Strafgesetzgebung und juristische Praxis deduzieren lassen. Mit Blick auf diese Zielsetzung wird es sich umgekehrt nicht vermeiden lassen, dass andere und – wie soeben klargestellt – ebenso wichtige Aspekte mitunter unterbelichtet werden. Insbesondere können ausgehend von der hier angestrebten, rein normativen Betrachtung, Fragen der praktischen Umsetzung sowie empirische Erkenntnisse nicht immer angemessen einbezogen werden. In jedem Fall lassen sich jedoch aus dem hier entwickelten subjektiv-rechtlichen Unrechtsverständnis mit Blick auf seine zentrale dogmatische und verfassungsrechtliche Verankerung starke normative Argumente für wissenschaftliche und strafrechtspolitische Debatten gewinnen. Dies sollen die folgenden Ausführungen zeigen.

## **II. Rechts- und Statusverletzung als kritischer Maßstab im materiellen Strafrecht**

Ein kritischer Maßstab zur Beurteilung des materiellen Strafrechts ergibt sich nach meinem Ansatz allein aus der normativen Strukturanalyse des Strafrechts, die gezeigt hat, dass subjektive Rechte vorzugswürdiger Weise als Schutzgut des Strafrechts anzunehmen sind und dass das Strafrecht hierbei selbst (zumindest auch) subjektiv-rechtliche Berechtigungen reflektiert. Insoweit sich hieraus kritisches Potenzial für das materielle Strafrecht entwickeln lässt, handelt es sich somit jedenfalls um kein positives Kriterium zur Bestimmung strafwürdigen Verhaltens, aus dem sich Vorgaben für den Gesetzgeber ableiten ließen, welche subjektiven Rechte er mit Mitteln des Strafrechts schützen soll.<sup>59</sup> Das kritische Potenzial des hier vorgestellten Konzepts erschöpft sich vielmehr einerseits in der Entkriminalisierung von Verhaltensweisen, die nicht den Charakter einer Rechtsverletzung haben, und andererseits in einer neuen Begründung für eine monistische subjektive Unrechtslehre. Hierbei bietet es sich an, die beiden vorgenannten Dimensionen der Verletzung subjektiver Rechte (auf Ebene der Rechtszuweisungsordnung (D. II. 1.) und auf Ebene des Kriminalunrechts selbst (D. II. 2.) zu unterscheiden.

---

<sup>59</sup> Vgl. zu der Frage, inwiefern mein Unrechtsverständnis Grundlage eines „echten“ überpositiven Strafwürdigkeitskriteriums sein kann, eingehend oben S. 182, Fn. 184.



## 1. Subjektive Rechte auf der Ebene der Rechtszuweisungsordnung

Eine Strafbarkeitsbegrenzung ergibt sich danach aus der in Kapitel B. geleisteten Analyse, nach der das Strafrecht – wenn es nicht schon den Schutz subjektiver Rechte bezweckt (Rechtsgutsargument) – jedenfalls *de facto* auf den Schutz subjektiver Rechte hinausläuft (Erlaubnisargument), welche in den Primärrechtsordnungen des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts positiv-rechtlich konstituiert sind.<sup>60</sup> Strafrechtlicher Schutz jenseits subjektiver Rechte lässt sich danach nur erreichen, wenn das Strafrecht selbst in den Status einer primären Normordnung aufsteige.<sup>61</sup> Will man die Akzessorietät des Strafrechts jedoch nicht aufgeben, so können Strafgesetze nur Verletzungen von (individueller) Rechtsmacht und damit von subjektiven Rechten bzw. Rechtsverhältnissen nach Maßgabe der vor-strafrechtlichen Primärordnungen des Zivil- und öffentlichen Rechts sanktionieren. Sonstigen Interessen und Gütern, die dort keine subjektiv-rechtliche Anerkennung genießen, muss somit strafrechtlicher Schutz verwehrt werden. Das betrifft zum einen den strafrechtlichen Schutz von Moralvorstellungen, da auf Ebene des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts keine von der Rechtsordnung anerkannte (individuelle) Rechtsmacht zur Einforderung bzw. Durchsetzung sittlicher oder moralischer Wertvorstellungen besteht. Existiert aber auf Ebene der Rechtszuweisungsordnung kein subjektives Recht auf bestimmte Moralvorstellungen, dann kann sich auch der Strafgesetzgeber keine Kompetenz zuschreiben, moralwidrige Verhaltensweisen zu sanktionieren.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Bei der Einwilligung handelt es sich um eine starke Erlaubnis, sodass es stets zumindest zu einem Gleichlauf von individueller Kontrolle über strafbewehrte Verhaltenspflichten und subjektiv-rechtlicher Rechtsmacht in Bezug auf ein Rechtszuweisungsobjekt kommt. Vgl. dazu eingehend oben S. 85 ff., insb. S. 94 ff. Ob der Einwilligung darüber hinaus bereits auf Verhaltensnormebene und damit als schwache Erlaubnis tatbestandsausschließende Wirkung zukommt oder nicht, ist hierfür unerheblich. Vgl. dazu oben S. 111 f. mit Fn. 350 und 352.

<sup>61</sup> Vgl. dazu schon oben S. 104.

<sup>62</sup> „Eine Kompetenz, die nicht vorhanden ist, kann auch nicht übertragen oder delegiert werden.“ (Kleinert 2008, S. 119). Vgl. ebenso gegen strafrechtliche Sanktionierung von Sitten- bzw. Moralwidrigkeiten argumentierend Altenhain 2002, S. 299; Wohlers 2000, S. 262 ff.; Renzikowski, GA 2007, S. 561, 571 und in eigener Prägung Hörnle 2005, S. 78 ff.; kritisch zur Limitierungsleistung der Rechtsverletzungslehre jedoch Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 125o und Greco 2009, S. 342 ff. Dass Unmoral bzw. Unsittlichkeit kein strafwürdiges Kriminalunrecht darstellen, ist aber auch vor dem Hintergrund der Rechtsgutslehre anerkannt, vgl. dazu m.w.N. schon oben S. 61 f. sowie nur Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 17 ff. und 43 ff. Auch das BVerfG, BVerfGE 153, 182, 271 hat jüngst betont, dass „der Erhalt eines tatsächlich bestehenden oder mutmaßlichen Konsenses über Werte- oder Moralvorstellungen nicht unmittelbares Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein [kann]“.

Zum anderen betrifft es vor allem solche Allgemeinrechtsgüter, die sich nicht als kollektiviertes subjektives Recht der Rechtsgemeinschaft begreifen lassen. Von einem subjektiven Recht der Gesamtheit der Gesellschaftsmitglieder lässt sich etwa mit Blick auf die natürlichen Umweltressourcen (Eigentum der Allgemeinheit) sprechen, weil die staatlich verfasste Allgemeinheit gesetzliche Regeln für ihre Bewirtschaftung (Ausdruck ihrer subjektivrechtlichen Ausschluss- und Nutzungsbefugnisse) aufstellt, deren Übertretung in §§ 324 ff. StGB strafrechtlich sanktioniert wird.<sup>63</sup> Hingegen lässt sich kein solches subjektives Recht ermitteln, wenn Strafvorschriften lediglich Ordnungsvorstellungen, Gefühle oder Zustände der Allgemeinheit sichern sollen, auf deren Wahrung kein hoheitlicher Anspruch besteht. Paradigmatisch ist hier das in § 126 StGB (aber auch in §§ 130, 166 StGB) geschützte Allgemeinrechtsgut *öffentlicher Frieden*, der – zumindest nach vorherrschender Deutung – als der „Zustand allgemeiner Rechtssicherheit und des befriedeten Zusammenlebens der Bürger“ sowie auch als „das im Vertrauen der Bevölkerung in die Fortdauer dieses Zustands begründete Sicherheitsgefühl“<sup>64</sup> bestimmt wird. Ein Recht des Staates auf Wahrung eines solchen Zustands bzw. – um eine noch plastischere Rechtsgutsbestimmung von § 126 StGB zu wählen – auf „das frei von Furcht voreinander verlaufende Zusammenleben der Staatsbürger“<sup>65</sup> lässt sich jedoch schlechterdings nicht denken: Entweder müsste man hierzu einen staatlichen Anspruch auf eine bestimmte Volksbefindlichkeit anerkennen<sup>66</sup> oder aber ein staatliches Recht auf öffentlichen Frieden wird – sofern man hierbei auf die Wahrung des Rechtsfriedens abstellt – inhaltsleer. Denn aus Sicht des hier verfolgten Ansatzes führt es zu einer Redundanz, einen subjektiven Anspruch des Staates auf Unterlassen

<sup>63</sup> Vgl. dazu schon oben S. 121 f.

<sup>64</sup> Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 126 Rn. 1 m. w. N.

<sup>65</sup> MüKo-StGB-Schäfer, § 126 Rn. 1.

<sup>66</sup> Nämlich auf ein gebotenes allgemeines Normvertrauen innerhalb der Bevölkerung. Vgl. trotz anderer kritischer Stoßrichtung in diesem Sinne treffend Fischer-StGB, § 126 Rn. 3a: „Das subjektive Gefühl eines nicht bestimmten Teils der Bevölkerung ist mit einer dem Bestimmtheitsgebot genügenden Sicherheit nicht feststellbar [...]. Der Begriff beschreibt daher nicht, was über die Sicherheit alle tatsächlich denken, sondern was alle denken sollen [...]; es geht also um (System-)Vertrauen [...].“ Vgl. ähnlich G. Jakobs, ZStW 1985, S. 751, 775 f.; Kühl, NJW 1987, S. 737, 745 und Köhler 1997, S. 33. Vgl. ferner einen indirekten strafrechtlichen Schutz von Sicherheitsgefühlen bei „Beeinträchtigung der Freiheit der Willensbildung und -betätigung“ anerkennend Roxin/Greco 2020, § 2 Rn. 26 ff. sowie Hörnle 2005, S. 233 ff. und Hörnle 2003, S. 275 f., die auch hier von einer „Verletzung der Rechte anderer“ sprechen möchte, da es im Rahmen von § 126 StGB teils zu „erheblichen Einschränkungen in der alltäglichen Lebensführung“ kommen könne. Hiermit sind jedoch allenfalls – erneut bleibt hier Hörnle der personalen Rechtsgutslehre verhaftet (vgl. oben S. 71 f.) – Sicherheitsinteressen des Einzelnen betroffen, die jedoch für sich genommen keine subjektiv-rechtliche Rechtsmacht begründen.

der konkreten Verhaltensweisen, die unter § 126 StGB subsumiert werden, anzuerkennen, soweit ein hierdurch bewirkter Schutz des Rechtsfriedens nicht über das hinausgeht, was bereits Ziel individualschützender Strafvorschriften (etwa §§ 240, 241 StGB) ist. Ein Recht des Staates auf Aufrechterhaltung der rechtlichen Verfassung der Gesellschaft strafrechtlich anzuerkennen, liefe somit auf einen „strafrechtlichen Schutz des Strafrechts“<sup>67</sup> hinaus.<sup>68</sup>

Somit ist ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht damit unvereinbar, das Strafrecht zum Zwecke der Wahrung eines bestimmten gesellschaftlichen Zustands zu funktionalisieren, da sich insoweit weder ein subjektives Recht des Einzelnen noch des Staates denken lässt. „Wenn weder ein Privater noch der Staat berechtigt sind, von Dritten ein Unterlassen zu verlangen, dann ist nicht ersichtlich, woher der Staat die Berechtigung nimmt, dieses Verlangen mittels Strafandrohung durchzusetzen.“<sup>69</sup> Strafrecht nicht – wie die noch herrschende Rechtsgutslehre – als Interessenschutz, sondern als Schutz subjektiver Rechte zu begreifen, geht daher mit einer nicht zu gering zu achtenden Limitierungsleistung, d.h. Ausgrenzung nicht strafwürdiger Verhaltensweisen, einher. Denn wo der Rechtsgutsbegriff dem Gesetzgeber konzeptionell letztlich freie Hand lässt, was er mit Mitteln des Strafrechts schützen möchte,<sup>70</sup> begrenzt das hier vorgestellte subjektiv-

<sup>67</sup> So zutreffend Fischer-StGB, § 126 Rn. 3a m.w.N. Auch *Renzikowski*, GA 2007, S. 561, 571 spricht hier zutreffend von einer „Aporie“, in die man gerate, „wenn man die Summe aller Rechtsverhältnisse in einem neuen Super-Rechtsverhältnis zusammenfasst“. Vgl. zum Rechtsgut „öffentlicher Friede“ im Ergebnis ebenso *Roxin/Greco* 2020, § 2 Rn. 47.

<sup>68</sup> Ähnlich lässt sich mit Blick auf die in §§ 129, 129a StGB geschützte öffentliche Sicherheit und staatliche Ordnung argumentieren, da „[j]ede Straftat [...] auch eine Verletzung der öffentlichen Ordnung ist“, sodass die bloße Vereinigung zur Begehung von Straftaten allenfalls die „in der Straftat liegende Verletzung erhöht“, aber nicht als solche strafwürdig ist, so *E. A. Wolff* 1987, S. 221 f.; vgl. mit eingehender Kritik auch *Gierhake* 2013, S. 180 ff. Auch bei den in § 29 BtMG genannten Rechtsgütern „Schutz der individuellen Gesundheit“ und „Schutz der allgemeinen Gesundheit bzw. der Volksgesundheit“ (*Körner/Patzak/Volkmer-BtMG-Patzak*, § 29 Rn. 1) lässt sich gegenwärtig kein diesbezügliches subjektives Recht des Staates ersinnen: Wenn das Zivilrecht ein subjektives Recht des Einzelnen präsupponiert, über seine Gesundheit und körperliche Unversehrtheit alleine zu disponieren, und dies in §§ 223, 228 StGB durch Anerkennung einer Einwilligungsbefugnis innerhalb der Grenzen der Sittenwidrigkeit sogar strafrechtlich anerkannt ist, dann kann sich der Staat in § 29 BtMG keine Sanktionsbefugnisse mit Blick auf den Schutz individueller Gesundheit oder der des Volkes – verstanden als Gesamtheit aller Individuen – anmaßen. Vgl. im Ergebnis – wenngleich mit anderer Argumentation – ebenso *Wohlers* 2000, S. 276; *Matt/Renzikowski-Renzikowski*, Einleitung Rn. 14 und *Roxin/Greco* 2020, § 2 Rn. 46.

<sup>69</sup> So zutreffend *Altenhain* 2002, S. 299.

<sup>70</sup> Dies betrifft insbesondere den Schutz von Allgemeinrechtsgütern. Diese ermöglichen es dem Gesetzgeber, jedwede Schutzintention mit den Mitteln des Straf-

rechtliche Verständnis von Kriminalunrecht strafwürdiges Verhalten auf die Verletzung der Rechte der Individuen oder des Staates, so wie sie in den dem Strafrecht vorgelagerten Teilrechtsordnungen anerkannt sind.

## 2. Subjektiv-rechtliche Struktur des Kriminalunrechts selbst

Das Strafrecht schützt aber nicht nur subjektive Rechte auf Ebene der privat- bzw. öffentlich-rechtlichen Rechtszuweisungsordnung, sondern Kriminalunrecht selbst stellt – wie die Einwilligungsdogmatik gezeigt hat – eine Verletzung subjektiver Rechte des Verletzten dar. Weil dieser die strafbewehrte Verhaltenspflicht *qua* Einwilligungsbefugnis deontisch kontrolliert, ist strafrechtlich der Verletzte als Berechtigter der Verhaltenspflicht zu qualifizieren.<sup>71</sup> Dies weist Kriminalunrecht als Statusverletzung aus, namentlich als Missachtung der normativen Autorität als Rechtsinhaber, deren Anerkennung der Täter dem Verletzten rechtlich schuldet. Hierin liegt der Unterschied begründet, der ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht gegenüber bloßem Zivilunrecht auszeichnet, da für letzteres die vorwerfbare Verhaltenspflichtverletzung und damit die Missachtung des Rechtsinhabers in seiner normativen Autorität nicht unrechtskonstitutiv ist.<sup>72</sup>

### a) Argument für eine subjektive Unrechtslehre

Diese Missachtung bzw. vorwerfbare Nichtachtung der normativen Autorität des Rechtsinhabers definiert jedoch letztlich nichts anderes als den Handlungsunwert einer Straftat. Daher erlaubt die Statusverletzung als kriminalunrechtskonstitutiver Aspekt der Straftat nicht nur eine qualitative Abschichtung von Kriminalunrecht gegenüber Zivilunrecht, sondern spricht auch gegen eine rein objektive Unrechtslehre. Denn besteht Kriminalunrecht gerade in der vom Erfolgsmoment unabhängigen Missachtung des anderen als auto-

---

rechts zu verfolgen, da Allgemeinrechtsgüter vom Staat – obgleich er nicht deren Inhaber ist – kreiert, verwaltet und inhaltlich bestimmt werden. Dies hat – mit Blick auf die hierdurch mögliche Einführung von Rechtsgütern ohne materielles, d. h. auf konkrete Einzelinteressen zurückführbares Substrat – eine erhebliche (und rechtsstaatlich bedenkliche) Ausweitung strafbaren Verhaltens zur Folge. Schon *Naucke*, KritV 1993, S. 135, 138 f. beklagt: „Volk und Rasse, Sozialismus und Kapitalismus, moderne Waren- und Geldvertriebsformen und die außenpolitische Achtung eines Staates, alles kann Rechtsgut sein.“ Vgl. die mangelnde Begrenzungsfunktion des Begriffs universaler Rechtsgüter ebenfalls kritisierend *Altenhain* 2002, S. 300 ff.; *Amelung* 2003, S. 171 ff. und *Kleinert* 2008, S. 118 ff. sowie eingehend und m. w. N. *M. Krüger* 2000.

<sup>71</sup> Vgl. oben S. 106 ff.

<sup>72</sup> Vgl. oben S. 134 ff. und S. 172 ff.

ritatives Rechtssubjekt, dann kann Kriminalunrecht nicht allein durch objektive Elemente gekennzeichnet sein. Zwar war die letztgenannte Auffassung, wonach subjektive Merkmale allein der Schuld zuzurechnen seien und unrechtskonstitutiv allein die Herbeiführung eines rechtlich missbilligten Zustandes sei, in der Strafrechtswissenschaft lange Zeit vorherrschend.<sup>73</sup> Allerdings wird man sagen müssen, dass sich eine rein objektive Unrechtslehre, die allein einen Erfolgsunwert als unrechtskonstitutiv ausweist, angesichts der heute in der Strafrechtswissenschaft allgemein anerkannten objektiven Zurechnungslehre überlebt hat. Denn nach dieser erschöpft sich der Erfolgsunwert einer Tat gerade nicht in der bloßen Schaffung eines rechtlich missbilligten Zustandes, sondern dieser muss sich stets als Realisierung einer rechtlich missbilligten Risikoschaffung darstellen. Mit diesem Erfordernis ist jedoch das Moment der vorwerfbaren (d.h. zumindest sorgfaltswidrigen) Verhaltenspflichtverletzung unrechtskonstitutiv. Der Erfolgsunwert kann somit stets nur als Konkretisierung des vorgelagerten – und damit für die Unrechtskonstitution primär maßgeblichen – objektiven Handlungsunwertes begriffen werden.<sup>74</sup> Mithin findet diese Rückbindung des Erfolgsunwertes an den Handlungsunwert als primär maßgeblichem Unrechtsmoment eine Stütze in der subjektiv-rechtlichen Struktur von Kriminalunrecht.

Freilich stellt sich jedoch die Frage, ob der Handlungsunwert darüber hinausgehend das einzige konstitutive Element strafrechtlichen Unrechts ist oder (für die vollendete Tat) kumulativ der Eintritt eines Erfolgsunwertes unrechtskonstitutiv ist – mithin ob einer rein subjektiven<sup>75</sup> oder einer personalen<sup>76</sup> Un-

<sup>73</sup> Bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts war die objektive Unrechtslehre vorherrschend, vgl. etwa *Nowakowski*, ZStW 1951, S. 287, 291 ff. oder *Oehler* 1959, S. 84 f.; i. E. heute noch vertreten z. B. von *Spendel*, FS Weber, 2004, S. 16; *Knierim* 2018, S. 85 f. und wohl auch *Lampe*, ZStW 2006, S. 1, 13 ff. Vgl. m. w. N. die historische Entwicklung nachzeichnend *Gallas*, FS Bockelmann, 1979.

<sup>74</sup> Vgl. ebenso *Murmann* 2005, S. 431 f.; *Murmann* 2019b, § 23 Rn. 29; *Holznapel* 2019, S. 161 f. und *Renzikowski*, HRRS 2009, S. 347, 353: „Ohne Handlungsunwert gibt es [...] keinen Erfolgsunwert, denn ein Schaden ist strafrechtlich ohne Belang, wenn er nicht auf einem pflichtwidrigen Verhalten beruht.“ Vgl. ähnlich auch schon *G. Jakobs* 1991, § 6 Rn. 76 und *Gallas*, FS Bockelmann, 1979, S. 161 ff.

<sup>75</sup> Ehedem messen insb. *Horn* 1973, S. 78 ff.; *Zielinski* 1973; *Armin Kaufmann*, FS Welzel, 1974, S. 393 ff.; *H. J. Hirsch*, ZStW 1982, S. 239 ff. allein dem Handlungs-, jedoch nicht dem Erfolgsunwert unrechtskonstitutive Bedeutung bei. Als aktuelle Vertreter einer subjektiven Unrechtslehre lassen sich vor allem *Freund/Rostalski* 2019, § 2 Rn. 61 ff. sowie in eigener Prägung auch *Haas* 2002, S. 83 ff.; erneut *Haas* 2008a, S. 64 f. nennen, welche der von der objektiven bzw. personalen Unrechtslehre als Erfolgsunwert bezeichneten Schädigung des Rechtsguts keine unrechtskonstitutive Bedeutung beimessen. Vgl. zwischen Vollendung und Versuch differenzierend *Rudolphi*, FS Maurach, 1972, S. 70 ff.

<sup>76</sup> Diese hat sich als herrschend durchgesetzt, vgl. m. w. N. nur *Krauß*, ZStW 1964, S. 19, 38 ff.; *Jescheck/Weigend* 1996, § 24 III 4; *Kühl* 2017, § 3 Rn. 3 ff.; *Roxin*/

rechtslehre zu folgen ist.<sup>77</sup> Insoweit gebührt nach dem hier entwickelten Verständnis von Kriminalunrecht einer monistischen, rein subjektiven Unrechtslehre der Vorzug. Denn nach einem subjektiv-rechtlichen Verständnis von Kriminalunrecht kann dem Eintritt eines Erfolgswertes – wie die Abgrenzung gegenüber bloßem Zivilunrecht gezeigt hat –<sup>78</sup> keine für die Unrechtskonstitution eigenständige Bedeutung zukommen, da ein Erfolgsintritt für die Frage, ob jemand unter Missachtung der subjektiv-rechtlichen Autorität des Verletzten eine Verhaltensnorm übertritt, ohne Belang ist. Das heißt freilich nicht, dass dem Erfolgswert einer Straftat keinerlei Bedeutung zukommt. So haben Erfolge, verstanden als tatbestandsmäßige Konkretionen des Handlungsunrechts, natürlich Einfluss auf die Bestrafung, wie auch von Vertretern subjektiver Unrechtslehren anerkannt wird, wenn diese bspw. den Erfolg als objektives „Kriterium für das Bestehen eines Strafbedürfnisses oder eines erhöhten Strafbedürfnisses“ qualifizieren.<sup>79</sup> Gleichwohl bleibt damit der Erfolg unrechtsneutral und ihm kommt hinsichtlich der Strafwürdigkeit einer Handlung keine unrechtskonstitutive Bedeutung zu, da es sich insoweit nicht um ein notwendiges Element der Straftat handelt.<sup>80</sup>

---

*Greco* 2020, § 10 Rn. 88 ff.; NK-StGB-*Puppe*, Vor § 13 Rn. 19 ff. und *Schönke/Schröder-Eisele*, Vor § 13 Rn. 52 f. und 57 f.

<sup>77</sup> Da die Literatur zum Streit um objektive, subjektive und personale Unrechtslehre umfassend ist und hier nicht eingehend dargestellt werden kann und soll, beschränke ich mich auf die Verortung meiner eigenen Position in der Debatte und verweise i. Ü. auf die konzise Darstellung hierzu bei *Lackner/Kühl-Heger*, Vor § 13 Rn. 18 ff. m. w. N.

<sup>78</sup> Vgl. oben S. 176 ff.

<sup>79</sup> Vgl. grundlegend *Zielinski* 1973, S. 128 ff. und 204 ff.

<sup>80</sup> So auch *Freund/Rostalski* 2019, § 2 Rn. 68: „Während das tatbestandsmäßige Verhaltensunrecht unverzichtbares und primäres Element einer jeden Straftat darstellt, sind tatbestandsmäßige Verhaltensfolgen kein zwingendes Straftaterfordernis [...]“. Der primäre Unwert der Straftat liegt daher nach dem hier dargelegten Verständnis im Handlungsunwert der subjektiv-rechtlichen Statusverletzung, verstanden als vorwerfbarer Übergriff in eine fremde Rechtsmacht. Mit Blick auf die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung besteht bzgl. dieses Unwerts nur insoweit ein Unterschied, als es bei der Vollendung im Unterschied zum Versuch zu einer Manifestation der Beeinträchtigung fremder Rechtsmacht kommt. Man mag bei letzterem auch davon sprechen, dass sich die Statusverletzung in einem rechtswidrigen Zustand (Erfolg) fortsetzt, jedoch ohne dass hierbei dem Erfolg gegenüber der Handlung ein normativer Selbststand zukäme. Denn einen Zustand als rechtswidrig zu begreifen, heißt nach meinem Verständnis nur, ihn als etwas durch eine Verhaltenspflichtverletzung und damit Missachtung fremder Rechtsmacht Herbeigeführtes auszuweisen. Der strafrechtliche Unwert eines tatbestandlichen Erfolges erschöpft sich dann jedoch in seinem durch eine tatbestandliche Handlung Herbeigeführtsein. Vgl. anders jedoch *Schönke/Schröder-Eisele*, Vor § 13 Rn. 48, 56 f. („Nicht-tun-sollen“ versus „Nicht-sein-sollen“), *Holznapel* 2019, S. 177 ff. („Bewirken eines rechtseingreifenden Zustands und de[r] Zustand selbst“) oder (*Zaczyk* 1989, S. 199 ff. („der Verletzung [...] aus der Perspektive des verletzten Daseinselements von Freiheit [sc. des Rechtsguts,



Hierbei erlaubt es gerade die Charakterisierung von Kriminalunrecht als Statusverletzung einigen Haupteinwänden, die gegen eine rein subjektive Unrechtslehre vorgebracht werden, auf neue Weise zu begegnen. Sofern eingewandt wird, eine subjektive Unrechtslehre mache das Unrecht zu einer inneren Angelegenheit des Täters, wodurch weder die gesellschaftliche Dimension des Kriminalunrechts noch das Opferleid eine angemessene Berücksichtigung finde,<sup>81</sup> trifft diese Kritik auf den hier vorgestellten Ansatz nicht zu. Zwar messe ich – wie es implizit eigentlich überwiegend anerkannt zu sein scheint –<sup>82</sup> den empirischen Folgen einer Straftat für die Gesellschaft und den Verletzten (insb. dem physischen Opferleiden) keine für das Kriminalunrecht konstitutive Bedeutung bei. Jedoch hat dies gerade nicht eine Marginalisierung des Opfers oder der gesellschaftlichen Dimension von Kriminalunrecht zur Folge. Im Gegenteil: Indem ich Kriminalunrecht stets eine intersubjektive Dimension (als Verletzung der individuellen Autorität des Rechtsinhabers sowie der überindividuellen Autorität aller Subjekte der Rechtsgemeinschaft) zumesse,<sup>83</sup> wird gerade der persönlichen Betroffenheit des konkret Verletzten wie auch der aller übrigen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft normativ Rechnung getragen. Damit ist Kriminalunrecht nach einer subjektiven Unrechtslehre, die das Verbrechen als Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung begreift, mehr als nur ein „den Normen widersprechende[s] falsche[s] Wollen und sein[e] Emanation in

---

P.-A.H.]“ im Unterschied zur „Seite des Täters [...] als personale Seite des Unrechts“, die hierin zwar aufeinander bezogene, jedoch mit Blick auf die Unrechtskonstitution eigenständige Elemente jeder Straftat sehen. Vgl. demgegenüber ähnlich wie hier *Freund/Rostalski* 2019, § 8 Rn. 12, nach denen der tatbestandliche Erfolg lediglich „eine spezifische Folge des Fehlverhaltens und damit seinerseits störende Manifestation des Verhaltensnormverstoßes in der Außenwelt“ ist.

<sup>81</sup> Vgl. bspw. NK-StGB-*Puppe*, Vor § 13 Rn. 20; *Roxin*, ZStW 2004, S. 929, 938 f.; *Stratenwerth*. FS Schaffstein, 1975, S. 183 ff. oder LK-StGB-*Jescheck*, Vor § 13 Rn. 40 (11. Aufl.).

<sup>82</sup> Denn viele materielle Unrechtslehren idealisieren das Erfolgsunrecht, indem sie es als Normverletzung, Beeinträchtigung eines abstrakten Gutes oder als Verletzung des „Rechts als Recht“ bestimmen (vgl. dazu schon oben die Nachweise S. 16, Fn. 15 ff. sowie die Ausführungen auf S. 62 ff. und S. 189). Etwa sind nach *Lesch* 1992, S. 253; *Lesch*, JA 1994, S. 590, 598 oder *G. Jakobs* 1991, § 1 Rn. 9 nicht die „empirisch-greifbaren Verhaltensfolgen“ bzw. die „äußerlichen Folgen“ eines Normbruchs, sondern allein die hierin verkörperte Normnegation für strafbares Unrecht konstitutiv. Und nach *Jescheck/Weigend* 1996, § 26 I 1 f. und 4 sowie *Schmidhäuser/Alwart* 1984, § 5 Rn. 32 f. ist bspw. bei einem Tötungsdelikt nicht die empirische Lebensbeendigung, sondern allein die hierin liegende Missachtung des Lebens als idealisiertes Gut strafrechtlich maßgeblich. Vgl. hierzu kritisch und für eine stärkere Berücksichtigung des physischen Opferleidens und der Opferinteressen m. w. N. *Sarhan* 2006, S. 201 ff. und schon *S. Walther* 2000, S. 207 ff.

<sup>83</sup> Vgl. dazu oben S. 184 ff.



einer Handlung“<sup>84</sup>. Unrecht ist keine innere Angelegenheit des Täters, sondern vielmehr Missachtung des Rechtsstatus anderer.

Auch dem Einwand, dass eine subjektive Unrechtslehre nicht plausibel die fakultative Minderbestrafung des Versuchs<sup>85</sup> (§ 23 Abs. 2 StGB) erklären könne,<sup>86</sup> kann vor dem Hintergrund des hier entwickelten Verständnisses von Kriminalunrecht begegnet werden. Richtigerweise ist die Minderbestrafung nach der Schwere des Handlungsunrechts vorzunehmen,<sup>87</sup> d.h. nach dem hier verfolgten Ansatz nach Art und Ausmaß der Statusverletzung. Hier bietet es sich nun an, danach zu differenzieren, ob der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat noch weitere Handlungen vornehmen muss, um die Tatbestandsvoraussetzungen zu erfüllen (unbeendeter Versuch), oder aber aus seiner Sicht alles zur Erfolgsherbeiführung Erforderliche getan hat (beendeter Versuch). Im letztgenannten Fall unterscheidet sich das verwirklichte Handlungsunrecht qualitativ nicht von dem des vollendeten Delikts, so dass eine Minderbestrafung *prima facie*<sup>88</sup> nicht angezeigt ist. Denn das bloß zufäl-

---

<sup>84</sup> So kritisch NK-StGB-Puppe, Vor § 13 Rn. 20 über eine monistische subjektive Unrechtslehre.

<sup>85</sup> Subjektive Rechte in Bezug auf strafbewehrte Verhaltenspflichten – und über sie vermittelt der Anspruch auf Anerkennung als autoritatives Rechtssubjekt – beziehen sich auf die sozialen Verhältnisse in der Welt, insoweit sie andere zu Handlungen (Tun oder Unterlassen) verpflichten. Kriminalunrecht erfordert daher eine im Mindestmaß betätigte Beeinträchtigung dieser praktischen Gestaltungsmacht. Daher ist mit Blick auf den Strafgrund des Versuchs im Ergebnis der heute herrschenden Eindruckstheorie bzw. gemischt objektiv-subjektiven Theorie zuzustimmen, soweit sie eine Betätigung des rechtsfeindlichen Willens verlangt. Wenn sie überdies allerdings auf den rechtserschütternden Eindruck der Tat als Strafgrund des Versuchs verweist (vgl. m. w. N. nur Schönke/Schröder-Eser/Bosch, Vor § 22 Rn. 22), verfehlt die Eindruckstheorie nach dem hier dargelegten Verständnis den Kern des Versuchsunrechts. Denn zum einen reduziert sie hierdurch die in der betätigten Verletzung subjektiver Rechte liegende Missachtung normativer Autorität – mithin die normativ-anerkennungstheoretische Dimension des Versuchsunrechts – auf ein bloß sozialpsychologisches Phänomen (den rechtserschütternden Eindruck). Zum anderen verlagert der Rekurs auf den rechtserschütternden Eindruck, den die Tat in der Allgemeinheit hinterlässt, den Strafgrund auf eine „Störung des Rechtsfriedens“ (so bspw. Wessels/Beulke/Satzger 2020, Rn. 930). Hierdurch wird das Versuchsdelikt letztlich als eigener Deliktstatbestand mit eigenem Allgemeinrechtsgut gedacht und somit der gemeinsame Unrechtskern von Versuch und Vollendung, die Missachtung der Entscheidungsmacht des Rechts(guts)trägers, ausgeblendet. Aus Sicht des hier vertretenen Ansatzes erscheint es daher vorzugswürdig, bei Versuch und Vollendung von einem einheitlichen Strafgrund auszugehen. Vgl. – wenn gleich nur im Ergebnis – übereinstimmend etwa G. Jakobs 1991, § 25 Rn. 15; Freund/Rostalski 2019, § 8 Rn. 11 ff. und MüKo-StGB-Hoffmann-Holland, § 22 Rn. 12.

<sup>86</sup> Vgl. etwa NK-StGB-Puppe, Vor § 13 Rn. 20; Lampe, ZStW 2006, S. 1, 11 oder Nierim 2018, S. 83 und Roxin/Greco 2020, § 10 Rn. 95.

<sup>87</sup> So auch SK-StGB-Jäger, § 23 Rn. 2.

<sup>88</sup> Dies ist kein Automatismus, da noch weitere Umstände hinzutreten können und da nach der Gesamtbetrachtungslehre der Rechtsprechung über die Strafmilderung

lige Ausbleiben der Tatvollendung soll – dies ergibt sich aus §§ 22 ff. StGB – den Täter im Vergleich zur Vollendung nicht privilegieren.<sup>89</sup> Das Strafprivileg ist vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn das Ausbleiben des Erfolges jenseits des Zufalls zumindest auch ein Verdienst des Täters ist, weil er noch nicht dazu übergegangen ist, die unmittelbar in den Erfolg mündende Ausführungshandlung vorzunehmen. Nur in diesem vorgelagerten Stadium des unmittelbaren Ansetzens hat der Täter die betätigte Statusverletzung noch nicht irreversibel vollzogen. Denn er behält sich die Möglichkeit vor, die Tatvollendung noch zu unterlassen und damit doch noch die dem Verletzten geschuldete Anerkennung als Rechtsinhaber zu leisten. Die fakultative Minderbestrafung rechtfertigt sich so gesehen nicht aus dem Ausbleiben des Erfolges, sondern aus der noch nicht irreversibel vollzogenen Anerkennungsverletzung beim unbeendeten Versuch.<sup>90</sup>

### **b) Argument für eine Entkriminalisierung unbewusster Fahrlässigkeit**

Ausschließlich dem Handlungsunwert unrechtskonstitutive Bedeutung beizumessen und diesen Handlungsunwert zudem als Missachtung eines Rechtsstatus zu bestimmen, führt jedoch umgekehrt zu einer Ausgrenzung nicht strafwürdigen Verhaltens im Bereich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Besteht nämlich der subjektiv-rechtliche Gehalt der Straftat (bspw. im Fall von § 223 StGB) gerade darin, dass der Verletzte *qua* Einwilligungsbefugnis die strafbewehrte Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert, dann liegt der spezifisch subjektiv-rechtliche Unwert der Tat nicht in der Rechtsverletzung *materialiter* (d. h. der pflichtwidrigen Vornahme der Verletzungshandlung i. S. v. § 223 StGB). Vielmehr liegt der Unwert der Tat in der Rechtsverletzung *formaliter*, d. h. in der mit der Verletzungshandlung einhergehenden Missachtung des Verletzten als Rechtsinhaber, der in Ansehung der Verletzungshandlung gegenüber dem Täter über eine besondere normative Autorität verfügt. Denn ebenso wenig wie sich die Anerkennung einer *qua* Einwilligungsbefugnis bestehenden normativen Autorität darin erschöpft, die strafbewehrte Verhal-

---

aufgrund einer Bewertung sämtlicher Tatumstände und der Täterpersönlichkeit zu entscheiden ist, vgl. BGH, BGHSt 16, 351, 353; BGHSt 17, 266 und auch SK-StGB-Jäger, § 23 Rn. 2 ff. m. w. N.

<sup>89</sup> Dies ist ein weiterer Grund, warum dem Erfolgsunwert keine unrechtskonstitutive Bedeutung beigemessen werden kann, vgl. hierzu eingehend schon Zielinski 1973, S. 128 ff. und zuletzt Freund/Rostalski 2019, § 2 Rn. 62 ff. Vgl. jedoch kritisch Roxin/Greco 2020, § 10 Rn. 98; NK-StGB-Puppe, Vor § 13 Rn. 21 und G. Jakobs 1991, § 6 Rn. 73. Vgl. anders auch BGH, StV 1984, 246 und StV 1985, 411.

<sup>90</sup> Vgl. mit ähnlichen, wenngleich nicht anerkennungstheoretisch angeleiteten Überlegungen Haas, ZStW 2011, S. 226, 258 f.; Freund/Rostalski 2019, § 8 Rn. 11 sowie eingehend LK-StGB-Murmann, § 23 Rn. 7 ff. i. V. m. § 22 Rn. 36 ff.

tenspflicht *materialiter* zu erfüllen, so wenig besteht die Missachtung dieser Autorität darin, das kriminalisierte Verhalten pflichtwidrig vorzunehmen, ohne zu realisieren, wem die Pflichterfüllung geschuldet ist.<sup>91</sup> Kommt es aber auf die Missachtung bzw. die vorwerfbare Nichtachtung des anderen als autoritatives Rechtssubjekt an, so kann Kriminalunrecht nur vorsätzlich bzw. bewusst fahrlässig verwirklicht werden.

Wer aus bloßer Unachtsamkeit einen anderen Menschen körperlich schädigt, verletzt sicherlich *materialiter* die strafbewehrte Verhaltenspflicht, die körperliche Unversehrtheit des anderen nicht zu beeinträchtigen. Hingegen kann bei unbewusster Fahrlässigkeit nicht von einer Rechtsverletzung *iure formaliter* gesprochen werden, d.h. von einer Missachtung des Rechtsinhabers in seinem Status als autoritatives Rechtssubjekt. Denn wer noch nicht einmal die Möglichkeit einer Rechtsverletzung erkennt, dem kann schwerlich vorgeworfen werden, er missachte andere als Rechtsinhaber. Von einem strafwürdigen Verhalten kann daher nur noch im Bereich der bewussten Fahrlässigkeit gesprochen werden, weil nur hier der Vorwurf erhoben werden kann, der Täter habe in Kenntnis der Gefährlichkeit durch sein rechtlich missbilligtes Verhalten die Rechtssubjektivität eines anderen in Frage gestellt. Nur wenn der Täter eine bewusste Entscheidung gegen Sorgfaltsnormen getroffen hat, liegt eine dem Vorsatzdelikt vergleichbare (wenngleich abgeschwächte) Entscheidung gegen das subjektive Recht<sup>92</sup> und damit gegen den Status des anderen als autoritatives Rechtssubjekt vor. Zurecht ist daher – entgegen der herrschenden Auffassung –<sup>93</sup> für die sträfliche Fahrlässigkeit seitens des Täters „ein praktisches (Geltungs-)Wissen um die verbotenen gesetzte Gefährerhöhung [...], freilich verbunden mit dem Mangel des Vorsatzes ernstlicher Gefahrrealisierung“ zu verlangen.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Vgl. oben S. 180 ff.

<sup>92</sup> Vgl. dazu oben S. 130 f.

<sup>93</sup> Vgl. statt vieler nur Jescheck/Weigend 1996, § 54 II 1; G. Jakobs 1991, § 9 Rn. 3 und Roxin/Greco 2020, § 24 Rn. 68 f.

<sup>94</sup> Vgl. Köhler 1997, S. 177; eingehend auch Köhler 1982, S. 373 ff., insb. S. 390 ff. mit Fn. 19; beipflichtend Seelmann 2003, S. 265; im Grundsatz ebenso Arthur Kaufmann 1961, S. 153 ff., 223 ff.; E. A. Wolff 1964, S. 24 ff.; Bockelmann 1967, S. 210 ff. und G. Wolf. FS Puppe, 2011, S. 1067 ff.; bei Annahme einer Willensschuld als Tatschuld auch Spilgies, ZIS 2010, S. 490 ff. eingeschränkt auch Freund/Rostalski 2019, § 5 Rn. 9, wobei teilweise von einem Fehlen des Unrechts, teilweise der Schuld ausgegangen wird. Die Frage, ob unbewusst fahrlässiges Handeln grundsätzlich entkriminalisiert werden soll, ist jedoch der Sache nach viel älter und wird seit zwei Jahrhunderten in der Strafrechtswissenschaft kontrovers diskutiert. Vgl. hierzu m.w.N. nur den konzisen Überblick bei Koch, ZIS 2010, S. 175 ff.

Legt man den Gedanken der Anerkennungsverletzung zugrunde, so stehen demzufolge weniger Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit,<sup>95</sup> als bewusste Fahrlässigkeit und unbewusste Fahrlässigkeit in einem *aliud*-Verhältnis. Denn sowohl vorsätzliche als auch bewusst fahrlässige Tatbegehungen enthalten eine artverwandte Verletzung des *ius formaliter*. Wer beispielsweise vorsätzlich einen anderen körperlich verletzt, missachtet willentlich und wissentlich dessen *qua* Einwilligungsbefugnis bestehendes subjektives Recht in Ansehung der strafbewehrten Verhaltenspflicht und verweigert hiermit die ihm geschuldete Anerkennung als autoritatives Rechtssubjekt. Und wer bewusst fahrlässig einen anderen körperlich verletzt, schätzt dessen Status als autoritatives Rechtssubjekt so gering ein, dass er (obgleich er auf einen glücklichen Ausgang vertraut) sehenden Auges ein rechtlich missbilligtes Risiko eingeht. Auch hierin liegt eine Anerkennungsverweigerung, weil hiermit die Befugnis des Rechtsinhabers, Gefährdungen seiner Rechte zuzustimmen (oder eben nicht), missachtet wird.

Trotz dieser Ähnlichkeit könnte man – was im Rahmen dieser Untersuchung jedoch nur angedeutet werden kann – gleichwohl noch immer eine unrechtsspezifische Differenz zwischen vorsätzlicher und bewusst fahrlässiger Tatbegehung ausmachen, wenn man nach dem sozial-ethischen Sinngehalt der Tat aus zweit-personaler Perspektive<sup>96</sup> fragt. Denn die Handlungsbedeutung und damit die Qualität einer Tatbestandsverwirklichung (verstanden als tatbestandliche Erfassung einer Handlung) hängt davon ab, welche praktische Einstellung sich in der Verhaltenspflichtverletzung gegenüber denjenigen manifestiert, denen gegenüber die strafbewehrte Verhaltenspflicht besteht. Entsprechend wird der intentionale Bezug des Täters zur Tatbestandsverwirklichung dadurch modifiziert, wie darauf bezogene Achtungsansprüche anderer (der Verletzten sowie der Rechtsgemeinschaft) in seine Handlungsgründe aufgenommen werden: Aus Sicht derjenigen, die Anspruch darauf haben, dass die Tatbestandsverwirklichung unterbleibt und der Täter die strafbewehrte Verhaltenspflicht nicht verletzt, stellt sich das Unrecht des Vorsatztäters als *Missachtung* dar. Wir werfen dem Täter vor, durch die Tatbestandsverwirklichung diese Missachtung zu seinem Handlungsgrund gemacht zu haben. Wer hingegen andere „nur“ bewusst gefährdet, dessen Verhalten ist keine intentionale Missachtung, sondern allenfalls eine – vom Un-

<sup>95</sup> Die (noch) h.M. geht bei Vorsatz und Fahrlässigkeit von einem *aliud*-Verhältnis aus, vgl. nur BGH, BGHSt 4, 340, 341; BGHSt 32, 48, 57; Jescheck/Weigend 1996, § 54 I 2; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn. 3 f.; Fischer-StGB, § 15 Rn. 21; MüKo-StGB-Duttge, § 15 Rn. 101 ff., jeweils m.w.N. Vgl. demgegenüber für ein Plus-Minus-Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit argumentierend Roxin/Greco 2020, § 24 Rn. 80; Freund/Rostalski 2019, § 7 Rn. 39; G. Jakobs 1991, § 9 Rn. 4 sowie NK-StGB-Puppe, § 15 Rn. 4 f., jeweils m.w.N.

<sup>96</sup> Vgl. zum Konzept der Zweitpersonalität oben S. 148 ff.

rechtsgehalt weniger schwerwiegende – *bewusste Nicht-Achtung*, d. h. unzulässige praktische Gleichgültigkeit gegenüber den Ansprüchen anderer. Dem bewusst fahrlässig Handelnden Täter werfen wir nicht seinen Handlungsgrund als solchen vor, sondern dass er sich nicht von den richtigen Gegengründen hat leiten lassen, die sich aus dem ihm bekannten Risiko der Tatbestandsverwirklichung für ihn ergeben.<sup>97</sup>

Gleichwohl lassen sich Vorsatz- wie bewusste Fahrlässigkeitstat als Anerkennungsverletzung beschreiben, da der Täter in beiden Fällen den subjektiv-rechtlich vermittelten Status des Verletzten als Rechtsinhaber infrage stellt, der *qua* Einwilligungsbefugnis die strafbewehrte Verhaltenspflicht kontrolliert. Der Unterschied besteht wie gezeigt lediglich darin, dass sich die Autorität des Rechtsinhabers im einen Fall auf die Herbeiführung eines Verletzungserfolges, im anderen Fall auf die Gefährdung bezieht.<sup>98</sup> Demgegenüber stellt jedoch unbewusste Fahrlässigkeit ein *aliud* dar. Bei unwillkürlichen Fehlleistungen des Täters (Vergessen, Unachtsamkeit, Überforderung, Überlastung *etc.*) wird der andere zwar in seinem Recht *materialiter* verletzt, weil es zu einer Verletzung der von ihm kontrollierten strafbewehrten Verhaltenspflicht kommt. Er wird jedoch nicht in seinem Status *iure formaliter* verletzt wird, weil der Täter mangels Gefahrenkenntnis gar keine innere Haltung zur Einwilligungsbefugnis des anderen und damit zu dessen normativem Status als Rechtsinhaber entwickeln kann.<sup>99</sup> Hier noch von einer Anerkennungsverletzung zu sprechen, erscheint mir unangebracht. Denn der Täter kann mangels hinreichender Gefahrenkenntnis gar *keine innere Haltung zu Achtungsansprüchen* anderer entwickeln, der personale Unwert der Tat besteht allein in einer unterlassenen Willensanstrengung in Bezug auf die Erkenntnis solcher Achtungsansprüche. Gegenüber dem Fahrlässigkeitstäter erheben wir folglich einen anders gelagerten Vorwurf: Wir werfen ihm vor, kein Bewusstsein einer Risikosituation entwickelt zu haben, auf Grund dessen er sich aus den richtigen Gegengründen hätte leiten lassen können. Fehlende Gefahrenkenntnis ist jedoch nicht ohne Weiteres<sup>100</sup> mit einer für eine

---

<sup>97</sup> Zwar kann auch dem Vorsatztäter der Vorwurf gemacht werden, nicht aus den richtigen Gründen gehandelt zu haben. Jedoch stehen Missachtung und Nicht-Achtung als praktische Einstellungen in einem *aliud*-Verhältnis zueinander.

<sup>98</sup> Vgl. zum Fahrlässigkeitsunrecht als Verletzung subjektiver Rechte des Betroffenen oben S. 130 f. Eine in den Grundzügen ähnliche Differenzierung findet sich auch bei Köhler 1982, S. 321 ff.

<sup>99</sup> Ohne – wie hier – zwischen einer Verletzung des Rechts *materialiter* und *formaliter* zu unterscheiden, differenziert Seelmann 2003, S. 265 in der Sache ähnlich: „Zwar kann auch die bloße Unachtsamkeit durchaus eine Rechtsverletzung sein. Wer es aber gar nicht für möglich hält, einen anderen zu verletzen, stellt schwerlich dessen Rechtssubjektivität in Frage“.

<sup>100</sup> Bei wertender Betrachtung lassen sich allenfalls konkrete Gefahrenkenntnis und bewusste Leichtfertigkeit gleichsetzen: Demjenigen, der ohne Erkenntnis einer

Anerkennungsverletzung konstitutiven praktischen Gleichgültigkeit gleichzusetzen.

### III. Strafe und Respekt – Ein Plädoyer für eine zweitpersonale expressive Straftheorie

Die anerkennungstheoretische Dimension meines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht hat jedoch nicht nur Konsequenzen für eine Unrechtslehre und die Kriminalisierung von Verhaltensweisen, sondern auch für unser Verständnis von staatlicher Strafe als Reaktion auf Kriminalunrecht. Denn die Straftat als Statusverletzung zu begreifen, rückt nicht nur die normative Stellung des Verletzten einer Straftat, sondern auch die des Täters in ein neues Licht. Hierbei spielt die dargelegte zweitpersonale Struktur subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung<sup>101</sup> eine besondere Rolle. Im Folgenden möchte ich dies ausführen, wobei ich mich aber darauf beschränke, die Konsequenzen für ein Verständnis von Strafe aufzuzeigen, das Strafe als kommunikativen Akt begreift, der einen sozialetischen Tadel ausdrückt.<sup>102</sup>

---

konkreten Gefahr bewusst in massiver Weise von wichtigen Verhaltenspflichten abweicht, fehlt zwar ein intentionaler Bezug zur Tatbestandsverwirklichung (i. S. d. Bewusstseins der Gefahr für ein *konkretes* Rechtsgut). Jedoch drückt seine Handlung ebenso eine praktische Gleichgültigkeit gegenüber den ihm lediglich *in concreto* unbekannten Ansprüchen anderer aus. Qualitativ lässt sich der Unrechtvorwurf, durch seine Handlung zwar keine Missachtung, aber eine Nicht-Achtung anderer zum Ausdruck gebracht zu haben, weiterhin erheben. Er ergibt sich anders als beim Gefährdungsvorsatz, bei dem sich der Vorwurf ungeachtet einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung auf die konkrete Gefahrenerkenntnis des Täters stützt, aus der aus einer bewusst-massiven Sorgfaltspflichtwidrigkeit ableitbaren Kenntnis der enormen abstrakten Gefahrgeneigntheit der eigenen Handlung. Da bewusst-geringfügigen bzw. -mittleren Sorgfaltspflichtverletzungen kein der konkreten Gefahrenerkenntnis vergleichbarer Appellcharakter, sich angesichts eines bekannten Risikos für die Achtungsansprüche anderer nach anderen als den vom Täter beabsichtigten Handlungsgründen leiten zu lassen, zukommt, drücken meines Erachtens jedoch nur bewusste und schwerwiegende Verletzung von Sorgfaltspflichten eine solche praktische Gleichgültigkeit aus. Sie fehlt hingegen weiterhin bei einfacher Fahrlässigkeit, d. h. wenn jemand ohne Bewusstsein einer massiven Sorgfaltspflichtverletzung von Verhaltenspflichten abweicht und die Sorgfaltspflichtwidrigkeit erkennbar sowie der tatbestandliche Erfolg vorhersehbar war.

<sup>101</sup> Vgl. dazu oben S. 148 ff., 157 ff. und S. 184 ff.

<sup>102</sup> Eine eingehende Verortung des hier präsentierten Verständnisses in der straftheoretischen Debatte werde ich im Rahmen dieser Untersuchung allerdings schuldig bleiben müssen. Vgl. jedoch für eine kritische, aus meiner Sicht weitgehend zutreffende Auseinandersetzung eines Strafverständnisses, das die kommunikative Komponente des sozialetischen Tadels in den Mittelpunkt der Strafsanktion rückt, *Hörnle* 2017.



Nicht nur in der Rechtsprechung,<sup>103</sup> sondern auch in der ganz überwiegen- den Literatur<sup>104</sup> findet sich die Auffassung, dass die Strafe ein sozialet- hisches<sup>105</sup> Unwerturteil über den Täter enthalte, sodass Strafe tadelnde Missbil- ligung zum Ausdruck bringe.<sup>106</sup> Expressive Strafrechtstheorien sehen hierin ein zentrales Moment der Strafbegründung:

„[P]unishment is a conventional device for the expression of attitudes of resent- ment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, on the part either of the punishing authority himself or of those ‚in whose name‘ the punish- ment is inflicted. Punishment, in short, has a *symbolic significance* largely missing from other kinds of penalties.“<sup>107</sup>

Nach Feinberg ist das Kernelement staatlicher Strafe (im Unterschied zu anderen Formen der Sanktion) der Aspekt des sozialetischen Tadels. Dieser bringe die Missbilligung der Tat als dem Täter vorwerfbares Unrecht zum Ausdruck. Jenseits der im Schuldspruch liegenden autoritativen Feststellung des Unrechts und seiner Zurechnung zum Täter als von ihm zu verantworten,<sup>108</sup> beinhalte Strafe gleichzeitig die symbolische Bekräftigung des Rechts, dass Rechtsverletzungen von der Rechtsgemeinschaft nicht reaktionslos hingenommen werden,<sup>109</sup> sowie eine Solidarisierung mit dem Opfer, dass das ihm Widerfahrene Unrecht gewesen sei, es also gewissermaßen auf der Seite des

<sup>103</sup> So ist in der Rechtsprechung häufig von einem sozialetischen bzw. recht- lichen Unwerturteil die Rede, vgl. etwa BGH, BGHSt 6, 46, 49; BGHSt 16, 1, 6; BGHSt 41, 292, 302; BGHSt 43, 129, 141 oder BGHSt 48, 153, 159.

<sup>104</sup> Vgl. nur Noll 1962, S. 17 ff.; Gallas 1968, S. 3 ff.; Schmidhäuser 1971, S. 36; H.-L. Günther 1983, S. 161 f.; Neumann, ZStW 1987, S. 567, 586; Kindhäuser, GA 1989, S. 493, 503 f.; Jescheck/Weigend 1996, § 8 I 2; Lagodny 1996, S. 115 ff.; Frisch 1998, S. 140; Kühl, FS Eser, 2005; Freund/Rostalski 2019, § 1 Rn. 59 und Roxin/ Greco 2020, § 3 Rn. 46.

<sup>105</sup> Teilweise wird in der Rede vom *sozialetischen* Tadel eine unzulässige Mora- lisierung gesehen (vgl. Zaczyk, ZStW 2011, S. 691, 698; Altenhain 2002, S. 314 f. und z. T. auch Haas 2008b, S. 245 ff.). Obgleich zutreffend sein mag, dass die inhaltliche Bedeutung von Sozialethik in diesem Zusammenhang weitgehend ungeklärt ist (so moniert auch Kühl, FS Eser, 2005, S. 155), trifft der denkbare Vorwurf einer Morali- sierung des Strafrechts zumindest den hier vorgestellten Ansatz nicht. Denn Gegen- stand des Tadels ist nach meinem Verständnis die Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung, die aus der normativen Struktur des positiven Rechts folgt. Der Tadel ist so gesehen genuin rechtlicher Art. Vgl. dazu noch unten S. 239 ff.

<sup>106</sup> Begrifflich zwischen an den Täter gerichtetem Tadel und dem sozialetischen Unwerturteil über die Tat zu differenzieren (so Hörnle/A. v. Hirsch, GA 1995, S. 261, 274 f. und letztlich auch Greco 2009, S. 288), ist nicht angezeigt, da die Strafe als Unwerturteil über die Tat stets dem Täter gilt, so auch Haas 2008b, S. 245 und Kargl, GA 1998, S. 53, 60 f.

<sup>107</sup> Feinberg 1974, S. 98.

<sup>108</sup> Vgl. Feinberg 1974, S. 101 f.

<sup>109</sup> Vgl. Feinberg 1974, S. 102 ff.



Rechts stehe.<sup>110</sup> Diese expressive Bedeutung staatlicher Strafe – wie sie Feinberg idealtypisch beschreibt – wurde in den letzten Jahren nicht nur im angloamerikanischen Sprachraum, sondern auch zunehmend in Deutschland als wesentliches Element der Strafsanktion herausgearbeitet.<sup>111</sup> An dieser Stelle ergeben sich nun aus dem hier vorgestellten Verständnis von Kriminalunrecht Konsequenzen für die Frage, wie dieser Akt tadelnder Missbilligung zu begreifen ist. Diese möchte ich in Auseinandersetzung mit den expressiven Straftheorien Hamptons (D.III.1.) und Hörnles (D.III.2.) veranschaulichen.

### 1. Strafe nicht als Unterwerfung, sondern als inkludierende Aufforderung an den Täter

Hampton begreift in Anknüpfung an Feinberg die Strafe als Ausdruck sozialer Missbilligung, welche vordringlich auf eine Abwertung des Verletzten durch den Täter reagiere. Verbrechen, die individuelle Opfer aufwiesen, beinhalteten nämlich immer ein Element der Respektlosigkeit, welche zu einer Abwertung des Opfers führe. Strafe sei daher am besten als eine Reaktion auf diese Abwertung und als deren Korrektur zu verstehen. Denn durch sein Verbrechen beanspruche der Täter eine Autorität über das Opfer, die ihm nicht zustehe, und behandle das Opfer als jemanden, der einen geringeren Wert habe als er. Durch das Verbrechen maße sich der Täter eine Art Herrschaft („lordship“) über den Verletzten an und wolle den Verletzten dazu bringen, sich der Demütigung, die das Verbrechen darstelle, zu unterwerfen.<sup>112</sup> Daher sei die angemessene Reaktion auf das Verbrechen, den Spieß umzudrehen und die Unterwerfung („submission“) des Täters zu erzwingen, wodurch der eigentliche Wert des Opfers bestätigt bzw. seine Gleichrangigkeit als Rechtsgenosse verteidigt werde.<sup>113</sup> Daher sei die „most general and

<sup>110</sup> Vgl. Feinberg 1974, S. 104f.

<sup>111</sup> Vordringlich sind hier etwa zu nennen Primoratz, *Philosophy* 1989, S. 187 ff.; Hampton 1990 und Hampton 1992 sowie Duff 1991, insb. S. 39 ff. und 233 ff. sowie Duff 2001, insb. S. 75 ff. sowie für den deutschen Sprachraum S. Walther, *ZStW* 1999, S. 123, 135 ff.; K. Günther, FS Lüderssen, 2002; A. v. Hirsch 2011; Hörnle/A. v. Hirsch, GA 1995, S. 261 ff. oder Hörnle 2017, S. 31 ff. sowie jüngst Abraham 2019, S. 173 ff. Vgl. jedoch kritisch zur expressiven Bedeutung staatlicher Strafe bspw. Davis 1996, S. 169 ff.; Hanna, *Law and Philosophy* 2008, S. 123 ff.; J.-C. Wolff/Haaz 2011, S. 70 sowie für einen Vorrang der faktischen Sanktion im Sinne einer harten Behandlung Androulakis, *ZStW* 1996, S. 300, 309 ff.

<sup>112</sup> Vgl. Hampton 1990, S. 124. Vgl. auch Hampton 1992, S. 5 ff., ebd. S. 9 f.: „The wrongfulness of the action consists in the fact that it is expressing something false about the victim’s value“.

<sup>113</sup> Vgl. Hampton 1990, S. 126; vgl. auch Hampton 1992, S. 13 und 19: „[T]he message carried in this subjugation is ‚What you did to her, she can do to you. So

accurate definition of punishment [...]: the experience of defeat at the hands of the victim (either directly or indirectly through a legal authority)<sup>114</sup>

Vor dem Hintergrund meines Verständnisses von Kriminalunrecht ist Hampton dahingehend zuzustimmen, dass Strafe als Ausdruck sozialetischer Missbilligung auf die Anmaßung einer besonderen Autorität seitens des Täters gegenüber dem Opfer mit der Bestätigung des dem Opfer eigentlich zukommenden Rechtsstatus reagiert. Denn expressive Strafrechtstheorien qualifizieren Strafe als symbolische Bekräftigung des Rechts, die zum Ausdruck bringt, dass Rechtsverletzungen von der Rechtsgemeinschaft nicht reaktionslos hingenommen werden. Liegt nun nach den in Kapitel C. gewonnenen Erkenntnissen der Unrechtsgehalt des Verbrechens in der Missachtung der individuellen Autorität des Rechtsinhabers sowie gleichzeitig der überindividuellen Autorität eines jeden Mitglieds der Rechtsgemeinschaft als Rechtssubjekt,<sup>115</sup> dann werden diese durch die Straftat verletzten Status durch die Strafsanktion affirmativ bekräftigt. Besteht Kriminalunrecht nach meinem Verständnis in einer Statusverletzung, so drückt Strafe aus Sicht einer entsprechenden expressiven Strafrechtstheorie mithin Bekräftigung des ungeschmäleren Rechtsstatus aus, und zwar des Opfers sowie auch der übrigen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft. Jedoch müssen Hamptons Überlegungen insoweit auf Widerspruch stoßen, als diese Bekräftigung nach ihr dadurch erfolgt, dass Strafe den Straftäter symbolisch dem Opfer bzw. der Rechtsgemeinschaft unterwerfe. Denn durch diese öffentliche Entehrung, welche die Rechtsgleichheit zwischen Opfer und Täter nach Hampton wiederherstellen soll, wird dem Täter ja gerade der Respekt vorenthalten, den er seinerseits dem Opfer versagte. Diese Unterwerfung des Täters durch das Opfer bzw. stellvertretend durch die Rechtsgemeinschaft ist jedoch mit dem Rechtsgleichheitsverhältnis, welches das hier dargelegte Verständnis von Kriminalunrecht als Statusverletzung impliziert, unvereinbar.

Denn das insoweit zugrunde gelegte Verständnis zweitpersonaler Anerkennung steht unter gewissen Gelingensbedingungen, zu denen auch die normative Kompetenz des Anerkennungspflichtigen sowie die prinzipielle Reziprozität intersubjektiv geschuldeter Anerkennung gehört. Konkret kann danach

---

you're equal'. [...] [B]y creating an event that counters the symbolic message sent by the crime, we symbolize the correct moral relationships among human beings [...].“

<sup>114</sup> Hampton 1990, S. 126. Hierin weicht sie von Feinberg ab, dessen expressive Strafrechtstheorie die Missbilligung als Reaktion der Rechtsgemeinschaft betrachtet („punishment expresses the *judgment* [...] of the community that what the criminal did was wrong“) und weniger als eine des Opfers einer Straftat, vgl. Feinberg 1974, S. 100.

<sup>115</sup> Vgl. zum Verbrechen als Verletzung eines subjektiv-rechtlich vermittelten Rechtsstatus erneut oben S. 172 ff. sowie zur Differenzierung zwischen individueller und überindividueller Autorität oben S. 184 ff.

eine Person von einer anderen Anerkennung nur unter zwei Bedingungen verlangen: Erstens muss diese andere Person in der Lage sein, die Anerkennungsforderung als berechtigten Handlungsgrund nachzuvollziehen und sich selbst auf Grund dessen für verantwortlich zu halten, sich forderungsgemäß zu verhalten. Und zweitens muss die eingeforderte Anerkennung prinzipiell reziprok beansprucht bzw. zugeschrieben werden können. Allein deshalb kann derjenige, der zur Anerkennung verpflichtet ist, diese nicht als etwas Aufgezwungenes begreifen, sondern als etwas, das von ihm zu leisten als freier und gleicher Akteur der normativen Gemeinschaft akzeptabel ist.<sup>116</sup> Diesem Erfordernis genügt subjektiv-rechtlich vermittelte Anerkennung zum einen dadurch, dass sie Rechtsinhaber und Rechtsadressat gleichermaßen als Rechtssubjekte begreift. Zum anderen lässt sich Rechtsinhaberschaft in einem gesetzlichen Rechtssystem wie dem unseren nicht vom allgemeinen und reziproken Geltungsanspruch der Gesetze trennen, weil rechtlich Berechtigter und Verpflichteter prinzipiell austauschbar sind.<sup>117</sup> Aus diesem Grund betrifft die in jedem Verbrechen liegende Verletzung der überindividuellen Autorität als Rechtssubjekt nicht nur die anderen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft, sondern stets auch den Täter selbst, weil auch er grundsätzlich die Wahrung seines Status als Rechtssubjekt und damit die allgemeine Normgeltung beanspruchen kann.<sup>118</sup>

Angesichts dessen muss Kriminalstrafe, wenn sie tadelnde Missbilligung zum Ausdruck bringen soll, den Straftäter in einer Weise adressieren, die nicht nur den durch die Straftat verletzten Status affirmativ bestätigt und dessen Anerkennung durch den Täter einfordert. Vielmehr muss der Täter hierdurch *gleichzeitig* seinerseits als normativ kompetentes Rechtssubjekt adressiert und respektiert werden. Hierzu muss Strafe den Täter so ansprechen, dass er die Strafe als etwas begreifen kann, das von ihm als freier und gleicher Akteur der Rechtsgemeinschaft prinzipiell akzeptabel ist. Hieran fehlt es jedoch, wenn der Täter – so wie es Hampton darstellt – durch Strafe dem Opfer bzw. der Rechtsgemeinschaft unterworfen werden soll. Dies würde gewissermaßen das vom Täter begangene Unrecht (die erniedrigende Abwertung eines anderen) lediglich wiederholen, ohne dass einsichtig wäre, warum eine Statusverletzung durch eine weitere Statusverletzung richtig gestellt werden kann.<sup>119</sup> Daher darf die in der Strafe zum Ausdruck kommende Missbilligung nicht einfach eine symbolische Demonstration des Rechts am

---

<sup>116</sup> Vgl. dazu oben S. 150 f.

<sup>117</sup> Vgl. dazu eingehend oben S. 156 ff.

<sup>118</sup> Vgl. dazu eingehend eben S. 184 ff.

<sup>119</sup> Vgl. mit ähnlicher Kritik auch *Abraham* 2019, S. 137 und *Dolinko* 2019, S. 417, Fn. 116.

Täter sein,<sup>120</sup> der hierdurch gleichsam als Objekt aus der Rechtsgemeinschaft exkludiert wird, sondern muss als *inkludierende Aufforderung an den Täter als Rechtssubjekt* verstanden werden. Hierzu muss die Strafe den Täter als normativ kompetentes Mitglied der Rechtsgemeinschaft adressieren, das in der Lage ist, den Grund für die Missbilligung nachzuvollziehen und – obgleich ihm die Strafe selbst unerwünscht sein mag – für sich als rechtlich bindend anzuerkennen.

## 2. Strafe und reaktive Einstellungen des Opfers, der Rechtsgemeinschaft und des Täters

Diese Einsicht teilt – neben anderen Vertretern einer expressiven Strafrechtstheorie –<sup>121</sup> im Grundsatz auch Hörnle. Um in der Kriminalstrafe einen „angemessenen Umgang mit vergangenem Verhalten“<sup>122</sup> zu erreichen, müsse gegenüber dem Täter eine tadelnde Haltung demonstriert werden.<sup>123</sup> Hierbei nehme man – wie Hörnle in Anknüpfung an Strawson herausstellt –<sup>124</sup> ge-

<sup>120</sup> Hiermit ist zugleich eine Absage an normorientierte expressive Strafrechtstheorien (so die Begriffsprägung bei Hörnle 2017, S. 31 ff.) zu erteilen, die die Notwendigkeit der Missbilligung durch die Strafsanktion darauf zurückführen, dass hierdurch eine Erosion der Norm verhindert werde (G. Jakobs 2008, S. 111 ff., ähnlich Frisch 1998, S. 139 ff.), weil die Verständigung über bzw. Anerkennung von Normen funktional für den Bestand der Gesellschaft erforderlich sei (vgl. dazu G. Jakobs 2008, S. 61 ff. und dazu eingehend oben S. 66 ff.). Eine solche expressive Strafrechtstheorie, die die Normbegründung als Selbstzweck deutet und durch den Vollzug der Strafe am Täter die Allgemeinheit der fortbestehenden Normgeltung versichern möchte, verfehlt die hier herausgestellte anerkennungstheoretische und damit intersubjektive Dimension von Kriminalrecht (so auch schon oben S. 188 ff.).

<sup>121</sup> Etwa Duff 2001, S. 75 ff.; A. v. Hirsch 2011; S. L. Darwall 2013c, S. 69 ff.; K. Günther 2014 und jüngst Abraham 2019, S. 173 ff.

<sup>122</sup> Hörnle 2017, S. 31.

<sup>123</sup> Vgl. erneut Hörnle 2019, S. 526 f. und ähnlich schon A. v. Hirsch 1995, S. 9 ff. und A. v. Hirsch 2011, S. 55 ff.

<sup>124</sup> Vgl. Strawson 1974. In seinem wirkmächtigen Aufsatz *Freedom and Resentment* unterscheidet Strawson zwischen teilnehmenden reaktiven Einstellungen („participant reactive attitudes“) und objektiven Einstellungen („objective attitudes“) (vgl. ebd., S. 7 ff.). Erstere Einstellungen nehmen wir nach Strawson gegenüber zurechnungsfähigen Personen ein, wenn wir sie für verantwortlich hielten, indem wir ihnen gegenüber etwa Vergebung, Dankbarkeit, Verärgerung, Tadel oder Lob zeigten. Gegenüber Akteuren, die zu einem solchen personalen Umgang nicht in der Lage seien (etwa weil sie eine tiefgreifende psychologische Störung hätten oder schlicht noch Kinder seien), könnten wir daher solche reaktiven Einstellungen nicht einnehmen. Vielmehr fallen wir in solchen Fällen laut Strawson auf objektive Einstellungen zurück: Insofern wir sie mangels Verantwortlichkeit für ihr Verhalten weder tadeln noch loben könnten, betrachteten wir sie nicht als Teilnehmer einer interpersonalen Beziehung, sondern vielmehr als Objekte, deren Verhalten es zu regulieren gelte.

genüber dem Täter dann eine angemessene normative Haltung ein, wenn man ihn als Teilnehmer einer sozialen Beziehung adressiere und gerade nicht bloß als zu kontrollierendes Objekt.<sup>125</sup> Jenseits dieser Kommunikation mit dem Täter enthalte die Strafsanktion jedoch auch eine Solidarisierung mit dem Opfer, weil sie als institutionalisiertes Unwerturteil die Grenze zwischen Recht und Unrecht affirmativ bekräftige und so dem Verletzten signalisiere, dass ihm vom Täter zu verantwortendes Unrecht widerfahren sei und nicht etwa ein bloß zufälliger oder gar selbst verschuldeter Schaden.<sup>126</sup> Auch stellt Hörnle heraus, dass durch Kriminalstrafe nicht nur mit Blick auf das Tatopfer „reaktive Emotionen auf[ge]fangen“<sup>127</sup> würden, sondern auch solche von an der Tat unbeteiligten Dritten.<sup>128</sup>

Hierin stimme ich Hörnle im Grundsatz zu. Gleichwohl erlaubt das hier dargelegte Verständnis vom Verbrechen als Statusverletzung eine Präzisierung der Überlegungen Hörnles, wie ich in Auseinandersetzung mit Strawson – Hörnles insoweit maßgeblichem Bezugsautor – zeigen möchte. Strawson trifft eine wichtige Differenzierung innerhalb der reaktiven Einstellungen (also den Reaktionen, mit denen wir Tadel oder Lob für (un-)moralisches oder rechtmäßiges/-widriges Verhalten zeigen)<sup>129</sup>, indem er zwischen persönlichen („personal reactive attitudes“) und unpersönlichen („impersonal reactive attitudes“ oder auch „vicarious reactive attitudes“) reaktiven Einstellungen unterscheidet:

„The personal reactive attitudes rest on, and reflect [...] [a] demand for the manifestation of a certain degree of goodwill or regard on the part of other human beings towards ourselves; or at least [rest] on the [...] demand for an absence of the manifestation of active ill will or indifferent disregard. [...] The generalized or vicarious analogues of the personal reactive attitudes [...] reflect exactly the same expectation or demand in a generalized form; they [...] reflect [...] the demand for the manifestation of a reasonable degree of goodwill or regard on the part of others, not simply towards oneself, but towards all those on whose behalf moral indignation may be felt, i. e. [...] towards all men. The generalized and non-generalized forms of demand, and the vicarious and personal reactive attitudes which [...] re-

<sup>125</sup> Hörnle 2017, S. 34 f. Diese angemessene Reaktion bedürfe zu ihrer symbolischen Bekräftigung gleichwohl der Zufügung eines Strafübels, vgl. dazu ebd., S. 43 ff. sowie kritisch hierzu Abraham 2019, S. 66 ff.

<sup>126</sup> Vgl. Hörnle 2017, S. 36 ff. Vgl. im Ergebnis ebenso K. Günther: FS Lüderssen, 2002, S. 218 und S. Walther, ZStW 1999, S. 123, 136 f. Bleibe bei gravierenden Verletzungen dieses Unwerturteil aus, so könne – so Hörnle 2017, S. 40 im Anschluss an Weigend, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 50 ff. – die darin an das Opfer liegende „Botschaft („Du bist es nicht wert, dass sich der Staat um deine Belange kümmert“) [...] mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Opfers“ kollidieren.

<sup>127</sup> Hörnle 2017, S. 38.

<sup>128</sup> Vgl. Hörnle 2017, S. 42 f.

<sup>129</sup> Vgl. dazu oben Fn. 124.

flect them are [...] the points of view of one whose interest was directly involved (who suffers, say, the injury) and of others whose interest was not directly involved (who do not themselves suffer the injury).“<sup>130</sup>

Obgleich Strawson „personal“ und „impersonal reactive attitudes“ unterscheidet – auf die Strafsanktion gewandt: bspw. die Empörung des Opfers einer Straftat (*personal*) sowie die Empörung unbeteiligter Dritter (*impersonal*) –, behauptet er gleichwohl, dass diese reaktiven Einstellungen *exakt die gleiche* Forderung bzw. Erwartung reflektieren, nur einmal in generalisierter und einmal in nicht generalisierter Form. Bei Hörnle, die diese Unterscheidung im Grunde mitgeht, bleibt aber zunächst unklar, inwiefern die Empörung des Opfers und diejenige Dritter gleichen Ursprungs sein sollen: „Nur Opfer können sich darauf berufen, dass der Täter ein ihnen zustehendes subjektives Recht missachtet hat [...]. Aus normativer Sicht beschränkt sich das berechnigte Interesse von Personen, die nicht selbst Tatopfer geworden sind, auf das Allgemeininteresse an der Bestätigung missachteter Normen, das allen Bürgern zusteht.“<sup>131</sup>

An dieser Stelle erlaubt es das von mir dargelegte Verständnis von Kriminalunrecht als Statusverletzung, die Gleichursprünglichkeit und Interdependenz dieser unterschiedlichen Ansprüche – wie ich denke im Sinne Hörnles – zu präzisieren. Drückt die Strafsanktion sowohl unpersönliche reaktive als auch persönliche reaktive Einstellungen aus, so reflektiert dies nämlich – das hat meine Untersuchung gezeigt – die Verletzung unterschiedlicher und dennoch in einem Implikationsverhältnis stehender praktischer Autoritäten bzw. daraus resultierender Ansprüche:<sup>132</sup> Einerseits beinhaltet Kriminalunrecht, das als Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung begriffen wird, bei Verletzung von Individualrechtsgütern die Verletzung der individuellen Autorität des Rechtsinhabers.<sup>133</sup> Wenn dieser daraufhin Empörung (d. h. eine persönliche reaktive Einstellung) gegenüber dem Täter zeigt, reflektiert dies zumindest auch die Tatsache, dass sein subjektives Recht auf Befolgung der strafbewehrten Verhaltenspflicht verletzt wurde.<sup>134</sup> Andererseits stellt die Straftat jedoch auch eine Verletzung der überindividuellen Autorität als Rechtssubjekt eines jeden Mitglieds der Rechtsgemeinschaft dar. Wenn daher unbeteiligte Dritte gegenüber dem Täter Vorwürfe erheben, welche in der öffentlichen Klage der Staatsanwaltschaft – „gleichsam als

<sup>130</sup> Strawson 1974, S. 15 f.

<sup>131</sup> Hörnle 2017, S. 43.

<sup>132</sup> Vgl. oben S. 184 ff.

<sup>133</sup> Vgl. oben S. 172 ff., insb. S. 180 f.

<sup>134</sup> Was ich hier als subjektive Rechtsverletzung beschreibe, auf die mit einer persönlichen reaktiven Einstellung reagiert werden kann, nennt Strawson im oben stehenden Zitat *non-generalized demands*.

Institution professioneller Empörung“ –<sup>135</sup> gebündelt ihren Ausdruck finden, so reflektiert dies die Tatsache, dass durch die Straftat der Anspruch eines jeden Rechtssubjekts auf allgemeine Normgeltung verletzt wurde.<sup>136</sup>

Weil dabei jedoch individuelle Autorität als Rechtsinhaber und überindividuelle Autorität als Rechtssubjekt in einem Implikationsverhältnis stehen,<sup>137</sup> gilt gleiches für die reaktiven Einstellungen: Die vom Verletzten gegenüber dem Täter gezeigte Empörung stellt nur dann eine berechnigte, d.h. auf der Verletzung eines Rechtsstatus beruhende Missbilligung dar, wenn auch jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft zu Tadel bzw. Empörung berechnigt ist.<sup>138</sup> Wenn nun die eigentlichen Gründe für die Strafe „konstruktiv betrachtet die Empörungseinstellungen des Opfers und die hinzutretenden Empörungseinstellungen der übrigen Akteure“<sup>139</sup> bilden, so beruhen diese zwar auf unterschiedlichen Ansprüchen, welche jedoch auf Grund des Implikationsverhältnisses zwischen der Autorität als Rechtsinhaber und derjenigen als Rechtssubjekt gleichursprünglich sind. Die Strafsanktion bekräftigt damit aus den gleichen Gründen einerseits den Status des verletzten Opfers als Rechtsinhaber und andererseits den Status unbeteiligter Dritter als Rechtssubjekt.

In einem anderen Punkt gibt die Analyse reaktiver Einstellungen durch Strawson hingegen Anlass, Hörnle ein Stück weit zu widersprechen: Wenn Hörnle in Anknüpfung an Strawson herausstellt, dass der Täter durch Kriminalstrafe als Teilnehmer einer sozialen Beziehung adressiert werde, greift sie zutreffend dessen Gedanken auf, dass sich ein Schuldvorwurf nur gegenüber jemand erheben lässt, wenn man ihm – obgleich man ihm nicht wohl gesonnen sein mag – gleichzeitig als rechenschaftspflichtiges und darum zurechnungsfähiges Mitglied der normativen Gemeinschaft (im Falle des Strafrechts: als schuldfähiges Mitglied der Rechtsgemeinschaft)<sup>140</sup> begegnet.<sup>141</sup>

<sup>135</sup> So treffend unter Bezugnahme auf Strawson *Abraham* 2019, S. 246.

<sup>136</sup> Vgl. oben S. 184 ff. Diese allgemeinen Ansprüche, deren Verletzung zu unpersonlichen reaktiven Einstellungen führt, nennt Strawson im obigen Zitat *generalized demands*.

<sup>137</sup> Vgl. die graphische Darstellung oben S. 186, welche wiederum auf die Darstellung auf S. 151 Bezug nimmt.

<sup>138</sup> Vgl. mit ähnlicher Stoßrichtung *Abraham* 2019, S. 246: „[N]icht willkürlich ausgewählt[e] Genußungsbedürfnisse des Verletzten, sondern nur solche, mit denen sich die Beobachter solidarisieren, [stellen] das strafrechtlich Relevante [dar].“ Vgl. ebenso bereits *K. Günther*: FS Lüderssen, 2002, S. 216 f. und mit ähnlicher Verhältnisbestimmung – obgleich persönliche reaktive Einstellungen für das Strafrecht ablehnend – *S. L. Darwall* 2013c, S. 63.

<sup>139</sup> So – obgleich von einem anderen theoretischen Ansatz aus argumentierend – zutreffend *Abraham* 2019, S. 246.

<sup>140</sup> Dass das Strafrecht davon ausgeht, dass wir dem Täter als verantwortlichem normativen Akteur begegnen, dem gegenüber es angebracht ist, reaktive Einstellun-



Hierin ist ihr – wie bereits herausgestellt –<sup>142</sup> zuzustimmen, da der Täter als Subjekt einer sozialen Beziehung (nach hiesigem Verständnis: eines rechtlich vermittelten Anerkennungsverhältnisses) zu adressieren ist. Damit darf er gerade nicht – ähnlich einem „Raubthier“, dem „ein Maulkorb“ zu verpassen sei –<sup>143</sup> nur als zu kontrollierendes Objekt behandelt werden.

Allerdings wendet sich Hörnle gegen die Vorstellung, dass der in der Strafsanktion kommunizierte Tadel der Förderung von Selbsterkenntnis und Selbstverbesserung des Täters diene, indem er Anreiz zu Reue und Buße gebe. Die staatliche Kriminalstrafe sei nicht auf moralische Verbesserung des Einzelnen angelegt, weshalb die Ausübung von Zwang nicht mit einer angestrebten Selbstverbesserung des Täters zu rechtfertigen sei.<sup>144</sup> Aus meiner Sicht ist Hörnle hierin zum einen zuzustimmen, zum anderen jedoch zu widersprechen: Richtig erscheint mir, dass das Erfordernis einer tadelnden Reaktion gegenüber dem Täter nicht *eo ipso* auch die Zufügung eines Strafübels legitimiert. Denn zum einen sind Tadel und Strafschmerz nicht gleichzusetzen.<sup>145</sup> Zum anderen kann Reue seitens des Täters nicht durch die Strafsanktion – insbesondere nicht durch die Zufügung eines Strafübels (bspw. Freiheitsentzug) – erzwungen werden.<sup>146</sup> Gleichwohl meine ich im Unterschied zu Hörnle, dass die Strafsanktion, insoweit sie im Schuldspruch Missbilligung zum Ausdruck bringt, nichtsdestotrotz auf eine Reue des Täters *abzielen*<sup>147</sup> muss. Auch dies lässt sich ausgehend von Strawsons Analyse reaktiver

---

gen im Sinne Strawsons einzunehmen, belegt der in §§ 20f. und § 46 Abs. 1 StGB zum Ausdruck kommende Schuldgrundsatz.

<sup>141</sup> So auch *Strawson* 1974, S. 23 selbst: „But these [*sc.* reactive] attitudes of disapprobation and indignation [*sc.* felt towards offenders] are precisely the correlates of the moral demand in the case where the demand is felt to be disregarded. [...] The holding of them does not, as the holding of objective attitudes does, involve as a part of itself viewing their object other than as a member of the moral community. The partial withdrawal of goodwill which *these* attitudes entail [...] is, rather, the consequence of *continuing* to view him as a member of the moral community; only as one who has offended against its demands.“

<sup>142</sup> Vgl. soeben meine kritische Auseinandersetzung mit *Hampton*, oben S. 230 ff.

<sup>143</sup> So das bekannte Bild bei *Schopenhauer* 1819 (1977), S. 431.

<sup>144</sup> Vgl. *Hörnle* 2017, S. 35 f.

<sup>145</sup> Gegen eine Identifikation von Tadel und harter Bestrafung wendet sich im Anschluss an *F. Zimmermann* 2012, S. 77 ff. auch *Hörnle* 2019, S. 527.

<sup>146</sup> Weder besteht eine Identitäts- noch eine Ableitungsbeziehung zwischen Strafschmerz und Reue, vgl. dazu eingehend *Hanna*, *Law and Philosophy* 2008, S. 123, 142 ff.; *Holroyd*, *Philosophical Papers* 2010, S. 343, 360 ff. und *Abraham* 2019, S. 168 ff.

<sup>147</sup> Hörnle räumt lediglich ein, dass durch Adressierung eines Tadels dem Täter Rechtfertigung, Exkulpation und Reparation *ermöglicht* würden, wobei dem Täter freistehe, ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch mache, vgl. *Hörnle/A. v. Hirsch*, GA 1995, S. 261, 272 und 275.

Einstellungen veranschaulichen. Denn Strawson führt im Anschluss an die Unterscheidung von persönlichen und unpersönlichen zusätzlich noch selbstbezogene reaktive Einstellungen („self-reactive attitudes“) ein.

„But the picture is not complete [...]. Just as there are personal and vicarious reactive attitudes associated with demands on others for oneself and demands on others for others, so there are self-reactive attitudes associated with demands on oneself for others. And here we have to mention such phenomena as feeling bound or obliged (the ‚sense of obligation‘); feeling compunction; feeling guilty or remorseful or at least responsible; and the more complicated phenomenon of shame.“<sup>148</sup>

Selbstbezogene reaktive Einstellungen wie Reue oder Schuld stehen nach Strawson jedoch nicht unverbunden zu den reaktiven Einstellungen anderer. „All these three types of attitude are humanly connected. [...] For all these types of attitude alike have common roots in our human nature and our membership of human communities.“<sup>149</sup> Nach Strawson wäre es schlicht unmenschlich, wenn jemand auf einen berechtigten Schuldvorwurf nicht einmal ansatzweise mit Schuldgefühlen reagieren würde.<sup>150</sup> Übertragen auf die Kriminalstrafe – sofern sie reaktive Einstellungen ausdrückt, also den Täter nicht objektiviert, sondern als Teilnehmer einer sozialen Beziehung adressiert – ist es nach Strawson also die natürliche Reaktion des Täters auf den Schuldspruch und die darin zum Ausdruck kommende Missbilligung, Schuld und Reue zu empfinden.

Hierfür lässt sich vor dem Hintergrund des hier dargelegten Verständnisses von Kriminalunrecht als Statusverletzung auch eine normative Begründung geben: Wie bereits dargelegt, muss Kriminalstrafe, wenn sie tadelnde Missbilligung zum Ausdruck bringen soll, den Straftäter als normativ kompetentes Rechtssubjekt adressieren und respektieren. Besteht Kriminalunrecht in der Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung, so muss die Strafsanktion den Täter also so ansprechen, dass er sich auf Grund des Schuldausspruchs für verantwortlich halten kann.<sup>151</sup> Er kann sich jedoch nur für die Verletzung gegenüber anderen geschuldeter Anerkennung für verantwortlich halten, wenn er seine Anerkennungsverpflichtung begreift und die begangene Statusverletzung als durch ihn verschuldetes Unrecht einsieht.<sup>152</sup> Appellierten wir durch den Schuldausspruch nicht an den Täter, er solle seine Schuld einsehen

<sup>148</sup> Strawson 1974, S. 16.

<sup>149</sup> Strawson 1974, S. 16.

<sup>150</sup> Vgl. anschaulich Strawson 1974, S. 17: „Can we imagine [...] any [...] case of one or two of these three types of attitude being fully developed, but quite unaccompanied by any trace, however slight, of the remaining two or one? If we can, then we imagine something far below or far above the level of our common humanity – [sc. a moral egoist,] a moral idiot or a saint.“

<sup>151</sup> Vgl. oben S. 231 ff.

<sup>152</sup> Vgl. oben S. 176.

und Reue zeigen, könnte er gar nicht verstehen, worin das Unrecht, das ihm vorgeworfen wird, besteht. Denn verstehen, was es heißt, fremde Anerkennungsansprüche verletzt zu haben, ist eine notwendige Bedingung dafür, erneut eine gelungene Anerkennungsbeziehung aufzubauen. Anders gesagt: Kriminalstrafe ist nicht nur das emotionale Ventil für reaktive Einstellungen des Betroffenen oder Dritter.<sup>153</sup> Vielmehr enthält Kriminalstrafe – indem sie diese Einstellungen ausdrückt – die Aufforderung an den Täter, die durch die Strafsanktion zum Ausdruck gebrachte Missbilligung nachzuvollziehen und als gerechtfertigt zu akzeptieren.<sup>154</sup> Dies ist meines Erachtens nichts anderes, als die Aufforderung, Reue zu empfinden – zumindest, wenn man unter Reue, die aktive Einnahme einer inneren Haltung versteht, durch die sich der Täter von seiner ursprünglichen Unrechtsmaxime distanziert, weil er die ihm für das geschehene Unrecht entgegengebrachte Missbilligung als berechtigt erkennt. Wenn er dies nicht leisten kann, dann hat der Täter das ihm vorgeworfene Unrecht schlicht nicht verstanden.<sup>155</sup>

Auch wenn der Staat diese Form der Reue nicht erzwingen kann,<sup>156</sup> ändert dies nichts an der Tatsache, dass die Strafsanktion (konkret: der richterliche Schuldspruch) die Aufforderung enthält, Reue zu zeigen. Eine Missbilligung des Täterverhaltens kann nicht zum Ausdruck gebracht werden, ohne den Täter gleichzeitig zur Übernahme bzw. Anerkennung dieser reaktiven Einstellung (*self-reactive attitude*) aufzufordern. Hiergegen mag eingewandt werden: Staatliche Kriminalstrafe könne nicht auf eine *moralische* Verbesserung des Täters abzielen, weil der Staat keine moralische Wertgemeinschaft institutionalisiere,<sup>157</sup> sondern moralisch wertneutral sei. Außer-

<sup>153</sup> So auch *Bennett*, *The Philosophical Quarterly* 2002, S. 145, 151 f.: „[I]t would be wrong to understand the expression of the emotion of blame as a mere release of pent-up emotion, such as might be taken out on a punch-bag [...]. The behaviour which expresses blame is, after all, an attempt to bring something about, namely, that the offender should recognize that we disapprove of him.“

<sup>154</sup> Vgl. ebenso *Bennett*, *The Philosophical Quarterly* 2002, S. 145, 153: „Not only do we try to communicate the fact of our disapproval; we aim to bring the wrongdoer to share it.“

<sup>155</sup> Vgl. ähnlich *Holroyd*, *Philosophical Papers* 2010, S. 343, 359: „[A]n agent may fail to feel bad, in the way that they ought to. But this will indicate a rational failure, or a failure to properly recognise the wrong and accept the moral disapproval.“

<sup>156</sup> Vgl. dazu oben Fn. 146. Damit geht einher, dass der hier betonte appellative, auf Reue abzielende Charakter der Strafe selbstverständlich keine Begründung für die Zufügung eines Strafübels darstellt. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu anderen täterorientierten expressiven Strafrechtstheorien, wie bspw. von Duff (vgl. die Nachweise in Fn. 157), aber auch auf dem Vergeltungsgedanken aufbauenden Sühnethorien (vgl. dazu die Nachweise bei *G. Jakobs* 1991, § 2 Rn. 25 f. und *Montenbruck* 2020, S. 411 ff.).

<sup>157</sup> Vgl. so auch meine Kritik an vorpositiven gesetzgebungskritischen Unrechtslehren oben S. 199 ff. Anders aber *Duff* 1991, S. 74 ff.; *Duff* 1998, S. 191 ff. sowie

dem komme es im Strafrecht – getreu der Kantischen Unterscheidung zwischen Moralität und Legalität –<sup>158</sup> nur auf äußerlich normgemäßes, d.h. legales Verhalten an. Ein moralisches Motiv für die Normbefolgung (Befolgung des Rechts um der rechtlichen Gebotenheit willen) gebe der Staat nicht vor, sondern lasse auch pragmatische Klugheitsgründe (bspw. im Strafrecht die Sanktionsvermeidung) als Handlungsgrund ausreichen. Aus diesen Gründen könne auch die Strafsanktion nicht auf eine moralische Besserung des Täters abzielen.<sup>159</sup>

Ein solcher Einwand trifft jedoch nicht den hier verfolgten Ansatz: Da es nämlich bei Kriminalunrecht um die Verletzung positiv-rechtlich vermittelter Anerkennung geht, ist die Anerkennungsaufforderung, die der Schuldspruch nach meinem Verständnis enthält (d.h. die begangene Anerkennungsverletzung als solche nachzuvollziehen und sich selbst als anerkennungspflichtig zu begreifen), genuin rechtlich und damit keineswegs moralisch intrusiv. Weder impliziert dies notwendigerweise eine staatliche Institutionalisierung aktuell geltender moralischer Wertvorstellungen durch das Strafrecht, da die wechselseitigen Anerkennungsansprüche allein aus der subjektiv-rechtlichen

---

*Duff* 2001, S. 75 ff., der eine kommunitaristische Position einnimmt und ausgehend von einem moralisch orientierten Verständnis einer idealen politischen Gemeinschaft (vgl. dazu ebd., S. 35 ff.) dafür argumentiert, dass die Strafsanktion als kommunikativer Akt auf eine entsprechende Reuebekundung des Täters abziele. Vgl. hierzu kritisch *Hörnle* 2017, S. 31 f. und 35 f. und *Abraham* 2019, S. 158 ff. sowie für eine umfassende Darstellung von *Duffs* Theorie *Sachs* 2015.

<sup>158</sup> Vgl. *Kant* 1797 (1968), S. 219 f. und dazu *P.-A. Hirsch* 2017, S. 50 ff.

<sup>159</sup> So *Abraham* 2019, S. 167 f. sowie wohl auch *Hörnle* 2017, S. 31 f. und 35 f. Relativierend muss man jedoch hinzufügen, dass sich Abrahams Kritik (aber auch die Hörnles) gegen kommunitaristisch gegründete, moralisierende Begründungen des Strafübels (i. S. v. *hard treatment*) wendet. Auch *Abraham* 2019, S. 215 stellt in Anknüpfung an Brandom heraus, dass der durch Strafsanktion kommunizierte Tadel den Täter als gleichen Mit-Autor der Normen adressiere und vom Täter „als ernstzunehmende[m] normative[n] Akteur erwartet“ werde, dass er durch „glaubhafte Erneuerung des Versprechens [...] das Vertrauen wieder her[stellt], die [sc. gesetzlich] aufgestellten [sc. Handlungs]Gründe in seinem äußerlichen Verhalten zu beachten“. Auch betont er (ebd., S. 220 f.), dass hierin keine unzulässige Moralisierung liege, da der Handelnde bei der ursprünglichen Normbefolgung wie auch bei der Wiederherstellung des Vertrauens in künftige Normbefolgung „nicht innerlich dem Grund der Regelung zustimmen [muss] [...] Der Befolgungsmodus der reinen Nachteilvermeidung bleibt ihm unbenommen.“ Dem ist aus Sicht des hier verfolgten Ansatzes zuzustimmen. Gleichwohl bleibt diese Sicht auf die Normbefolgung trotz der besagten Ähnlichkeiten hinter der hier vorgeschlagenen Sicht insoweit zurück, als die Anerkennung, wem gegenüber das normgemäße Verhalten geschuldet ist (*ius formaliter*), zwar keine Verhaltensmotivation durch die gesetzlichen Handlungsgründe verlangt (Handeln aus Pflicht), sich aber gleichwohl nicht in *iure materialiter*, d.h. äußerlich richtiger Normbefolgung erschöpft. Vgl. dazu eingehend oben S. 162 ff. und 176.

Struktur des Strafunrechts folgen.<sup>160</sup> Noch verlangen wir hierdurch vom Täter, künftig ein moralisches Motiv für die Normbefolgung an den Tag zu legen. Es geht lediglich darum, dass Kriminalstrafe den Täter dazu auffordert, die durch ihn begangene Rechtsverletzung als solche zu begreifen, was die Einsicht erfordert, dass der Rechtsinhaber wie auch die übrigen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft im Verhältnis zu ihm über eine praktische Autorität verfügen, welche er durch die Tat verletzt hat und deren Wahrung er ihnen schuldet.<sup>161</sup> Ob der Täter diese Einsicht erlangen wird, mag ungewiss sein. Dass wir ihn dazu auffordern, ist jedoch unumgänglich, wenn die Strafsanktion reaktive Einstellungen in Nachfolge einer Verletzung rechtlicher Anerkennung ausdrücken soll.

#### **IV. Subjektive Rechte und Anerkennung im Strafverfahren**

Nach diesem Blick auf einige der Konsequenzen des hier dargestellten subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht für das materielle Strafrecht und die Straftheorie möchte ich abschließend auf das kritische Potenzial eingehen, dass dieses Unrechtsverständnis für das Strafverfahren bereithält. Da dies im Rahmen dieser Untersuchung weder für sämtliche Verfahrensstadien noch für alle in Betracht kommenden Verfahrensbestimmungen geleistet werden kann, werde ich mich auf einzelne Institute des Strafverfahrens beschränken und zum einen Privat- und Nebenklage sowie zum anderen das Anwesenheitsprinzip in der Hauptverhandlung als Beispielsfälle herausgreifen.

Dies vorausgeschickt, werde ich zunächst kurz auf den Begründungszusammenhang eingehen, der meiner Ansicht nach zwischen materiellem Unrechtsbegriff und der Aufgabenbestimmung und Ausgestaltung des Strafverfahrens besteht (D.IV.1.). Darauf aufbauend erlaubt der hier dargestellte Unrechtsbegriff, zwei Anforderungen an das Strafverfahren zu formulieren. Zum einen: Ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht weist bei Straftaten, die Individualrechtsgüter betreffen, zwei Ebenen der Rechtsverletzung aus, eine individuelle und eine überindividuelle. Das Strafverfahren hat dem dadurch Rechnung zu tragen, dass es neben der öffentlichen

---

<sup>160</sup> Hierin zeigt sich die Begründungsinsensitivität des hier verfolgten Ansatzes, vgl. dazu oben S. 155 f., 171 f. sowie S. 206 ff.

<sup>161</sup> Vgl. trotz Unterschieden in der Begründung und in der Frage, ob hierin auch eine Legitimation für die Zufügung von Strafübeln liegt, im Ergebnis ähnlich *Bennett*, *The Philosophical Quarterly* 2002, S. 145, 152 ff.; *Holroyd*, *Philosophical Papers* 2010, S. 343, 358 f.; *Zürcher* 2014, S. 146 ff. sowie auch *Duff* 2001, S. 122 ff., die zum Teil allerdings – anders als ich – moralische und rechtliche Aspekte verquicken.

Anklage eine aktive Verfahrensbeteiligung des Verletzten der Straftat ermöglicht. Damit hält das hier dargestellte subjektiv-rechtliche Verständnis von Kriminalunrecht eine normative Begründung für eine Verletztenbeteiligung in Form von Privat- und Nebenklage bereit (D.IV.2.). Zum anderen: Da das Spezifikum eines subjektiv-rechtlichen Unrechtsverständnisses darin liegt, die Straftat als Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung zu begreifen, findet dies seine Fortsetzung darin, auch das Prozessrechtsverhältnis als Anerkennungsverhältnis zu konzipieren. Der Strafprozess muss es dem konkret Verletzten und der Rechtsgemeinschaft einerseits, aber auch dem Angeklagten andererseits ermöglichen, ihren Rechtsstatus zu behaupten. Das heißt, rechtlich vermittelte Anerkennung einzufordern. Dies weist die persönliche Konfrontation der Prozessbeteiligten als Wesenselement des Strafverfahrens aus, wie am Anwesenheitsprinzip deutlich wird (D.IV.3). Abschließend werde ich auf einige Bedenken eingehen, die dagegen sprechen könnten, subjektiven Rechten und Anerkennung im Strafverfahren gerade mit Blick auf die Prozessstellung des Verletzten eine so starke Bedeutung beizumessen (D.IV.4.).

### **1. Materieller Unrechtsbegriff und die Aufgabe(n) des Strafverfahrens**

Es lässt sich nicht behaupten, dass der Strafprozess *de lege lata* subjektiv-rechtlich ausgestaltet ist: Bringen wir die in Kapitel B. entwickelte Begriffsbestimmung subjektiver Rechte in Anschlag,<sup>162</sup> so fehlt es insoweit an der individuellen Kontrolle über die Sanktion von Kriminalunrecht. Denn die Befugnis zur gerichtlichen Rechtsdurchsetzung steht gerade nicht in der alleinigen Disposition des Verletzten. Von absoluten Strafantragsdelikten und dem Privatklageverfahren abgesehen, hat der Verletzte einer Straftat keine Entscheidungsbefugnis über die Einleitung eines Strafverfahrens. Und jenseits dessen sind seine Mitwirkungsmöglichkeiten (von der Zeugenstellung abgesehen) überwiegend auf die Nebenklage beschränkt. Das weitgehende Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft belegt, dass Verfolgung und Sanktionierung von Kriminalunrecht *de lege lata* dem Staat obliegen. Dies ist auch der wesentliche Grund, warum von rechtstheoretischer Warte einige Willenstheoretiker abstreiten, dass wir es bei Kriminalunrecht mit der Verletzung subjektiver Rechte zu tun haben, da die Befugnis zur Rechtsdurchsetzung der Inbegriff subjektiver Rechte sei.<sup>163</sup>

<sup>162</sup> Vgl. S. 43 ff.

<sup>163</sup> So die (mögliche) Kritik derjenigen Vertreter einer Willenstheorie subjektiver Rechte, die die Rechtszuschreibung an die Disposition über die (gerichtliche) Rechtsdurchsetzung binden, vgl. etwa *Kelsen* 1960, S. 141; *Hart* 1982b, S. 182 ff.; *Wellman*

Wie schon im Rahmen der Begriffsbestimmung subjektiver Rechte ausgeführt, ist es jedoch aus strafrechtlicher Sicht angezeigt, zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozessrecht zu differenzieren. Ob das deutsche Strafgesetzbuch und die hierzu entwickelte Dogmatik dem Kriminalunrecht einen subjektiv-rechtlichen Gehalt zumessen, ist eine genuin materiell-rechtliche Frage und kann daher zunächst ohne Rücksicht auf die prozessuale Reaktion auf eine Straftat beantwortet werden. Ein materieller Unrechtsbegriff, der die Straftat als Verletzung subjektiver Rechte begreift, kann nicht aus dem Grunde kritisiert werden, dass das Strafprozessrecht offenkundig der Verletzung subjektiver Rechte weitgehend keine Rechnung trage.<sup>164</sup> Dies mag zur Annahme verleiten, dass es sich umgekehrt genauso verhält: Lassen sich also aus dem subjektiv-rechtlichen Verständnis von Kriminalunrecht ebenso wenig normative Anforderungen an die Verfahrensausgestaltung im Strafprozess ableiten?

Diese Frage nach dem Begründungszusammenhang zwischen Ausgestaltung des Strafverfahrens und materiellem Unrechtsbegriff betrifft letztlich das Verhältnis zwischen materiellem und prozessualen Recht und damit die Bestimmung des Zwecks bzw. Ziels<sup>165</sup> des Strafprozesses. Wenn nämlich ein materieller Unrechtsbegriff das Wesen der Unwerte bzw. des Unrechts definiert, das durch Straftatbestände des materiellen Rechts lediglich typisiert wird,<sup>166</sup> dann wirkt sich dies nur dann auf die Ausgestaltung des Strafverfahrens aus, wenn das Strafverfahren an die Durchsetzung des materiellen Straf-

---

1985, S. 136; *Koller* 1997b, S. 100; *S. L. Darwall* 2013b, S. 31; etwas anders *Steiner* 1994, S. 65 ff., der im Strafrecht zwar von einer Verletzung subjektiver Rechte spricht, dabei jedoch – auch mit Blick auf das staatliche Anklagemonopol – Kriminalunrecht als Verletzung der Rechte des Staates qualifiziert.

<sup>164</sup> Vgl. dazu oben S. 47 f. Wie bei der rechtstheoretischen Betrachtung subjektiver Rechte ferner deutlich wurde, ist es nicht zwingend, dass die in der deontischen Kontrolle über Verhaltenspflichten liegende Befugnis zum Rechtsverzicht und die Befugnis zur (gerichtlichen) Rechtsdurchsetzung ein und demselben Subjekt zukommen. Es ist innerhalb einer Rechtsordnung also nicht ausgeschlossen, unterschiedliche Formen der Kontrolle unterschiedlichen Subjekten, ja sogar mehreren Personen (individuell oder gemeinschaftlich) zuzuordnen. Auch aus diesem Grund kann aus dem Umstand, dass die gerichtliche Verfolgung von Kriminalunrecht in den meisten Fällen nicht zur alleinigen Disposition des Verletzten steht, nicht geschlossen werden, dass Kriminalunrecht keine subjektive Rechtsverletzung darstellt. Dies belegt allenfalls, dass Kriminalunrecht eine überindividuelle Dimension aufweisen muss, die neben die subjektiv-rechtliche Dimension tritt und zu einer differenzierten Betrachtung der gerichtlichen Verfolgung einer Straftat zwingt, vgl. dazu sogleich S. 250 ff.

<sup>165</sup> Mit Blick auf das Strafverfahren werden die Begriffe *Ziel* und *Zweck* vorliegend synonym verwandt, vgl. zur Frage der synonymen Verwendbarkeit (z. T. differenzierend) *Abdallah* 2002, S. 91 f.; *Weigend* 1989, S. 173 mit Fn. 1 und *Rieß*, JR 2006, S. 269, 270.

<sup>166</sup> Vgl. oben S. 49.



rechts und den hierfür konstitutiven Unrechtsgehalt bestimmter Verhaltensweisen zurückgebunden ist. Folglich lassen sich auch nur dann aus der subjektiv-rechtlichen Struktur des Kriminalunrechts, wie es sich *de lege lata* deskriptiv im materiellen Strafrecht nachweisen lässt, normative Rückschlüsse auf die Ausgestaltung des Strafverfahrens ziehen.

Im ersten Zugriff lässt sich ein Strafprozess – wie jedes andere Gerichtsverfahren – als rechtlich geordnetes Verfahren beschreiben, das auf die Erzeugung einer richterlichen Entscheidung über ein materielles Rechtsverhältnis abzielt. Das Spezifikum des Strafprozesses besteht dann zum einen in der Eigenart des gegenständlichen Rechtsverhältnisses, namentlich der Strafbarkeit nach einer materiellen Strafvorschrift, und zum anderen im Gegenstand des Sachurteils, namentlich Freispruch oder Strafurteil als Ergebnisse der Rechtsanwendung auf einen Lebenssachverhalt. Ausgehend von dieser Beschreibung liegt es nahe, das Ziel des Strafverfahrens – wie in Literatur und Rspr. häufig vertreten – in der „Durchsetzung des materiellen Strafrechts“<sup>167</sup> zu sehen,<sup>168</sup> was freilich stets implizit die Ermittlung der für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachengrundlage umfasst.<sup>169</sup> Einhergehend mit der

<sup>167</sup> Grunsky 1974, S. 11.

<sup>168</sup> Von der Durchsetzung bzw. – terminologisch abweichend – Verwirklichung des Strafrechts als Strafverfahrensziel ist auch bei Kudlich 1998, S. 207; MüKo-StPO-Kudlich, Einleitung Rn. 5; HK-GS-Dölling, Vor § 1 Rn. 1 oder NK-StGB-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 200 die Rede. Vgl. für die ältere Literatur auch Beling 1928, S. 4 ff.; Niese 1950, S. 45 f.; Schmidt 1952, Rn. 16; Henkel 1968, S. 16 f. sowie weitere Nachweise bei Weigend 1989, S. 191 f. Letztlich dasselbe ist gemeint, wenn als Strafverfahrensziel die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs genannt wird, vgl. etwa Beulke/Swoboda 2020, Rn. 8; KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 1 sowie vor allem die Rechtsprechung, vgl. nur BVerfG, BVerfGE 20, 45, 49; BVerfGE 51, 324, 343; BGH, BGHSt 50, 40, 53 und NJW 2007, 3010 sowie kritisch zu dieser Terminologie Volk 1978, S. 183 ff. und Weigend 1989, S. 191 f. mit Fn. 65.

<sup>169</sup> Daher lässt sich in das Verfahrensziel der Durchsetzung des materiellen Strafrechts auch das teils als selbstständig erachtete Verfahrensziel der Wahrheitsermittlung (so bspw. KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 3; Beulke/Swoboda 2020, Rn. 8; Rieß, JR 2006, S. 269, 273; Weigend 1989, S. 177 ff.; Niese 1950, S. 16) integrieren (vgl. jedoch kritisch zur Wahrheitsermittlung als Prozessziel Gerson 2016, S. 683 ff.). Vor diesem Hintergrund wird gleichzeitig deutlich, dass Wahrheitsermittlung im Strafprozess nicht Selbstzweck ist (vgl. statt vieler nur Schaper 1985, S. 156 ff.; Bosch 1998, S. 115; Krack 2002, S. 40 f.; Eser, ZStW 1992, S. 361, 363; Murmann, GA 2004, S. 65, 66; Kudlich 1998, S. 210; MüKo-StPO-Kudlich, Einleitung Rn. 7; Stuckenberg, GA 2016, S. 689, 696; Rösinger 2019, S. 101 sowie BGH, BGHSt 14, 358, 365; BGHSt 31, 304, 309; BGHSt 38, 214, 220), sondern Zwischenziel auf dem Weg zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts, indem die Verdachtssituation beseitigt wird (so Weigend 1989, S. 184 ff. und 213 ff.) bzw. die Unsicherheit über das Vorliegen eines Rechtsbruchs ausgeräumt wird (so Murmann, GA 2004, S. 65, 72 ff., welcher jedoch die Unsicherheit über das anzuwendende materielle Recht als weiteres Element der strafprozessualen Unsicherheitssituation begreift).

Durchsetzung des materiellen Strafrechts als Strafverfahrensziel wird dem Strafprozess auch häufig eine gegenüber dem materiellen Strafrecht dienende Funktion<sup>170</sup> bzw. ein instrumenteller Charakter<sup>171</sup> zugeschrieben.

Konträr hierzu verhalten sich jene Zielbestimmungen des Strafverfahrens, die dem Strafverfahren eine gegenüber dem materiellen Strafrecht eigenständige Bedeutung zuschreiben möchten. Zu nennen sind hier einerseits Ansätze, die den Zweck des Prozesses von der eigentlichen materiell-rechtlichen Rechtsanwendung abkoppeln.<sup>172</sup> Andererseits zählen hierzu aber auch Ansätze, wonach das materielle Recht erst im Prozess konstituiert werde,<sup>173</sup> wodurch sich das Abhängigkeitsverhältnis gewissermaßen umkehrt. Gleichwohl ist diesen Ansätzen mit den zuvor genannten gemein, dass sie die Bedeutung des materiellen Strafrechts für den Verfahrensausgang beschränken möchten,<sup>174</sup> da sie das primäre Ziel des Strafverfahrens letztlich in der prozessordnungsgemäßen Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung erblicken. Diese strenge Dichotomie zwischen einem am Primat des materiellen Rechts ausgerichteten *versus* einem vom materiellen Recht gelösten Prozessverständnis haben schließlich Verfahrenszielbestimmungen aufzubrechen versucht, die eine Mehrzahl (zum Teil divergierender) Prozessziele anerken-

<sup>170</sup> So insb. die ältere Literatur, vgl. etwa *Grunsky* 1974, S. 11; *Zipf* 1980, S. 144 sowie die Nachweise bei *Weigend* 1989, S. 191, Fn. 62.

<sup>171</sup> So – obgleich ein „Zusammenwirken von materiellem und prozessualem Recht“ anerkennend – *MüKo-StPO-Kudlich*, Einleitung Rn. 6; vgl. ebenso schon *Kudlich* 1998, S. 206 sowie *Volk* 1978, S. 192 f. und 201.

<sup>172</sup> Hierunter fällt bspw. *Luhmann* 1983, der den Zweck des Strafprozesses in der Herbeiführung kritikresistenter Entscheidungen zur Konfliktbewältigung sieht. Vgl. dazu kritisch *Neumann* 1995, S. 201 f. und *Weigend* 1989, S. 200 ff. sowie Luhmanns Ansatz – der eigentlich nur eine funktionale Analyse zu sein beansprucht (vgl. *Luhmann* 1983, S. 6) – im Sinne einer normativen Strafverfahrenszielbegründung affirmativ aufgreifend *Lesch*, ZStW 1999, S. 624: Es gehe im Strafprozess darum, „das Verfahren an sich in formaler Hinsicht so zu führen, daß es am Ende sämtliche Proteste gegen die Entscheidung absorbiert, d.h. in einem normativen [...] Sinne als unvernünftig und deshalb nicht maßgeblich erscheinen läßt.“ Vgl. sich zuletzt ebenfalls in Luhmann'schen Bahnen bewegend *Gerson* 2016, S. 324 ff. und 683 ff. Auch an dieser Stelle zu nennen ist die Vorstellung von *Goldschmidt* 1925, S. 150 f. und 245 ff., wonach allein Rechtskraft das Prozessziel sei, weshalb es im Strafprozess gerade nicht auf die Richtigkeit des Verfahrensergebnisses mit Blick auf die materielle Rechtslage ankomme, sondern nur darauf, dass die letztlich getroffene gerichtliche Entscheidung nicht mehr angreifbar sei. Vgl. näher zu *Goldschmidts* Lehre vom Prozess als Rechtslage *Heger*, JZ 2010, S. 637 ff. sowie *Weigend* 1989, S. 197 ff.

<sup>173</sup> So sprechen sich *Sauer* 1951, S. 1 ff. und *Pawlowski*, ZJP 1967, S. 345, 367 ff. dafür aus, dass es außerhalb des Prozesses kein materielles Recht gebe. Nach diesem Verständnis kommt die Straftat gewissermaßen erst im Prozess zum Entstehen. Vgl. hierzu mit ausführlicher Kritik *Henckel* 1970, S. 50 ff. und *Schaper* 1985, S. 116 ff.

<sup>174</sup> Vgl. ebenso *Murmann*, GA 2004, S. 65, 66 f.; *Kudlich* 1998, S. 203 ff. und *Volk* 1978, S. 177.

nen, welche nebeneinanderstehen sollen. Dabei wird überwiegend die Aufgabe des Strafverfahrens darin gesehen, eine „materiell richtige, prozessförmig zustande gekommene und Rechtsfrieden schaffende Entscheidung über die Strafbarkeit des Beschuldigten herbeizuführen“<sup>175</sup>.

<sup>175</sup> Vgl. nur SSW-StPO-Beulke, Einleitung Rn. 4; vgl. ebenso Roxin/Schünemann 2017, § 1 Rn. 3; Kröpil, JR 2013, S. 14, 15; Eser, ZStW 1992, S. 361, 362; Wolter, GA 1985, S. 49, 53; implizit auch KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 1 ff. und Sternberg-Lieben, ZStW 1996, S. 721, 726 f. Vielfach wird dabei betont, dass das Strafverfahren hierbei durch mögliche Zielkonflikte charakterisiert sei (so SSW-StPO-Beulke, Einleitung Rn. 4; Kudlich 1998, S. 222 ff.; ähnlich Kröpil, JZ 1998, S. 135, 136 sowie in Ansätzen schon Rieß, FS Schäfer, 1980, S. 172 ff.), weshalb die verschiedenen Ziele des Strafverfahrens in praktische Konkordanz zu bringen, „gegeneinander abzuwägen und rechtliche Maßstäbe dafür aufzurichten [sc. sind], welchem von ihnen im Einzelfall der Vorrang gebührt“ (so Roxin/Schünemann 2017, § 1 Rn. 3; vgl. ähnlich SSW-StPO-Beulke, Einleitung Rn. 4; Kudlich 1998, S. 226 f. sowie mit exemplarischen Beispielen Kröpil, JR 2013, S. 14 ff.). Allerdings ist hiermit das Problem einer übergreifenden Verfahrenszielbestimmung mitnichten gelöst, sondern allenfalls verlagert. Denn eine solche Abwägung konfligierender Teil-Zielbestimmungen setzt ihrerseits – wie Murmann, GA 2004, S. 65, 68 zurecht feststellt – „einen übergeordneten Maßstab voraus, anhand dessen sich das Verhältnis der Einzelgesichtspunkte bestimmen lässt“. Damit verschiebt sich jedoch nur die Suche nach dem Ziel des Strafverfahrens hin zu einer Suche nach dem „Meta-Prozessziel“, das in der Lage ist, die (potenziell konfligierenden) Teil-Ziele des Strafverfahrens zu integrieren (so die treffende Begrifflichkeit bei MüKo-StPO-Kudlich, Einleitung Rn. 10 f., der sich gleichwohl selbst gegen das Erfordernis eines übergeordneten Verfahrenszwecks ausspricht). Mit Blick hierauf werden Gerechtigkeit (vgl. dazu m.w.N. nur Kröpil, JR 2013, S. 14, 15 ff.) sowie insbesondere Rechtsfrieden als Ziele des Strafverfahrens genannt, da sie mit dem Anspruch verbunden werden, einen übergeordneten Verfahrenszweck zur Auflösung von Zielkonflikten zu bieten. Dabei wird gerade die – insb. auf Schmidhäuser, FS Schmidt, 1961, S. 516 ff. zurückgehende – Bestimmung von Rechtsfrieden als übergeordnetes Verfahrensziel vielfach aufgegriffen, vgl. nur KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 4; Roxin/Schünemann 2017, § 1 Rn. 2 ff.; Anders, ZStW 2012, S. 374, 393 f.; Duttge, ZStW 2003, S. 539, 542 ff.; Krack 2002, S. 33 ff.; Weigend 1989, S. 195 ff., insb. 213 ff.; Rieß, FS Schäfer, 1980, S. 170 ff.; Volk 1978, S. 183 ff. und 200 ff. Vgl. darüber hinaus die zahlreichen Nachweise bei Greco 2015, S. 188, Fn. 654. Ob aber Gerechtigkeit und Rechtsfrieden insoweit einen operablen Maßstab bieten, ist jedoch fraglich. Auch wenn sich die Schaffung von Rechtsfrieden und die (hierfür erforderliche, vgl. Würtenberger, FS Peters, 1974, S. 211 und MüKo-StPO-Kudlich, Einleitung Rn. 10) Herbeiführung einer gerechten Entscheidung als übergreifende Verfahrensziele anbieten, so beruht dies im Wesentlichen auf der Wertungsoffenheit dieser Ziele. So ist ausfüllungsbedürftig, worin die Gerechtigkeit des Strafverfahrens liegen soll, da man mit Gerechtigkeit bspw. auf eine spezifische Verfahrensgerechtigkeit im Sinne einer „gerechte[n] Interessenabwägung [zwischen Verfahrensziel und außerprozessualen Gegeninteressen der Beteiligten] im Bereich des Strafverfahrens“ (Neumann, ZStW 1989, S. 52, 63) abstellen kann, aber Gerechtigkeit auch darauf beziehen kann, dass „die Regelungen des verwirklichten materiellen Rechts abstrakt betrachtet ‚gerecht‘ sind“ (MüKo-StPO-Kudlich, Einleitung Rn. 11) oder aber hiermit auf „die Dimension dessen, was begründend hinter den Strafnormen steht“ (Murmann, GA 2004, S. 65, 68) blickt. Und ebenso unklar bleibt auch, wie der

Ich möchte jedoch weitgehend unentschieden lassen, welche der genannten Verfahrenszielbestimmungen zutreffend sind. Denn mit Blick auf die hier zu klärende Frage, ob ein Begründungszusammenhang zwischen materiellem Unrechtsbegriff und Aufgabenbestimmung des Strafverfahrens besteht, kommt allein diejenige Auffassung zu einer abschlägigen Antwort, die eine einseitig dominierende Funktion des Strafverfahrens annimmt. Wenn man nämlich den Zweck des Strafprozesses von der eigentlichen materiellrechtlichen Rechtsanwendung abkoppelt<sup>176</sup> oder aber der Auffassung ist, das materielle Recht werde erst im Prozess konstituiert,<sup>177</sup> dann lassen sich ausgehend von einer isolierten Betrachtung des materiellen Strafrechts und des zugrundeliegenden materiellen Unrechtsbegriffs – konkret: ausgehend vom hier dargelegten subjektiv-rechtlichen Verständnis von Kriminalunrecht – von vornherein keine normativen Anforderungen an das Strafverfahren formulieren.<sup>178</sup>

Jedoch ist weder eine strikte Trennung von materiellem und formellem Recht noch eine einseitig rechtskonstitutive Bedeutung des Prozessrechts angezeigt, da auch im Strafverfahren das rechtsstaatlich gebotene Verhältnis von Legislative und Exekutive nachvollzogen werden muss. Daher darf es nicht zu einer gänzlichen Entkopplung des materiellen Rechts von der bzw. zu dessen Reduzierung auf die gerichtliche(n) Rechtsanwendung im Strafverfahren kommen.<sup>179</sup> Das heißt freilich nicht, dem Strafprozess eine ausschließ-

---

durch das Strafverfahren zu bewirkende Rechtsfrieden, „bei dem von der Gemeinschaft vernünftigerweise erwartet werden kann, daß sie sich über den Verdacht einer Straftat beruhige“ (so *Schmidhäuser*: FS Schmidt, 1961, S. 522), zu verstehen ist: als eine empirisch-sozialpsychologische Befindlichkeit der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft (so etwa *Weigend* 1989, S. 213 ff.) oder aber normativ als Restitution eines (vorpositiven) Rechtsverhältnisses (so bspw. *Anders*, ZStW 2012, S. 374, 393 f. und 403 ff.). Daher stellen diese Verfahrenszielbestimmungen ohne nähere, ihrerseits wiederum begründungsbedürftige Konkretisierung kaum einen operablen Maßstab für ein übergreifendes Strafverfahrensziel dar, das Kriterien für die Auflösung untergeordneter Zielkonflikte bereithält. Vgl. mit ähnlicher Kritik *Rösinger* 2019, S. 65; *Greco* 2015, S. 190; *MüKo-StPO-Kudlich*, Einleitung Rn. 8 und 10 sowie *Murmann*, GA 2004, S. 65, 68 ff., jeweils m. w. N.

<sup>176</sup> Vgl. oben Fn. 172.

<sup>177</sup> Vgl. oben Fn. 173.

<sup>178</sup> Im ersten Fall einer Entkopplung des materiellen Rechts könnte ein subjektiv-rechtlicher Unrechtsbegriff kein kritisches Potenzial für das Strafverfahren entfalten. Im zweiten Fall einer Reduzierung des materiellen Rechts auf die Rechtsanwendung im Strafverfahren, verlöre das materielle Strafrecht gewissermaßen seine normative Eigenständigkeit, sodass wir mit Blick darauf, dass das Strafverfahren klarerweise nicht subjektiv-rechtlich ausgestaltet ist, dem Unrechtsbegriff ebenfalls seinen subjektiv-rechtlichen Charakter absprechen müssten.

<sup>179</sup> So auch *Murmann*, GA 2004, S. 65, 67 m. w. N.

lich dienende Funktion zuzuschreiben.<sup>180</sup> Allein wird man nicht abstreiten können, dass dem Strafverfahrensrecht mit Blick auf die Durchsetzung materiellen Strafrechts eine das materielle Recht verwirklichende und bewährende Funktion zukommt.<sup>181</sup> Auch wenn das materielle Strafrecht vielfach von genuin prozessrechtlichen Garantien und Entscheidungsregeln (bspw. Unschuldsvermutung und *in dubio pro reo*-Grundsatz) geprägt ist<sup>182</sup> und sich „das Programm des materiellen Rechts erst im Verfahren zu subsumtionsfähigen Normen verdichtet: Daß die Entscheidung durch das materielle Recht nicht vollständig determiniert ist, bedeutet nicht, daß sie überhaupt nicht an den Normen des materiellen Rechts gemessen werden könnte.“<sup>183</sup> Gleich auf welchen Begriff wir also die Aufgabe des Strafverfahrens bringen, ist hiervon die Bewährung oder Verwirklichung des materiellen Strafrechts zumindest ein Teilaspekt.

Dient der Strafprozess aber – zumindest auch – der Bewährung bzw. Verwirklichung des materiellen Strafrechts, so kann sich Rechtsverwirklichung angesichts des hier entwickelten Unrechtsbegriffs nicht in der schlichten Subsumtion eines Lebenssachverhaltes unter einen Straftatbestand und einem hierauf aufbauenden Ausspruch des Gerichts erschöpfen. Vielmehr muss der materielle Gehalt des Kriminalunrechts im Strafverfahren, insb. in der Ausgestaltung des Prozessrechtsverhältnisses zwischen den Prozessrechtssubjekten, Widerhall finden.<sup>184</sup> Die Erforderlichkeit, eine solche Durchgriffswirkung eines materiellen Unrechtsbegriffs anzunehmen, zeigt sich am deutlichsten daran, dass sich anderenfalls in vielen Fällen das materielle Rechtsverhältnis, über dessen Verletzung im Verfahren eine Entscheidung getroffen

<sup>180</sup> Vgl. kritisch zu einem bloß instrumentellen Charakter des Strafverfahrens auch Löwe/Rosenberg-Lüderssen/Jahn, Einleitung – Abschn. M. Rn. 7 ff.; Murmann, GA 2004, S. 65, 65 ff.; Anders 1998, S. 211 ff. sowie schon Neumann, ZStW 1989, S. 52, 54 ff.; Schaper 1985, S. 144 ff. und Peters 1963, S. 10 ff.

<sup>181</sup> Vgl. ebenso Kleinert 2008, S. 265.

<sup>182</sup> So lässt sich beispielsweise ein Freispruch aus Mangel an Beweisen erst vor dem Hintergrund der prozessualen Situation als Durchsetzung materiellen Rechts begreifen. Ferner setzen formale Strafverfolgungsvoraussetzungen bzw. Prozesshindernisse der Durchsetzung materiellen Rechts Grenzen. „Die jeweilige Prozesssituation hat Auswirkungen auf die Gestalt des anzuwendenden Rechts.“ – so zutreffend Anders, ZStW 2012, S. 374, 393. Vgl. auch Murmann, GA 2004, S. 65, 72 f. und zur Abhängigkeit der Ausgestaltung des materiellen Rechts von den prozessualen Rechtsanwendungsbedingungen anschaulich Neumann, ZStW 1989, S. 52, 54 ff. und eingehend Löwe/Rosenberg-Lüderssen/Jahn, Einleitung – Abschn. M. Rn. 12 ff. und 17 ff.

<sup>183</sup> So zutreffend Neumann, ZStW 1989, S. 52, 70.

<sup>184</sup> Freilich in eigener Prägung und zum Teil über eine straftheoretische Betrachtung vermittelt bejahen einen Begründungszusammenhang von materieller Unrechtslehre und Strafverfahren ebenfalls Murmann, GA 2004, S. 65, 70 ff.; Kleinert 2008, S. 261 ff.; Freier, ZStW 2010, S. 117, 136 ff.; Anders, ZStW 2012, S. 374, 405 ff.; Gierhake 2016, S. 52 ff. und jüngst Rösinger 2019, S. 64 ff.

werden soll, der Qualität nach nicht hinreichend klar diskriminieren ließe. Vergleicht man beispielsweise eine zivilrechtliche Schadensersatzklage wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung und eine strafrechtliche Anklage wegen Sachbeschädigung, so geht es in beiden Fällen auf Tatbestandsebene um dieselbe (§ 823 Abs. 1 BGB bzw. § 303 Abs. 1 StGB gleichermaßen zugrundeliegende) Verhaltensnormüberschreitung. Erst wenn man dieser Verhaltensnormüberschreitung einen materiellen Unrechtsbegriff zugrunde legt, lässt sich das Unrecht, das den Gegenstand des Strafprozesses bildet, von dem des Zivilprozesses unterscheiden.<sup>185</sup>

Daher hat es nicht nur mit Blick auf das materielle Strafrecht Folgen, Kriminalunrecht als subjektive Rechts- und Statusverletzung zu begreifen. Vielmehr ist der hiermit verbundenen Verschiebung des Grundes strafrechtlicher Sanktionen von der Verletzung einer Verhaltensnorm im Subordinationsverhältnis hin zu der Verletzung eines rechtlich vermittelten intersubjektiven Anerkennungsverhältnisses auch im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Denn hierdurch wird insbesondere dem Verletzten eine gänzlich andere normative Stellung im Verhältnis zur Straftat vermittelt.<sup>186</sup> Um Missverständnisse an dieser Stelle zu vermeiden, sei dabei nochmals klargestellt: Es handelt sich hierbei nicht um ein Argument auf deskriptiver Ebene, da das Strafverfahren überwiegend nicht subjektiv-rechtlich ausgestaltet ist. Es geht vielmehr um ein Argument auf normativer Ebene, dass die subjektiv-rechtliche Struktur des Kriminalunrechts – so wie sie in Kapitel B. und C. nachgewiesen wurde – eine Fortsetzung auf prozessrechtlicher Ebene erfahren sollte, wenn wir als Ziel des Strafverfahrens auch die Verwirklichung materiellen Strafrechts begreifen.<sup>187</sup>

Mit Blick darauf ergeben sich nun aus meiner Sicht zwei wesentliche Konsequenzen für die Aufgabenbestimmung des Strafverfahrens und die Ausgestaltung des Prozessrechtsverhältnisses. Zum einen: Insoweit Kriminalunrecht bei Verletzung von Individualrechtsgütern als subjektive Rechtsverletzung zu qualifizieren ist und daher einen individuellen Gehalt aufweist, der neben

---

<sup>185</sup> Vgl. dazu auf Grundlage des hier entwickelten Unrechtsbegriffs eingehend oben S. 172 ff.

<sup>186</sup> Vgl. auch – jedoch allein im Ergebnis – ähnlich S. Walther 2000, S. 235 f., die beklagt, dass der „Rolle des Deliktsopfers“ im Strafverfahren unter anderem maßgeblich deswegen mit Skepsis begegnet werde, weil das „Kriminalrech[t] zum öffentlichen Recht“ zugeordnet werde.

<sup>187</sup> Doch auch wenn man den von mir behaupteten Begründungszusammenhang zwischen materiellem Unrechtsbegriff und Ausgestaltung des Strafverfahrens nicht akzeptiert, so lässt sich die folgende Argumentation gleichwohl zumindest noch als rechtstheoretisch informiertes rechtspolitisches Argument begreifen, dass der subjektiv-rechtlichen Struktur des Kriminalunrechts auf materiell-rechtlicher Ebene auch auf Ebene des Verfahrensrechts Rechnung getragen werden sollte.



den überindividuellen Gehalt von Kriminalunrecht tritt, muss das Strafverfahren stets beiden Aspekten des Kriminalunrechts (Verletzung des Rechtshabers *und* Verletzung der Rechtsgemeinschaft) Rechnung tragen (D.IV.2.). Zum anderen: Insoweit dabei wiederum die Statusverletzung den kriminalunrechtskonstitutiven Aspekt bildet, muss Rechtsverwirklichung, d.h. die Bewährung materiellen Strafrechts im Strafprozess, etwas sein, das den Prozessbeteiligten nicht bloß als Begünstigung widerfährt. Vielmehr müssen sie das Strafverfahren als Ort der rechtlichen Statusbehauptung begreifen können. Das heißt, das Strafverfahren muss ihnen Geltendmachung und Vollzug rechtlich vermittelter Anerkennung ermöglichen (D.IV.3.).

## **2. Strafverfahren und zwei Ebenen der Rechtsverletzung: Folgen für Privat- und Nebenklage**

Das hier dargelegte subjektiv-rechtliche Verständnis von Kriminalunrecht begründet nicht die Forderung nach einer gänzlichen „Privatisierung“ des Strafverfahrens.<sup>188</sup> Denn wie bereits in den vorangegangenen Kapiteln dargelegt wurde,<sup>189</sup> ergänzt der subjektiv-rechtliche Unrechtsaspekt vielmehr ein Kriminalunrechtsverständnis, das bisher die Straftat auf materiell-rechtlicher Ebene ausschließlich als Rechtsbruch im Subordinationsverhältnis von Staat und Täter begriff. Gleichwohl kann angesichts dessen Kriminalunrecht nicht mehr *ausschließlich* als Angriff auf die Allgemeinheit und als Verletzung objektiven Rechts begriffen werden. Richtig ist, dass Kriminalunrecht stets das Moment der Verhaltensnormüberschreitung innewohnt und somit als Verletzung objektiven Rechts zu begreifen ist. Das in der Strafrechtswissenschaft weithin konsentierteste Verständnis von der Straftat als öffentlich-rechtlicher Normübertretung trägt diesem Umstand Rechnung. Die rechtstheoretische Betrachtung von Kriminalunrecht bei Verletzung disponibler Individualrechtsgüter hat jedoch gezeigt, dass diese Ebene der Rechtsverletzung um eine weitere Ebene zu ergänzen ist. Denn in dem Maße, in dem die deontische Kontrolle einer strafbewehrten Verhaltenspflicht dem Rechtsgutsträger zukommt, stellt sich die Straftat als Verletzung seines subjektiven Rechts dar.

Wenn demzufolge der verletzte Rechtsgutsträger nicht nur Repräsentant der Allgemeinheit ist,<sup>190</sup> an dem sich eine Verletzung objektiven Rechts gleichsam äußerlich manifestiert, sondern er vielmehr selbst in eigenen Rechten verletzt wird, dann ist dieser normativen Dimension des Kriminal-

---

<sup>188</sup> Vgl. dazu auch noch unten S. 308 ff.

<sup>189</sup> Vgl. oben S. 124 ff. und S. 184 ff.

<sup>190</sup> K. Günther: FS Lüderssen, 2002, S. 217 spricht in dieser Hinsicht treffend davon, dass der Verletzte insoweit nur den Status „eines Gleichen unter Gleichen“ habe.



unrechts auch bei der strafprozessualen Bewältigung der Straftat im Strafprozessrechtsverhältnis Rechnung zu tragen. Hierin drückt sich der Begründungszusammenhang zwischen Rechtsverletzung und Rechtsdurchsetzung aus, wenn das Ziel des Strafverfahrens zumindest auch die Bewährung bzw. Verwirklichung des materiellen Strafrechts ist: Der Verletzte ist als Prozesssubjekt des Strafverfahrens zu betrachten und als solches am Prozess der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung zu beteiligen, gerade *weil* er von einer Straftat als Rechtsinhaber in eigenen Rechten betroffen ist.

Dass jemand das Recht hat, auf Erfüllung einer Verhaltenspflicht zu bestehen bzw. die Verhaltenspflicht aufzuheben, liefert uns in der Regel einen guten Grund dafür, ihm auch die Befugnis zur Rechtsdurchsetzung zu gewähren.<sup>191</sup> Auf das Strafrecht und das Strafverfahren gewandt heißt dies, dass es hinsichtlich der Beantwortung der Frage, *wer* eine staatliche Sanktion von Kriminalunrecht einfordern kann und *wer* an der gerichtlichen Strafverfolgung zu beteiligen ist, auf der Begründungsebene entscheidend darauf ankommt, *wem* durch eine Straftat Unrecht getan wird. Stellt man dies in Rechnung, so ist die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren als Verfahrensteilhabe in eigener Sache zu begreifen. Weil der Verletzte auf materiell-rechtlicher Ebene die strafbewehrte Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert, ist er auf prozessrechtlicher Ebene mit Teilhaberechten auszustatten. Bereits heute ist das Opfer bzw. der Verletzte einer Straftat durch Einführung bzw. Ausweitung von Nebenklage, Zeugenhilfe und Täter-Opfer-Ausgleich, Stärkung seiner Informationsrechte *etc.*<sup>192</sup> zu einer „unverrückbare[n] Bezugsgröße des [...] Strafprozessrechts“<sup>193</sup> geworden. Dieser Verfahrensstellung lässt sich nun mit der subjektiv-rechtlichen Dimension von Kriminalunrecht ein dogmatisches Fundament geben. Rechtsinstitute, wie bspw. Nebenklage, Privatklage oder Täter-Opfer-Ausgleich, sind nicht als prozessrechtliche Phänomene *sui generis* hinzunehmen, sondern aus dem Wesen strafrechtlichen Unrechts normativ gerechtfertigt. Denn hierdurch reagiert die Rechtsordnung in unterschiedlich starkem Maße auf die Tatsache, dass durch bestimmte Formen von Kriminalunrecht gerade dem Verletzten Unrecht getan wird.

---

<sup>191</sup> Vgl. dazu auch schon S. 47f.

<sup>192</sup> Vgl. zu den Opferrechten im Strafprozess statt vieler m.w.N. nur SK-StPO-Velten, Vor §§ 374–06h Rn. 34ff. Vgl. zu den Reformgesetzgebungen zur Stärkung des Verletzten im Strafverfahren eingehend K. Schroth/M. Schroth 2018, Rn. 1ff. und Bader 2019, S. 29ff. sowie eingehend zu den unionsrechtlichen Vorgaben Göhler 2019, S. 25ff.

<sup>193</sup> Bung, StV 2009, S. 430, 433. Wenske, NSTz 2008, S. 434, 437 geht soweit, im Verletzten „ein[e] dem Beschuldigten nahezu gleichrangig[e] Zentralfigur des deutschen Strafprozesses“ zu sehen. Vgl. mit einem Abriss über die im Strafrecht zu konstatierende Opferzuwendung auch Barton/Kölbel 2012 und die damit einhergehenden Konsequenzen kritisch reflektierend Barton 2012.

Dieser Begründungszusammenhang zwischen subjektiv-rechtlichem Gehalt des Kriminalunrechts und Prozessstellung des Verletzten scheint mir jedoch vielfach aus dem Blick zu geraten, wenn im Rahmen der Debatte um die Verfahrensstellung des Verletzten, Bedenken gegen die Stärkung der Verletztenbefugnisse vorgebracht werden: Manche haben die Besorgnis, dass es hierdurch zu einer „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens<sup>194</sup> kommen könne. Eine zu selbstständige und mit umfassenden Aktivrechten einhergehende Verfahrensstellung des Verletzten gefährde den öffentlichen Charakter des Strafverfahrens.<sup>195</sup> Dabei liegt dieser Besorgnis um eine Gefährdung des öffentlichen Charakters des Strafverfahrens meines Erachtens häufig eine ungerechtfertigte Gleichsetzung von Kriminalunrecht mit einer objektiven Rechtsverletzung (im Sinne einer Verletzung hoheitlicher Ansprüche) zugrunde. Danach betreffe die Straftat normativ gesehen ausschließlich die staatlich repräsentierte Allgemeinheit. Finde der Rechtsbruch jedoch allein im Verhältnis zwischen Täter und staatlich verfasster Rechtsgemeinschaft statt, müsse eine starke Prozessstellung des Verletzten als Fremdkörper im Strafverfahren erscheinen. Anschaulich wird dies bei Safferling und Göhler, die ich exemplarisch<sup>196</sup> für diese Argumentationsweise heranziehen möchte:

„Damit [sc. mit einer starken Prozessstellung des Verletzten] rückt der Individualkonflikt zwischen Täter und Opfer in den Vordergrund des prozessualen Vorgehens. Bislang galt der Grundsatz des Strafverfahrens, dass der Individualkonflikt gerade im rechtsstaatlichen, allgemeingültigen Verfahren mediatisiert wurde. Der Rechtsbruch steht im Vordergrund, nicht die bilaterale Verletzung. In dem abstrakten Verfahren übernimmt die Staatsanwaltschaft die Wahrnehmung der Interessen der Allgemeinheit, in denen auch die Interessen des Opfers enthalten sind, während private Interessen gerade nicht wahrgenommen werden sollen.“<sup>197</sup>

Der Sache nach das gleiche Argumentationsmuster finden wir bei Göhler, wenn sie konstatiert, dass

„[n]ach der Dogmatik im deutschen Recht [...] das konstruktive Element einer Straftat die Verletzung eines ideell-abstrahierten Rechtsguts bzw. einer abstrakten

<sup>194</sup> Rieß, ZIS 2009, S. 466, 477. Auch Schünemann, ZIS 2009, S. 484, 492 spricht mit Blick auf den Umfang der Befugnisse des Verletzten von einem vom „Verletzten betriebenen Parteiprozess“.

<sup>195</sup> Vgl. bspw. nur die warnenden Äußerungen bei H. J. Hirsch. GS Kaufmann, 1989, S. 714; Schünemann, NStZ 1986, S. 193, 198; Weigend, ZStW 1984, S. 761, 775 ff.; Weigend 1989, S. 428 ff. und Weigend, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 53 ff.; Volckart, JR 2005, S. 181, 185 f.; Kleinert 2008, S. 268 ff.; Bung, StV 2009, S. 430, 432 sowie Lüderssen. FS Hirsch, 1999, 879 f., 887 f.

<sup>196</sup> Vgl. im Übrigen für die vielfach anzutreffende Diagnose, dass angesichts der strafrechtsdogmatischen Neutralisierung des Opfers eine Verfahrensbeteiligung desselben nicht ohne ohne dogmatischen Bruch möglich sei, nur die Nachweise bei Göhler 2019, S. 251 f. und Bader 2019, S. 14 ff.

<sup>197</sup> Safferling, ZStW 2010, S. 87, 88 f.

Norm [ist], das bzw. die der Gesamtgesellschaft zugeordnet ist. [...] In der Folge wird dem Staat als Repräsentant der Gesellschaft die Reaktion auf das die Gesellschaft betreffende strafrechtliche Unrecht im gesamtgesellschaftlichen Interesse übertragen. [...] Wenn aber das dem Einzelnen individuell widerfahrene empirisch-reale Unrecht nicht Bezugspunkt des strafrechtlichen Unrechtsverständnisses und damit der Strafrechtsdogmatik ist, [...] [schließt] [d]ie Definition des Verbrechens [...] das Opfer damit gewissermaßen aus dem Strafrecht und -verfahren aus. [...] Weil und soweit eine Straftat nicht als privates Delikt, sondern als entindividualisiertes Unrecht gegenüber der Gesamtgesellschaft konstruiert wird, ist der Prozess ihrer Bewältigung eine Auseinandersetzung zwischen Rechtsgemeinschaft und dem Tatverdächtigen.“<sup>198</sup>

Soweit Bedenken gegen eine zu starke Verfahrensbeteiligung des Verletzten auf diese Weise begründet werden, so liegt dem mit Blick auf die eingangs benannten Ebenen der Rechtsverletzung ein aus meiner Sicht unvollständiges Bild der normativen Dimension von Kriminalunrecht zugrunde: Denn der Rechtsbruch wird *ausschließlich* mit der Verletzung der Allgemeinheit gleichgesetzt, wodurch die bilaterale Verletzung im Verhältnis von Täter und Opfer seiner eigenständigen normativen Bedeutung beraubt wird. Der Grund für diese strafrechtliche Entnormativierung der Täter-Opfer-Beziehung, welche dann auch die weitgehende Zurückdrängung des Verletzten aus dem Strafverfahren erforderlich machen soll, konnte im Rahmen dieser Untersuchung bereits aufgedeckt werden. Weil nämlich ein Großteil der materiellen Unrechtslehren das Kriminalunrecht idealisiert bzw. auf eine objektiv-rechtliche Ebene hebt, indem die Straftat als Normverletzung im Subordinationsverhältnis, als Beeinträchtigung eines abstrakten, objektiv-rechtlich anerkannten Rechtsgutes oder als Verletzung des „Rechts als Recht“ bestimmt wird,<sup>199</sup> macht dies für viele die strafrechtliche Konfliktbewältigung zu einem rein (oder zumindest primär) öffentlichen Anliegen. Von dieser Warte aus muss der Konflikt zwischen Täter und Opfer eine rein faktische Privatangelegenheit sein, für deren Bewältigung im öffentlich-rechtlichen Strafverfahren – normativ gesehen – eigentlich kein Platz ist. Jedoch besteht für diese Beschränkung des Kriminalunrechts auf eine Verletzung der Allgemeinheit – wie vorstehend gezeigt – normativ betrachtet kein Anlass, da der Straftat bei Betroffenheit von Individualrechtsgütern stets auch eine subjektiv-rechtliche Unrechtsdimension zukommt. Im Verhältnis von Täter und Opfer geht es nicht einfach nur um einen Realkonflikt, sondern um eine subjektive Rechtsverletzung des Opfers.<sup>200</sup> Angesichts dieser gibt es gute normative Gründe, dieser Rechtsver-

<sup>198</sup> Göhler 2019, S. 357 ff.

<sup>199</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 17 f. und eingehend S. 48 ff. Vgl. aber auch S. 189 und die Nachweise in Fn. 82.

<sup>200</sup> Vgl. in der Stoßrichtung ähnlich Sarhan 2006, S. 220 ff., der Kriminalunrecht ebenfalls eine individuelle Dimension beimsst, da es neben einer „Negation des Allgemeinen“ stets auch „eine Negation des Besonderen (die Verletzung subjektiven

letzung durch eine entsprechende Beteiligungsmöglichkeit des Verletzten im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Es sind also nicht faktische Opferinteressen, sondern es ist gerade der (subjektiv-rechtliche) Rechtsbruch, der es erlaubt, den „Individualkonflikt zwischen Täter und Opfer in den Vordergrund des prozessualen Vorgehens“<sup>201</sup> zu rücken.

Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, die gerichtliche Verfolgung einer Straftat differenziert zu betrachten: Gerade weil Kriminalunrecht bei Verletzung von Individualrechtsgütern gleichzeitig als subjektiv-rechtliche Rechtsverletzung *und* als gesamtgesellschaftlicher Konflikt zu begreifen ist,<sup>202</sup> rechtfertigt dies im Strafprozess ein Nebeneinander von öffentlicher Klage durch die Staatsanwaltschaft und individueller Verfolgung durch den Verletzten. Der Anwendungsfall, an dem sich insoweit das Erklärungspotenzial des hier entwickelten Ansatzes am deutlichsten zeigt, ist die Begründung von Privat- und Nebenklage, wobei das entstehungsgeschichtlich ältere Privatklageverfahren zunächst in den Blick genommen werden soll.

Das Privatklageverfahren war bereits in der Reichsstrafprozessordnung von 1879 enthalten und sollte nach der Intention des historischen Gesetzgebers insbesondere die Staatsanwaltschaften in Fällen der Bagatellkriminalität entlasten. Hierzu sollte Privatpersonen – in Einschränkung des damals noch nicht strikt etablierten Legalitätsprinzips – die Möglichkeit gegeben werden, in Fällen der Beleidigung und einfachen Körperverletzung ohne vorherige Anrufung der Staatsanwaltschaft bei Gericht selbstständig Klage zu erheben.<sup>203</sup> In der Folge wurde der Katalog der privatklagefähigen Delikte deutlich und bis heute stetig erweitert.<sup>204</sup> Allerdings haben sich Ziel und Eigenart

---

Rechts in Gestalt einer Kränkung oder Missachtung der Selbstbestimmung des Opfers“ umfasse. Hierin liegt – wie auch ebd., S. 218 f. konstatiert – der Unterschied zur Berücksichtigung von Opferinteressen bei *S. Walther* 2000, S. 250 ff., 274 ff., 279 f., die den normativen Rechtsbruch (der die herkömmliche Strafe rechtfertigt) weiterhin überindividuell (als Verletzung des „Allgemeinen“) begreift und lediglich um einen (gemeinrechtlichen) Realkonflikt ergänzt, welcher Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer als weitere strafrechtliche Sanktionsform verlange. Vgl. zur Berücksichtigung von Opferinteressen in bzw. außerhalb des Strafverfahrens auch noch unten S. 319 ff.

<sup>201</sup> Entgegen *Safferling*, ZStW 2010, S. 87, 88.

<sup>202</sup> Vgl. oben S. 124 ff. und S. 184 ff.

<sup>203</sup> Vor Einführung der RStPO war neben dieser sog. prinzipialen Privatklage auch noch eine sog. subsidiäre Privatklage in der Diskussion, die immer dann, wenn die Staatsanwaltschaft von einer öffentlichen Klage absah, dem Verletzten oder sogar (als Popularklage) unbeteiligten Dritten die Möglichkeit geben sollte, Anklage zu erheben. Sie wurde jedoch – obgleich im Entwurf der RStPO noch vorgesehen – im Rahmen der Beratungen gestrichen. Vgl. dazu m.w.N. *Kircher* 1971, S. 86 ff.; *Koewius* 1974, S. 19 ff. und *Muttelsee* 1991, S. 11 ff.

<sup>204</sup> Vgl. dazu *Bartsch*, ZJS 2017, S. 40, 41.

der Privatklage im Zuge der Reformgesetzgebungen gewandelt. Es handelt sich beim Privatklageverfahren nach §§ 374 ff. StPO zwar weiterhin um ein Verfahren, das einer Privatperson die Möglichkeit eröffnet, ein gerichtliches Verfahren mit dem Ziel einer Kriminalstrafe anzustoßen.<sup>205</sup> Jedoch enthält das Privatklageverfahren mit der Vorschaltung eines Sühneverfahrens (§ 380 StPO) sowie erweiterten Möglichkeiten zur Klagerücknahme (§ 391 StPO) mittlerweile Elemente, die auf eine gütliche Konfliktbeilegung der Verfahrensbeteiligten abzielen.<sup>206</sup> Das von einer Privatperson betriebene Privatklageverfahren durchbricht Legalitäts- und Officialprinzip, stellt jedoch kein echtes Parteiverfahren dar, weil der Ermittlungsgrundsatz nach § 384 Abs. 3 StPO fortgilt. Gleichwohl hat das Privatklageverfahren unbestreitbar einzelne Züge eines Parteiverfahrens, weil der Privatkläger – anders als die Staatsanwaltschaft – nicht zur Objektivität verpflichtet ist und in jeder Lage des Verfahrens die Privatklage zurücknehmen kann.<sup>207</sup>

Allerdings ist die Berechtigung des Privatklageverfahrens schon seit Langem<sup>208</sup> Gegenstand der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion und vielfach wird deren Abschaffung gefordert, häufig allerdings unter Beibehaltung bzw. Weiterentwicklung des Sühneverfahrens: Diese Kritik wird auf vorgebliche Begründungsdefizite sowie – teilweise damit einhergehend – auf praktische Bedenken gegen die Privatklage gestützt. War Ziel des Privatklageverfahrens nach Intention des historischen Gesetzgebers die Entlastung der Staatsanwaltschaft in Fällen der Bagatellkriminalität,<sup>209</sup> so wird hiergegen zum einen eingewandt, dass es nach der Konzeption der StPO nicht zu einer wirklichen Entlastung der Rechtspflege kommen könne, da die Entlastung bei den Staatsanwaltschaften zu einem Mehraufwand bei den Strafgerichten führe.<sup>210</sup> Zum anderen wird kritisiert, dass es faktisch zu einer Entlastung nur deshalb komme, weil angesichts ihrer Aussichtslosigkeit<sup>211</sup> seitens der Bürger auf die

---

<sup>205</sup> Vgl. Löwe/Rosenberg-Hilger, Vor § 374 Rn. 5. Dabei wird häufig von einer Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs durch den Privatkläger gesprochen, vgl. etwa Baumann, et al. 2016, § 2 Rn. 58; Volckart, JR 2005, S. 181, 186 und Zipf, GA 1969, S. 234, 237 f.; dagegen jedoch für einen privaten Strafanspruch des Opfers argumentierend Sarhan 2006, S. 239 f. und ebenso von meiner Seite unten S. 308 ff.

<sup>206</sup> Vgl. nur Kühne 2015, § 11 Rn. 253.

<sup>207</sup> Vgl. Kindhäuser/Schumann 2019, § 26 Rn. 64 und Roxin/Schünemann 2017, § 63 Rn. 2. Vgl. zu den Unterschieden zwischen Privatklage- und Officialverfahren m. w. N. SK-StPO-Velten, Vor § 374 Rn. 6 ff.

<sup>208</sup> Vgl. beispielhaft zur frühen Kritik in der älteren Literatur nur Kronecker, GA 1885, S. 1 ff. sowie Töwe, GS 1935, S. 145 ff.

<sup>209</sup> Vgl. K. Hahn 1880–1886, Abt. 1, S. 277 und dazu m. w. N. oben Fn. 203 und auch Grebing, GA 1984, S. 1, 4 f.

<sup>210</sup> So Grebing, GA 1984, S. 1, 16 und Kleinert 2008, S. 293.

<sup>211</sup> Vgl. Schöch, NStZ 1984, S. 385, 389; Grebing, GA 1984, S. 1, 8; H. J. Hirsch. FS Lange, 1976, S. 816 und 818 und Löwe/Rosenberg-Hilger, Vor § 374 Rn. 4 kon-

Privatklagemöglichkeit verzichtet werde.<sup>212</sup> Damit sei das Privatklageverfahren *de facto* nur eine weitere Einstellungsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft und entbehre insoweit der Berechtigung.<sup>213</sup> Wenn demgegenüber ein privates Bestrafungs- bzw. Genugtuungsinteresse des Opfers als selbstständiger Legitimationsgrund angeführt wird,<sup>214</sup> erfährt dies dahingehend Kritik, dass die Berücksichtigung solcher Interessen damit unvereinbar sei, dass der Privatkläger weiterhin dem öffentlichen Strafanspruch<sup>215</sup> zur Durchsetzung verhelte.<sup>216</sup>

Zum anderen wird bemängelt, es fehle an einer einheitlichen strafprozessualen Behandlung von Bagatellkriminalität, da mit Einführung von § 153 StPO die Behandlung geringfügiger Verfehlungen nicht einheitlich, sondern durch zwei verschiedene Verfahren gesetzlich geregelt werde.<sup>217</sup> Geringfügigkeit sei zudem eine Frage des Einzelfalls und könne nicht deliktsspezifisch bestimmt werden, zumal auch einige Officialdelikte nur eine geringe Sozialschädlichkeit aufwiesen.<sup>218</sup> Ähnliche Kritik erfahren auch Begründungsansätze des Privatklageverfahrens, wonach die Privatklagebefugnis angesichts des höchstpersönlichen Charakters der Privatklagedelikte (enge persönliche Verflechtung von Täter und Opfer,<sup>219</sup> Überwiegen des Privatinteresses gegenüber dem öffentlichen Interesse<sup>220</sup>) oder des – im Unterschied zur öffentlichen Strafe – im Vordergrund stehenden Versöhnungsgedankens<sup>221</sup> gerechtfertigt sei. Denn auch hier stelle sich die Frage, ob besondere persönliche Betroffenheit und das Bedürfnis nach Versöhnung gerade nur die Privatklagedelikte auszeichneten oder nicht auch bei einigen Officialdelikten vorlägen.<sup>222</sup>

---

statieren, dass das Kostenrisiko angesichts fehlender Erfolgsaussichten der Privatklage unzumutbar sei und sie daher faktisch nicht in Anspruch genommen werde.

<sup>212</sup> Vgl. zur Rechtswirklichkeit der Privatklage, die diesen Befund auch gegenwärtig bestätigt, zuletzt *Lütz-Binder* 2010, S. 63 ff. und *Bartsch*, ZJS 2017, S. 167 ff.

<sup>213</sup> Vgl. etwa *Grebing*, GA 1984, S. 1, 6 ff.; *Löwe/Rosenberg-Hilger*, Vor § 374 Rn. 4; zustimmend *BeckOK-StPO-Valerius*, § 374 Rn. 1.2.

<sup>214</sup> Vgl. in diese Richtung argumentierend etwa BVerfG, BVerfGE 26, 66, 70; *Holz* 2007, S. 143; *Sarhan* 2006, S. 239 ff. und *Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt*, Einleitung Rn. 90.

<sup>215</sup> Dies ist freilich umstritten, vgl. oben Fn. 205.

<sup>216</sup> Vgl. eingehend *Kleinert* 2008, S. 288 ff. und 295 ff. und zustimmend *Göhler* 2019, S. 302 f.

<sup>217</sup> Vgl. m. w. N. *Lütz-Binder* 2010, S. 37 f.

<sup>218</sup> Vgl. *Krümpelmann* 1966, S. 31 ff.

<sup>219</sup> So *Koewius* 1974, S. 40 ff. und *Hochheuser* 1965, S. 69.

<sup>220</sup> Vgl. die Nachweise bei *Lütz-Binder* 2010, S. 38.

<sup>221</sup> So *Maiwald*, GA 1970, S. 33, 48 und *C.-P. Martin* 1988, S. 218.

<sup>222</sup> So die Kritik bei *Lütz-Binder* 2010, S. 38 f. und 41.



Angesichts der vorgebrachten Begründungsdefizite und praktischen Probleme verwundert es nicht, dass in der Strafrechtswissenschaft – entgegen der fortdauernden gesetzgeberischen Ausweitung der Privatklage –<sup>223</sup> ganz überwiegend eine grundsätzliche Reform dieses Rechtsinstituts gefordert wird: Vielfach findet sich die Forderung nach einer grundsätzlichen Abschaffung des Privatklageverfahrens, vielfach jedoch unter Beibehaltung bzw. Weiterentwicklung des Sühneverfahrens.<sup>224</sup> Selten werden – zumeist ohne Aufgabe der grundsätzlichen Kritik am Privatklageverfahren – Möglichkeiten einer Verbesserung des Privatklageverfahrens diskutiert,<sup>225</sup> etwa durch Verringerung der privatklagefähigen Delikte<sup>226</sup> oder durch vereinfachte Formerfordernisse und Abwälzung der Kostenrisiken vom Privatkläger auf den Staat.<sup>227</sup> Nur vereinzelt findet sich die Forderung nach einer Ausweitung des Privatklageverfahrens.<sup>228</sup>

Mit Blick auf diese Reformdiskussion erlauben die bisherigen Untersuchungsergebnisse der Forderung nach einer weitgehenden Abschaffung der Privatklage begründet zu widersprechen: Spielt sich nämlich Kriminalunrecht im Falle der Verletzung einwilligungsfähiger Individualrechtsgüter normativ betrachtet sowohl auf objektiv-rechtlicher Ebene (Straftat als Verhaltensnormübertretung) als auch auf subjektiv-rechtlicher Ebene (Straftat als Verhaltenspflichtverletzung) ab, so trägt die Strafprozessordnung in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung gerade durch das Privatklageverfahren dieser Doppelschichtigkeit Rechnung: Verneint der Staat nach § 376 StPO i. V. m. Nr. 86 RiStBV ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, weil der Rechts-

---

<sup>223</sup> Vgl. zu den jüngsten gesetzgeberischen Reformen, die letztlich eine Erweiterung des Katalogs der Privatklagedelikte bewirkten, *Bartsch*, ZJS 2017, S. 167, 170 f.

<sup>224</sup> Vgl. *Koewius* 1974, S. 166 ff.; *Schacky* 1975, S. 340 ff.; *H. J. Hirsch*, FS Lange, 1976, S. 818 ff.; *Grebing*, GA 1984, S. 1, 18 ff.; *Rieß* 1984, Rn. 102 ff.; *Schöch*, NStZ 1984, S. 385, 390 f.; *Weigend* 1989, S. 479 ff.; *Weigend*, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 55; *Erdag* 2001, S. 122 ff.; *Kleinert* 2008, S. 301; *Lütz-Binder* 2010, S. 146 ff.; *SK-StPO-Velten*, Vor § 374 Rn. 28 ff.; *Bartsch*, ZJS 2017, S. 167, 172; *Bader* 2019, S. 261 f.; wohl auch *BeckOK-StPO-Valerius*, § 374 Rn. 1.2.

<sup>225</sup> Vgl. *Koewius* 1974, S. 162 ff.; *Geerds*, Schiedsmannszeitung 1980, S. 73, 88; *Oehler*, Schiedsmannszeitung 1977, S. 103, 109 ff.; *Schorn* 1967, S. 145 ff. und *Schulte*, Schiedsmannszeitung 1980, S. 38, 42.

<sup>226</sup> So schon *Delius*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1930, S. 295, 297 ff. und *Gerland* 1901, S. 68 f.

<sup>227</sup> Etwa könne das Privatklageverfahren attraktiver ausgestaltet werden, wenn bspw. die Pflicht zur Tragung der Kosten bei Freisprüchen oder Einstellungen wegen Geringfügigkeit dem Staat auferlegt werde, vgl. *H. J. Hirsch* 1967, S. 193, Fn. 118 und hierzu auch *Koewius* 1974, S. 151. *H. J. Hirsch*, FS Lange, 1976, S. 827 ff. schlägt vor, das Privatklageverfahren zu einem vereinfachten amtsgerichtlichen Verfahren mit vorgeschaltetem Sühneverfahren umzugestalten.

<sup>228</sup> Vgl. *Kircher* 1971, S. 151 ff. (Ausdehnung auf alle Tatbestände des StGB) und *Reichert*, ZRP 1997, S. 492, 496 ff. (Ausdehnung auf Diebstahl und Unterschlagung).



frieden gerade nicht „über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört [ist]“, so liegt hierin keine Entscheidung über den subjektiv-rechtlichen Rechtsbruch, der allein den Verletzten tangiert. Insoweit ist es allein ihm zu überlassen, ob er die Verletzung seines subjektiven Rechts gerichtlich verfolgen lassen will oder auf sich beruhen lassen möchte. Umgekehrt bleibt es der Staatsanwaltschaft nach § 377 Abs. 2 StPO unbenommen, bei Bejahung eines öffentlichen Interesses oder eines gleichzeitig verwirklichten Officialdelikts die Strafverfolgung zu übernehmen (wodurch der Privatkläger auf den Anschluss als Nebenkläger verwiesen ist).

Dabei bestätigen §§ 376, 377 Abs. 2 StPO i. V. m. Nr. 86 RiStBV die Richtigkeit der hier vorgenommenen Differenzierung zweier Ebenen der Rechtsverletzung, denen das Strafprozessrecht Rechnung zu tragen hat. Denn andernfalls – also wenn man Kriminalunrecht allein als Verletzung des objektiven Rechts im Subordinationsverhältnis zwischen Täter und strafendem Staat versteht – ergäbe sich aus §§ 376, 377 Abs. 2 StPO i. V. m. Nr. 86 RiStBV ein Selbstwiderspruch. Beträfe die Straftat normativ betrachtet nämlich allein die Verletzung der objektiv-rechtlichen Verhaltensnorm, sodass Kriminalunrecht allein im Verhältnis zwischen Täter und staatlich verfasster Rechtsgemeinschaft stattfände, dann wäre eine Öffentlichkeitsrelevanz im materiellen Unrechtsbegriff definitorisch gesetzt. Eine Straftat, die nicht „über den Lebenskreis des Verletzten hinaus“ (Nr. 86 RiStBV) reichte, wäre eine *contradictio in adiecto*. Ist die Straftat begrifflich eine Auflehnung gegen die Allgemeinheit, dann ist in jedem erdenklichen Fall die „Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit“ (Nr. 86 RiStBV). Geht man mithin allein von einer objektiv-rechtlichen Dimension des Kriminalunrechts aus (Straftat als Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung allenfalls der staatlich repräsentierten Allgemeinheit geschuldet ist), dann dürfte es kein Privatklagungsverfahren geben. Dieser Umstand veranlasst dann etwa auch Kleinert dazu, die Privatklage als „Systembruch“ zu bezeichnen, da eine „Verfolgungstätigkeit zur *Wahrung nicht-öffentlicher Interessen* [...] *nicht der strafrechtlichen Materie an[gehört]* und [...] im verfassungsmäßigen Rechtsstaat nicht stattfinden [darf]“<sup>229</sup>. Eine Straftat, die die Verweisung auf den Privatklageweg nach §§ 172 Abs. 2, 374 ff. StPO rechtfertigt, kann es mithin nur bei Anerkennung

<sup>229</sup> Kleinert 2008, S. 292 und zustimmend Göhler 2019, S. 320 f.; wohl auch Bader 2019, S. 262 und SK-StPO-Velten, Vor § 374 Rn. 28. Vgl. mit ähnlicher Diagnose auch Sarhan 2006, S. 239, der jedoch anders als die Vorgenannten ein individuelles Sanktionsinteresse des Opfers anerkennen möchte: „Sieht man [...] in dem Strafzwang eine adäquate Antwort auf die Negation des Allgemeinen (objektiven Rechts, der gesellschaftlichen Erwartungen usw.) und erachtet man insoweit die Verwirklichung des Strafanspruchs [...] als ein öffentliches Anliegen, so gibt es keinen nachvollziehbaren Grund, warum die Verwirklichung dieses Anspruchs dem Opfer im Wege der Privatklage möglich sein soll.“ Vgl. der Sache nach implizit wohl bereits auch H. J. Hirsch, FS Lange, 1976, S. 817 und Grebing, GA 1984, S. 1, 16.

einer subjektiv-rechtlichen Dimension von Kriminalunrecht geben. Denn nur dann kann von einem eigenen Rechtskreis des Verletzten und einem Strafverfolgungsinteresse, das nicht zugleich im Interesse der Allgemeinheit liegt,<sup>230</sup> gesprochen werden. Damit entspricht die Ausgestaltung des Privatklageverfahrens letztlich der hier vorgestellten Differenzierung zweier Ebenen der Rechtsverletzung.

Folglich ist die Diagnose eines vorgeblichen Begründungsdefizites des Privatklageverfahrens unzutreffend. Ein solches scheint nur solange zu bestehen, solange man die im Vorstehenden nachgewiesene subjektiv-rechtliche Dimension des Kriminalunrechts verkennt. Entfielen nämlich diese normative Begründung des Privatklageverfahrens, dann ließe sich ein privates Bestrafungs- bzw. Genugtuungsinteresse des Privatklägers in der Tat nicht normativ rechtfertigen.<sup>231</sup> Der Zweck der Privatklage könnte dann nur noch in der Kontrolle der Staatsanwaltschaft oder der Bewältigung von Bagatellkriminalität gesehen werden. Dem ersteren Bedürfnis trägt die StPO allerdings durch das Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO, dem letzteren durch die Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153 ff. StPO Rechnung. Und mit Blick auf diese – aber auch nur diese – Bedürfnisse trifft meines Erachtens die vielfach geäußerte Kritik zu, dass die letztgenannten Institute weitaus schlüssigere Handlungsinstrumentarien zur Verfügung stellen, als es die Privatklage zu leisten vermag.

Anders verhält es sich jedoch, wenn man die eigentliche Begründung der Privatklage im subjektiv-rechtlichen Charakter des verwirklichten Kriminalunrechts sucht. Hierin liegt eine normative Begründung aus dem legitimen Strafverfolgungsinteresse des Verletzten, welchem weder durch § 172 StPO (ermöglicht lediglich Kontrolle der ordnungsgemäßen Ausübung des staatlichen Strafverfolgungsinteresses) noch durch §§ 153 ff. StPO (keine Möglichkeit des Verletzten zur Einflussnahme) Rechnung getragen wird. Auch die Antragsbefugnis des Verletzten bei absoluten Strafantragsdelikten (Fehlen des Antrages stellt ein Strafverfolgungshindernis dar) stellt keinen Ersatz für die Privatklagebefugnis dar, da es im ersten Fall darum geht, eine staatliche Strafverfolgung zu unterbinden, und im letztgenannten Fall darum, eine individuelle Strafverfolgung zu ermöglichen.<sup>232</sup> Auch wäre es ungenügend, das

---

<sup>230</sup> So die beiden kumulativen Voraussetzungen, unter denen die Staatsanwaltschaft ein öffentliches Interesse nach § 376 StPO i. V. m. Nr. 86 RiStBV ablehnen darf, vgl. BeckOK-StPO-Kreiner, Nr. 86 RiStBV Rn. 4 ff.

<sup>231</sup> Vgl. zur normativen Rechtfertigung eines Genugtuungsinteresses des Privat- und Nebenklägers meine – insoweit einheitliche – Begründung unten S. 263 f. und S. 312 ff.

<sup>232</sup> Außerdem wird das Verhältnis von privatem und staatlichem Strafverfolgungsinteresse gänzlich unterschiedlich bestimmt. Denn während ein fehlender Strafantrag die staatliche Strafverfolgung gänzlich versperrt, lässt das Privatklageverfahren

Privatklageverfahren unter Fortbestand eines (wie auch immer ausgestalteten) der staatsanwaltschaftlichen Anklage vorgeschalteten Sühne- oder Schlichtungsverfahrens<sup>233</sup> abzuschaffen, da so dem Verletzten bei fehlendem staatlichen Verfolgungsinteresse weiterhin die Möglichkeit zur Strafverfolgung genommen würde.

Liegt die normative Rechtfertigung der Privatklage mithin letztlich in der besonderen Natur der privatklagefähigen Delikte, dass das verwirklichte Kriminalunrecht angesichts bestehender Einwilligungsbefugnis *auch* subjektiv-rechtlichen Charakter hat, so ist hiermit zugleich ein normatives Kriterium zur Ausgestaltung des Deliktskatalogs nach § 374 StPO gewonnen: Ob ein Delikt privatklagefähig ist, ist hiernach davon abhängig zu machen, ob mit Blick auf das in Rede stehende Rechtsgut eine Einwilligungsbefugnis des Verletzten besteht. Dies ermöglicht zum einen eine genuin materiell-rechtliche bzw. strafrechtsdogmatische Begründung der Privatklagefähigkeit im Unterschied zu den zumeist diskutierten Kriterien wie geringe Schwere des Vergehens<sup>234</sup>, Betroffenheit der Geheim- und Intimsphäre bzw. persönliche Verflechtung von Opfer und Täter<sup>235</sup> oder Höchstpersönlichkeit der betroffenen Interessensphären<sup>236</sup>. Zum anderen halten die letztgenannten Kriterien kein klares, fest umrissenes Schema bereit, in das die Privatklagedelikte sich allesamt einfügen lassen.<sup>237</sup> Demgegenüber würde das Kriterium der *qua* Einwilligungsbefugnis bestehenden subjektiv-rechtlichen Verletzung eine einheitliche und konsistente Begründung der Privatklagefähigkeit ermöglichen. Würde man bei der Ausgestaltung des Deliktskatalogs nach § 374 StPO *ausschließlich* auf dieses Kriterium abstellen, so bedeutete dies *de lege ferenda* eine Beschränkung<sup>238</sup> sowie Ausdehnung des Privatklageverfahrens

---

nach § 377 Abs. 2 StPO die Möglichkeit staatlicher Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft unberührt.

<sup>233</sup> Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 224.

<sup>234</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, Vor § 374 Rn. 1a; vgl. auch die Begründung des historischen Gesetzgebers oben S. 255 und dazu Grebing, GA 1984, S. 1, 4f.

<sup>235</sup> Vgl. H. J. Hirsch, FS Lange, 1976, S. 832; Hochheuser 1965, S. 69 oder Koewius 1974, S. 40 ff.

<sup>236</sup> Vgl. Grebing, GA 1984, S. 1, 2; auch schon Binding, GS 1909, S. 1, 41 sowie Gerland 1901, S. 27 f.

<sup>237</sup> Vgl. dazu bereits oben m. w. N. S. 256 sowie kritisch auch Bartsch, ZJS 2017, S. 40, 42 f.

<sup>238</sup> Bspw. bzgl. § 299 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Nr. 1 StGB, sofern man mit der wohl noch h. M. annimmt, dass weder Einverständnis noch Einwilligung des Geschäftsherrn in Betracht kommen, weil dieser nicht (allein) über die tatbestandlich geschützten Interessen (Lauterkeit des Wettbewerbs und die Chancen seiner Mitbewerber) disponieren könne. Vgl. so Peinemann 2009, S. 133 ff.; Nöckel, ZJS 2013, S. 50, 55; MüKo-StGB-Krick, § 299 Rn. 120; Fischer-StGB, § 299 Rn. 42; a. A. Schönke/Schrö-

auf alle zustimmungsfähigen Straftatbestände. Auch wäre zu erwägen, die Privatklagebefugnis auf den zustimmungsbefugten Verletzten (bzw. die in § 77 Abs. 2 S. 1 und 2 StGB genannten Personen) zu beschränken. Danach wäre z. B. eine Privatklagebefugnis des nach § 77a StGB strafantragsberechtigten Dienstvorgesetzten neben dem Verletzten auszuschließen. Schließlich müsste bei konsequenter Beachtung des Gedankens einer subjektiven Rechtsverletzung des Privatklägers die gerichtliche Einstellungsmöglichkeit bei Geringfügigkeit nach § 383 Abs. 2 StPO von seiner Zustimmung (und der des Angeklagten) abhängig gemacht werden.<sup>239</sup>

Eine solch massive Ausweitung und Stärkung der Privatklagebefugnis würde freilich Probleme eigener Art generieren. Insbesondere würde die Strafverfolgung einer Vielzahl sehr bedeutsamer Straftatbestände (z. B. § 240 StGB) bei fehlendem öffentlichen Interesse auf Private abgewälzt, obgleich die Privatklage in ihrer jetzigen Ausgestaltung alles andere als eine effektive Rechtseinrichtung ist, Privatklagewillige häufig überfordert sowie ein erhebliches (Kosten-)Risiko für sie darstellt.<sup>240</sup> Dies spricht zum einen dafür, die subjektive Rechtsverletzung für die Ausgestaltung des Deliktskatalogs nach § 374 StPO nicht zum alleinigen Maßstab zu erklären. Zum anderen unterstreicht es die Notwendigkeit, die Akzeptanz und Praktikabilität der Privatklage zu erhöhen. Möglichkeiten hierzu liegen *de lege ferenda* etwa darin, die (Kosten-)Risiken zu minimieren, die mit dem Privatklageverfahren für den Kläger verbunden sind (z. B. durch staatliche Kostentragung bei Freisprüchen),<sup>241</sup> und den formalen Hürden der Verfahrenseinleitung entgegenzuwirken (z. B. durch Nachholbarkeit eines nach § 380 StPO erforderlichen Sühneversuches nach Privatklageerhebung oder durch eine gerichtliche Hinweispflicht vor Klageabweisung, falls die Privatkлагeschrift nicht den Formerfordernissen der §§ 381, 200 Abs. 1 StPO genügt).

---

der-Eisele, § 299 Rn. 34; NK-StGB-Dannecker, § 299 Rn. 131 sowie Noltensmeier 2009, S. 253 ff.

<sup>239</sup> Geht es bei der Privatklage um eine Rechtsdurchsetzung wegen Verletzung in eigenen Rechten, so muss es dem Privatkläger – ebenso wie der Staatsanwaltschaft oder dem Beschuldigten bei § 153 Abs. 2 StPO – möglich sein, auf eine Sachentscheidung zu insistieren. Eine im Privatklageverfahren funktional der Einstellung gegen Auflagen und Weisungen nach § 153a Abs. 2 StPO entsprechende Einstellung erfolgt gegenwärtig bereits nur mit Zustimmung des Privatklägers und des Angeklagten in Form eines gerichtlichen Vergleiches, vgl. dazu nur KK-StPO-Walther, § 391 Rn. 3 ff.

<sup>240</sup> Vgl. die *de lege lata* durchaus prekäre Situation Privatklagewilliger m. w. N. konzis zusammenfassend Bartsch, ZJS 2017, S. 40, 50 f.

<sup>241</sup> So auch H. J. Hirsch 1967, S. 193, Fn. 118 und Bartsch, ZJS 2017, S. 167, 172.

Diese praktischen Umsetzungsfragen<sup>242</sup> liegen jedoch jenseits der Fragestellung der vorliegenden Untersuchung. An dieser Stelle geht es mir allein darum, dass das Privatklageverfahren eine eigenständige normative Rechtfertigung aus dem subjektiv-rechtlichen Charakter des verwirklichten Kriminalunrechts beziehen kann, da Rechtsverletzung und Rechtsdurchsetzung in einem Begründungszusammenhang stehen: Dass jemand die Befugnis hat, auf ein Recht zu bestehen bzw. darauf zu verzichten, liefert uns in der Regel einen guten Grund dafür, ihm auch die Verfahrensteilhabe in eigener Sache, mithin Befugnis zur Rechtsdurchsetzung zu gewähren. Genau dies leistet bei Verletzung disponibler Individualrechtsgüter die Privatklagebefugnis des Verletzten in den Fällen, in denen ein öffentliches Strafverfolgungsinteresse nicht besteht.

*Mutatis mutandis* gilt dies auch für die in §§ 395 ff. StPO geregelte Nebenklage, was sich nicht zuletzt genealogisch erklären lässt: Die Nebenklage wurde erst 1986 von der Privatklage entkoppelt.<sup>243</sup> Diente sie ursprünglich dazu, dem Privatkläger im Falle einer späteren Anklage durch die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit der Verfahrensteilhabe zu sichern, und enthielt infolgedessen eine Pauschalverweisung auf das Recht der Privatklage, wurde sie nunmehr zum eigenständigen Instrument der Beteiligung des Verletzten im Strafverfahren fortentwickelt, welches im Zuge der Reformgesetzgebungen<sup>244</sup> im Deliktskatalog erheblich erweitert wurde und mit umfassenden Äußerungs-, Beanstandungs-, Frage- und Antragsrechten ausgestattet wurde: Der Nebenkläger hat das Recht, an der Hauptverhandlung teilzunehmen (§ 397 Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO) und ist vom Gericht im gleichen Umfang wie die Staatsanwaltschaft zu hören (§ 397 Abs. 1 Satz 4 StPO). In der Hauptverhandlung ist er berechtigt (§ 397 Abs. 1 Satz 3 StPO), Richter und Sachverständige abzulehnen (§§ 24, 31, 74 StPO) und Anordnungen des Vorsitzenden und Fragen zu beanstanden (§ 238 Abs. 2, 242 StPO). Ferner kommt ihm das Fragerecht aus § 240 Abs. 2 StPO, das Beweisantragsrecht aus § 244 Abs. 3 bis 6 StPO sowie das Erklärungsrecht, insbesondere das Recht zum Schlussvortrag (vgl. §§ 257, 258 StPO), zu. Allerdings ist der Nebenkläger – wie auch der Privatkläger – nicht zur Objektivität verpflichtet.<sup>245</sup>

<sup>242</sup> Klärungsbedürftig bleibt auch, wann genau ein „öffentliches Interesse“ im Sinne von § 376 StPO gegeben ist, das zur Übernahme durch die Staatsanwaltschaft berechtigt. Vgl. mit zu meinem Ansatz nur zum Teil kompatiblen Erwägungen hierzu Sarhan 2006, S. 240 f., der auf die (Un-)Fähigkeit des Opfers abstellt, den Strafanspruch „kompetent in Eigenregie gerichtlich angemessen zu verfolgen“.

<sup>243</sup> Erstes Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren (Opferschutzgesetz) vom 18.12.1986 (BGBl. I S. 2496).

<sup>244</sup> Vgl. zu den Reformgesetzgebungen eingehend Löwe/Rosenberg-Hilger, Vor § 374 Rn. 4 ff. und K. Schroth/M. Schroth 2018, Rn. 1 ff.

<sup>245</sup> Vgl. Roxin/Schünemann 2017, § 63 Rn. 2.

Einhergehend mit dem Wandel vom Fortsetzungsinstrument der Privatklage hin zum umfassenden Instrument der Verletztenbeteiligung werden der Nebenklage unterschiedliche Funktionen zugeschrieben: Die Nebenklage soll dem nach empirisch-viktimologischen Erkenntnissen schutzbedürftigen Verletzten Schutz gewähren, indem ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, durch aktive Mitwirkung einer Sekundärviktimisierung (durch herabwürdigende, das Tatgeschehen verzerrende oder schuldzuweisende Einlassungen des Angeklagten oder aufgrund sonstiger Erklärungen im Prozess) entgegenzuwirken.<sup>246</sup> Darüber hinaus verschafft die Nebenklage dem Verletzten die Gelegenheit zur Mitwirkung an der Verurteilung des Angeklagten, um hierdurch – im Falle eines Schuldspruchs – Rehabilitation zu erfahren<sup>247</sup> und Vertrauen in die Rechtsordnung wiederzuerlangen.<sup>248</sup> Auch wird vor diesem Hintergrund der Nebenklage eine – teils kontrovers diskutierte – Genugtuungsfunktion beigemessen.<sup>249</sup>

Es ist nun diese (Teil-)Funktion der Nebenklage, dem Verletzten die Möglichkeit zu geben, an der Verurteilung des Angeklagten mitzuwirken (und auch hierdurch Genugtuung zu erfahren)<sup>250</sup>, welche vor dem Hintergrund der bisherigen Untersuchungsergebnisse eine eigenständige normative Rechtfertigung im subjektiv-rechtlichen Charakter des verwirklichten Kriminalunrechts und der hierauf gründenden Befugnis zur Rechtsdurchsetzung findet.<sup>251</sup> Die vorstehend genannten, zugunsten des Nebenklägers normierten Äußerungs-, Beanstandungs-, Frage- und Antragsrechte sollen dem Verletzten so gesehen eine Verfahrensteilhabe in eigener Sache ermöglichen. Insoweit lebt

---

<sup>246</sup> Vgl. KK-StPO-Walther, § 395 Rn. 7; MüKo-StPO-Valerius, § 395 Rn. 5; BeckOK-StPO-Weiner, § 395 Rn. 2; Safferling, ZStW 2010, S. 87, 94; Altenhain, JZ 2001, S. 791, 795 f. und m. w. N. Göhler 2019, S. 296 f. Der Wandel der strafprozessualen Verletztenstellung im Zuge der Opferrechtsreformgesetze sollte insbesondere dem als Defizit ausgemachten Umstand abhelfen, dass das Strafverfahren aufgrund seiner Strukturen für Opfer von Straftaten ein äußerst viktimisierungsgeneigtes Handlungsfeld darstellt. Hiervor sollten Verbrechensoffer durch verstärkte Anerkennung im Strafprozess und Ausstattung mit Aktivrechten geschützt werden. Vgl. auch die Nachweise oben in Fn. 192.

<sup>247</sup> Vgl. SK-StPO-Velten, Vor § 395 Rn. 8 und Safferling, ZStW 2010, S. 87, 94.

<sup>248</sup> Vgl. BeckOK-StPO-Weiner, § 395 Rn. 2 und Safferling, ZStW 2010, S. 87, 94.

<sup>249</sup> Vgl. eine Genugtuungsfunktion bejahend: BGH, BGHSt 28, 272, 273; OLG Düsseldorf, NStZ 1994, 299; OLG Rostock, NStZ 2013, 126, 127; Fabricius, NStZ 1994, S. 257, 260 f.; Gollwitzer, FS Schäfer, 1980, S. 65; BeckOK-StPO-Weiner, § 395 Rn. 3; demgegenüber kritisch: Jahn/Bung, StV 2012, S. 754, 760 f.; Barton 2013, S. 56 f.; Weigend, FS Schöch, 2010, S. 958 ff.; Safferling, ZStW 2010, S. 87, 95 sowie m. w. N. Göhler 2019, S. 297 f.

<sup>250</sup> Vgl. dazu noch eingehend unten S. 312 ff.

<sup>251</sup> Vgl. in der Stoßrichtung ähnlich Sarhan 2006, S. 238 f., der ausgehend von einer personalen Straftheorie in der „Nebenklage [...] eine sachlich gebotene [...] Konsequenz“ sieht.



das Erbe der Privatklage, wegen der Betroffenheit im eigenen Rechtskreis individuell auf eine Verurteilung und Bestrafung des Angeklagten hinzuwirken, auch in der Nebenklage fort. Gerade auf diesen normativen Begründungszusammenhang zwischen Rechtsverletzung als Opfer und Rechtsdurchsetzung als Nebenkläger kommt es mir an dieser Stelle an. Denn nur eine Prozessbeteiligung wegen einer Verletzung in *eigenen* Rechten hat eine emanzipatorische Bedeutung. Anderenfalls sind die den Opfern eingeräumten Verfahrensrechte lediglich prozessuale Wohltaten, auf die mangels normativer Betroffenheit im Grunde genommen kein Anspruch besteht. Erst die Verletzung in eigenen, subjektiven Rechten liefert das normative Fundament dafür, dass Nebenkläger das *ihnen* widerfahrene Unrecht als solches benennen und ihren Standpunkt durch das materielle Strafrecht fundiert behaupten können.

Auf einem anderen Blatt steht freilich die Frage, inwieweit diesem normativen Begründungszusammenhang auch bei der rechtlichen Ausgestaltung der Nebenklage Rechnung zu tragen ist, was ich im Rahmen dieser Untersuchung nur an zwei Beispielen andeuten möchte. Zum einen: Liegt die gemeinsame Rechtfertigung von Privat- und Nebenklage (zumindest auch) darin, dass nur durch die Verfahrensteilhabe des Verletzten dem subjektiv-rechtlichen Charakter des verwirklichten Kriminalunrechts prozessual angemessen Rechnung getragen werden kann, so spricht dies für eine konsistente Angleichung der Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153 ff. StPO. Bei Einstellung durch die Staatsanwaltschaft ist schon *de lege lata* eine Verweisung auf den Privatklageweg gem. §§ 171, 172 Abs. 1 und 2 StPO vorgesehen. Hingegen wäre bei Verfahrenseinstellung durch das Gericht nach bereits erhobener Anklage nach Anhörung<sup>252</sup> des Verletzten, der sich als Nebenkläger angeschlossen hat, *de lege ferenda* zumindest (entsprechend der Regelung im Privatklageverfahren gem. § 383 Abs. 2 StPO) eine Befugnis zur sofortigen Beschwerde gegen die Einstellungsentscheidung nach §§ 304, 311 StPO, eigentlich aber<sup>253</sup> ein Zustimmungserfordernis zu normieren.<sup>254</sup> Zum anderen: Ist Ver-

<sup>252</sup> Diese ist nach §§ 33, 33a StPO ohnehin geboten. Vgl. generell für einen (allerdings bloß fakultativen) Anhörungstermin des Deliktsopfers bei Einstellung nach § 153a StPO Wolter, GA 1989, S. 397, 414.

<sup>253</sup> Denn bei konsequenter Umsetzung verlangt es der Gedanke einer subjektiven Rechtsverletzung des Nebenklägers, die gerichtliche Einstellungsmöglichkeit nach § 383 Abs. 2 StPO von der Zustimmung des Privatklägers abhängig zu machen, vgl. oben S. 261.

<sup>254</sup> Vgl. für ein – freilich im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltetes – Zustimmungserfordernis auch schon Schöch, NSTZ 1984, S. 385, 389; Baumann 1992, S. 70 f.; Nelles/Oberlies 1998, S. 37; Kilchling, NSTZ 2002, S. 57, 60 f.; Böttcher, FS Schöch, 2010, S. 942 ff.; Peter 2014, S. 226 ff.; jedoch kritisch hierzu Weigend, ZStW 1984, S. 761, 776; S. Walther 2000, S. 350 f. (differenzierend jedoch S. Walther, FS Jung, 2007, S. 1057 ff.) und Bader 2019, S. 77 ff.



fahrensteilhabe bei der Nebenklage – wie auch schon bei der Privatklage – auf die *qua* Einwilligungsbefugnis gegebene individuelle Kontrolle strafbewehrter Verhaltenspflichten zurückzuführen, so spricht dies eigentlich für eine Angleichung des Deliktskatalogs von Privat- und Nebenklage auf alle zustimmungsfähigen Straftatbestände. Angesichts der mittlerweile hinzugeetretenen Funktion, dem Opfer Schutz vor Sekundärviktimisierung zu bieten, mag aber der Katalog nebenklagefähiger Delikte zudem nach Maßgabe der Schutzbedürftigkeit des Opfers gegenüber dem Privatklagekatalog anders definiert werden.<sup>255</sup> Zumindest ließe sich das Kriterium der Zustimmungsfähigkeit (und damit letztlich der subjektiven Rechtsverletzung) als Auslegungstopos zur Bestimmung der in § 395 Abs. 3 StPO genannten „besonderen Gründe“ heranziehen. Dies käme jedoch einer massiven Ausweitung der Nebenklagebefugnis gleich,<sup>256</sup> die bekanntermaßen aus anderen Gründen problembehaftet ist: Insbesondere ist einerseits an eine mögliche Beeinträchtigung der Wahrheitsermittlung zu denken, die bei einem Akteneinsichtsrecht des Nebenklägers, der zugleich als Zeuge auftritt, in Kauf zu nehmen wäre.<sup>257</sup> Zum anderen kann es zu einer erheblichen Schwächung der Stellung des Beschuldigten kommen, der sich neben der Staatsanwaltschaft einem oder mehreren Nebenklägern gegenüber sieht.<sup>258</sup>

An dieser Stelle geht es mir jedoch nicht darum, wie solche Aspekte neben der subjektiven Rechtsverletzung bei der rechtlichen Ausgestaltung der Ne-

<sup>255</sup> Die Schutzbedürftigkeit ergibt sich vor allem aus der Schwere der gegen höchstpersönliche Rechtsgüter gerichteten Straftat und den Folgen der Tat; so die Intention des ersten Opferschutzgesetzes, vgl. BT-Drs. 16/12098, 29. Allein hieran die Nebenklagebefugnis zu bestimmen, würde jedoch den Charakter der Nebenklage, Rechtsdurchsetzung wegen erlittener subjektiver Rechtsverletzung zu sein, verkennen. So aber die im ersten Opferschutzgesetz im RegE vorgesehene Streichung von Straftaten gegen gewerbliche Schutzrechte und das Urheberrecht, die weder schwerwiegende Aggressionsdelikte darstellen noch höchstpersönliche Rechtsgüter betreffen (BT/Drs. 16/12098, 29 (30)), welche sich jedoch nicht durchsetzen konnte. Gleiches gilt für den – im Ergebnis nicht umgesetzten – Vorschlag des Bundesrates, die Beleidigungsdelikte der §§ 185–189 StGB aus dem Katalog des § 395 Abs. 1 Nr. 1b a.F. (jetzt § 395 Abs. 3) StPO herauszunehmen (BT-Drs. 16/12813, 12).

<sup>256</sup> Bereits die durch die bisherige Reformgesetzgebung bewirkte Ausweitung der Nebenklagebefugnis ist auf heftige Kritik gestoßen, vgl. nur *Bung*, StV 2009, S. 430, 434 ff. und die Nachweise bei *Bader* 2019, S. 156 ff.

<sup>257</sup> Vgl. zu diesen praktischen Problemen konzipiert nur *Schünemann*. FS Hamm, 2008, S. 690 ff.; *Barton* 2013, S. 57 f. und *Bader* 2019, S. 84 ff.

<sup>258</sup> Vgl. hierzu kritisch m.w.N. nur *Bung*, StV 2009, S. 430 ff.; *Bung/Jahn*, StV 2012, S. 754, 757 ff.; *Pollähne*, StV 2016, S. 671, 673 ff.; differenzierend *Böttcher*. FS Schöch, 2010; und zuletzt eingehend und m.w.N. *Bader* 2019, S. 116 ff. Besonders deutlich wurde dies zuletzt im sog. „NSU-Verfahren“, an dem 95 Nebenkläger und 60 zugehörige Anwälte\*innen mitwirkten, von denen gut 50 regelmäßig an der Verhandlung teilnahmen.

benklage zu berücksichtigen sind, um das strafprozessuale Regelungsgefüge richtig auszutarieren. Denn hierzu bedürfte es – wie hier nur angedeutet werden konnte – einer stärker differenzierten Betrachtung, die neben praktischen Erwägungen gerade auch den Schutz, den ein rechtsstaatliches Strafverfahren dem Beschuldigten zu bieten hat,<sup>259</sup> in den Blick nimmt. Maßgeblich ist im Rahmen dieser Untersuchung vielmehr die Erkenntnis, dass die Nebenklage als Prozessrechtsinstitut ein materiell-rechtliches Fundament in der subjektiven Rechtsverletzung des Opfers findet. Denn Verbrechen auch als Verletzung der Opfer in ihren subjektiven Rechten zu begreifen, vermittelt den Opfern nicht nur eine gänzlich andere normative Stellung zur Straftat, sondern hält auch die theoretische Rechtfertigung dafür bereit, dass Opfer ihren Standpunkt als Prozessbeteiligte im Strafverfahren behaupten können.

Damit kann das gängige Narrativ von der „theoretischen Neutralisierung“ des Opfers<sup>260</sup> für das Strafverfahren, insoweit es die substantielle Begründung von Privat- und Nebenklage anbelangt, zurückgewiesen werden. Die Ausweitung und Stärkung der Verfahrensstellung, die Verbrechenopfern durch die Reformgesetzgebungen der letzten Jahrzehnte zuteilwurde, lässt sich somit nicht nur mit dem Gedanken des Opferschutzes vor prozessinduzierter sekundärer Viktimisierung begründen, sondern findet ein eigenständiges, materiell-rechtliches Fundament im subjektiv-rechtlichen Charakter strafrechtlichen Unrechts.

### **3. Prozessrechtsverhältnis und Statusverletzung: Folgen für das Anwesenheitsprinzip in der Hauptverhandlung**

Aus dem Umstand, dass Kriminalunrecht bei Verletzung von Individualrechtsgütern eine subjektiv-rechtliche Dimension aufweist, lässt sich also eine selbstständige und mit Aktivrechten einhergehende Verfahrensstellung des Verletzten – exemplarisch soeben anhand von Privat- und Nebenklage gezeigt – dem Grunde nach normativ rechtfertigen. Hiermit ist jedoch noch nicht herausgestellt, worin das Spezifikum des Strafverfahrens liegt, insoweit die subjektiv-rechtliche Dimension von Kriminalunrecht – wie in Kapitel C. gezeigt – gerade in einer Statusverletzung besteht, da der Täter die normative Autorität des Rechtsinhabers missachtet.<sup>261</sup>

Um auch der Statusverletzung, d. h. der Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung, im Strafverfahren Rechnung zu tragen (insoweit ein Begründungszusammenhang zwischen Ausgestaltung des Strafverfahrens und mate-

<sup>259</sup> Vgl. dazu eingehend und m. w. N. zuletzt *Bader* 2019, S. 93 ff.

<sup>260</sup> Vgl. dazu m. w. N. oben S. 252 ff.

<sup>261</sup> Vgl. oben S. 176 ff.

riellem Unrechtsbegriff besteht), ist auch das Prozessrechtsverhältnis als rechtliches Anerkennungsverhältnis zu begreifen. Dies erfordert, dass die im Strafverfahren zu leistende Rechtsverwirklichung (d. h. die Bewährung materiellen Strafrechts im Strafprozess durch Schuld- bzw. Freispruch) den Prozessbeteiligten nicht bloß als etwas Äußerliches widerfährt. Vielmehr muss ihnen das Strafverfahren die Möglichkeit zu Geltendmachung und Vollzug rechtlich vermittelter Anerkennung bieten. Um dies näher zu erläutern, möchte ich zunächst kurz darauf eingehen, wie das Anerkennungskonzept in straftheoretischen und strafverfahrensrechtlichen Zusammenhängen überwiegend funktionalisiert wird, und sodann davon ausgehend eine Präzisierung auf Grundlage des hier entwickelten zweitpersonalen Anerkennungsverständnisses vornehmen.

### a) Das Prozessrechtsverhältnis als Anerkennungsverhältnis

Autorinnen und Autoren, die im Rahmen eines materiellen Unrechtsbegriffs das Verbrechen als Verletzung eines rechtlichen Anerkennungsverhältnisses begreifen,<sup>262</sup> argumentieren häufig, dass Strafe – also die staatliche Reaktion, mit der auf diese Verletzung zu reagieren sei – in der Wiederherstellung dieses Anerkennungsverhältnisses bestehe.<sup>263</sup> Der Sache nach in der Tradition Hegels<sup>264</sup> stehend, wird häufig betont, dass die Wiederherstellung des Anerkennungsverhältnisses dadurch geschehe, dass Strafe den unberechtigt erlangten Rechtsstatus des Täters verkürze und hierdurch eine funktionierende intersubjektive Rechtsbeziehung wiederherstelle. So führt etwa Seelmann an, dass

„[d]ie Rechtsbeziehung mit den anderen [...] dann erst wieder hergestellt werden [könne], wenn der Täter sich mit dem unmittelbaren Opfer und mit den anderen

---

<sup>262</sup> Vgl. eingehend oben S. 77 ff.

<sup>263</sup> Vgl. – mit im Detail unterschiedlichem Verständnis, worin diese Wiederherstellung besteht und wie sie zu begründen ist – Köhler 1986, S. 50 ff.; Köhler 1997, S. 37 und 48 ff.; E. A. Wolff, ZStW 1985, S. 786, 818 ff.; Seelmann, JZ 1989, S. 670, 675; Seelmann, ARSP 1993, S. 228, 232 ff.; Murmann, GA 2004, S. 65, 70 f.; Noltenius, GA 2007, S. 518, 523 ff.; Gierhake, ZStW 2008, S. 375, S. 389 ff.; Zaczek, ZStW 2011, S. 691, 701 f.; Abraham 2019, S. 240 ff. und Rösinger 2019, S. 94 ff. Vgl. eingehend m.w.N. auch Pawlik 2004, S. 54 ff. und 75 ff. sowie die Nachweise bei Bruckmann, KriPoZ 2019, S. 105, 109. Auch die durch Strafe erfolgende „Bestätigung der Normgeltung“ (G. Jakobs 1991, § 2 Rn. 11) bezweckt bei G. Jakobs 2008, S. 36 die Wiederherstellung von institutioneller „Anerkennung [...] als eine[r] Verbindung von Personen durch eine sie konstituierende Norm“.

<sup>264</sup> Vgl. hierzu Hegel 1820 (1955), §§ 97 ff., wenngleich dies einige der in Fn. 263 genannten Autorinnen und Autoren insoweit zurückweisen würden, als sie ihre Straftheorie maßgeblich unter Rekurs auf einen auf Kant gestützten (Un-)Rechtsbegriff entwickeln, vgl. exemplarisch E. A. Wolff, ZStW 1985, S. 786, 815 ff.

erneut auf gleicher Ebene beweg[t], sich mit ihnen in ein neuerliches Anerkennungsverhältnis beg[ibt]. In dem Maße, wie er sich einseitig über die anderen aufgeschwungen hat, muß er dazu selbst in seinem Rechtsstatus gemindert werden. Nur dann ist wechselseitige Anerkennung wieder möglich.“<sup>265</sup>

Und auch Gierhake versteht Kriminalunrecht als Verletzung des „Anspruch[s] auf Anerkennung“, weil „sich das handelnde Subjekt einen Freiheitsraum anmaßt, der ihm wegen seiner Gleichbedeutsamkeit mit dem Opfer gerade nicht zukommt“. Daher müsse Strafe nicht den „durch das Unrecht bewirkten ‚physischen‘ Schade[n]“ kompensieren, sondern ziele „auf Unrechtsausgleich in einem umfassenden, auch geistigen Sinne“ ab.

„Deshalb genügt zur Begründung von strafrechtlichem Unrecht ein Angriff auf die äußere Sphäre eines anderen solange nicht, wie damit nicht gleichzeitig auch die verbindende geistige Ebene – das Anerkennen des anderen als gleichwertiges Vernunftwesen – betroffen ist. Als Minderung des Freiheitsstatus des Unrechtstäters aufgrund der Tat ist die Strafe weder geeignet noch dazu bestimmt, zivilrechtlichen Schadensausgleich zu leisten. Sie muss ihren Wirkkreis vielmehr im Rechtsverhältnis haben, das durch die Unrechtstat gestört wurde und nun wieder auf die Ebene einer funktionierenden Vernunftbeziehung der einzelnen Rechtssubjekte gehoben werden muss.“<sup>266</sup>

Anders gesagt: Bestehe der Unwert des Verbrechens in der Verletzung des als gegenseitiges Anerkennungsverhältnis verstandenen Rechtsverhältnisses, dann ziele Strafe auf Wiederherstellung der rechtlichen Anerkennung durch Verkürzung des Rechtsstatus des Täters ab.<sup>267</sup> Freilich muss auch nach diesem Strafverständnis die eigentliche Wiederherstellungsleistung vom Täter autonom geleistet werden (etwa durch Unrechtseinsicht und Schuldauseinandersetzung). Gleichwohl „bedarf es“ – so konzis Freier – „vor einem Neuanfang der proportionalen Unterwerfung des Täters unter seine eigene Regel zur Manifestation ihrer Ungültigkeit“.<sup>268</sup> Überwiegend wird dabei auch die Wiederherstellung des institutionalisierten<sup>269</sup>, die Täter-Opfer-Beziehung überschreitenden Anerkennungsverhältnisses in den Vordergrund gerückt, da es um die Korrektur der durch die Straftat bewirkten „Herabsetzung des Verhältnisses als Ganzes“ gehe, die „die verfasste Allgemeinheit“ vorzunehmen

<sup>265</sup> Seelmann, ARSP 1993, S. 228, 230 bezugnehmend auf Hegel.

<sup>266</sup> Gierhake, ZStW 2008, S. 375, 389 f.

<sup>267</sup> Vgl. im Ergebnis ebenso E. A. Wolff, ZStW 1985, S. 786, 820 f.; Köhler 1997, S. 37; Freier, ZStW 2010, S. 117, 136; Rösinger 2019, S. 93 f.; wohl auch Murmann, GA 2004, S. 65, 72 sowie Abraham 2019, S. 241, der jedoch die Statusverkürzung allein in dem durch Strafe kommunizierten Vertrauensentzug begreift, vgl. ebd., S. 212 ff.

<sup>268</sup> Freier, ZStW 2010, S. 117, 136. Vgl. so auch Köhler 1997, S. 48 ff.; Anders 1998, S. 202 f. und E. A. Wolff, ZStW 1985, S. 786, 820 ff.

<sup>269</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 181, Fn. 181 und S. 188, Fn. 198.

habe.<sup>270</sup> Andere kritisieren ein solches Verständnis institutionalisierter Anerkennung und betonen, dass die Verletzung der Allgemeinheit besser als intersubjektiver Konflikt mit „Drittrelevanz“ zu konzipieren sei.<sup>271</sup>

Ungeachtet dieser Divergenzen wirkt sich dieses anerkennungstheoretische Verständnis von Kriminalunrecht (Verletzung rechtlicher Anerkennung) und Kriminalstrafe (Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung) unmittelbar auch auf das prozedural gleichsam zwischen diesen Polen befindliche Strafverfahren aus. Dies betrifft zum einen die Aufgabenbestimmung des Strafverfahrens, soweit es bei den genannten Autorinnen und Autoren die Feststellung bzw. Widerlegung einer Rechtsverletzung zum Gegenstand hat und darauf aufbauend auf eine „Rechtsverwirklichung“<sup>272</sup> bzw. „Wiederherstellung des Rechts“<sup>273</sup> abzielt. Denn liegt – wie es etwa bei Gierhake heißt – das Wesen des Kriminalunrechts in einer Verletzung rechtlicher Anerkennung und soll Strafe gerade dies ausgleichen, weil nur so das durch „die Unrechts tat gestört[e] [Rechtsverhältnis] [...] wieder auf die Ebene einer funktionierenden Vernunftbeziehung der einzelnen Rechtssubjekte gehoben werden“ könne,<sup>274</sup> dann zielt ein Strafverfahren, das „im Falle des erwiesenen Rechtsbruchs [...] darauf gerichtet [ist], [...] rechtliche Verhältnisse wiederherzustellen“, *eo ipso* auf Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung ab. Gleiches gilt für den Freispruch, da durch diesen der „Verdacht des Rechtsbruchs [ausgeräumt] und dadurch das Recht [bestätigt]“ werde.<sup>275</sup>

Zum anderen ist das rechtliche Anerkennungsverhältnis nach diesem Verständnis nicht etwas dem Strafverfahren bloß Äußerliches (sein Gegenstand

---

<sup>270</sup> Vgl. so Rösinger 2019, S. 93. Vgl. ähnlich Gierhake, ZStW 2008, S. 375, 390 f. unter Verweis auf die Restitution der allgemeinen Rechtsgeltung: „Durch die Strafe muss der Bruch allgemeinen Rechts aufgehoben, ausgeglichen werden. Es geht nicht nur um Wiederherstellung gerechter Verhältnisse in der Zweipersonenbeziehung zwischen Täter und Opfer, sondern auch um die Wiederherstellung der Rechtsgeltung innerhalb der Rechtsgemeinschaft.“ Vgl. auch Köhler 1997, S. 37; Noltenius, HRRS 2009, S. 499, 505 und unter Bezug auf Fichte Zaczyk 1989, S. 187 f.

<sup>271</sup> Gegen ein „vertikales“, institutionelles Verständnis von Anerkennung spricht sich zuletzt Abraham 2019, S. 242 ff. aus. Seelmann, JZ 1989, S. 670, 675 rekonstruiert die Rechtsgemeinschaft als „soziales Geflecht“ mit einer „Fülle von Anerkennungsbeziehungen“, sodass die Straftat neben der Verletzung der Täter-Opfer-Beziehung stets eine intersubjektiv (also horizontal) begriffene „Drittrelevanz“ aufweise. Vgl. hierzu affirmativ auch Sarhan 2006, S. 216 f. und Anders, ZStW 2012, S. 374, 405 f. sowie von meiner Seite eingehend oben S. 184 ff.

<sup>272</sup> Gierhake 2016, S. 57, vgl. auch schon Zaczyk, StV 1993, S. 490, 491 und jüngst Rösinger 2019, S. 100 und 196.

<sup>273</sup> Murmann, GA 2004, S. 65, 74 und dies affirmativ aufgreifend Freier, ZStW 2010, S. 117, 136 f. und Anders, ZStW 2012, S. 374, 405.

<sup>274</sup> Vgl. Gierhake, ZStW 2008, S. 375, 390.

<sup>275</sup> Vgl. Gierhake 2016, S. 57.

und Ziel), sondern konstituiert auch das Verhältnis der Prozessbeteiligten, wirkt sich also auf das Verfahren selbst aus. Weil das „Strafrechtsverhältnis [...] ein Verhältnis wechselseitiger Anerkennung [ist], das auf die *Konstitutionsbedingungen* der primären öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsverhältnisse *reflektiert* und auf ihre Wiederherstellung zielt“, so kann auch das Strafprozessrechtsverhältnis laut Freier „nicht anders verstanden werden als ein Verhältnis wechselseitiger Anerkennung zwischen Allgemeinheit und Beschuldigtem“. <sup>276</sup> Hierbei sei jedoch – wie Anders herausstellt – nicht nur das prozessuale Verhältnis von Beschuldigtem und staatlich verfasster Rechtsgemeinschaft als Anerkennungsverhältnis zu verstehen, sondern auch „die Wiederherstellung des Anerkennungsverhältnisses zwischen Täter und Verletztem als Gleiche [...] [ist] im Strafprozessverhältnis zu reflektieren“. <sup>277</sup> Damit setzt sich nach den genannten Autorinnen und Autoren das rechtliche Anerkennungsverhältnis, das durch die Straftat verletzt werde und das es durch Strafe bzw. Freispruch wiederherzustellen gelte, im Strafverfahren fort. Allein sei das Prozessrechtsverhältnis in besonderer Weise durch die Unsicherheit über die Schuld des Beschuldigten geprägt, „die ein sich selbst exekutierendes materielles Recht von vornherein ausschließt“. <sup>278</sup>

Vordringliche Konsequenz dieser Sichtweise, wonach das Prozessrechtsverhältnis selbst als Anerkennungsverhältnis zu begreifen ist, ist es, dass die Verfahrensstellung der Prozessbeteiligten ihre letzte Rechtfertigung im Status der Subjekte als rechtskonstituierende Personen findet. Ebenso wie in materiell-rechtlicher Hinsicht die Straftat als freiwillige, einseitige Abkehr des Täters vom mit den Rechtsgenossen gemeinsam konstituierten Rechtsverhältnis zu begreifen sei und hierauf aufbauend die Strafe ihre Rechtfertigung in der Zurückweisung dieser einseitigen Geltungsanmaßung des Täters und in der Wiederherstellung des Rechts finde, so habe auch das Strafverfahren die Prozessbeteiligten als freie Rechtskonstituenten zu betrachten. Konkret wird daraus gefolgert, dass es den Beteiligten möglich sein müsse, sich als freie Rechtskonstituenten vom gemeinsamen Prozess der Rechtswiederherstellung zu distanzieren wie aber auch sich daran als gleichberechtigte Rechtssubjekte zu beteiligen. Ersteres erklärt etwa bei Rösinger die Mitwirkungsfreiheit des

---

<sup>276</sup> Freier, ZStW 2010, S. 117, 137. Vgl. im Grundsatz – zumindest implizit – ebenso Anders, ZStW 2012, S. 374, 404 ff.; Gierhake 2016, S. 54 ff. und Rösinger 2019, S. 100 ff. und 193 ff.

<sup>277</sup> Anders, ZStW 2012, S. 374, 406. Daraus resultiere eine besondere Stellung des Verletzten, wonach ihm, anders als einem Zeugen „eine Sonderstellung als Verfahrenssubjekt einzuräumen“ sei, wenngleich „aus der Teilhabe an dem tripolaren Anerkennungsverhältnis [...] kein prozessualer ‚Gleichstand‘ mit dem Angeklagten“ resultiere.

<sup>278</sup> So Freier, ZStW 2010, S. 117, 137. Vgl. eingehend auch Murmann, GA 2004, S. 65, 70 ff.



Angeklagten, „der in diese belastende Situation [sc. des Strafverfahrens] gedrängt wurde“ und der „gegen die strafverfolgende Tätigkeit des Staates kämpfen [darf]“. Die damit einhergehenden Beschuldigtenrechte seien daher Ausdruck eines „Kampf[es] des Beschuldigten gegen die Verweigerung von ungeschmälerter Anerkennung“.<sup>279</sup> Umgekehrt müsse es dem Angeklagten (aber auch den Nebenklägern) möglich sein, sich erneut am Prozess der Rechtskonstitution aktiv zu beteiligen. Daher spricht sich Anders dafür aus, dass ein durch „gleichursprünglich wechselseitig[e] Handlung zwischen Gemeinschaft und dem Einzelnen [...] fortbestehende[s] und zu revalidierende[s] gegenseitige[s] Anerkennungsverhältnis“<sup>280</sup> aktive Verfahrens- und Teilhaberechte von Angeklagtem und Nebenklägern verlange.<sup>281</sup>

### **b) Strafe und der zweitpersonale Charakter des strafprozessualen Anerkennungsverhältnisses**

Dieser straf(verfahrens)rechtlichen Funktionalisierung des Anerkennungskonzepts ist aus meiner Sicht insoweit beizupflichten, als auch ich das Strafverfahren als Prozess begreife, der auf Wiederherstellung eines rechtlich vermittelten Anerkennungsverhältnisses abzielt und gleichzeitig seinerseits als Anerkennungsverhältnis zu begreifen ist. Jedoch ist ausgehend von den bisherigen Untersuchungsergebnissen meinem Verständnis nach zum einen die Begründung des prozessrechtlichen Anerkennungsverhältnisses auf

---

<sup>279</sup> Der Beschuldigte, dessen Status als „gleichberechtigtes Glied im Anerkennungsverhältnis“ durch das Strafverfahren in Frage gestellt worden sei, „darf sich deswegen von dem Projekt der Strafverfolgung distanzieren und seinerseits die Anerkennung dieses gesamten Projekts [...] verweigern“. Vgl. *Rösinger* 2019, S. 195 f. Vgl. zum Einfluss der so begründeten Mitwirkungsfreiheit auf einzelne Rechtspositionen im Strafverfahren eingehend ebd., S. 214 ff. Vgl. in der Sache ebenso schon *Freier*, ZStW 2010, S. 117, 137 f. und *Anders* 1998, S. 206, nach dem „[d]ie vom Einzelnen verlangte autonome Revalidierungsleistung [sc. rechtlicher Anerkennung] [...] von ihm als freien Menschen nicht erzwingbar [ist]. Die Hauptverhandlung des Strafprozesses ist der prädestinierte Anlaß, [...] sich dieser Leistung zu entziehen [...], [...] im Extremfall [Verfahrensrechte] im Hinblick auf das gemeinsame Strafziel auch kontraproduktiv zu Obstruktionszwecken“ einzusetzen.

<sup>280</sup> *Anders* 1998, S. 208.

<sup>281</sup> Konkret möchte Anders ausgehend vom Ziel der „Restituierung des [...] durch wechselseitige Anerkennung begründeten Rechtsverhältnisses zwischen Täter und Allgemeinheit“ (*Anders* 1998, S. 201) im Erkenntnisverfahren nach dem „Modell eines dialogischen Strafens“ (vgl. dazu noch unten S. 274) ein Recht zur autonomen Beweispräsentation begründen, wie es die § 245 StPO a. F. bis 1979 vorsah, vgl. ebd., S. 205 ff. In Entsprechung hierzu sieht Anders daher auch „die konkrete Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte des Verletzten an der Sachverhaltsermittlung“ vom „im Anerkennungsverhältnis enthaltenen Ziel gemeinsamer Richtigkeitserfahrung“ bestimmt. Vgl. *Anders*, ZStW 2012, S. 374, 407 f.



Grundlage des positiven Rechts zu rekonstruieren. Zum anderen ist in der Ausgestaltung des prozessrechtlichen Anerkennungsverhältnisses stärker dem Umstand Rechnung zu tragen, dass rechtlich vermittelte Anerkennung zweitpersonalen Charakter hat. Aus diesem Grund reflektiert das Strafverfahren zwischen den Prozessbeteiligten Beziehungen positiv-rechtlich konstituierter Autorität bzw. Rechenschaftspflichtigkeit, die die Prozessbeteiligten in die Lage versetzen, wechselseitig voneinander die Anerkennung des jeweils eigenen Rechtsstatus zu verlangen.

Wie in Kapitel C. gezeigt, stellt die Statusverletzung das Spezifikum eines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht dar.<sup>282</sup> Dabei hat das subjektiv-rechtlich vermittelte Anerkennungsverhältnis, welches durch Straftaten verletzt wird, zweitpersonalen Charakter und findet seine normative Grundlage im positiven Strafrecht selbst.<sup>283</sup> Dessen normative Struktur erlaubt es, Kriminalunrecht bei Verletzung disponibler Individualrechtsgüter in zweifacher Hinsicht als Anerkennungsverletzung zu identifizieren: zum einen als Verletzung des Anspruchs des Verletzten auf Wahrung seiner subjektiv-rechtlichen Rechtsmacht in Ansehung der strafbewehrten Verhaltenspflicht (Verletzung der individuellen Autorität als Rechtsinhaber); zum anderen als Verletzung des Anspruchs eines jeden Mitglieds der Rechtsgemeinschaft auf Einhaltung der strafrechtlich sanktionierten Verhaltensanforderungen (Verletzung der überindividuellen Autorität als Rechtssubjekt).<sup>284</sup> Mit diesem Unrechtsbegriff geht – wie ich soeben gezeigt habe – ein zweitpersonales expressives Verständnis der Strafsanktion einher: Danach drückt Strafe Missbilligung der Tat aus und fordert den Täter auf, die durch ihn begangene Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung als solche einzusehen. Strafe muss dabei jedoch als inkludierende Aufforderung an den Täter als Rechtssubjekt verstanden werden, die den Täter als normativ kompetentes Mitglied der Rechtsgemeinschaft adressiert. Das heißt, Strafe muss den Täter als jemanden betrachten, der in der Lage ist, den Grund für die Missbilligung nachzuvollziehen und – obgleich ihm die Strafe selbst unerwünscht sein mag – für sich als rechtlich bindend anzuerkennen.<sup>285</sup>

Die Besonderheiten dieses zweitpersonalen Verständnisses rechtlich geschildeter Anerkennung und seiner Verletzung wirken sich nun auch auf das

---

<sup>282</sup> Vgl. oben S. 172 ff.

<sup>283</sup> Vgl. oben S. 134 ff., insb. S. 148 ff. und 156 ff.

<sup>284</sup> Vgl. oben S. 184 ff.

<sup>285</sup> Dies erfordert wiederum die Einsicht, dass der Verletzte der Straftat wie auch die übrigen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft im Verhältnis zu ihm über eine praktische Autorität verfügen, welche er durch die Tat verletzt hat und deren Wahrung er ihnen schuldet. Ungeachtet der Frage, ob der Täter diese Einsicht erlangen wird, zielt die Kriminalstrafe damit auf Wiederherstellung einer funktionalen, rechtlich vermittelten Anerkennungsbeziehung ab. Vgl. hierzu eingehend oben S. 228 ff.

Strafverfahren aus. Anschaulich wird dies insbesondere im Fall des erwiesenen Rechtsbruchs, auf den eine Strafsanktion folgt. Diese Sanktion ist – wie gesagt – als Appell an den Täter zu verstehen, das begangene Unrecht als Statusverletzung nachzuvollziehen (d.h. die berechtigten rechtlichen Anerkennungsansprüche anderer verletzt zu haben), wodurch eine Wiederherstellung rechtlich vermittelter Anerkennung allererst möglich wird. Ein Verfahren, das eine als Anerkennungsaufforderung verstandene Verurteilung des Täters tragen kann, muss aber die Verurteilung ihm gegenüber so rechtfertigen können, dass es bei ihm Verständnis für die Unrichtigkeit des bestraften Verhaltens hervorrufen oder verstärken kann. Das Strafverfahren muss also für den Fall der Verurteilung in der Lage sein, dem Täter eine – freilich von ihm freiwillig zu leistende – Unrechtseinsicht und Schuldauseinandersetzung zu ermöglichen. Hierzu muss der Prozess nachvollziehbare Gründe für die Verurteilung liefern, auf Grund derer sich der Angeklagte für verantwortlich halten kann. Und er muss diese Gründe an den Angeklagten als Rechtssubjekt adressieren. Das heißt, der Angeklagte muss im Prozess als rationaler Akteur behandelt werden, der sich für seine eigenen Handlungen rechtlich verantworten kann und somit die für eine Verurteilung vorgebrachten Gründe nachvollziehen und akzeptieren, aber auch durch Gegengründe widerlegen kann. Darin drückt sich nicht nur die Zweitpersonalität rechtlich vermittelter Anerkennung aus,<sup>286</sup> sondern gerade auch die (zweitpersonale) Achtung vor der Rechtssubjektivität des Angeklagten, die bereits das Strafverfahren zu gewähren hat, damit (im Falle einer späteren Verurteilung) der Strafe überhaupt eine expressive Bedeutung zukommen kann<sup>287</sup> und sie ihr Ziel (Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung) überhaupt erreichen kann.

Mit dieser Orientierung an der Verurteilung des Angeklagten als Verfahrensausgang will ich weder dem Freispruch eine anerkennungstheoretische Bedeutung absprechen.<sup>288</sup> Noch möchte ich in Abrede stellen, dass sich aus der das Strafverfahren kennzeichnenden Unsicherheit über die Schuld des Angeklagten eigenständige Anforderungen an das Strafverfahren ergeben.<sup>289</sup> Allein muss das Strafverfahren ungeachtet dieser Fragen so ausgestaltet sein, dass es gleichermaßen Freispruch und Verurteilung als mögliche Verfahrens-

---

<sup>286</sup> Vgl. dazu oben S. 148 ff. und S. 157 ff.

<sup>287</sup> Vgl. dazu S. 228 ff. unter Rückgriff auf das zugrundeliegende zweitpersonale Anerkennungskonzept (oben S. 148 ff.).

<sup>288</sup> Auch dieser hat eine expressive Bedeutung und dient der Wiederherstellung rechtlich vermittelter Anerkennung, da hierdurch der staatlich erhobene Verdacht des Rechtsbruchs ausgeräumt wird und dem zu Unrecht Beschuldigten die geschuldete Anerkennung als rechtstreuer Bürger geleistet wird. Vgl. dazu meinerseits die folgenden Ausführungen sowie im Ergebnis ebenso, in der Begründung jedoch verschieden *Gierhake* 2016, S. 57 und *Rösinger* 2019, S. 100.

<sup>289</sup> Vgl. dazu nur *Murmann*, GA 2004, S. 65, 72 ff.

ausgänge<sup>290</sup> trägt. Anders gesagt: Wenn das zuvor dargestellte Verständnis von Schuldausspruch und Bestrafung notwendige Anforderungen an das Strafverfahren formuliert, die diesen Verfahrensausgang allererst *ermöglichen*, dann diktiert dies zwangsläufig auch die Bedingungen, unter denen eine ergebnisoffene Verdachtsklärung stattfinden muss, ohne dass es hierdurch zu einer Schuldpräsumption<sup>291</sup> käme. Insoweit stimme ich – ungeachtet bestehender Differenzen in der Begründung rechtlicher Anerkennung –<sup>292</sup> Anders darin zu, dass ein Verständnis von Strafe, die auf „die inhaltliche Revalidierung des [...] verletzten Anerkennungsverhältnisses [...] gerichtet [ist]“ und als solche „eine gemeinschaftliche, genauer dialogische Anstrengung von Täter und der Gemeinschaft (der Anderen) [erfordert]“,<sup>293</sup> auf die Aufgabe und Ausgestaltung des Strafverfahrens zurückwirkt: „Zur Bewältigung der Revalidierungsleistung des Täters ist dieser [...] in einen wechselseitig-gemeinschaftlichen Verstehensprozeß zu integrieren. Schließlich ist das Ziel die Revalidierung der Annahme gemeinsamer richtiger Welt“.<sup>294</sup> Daher ist Anders zuzustimmen, dass das Strafverfahren durch das „im Anerkennungsverhältnis enthalten[e] Ziel gemeinsamer Richtigkeitserfahrung“<sup>295</sup> charakterisiert ist.

Mithin verlangt ein expressives Strafverständnis aufbauend auf den von mir vorgestellten Unrechtsbegriff, dass das Strafverfahren als ein Prozess ausgestaltet wird, der den Angeklagten aktiv einbindet. So wie die Strafe – im Falle des erwiesenen Rechtsbruchs – einen inkludierenden Appell an den Täter als rationales und verantwortliches Rechtssubjekt richtet, so muss das Strafverfahren – will es eine solche Strafsanktion ermöglichen – den Angeklagten auffordern, sich auf die gemeinsame Untersuchung und Beurteilung der vorgeworfenen Straftat einzulassen und *idealerweise* daran auch mitzuwirken. Letzteres kann vom Angeklagten freilich nicht erzwungen werden, was

---

<sup>290</sup> Auf die Einstellungsmöglichkeiten in der Hauptverhandlung (etwa nach §§ 153, 153a oder 206a StPO) gehe ich hier nicht ein, da es in diesen Fällen ja gerade an einer förmlichen Feststellung des (Nicht-)Vorliegens einer schuldhaften Unrechtsverwirklichung und damit Anerkennungsverletzung fehlt und sich insoweit aus Letzterem keine Folgerungen ableiten lassen.

<sup>291</sup> Vgl. dazu auch unten S. 300 ff.

<sup>292</sup> Anders' materieller Unrechtsbegriff gründet sich ebenso wie bei den oben S. 77 ff. genannten Autoren und Autorinnen auf die Verletzung eines vorpositiv begründeten Anerkennungsverhältnisses.

<sup>293</sup> Vgl. Anders 1998, S. 204 f.

<sup>294</sup> Anders 1998, S. 210. „Die Wechselseitigkeit des auch im Strafprozeß fortbestehenden Anerkennungsverhältnisses“ begründe „die Notwendigkeit des wechselseitigen Austausches“ im Strafverfahren (ebd., S. 209), weshalb Anders für ein Recht zur autonomen Beweispräsentation argumentiert, wie es die § 245 StPO a.F. bis 1979 vorsah, vgl. ebd., S. 205 ff. und dazu bereits oben S. 271.

<sup>295</sup> Anders, ZStW 2012, S. 374, 407.

seinen Ausdruck etwa im *nemo tenetur*-Grundsatz und dem Schweigerecht des Angeklagten findet. Jedoch sind diese Restriktion nicht dem Strafverfahren als Anerkennungsverhältnis inhärent,<sup>296</sup> sondern müssen eine außerhalb der rechtlich vermittelten Anerkennungsbeziehung liegende Begründung haben. Soweit nämlich das Strafverfahren die (behauptete) Verletzung rechtlich-vermittelter Anerkennung zum Gegenstand hat, können der Verletzte und die Rechtsgemeinschaft vom Angeklagten erwarten (darin besteht ja gerade die Anspruchsqualität rechtlich vermittelter Anerkennung), dass dieser an der Wiederherstellung eines intakten Anerkennungsverhältnisses mitwirkt. Und gleichzeitig erkennt man ihn hierdurch ja gerade erst als normativ-kompetentes und verantwortliches Rechtssubjekt, das sich für sein Verhalten verantworten kann, an.<sup>297</sup>

### c) Prozessbeteiligung als assertorische Statusbehauptung

Was ich soeben ausgehend vom hier dargestellten Strafverständnis für den Angeklagten aufgezeigt habe, findet seine tieferliegende Rechtfertigung jedoch eigentlich im zugrundeliegenden Unrechtsverständnis, genauer der zweitpersonalen Struktur einer rechtlichen Statusverletzung: Nicht nur der Angeklagte, sondern alle Prozessbeteiligten sind aufgefordert, sich im Strafverfahren auf die gemeinsame Untersuchung und Beurteilung der vorgeworfenen Straftat einzulassen. Hierin besteht ja gerade die Ergebnisoffenheit des

<sup>296</sup> So aber *Rösinger* 2019, S. 195 f., nach der der Beschuldigte, dessen Status als „gleichberechtigtes Glied im Anerkennungsverhältnis“ durch das Strafverfahren in Frage gestellt worden sei, „sich deswegen von dem Projekt der Strafverfolgung distanzieren und seinerseits die Anerkennung dieses gesamten Projekts [...] verweigern“, ja sogar „gegen die strafverfolgende Tätigkeit des Staates kämpfen [darf]“. Eine im Anerkennungskonzept liegende Restriktion der Mitwirkungspflicht bejaht auch schon *Freier*, ZStW 2010, S. 117, 137, nach dem der Beschuldigte den anderen Rechtssubjekten „in einer diese Teilhabe [sc. am gemeinsamen rechtlich konstituierten Anerkennungsverhältnis] infrage stellenden Weise gegenüber[tritt] und [...] in seiner Anerkennung durch Tatverdacht, Tatvorwurf und drohende Rechtsstatusminderung fundamental infrage gestellt [wird]“. Vgl. mit Ansätzen in diese Richtung wohl auch schon *Anders* 1998, S. 206.

<sup>297</sup> Vgl. dazu schon oben S. 150 f. und – obgleich auf Strafe bezogen – S. 230 ff. Vgl. auch meine kritische Auseinandersetzung mit dem vorgenannten Ansatz *Rösingers* in *P.-A. Hirsch*, ZIS 2020, S. 589, 592 f. Ähnlich, wenngleich nicht auf Anerkennung abstellend, argumentiert *H.-L. Günther*, GA 1978, S. 193, 197 f., wenn er die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG darin sieht, dass vom Beschuldigten „erwartet wird, daß er kraft seines Personseins für die Folgen menschlichen Versagens einsteht“. Auch *Duff* 1991, S. 134 spricht von einer moralischen (wenn auch nicht rechtlichen) Mitwirkungspflicht („moral duty to play her full part“): „We can expect and require the defendant to play her full part in her trial, as one who is called to answer for her actions.“

Strafverfahrens, da unklar ist, ob es tatsächlich zu einer Statusverletzung gekommen ist oder nicht. Dass sich die Prozessbeteiligten diese Mitwirkung an der Wiederherstellung rechtlich vermittelter Anerkennung wechselseitig schulden, findet dabei seine Begründung letztlich darin, dass rechtlich vermittelte Anerkennung zweitpersonalen Charakter hat.

Wie in Kapitel C. ausgeführt, bezieht sich rechtliche Anerkennung auf einen autoritativen Status, dessen Anerkennung man vom rechenschaftspflichtigen Gegenüber verlangen kann. Und spiegelbildlich verlangt gelingende Anerkennung die Einsicht des Anerkennenden, dass sich der andere in diesem Status anerkannt wissen will und hierauf einen Anspruch hat. Essentiell hierfür ist der zweitpersonale Kommunikationsakt einer *second-personal address*, wonach es dem Sprecher wesentlich auch darauf ankommt, der angesprochenen Person mitzuteilen, dass *gerade er* sich an sie wendet.<sup>298</sup> Im spezifischen Fall subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung wurde dies als „assertorische Beanspruchung“ von Rechten identifiziert: Mit dieser wird vom rechenschaftspflichtigen Rechtsadressaten die Anerkennung eines autoritativen Rechtsstatus eingefordert, was durch einen zweitpersonalen Kommunikationsakt erfolgt, der herausstellt, dass man dem Rechtsadressaten mit praktischer Autorität gegenübertritt.<sup>299</sup>

Insoweit auch Kriminalunrecht die Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter und damit zweitpersonaler Anerkennungsansprüche zum Gegenstand hat,<sup>300</sup> lässt sich dies auf das Strafverfahren übertragen: Danach können die Prozessbeteiligten der Hauptverhandlung rechtlich geschuldete Anerkennung voneinander zweitpersonal einfordern. Allein besteht die Besonderheit der Verfahrenssituation darin, dass im Strafverfahren konfligierende Anerkennungsansprüche aufeinandertreffen können und bis zum rechtskräftigen Urteil unklar ist, welcher dieser Ansprüche tatsächlich verletzt wurde. Danach behauptet etwa der Angeklagte, der auf seiner Unschuld beharrt, in seinem Status als rechtstreuer Bürger missachtet zu werden, und fordert die Bestätigung und Anerkennung dieses Status durch Freispruch. Und wenn die Staatsanwaltschaft gleichwohl auf Verurteilung anträgt, liegt darin die Behauptung,

---

<sup>298</sup> Vgl. oben S. 143 ff., insb. S. 148 ff.

<sup>299</sup> Subjektive Rechte vermitteln Anerkennung, indem sie dem Rechtsinhaber einen besonderen Status zuschreiben, den der Rechtsadressat handlungsleitend berücksichtigen muss. Da Anerkennung des Status als Rechtsinhaber ein Annex der besonderen Normativität subjektiver Rechte ist, teilt sie auch deren Anspruchscharakter (vgl. zum Anspruchscharakter subjektiver Rechte oben S. 36 ff.) und kann aktiv eingefordert werden. Dies habe ich als „assertorische Beanspruchung“ subjektiver Rechte bezeichnet, welche darin besteht, vom Rechtsadressaten Anerkennung der eigenen Autorität einzufordern, also der Tatsache, dass man ihn als Berechtigter adressiert. Vgl. oben S. 156 ff., insb. S. 167 ff.

<sup>300</sup> Vgl. oben S. 179 ff. und 186 ff.

der Angeklagte habe das rechtliche Anerkennungsverhältnis verletzt, sowie die Forderung, den Angeklagten durch Schuldspruch zur Wiedereingliederung in das Verhältnis gegenseitiger rechtlicher Anerkennung aufzufordern. Gemeinsames Ziel ist die Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung, unklar ist jedoch, auf welchem Weg dies erfolgen soll, d. h. wer rechtlich geschuldete Anerkennung tatsächlich verweigert und nun erneut zu leisten hat. Erst durch das rechtskräftige Urteil wird durch Frei- oder Schuldspruch allgemeinverbindlich festgestellt, welcher der konfligierenden Anerkennungsansprüche tatsächlich (durch die Straftat bzw. durch die unberechtigte Verfahrenseinleitung) verletzt ist. Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung widerfährt den Prozessbeteiligten also nicht als etwas bloß Äußerliches, das durch Beendigung des Verfahrens (gleich ob durch Frei- oder Schuldspruch) auf einmal da ist.<sup>301</sup> Vielmehr ist Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung ein Prozess, bei dem sich die Beteiligten der Anerkennungsbeziehung unter der Bedingung der Ergebnisoffenheit des Ausgangs wechselseitig dazu aufordern, die ihnen geschuldete Anerkennung zu leisten.<sup>302</sup>

Diese Anerkennungsansprüche sind – und hierin besteht ein Unterschied gegenüber vorpositiv begründeten anerkennungstheoretischen Ansätzen – positiv-rechtlich fundiert. Beispielsweise findet der Anspruch des Verletzten

---

<sup>301</sup> Dies scheint mir ein Stück weit das hegelianische Bild zu sein. Denn bei Hegel besteht das Verbrechen darin, dass „das Recht als Recht verletzt“ wird (*Hegel* 1820 (1955), § 95), und findet seinen Fluchtpunkt somit in der Verletzung einer institutionalisierten Anerkennungsbeziehung (vgl. dazu oben S. 181 mit Fn. 181). Ausschließlich aus dem Grund, dass das Verbrechen die allgemeine Geltung des Rechts selbst in Frage stellt und zu einem Anerkennungsverlust *des Rechts* führt, kann auch die Strafe unmittelbar die „Wiederherstellung des Rechts“ (ebd., § 99) bewirken. Strafe stellt allgemeine Rechtsgeltung her, weshalb auch bei der Strafdurchsetzung als „Recht gegen das Verbrechen [...] [s]tatt der verletzten Partei [...] das verletzte *Allgemeine* auftritt), das im Gerichte eigentümliche Wirklichkeit hat, und [...] Verfolgung und Ahndung des Verbrechens [übernimmt]“ (ebd., § 220). Auch einige der vorgenannten Autorinnen und Autoren teilen dieses Verständnis zu einem gewissen Grad, wenn das Nebeneinander von Verletzung des „besondere[n] Dasein[s] der Freiheit einer anderen Person“ und der „darin gesetzte[n] interpersonale[n] Geltungsgemeinheit“ (*Köhler*: FS Lackner, 1987, S. 17) betont wird; vgl. im Ergebnis ebenso *Zaczyk* 1989, S. 181 ff. und 200 f. und dies aufgreifend *Gierhake* 2013, S. 253 ff. sowie deutlich stärker bei *Pawlik* 2004, S. 75 ff., insb. 82 ff. und *Kubiciel* 2013, S. 164 ff. (vgl. auch oben S. 188, Fn. 198).

<sup>302</sup> Die Frage, inwiefern ein solches Verständnis der Prozessbeteiligung als assertorische Statusbehauptung die prozessuale Rechtsstellung der Prozessbeteiligten verändert und das Strafverfahren einem Parteiprozess ein Stück weit annähert, muss ich an dieser Stelle unbeantwortet lassen. Jedenfalls wirft das hier entwickelte Verständnis der Straftat als Rechtsverletzung im intersubjektiven Verhältnis von Täter und Opfer und *zugleich* im Subordinationsverhältnis von Staat und Täter diese Frage auf, vgl. insoweit instruktiv zum Verhältnis von materiell-rechtlichem Strafrechtsverhältnis und Ausgestaltung des Strafverfahrens *Haas* 2008b, S. 37 ff.



auf Teilhabe im Strafverfahren seine materielle Rechtfertigung – wie soeben gezeigt –<sup>303</sup> im positiven Recht, weil die strafbewehrte Verhaltenspflichtverletzung den Charakter einer subjektiven Rechtsverletzung hat. Besteht nun das Kriminalunrecht gerade in einer Statusverletzung, d. h. in der Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung,<sup>304</sup> so gründet sich auch der Anerkennungsanspruch des Verletzten, der (mit dem Tatvorwurf, im Status als Rechtsinhaber missachtet worden zu sein) als Privat- oder Nebenkläger auftritt, auf sein positiv-rechtlich konstituiertes subjektives Recht. Wohlge-merkt: Der Rechtsanspruch auf Anerkennung als autoritatives Rechtssubjekt präsupponiert dabei nicht die Schuld des Angeklagten. Er wie auch der Rechtsstatus selbst sind der Straftat vorgelagert, da ja auch die deontische Kontrolle einer strafbewehrten Verhaltenspflicht von der Pflichtverletzung unabhängig ist. Sowohl die Unschuldsvermutung als auch die das Strafver-fahren kennzeichnende Unsicherheit beziehen sich auf die Verletzung eines Rechtsstatus, nicht auf den Status selbst.

Doch auch die anerkennungstheoretische Dimension der Verfahrensbetei-ligung der Staatsanwaltschaft als Vertreterin der öffentlichen Anklage ist positiv-rechtlich begründet. Denn diese beruht – wie in Kapitel C. gezeigt – darauf, dass mit Blick auf eine etwaige Verhaltensnormverletzung jedes Mit-glied der Rechtsgemeinschaft in positiv-rechtlich fundierten Anerkennungs-ansprüchen verletzt sein kann, die die öffentliche Klage der Staatsanwalt-schaft lediglich bündelt.<sup>305</sup> Und schließlich sind auch die Anerkennungs-ansprüche des Angeklagten positiv-rechtlich fundiert. Denn der seine Verfahrensstellung kennzeichnende Rechtsstatus besteht darin, bis zum Be-weis der Schuld als unschuldig zu gelten, und gründet sich mithin in der Unschuldsvermutung. Begründung und normativer Aussagegehalt der in Art. 6 Abs. 2 EMRK und in Art. 48 Abs. 1 GRCh im Rang eines Bundesge-setzes normierten und darüber hinaus als Ausprägung des Rechtsstaatsprin-zips verfassungsrechtlich verankerten<sup>306</sup> Unschuldsvermutung sind umstrit-ten und können hier nicht einer umfassenden Behandlung zugeführt wer-

<sup>303</sup> Vgl. soeben S. 250 ff.

<sup>304</sup> Da der Adressat einer strafbewehrten Verhaltenspflicht die besondere Autorität des diese Verhaltenspflicht kontrollierenden Rechtsinhabers missachtet, vgl. oben S. 179 ff.

<sup>305</sup> Weil sich aus Verhaltensnormen auf Grund ihrer nomologischen Struktur sub-jektive Berechtigungen potenziell für jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft ergeben können, kann jedes Mitglied die allgemeine Normgeltung beanspruchen, worauf sich der Anspruch eines jeden Mitglieds der Rechtsgemeinschaft auf Anerkennung seiner überindividuellen Autorität als Rechtssubjekt stützt. Diese Ansprüche macht die Staatsanwaltschaft stellvertretend geltend. Vgl. oben S. 184 ff.

<sup>306</sup> Vgl. nur m. w. N. *Staudinger* 2015, S. 42 ff.; *KK-StPO-Fischer*, Einleitung Rn. 135; *MüKo-StPO-Kudlich*, Einleitung Rn. 203 und *BVerfG*, *BVerfGE* 82, 106.



den.<sup>307</sup> Maßgeblich ist mit Blick auf das Prozessrechtsverhältnis als Anerkennungsverhältnis allein, dass die Unschuldsvermutung dem Angeklagten einen Status zuweist. Denn der Staat tritt hierdurch – wie Lesch treffend formuliert – dem

„[...] Beschuldigten, der eben keine Schuld *hat* – also unschuldig *ist!* – und allenfalls – vielleicht, vielleicht aber auch nicht! – einmal Schuld haben wird, im Strafverfahren nicht etwa in einer *durch die Existenz von Schuld begründeten Sonderrolle*, sondern in der *durch die Existenz von Unschuld definierten allgemeinen Rolle als Bürger* gegenüber.“<sup>308</sup>

*Qua* Unschuldsvermutung setzt<sup>309</sup> das Strafverfahren den Angeklagten als unbescholtenen Bürger, der als solcher den ungeschmäleren Status als Rechtssubjekt und damit als gleichberechtigtes Mitglied der Rechtsgemeinschaft hat.<sup>310</sup> Hat der Beschuldigte bis zur Feststellung seiner Schuld das subjektive Recht<sup>311</sup>, als unschuldig zu gelten, so kann er die Anerkennung dieses Status einfordern.

<sup>307</sup> Vgl. dazu monographisch zuletzt *Staudinger* 2015 sowie die umfassende Darstellung der Debatte bei *Stuckenberg* 1998; konzis *Stuckenberg*, ZStW 1999, S. 422 ff.

<sup>308</sup> *Lesch*, JR 2005, S. 302, 302.

<sup>309</sup> Die Unschuldsvermutung bedeutet „nicht, dass StA und Gericht nur so tun, als sei der Angeklagte gar nicht der Täter: Vielmehr ist die Vermutung seiner Unschuld bis zum Urteil *zwingend*, da erst das Urteil seine Schuld rechtsverbindlich feststellt“ (*Zaczyk*, StV 1993, S. 490, 492). Setzung lässt sich dabei als Vermutung der „formellen Unschuld“ begreifen, wonach Schuld erst vorliegt, wenn diese „verfahrensmäßig festgestellt ist“ (*Stuckenberg*, ZStW 1999, S. 422, 447). Setzung lässt sich aber auch im Sinne einer Unschuldsvermutung in materieller Hinsicht (d. h. „des Nichvorliegen[s] einer realen Straftat“ (*Stuckenberg*, GA 2001, S. 583, 586) interpretieren.

<sup>310</sup> Diesen statusaffirmierenden Gehalt der Unschuldsvermutung betonen – freilich mit anderer Begründung – etwa auch *Kahlo*, KritV 1997, S. 183, 201 f. *Schulz* 2001, S. 475 ff.; *Kleszczewski*, ZStW 2011, S. 737, 759 und *Rösinger* 2019, S. 158 ff. und 193 ff.

<sup>311</sup> Ganz überwiegend wird die Unschuldsvermutung als subjektives Recht des Beschuldigten qualifiziert, vgl. m. w. N. nur KK-StPO-*Fischer*, Einleitung Rn. 135; SK-StPO-*Rogall*, Vor § 133 Rn. 74; *Pfeiffer*, FS Geiß, 2000, S. 148; *Kahlo*, KritV 1997, S. 183, 201 f.; im Zusammenhang mit dem Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK BVerfG, BVerfGE 74, 358, 371 sowie *Gaede* 2010, S. 228 ff., 406, nach dem sie zum Teilhaberahmen der Verteidigungsrechte gehört. Auch wenn man die Unschuldsvermutung vordringlich auf den Schutz des Verfahrens selbst bezieht und als „Verbot der Desavouierung des Verfahrens“ begreift (vgl. *Stuckenberg* 1998, S. 530; hierzu insg. eingehend ebd., S. 519 ff.), schützt sie – entgegen anderslautender Kritik (*Schulz*, GA 2001, S. 226, 238 f.) – „mittelbar den Einzelnen“, der „ihre Einhaltung *als subjektives Recht geltend machen kann*“ (*Stuckenberg*, GA 2001, S. 583, 593 f.). Gleich ob man also den subjektiv-rechtlichen Gehalt der Unschuldsvermutung nun unmittelbar oder mittelbar begreift, so begründet sie *als* subjektives Recht nach hiesigem Verständnis (vgl. oben S. 156 ff.) einen Anerkennungsanspruch.

All diese Anerkennungsansprüche sind jedoch nicht nur Ausdruck eines positiv-rechtlich fundierten zweitpersonalen Anerkennungsverhältnisses. Sie gehen auch mit der Befugnis einher, die Anerkennung des eigenen Rechtsstatus vom jeweiligen Gegenüber, das diesen Status mutmaßlich (unberechtigt) infrage stellt oder gestellt hat, zweitpersonal einzufordern (hierin besteht ja gerade die Anspruchsqualität<sup>312</sup>): Hiermit ist zum einen die Forderung nach einer autonomen Verfahrensstellung der Prozessbeteiligten verbunden, da es ihnen möglich sein muss, im Prozess die Berechtigung des je eigenen Anerkennungsanspruchs selbst zu untermauern. Daher ist – ungeachtet meines Dissenses in der Begründungsfrage rechtlicher Anerkennung – Anders zuzustimmen, dass ein durch „gleichursprünglich wechselseitig[e] Handlung zwischen Gemeinschaft und dem Einzelnen [...] fortbestehende[s] und zu revalidierende[s] gegenseitige[s] Anerkennungsverhältnis“ aktive Verfahrens- und Teilhaberechte von Angeklagtem und Nebenklägern verlangt.<sup>313</sup> Prozessautonomie als Ausdruck eines strafprozessualen Anerkennungsverhältnisses zu begreifen, trägt für sich genommen jedoch noch nicht dem Umstand Rechnung, dass Anerkennungsansprüche zweitpersonal geltend gemacht werden können.<sup>314</sup> Denn die Zweitpersonalität von Anerkennung äußert sich ja gerade darin, dem zur Anerkennung Verpflichteten mitzuteilen, dass *gerade der Berechtigte* Anerkennung seines Status verlangt. Der Strafprozess als zweitpersonales Anerkennungsverhältnis muss es also den Prozessbeteiligten zum anderen auch ermöglichen, rechtlich vermittelte Anerkennungsansprüche zweitpersonal zu adressieren und ist in diesem Sinne wesentlich konfrontativ. Dies möchte ich anhand des Anwesenheitsprinzips in der Hauptverhandlung, konkret anhand des Anwesenheitsrechts und der Anwesenheitspflicht des Angeklagten, verdeutlichen.

#### d) Das Anwesenheitsrecht des Angeklagten

Das Recht zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung findet – obgleich nicht ausdrücklich in der StPO normiert – nach herrschender Auffassung seine Rechtfertigung als Ausdruck des Gehörsrechts sowie des Rechts auf ein faires Verfahren, wie sie in EMRK und im IPBPR und insbesondere verfassungsrechtlich niedergelegt sind.<sup>315</sup> Danach gründet es sich im Wesentlichen

<sup>312</sup> Vgl. dazu eingehend oben S. 167 ff.

<sup>313</sup> Vgl. Anders 1998, S. 205 ff. und Anders, ZStW 2012, S. 374, 405 ff. und dazu bereits oben S. 270.

<sup>314</sup> Autonom (d.h. durch Wahrnehmung von Verfahrensrechten) agieren können die Verfahrensbeteiligten auch dann, wenn sie untereinander nicht interagieren.

<sup>315</sup> Vgl. statt vieler nur BGH, BGHSt 3, 187, 190; BGHSt 19, 144, 147; BGHSt 26, 84, 90; BGHSt 55, 87 ff. sowie BVerfG, BVerfGE 41, 246, 249; BVerfGE 54,

auf das Grundrecht auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG.<sup>316</sup> Denn es ermöglicht dem Angeklagten *qua* Anwesenheit zu jeder Zeit die kommunikative Teilhabe am Verfahren.<sup>317</sup> Das Gehörsrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG konkretisiert seinerseits als grundrechtsgleiches subjektives Prozessgrundrecht<sup>318</sup> den Menschenwürdegrundsatz für das gerichtliche Verfahren, weil es den Anspruch begründet, nicht bloß Objekt richterlicher Entscheidung zu sein, sondern auch als Prozesssubjekt das Verfahren mitzugestalten.<sup>319</sup> Allerdings folgt aus Art. 103 Abs. 1 GG kein Anspruch auf Mündlichkeit der Stellungnahme.<sup>320</sup> Ist aber ein Verfahren – wie das Strafverfahren – vom Mündlichkeitsgrundsatz geprägt, ist die Stellungnahme jedoch in der Regel in dieser Form einzuräumen.<sup>321</sup> Flankierend<sup>322</sup> wird das Anwesenheitsrecht

100, 116 sowie Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 230 Rn. 4 und Rieß, JZ 1975, S. 265, 266 jeweils m. w. N.

<sup>316</sup> Das Gehörsrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG beinhaltet nach allgemeiner Auffassung inhaltlich drei Gewährleistungen: das Recht auf Information, das Recht zur Stellungnahme sowie die gerichtliche Verpflichtung zur Berücksichtigung. Vgl. dazu im Einzelnen und m. w. N. nur T. Jäger 2005, S. 114 ff. und Neuhaus 2000, S. 40 ff. sowie aus der Rechtsprechung BGH, BGHSt 44, 153 ff.; BGHSt 48, 221 ff.; BGHSt 11, 88, 91; NJW 1988, 501 f.; einschränkend aber BVerfG, BVerfGE 49, 329, 342; BVerfGE 57, 346, 358.

<sup>317</sup> Vgl. T. Jäger 2005, S. 109 f.

<sup>318</sup> Verfassungssystematisch ist es überdies ein „objektivrechtliches Verfahrensprinzip und für ein rechtsstaatliches Verfahren schlechthin konstitutiv“ (BVerfG, BVerfGE 107, 395, 408). In dieser Eigenschaft bedingt es gesicherte und faire Standards für Zugang zu und Ablauf von Gerichtsverfahren, was – inhaltlich vom Gehörsrecht nicht trennscharf abgrenzbar – auch aus dem *fair trial*-Grundsatz, dem Justizgewährungsanspruch sowie den Garantien nach Maßgabe von Art. 19 Abs. 4 und 20 Abs. 3 GG folgt. Vgl. hierzu m. w. N. im Einzelnen Sachs-GG-Degenhart, Art. 103 Rn. 2 ff.

<sup>319</sup> Vgl. nur BVerfG, BVerfGE 9, 89, 95; BVerfGE 84, 188, 190 und BVerfGE 86, 133, 144. Vgl. auch T. Jäger 2005, S. 112 f. m. w. N.

<sup>320</sup> So die ständige Rspr. des BVerfG aber auch des BGH in Strafsachen, vgl. nur BVerfG, BVerfGE 9, 89, 95 ff.; BVerfGE 81, 123, 129 f.; NJW 2014, 2563; BGH, wistra 2016, 452 und NStZ 2016, 179.

<sup>321</sup> So wird etwa dem Stellungnahmerecht in der StPO dadurch Rechnung getragen, dass sich der Angeklagte gem. § 243 Abs. 5 S. 1 StPO zum Anklagevorwurf sowie zur Sache mündlich äußern kann, sich gem. § 257 Abs. 1 StPO nach jeder Vernehmung eines Mitangeklagten sowie nach jeder einzelnen Beweiserhebung erklären kann sowie nach jedem gerichtlich erteilten Hinweis gem. § 265 Abs. 1 a. E. StPO die Gelegenheit zur Verteidigung bekommen muss. Bei all diesen Bestimmungen handelt sich jedoch um eine nach Maßgabe des Mündlichkeitsgrundsatzes ausgestaltete einfachgesetzliche Regelung des Gehörsrechts. Der Mündlichkeitsgrundsatz selbst ist mit Blick hierauf jedoch kein Verfassungsgrundsatz, sondern lediglich strafverfahrensrechtliche Prozessmaxime (vgl. zu Letzterem nur BVerfG, BVerfGE 15, 303, 307; BVerfGE 25, 352, 357; BVerfGE 57, 250, 273). In jedem Fall reicht die Wahrnehmung des Äußerungsrechtes durch einen Anwalt aus, um den Vorgaben des Art. 103

auf das Recht auf ein faires Verfahren bzw. den *fair trial*-Grundsatz gestützt.<sup>323</sup> Zudem findet sich in Art. 14 Abs. 1, 3 lit. d) IPBPR eine explizite und in Art. 6 Abs. 1, 3 lit. c) und e) EMRK eine implizite<sup>324</sup> Normierung des Anwesenheitsrechts, welche allerdings im Rang einfachen und damit vorbehaltlos einschränkbar Bundesrechts stehen.<sup>325</sup>

Aus Sicht des hier vorgestellten Ansatzes findet das Anwesenheitsrecht seine Rechtfertigung – was vorstehender Begründung nicht widerspricht – zudem darin, dass es dem Angeklagten ermöglicht, durch unmittelbare Verhandlungsteilnahme seinen Rechtsstatus zweitpersonal zu behaupten. Die Befugnis hierzu fußt in der verfassungsrechtlich verankerten Unschuldsvermutung, soweit diese subjektiv-rechtlichen Charakter hat und dem Angeklagten trotz des im Raum stehenden Tatvorwurfs einen ungeschmäleren Status als gleiches Rechtssubjekt zuweist,<sup>326</sup> dessen Anerkennung dieser einfordern kann. Kurz: Anwesenheit ist Ausdruck des durch die Unschuldsvermutung verbürgten Rechts zur Statusbehauptung. Damit müssen sich Einschränkungen

---

Abs. 1 GG zu genügen, vgl. BVerfGE 7, 327, 329; BVerfGE 81, 123, 126 sowie zum Schlusswort des Angeklagten BVerfGE 54, 140, 141.

<sup>322</sup> Angesichts des das Anwesenheitsrecht wesentlich tragenden Gehörsrechts hat das Recht auf ein faires Verfahren keine selbstständige Bedeutung. Eine solche erlangt es nur mit Blick auf jene Teilaspekte eines Verfahrens, die keinem der speziellen Verfahrensgrundrechte wie dem Gehörsrecht zugeordnet werden können. Vgl. auch Sachs-GG-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 3; *T. Jäger* 2005, S. 128 und *Neuhaus* 2000, S. 48. Dies ist etwa beim Recht auf eine wirksame Verteidigung oder der Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten der Fall, vgl. dazu eingehend und m.w.N. Sachs-GG-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 43 ff.

<sup>323</sup> Hierauf hebt insbesondere das BVerfG ab, vgl. etwa BVerfG, BVerfGE 41, 246, 249 und BVerfGE 54, 100, 116. Auch hierbei handelt es sich gleichzeitig um ein allgemeines Prozessgrundrecht wie auch um ein objektives Verfahrensprinzip, welches sich aus dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG i. V.m. Art. 2 Abs. 1 GG ergibt und im Rahmen der Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG einfachgesetzlicher Ausgestaltung bedarf. Vgl. zu den einzelnen Facetten dieser prozessrechtlichen Generalklausel m.w.N. Sachs-GG-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 3 und 42 f.

<sup>324</sup> Eine Verteidigung i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK ist dem Angeklagten nur dann selbst möglich, wenn er auch das Recht zur Anwesenheit in der Verhandlung hat. Gleiches gilt mit Blick auf das Recht zur Hinzuziehung eines Dolmetschers für mündliches Vorbringen in der Verhandlung i.S.v. Art. 6 Abs. 3 lit. e) EMRK. Vgl. m.w.N. auch *T. Jäger* 2005, S. 34 ff.

<sup>325</sup> Beschränkungen ergeben sich allein aus dem Gebot, die Verfassung und auch das einfache Recht völkerrechtskonform auszulegen, sodass bei einem Verstoß gegen Gewährleistungen der EMRK ein Verstoß gegen die Grundrechte i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip in Betracht kommen kann, vgl. *Böse*. FS Paeffgen, 2015, S. 575 f.; BeckOK-StPO-*Valerius*, Art. 1 EMRK Rn. 2 und 4 ff. Jedenfalls stehe die Ausgestaltung des Anwesenheitsrechtes in der StPO nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen der EMRK und des IPBPR, vgl. dazu im Einzelnen *T. Jäger* 2005, S. 38 ff.

<sup>326</sup> Vgl. oben S. 279.

gen des Anwesenheitsrechts meines Erachtens auch an diesem Maßstab messen lassen.

Nimmt man die in der StPO vorgesehenen Einschränkungen des Anwesenheitsrechts in den Blick, so sind allein die Fälle einer Abwesenheitsverhandlung rechtfertigungsbedürftig, in denen der Angeklagte kein oder kein vollumfängliches Recht mehr zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung hat. Dies betrifft insb. §§ 231b<sup>327</sup> und 247<sup>328</sup> StPO sowie meines Erachtens<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> § 231b StPO ermöglicht die Fortführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten und dient dabei (wie auch §§ 231 Abs. 2, 231a StPO) der Justizgewährung, d.h. sie soll den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf gegen ein ordnungswidriges Benehmen des Angeklagten absichern. Vgl. nur *T. Jäger* 2005, S. 78; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 231b Rn. 1 und 6. Entsprechend setzt § 231b StPO zunächst voraus, dass der Angeklagte nach § 177 GVG wegen ordnungswidrigen Benehmens aus dem Sitzungssaal entfernt bzw. zur Ordnungshaft abgeführt worden ist. Dabei sanktioniert § 231b StPO jedoch nicht den begangenen Ordnungsverstoß des Angeklagten als repressiv wirkende Prozessstrafe, vgl. *Rieß*, JZ 1975, S. 265, 271; *Röhmel*, JA 1976, S. 663, 664 und *H. J. Vogel*, NJW 1978, S. 1217, 1225.

<sup>328</sup> § 247 StPO schränkt Anwesenheitspflicht und Anwesenheitsrecht im Interesse der Sachverhaltsermittlung (Satz 1), des Schutzes (minderjähriger) Zeugen (Satz 2) sowie des Schutzes des Angeklagten selbst (Satz 3) ein und erlaubt in diesen Fällen, den Angeklagten während einer Vernehmung eines Zeugen oder Mitangeklagten aus dem Sitzungszimmer zu entfernen. Hierüber entscheidet das Gericht durch Beschluss jeweils nach pflichtgemäßem Ermessen. Doch obgleich die Vorschrift als Ausnahmetatbestand eng auszulegen ist, ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 247 StPO das gerichtliche Ermessen auf eine Entfernung des Angeklagten hin intendiert. Vgl. BGH, BGHSt 55, 87 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 247 Rn. 1. Kommt § 247 StPO zur Anwendung ist eine Videoübertragung der Zeugenvernehmung zum ausgeschlossenen Angeklagten gesetzlich nicht vorgesehen, aber möglich und im Interesse einer größtmöglichen Wahrung der Verfahrensteilnahme des Angeklagten zu empfehlen, vgl. BGH, NSTZ 2002, 384 f.; *Beulke*, ZStW 2001, S. 709, 720; *Gemmeren*, NSTZ 2001, S. 262, 263. Aus letzterem Grund ist auch bei Vorliegen der Voraussetzungen einer audiovisuellen Vernehmung von Zeugen nach § 247a StPO gegenüber einem Vorgehen nach § 247 StPO grundsätzlich der Vorzug zu geben, vgl. BT-Drucks 15/1976 S. 12; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 247a Rn. 4. Vgl. dazu auch unten Fn. 421.

<sup>329</sup> §§ 231b und 247 StPO beschränken unstreitig das Anwesenheitsrecht wegen Störung bzw. Beeinträchtigung der Hauptverhandlung. Anders verhält es sich nach h.M. nominell bei § 231a StPO, der das Anwesenheitsrecht des Angeklagten grundsätzlich fortbestehen lasse, so er denn der Verhandlung folgen könne und äußerungsfähig sei (vgl. zur Verhandlungsfähigkeit unten S. 305 m.w.N.). Dabei setzen Rspr. und h.L. – da sie Verhandlungsunfähigkeit als Zustand der Abwesenheit i.S.d. §§ 230 ff. StPO begreifen, vgl. dazu zurecht kritisch und m.w.N. SK-StPO-Deiters, § 230 Rn. 7 ff. – die Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit einem freiwilligen Ausbleiben gleich und begreifen § 231a StPO daher lediglich als Ergänzung des § 231 Abs. 2 StPO für den Fall, dass der Angeklagte noch nicht zur Sache vernommen worden ist, vgl. BGH, NJW 1981, 1052 f.; BGHSt 37, 249, 254; *Rieß*, JZ 1975, S. 265, 269; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 231a Rn. 1; jedoch kritisch erneut SK-StPO-Deiters, § 231a Rn. 7 ff. Allerdings kann meines Erachtens von einem fortbeste-

§ 231a<sup>330</sup> StPO.<sup>331</sup> Der gängigen Begründung des Anwesenheitsrechts folgend, hängt die Zulässigkeit dieser Ausnahmetatbestände letztlich<sup>332</sup> an der Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 1 GG als schrankenlosem grundrechtsgleichen Recht. Das Gehörsrecht bedarf jedoch selbst der einfachgesetzlichen Ausgestaltung nach Maßgabe des jeweiligen Prozessrechts, da es Regeln über die Art und Weise seiner Ausübung bedingt.<sup>333</sup> Zudem unterliegt es verfassungsimmanenten Schranken,<sup>334</sup> konkret die aus dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG entspringende Justizgewährungspflicht und die damit zusammenhängende Funktionsfähigkeit der Rechtspflege. Ferner können mit Blick auf Art. 1 Abs. 1, 3 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Menschenwürde und die körperliche Unversehrtheit der Verfahrensbeteiligten sowie die staatliche Schutzpflicht für die Ehre anderer Beteiligter oder Dritter Ein-

---

henden Anwesenheitsrecht nur gesprochen werden, wenn die Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten nicht gänzlich entfallen ist. Bei vollständiger und durchgehender Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten kommt somit § 231a StPO im Ergebnis doch einer Aufhebung des Anwesenheitsrechts gleich. Vgl. für einen gänzlichen Ausschluss des Anwesenheitsrechts argumentierend *Warda*. FS Bruns, 1978, S. 447 f.; anders jedoch BGH, BGHSt 26, 228, 234 mit krit. Anm. von *Grünwald*, JZ 1976, S. 767, 770 f.

<sup>330</sup> § 231a StPO ermöglicht die Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten, wenn sich dieser vorsätzlich und schuldhaft in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt hat, dadurch wesentlich die ordnungsgemäße Durchführung bzw. Fortsetzung der Hauptverhandlung verhindert und das Gericht seine Anwesenheit nicht für unerlässlich hält. Die Vorschrift dient der Justizgewährung und lässt die Abwesenheitsverhandlung zu, um zu verhindern, dass der Angeklagte die ordnungsgemäße Durchführung des Strafverfahrens vereitelt, vgl. *Rieß* 1978, S. 195 ff.; *T. Jäger* 2005, S. 73 f. und auch die Nachweise in Fn. 329.

<sup>331</sup> § 415 StPO als weiteren echten Ausnahmetatbestand lasse ich angesichts der besonderen Verfahrensart außer Betracht. Die Ausnahmetatbestände einer Abwesenheitsverhandlung nach den §§ 231 Abs. 2, 231c, 232, 233 StPO aber auch nach den §§ 329, 350, 374 ff., 411 Abs. 2 StPO stellen gar keine Beeinträchtigung des Anwesenheitsrechtes und des ihm zugrundeliegenden Gehörsrechtes bzw. Rechtes auf ein faires Verfahren dar, da in diesen Fällen der Angeklagte (konkulent) freiwillig auf sein Anwesenheitsrecht verzichtet, vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 231 Rn. 5 und 23; § 231c Rn. 18; § 232 Rn. 1 ff. und 21 f.; § 233 Rn. 4.

<sup>332</sup> Ich möchte hier offenlassen, welche Grenzen der Einschränkung des Anwesenheitsrechts durch das Recht auf ein faires Verfahren und die Gewährleistungen aus EMRK und IPBPR gesetzt sind, da das Gehörsrecht jedenfalls das speziellere und im Verfassungsrang stehende Recht ist.

<sup>333</sup> Maßgeblich sind mit Blick für das Strafverfahren insoweit die einfachgesetzlichen Bestimmungen der StPO, denen gegenüber das Recht auf rechtliches Gehör lediglich eine Maßstabs- und Leitlinienfunktion hat, vgl. Sachs-GG-Degenhart, Art. 103 Rn. 14.

<sup>334</sup> Das heißt Grundrechten Dritter und anderen kollidierenden Rechtsgütern von Verfassungsrang, vgl. nur BVerfG, BVerfGE 28, 243, 261.



schränkungen des Gehörsrechts bedingen.<sup>335</sup> Darüber hinaus kommt – obgleich nicht gem. Art. 18 GG verwirkbar –<sup>336</sup> bei verspäteter bzw. ungeeigneter Wahrnehmung ein Verlust des Gehörsrechts in Betracht.<sup>337</sup>

Letztere Begründung wird sodann auch bei §§ 231a und 231b StPO häufig herangezogen.<sup>338</sup> Hinzu kommt – insb. in der Rechtsprechung des BVerfG – die staatliche Justizgewährungspflicht als konkurrierendes Verfassungsrechtsgut, welche zur Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege die Unterbindung nachhaltiger Störungen bzw. Behinderungen des Verfahrensablaufes durch die Anwesenheit des Angeklagten erlaube.<sup>339</sup> So trage etwa § 231a StPO mit dem dort bezeichneten Schutzgut der „ordnungsmäßigen Durchführung oder Fortsetzung der Hauptverhandlung“ dem Umstand Rechnung, dass „ein Strafverfahren auch gegen denjenigen innerhalb angemessener Zeit zum Abschluß gebracht werden kann, der das Erfordernis seiner Verhandlungsfähigkeit dazu mißbraucht, die Verhandlung in seiner Gegenwart zu vereiteln und damit dem Gang der Rechtspflege entgegenzutreten“<sup>340</sup>. Anders verhält es sich bei § 247 StPO, bei dem kein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Angeklagten in Rede steht. Hier ist eine Abwesenheitsverhandlung jedoch nach überwiegender Meinung in Fällen des S. 1 aus dem aus der Justizgewährungspflicht folgenden rechtsstaatlichen Gebot zu einer möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung<sup>341</sup> sowie in den Fällen von S. 2 und 3 auch

<sup>335</sup> Vgl. T. Jäger 2005, S. 120 f. m. w. N.

<sup>336</sup> Art. 18 GG enthält eine abschließende Enumeration. Vgl. Sachs-GG-Pagenkopf, Art. 18 Rn. 10 sowie – mit eingehender Kritik an dieser Beschränkung – Maunz/Dürig-Dürig/Klein, Art. 18 Rn. 29 ff.

<sup>337</sup> Eine Verwirkung von Verfahrensrechten – und damit auch dem Gehörsrecht – kommt allgemein dann in Betracht, wenn der Betroffene nach Maßgabe seines prozessualen Verhaltens das ihm zustehende Recht trotz Möglichkeit ordnungsgemäßer Geltendmachung nicht rechtzeitig oder rechtsmissbräuchlich wahrnimmt. Hierdurch geht der Betroffene (anders als nach Art. 18 GG) nicht seines Rechts verlustig, sondern kann sich lediglich nicht mehr darauf berufen. Vgl. dazu m. w. N. T. Jäger 2005, S. 122 ff.

<sup>338</sup> Vgl. nur Löwe/Rosenberg-Becker, § 231a Rn. 11, 25 i. V. m. § 231 Rn. 29; BeckOK-StPO-Gorf, § 231a Rn. 18; KK-StPO-Gmel, § 231a Rn. 9; Bernsmann, FS Kriele, 1997, S. 706 und Riping 1976, S. 168; eine Verwirkbarkeit des rechtlichen Gehörs jedoch grundsätzlich ablehnend Grünwald, JZ 1976, S. 767, 771 und kritisch mit Blick auf § 231a StPO SK-StPO-Deiters, § 231a Rn. 44 f.

<sup>339</sup> Denn ohne diese könne der Gerechtigkeit als wesentlichem Bestandteil des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden. Das unabweisbare rechtsstaatliche Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung resultiere in der Pflicht, die Durchführung eingeleiteter Strafverfahren sicherzustellen. Vgl. nur BVerfG, BVerfGE 33, 367, 383; BVerfGE 38, 105, 115 f.; BVerfGE 46, 214, 222 und BVerfGE 51, 324, 343 ff.

<sup>340</sup> BVerfGE 41, 246, 250; vgl. ebenso BGH, BGHSt 26, 228 ff.

<sup>341</sup> Vgl. Dahs, FS Paeffgen, 2015, S. 560; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 247 Rn. 1 und 3 m. w. N.; BVerfG, BeckRS 2002, 161311, Rn. 3 und 8 ff. m. w. N. Im



zum Schutz entgegenstehender Grundrechte (Dritter bzw. des Angeklagten) gerechtfertigt.<sup>342</sup>

Was die Ausnahmetatbestände der §§ 231a und 231b StPO anbelangt, so ist die hierfür angeführte Begründung – Justizgewährung und Verwirkung des Anwesenheitsrechts wegen Rechtsmissbrauchs – aus Sicht des hier verfolgten Ansatzes im Kern nicht zu beanstanden. Insoweit die Anwesenheit in der Hauptverhandlung dem Angeklagten ermöglichen soll, seinen Rechtsstatus zweitpersonal zu behaupten, geht es stets um die Anerkennung des durch die Existenz von Unschuld definierten allgemeinen Status als Rechtssubjekt. Es handelt sich also um rechtlich vermittelte Anerkennung, die ihre Fortsetzung als rechtliches Anerkennungsverhältnis im durch das Verfahren konstituierten Prozessrechtsverhältnis findet. Die Geltendmachung eines solchen Anerkennungsanspruches kann daher stets nur *im und durch* das Strafverfahren erfolgen, niemals jedoch *gegen* das Verfahren gerichtet sein.<sup>343</sup> Das Verfahren ist der Rahmen, in dem eine Prozessbeteiligung, die mit dem Ziel der Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung betrieben wird, stattfinden kann, und somit Möglichkeitsbedingung für die Geltendmachung eines rechtlich vermittelten Anerkennungsanspruches. Aus Sicht des hier zugrunde gelegten Anerkennungskonzepts gehen hierin Rechtsmissbrauchsverbot und Justizgewährungspflicht auf und finden in §§ 231a und 231b StPO ihren positiv-rechtlichen Ausdruck.

Hingegen stößt § 247 StPO vor dem Hintergrund des hier vorgestellten Ansatzes auf grundsätzliche Bedenken. Dabei ist eine differenzierte Beurteilung der einzelnen Ausschlussgründe des § 247 StPO angezeigt: Denn zumindest bei S. 1 (Entfernung des Angeklagten bei Gefährdung der Wahrheitsermittlung) lässt sich die hierfür vordringlich angeführte Begründung, dass

---

Konfliktfall dem Interesse an der Sachverhaltsaufklärung Vorrang vor Anwesenheitspflicht und -recht des Angeklagten einzuräumen, war auch die alleinige Intention des § 246 RStPO, der dem heutigen § 247 S. 1 StPO entspricht, vgl. *K. Hahn* 1880–1886, Bd. 3, S. 1363 f. Entsprechend hat auch das Reichsgericht betont, dass die Anwesenheit des Angeklagten kein „Hindernis für ungetrübte Wahrheitserforschung sein“ solle (RGSt 60, 179, 181).

<sup>342</sup> Insoweit ist die Vorschrift Ausdruck der gerichtlichen Fürsorgepflicht gegenüber den Verfahrensbeteiligten und intendiert den Schutz der physischen und psychischen Integrität des Angeklagten (S. 3) oder Zeugen (S. 2). Satz 3 erfasst den Fall, dass ein erheblicher Nachteil für die Gesundheit des Angeklagten zu befürchten ist, wenn in seiner Anwesenheit sein Gesundheitszustand und seine Behandlungsaussichten erörtert werden. Für einen Ausschluss nach Satz 2 genügt, dass eine Aussage in Anwesenheit des Angeklagten aus Sicht des Gerichts bei minderjährigen Zeugen eine erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens bzw. bei volljährigen Zeugen dringend eine erhebliche Gesundheitsgefährdung befürchten lässt. Vgl. dazu nur m. w. N. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 247 Rn. 11 f.

<sup>343</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 274 f. mit Fn. 296.

die Justizgewährungspflicht eine umfassende Wahrheitsermittlung gebiete, im Rahmen eines anerkennungstheoretischen Prozessverständnisses noch verteidigen. Denn man wird sagen können, dass – in Anlehnung an das zu §§ 231a und 231b StPO angeführte Argument – ein Verfahren, das auf Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung abzielt, zur Beurteilung der konfligierenden Anerkennungsansprüche auf eine zuverlässige Wahrheitsermittlung angewiesen ist. Stellt nun die Anwesenheit des Angeklagten tatsächlich ein konkretes und nicht anders als durch seine Entfernung abwendbares Hindernis für die Wahrheitsermittlung dar,<sup>344</sup> dann ist Anwesenheit zur Geltendmachung eines Anerkennungsanspruches faktisch (obgleich nicht intendiert wie bei §§ 231a oder 231b StPO) *gegen* dieses Verfahrensziel gerichtet. Insoweit setzt die Notwendigkeit zuverlässiger Wahrheitsermittlung als Möglichkeitsbedingung für einen erfolgreichen Verfahrensausgang der Beteiligung im Verfahren Grenzen.

Anders verhält es sich aber bei § 247 S. 2 und 3 StPO. Diese Ausschlussgründe dienen nicht vordringlich der Wahrheitsermittlung, sondern dem Schutz des Zeugen bzw. des Angeklagten selbst. Was Letzteres anbelangt, so wird man es dem Angeklagten als Prozesssubjekt, welches das Verfahren mitgestalten und – nach hiesigem Verständnis – zudem Anerkennung als Rechtssubjekt einfordern kann, zur autonomen Entscheidung anheimstellen müssen, ob er die durch das Anwesenheitsrecht ermöglichten Beteiligungsmöglichkeiten trotz drohender gesundheitlicher Nachteile wahrnehmen möchte oder nicht. § 247 S. 3 StPO erlaubt eine paternalistische Verkürzung des Anwesenheitsrechts des Angeklagten, die mit seiner Stellung als autonomes Prozesssubjekt unvereinbar ist.<sup>345</sup> Dem mag man entgegenhalten, dass in einem staatlichen Verfahren dem Staat eine gewisse Verantwortung für die Gesundheit derer obliegt, die sich diesem Verfahren nicht entziehen können. Gleichwohl kann dieser Verantwortung auch dann hinreichend Rechnung

---

<sup>344</sup> § 247 S. 1 StPO ist als Ausnahmetatbestand vom Anwesenheitsprinzip eng auszulegen und erfasst in der Praxis nur Fälle, in denen bei Beschlussfassung aus Sicht des Gerichts konkrete Tatsachen den zwischenzeitlichen Ausschluss des Angeklagten für die Erlangung einer wahrheitsgemäßen Aussage unabdingbar machen. Hierunter fallen nach der Rechtsprechung nicht nur Einwirkungen auf das Aussageverhalten des Zeugen bzw. Mitangeklagten (wie etwa Drohungen oder Einschüchterungen), sondern auch dessen Ankündigung, in Anwesenheit des Angeklagten von einem Zeugnis- bzw. Aussageverweigerungsrecht Gebrauch zu machen. Umgekehrt genügen etwa der bloße Wunsch des Zeugen, in Abwesenheit des Angeklagten auszusagen, oder ein freiwilliger Verzicht des Angeklagten den Anforderungen des § 247 StPO nicht. Vgl. dazu m.w.N. nur Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 247 Rn. 2 ff. und SK-StPO-Frister, § 247 Rn. 20 ff.

<sup>345</sup> Vgl. mit ähnlicher Kritik Hassemer, JuS 1986, S. 25, 28 f. sowie wohl auch (zumindest aber für restriktive Auslegung) MüKo-StPO-Cierniak/Niehaus, § 247 Rn. 13 und SK-StPO-Frister, § 247 Rn. 47 m.w.N.

getragen werden, wenn die Entfernung des Angeklagten unter den Vorbehalt seiner Zustimmung gestellt wird. Bei einer Entfernung gegen seinen erklärten Willen, scheint mir jedoch Verantwortung in unzulässigen Paternalismus umzuschlagen, zumal das materielle Strafrecht bei einer nicht lebensbedrohlichen Fremdgefährdung der Gesundheit der individuellen Autonomie das Primat einräumt.<sup>346</sup> Den weitergehenden Bedenken, dass die Berufung auf die Autonomie des Angeklagten möglicherweise dessen tatsächliche (auch psychische) Verfasstheit nicht hinreichend berücksichtigt, da seine Entscheidung womöglich nicht frei von Defiziten getroffen wird, lässt sich durch Anhörung eines Sachverständigen hierzu abhelfen.<sup>347</sup> Aus Sicht des hier vorgestellten Konzeptes sollte § 247 S. 3 StPO daher *de lege ferenda* um einen Zustimmungsvorbehalt des Angeklagten ergänzt werden.

Mit Blick auf das hier vorgestellte Konzept rechtlich vermittelter Anerkennung als eigentlich problematisch erweist sich aber der durch § 247 S. 2 StPO ermöglichte Ausschluss des Angeklagten aus Zeugenschutzgründen. Wie zuvor dargestellt, soll das Anwesenheitsrecht dem Angeklagten ermöglichen, rechtliche Anerkennung zweitpersonal einzufordern, namentlich die Anerkennung des durch die Existenz von Unschuld definierten Status als unbescholtenes Rechtssubjekt. Danach sichert die Anwesenheit des Angeklagten das durch die Unschuldsvermutung verbürgte Recht zur Statusbehauptung. Diese Begründung des Anwesenheitsrechts aus der Unschuldsvermutung unterscheidet sich jedoch ganz wesentlich von Begründungen über das Gehörsrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG oder über das aus Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf ein faires Verfahren. Denn sowohl Gehörsrecht als auch das Recht auf ein faires Verfahren können grundsätzlich auch bei ausschließlicher Anwesenheit eines Verteidigers bzw. Vertreters des Angeklagten gewährleistet werden.<sup>348</sup> Zwar mögen der das Strafverfahren kennzeichnende

---

<sup>346</sup> Dies belegt für das Strafrecht die Einwilligungsbefugnis in eine Körperverletzung, wenn man bei § 228 StGB der von der Rechtsprechung vertretenen rechtsgutsbezogenen Auslegung der Sittenwidrigkeit folgt. Vgl. dazu m. w. N. nur Fischer-StGB, § 228 Rn. 8 ff.

<sup>347</sup> Die freibeweisliche Anhörung eines Sachverständigen ist ohnehin bereits *de lege lata* regelmäßig angezeigt, um die Gefahr eines erheblichen Nachteils für die Gesundheit festzustellen, vgl. BeckOK-StPO-Berg, § 247 Rn. 6 und KK-StPO-Diemer, § 247 Rn. 12.

<sup>348</sup> So betont etwa Rieß, JZ 1975, S. 265, 267, dass das Gehörsrecht nicht notwendig ausschließlich durch persönliche Anwesenheit in der Hauptverhandlung verwirklicht werden muss. Vgl. ebenso T. Jäger 2005, S. 110 sowie zur Wahrnehmung durch den Verteidiger die Nachweise in Fn. 321. Wenn zur Begründung des Gehörsrechts (wie auch des Rechts auf ein faires Verfahren) darauf abgestellt wird, dass Anwesenheit die direkte Mitwirkung am Verfahren ermögliche, die Prozesssubjektivität des Angeklagten sichere und verhindere, dass der Angeklagte ungehört und als bloßes Objekt des Strafverfahrens abgeurteilt werde, setzt keine dieser Begründungen zwin-

Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz sowie der Gedanke prozessualer Waffengleichheit dafür sprechen, dass das Gehörsrecht und das Recht auf ein faires Verfahren nur durch persönliche Anwesenheit während der gesamten Hauptverhandlung angemessen gewährleistet sind.<sup>349</sup> Gleichwohl sind weder das Gehörsrecht noch das Recht auf ein faires Verfahren prinzipiell nur höchstpersönlich wahrnehmbar. Anders verhält es sich hingegen nach dem hier vertretenen anerkennungstheoretischen Verständnis des Strafverfahrens, das das Anwesenheitsrecht aus dem Rechtsstatus des Angeklagten heraus begründet. Denn dieser Rechtsstatus wird durch die Unschuldsvermutung allein dem Angeklagten zugewiesen und kann folglich auch nur von diesem – und damit höchstpersönlich – gegenüber anderen behauptet werden.

Stellt man dies jedoch in Rechnung, so hält das hier dargelegte Prozessverständnis eine anerkennungstheoretische Begründung des in Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK normierten Konfrontationsrechts des Angeklagten bereit. Gleichzeitig erfährt dieses Recht „Fragen an Belastungszeugen zu stellen“ (welches nach überwiegender Ansicht eine Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren darstellt<sup>350</sup> und prinzipiell auch die Befugnis des Angeklagten begründet, anwesend zu sein<sup>351</sup> und in eigener Person Fragen an den Zeugen zu richten<sup>352</sup>) hierdurch eine Rückbindung an ein subjektiv-rechtliches Verständnis der Unschuldsvermutung.<sup>353</sup> Denn der Angeklagte erhält

---

gend die ununterbrochene Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung voraus.

<sup>349</sup> Vgl. mit einer solchen Argumentation etwa *T. Jäger* 2005, S. 115 f. und *Neuhaus* 2000, S. 40 f. Anders als im Zivilverfahren entscheide das Gericht ohne eine hinreichende schriftliche Dokumentation des Verfahrensstoffes nach §§ 261, 264 StPO aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung, sodass eine effektive Mitwirkung an der gerichtlichen Entscheidungsfindung auch nur durch das Recht des Angeklagten zur persönlichen Anwesenheit während der gesamten Hauptverhandlung gewährleistet sei. Eine lediglich über einen Verteidiger oder Vertreter des Angeklagten vermittelte Teilhabe am Verfahren würde mit Blick darauf unzureichend sein. Insoweit wird auch auf das aus dem *fair trial*-Grundsatz abgeleitete Recht des Angeklagten auf prozessuale Waffengleichheit abgestellt, da nur ein Recht zu durchgehender Anwesenheit dem Angeklagten eine der Verfahrensstellung der übrigen Verfahrensbeteiligten angemessene Rechtsverteidigung ermögliche. Vgl. dazu schon oben S. 281 f.

<sup>350</sup> Vgl. EGMR, StV 1990, 481; BGH, NStZ 2001, 212, 213; KK-StPO-Lohse/Jakobs, Art. 6 EMRK Rn. 95; MüKo-StPO-Gaede, Art. 6 EMRK Rn. 248; S. Walther, GA 2003, S. 204, 212 ff. und ausführlich zur Rspr. des EGMR Esser 2002, S. 638 ff.

<sup>351</sup> Vgl. KK-StPO-Lohse/Jakobs, Art. 6 EMRK Rn. 96; MüKo-StPO-Gaede, Art. 6 EMRK Rn. 248; Krausbeck 2010, S. 114 ff.; Esser 2002, S. 721 f.; einschränkend aber S. Walther, GA 2003, S. 204, 216 f.

<sup>352</sup> Vgl. MüKo-StPO-Gaede, Art. 6 EMRK 242 f. und 249; S. Walther, GA 2003, S. 204, 214 ff. und Renzikowski, FS Mehle, 2009, S. 535 f.

<sup>353</sup> Für einen engen Zusammenhang der in Art. 6 Abs. 2 EMRK normierten Unschuldsvermutung zu den in Abs. 3 normierten Verteidigungsrechten argumentiert

hierdurch die Möglichkeit, seinen Status als Unschuldiger gegenüber demjenigen, der ihn in Frage stellt, zu behaupten und die Berechtigung seines Anerkennungsanspruchs durch eigene Befragung zu untermauern.<sup>354</sup>

Der zweitpersonale Charakter des Konfrontationsrechts spricht jedoch dafür, dass es – anders als nach herrschender Auffassung –<sup>355</sup> dem Angeklagten möglich sein muss, Belastungszeugen *persönlich* zu befragen. Denn wie in Kapitel C. gezeigt, zeichnet sich die Zweitpersonalität von Anspruchsrechten durch einen besonderen Kommunikationsakt aus, der für die von mir sog. „assertorische Beanspruchung“ eines Rechtsstatus zentral ist. Subjektive Rechte geben ihren Inhabern die Befugnis, sich unter Rekurs auf den Rechtsstatus an den Rechtsadressaten zu wenden. Wesentlicher Teil dieser Kommunikation ist es, dass der Sprecher der angesprochenen Person mitteilt, dass *gerade er* sich an sie wendet.<sup>356</sup> Diese Überlegungen untermauern nun ein Recht des Angeklagten zur *persönlichen* Konfrontation und Befragung eines Belastungszeugen, um seinen durch die Unschuldsvermutung begründeten Rechtsstatus zu behaupten. Die Mitwirkung eines Verteidigers auf Seiten des Angeklagten kann dies ebenso wenig kompensieren, wie die gem. § 247 S. 4 StPO vorgesehene nachträgliche richterliche Unterrichtung über den wesent-

---

auch MüKo-StPO-Gaede, Art. 6 EMRK Rn. 127 und Gaede 2010, S. 228, 406 f.; ablehnend jedoch Stuckenberg 1998, S. 530 ff.

<sup>354</sup> Vgl. in der Stoßrichtung ähnlich S. Walther, GA 2003, S. 204, 219 ff., die unter Verweis auf Perron 1995, S. 37 ff., 56 ff., für ein effektives Konfrontationsrecht des Beschuldigten zum „Schutz vor fehlerhafter Verurteilung und [zur] Gewährleistung des Rechts auf Selbstbehauptung“ argumentiert. Vgl. ebenso m. w. N. Krausbeck 2010, S. 30.

<sup>355</sup> Das Recht zur persönlichen Konfrontation nach Art. 6 Abs. 3 lit. d) (vgl. dazu die Nachweise oben in Fn. 352) ist nach h. M. prinzipiell einschränkbar, da es vor allem darauf ankomme, dass der Angeklagte überhaupt die Möglichkeit habe, autonom Fragen stellen zu können und den Zeugen inhaltlich zu konfrontieren. Bei Eingreifen legitimer Einschränkungsründe (vgl. dazu nur m. w. N. MüKo-StPO-Gaede, Art. 6 EMRK Rn. 252 ff.) sei das Konfrontationsrecht größtmöglich zu wahren und dessen Beeinträchtigung zu kompensieren (etwa Befragung durch die Verteidigung, (abgeschirmte) audiovisuelle Vernehmung etc.), vgl. dazu KK-StPO-Lohse/Jakobs, Art. 6 EMRK Rn. 105 ff.; MüKo-StPO-Gaede, Art. 6 EMRK Rn. 260 ff. und Bader 2019, S. 130 ff. Der EGMR stellt hierbei angesichts der Verwurzelung des Konfrontationsrechts im *fair trial*-Grundsatz wesentlich darauf ab, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung fair war, wofür insb. relevant sei, ob ein wichtiger Einschränkungsrund vorlag, welcher Beweiswert der Zeugenaussage zukommt und inwiefern die fehlende Konfrontation ausgeglichen wurde, vgl. EGMR, NStZ 2007, 103, 104 und EuGRZ 2016, 511, 520 ff. m. w. N. Nach der Rspr. des BGH hat eine Einschränkung des Konfrontationsrechts einen unter Umständen niedrigeren Beweiswert der Zeugenaussage zur Folge (sog. „Beweiswürdigungslösung“, vgl. BGH, BGHSt 55, 70, 74 f. und dazu m. w. N. KK-StPO-Ott, § 261 Rn. 111).

<sup>356</sup> Vgl. dazu eingehend oben S. 153 f. und 167 ff.

lichen Vernehmungsinhalt. Denn unabhängig davon, dass der Angeklagte schon nach Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK ein Recht hat, sich selbst zu verteidigen,<sup>357</sup> und dass eine Befragung durch den Verteidiger schon aus praktischen Gründen kein Ersatz für eine eigene Befragung ist,<sup>358</sup> ist der Verteidiger nicht Teil der in Rede stehenden rechtlichen Anerkennungsbeziehung. Der Belastungszeuge stellt nicht seinen Status als unbescholtener Bürger in Frage, sondern den des Angeklagten. Und die Unschuldsvermutung weist allein dem Angeklagten – und nicht etwa dem Verteidiger – diesen Rechtsstatus zu und vermittelt allein ihm ein entsprechendes subjektives Recht. Daher macht der Verteidiger auch keine praktische Autorität geltend, deren Anerkennung vom zu befragenden Zeugen gefordert wird. Die dem Angeklagten geschuldete, durch die Unschuldsvermutung positiv-rechtlich vermittelte Anerkennung lässt sich stellvertretend weder einfordern noch gewähren, sondern ist stets höchstpersönlich. Dies scheint mir eine Besonderheit der Stellung des Angeklagten zu sein, die daraus resultiert, dass die Unschuldsvermutung in einem Strafverfahren, das auf die Verhängung von Sanktionen gegen den Angeklagten gerichtet ist, eine höchstpersönliche Berechtigung des Angeklagten begründet.<sup>359</sup> Daher ermöglicht es erst das Anwesenheitsrecht, dass der Angeklagte durch unmittelbare Verhandlungsteilnahme seinen

---

<sup>357</sup> Der Verteidiger tritt im Hinblick auf die Verteidigungsrechte nicht an die Stelle des Angeklagten, sondern neben ihn. Vgl. ausführlich m.w.N. *Gaede* 2010, S. 253 ff. sowie *SK-StPO-Frister*, § 247 Rn. 10 und *MüKo-StPO-Cierniak/Niehaus*, § 247 Rn. 20.

<sup>358</sup> Der Verteidiger wird regelmäßig am verhandelten Geschehen nicht selbst beteiligt gewesen sein, sodass es niemals ausgeschlossen werden kann, dass ihm Umstände entgehen, die der (evtl. am Geschehen beteiligte) Angeklagte als bedeutsam für die Verteidigung erkannt und aufgegriffen hätte. So auch *SK-StPO-Frister*, § 247 Rn. 8 ff. und *MüKo-StPO-Cierniak/Niehaus*, § 247 Rn. 20. Dem kann auch nicht dadurch abgeholfen werden, dass der Angeklagte nach § 247 S. 4 StPO vom Vorsitzenden über den Inhalt des in seiner Abwesenheit Gesagten oder Verhandelten zu unterrichten ist, *bevor* der Zeuge entlassen wird (so aber *Bader* 2019, S. 134; vgl. auch bereits *Ullrich* 1998, S. 87 ff.). Zwar mag so garantiert sein, dass der Angeklagte tatsächlich noch die Möglichkeit zur ergänzenden Befragung hat. Gleichwohl ist die Informationsgrundlage, auf Grund derer der Angeklagte hierüber entscheidet und diese vornimmt, deutlich verschlechtert, da – anders als bei einem Vorgehen nach § 247a StPO – die Wiedergabe des Gesagten mit Informationsverlusten verbunden ist. Eine effektive Ausübung des Fragerechts ist so nicht gewährleistet. Ferner erscheint mir ein persönliches Fragerecht des Angeklagten auch deswegen praktikabler, weil die persönliche Konfrontation von Angeklagtem und Belastungszeugen einen nicht zu unterschätzenden Wert für die Wahrheitsermittlung hat. Vgl. dazu *Hug*. FS Kassationsgericht Zürich, 2000, S. 392 ff.

<sup>359</sup> In anderen Fällen subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung scheinen *prima facie* hingegen keine prinzipiellen Gründe gegen eine Stellvertretung auf Seiten des Rechtsinhabers zu sprechen. Vgl. dazu oben S. 170 f. mit Fn. 144 und mit Blick auf die Anwesenheitspflicht des Angeklagten unten S. 302 ff.



durch die Unschuldsvermutung begründeten Rechtsstatus zweitpersonal behaupten kann.

Sichert aber das Anwesenheitsrecht das Konfrontationsrecht und gründet es normativ in der subjektiv-rechtlich verstandenen (und zudem verfassungsrechtlich verankerten) Unschuldsvermutung, dann ist hiermit der Ausschlussgrund des § 247 S. 2 StPO schwer vereinbar, insoweit der ihn tragende Zeugenschutz der Sache nach einen Opferschutz bezweckt. Denn man befürchtet in den meisten Fällen des § 247 S. 2 StPO, dass es durch die Befragung des Zeugen in Gegenwart des Angeklagten zu einer Sekundärviktimisierung kommen werde und dass der Zeuge deswegen an Wohl und Gesundheit Schaden nehmen werde.<sup>360</sup> Erfolgt aber die Entfernung des Angeklagten zum Zwecke des Opfer-(Zeugen-)Schutzes, so impliziert dies die Annahme, dass der Zeuge Opfer sei, und präsumiert somit indirekt die Schuld des Angeklagten.<sup>361</sup> Das nach meinem Verständnis in der Unschuldsvermutung seine Rechtfertigung findende Konfrontations- und Anwesenheitsrecht wird jedoch in seinem Kernbereich eingeschränkt, wenn man es unter impliziter Annahme einer Opfer-Täter-Beziehung, mithin der Schuld des Angeklagten, beschränkt.

Dem mag man entgegenhalten, dass das Strafverfahren von Unsicherheit geprägt sei, zu der auch die Möglichkeit der Schuld des Angeklagten und damit die Möglichkeit, dass ein Zeuge Opfer sei, gehöre. Die Anerkennung dieser Möglichkeit verletze jedoch – ebenso wenig wie andere, verdachtsba-

<sup>360</sup> § 247 S. 2 StPO ist zwar nicht auf Opferzeugen beschränkt (vgl. BeckOK-StPO-Berg, § 247 Rn. 5; MüKo-StPO-Cierniak/Niehaus, § 247 Rn. 11 f.), zielt jedoch – wie die Ausweitung der Vorschrift im Zuge der Opferrechtsreformen, insb. durch das OpferschutzG und das 2. OpferRRG, zeigt – insb. auf diese ab, vgl. dazu m. w. N. Caspari, DRiZ 2011, S. 350; MüKo-StPO-Cierniak/Niehaus, § 247 Rn. 1 f. und SK-StPO-Frister, § 247 Rn. 1 und 33. Vgl. dazu auch oben Fn. 246.

<sup>361</sup> Gleiche Bedenken äußerte schon *Schünemann*, StV 1998, S. 391, 401, nach dem die Beschränkung des Konfrontationsrechts aus Opfer-Zeugenschutzgründen „im Grunde auf einer Mißachtung der Unschuldsvermutung und logisch auf einer *petitio principii* [beruht], weil man immer schon – sehr zu Unrecht! – vorher zu wissen glaubt, wer der Täter und wer das Opfer ist“. Vgl. aktuell auch MüKo-StPO-Cierniak/Niehaus, § 247 Rn. 23: „[D]ass nämlich [...] der Zeuge Opfer sei [...] soll durch das Strafverfahren erst herausgefunden werden.“ Sie beziehen dies – unter Verweis auf Rspr. und Lit., vgl. dort Fn. 31 – insbesondere auf den Bereich der Sexualstraftaten, bei denen „der Anteil an falschen Beschuldigungen nicht zu unterschätzen“ sei. Spannungen zwischen Opferschutz und Unschuldsvermutung konstatieren bspw. auch *Bung*, StV 2009, S. 430, 432; *Galen*, StV 2013, S. 171 und *Pollähne*, StV 2016, S. 671, 674 ff. Vgl. im Übrigen die zahlreichen Nachweise bei *Bader* 2019, S. 96 ff. Andere sehen hingegen die Unschuldsvermutung durch die prozessuale Stellung, die der Verletzte nach den Opferrechtsreformen erlangt hat, nicht beeinträchtigt, vgl. etwa *Weigend*, GS Walter, 2014, S. 245 ff. und zuletzt eingehend und m. w. N. *Bader* 2019, S. 98 ff.



sierte strafprozessuale Maßnahmen – nicht die Unschuldsvermutung. Dem ist zuzugeben, dass klarerweise nicht jede verdachtsbasierte, den Angeklagten belastende Maßnahme gegen die Unschuldsvermutung verstößt.<sup>362</sup> Zutreffend ist auch, dass die Unsicherheit über den Verfahrensausgang für den Strafprozess konstitutiv ist<sup>363</sup> und dass eine zentrale Funktion der Unschuldsvermutung gerade darin besteht, die „verfahrenskonstitutive Ungewißheit des Ausgangs“<sup>364</sup> zu erhalten. Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung liegt jedoch dann vor, wenn prozessuale Maßnahmen dem Verfahrensausgang vorgeifen und den Verfahrensablauf verzerren. Gerade eine solche Gefahr birgt jedoch die Entfernung des Angeklagten nach § 247 S. 2 StPO zumindest in den Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht. Hier beschneidet die Entfernung des Angeklagten bei der Vernehmung der womöglich einzigen Beweisperson die Verteidigungsrechte im Rahmen der zentralen Beweiserhebung erheblich. Zugleich kommt es zu einer verfrühten verfahrensrechtlichen Festlegung der Beteiligtenrollen als Angeklagter und mutmaßlich von ihm verletztes Opfer, die die Wahrnehmung des prozessualen Geschehens (insb. im Hinblick auf etwaig beteiligte Schöffen) verändert und – da es keine Opfer ohne Täter gibt – eine unvoreingenommene Behandlung des Beschuldigten im Verfahren erschwert. All dies greift nach dem hier verfolgten Ansatz jedoch tief in das Recht des Angeklagten, seinen durch die Unschuldsvermutung begründeten Rechtsstatus zweitpersonal zu behaupten, ein.

Zwar mag § 247 S. 2 StPO aus diesen Gründen *de lege ferenda* nicht zu streichen sein,<sup>365</sup> weil Gründe des (Opfer-)Zeugen-Schutzes – worauf hier jedoch nicht hinreichend eingegangen werden kann – doch im Einzelfall überwiegen können.<sup>366</sup> Dennoch liefert das hier entwickelte Verständnis der Unschuldsvermutung als Recht zur Statusbehauptung gute Gründe, die Vorschrift restriktiv auszulegen,<sup>367</sup> zumal etwaig auftretenden Beweisschwierigkeiten bei gleichzeitiger Anwesenheit von Angeklagtem und Zeugen weiterhin nach § 247 S. 1 StPO begegnet werden kann. Dem Angeklagten muss es daher jedenfalls weitestgehend möglich bleiben, Belastungszeugen selbst konfrontativ zu befragen.

---

<sup>362</sup> Denn zur Klärung des Tatverdachts sind solche Maßnahmen zur Durchführung eines rechtstaatlichen Strafverfahrens unerlässlich. Vgl. nur KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 136.

<sup>363</sup> Vgl. nur Murmann, GA 2004, S. 65, 70 ff.

<sup>364</sup> Stuckenberg, ZStW 1999, S. 422, 454 und bereits die Nachweise oben Fn. 306 ff.

<sup>365</sup> So aber MüKo-StPO-Cierniak/Niehaus, § 247 Rn. 23.

<sup>366</sup> Vgl. dazu auch unten Fn. 478.

<sup>367</sup> Auch S. Walther, GA 2003, S. 204, 225 spricht sich für die Etablierung eines Konfrontationsrechts aus, in deren Zuge auch § 247 StPO „unter dem Aspekt der Einschränkung eines elementaren Grund- und Menschenrechts neu durchgemustert werden“ müsse.

### e) Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten

Doch nicht nur das Anwesenheitsrecht des Angeklagten, sondern auch seine Anwesenheitspflicht findet eine Begründung im zweitpersonalen Charakter des strafprozessualen Anerkennungsverhältnisses. Dieser Aspekt wird in den vorherrschenden Rechtfertigungsansätzen einer grundsätzlichen<sup>368</sup> Anwesenheitspflicht des Angeklagten freilich nicht thematisiert. Vielmehr wird zur Begründung der in §§ 230 f. StPO normierten Anwesenheitspflicht vordringlich<sup>369</sup> auf zwei Aspekte abgestellt: zum einen auf die Notwendigkeit einer möglichst vollständigen Wahrheitserforschung sowie zum anderen auf die Absicherung des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehör.<sup>370</sup> Insofern die Erforschung der materiellen Wahrheit als Rechtfertigung angeführt wird, wird die Anwesenheitspflicht häufig als Ausdruck einer allgemeinen Justizpflicht des Bürgers begriffen, am Strafverfahren mitwirken zu müssen. Diese äußere sich für den Angeklagten unter anderem darin, das Verfahren zum Zwecke der Sachverhaltsermittlung in Anwesenheit erdulden zu müssen.<sup>371</sup> Denn ungeachtet seines Rechts zu schweigen sichere die Anwesenheitspflicht die Möglichkeit, dass sich der Angeklagte zu jeder Zeit freiwillig zur Sache einlassen könne. Dies trage zur Zuverlässigkeit der

<sup>368</sup> Ich werde mich im Folgenden auf die grundsätzliche Rechtfertigung der Anwesenheitspflicht unter Außerachtlassung der hiervon bestehenden Ausnahmetatbestände konzentrieren. Es wäre eine eigene Frage, ob die bestehenden Ausnahmetatbestände zur Anwesenheitspflicht für sich genommen gegen eine verfahrenskonstitutive Bedeutung der Anwesenheit des Angeklagten während der Hauptverhandlung und somit für ein grundsätzliches Abwesenheitsrecht sprechen. Vgl. mit einer solchen Kritik etwa *Stein*, ZStW 1985, S. 303, 308 f.; *Julius*, GA 1992, S. 295, 298 ff.; HK-StPO-*Julius*, § 230 Rn. 5 (5. Aufl.); *Bernsmann*, FS Kriele, 1997, S. 705 f.; *Volk*, FS Böttcher, 2007, S. 216; zustimmend *Hüls/Reichling*, StV 2014, S. 242, 246; differenzierend *Gaede*, ZStW 2017, S. 911, 957 ff. Die zur Beantwortung dieser Frage erforderliche Auseinandersetzung mit der jeweiligen Ausgestaltung und Rechtfertigung der einzelnen Ausnahmetatbestände kann in diesem Rahmen jedoch nicht geleistet werden. Vgl. zu §§ 231a, 231b und 247 StPO jedoch oben S. 280 ff.

<sup>369</sup> Zum Teil wird zusätzlich auch darauf abgestellt, dass die ständige Anwesenheit des Angeklagten der Transparenz der Hauptverhandlung diene und auch aus Gründen der Prozessökonomie und Praktikabilität des Verfahrens geboten sei, da sie bei Änderung der Sach- und Rechtslage eine rasche Erfüllung der richterlichen Hinweispflicht ermögliche. Vgl. so etwa *J. Krüger*, FS Kielwein, 1989, S. 91 ff.

<sup>370</sup> Zum Teil wird erster Aspekt auch als vitales Interesse des Angeklagten qualifiziert, sodass auch der Anspruch auf rechtliches Gehör der Erlangung einer richtigen Entscheidung durch das Gericht diene. Insofern sei die Erforschung der materiellen Wahrheit mit Blick auf die Anwesenheitspflicht nur ein Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs des Angeklagten. Vgl. *Neuhaus* 2000, S. 78 f. und wohl auch *T. Jäger* 2005, S. 182 f.

<sup>371</sup> Vgl. etwa *Köhler*, ZStW 1995, S. 10, 22; *Köhler* 1997, S. 309; *Kluszczewski*, ZStW 2011, S. 737, 759 und *Stuckenberg*, FS Paeffigen, 2015, S. 485 ff. mit Fn. 15.

Wahrheitsermittlung bei<sup>372</sup> und garantiere so die Zuverlässigkeit des Strafverfahrens selbst, da es im staatlichen Interesse sei, Fehlurteile im möglichst umfassenden Maße zu vermeiden.<sup>373</sup> Aber auch beim durchgängig schweigenden Angeklagten ermögliche die Anwesenheit, einen für die Urteilsfindung wichtigen persönlichen Eindruck vom Angeklagten zu erlangen.<sup>374</sup>

Darüber hinaus wird die Anwesenheitspflicht im Wesentlichen mit der Sicherung des mit dem Anwesenheitsrecht verbundenen Gehörsrechts begründet.<sup>375</sup> Der Angeklagte sei davor zu bewahren, angesichts der mit einem Strafverfahren einhergehenden Belastungen eine unvernünftige Entscheidung zu treffen und sich durch Abwesenheit voreilig seiner Möglichkeit zu begeben, unmittelbar auf das Strafverfahren Einfluss zu nehmen.<sup>376</sup> Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten diene mithin der Verbesserung seiner Verteidigungsmöglichkeiten, deren Wahrnehmung bei Abwesenheit durch einen Strafverteidiger nur unzureichend gewährleistet sei.<sup>377</sup> Räume man ein Abwesenheitsrecht ein, bestehe die Gefahr eines Vorausverzichtes.<sup>378</sup> Jenseits dieser Schutzfunktion der Anwesenheitspflicht wird weitergehend darauf abgestellt, dass die ständige persönliche Anwesenheit Ausdruck der Subjektstellung des Angeklagten sei und eine Degradierung zum Objekt des Strafprozesses verhindere.<sup>379</sup>

Kritikerinnen und Kritiker einer grundsätzlichen Anwesenheitspflicht erachten beide angeführten Begründungswege als nicht gangbar: Die erzwungene Anwesenheit trage mitnichten zur Sachverhaltsaufklärung und Wahrheitsermittlung bei, da der Angeklagte in diesen Fällen in aller Regel schweigen werde.<sup>380</sup> Hoffte man hingegen gleichwohl auf eine (belastende) Einlas-

<sup>372</sup> Vgl. m. w. N. BGH, BGHSt 26, 84, 90; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 230 Rn. 3; J. Krüger, FS Kielwein, 1989, S. 90; differenzierend und teils kritisch Stein, ZStW 1985, S. 303, 320 ff. und Rieß, JZ 1975, S. 265, 267.

<sup>373</sup> Vgl. SK-StPO-Deiters, § 230 Rn. 1g ff.; Baxhenrich 1979, S. 15 ff.; ebenso schon Grünwald, JZ 1976, S. 767, 771 und i. E. Stein, ZStW 1985, S. 303, 321 f.; insoweit zustimmend T. Jäger 2005, S. 181 und Eisenberg, NSTZ 2012, S. 63, 64.

<sup>374</sup> Vgl. BVerfG, StraFo 2007, 190, 192 und wohl auch Frisch, FS Paeffgen, 2015, S. 596 f. und 616.

<sup>375</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 230 Rn. 3; BGH, BGHSt 25, 317, 318 f.; Rieß, JZ 1975, S. 265, 267, der im Gehörsgebot zudem eine in Verfassungsrang erhobene objektive Verfahrensnorm sieht, die insofern indisponibel sei; krit., aber i. E. ebenso Neuhaus 2000, S. 63 f. und S. 70 f. Vgl. zum Gehörsrecht m. w. N. oben S. 281.

<sup>376</sup> Vgl. m. w. N. Neuhaus 2000, S. 65 f. und T. Jäger 2005, S. 187.

<sup>377</sup> Vgl. BVerfG, StraFo 2007, 190, 191 und Neuhaus 2000, S. 68 f.

<sup>378</sup> Rieß, JZ 1975, S. 265, 267, Fn. 40; zustimmend T. Jäger 2005, S. 186.

<sup>379</sup> Vgl. Rieß, JZ 1975, S. 265, 267.

<sup>380</sup> Vgl. J. Krüger, FS Kielwein, 1989, S. 90; Bernsmann, FS Kriele, 1997, S. 704; Volk, FS Böttcher, 2007, S. 217; Hüls/Reichling, StV 2014, S. 242, 246; wohl auch Eisenberg, NSTZ 2012, S. 63, 64.

sung zur Sache, so sei die erzwungene Anwesenheit als Verstoß gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz zu qualifizieren.<sup>381</sup> Insoweit sei das staatliche Interesse an möglichst umfassender Sachverhaltsaufklärung durch den *nemo tenetur*-Grundsatz, aber auch die Unschuldsvermutung und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeschränkt. Daher spreche gegen die erzwungene Anwesenheit auch der Umstand, dass ein Strafverfahren gerade bei gesteigertem öffentlichen Interesse durch die Anwesenheitspflicht zum Pranger werde und eine Vorverurteilung des Angeklagten drohe.<sup>382</sup> Auch seien die Nachteile und Belastungen für den Angeklagten zu berücksichtigen.<sup>383</sup> Ebenso wenig trage der andere Begründungsweg über die Sicherung des Gehörsrechts. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei selbst disponibel, sodass eine Anwesenheitspflicht hierauf nicht gestützt werden könne.<sup>384</sup> Auch gehe ein Verzicht auf das Anwesenheitsrecht nicht mit dem Verlust der Subjektqualität im Strafverfahren einher. Die Subjektqualität sei, im Gegenteil, vielmehr Ausdruck hiervon: Der Angeklagte als autonomes Prozesssubjekt müsse – ungeachtet der Vernünftigkeit seiner Erwägungen – selbst über seine Anwesenheit während des Verfahrens entscheiden können, sofern bei ihm kein Autonomiedefekt vorliege.<sup>385</sup>

Wasser auf die Mühlen dieser Kritiker war schließlich eine Entscheidung des EGMR im Fall *Neziraj/Deutschland* zur Berufungsverwerfung wegen Abwesenheit des unentschuldigt ausgebliebenen Angeklagten.<sup>386</sup> Noch bis vor einigen Jahren normierte § 329 Abs. 1 StPO a.F., dass eine Berufung des Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen sei, wenn der Ange-

<sup>381</sup> Bernsmann. FS Kriele, 1997, S. 705; Stein, ZStW 1985, S. 303, 323 ff.; Volk. FS Böttcher, 2007, S. 215; Hüls/Reichling, StV 2014, S. 242, 246 und Gaede, ZStW 2017, S. 911, 955 sowie – obgleich aus anderen Gründen für eine Anwesenheitspflicht argumentierend – Rieß, JZ 1975, S. 265, 267; Neuhaus 2000, S. 77 und T. Jäger 2005, S. 180 f.

<sup>382</sup> Vgl. Volk. FS Böttcher, 2007, S. 216 ff. und Eisenberg, NStZ 2012, S. 63, 64.

<sup>383</sup> Vgl. Julius, GA 1992, S. 295, 303 f.; Volk. FS Böttcher, 2007, S. 217; Hüls/Reichling, StV 2014, S. 242, 246; zustimmend Eisenberg, NStZ 2012, S. 63, 64 und Gaede, ZStW 2017, S. 911, 955. Dies gelte insb. für Berufstätige in besonders langen Wirtschaftsstrafverfahren, die für die Dauer des Verfahrens nicht effektiv ihrer Arbeit nachgehen könnten.

<sup>384</sup> Vgl. Stein, ZStW 1985, S. 303, 314 ff.; i.E. ähnlich Julius, GA 1992, S. 295, 300 ff. und Baxhenrich 1979, S. 14. Überdies sei es ohnehin hinreichend, den Angeklagten vor voreiligem Verzicht auf sein Anwesenheitsrecht dadurch zu bewahren, dass er – ähnlich einer Patientenaufklärung – zuvor über Vor- und Nachteile eines Verzichts gerichtlich aufgeklärt werde. Vgl. so Gaede, ZStW 2017, S. 911, 953 mit Fn. 211; Bernsmann. FS Kriele, 1997, S. 710 f. und Julius, GA 1992, S. 295, 303.

<sup>385</sup> Vgl. Gaede, ZStW 2017, S. 911, 953 f.; Bernsmann. FS Kriele, 1997, S. 707 ff.; Stein, ZStW 1985, S. 303, 308 und 314 ff.; zustimmend Hüls/Reichling, StV 2014, S. 242, 246 und Eisenberg, NStZ 2012, S. 63, 63 f.

<sup>386</sup> Vgl. EGMR, StraFo 2012, 490 ff.

klagte unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht erscheine. § 329 Abs. 4 StPO a. F. sah alternativ die zwangsweise Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten vor. Diese Berufungsverwerfung bei unentschuldigtem Ausbleiben des Angeklagten ist jedoch im November 2012 vom EGMR als konventionswidrig qualifiziert worden, da hierdurch der Angeklagte seines Rechts auf Verteidigung beraubt werde.<sup>387</sup> Dies nahm der Gesetzgeber zum Anlass, die Vorschrift dahingehend abzuändern, dass eine Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz grundsätzlich auch in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführt werden kann, sofern für diesen ein schriftlich bevollmächtigter Verteidiger zum anberaumten Termin erscheint.

In dieser Kontroverse um die Anwesenheitspflicht des Angeklagten haben sich die Fronten in der sachlichen Auseinandersetzung im Laufe der Zeit verhärtet, ohne dass es hierdurch – trotz der Novellierung der StPO –<sup>388</sup> zu einem inhaltlichen oder argumentativen Fortschritt in der Sache gekommen wäre.<sup>389</sup> Das hier vorgestellte anerkennungstheoretische Verfahrensverständnis kann womöglich jenseits der bisherigen Begründungsansätze – zu denen ich hier nicht Stellung nehmen werde – zwei neue Wege zur Begründung der

---

<sup>387</sup> Zum Teil wird die Entscheidung des EGMR so gelesen, dass ein umfassendes Recht auf Verteidigung ein ebenso umfassendes Recht auf Vertretung (und mithin potenzielle Abwesenheit des Angeklagten) impliziere. Vgl. etwa *Gerst*, NStZ 2013, S. 310, 311; *Püschel*, StraFo 2012, S. 493; wohl auch *Esser*, StV 2013, S. 331, 334; kritisch dazu *Frisch*, FS Paeffgen, 2015, S. 589 ff. Jedoch wird dies dem Kern der Urteilsbegründung nicht gerecht, da dort explizit herausgestellt wird, dass die persönliche Anwesenheit des Angeklagten mit Blick auf ein faires Strafverfahren von besonderer Bedeutung sei und der Gesetzgeber dementsprechend einem ungerechtfertigten Nichterscheinen vor Gericht entgegenzuwirken habe (vgl. EGMR, StraFo 2012, 490, 491). Der Gerichtshof betont, es sei eine „legitime Forderung, dass der Angeklagte in der Verhandlung anwesend sein muss“ (StraFo 2012, 490, 491). Hiermit steht der EGMR ganz in der Tradition seiner bisherigen Rechtsprechung, vgl. zutreffend m. w. N. *Böse*, FS Paeffgen, 2015, S. 571 f. Angesichts dessen kann mithin nicht davon gesprochen werden, dass der Gerichtshof ein Recht auf Abwesenheit bzw. Ersetzung substantiell anerkenne. Lediglich wegen des im Fall *Neziraj/Deutschland* drohenden Rechtsmittelverlustes ohne eigene Verteidigungsmöglichkeit überwog das Interesse des Angeklagten an angemessener Verteidigung die strikte Einhaltung der Anwesenheitspflicht, sodass das Recht auf effektive Verteidigung im Ergebnis auf ein Recht auf Vertretung durch einen Verteidiger hinauslief. So auch treffend *Ast*, JZ 2013, S. 780, 783: „Das Recht auf Vertretung hat keinen eigenständigen Charakter, sondern kompensiert die Beeinträchtigung des Rechts, sich zu verteidigen“.

<sup>388</sup> In der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/3562, S. 62) zur Reform des § 329 StPO heißt es nämlich explizit: „Ein ‚Recht auf Abwesenheit‘ des Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung soll hiermit nicht begründet werden.“

<sup>389</sup> Beispielhaft lassen sich die konträren Beiträge von Jäger und Volk nennen, die in der Sache nicht wesentlich über die bereits von Rieß und Stein formulierten Positionen hinausgehen. Diesen Befund konstatiert *Volk*, in: FS Böttcher, 2007, S. 64 letztlich sogar selbst.

Anwesenheitspflicht aufzeigen, die beide auf den zweitpersonalen Charakter des Strafverfahrens rekurrieren. Für den ersten möchte ich dabei das kontrovers diskutierte Minderheitsvotum der Richterinnen Nußberger und Power-Forde zu der vorgenannten Entscheidung im Fall *Neziraj/Deutschland* als Ausgangspunkt nehmen.<sup>390</sup> Diese stimmen zwar im Ergebnis der Feststellung einer Konventionsverletzung zu, bemängeln jedoch, dass der Gerichtshof das Recht auf Verteidigung als Recht auf Abwesenheit vom Gerichtsverfahren und Vertretung durch einen Anwalt interpretiere.<sup>391</sup> Anwesenheitspflicht und angemessene Verteidigung schlossen sich aber nicht aus. Es sei daher unzutreffend, das Interesse an Anwesenheit mit dem Verteidigungsinteresse des Angeklagten abzuwägen.<sup>392</sup> In diesem Zusammenhang führen sie zur Bedeutung der Anwesenheitspflicht aus:

„Anerkanntermaßen ist das rechtliche Gehör des Angeklagten eine der wesentlichen Garantien des Art. 6 der Konvention. Die andere Seite der Münze ist, dass der Angeklagte auch zuhören muss, nicht nur den an ihn gestellten Fragen, sondern auch den Vorwürfen, den Ausführungen der Zeugen und Sachverständigen und – insbesondere – den Darstellungen des Opfers seiner Leiden. Die persönliche Konfrontation mit und das Bewusstsein der öffentlichen Diskussion über das Verbrechen und die Schuld des Angeklagten ist eine Voraussetzung für eine effektive Rehabilitation und Reintegration in die Gesellschaft, die das grundsätzliche Ziel der Bestrafung ist. Auch wenn der Rechtsanwalt im Stande ist, Argumente für die Verteidigung des Angeklagten im Gerichtssaal vorzutragen, kann er seinen Mandanten nicht ersetzen. Wenn der Angeklagte nicht an der Hauptverhandlung teilnimmt, in der faktische und rechtliche Fragen diskutiert werden, verliert der Prozess seinen Hauptzweck. Aus diesem Grund hat der Gerichtshof stets betont, „dass es von überragender Bedeutung ist, dass der Angeklagte vor Gericht erscheint [...]“. Der Gesetzgeber muss dementsprechend im Stande sein, ungerechtfertigte Abwesenheit zu vermeiden“ [...].“<sup>393</sup>

Diese Bemerkungen im Sondervotum der Richterinnen Nußberger und Power-Forde sind in der Literatur auf heftige Kritik gestoßen, da eine solche

<sup>390</sup> Vgl. EGMR, StraFo 2012, 490, 492 f.

<sup>391</sup> Diese Interpretation sei allenfalls in Strafverfahrensordnungen von Konventionsstaaten, die ein Abwesenheitsverfahren grundsätzlich kennen, akzeptabel. Wo dies – wie in Deutschland – nicht der Fall sei, führe diese Interpretation zu Friktionen mit der vom Gerichtshof im Grundsatz anerkannten Bedeutung der Anwesenheit des Angeklagten vor Gericht, vgl. StraFo 2012, 490, 492. In solchen Staaten müsse der Gesetzgeber im Stande sein, ungerechtfertigter Abwesenheit entgegenzuwirken. Die Begründung des Gerichtshofes verschleife eine zentrale Unterscheidung: Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK garantiere ein Recht auf angemessene Verteidigung („legal assistance“ bzw. „l’assistance d’un défenseur“, für die Auslegung maßgeblich sind der französische und englische Text der Konvention, vgl. die Schlussklausel der EMRK), jedoch kein Recht auf Abwesenheit und Ersetzung durch einen Verteidiger.

<sup>392</sup> Vgl. StraFo 2012, 490, 493.

<sup>393</sup> StraFo 2012, 490, 493.



Begründung der Anwesenheitspflicht des Angeklagten in eklatantem Widerspruch zur Unschuldsvermutung stehe. Die Anwesenheitspflicht könne nicht darüber gerechtfertigt werden, dass das Strafverfahren selbst schon Strafzwecke verfolge, da dies die Schuld des Angeklagten bereits voraussetze.<sup>394</sup> Diese Kritik ist in der Sache jedoch nicht neu, denn sie wurde schon vor der Entscheidung des EGMR gegenüber Begründungsansätzen für die Anwesenheitspflicht geäußert, die sich ähnlich auszunehmen scheinen. So betont etwa Gollwitzer, dass der Einzelne einer Gemeinschaftsbindung unterliege, der sich der Angeklagte nicht einfach entziehen dürfe, und führt hierzu an, dass sich die

„[...] Allgemeinverbindlichkeit der Rechtsordnung als unverzichtbares Gemeinschaftsgut [...] für die Rechtsgemeinschaft augenfällig in der persönlichen Begegnung zwischen Richter und Angeklagten in der Hauptverhandlung und bei der Urteilsverkündung [zeigt]. Schon darin – und nicht nur im Vollzug der am Ende verhängten Sanktion – liegt eine general- und spezialpräventiv wirkende Funktion der Hauptverhandlung.“<sup>395</sup>

Ähnliche Gedanken scheinen sich auch bei Schild zu finden, nach dem ebenfalls schon das Verfahren selbst, an dem der Angeklagte teilnehmen müsse, eine generalpräventive Wirkung hat.<sup>396</sup> Und Freund erachtet – wenn gleich nicht unter Bezugnahme auf die Anwesenheitspflicht in der Hauptverhandlung – das Strafverfahren selbst ohne Rücksicht auf den Ausgang als angemessene Antwort auf einen im Raum stehenden Tatverdacht. Das Verfahren selbst könne

„[...] die erforderliche und angemessene Reaktion auf einen möglichen Normbruch sein und so als Mittel zur Verfolgung eines legitimierenden Zwecks dienen. Im Gegensatz zu dem wohl meist assoziierten ‚Aufklärungszweck‘ des Verfahrens

<sup>394</sup> So etwa *Püschel*, StraFo 2012, S. 493, 495 („völlige Verkenntung der Unschuldsvermutung“); *Wohlers*. FS Paeffgen, 2015, S. 630 („in keiner Weise damit [sc. der Unschuldsvermutung] zu vereinbaren“) oder *Hüls/Reichling*, StV 2014, S. 242, 246 („das Verfahren [wird] selbst zur Strafe – diese setzt aber Schuld voraus!“). Vgl. ebenso *Rösinger* 2019, S. 221; *Gaede*, ZStW 2017, S. 911, 956 f. mit Fn. 226; *Stuckenberg*. FS Paeffgen, 2015, S. 495, Fn. 97 und *Weigend*. FS Kühl, 2014, S. 959.

<sup>395</sup> *Gollwitzer*. FS Tröndle, 1989, S. 456; vgl. teilweise zustimmend auch *T. Jäger* 2005, S. 222.

<sup>396</sup> Etwa wenn *Schild* 1983, S. 93 f. davon spricht, dass es in bedeutenden Strafverfahren eine „generalpräventive Bedeutung der Hauptverhandlung“ gebe, welche verlange, die „Verhandlungen feierlich“ auszugestalten. „Die Verantwortungssituation, das Ringen um den Schuldspruch, muß ausagiert werden [...] Es bedarf der Heraushebung aus dem Alltagsleben, der Ausgestaltung zu einem Fest des Rechts (der Gerechtigkeit) [...]“. Hieran sei – so zuvor ebd., S. 58 – der Angeklagte zu beteiligen. Die „spezifische Struktur der strafrechtlichen Verantwortung“ verlange „Interaktion von Richter und Angeklagtem [...]“. Der Angeklagte wird zur Rede gestellt, er soll antworten und sich damit verantworten.“



geht es dabei – verkürzt gesprochen – eben um den u. U. eigenständig legitimierenden Zweck des ‚Zur-Rede-Stellens‘ eines möglichen Straftäters.“<sup>397</sup>

Und wie dem Sondervotum des EGMR so ist in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur auch diesen Ansätzen mit der Kritik begegnet worden, dass eine Ausgestaltung des Strafverfahrens im Lichte bestimmter Strafzwecke eine Verletzung der Unschuldsvermutung darstelle.<sup>398</sup>

Dem Sondervotum des EGMR und den zitierten Literaturstimmen gleichermaßen mit dem Vorwurf einer Verletzung der Unschuldsvermutung zu begegnen, scheint mir jedoch zu undifferenziert. Berechtigt ist der Vorwurf gegenüber Versuchen, die Anwesenheitspflicht des Angeklagten damit zu rechtfertigen, dass hierdurch *unmittelbar* Wirkungen spezial- und generalpräventiver Art erzielt werden sollen. Dies scheint mir bei Gollwitzer, Schild und – obgleich nicht auf die Anwesenheitspflicht bezogen – Freund der Fall zu sein, da hier die „persönlich[e] Begegnung zwischen Richter und Angeklagte[m]“<sup>399</sup> bzw. das „Zur-Rede-Stelle[n]“<sup>400</sup> des Angeklagten *selbst* sanktionalen Charakter haben soll. Die Hauptverhandlung, die eigentlich ein ergebnisoffenes Erkenntnisverfahren sein soll, nimmt damit der Sache nach „Elemente eines Vollstreckungsverhältnisses in sich auf“<sup>401</sup>, was implizit die Schuld des Täters voraussetzt: *Die Anwesenheit des Angeklagten ist Strafe*.

Dieser Vorwurf lässt sich jedoch bei genauer Betrachtung der Argumentation im Sondervotum den Richterinnen Nußberger und Power-Forde nicht machen. Diese schreiben dem Umstand, dass der Angeklagte, „den Vorwürfen, den Ausführungen der Zeugen und Sachverständigen und – insbesondere – den Darstellungen des Opfers [zuhören muss]“, sowie der „persönliche[n] Konfrontation mit der öffentlichen Diskussion über das Verbrechen“ gerade *keine* unmittelbar sanktionale Wirkung zu, sondern betonen lediglich, dass all dies „Voraussetzung für eine effektive Rehabilitation und Reintegration in die Gesellschaft [ist], die das grundsätzliche Ziel der Bestrafung ist“.<sup>402</sup> Nun mag man zwar darüber streiten, ob dies die Strafzwecke korrekt

<sup>397</sup> Freund, GA 1995, S. 4, 13.

<sup>398</sup> Vgl. etwa zu Gollwitzer Eisenberg, NStZ 2012, S. 63, 64 („general- oder spezialpräventive Intentionen [...] [sind] gemäß der Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK) unzulässig“); zu Schild Stein, ZStW 1985, S. 303, 326 („unter dem Gesichtspunkt der Unschuldsvermutung [...] unhaltbar“) oder zu Freund Stuckenberg, ZStW 1999, S. 422, 456 mit Fn. 173 (es „verbietet sich, das Verfahren selbst pönal zu begehen“).

<sup>399</sup> Gollwitzer. FS Tröndle, 1989, S. 456, der Sache nach ebenso Schild, vgl. Fn. 396.

<sup>400</sup> Freund, GA 1995, S. 4, 13.

<sup>401</sup> So kritisch Stuckenberg, ZStW 1999, S. 422, 458, wogegen sich die Unschuldsvermutung durch „das Verbot der Strafantezipation“ wende.

<sup>402</sup> Vgl. EGMR, StraFo 2012, 490, 493.

umschreibt. Jedenfalls erfüllt die Anwesenheit im Sondervotum der Richterinnen Nußberger und Power-Forde selbst keinen Strafzweck, sondern sie wird lediglich als Möglichkeitsbedingung für die Erreichung des Strafzwecks im Falle eines Schuldspruchs ausgewiesen.<sup>403</sup> *Die Anwesenheit des Angeklagten macht Strafe möglich.* Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung liegt hierin meines Erachtens nicht. Denn soll das Strafverfahren einerseits zur Verhängung einer Strafe gegenüber dem Täter führen *können*, ist aber andererseits die Erzielung der Strafzwecke nur möglich, wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung anwesend war, dann ist die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung Bedingung der Möglichkeit zur Durchführung des Strafverfahrens. Stünde dem die Unschuldsvermutung entgegen, dann würde sie das Strafverfahren selbst unmöglich machen.

Die Überzeugungskraft dieser Begründung der Anwesenheitspflicht hängt somit letztlich am Nachweis, dass der Strafzweck im Falle einer möglichen Verurteilung nur bei durchgehender (oder zumindest überwiegender) Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung erreicht werden kann. Ausgehend von der hier vorgestellten zweitpersonalen expressiven Straftheorie und dem zweitpersonalen Charakter des strafprozessualen Anerkennungsverhältnisses kann eine solche Begründung ein Stück weit geleistet werden: Denn besteht Kriminalunrecht in einer Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung (Verbrechen als Statusverletzung),<sup>404</sup> dann muss Strafe den Täter als gleiches und normativ kompetentes Rechtssubjekt adressieren und an ihn appellieren, die Straftat als Verletzung des Rechtsstatus anderer, dessen Achtung er ihnen schuldet, nachzuvollziehen.<sup>405</sup> Ein Verfahren, das eine so verstandene Verurteilung des Täters tragen kann, muss die Verurteilung ihm gegenüber so rechtfertigen können, dass sie bei ihm Verständnis für das Unrecht des bestraften Verhaltens hervorruft oder verstärkt. Dies wiederum erfordert, dass im Strafverfahren im Vorfeld eine gemeinsame Untersuchung und Beurteilung der vorgeworfenen Straftat durch alle Prozessbeteiligten (den Angeklagten eingeschlossen) stattfindet. Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten erweist sich insoweit als konkrete Ausgestaltung der allen Prozessbeteiligten zukommenden Pflicht, sich auf das Verfahren einzulassen und

---

<sup>403</sup> Ähnliche Überlegungen finden sich schon bei *Stein*, ZStW 1985, S. 303, 326 f.: „Eine den Angeklagten belastende präventionswirksame Ausgestaltung des Verfahrens ist [...] nur in der Weise zulässig, daß die Präventionswirkung des *Schuldspruchs* [...] verbessert wird.“ Dies sei bei der Anwesenheitspflicht der Fall, weil „[s]pezialpräventiv [...] die Anwesenheit des Angeklagten den Vorteil [hat], daß dieser das ernsthafte und sorgfältige Bemühen des Gerichts um eine gerechte Entscheidung aus unmittelbarer eigener Anschauung miterlebt, was in der Regel das Akzeptieren eines Schuldspruchs erleichtern wird [...]“.

<sup>404</sup> Vgl. dazu oben S. 132 ff.

<sup>405</sup> Vgl. ausführlich oben S. 228 ff.

daran auch mitzuwirken, um so eine Wiederherstellung des Rechts zu ermöglichen.<sup>406</sup>

Dem mag man entgegenhalten, dass die Anwesenheitspflicht des Angeklagten – wenngleich hierin kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung liege – doch zumindest den Charakter eines Sonderopfers habe. Dieses werde nur dem Angeklagten aufgebürdet, weil allein gegenüber ihm eine Strafverhängung möglich sein soll, obgleich er womöglich unschuldig ist. Dieser Einwand scheint mir insoweit berechtigt, als diese Begründung der Anwesenheitspflicht auf die Ermöglichung der Strafsanktion als Verfahrensausgang rekurriert und somit allein auf den Angeklagten anwendbar ist. Allerdings ist dies unvermeidbar, da der Gegenstand der Hauptverhandlung die Frage ist, ob sich der Angeklagte (und nicht irgendein anderer) strafbar gemacht hat. Dieses Sonderopfer bürdet die Rechtsordnung dem Angeklagten auch nicht leichtfertig auf, sondern erst bei einem hinreichenden Tatverdacht (vor Anklageerhebung und im Zwischenverfahren wiederholt festgestellt) wenn es trotz Unsicherheit über die Schuld zur Justizgewährung erforderlich ist. Nach meinem Verständnis ist die Anwesenheitspflicht somit Möglichkeitsbedingung dafür, dass der Staat seiner Strafpflicht als Teil seiner dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG entspringenden Justizgewährungspflicht nachkommen kann.<sup>407</sup> Damit lässt sich die Anwesenheitspflicht des Angeklagten auch gegenüber einem Unschuldigen (*ex post* zu Unrecht Verdächtigten) als von ihm zu erbringendes Sonderopfer rechtfertigen.<sup>408</sup>

Darüber hinaus findet diese auf die Strafsanktion als Verfahrensausgang abhebende Begründung – wie schon bei der Darstellung des zweitpersonalen Charakters des strafprozessualen Anerkennungsverhältnisses deutlich wurde – ihre tieferliegende Rechtfertigung eigentlich in der zweitpersonalen Struk-

---

<sup>406</sup> Vgl. dazu oben S. 272 ff. Es wäre daher verkürzt, die Rechtfertigung der Anwesenheitspflicht – anknüpfend an *Luhmann* 1983 (vgl. dazu oben Fn. 172) – lediglich in einer Absorption von Einwänden gegen das staatliche Strafverlangen zu sehen. Die kommunikative Einbindung des Angeklagten ist nicht Mittel zum Zweck, mögliche Einwände auszuschalten. Sie ist vielmehr Selbstzweck, da nur so der Angeklagte als normativ kompetentes Rechtssubjekt geachtet wird und eine eventuelle Strafe ihm gegenüber gerechtfertigt werden kann.

<sup>407</sup> Vgl. zur Justizgewährungspflicht BVerfG, BVerfGE 107, 395 ff. sowie zur Pflichtkomponente des staatlichen Strafanspruchs *Wolfslast* 1995, S. 97 f. Vgl. ferner zu einem Justizgewährungsanspruch des Einzelnen BVerfG, NJW 2015, 150 ff. und schon *Holz* 2007.

<sup>408</sup> Vgl. für andere Begründungsansätze, die jedoch ebenfalls auf ein aus der allgemeinen Justizpflicht begründetes Sonderopfer rekurrieren, die Nachweise in Fn. 371. Vgl. allgemein zur Rechtfertigung von Eingriffen gegenüber Unschuldigen aus dem Aufopferungs- bzw. Teilhabegedanken *Köhler*, ZStW 1995, S. 10, 20 ff. und m. w. N. *Greco* 2015, S. 306 ff. und *Rösinger* 2019, S. 171 ff.

tur rechtlich vermittelter Anerkennung. Denn der Strafprozess als zweitpersonales Anerkennungsverhältnis muss es – sofern er den Vorwurf einer Straftat und damit einer Statusverletzung zum Gegenstand hat – den Prozessbeteiligten ermöglichen, den jeweils betroffenen Rechtsstatus zweitpersonal zu behaupten und ist in diesem Sinne wesentlich konfrontativ.<sup>409</sup> Ebenso wie es nämlich dem Angeklagten (*qua* Anwesenheit) möglich sein muss, den Belastungszeugen zu konfrontieren, um seinen in der Unschuldsvermutung begründeten Status als Unschuldiger gegenüber demjenigen, der ihn in Frage stellt, zweitpersonal zu behaupten; ebenso muss es auch der Staatsanwaltschaft bzw. der Nebenklage möglich sein, den Tatvorwurf als Verletzung rechtlich geschuldeter Anerkennung an den Angeklagten zu adressieren und hierdurch ihren Rechtsstatus zweitpersonal zu behaupten. Anders gesagt: Die Anwesenheit des Angeklagten ermöglicht es den anderen Prozessbeteiligten allererst, ihre rechtlichen Anerkennungsansprüche als solche geltend zu machen.

Dies wird anschaulich, wenn wir beispielsweise nach dem Bedeutungsgehalt des Tatvorwurfs fragen, damit dieser *als* Vorwurf einer Statusverletzung interpretiert werden kann. Hierzu reicht es nämlich nicht aus, den Tatvorwurf als schlichte Verhaltensregelverletzung zu formulieren: „X wird angeklagt, diese oder jene strafrechtliche Bestimmung verletzt zu haben.“ Die Dimension der Tat, Verletzung von gegenüber anderen rechtlich geschuldeter Anerkennung zu sein, erfordert vielmehr, die in der Verhaltensregelverletzung liegende Statusverletzung offenzulegen: „X wird angeklagt, diese oder jene strafrechtliche Bestimmung verletzt und dadurch *dem* Verletzten bzw. *der* Rechtsgemeinschaft Unrecht getan zu haben.“ Und darüber hinaus erfordert es, hierbei die Anerkennungsbeziehung zweitpersonal zu aktualisieren: „*Du* wirst angeklagt, diese oder jene strafrechtliche Bestimmung verletzt und dadurch *mir* bzw. *uns* Unrecht getan zu haben.“ Wenn wir Kriminalunrecht als Statusverletzung begreifen, dann liegt es mithin im Wesen des vorgeworfenen Kriminalunrechts begründet, dass die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft (vertreten durch die Staatsanwaltschaft) bzw. der als Nebenkläger auftretende Verletzte ihren Rechtsstatus (ihre (über)individuelle Autorität als Rechtssubjekt bzw. Rechtsinhaber)<sup>410</sup> dadurch behaupten, dass sie den Tatvorwurf als zweitpersonalen Anerkennungsanspruch an den Angeklagten adressieren.

Erneut liegt darin keine Präsumtion von Unrecht und Schuld des Angeklagten, da der Rechtsstatus gegenüber der Straftat (d. h. der Statusverletzung) vorgelagert ist.<sup>411</sup> Wie das vorgenannte Beispiel zeigt, ist es gleichwohl

---

<sup>409</sup> Vgl. oben S. 275 ff.

<sup>410</sup> Vgl. dazu oben S. 184 ff.

<sup>411</sup> Vgl. oben S. 278.

zur Formulierung des Tatvorwurfs – soll dieser den spezifischen Unrechtsgehalt des Kriminalunrechts zum Ausdruck bringen – erforderlich, den Tatvorwurf an den Angeklagten zweitpersonal zu adressieren, damit dieser eine Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung zum Gegenstand hat. Hier ist auch keine Stellvertretung auf Seiten des Angeklagten durch den Verteidiger möglich, da letzterer nicht Teil der in Rede stehenden Anerkennungsbeziehung ist. Der Tatvorwurf betrifft nicht eine ihm vorgeworfene Statusverletzung des Nebenklägers oder der Rechtsgemeinschaft, sondern richtet sich an den Angeklagten.

In welchem Umfang sich auf diesem Wege eine Anwesenheitspflicht des Angeklagten begründen lässt, ist hingegen eine andere Frage. Ist hiernach nämlich die Anwesenheitspflicht das Korrelat des Rechtsanspruchs der anderen Prozessbeteiligten auf Behauptung ihres Rechtsstatus gegenüber dem Angeklagten,<sup>412</sup> so ist die Anwesenheit des Angeklagten immer dann erforderlich, wenn dieser Rechtsstatus oder seine Verletzung im Zentrum des Verfahrensgeschehens stehen. Dies gilt sicherlich für die Anwesenheit des Angeklagten bei der Anklageverlesung, bei der Vernehmung eines (womöglich als Nebenkläger auftretenden) Opferzeugen sowie bei den Abschlussplädoyers und Anträgen sowie der Urteilsverkündung. Dass es jedoch – wie es gegenwärtig nach § 230 Abs. 1 StPO der Fall ist –<sup>413</sup> der Anwesenheit für die gesamte Dauer der Hauptverhandlung (vom Aufruf zur Sache (§ 243 Abs. 1 S. 1 StPO) bis einschließlich zur Urteilsverkündung (§ 268 Abs. 1 StPO)) bedarf, lässt sich allein aus der Notwendigkeit zweitpersonaler Statusbehauptung nicht herleiten. So scheinen mir etwa ein umfangreicher Sachverständigenbeweis mit einem rein technischen Beweisthema oder Gutachten zur Schuldfähigkeit des Angeklagten trotz ihrer Relevanz für die Tat- und Schuldfrage nicht im Kern (oder zumindest nicht in dem Maße) die zweitpersonale Rechtsbeziehung des Angeklagten zu den anderen Prozesssubjekten und damit deren Recht zur Statusbehauptung zu tangieren, wie es beispielsweise bei der Vernehmung eines als Nebenkläger auftretenden Opferzeugen der Fall ist. Eine Anwesenheitspflicht für die gesamte Dauer der Hauptverhandlung lässt sich mit dem hier vorgestellten Ansatz also nur dann begründen, wenn man die zuvor genannte, auf die Ermöglichung der Strafanktion als Verfahrensausgang rekurrierende Begründung der Anwesenheitspflicht für tragfähig hält. Denn allein dann bedarf es der kommunikativen Einbindung des Angeklagten in Bezug auf alle Umstände, die im

<sup>412</sup> Vgl. zu diesem Recht auf assertorische Statusbehauptung oben S. 275 ff. und allgemein zur assertorischen Beanspruchung subjektiver Rechte oben S. 167 ff.

<sup>413</sup> Vgl. statt vieler Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 230 Rn. 5 ff.; SK-StPO-Deiters, § 230 Rn. 4 und MüKo-StPO-Arnoldi, § 230 Rn. 6, jeweils m. w. N.

Schuld- und im Rechtsfolgenausspruch für den Angeklagten von Relevanz sein können.

Außerdem stellen sich nach dem hier vorgestellten Ansatz andere Anforderungen an die Art der Anwesenheit des Angeklagten. Die gegenwärtige Diskussion um die Anwesenheitspflicht des Angeklagten dreht sich um den ausgebliebenen Angeklagten i. S. d. § 230 StPO,<sup>414</sup> welcher nicht erschienen ist, obgleich dessen Aufenthaltsort bekannt und eine ordnungsgemäße Ladung möglich war. Anwesenheit i. S. d. § 230 StPO erfordert nun nach Rspr. und h. L. zweierlei: zum einen die körperliche Anwesenheit sowie zum anderen die Verhandlungsfähigkeit, jeweils zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung.<sup>415</sup> Letztere liegt nicht vor, wenn der Angeklagte nicht in der Lage ist, seine Interessen in oder außerhalb der Verhandlung vernünftig wahrzunehmen, die Verteidigung in verständiger und verständlicher Weise zu führen sowie Prozesserkklärungen abzugeben und entgegenzunehmen.<sup>416</sup> Maßgeblich ist insoweit, ob grundsätzlich ein hinreichender Reifegrad und die Fähigkeit zur Willensbildung und -betätigung gegeben sind.<sup>417</sup> Diese von der h. M. vorgenommene (wenn auch zum Teil stark kritisierte)<sup>418</sup> Ausdehnung des Begriffs der Abwesenheit auf den verhandlungsunfähigen Angeklagten macht deutlich, dass es bei der An- bzw. Abwesenheit um den Angeklagten nicht als Körper und Augenscheinsobjekt, sondern als Person und Prozesssubjekt geht. Denn Persönlichkeit erschöpft sich im allgemeinen wie juristischen Sprachgebrauch nicht in bloßer Körperlichkeit, sondern setzt die Fähigkeit zu sinn-

---

<sup>414</sup> Dieser ist vom abwesenden Beschuldigten i. S. v. § 276 StPO zu unterscheiden. Das Erscheinen des letzteren kann wegen unbekanntem Aufenthaltsort bzw. Aufenthalt im Ausland nicht erwirkt werden. Nachdem das Kontumazialverfahren im engeren Sinne abgeschafft wurde (vgl. dazu *Dünnebier*: FS Heinitz, 1972, S. 669 ff. und *Oppe*, ZRP 1972, S. 56 ff.), findet gegen einen solchen *abwesenden Beschuldigten* eine Hauptverhandlung unter keinen Umständen statt. Vgl. auch *T. Jäger* 2005, S. 9 f. und *Neuhaus* 2000, S. 2 f.

<sup>415</sup> Vgl. nur die Nachweise bei Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 230 Rn. 14 f.; SK-StPO-Deiters, § 230 Rn. 5 f.; *T. Jäger* 2005, S. 7 ff. und *Neuhaus* 2000, S. 14 ff.

<sup>416</sup> Vgl. statt vieler m. w. N. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, Einleitung, Rn. 97 f.; KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 327 f.; *Beulke/Swoboda* 2020, Rn. 431, S. 277 und *Neuhaus* 2000, S. 17.

<sup>417</sup> Vgl. BGH, NSTZ 1984, 520 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, Einleitung Rn. 97 und § 230 Rn. 8; KK-StPO-Gmel, § 230 Rn. 3 und *Neuhaus* 2000, S. 29. Leichte oder kurzfristige Beeinträchtigungen (darunter auch Schlaf) sowie etwaige Geschäftsunfähigkeit sind grundsätzlich unerheblich.

<sup>418</sup> Vgl. dazu *Küper*, JuS 1972, S. 127, 129 f., *Welp*, JR 1991, S. 265, 266; KMR-StPO-Eschelbach, § 230 Rn. 25 f. (1980) und SK-StPO-Deiters, § 230 Rn. 7. Nach diesen lässt sich allgemein- wie fachsprachlich nicht von einem *Ausbleiben* sprechen, wenn der Angeklagte körperlich anwesend sei. Dies bekräftigt auch die systematische Zusammenschau mit § 231 und § 231a Abs. 1 StPO, die deutlich auf die physische Anwesenheit abstellen.



hafter und vernünftiger Interaktion voraus.<sup>419</sup> Als Person anwesend bzw. gegenwärtig ist der Angeklagte daher nur, insofern er hierzu hinreichend in der Lage ist. Nur dann kann er das Verfahren als Prozesssubjekt aktiv mitgestalten.

Ungeachtet der Frage, ob dies als Auslegung von § 230 StPO ein gangbarer Weg ist,<sup>420</sup> kommt es jedenfalls aus Sicht des hier vorgestellten Verfahrensverständnisses mit Blick auf dessen zweipersonalen Charakter ersichtlich nicht auf die physische Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung an. Vielmehr geht es allein um die Möglichkeit sinnhafter und persönlicher Interaktion. Für diese würde es allerdings auch ausreichen, den Angeklagten im Wege audio-visueller Übertragung am Verfahren zu beteiligen. Der Einsatz solcher Telekommunikationsmittel zur Ersetzung physischer Anwesenheit ist bereits in engem Rahmen möglich. Zu nennen ist insbesondere die – gegenüber einem Vorgehen nach § 247 S. 2 StPO vorzuziehende –<sup>421</sup> audiovisuelle Vernehmung von Zeugen nach § 247a StPO.<sup>422</sup> Wie weit hingegen in der praktischen Umsetzung der Einsatz von Telekommunikationsmitteln die physische Anwesenheit ersetzen kann, ist eine andere Frage. So müsste sichergestellt werden, dass ein audio-visuell der Hauptverhandlung zugeschalteter Angeklagter tatsächlich der Verhandlung folgt und somit zu sinnhafter und vernünftiger Interaktion in der Lage ist. Prinzipiell spricht aus Sicht des hier verfolgten Ansatzes jedenfalls nichts dagegen, die physische

<sup>419</sup> In diese Richtung gehen bereits auch Küper, JuS 1972, S. 127, 129f. und KMR-StPO-Eschelbach, § 230 Rn. 25 und 30 (1980), obwohl sie i. E. eine Überdehnung des Wortlauts annehmen.

<sup>420</sup> Es erscheint zumindest fraglich, ob Wortlaut und Systematik der Vorschrift diese Auslegung zulassen (vgl. die Argumente in Fn. 418). Dagegen spricht ferner der Wille des historischen Gesetzgebers, dem es gerade um die Sicherstellung der *physischen* Anwesenheit des Angeklagten ging (vgl. die Betonung der *Gestellung* und *Vorführung* des Angeklagten in K. Hahn 1880–1886, Abt. 1, S. 185), und zum anderen der Rückschluss aus den in §§ 230 Abs. 2, 231 Abs. 1 S. 2 StPO vorgesehenen Zwangsmaßnahmen. So lässt sich mittels Haftbefehl, Vorführungsanordnung oder Ingewahrsamnahme nur die physische Anwesenheit, mitnichten aber die Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten herstellen.

<sup>421</sup> Mit dem 1. OpferRRG ist die ehemalige – und vielfach kritisierte, vgl. Nachweise bei Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 247a Rn. 4 – Subsidiaritätsklausel des § 247a StPO gestrichen worden. Es bedarf danach immer einer Abwägung im Einzelfall, um Zeugenschutz, Aufklärungspflicht und Verteidigungsinteressen bestmöglich zum Ausgleich zu bringen. § 247 StPO verdiene daher im Anwendungsbereich des § 247a StPO nur dann den Vorzug, wenn der Zeuge einer persönlichen Zuwendung und Ansprache bedürfe oder – wie etwa in Fällen kinderpornographischer Aufnahmen – eine Scheu des kindlichen Zeugen vor einer Kameraaufzeichnung bestehe, vgl. BT-Drucks 15/1976 S. 12 und Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, § 247a Rn. 4.

<sup>422</sup> Vgl. für eine Ausweitung audio-visueller Kommunikationsmittel bei Vernehmungen Eser, et al., GA 2014, S. 1, 43 ff.



Anwesenheit des Angeklagten auf diesem Wege zu ersetzen. Denn die physische Anwesenheit ist nicht Selbstzweck, sondern soll eine Interaktion zwischen den Verfahrensbeteiligten ermöglichen.

Mithin lassen sich aus dem hier vorgestellten Verständnis von Kriminal-unrecht und Strafverfahren zwei Gründe ableiten, die für eine Pflicht des Angeklagten zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung sprechen: Zum einen lässt sich die Anwesenheitspflicht damit begründen, dass eine Sanktion des Angeklagten ein möglicher Ausgang des Verfahrens sein muss, was – wenn diese Sanktion im Sinne des dargestellten zweitpersonalen Strafverständnisses zu verstehen ist – die kommunikative Einbindung des Angeklagten in das Verfahren erfordert. Zum anderen lässt sich die Anwesenheitspflicht als Korrelat des Rechts zur Statusbehauptung darauf stützen, dass es dem Nebenkläger und der durch die Staatsanwaltschaft vertretenen Rechtsgemeinschaft (zumindest zeitweise) möglich sein muss, die Anerkennung des ihnen zukommenden Rechtsstatus zweitpersonal einzufordern.

*Prima facie* reicht diese letztgenannte Begründung der Anwesenheitspflicht ersichtlich über eine bloße Anwesenheitspflicht des Angeklagten hinaus. Geht es im Strafverfahren nämlich um zweitpersonale rechtlich vermittelte Anerkennungsansprüche sowie deren Verletzung und ist für die zweitpersonale Statusbehauptung die Konfrontation der Prozessbeteiligten erforderlich, so lässt sich dies nicht nur für eine Anwesenheit des Angeklagten ins Feld führen. Vielmehr spricht es auch dafür, ebenfalls den Nebenkläger (ebenso wie den Privatk Kläger) zumindest zeitweise zur Anwesenheit im Verfahren zu verpflichten: Wenn dieser im Verfahren seinen Rechtsstatus gegenüber dem Angeklagten geltend machen kann, so muss es auch dem Angeklagten prinzipiell möglich sein, ihm gegenüber rechtliche Anerkennung einzufordern.<sup>423</sup> Nur so lässt sich das Strafverfahren – trotz konfligierender Anerkennungsansprüche – als ein Prozess begreifen, der auf eine gemeinschaftliche Wiederherstellung einer rechtlich vermittelten Anerkennungsbeziehung abzielt.<sup>424</sup>

---

<sup>423</sup> Vgl. dazu schon oben S. 278 f. sowie – wenngleich auf § 247 S. 2 StPO bezogen – oben S. 287 ff. So kann die Unschuldsbehauptung eines Angeklagten nur dann als Statusbehauptung begriffen werden, wenn sie an den Verletzten, der als Nebenkläger oder Opferzeuge auftritt, zweitpersonal adressiert wird. Die Unschuldsvermutung ist nach hiesigem Verständnis ein zweitpersonaler Rechtsstatus des Angeklagten, dessen Anerkennung er rechtlich einfordern können muss: „Erkennt mich in meinem ungeschmäleren Status als gleiches Mitglied der Rechtsgemeinschaft an!“

<sup>424</sup> An dieser Stelle möchte ich die Frage, wie weit eine solche Anwesenheitspflicht des Nebenklägers reichen würde und wie sie sich praktisch umsetzen ließe (etwa ob sie durchgehend oder nur zum Teil erforderlich ist oder ob sie physische Anwesenheit erfordert oder auch eine audio-visuelle Zuschaltung genügt), nicht im Einzelnen beantworten. Zumindest scheinen mir prozessökonomische Gründe (etwa eine drohende Überfrachtung des Strafverfahrens) *prima facie* nicht dagegen zu spre-

Hierin zeigt sich aus meiner Sicht, dass das Strafverfahren ein Prozess ist, bei dem sich *alle* Rechtssubjekte auf die gemeinsame Untersuchung und Beurteilung der vorgeworfenen Straftat einlassen müssen.

#### **4. Eine veränderte Stellung des Verletzten im Strafverfahren – Mögliche Einwände**

Wir können an dieser Stelle festhalten: Dass Kriminalunrecht bei Verletzung von disponiblen Individualrechtsgütern auch als Verletzung subjektiver Rechte zu verstehen ist und den Charakter einer Statusverletzung aufweist, stellt eine normative Begründung für eine – sowohl was Verfahrenseinleitung als auch Verfahrensteilhabe anbelangt – selbstständige und mit Aktivrechten einhergehende Verfahrensstellung des Verletzten dar. Damit vermittelt der hier entwickelte Unrechtsbegriff dem Verletzten eine normativ gänzlich andere Stellung zur Straftat und zu dessen Aufarbeitung. Angesichts dessen scheint es mir möglich zu sein, auch gut auf zwei Kritikpunkte reagieren zu können, die häufig an einer zu starken Verletztenbeteiligung im Strafverfahren geäußert werden: das Problem einer „Privatisierung“ des Strafverfahrens sowie das Problem einer unzulässigen Berücksichtigung privater Genugtuungsbedürfnisse. Auf diese möchte ich eingehen, um die hier vorgestellte Sicht auf das Strafverfahren abschließend nochmals zu präzisieren und mögliche Bedenken auszuräumen.

##### **a) Gefährdung des staatlichen Strafanspruchs?**

Häufig wird mit einer zu starken Verletztenbeteiligung die Befürchtung verbunden, es komme hierdurch zu einer Gefährdung des hoheitlichen Strafverfahrens und des staatlichen Strafanspruchs. Allerdings erscheint eine „Privatisierung“ des Strafverfahrens nur dann problematisch, wenn sich das von der Staatsanwaltschaft im Allgemeininteresse betriebene öffentliche Strafverfahren und eine strafrechtliche Konfliktbewältigung durch Private als unvereinbare Alternativen gegenüberstehen. Nur dann trifft es zu, dass es „[s]taatliches Strafrecht“ und öffentliches Strafverfahren allein im Wege der

---

chen, da diese prinzipiell auch gegen das gesetzlich vorgesehene Anwesenheitsrecht des Nebenklägers sprechen würden. Fraglich erscheint es mit Blick auf die Ausführungen zu § 247 S. 2 StPO (vgl. oben S. 288 ff.) jedenfalls auch, Ausnahmen von einer solchen Anwesenheitspflicht auf die – implizit eine Schuld des Angeklagten präsupponierende – Gefahr einer Sekundärviktimisierung zu stützen. Ein endgültiges Urteil hierüber erforderte jedoch eine eingehende Auseinandersetzung mit gegenläufigen Erwägungen des Opferschutzes im Strafverfahren, vgl. oben S. 293 sowie unten Fn. 478.

„Neutralisierung des Opfers“ geben kann.<sup>425</sup> Nur dann kommt – so die Kritik – eine zu starke Stellung des Verletzten (sowohl was Verfahrenseinleitung als auch die Stellung im Verfahren anbelangt) einer „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens<sup>426</sup> und einer Gefährdung des staatlichen Strafanspruchs gleich.<sup>427</sup>

Wie wir gesehen haben, besteht hierzu jedoch formal-normativ betrachtet – d. h. nach der Struktur des verwirklichten Unrechts – kein Anlass: Wenn bei Verletzung disponibler Individualrechtsgüter die Rechtsverletzung des Einzelnen und die Rechtsverletzung der Allgemeinheit nicht alternativ zueinander stehen, sondern unterschiedliche Ebenen des verwirklichten Kriminalunrechts abbilden, ist eine streng dichotome Konfliktbewältigung im Strafverfahren nicht angezeigt. Vielmehr ist es mit Blick auf das Ineinandergreifen von objektiv-rechtlicher und subjektiv-rechtlicher Dimension von Kriminalunrecht normativ gerechtfertigt, beiden Ebenen der Rechtsverletzung im Strafverfahren gemeinsam Rechnung zu tragen.<sup>428</sup> Sicherlich: Soweit man unter dem staatlichen Strafanspruch die „hoheitliche Befugnis zur Bestrafung“<sup>429</sup> versteht, so kann es nach dem hier verfolgten Ansatz nicht darum gehen, das Strafmonopol mit Blick auf die Verhängung von Strafen aufzuweichen. Soweit jedoch der Strafanspruch darauf bezogen wird, „die Erfüllung der staatlichen Strafpflicht zu verlangen“<sup>430</sup>, mithin die Sanktion von Kriminalunrecht einzufordern, dann kommt es – wie bereits festgestellt – auf der Begründungsebene dieses Anspruchs entscheidend darauf an, *wem* durch eine Straftat Unrecht getan wird. Derjenige, dem Unrecht getan wird, kann *prima facie* auch dessen Sanktion gerichtlich einfordern.<sup>431</sup>

---

<sup>425</sup> Angelehnt an Hassemer 1990, S. 72, wonach „[s]taatliches Strafrecht [...] mit der Neutralisierung des Opfers [entsteht]“.

<sup>426</sup> Rieß, ZIS 2009, S. 466, 477.

<sup>427</sup> Kritik in dieser Richtung findet sich – freilich im Einzelnen verschieden – etwa bei Jahn 2009, S. 30; K. Schroth, NJW 2009, S. 2916, 2918 f.; Safferling, ZStW 2010, S. 87, 89 f. und Anders, ZStW 2012, S. 374, 405. Vgl. kritisch auch Lüderssen. FS Hirsch, 1999, S. 887 f.; Schünemann, ZIS 2009, S. 484, 492 und Bung, StV 2009, S. 430, 434 ff. und 436 ff. sowie Bung/Jahn, StV 2012, S. 754, 759 f.; in der Tendenz ebenso SK-StPO-Velten, Vor §§ 374–406h Rn. 9 und 70. Vgl. überdies die Nachweise bei Bader 2019, S. 70 ff.

<sup>428</sup> Vgl. nochmals oben S. 184 ff. und S. 250 ff.

<sup>429</sup> Roxin/Schünemann 2017, § 12 Rn. 7, Fn. 1.

<sup>430</sup> So Goldschmidt 1925, S. 243 f., Fn. 1327, nach dem „[d]as Anklagerecht [...] das Recht [ist], die Erfüllung der staatlichen Strafpflicht zu verlangen“. Vgl. darauf beziehungsweise Roxin/Schünemann 2017, § 12 Rn. 7, Fn. 1 und Anders, ZStW 2012, S. 374, 405. Hierauf stellen in der Sache bspw. auch Jahn 2009, S. 29 f.; Safferling, ZStW 2010, S. 87, 89 f. oder zuletzt Bader 2019, S. 68 ff. und 202 ff. ab.

<sup>431</sup> Vgl. oben S. 47 f. und S. 250 ff. Vgl. im Ergebnis ähnlich auch Sarhan 2006, S. 220 ff.

Danach folgt mit Blick auf die Struktur des Kriminalunrechts ein *staatlicher* Strafanspruch daraus, dass der Staat bzw. die staatlich verfasste Allgemeinheit durch eine Straftat verletzt wird. Dies ist nach dem hier verfolgten Ansatz mit Blick auf das in der Straftat liegende Moment der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormübertretung stets der Fall. *E contrario* kann ein staatlicher Strafanspruch jedoch in seiner *Ausschließlichkeit* nicht mehr aufrechterhalten werden, wenn sich eine Straftat nicht nur als Verletzung der Allgemeinheit und Rechtsbruch im Subordinationsverhältnis von Staat und Täter darstellt. Genau dies hat die vorliegende Untersuchung mit der nachgewiesenen subjektiv-rechtlichen Dimension von Kriminalunrecht gezeigt.<sup>432</sup> Vor diesem Hintergrund lassen sich die *de lege lata* anzutreffenden Verfahrensrechte des Verletzten (sowohl was Verfahrenseinleitung als auch die Stellung im Verfahren anbelangt) zwar als „Teilprivatisierung der strafrechtlichen Anklage“<sup>433</sup> bewerten, für welche sich aber angesichts des subjektiv-rechtlichen Gehalts des im Strafprozess verhandelten Unrechts eine materielle Begründung anführen lässt. Mithin liegt darin, dass der Verletzte einer Straftat eine Verletzung in *eigenen* Rechten geltend machen kann, die Begründung für seinen Anspruch auf Erfüllung der staatlichen Strafpflicht und auf Teilhabe im staatlichen Strafverfahren. Zur Klarstellung: Wenn ich mich hier für eine solche „Teil-Privatisierung“ des staatlichen Strafanspruchs ausspreche, dann geht es mir nicht um eine Wiedereinführung der Privatfehde. Es geht mir vielmehr darum, die Verfahrensstellung des Verletzten *im hoheitlichen* Strafverfahren damit zu begründen, dass hierdurch die intersubjektiven Unrechtsbeziehungen auf Grundlage des hier entwickelten materiellen Unrechtsbegriffs konstruktiv nachgezeichnet werden.

Diese Argumentationsweise ist im Kern auch nicht neu: Die in diesem Kapitel bereits angesprochenen expressiven Straftheorien, die die Strafsanktion auch als eine Solidarisierung mit dem Opfer deuten, weil Strafe die reaktiven Einstellungen des Opfers aufgreife und als institutionalisiertes Unwerturteil die Grenze zwischen Recht und Unrecht affirmativ bekräftige, begründen dies zum Teil ebenfalls mit der Betroffenheit des Opfers in eigenen

---

<sup>432</sup> Damit ist – wie ich an dieser Stelle betonen möchte – nicht gesagt, dass der Verletzte auch entscheidenden Einfluss auf das Strafmaß bekommt. Der Anspruch auf Erfüllung der staatlichen Strafpflicht, insoweit es sich bei Kriminalunrecht aus Sicht des Verletzten um eine Verletzung subjektiver Rechte handelt, impliziert keinen Anspruch auf eine bestimmte Straftat und -höhe. Vgl. im Ergebnis ebenso *Kölbel*, StV 2014, S. 698, 702; *Weigend*, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 52 f.; *Holz* 2007, S. 135 und *Hörnle*, JZ 2006, S. 950, 956. Dies ist mit dem Ausschluss der rechtsfolgenbezogenen Rechtsmittelbefugnis der Nebenklage (§ 400 Abs. 1 StPO) *de lege lata* auch anerkannt.

<sup>433</sup> So in kritischer Absicht *Jahn* 2009, S. 30.

Rechten.<sup>434</sup> Und auch mit Blick auf die staatliche Justizgewährungspflicht im Bereich des Strafrechts wird in der Begründung häufig auf eine individuelle Rechtsverletzung und einen daraus resultierenden Strafanspruch des Einzelnen rekurriert. Die staatliche Straf- und Strafverfolgungsgewalt gehe nämlich auf individuelle Strafansprüche zurück, auf welche der Einzelne im Zuge der Vergesellschaftung verzichtet habe. Stellvertretend für diese erstmals bei John Locke im *Second Treatise*<sup>435</sup> anzutreffende Begründung lassen sich Roxin und Schünemann anführen, wenn sie betonen, dass

„[d]as Recht zu strafen [...] heute dem Staat vorbehalten [ist]. [...] Wenn der Staat Privatrache und Fehden, wie sie im Mittelalter weithin üblich waren, grds. verbietet, erwächst ihm daraus als Kehrseite die Pflicht, selbst für den Schutz seiner Bürger Sorge zu tragen und Vorschriften zu schaffen, die eine staatliche Verfolgung und Überführung des Rechtsbrechers ermöglichen und den Rechtsfrieden durch endgültigen Abschluss des Verfahrens erneuern.“<sup>436</sup>

Die bisherigen Untersuchungsergebnisse erlauben es nun, dem seit jeher zur Begründung des staatlichen Strafanspruchs bemühten individuellen Strafanspruch ein normatives Fundament zu geben und das Verhältnis von individuellem und staatlichem Strafanspruch differenziert zu betrachten. Danach ist die Verfahrensstellung des Verletzten gewissermaßen nur der prozessuale Reflex einer subjektiven Rechtsverletzung auf Ebene des materiellen Strafrechts, ohne dass hierdurch die überindividuelle Unrechtsdimension aufgehoben würde. Bedenken, es handle sich beim individuellen Strafanspruch des Tatopfers um „einen gewissermaßen naturrechtlichen Anspruch des Individuums“, der außerdem nicht dem Umstand Rechnung trage, dass „staatliche Strafe etwas kategorial anderes als die Privatgenugtuung“<sup>437</sup> sei, sind damit unbegründet. Denn die Ausführungen in Kapitel B. und C. haben ja gerade gezeigt, dass sich die subjektiv-rechtliche Dimension von Kriminalunrecht

<sup>434</sup> Vgl. oben S. 233 ff. So etwa Hörnle 2017, S. 43: „Opfer können sich darauf berufen, dass der Täter ein ihnen zustehendes subjektives Recht missachtet hat und deshalb der Staat als Garant dieses Rechts ihnen gegenüber eine Feststellungspflicht hat.“

<sup>435</sup> Vgl. Locke 1689 (1980), §§ 7 ff. und 87 f.

<sup>436</sup> Roxin/Schünemann 2017, § 1 Rn. 2. Vgl. ähnlich bspw. auch Abraham 2019, S. 236 f.; Beulke/Swoboda 2020, Rn. 8; Heger, JA 2007, S. 244; Görg 1995; H. J. Hirsch. GS Kaufmann, 1989, 704 f.; Henkel 1968, S. 15 f. und Schmidt 1952, Rn. 1 ff. Diese gedankliche Rekonstruktion lässt sich – zumindest interpretativ – auch der Begründung eines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf effektive Strafverfolgung durch das Bundesverfassungsgericht entnehmen, wenn es besonders herausstellt, dass sich ein solcher Anspruch gerade im „Vertraue[n] in das Gewaltmonopol des Staates“ gründet (vgl. BVerfG, NJW 2015, 150) und dazu Abraham 2019, S. 236 sowie Bader 2019, S. 202 ff.

<sup>437</sup> So Weigend, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 45 unter Verweis auf Holz 2007, S. 60; vgl. im Ergebnis ebenso Kleinert 2008, S. 288 f.

aus der Struktur des positiven Rechts und der hierzu entwickelten Strafrechtsdogmatik begründen lässt.<sup>438</sup> Die Vorstellung ist zurückzuweisen, dass es sich bei Straftaten „nicht (mehr) um einen Bürger-Bürger-(Rechts-)Konflikt handelt“, sondern ausschließlich um ein „Dreiecksverhältnis mit dem Staat an der Spitze“, bei dem normativ betrachtet die zwischen den Bürgern bestehende „Dreiecksbasis leer [bleibt]“<sup>439, 440</sup> Es ist vielmehr, wie ich im Vorigen zu zeigen versucht habe, gerade der intersubjektive Rechtsbruch, der es erlaubt, den Individualkonflikt zwischen Täter und Opfer in den Vordergrund des prozessualen Vorgehens zu rücken. Daher kann nicht von einer Preisgabe des staatlichen Strafanspruchs und einer Gefährdung des hoheitlichen Charakters des Strafverfahrens gesprochen werden, wenn dieser intersubjektive Rechtsbruch im Strafverfahren konstruktiv nachverfolgt wird.

### **b) Unzulässige Berücksichtigung privater Genugtuungsbedürfnisse?**

Doch vielleicht liegt das Problem einer zu starken Prozessstellung des Verletzten gar nicht in einer Preisgabe des staatlichen Strafanspruchs, sondern in der hiermit verbundenen Anerkennung von privaten Genugtuungsbedürfnissen. Man mag zugestehen, dass sich aus der Struktur des verwirklichten materiellen Unrechts das prozessuale System aus öffentlicher Anklage sowie selbstständiger und mit umfassenden Aktivrechten einhergehender Verfahrensstellung des Verletzten auf Voraussetzungsebene normativ begründen lässt. Gleichwohl sei – so mag man einwenden – eine Marginalisierung der Verletztenstellung im Strafverfahren geboten, weil anderenfalls „eine rationale Konfliktverarbeitung als Ziel des rechtsstaatlichen Strafverfahrens“<sup>441</sup> gefährdet sei.

---

<sup>438</sup> Vgl. oben S. 106 ff. und zur Begründungsinsensitivität sowie positiv-rechtlichen Verankerung meines Ansatzes oben S. 171 f. und S. 206 ff.

<sup>439</sup> So Holz 2007, S. 60, beipflichtend Weigend, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 45. Der Sache nach ähnlich begründet Bader 2019, S. 186 ff., insb. 208 ff. Verfahrensrechte von Verbrechenopfern „nur“ aus dem Schutznormcharakter der individualrechtsgüterschützenden Straftatbestände, der eine Opferbeteiligung im Strafprozess verlange. Damit konstruiert sie ebenfalls das für die Verfahrensstellung konstitutive materielle Rechtsverhältnis „über Eck“.

<sup>440</sup> Vgl. erneut oben S. 106 ff. sowie mit Blick auf die intersubjektive Statusverletzung als Wesensmerkmal des Kriminalunrechts oben S. 179 ff. und 184 ff.

<sup>441</sup> Jahn 2009, S. 29. Vgl. auch Bung, StV 2009, S. 430, 432 und 437, der die mit dem rechtsstaatlichen Strafrecht erreichte „Emanzipation [der Strafverfolgung] von Verfolgungsaffekten“ gefährdet sieht. Vgl. erneut m.w.N. Bung/Jahn, StV 2012, S. 754, 760. Für eine Zurückdrängung der Opferrolle zur Gewährleistung der Rationalität und Sachlichkeit des Strafprozesses argumentieren auch schon Lüderssen. FS Hirsch, 1999, S. 879 f. und 887 f. und Schünemann, StV 1998, S. 391 ff.



Die hierin zum Ausdruck kommende Besorgnis einer drohenden Irrationalität des Strafverfahrens, lässt sich – anknüpfend an die meines Erachtens gleichermaßen zutreffende und konzise Rekonstruktion Sarhans<sup>442</sup> – genealogisch darauf zurückführen, dass im Bemühen um eine Zentralisierung und Rationalisierung der Strafgewalt private Vergeltungs- und Genugtuungsbedürfnisse zurückgedrängt wurden: Von der germanischen Zeit bis zum aufgeklärten Absolutismus habe der Staat die strafrechtliche Konfliktbewältigung zunehmend an sich gezogen. Der Verletzte sei sukzessive aus dieser verdrängt worden, die Straftat im Gegenzug als vertikaler, hoheitlich zu bewältigender Konflikt begriffen worden. Noch im germanischen Recht habe die Folgenbewältigung einer Straftat in der Hand von Verletztem und Täter (bzw. deren Sippen) gelegen, da ersterer zur Rache befugt gewesen sei, welche letzterer durch Sühneleistungen abgelten konnte. Sei die Konfliktregelung somit auf eine horizontale Aussöhnung zwischen den Konfliktparteien ausgerichtet gewesen, habe sich dies mit der königlichen Exilierungsbefugnis,<sup>443</sup> mit der Etablierung von Landfrieden und Gottesfrieden<sup>444</sup> sowie vor allem mit der Einführung des Inquisitionsprozesses<sup>445</sup> sukzessive geändert. Das Strafverfahren spielte sich zunehmend vor allem vertikal im Verhältnis von Staat und Täter ab. Neben fiskalen und machtpolitischen Interessen sei hierfür gerade im aufgeklärten Absolutismus ursächlich gewesen, dass „[e]in Strafverfahren, das wie der Anklageprozess [...] durch ‚Rachgier, Zorn, Gähheit‘ des Opfers veranlasst wurde, [...] dubios und nicht mehr legitimierbar [erschieden]“. Insoweit der aufgeklärte Monarch „Rationalität und Gerechtigkeit verkörperte, erschien der in den Händen der Obrigkeit liegende Strafprozess als Ausfluss dieser Vollkommenheit und Rationalität“.<sup>446</sup>

Mir kommt es an dieser Stelle nicht darauf an, die historischen und ideengeschichtlichen Zusammenhänge *en détail* nachzuzeichnen, sondern ein *prima facie* plausibles genealogisches Erklärungsmuster dafür anzubieten,

<sup>442</sup> Vgl. Sarhan 2006, S. 26 ff. und 53 ff., dessen Darstellung ich hier grob nachzeichne, sowie dies affirmativ aufgreifend Abraham 2019, S. 237 ff. Vgl. zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts auch die Darstellungen bei SK-StPO-Velten, Vor §§ 374–406h Rn. 56 ff.; Kleinert 2008, S. 131 ff.; Görg 1995, S. 15 ff. sowie die Beiträge in Lüderssen (Hrsg.), 2002.

<sup>443</sup> Diese bestand gegenüber demjenigen, der sich der Sühneleistung widersetzte, vgl. dazu m. w. N. Sarhan 2006, S. 56 ff.

<sup>444</sup> Insoweit diese allgemein der ritterlichen Privatfehde entgegenwirken sollten, vgl. dazu m. w. N. Sarhan 2006, S. 59 ff.

<sup>445</sup> Vgl. Sarhan 2006, S. 62 ff.: „Denn durch diese Prozessform wurde offenbar, dass der Staat gegen den Willen der Parteien inquirieren und strafen konnte, was nur dann einen Sinn ergab, wenn die Tat nicht ausschließlich etwas Besonderes zwischen diesen Parteien darstellte, sondern auch etwas Allgemeines, nämlich einen vertikalen Konflikt zur mächtigen Obrigkeit [...]“.

<sup>446</sup> Vgl. Sarhan 2006, S. 64 f.



warum das Strafverfahren heute als hoheitliche Aufgabe begriffen wird, bei der private Genugtuungsbedürfnisse eigentlich keine Rolle zu spielen haben: In dem Maße, in dem die Straftat zunehmend einer professionellen, entemotionalisierten Bewältigung zugeführt werden sollte, musste es im Strafverfahren zwangsläufig um hoheitliche Konfliktbewältigung gehen. Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob diese historische Errungenschaft des Strafverfahrens verloren geht, wenn bspw. der Zweck der Nebenklage vielfach in Vergeltungs- und Racheinteressen des Verletzten gesehen wird<sup>447</sup> oder – obgleich nicht mehr unmittelbar die Verfahrensstellung des Verletzten betreffend –<sup>448</sup> die Befriedigung von Genugtuungsbedürfnissen zum Gegenstand der Strafbegründung gemacht wird<sup>449</sup>. Liegt hierin eine Brutalisierung des Gemeinwesens, das Rachewünsche des Opfers aufgreift?<sup>450</sup>

Ich denke nicht. Ein Problem für ein rechtsstaatliches Strafverfahren entsteht meines Erachtens nur dann, wenn Genugtuungs- und Vergeltungsbedürfnisse konzeptuell mit rein emotionalen, nicht-normativ begründbaren Opferreaktionen identifiziert werden. Vor dem Hintergrund der bisherigen Untersuchungsergebnisse ist eine solche Identifikation jedoch zurückzuweisen. Bereits die vorangegangenen straftheoretischen Betrachtungen haben gezeigt, dass bei Verletzung von Individualrechtsgütern sowohl in unpersönlichen reaktiven als auch persönlichen reaktiven Einstellungen, denen durch die Strafsanktion Ausdruck verliehen wird, normative Ansprüche reflektiert werden: einerseits das subjektive Recht des Verletzten auf Befolgung der

<sup>447</sup> Vgl. etwa BGH, BGHSt 28, 272; KK-StPO-Walther, § 395 Rn. 1; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, Vor § 395, Rn. 1; Engländer 2018, § 39 Rn. 18 sowie hierzu kritisch HK-GS-Rössner, § 395 StPO Rn. 3; Barton 2013, S. 56 f.; Safferling, ZStW 2010, S. 87, 94 f. und Altenhain, JZ 2001, S. 791, 794 f.

<sup>448</sup> Da kein Ableitungszusammenhang zwischen der Berücksichtigung des Verletzten auf Ebene des Strafgrundes und seinen Beteiligungsrechten im Strafprozess besteht, so auch Weigend, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 54; Hörnle 2017, S. 41 und Abraham 2019, S. 232 f. Auch wenn kein Ableitungszusammenhang bestehen mag, so besteht – wie im Folgenden deutlich wird (vgl. S. 316 ff.) – gleichwohl ein Begründungszusammenhang, da die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Verletzten in Straftheorie und Strafverfahren nach meinem Verständnis gleichermaßen darauf zurückgeht, dass dieser in eigenen Rechten verletzt ist.

<sup>449</sup> Vgl. etwa – obgleich das Genugtuungsinteresse straftheoretisch unterschiedlich aufgreifend – J. Weber 1997; Holz 2007, S. 122 ff.; Weigend, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 42 ff.; Hörnle 2017, S. 36 ff. sowie Abraham 2019, S. 230 ff.

<sup>450</sup> Gegen eine solche wenden sich Hassemer/Reemtsma 2002, S. 126. Vgl. kritisch gegenüber einer Berücksichtigung von Genugtuungs- bzw. (z.T. eigentlich dahinterstehend vermuteten) Rachebedürfnissen des Verletzten in Strafverfahren bzw. Straftheorie auch Schünemann, NStZ 1986, S. 193, 197; H. J. Hirsch, GS Kaufmann, 1989, S. 714 f. Prittwitz 2000, S. 54; Bung/Jahn, StV 2012, S. 754, 760 f.; Barton 2013, S. 56 f. mit Fn. 39 Köbel, StV 2014, S. 698, 701 ff. oder Jeroschek, JZ 2000, S. 185, 193: „Zur Begründung der Strafe taugen Rachebedürfnisse des Opfers nicht.“

strafbewehrten Verhaltenspflicht, andererseits der allen zukommende Anspruch auf allgemeine Normgeltung.<sup>451</sup> Anders gesagt: Der Verletzte ist normativ berechtigt, ein Genugtuungsbedürfnis<sup>452</sup> zu äußern. Trägt das Strafrecht diesem Umstand straftheoretisch Rechnung, kann insoweit von der Irrationalität eines Genugtuungs- bzw. Vergeltungsverlangens nicht die Rede sein. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang Holz<sup>453</sup> berechtigter Hinweis auf die Bedeutung des Begriffs *Genugtuung* in rechtlichen Kontexten. Alltagssprachlich reichte und reicht diese von „befriedigung von ansprüchen“<sup>454</sup>, über „Wiedergutmachung eines Unrechts“<sup>455</sup> bis zu „Entschädigung für ein zugefügtes Unrecht“<sup>456</sup> und auch die ältere juristische Literatur bezieht *Genugtuung* auf die „Besänftigung des verletzten Rechtsgefühls“<sup>457</sup>. Mithin ist *Genugtuung* trotz der Unschärfe des Begriffs<sup>458</sup> mitnichten auf Rachegelüste des Verbrechensofopfers zu reduzieren, sondern erlaubt gerade im Rechtskontext ein Verständnis als von der Rechtsordnung anerkannte und damit normativ adäquate Verletztenreaktion.<sup>459</sup>

Während dies in straftheoretischen Zusammenhängen vermehrt auf Beifall stößt,<sup>460</sup> werden hieraus häufig jedoch keine Schlüsse auf die Verfahrensstellung des Verletzten gezogen. Auch wenn also bejaht wird, dass Strafgesetze institutionell fixieren, „welche *reactive attitudes* [sc. die Genugtuungs- und Empörungseinstellungen des Verletzten] als berechtigt anerkannt sind“<sup>461</sup>, betreffe dies nicht unmittelbar das Prozessrechtsverhältnis, da

---

<sup>451</sup> Vgl. oben S. 233 ff. und S. 184 ff.

<sup>452</sup> Ob und inwieweit Opfer von Straftaten tatsächlich solche Genugtuungsbedürfnisse haben und ob diese Bedürfnisse eine bestimmte Sicht auf das Strafverfahren bzw. einen Wunsch nach Teilhabe daran motivieren, ist eine empirische Frage, die jenseits meiner Untersuchungsfrage liegt. Vgl. zu empirischen Studien hierzu grundlegend Kilchling 1995; ferner Sautner 2010, S. 141 ff. sowie teils kritisch SK-StPO-Velten, Vor §§ 374–406h Rn. 29 ff.

<sup>453</sup> Holz 2007, 133 f.

<sup>454</sup> J. Grimm/W. Grimm 1897 (1984), Bd. 5, Sp. 3517.

<sup>455</sup> Brockhaus Enzyklopädie Online 2021.

<sup>456</sup> Vgl. Duden 2021, Eintrag „Genugtuung“.

<sup>457</sup> Stoll 1964, S. 149 ff.; vgl. auch Niemeyer 1972, S. 38 m. w. N.

<sup>458</sup> Diese konstatieren auch Weigend, JR 1990, S. 29, 30; J. Weber 1997, S. 31 ff. und Holz 2007, S. 133. Grund hierfür mögen auch die anderen Bedeutungsdimensionen, gerade in nicht-rechtlichen Kontexten, sein (vgl. dazu die Nachweise in Fn. 454 ff.).

<sup>459</sup> Ähnliches lässt sich für den Begriff *Vergeltung* feststellen, bezüglich dessen in der deutschen Strafrechtswissenschaft bis heute ebenfalls kein Konsens darüber besteht, welche Bedeutung er genau hat. Vgl. dazu m. w. N. Klocke/Henning, StV 2014, S. 370 ff.

<sup>460</sup> Vgl. die Nachweise oben Fn. 103 ff. sowie zur diesbezüglichen Kritik die Nachweise in Fn. 450.

<sup>461</sup> Abraham 2019, S. 246.

„[...] deren Anwendung professionalisierten Akteuren übertragen [ist]: nämlich der Staatsanwaltschaft [...]. Dass sie eingehegt, rationalisiert und limitiert wurden, ist die zügelnde Leistung der Institutionalisierung, die vor solchen willkürlichen Reaktionen bewahrt, die dem – womöglich noch dazu affektgesteuerten – Sanktionsbedürfnis des Verletzten entspringen.“<sup>462</sup>

Wenn ein Begründungszusammenhang zwischen straftheoretischer Berücksichtigung des Verletzten und seiner Stellung als Prozesssubjekt abgelehnt wird, scheint dies darauf zurückzuführen zu sein, dass die normative Anerkennung von Genugtuungs- und Vergeltungsbedürfnissen zur Begründung von Verfahrensrechten als unvereinbar mit der die Ergebnisoffenheit des Prozesses festschreibenden Unschuldsvermutung erachtet wird. „Genugtuungswünsche des Verletzten gegenüber dem Täter [können] erst dann berücksichtigt werden [...], wenn die Täterschaft feststeht – und das heißt nicht vor Rechtskraft des Urteils.“<sup>463</sup> Die straftheoretische Anerkennung von Genugtuungsverlangen wirke sich nicht auf die Verfahrensstellung des Verletzten aus, weil Genugtuung zu üben nicht Sache des Verletzten im Verfahren sei, sondern Genugtuung erst *ex post* von staatlicher Seite „durch die Primärsanktion in Form des Schuldspruch repräsentiert [wird]“<sup>464</sup>.

Dies ist zweifelsohne zutreffend, sofern man – im Sinne einer expressiven Straftheorie – darunter die Repräsentation der Genugtuungsbedürfnisse des Verletzten durch einen gerichtlichen Schuldspruch begreift, durch welchen die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft ihre Solidarisierung mit dem Opfer erklärt, weil Strafe als institutionalisiertes Unwerturteil die Grenze zwischen Recht und Unrecht affirmativ bekräftigt und so dem Verletzten signalisiert, dass ihm vom Täter zu verantwortendes Unrecht widerfahren ist.<sup>465</sup> Von dieser normativen Anerkennung privater Genugtuungsbedürfnisse durch Repräsentation der selbigen im Schuldspruch ist jedoch die normative Anerkennung privater Genugtuungsbedürfnisse zu unterscheiden, die dadurch erfolgt, dass dem Verletzten die Möglichkeit eingeräumt wird, im Strafprozess rechtlich vermittelte Anerkennungsansprüche zu stellen. Wie soeben dargestellt, gründet sich der Anerkennungsanspruch des Verletzten, der als Privat- oder Nebenkläger auftritt, auf seinen positiv-rechtlich konstituierten Rechtsstatus, dessen Verletzung den Gegenstand des Tatvorwurfs bildet. In dieser Hinsicht ist seine Privat- bzw. Nebenklagebeteiligung stets Ausdruck einer rechtlich fundierten Genugtuungsforderung. Dies steht jedoch nicht in Wi-

<sup>462</sup> Abraham 2019, S. 246.

<sup>463</sup> Weigend, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 54. Vgl. gegen einen Ableitungszusammenhang zwischen Berücksichtigung des Verletzten auf Ebene des Strafgrundes und seinen Beteiligungsrechten im Strafprozess auch Hörnle 2017, S. 41 und Abraham 2019, S. 232 f.

<sup>464</sup> Holz 2007, S. 134.

<sup>465</sup> Vgl. dazu m. w. N. oben S. 234 ff.

derspruch zur Unschuldsvermutung, da dieser Rechtsstatus der fraglichen Straftat vorgelagert ist und unabhängig von der Schuld des Angeklagten von der Rechtsordnung anerkannt wird. Außerdem ist mit Blick auf das gemeinsame Ziel der Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung unklar, auf welchem Weg diese erfolgen wird. Erst durch das rechtskräftige Urteil wird durch Frei- oder Schuldspruch allgemeinverbindlich festgestellt, welcher der konfligierenden Anerkennungsansprüche tatsächlich (durch die Straftat bzw. durch die unberechtigte Verfahrenseinleitung) verletzt ist.<sup>466</sup>

Angesichts dessen haben private Genugtuungsbedürfnisse bereits im Strafverfahren ihren Platz, insoweit sie Ausdruck rechtlicher Anerkennungsansprüche sind und dem gemeinsamen Ziel des Strafverfahrens, nämlich der Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung, dienen. Der Nebenkläger der sich in seinen Rechten verletzt glaubt, mag zwar mit seiner Verfahrensbeteiligung Genugtuungsbedürfnisse verfolgen, die auf eine Sanktion des Angeklagten abzielen. Gleichwohl hat die Verfahrensbeteiligung selbst keinen sanktionalen Charakter. Sie ist auch nicht irrational, da sie – wie das gesamte Strafverfahren überhaupt – der Rechtsbehauptung dient, insofern die aktiven Verfahrens- und Teilhaberechte des Nebenklägers allein die Aufklärung der Tat- und Schuldfrage und damit die Wiederherstellung des Rechts bezwecken.<sup>467</sup> Umgekehrt kann daher nicht mehr von einer legitimen Verfahrensbeteiligung gesprochen werden, wenn diese einen therapeutischen oder sanktionalen Charakter erhält und nicht mehr als Rechtsverwirklichung begriffen werden kann. Unzulässig sind daher Verfahrensbefugnisse, die dem Verletzten ein „therapeutisches“ Recht auf Gehör“ verschaffen sollen oder ihm eine „Sanktionierung des Angeklagten“<sup>468</sup> ermöglichen.

Als paradigmatisches – und partiell mit § 69 Abs. 2 S. 3 StPO bereits im deutschen Recht angekommenes – Negativ-Beispiel hierfür lassen sich die im anglo-amerikanischen Strafverfahren üblichen *Victim Impact Statements* (VIS)<sup>469</sup> anführen, insb. insoweit diesen eine kathartische („powerful cathar-

<sup>466</sup> Vgl. dazu oben S. 275 ff.

<sup>467</sup> Damit ist der Beteiligung des Verletzten, der das Verfahren als Nebenkläger betreibt, insoweit Raum zu geben, als dies der Feststellung einer staatlichen Strafpflicht und der hierfür erforderlichen Aufklärung der Tat- und Schuldfrage dient. Hierunter fallen etwa die *de lege lata* anzutreffenden bestehenden Erklärungs-, Frage-, Antrags- und Rechtsmittelbefugnisse des Nebenklägers nach §§ 397 Abs. 1, 400 StPO. Eine solche Verfahrensbeteiligung macht, auch wenn sie dem Verletzten faktisch die Möglichkeit zur Verfolgung privater Vergeltungs- und Genugtuungsbedürfnisse einräumt, die strafrechtliche Konfliktbewältigung *per se* nicht irrational.

<sup>468</sup> So die treffende – obgleich von anderen Prämissen ausgehende – Kritik bei Anders, ZStW 2012, S. 374, 407.

<sup>469</sup> In England und Wales handelt es sich um die – funktional im Wesentlichen gleichen – *Victim Personal Statements* (VPS), welche etwa mit Blick auf Strafmaß-

sis“)<sup>470</sup> Bedeutung zukommen soll.<sup>471</sup> Konkret äußert sich dies etwa darin, dass zulässiger Äußerungsinhalt im Rahmen eines VIS nicht nur die Tat- und Schuldfrage betreffende Angaben sind, sondern auch rechtlich unmaßgebliche Informationen zur Person des Verletzten<sup>472</sup>, Meinungsäußerungen<sup>473</sup> sowie Strafmaßempfehlungen des Verletzten.<sup>474</sup> Jedoch dient das Strafverfahren nicht der emotionalen Konfliktbewältigung des Opfers, sodass Verfahrensbefugnisse abzulehnen sind, deren primäre Funktion darin liegt, ein verfahrensrechtliches Ventil für die Aufarbeitung des Geschehenen zu bieten. Vor diesem Hintergrund ist daher – mit Blick auf das deutsche Strafverfahren – stets nach der normativen Rückbindung von Genugtuungsinteressen an das Verfahrensziel der Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung zu fragen. Wenn also die Forderung erhoben wird, „vom Rechtsbruch zum Realkonflikt“<sup>475</sup> überzugehen und der zwischenmenschlichen Konfliktlage und den damit verbundenen Interessen des Verletzten im Strafverfahren angemessen Rechnung zu tragen, so muss dies eine normative Rechtfertigung im Kriminalunrecht und darauf aufbauend im Ziel des Strafverfahrens, Rechtsverwirklichung zu sein, finden.<sup>476</sup>

---

empfehlungen jedoch gegenüber den US-amerikanischen VIS deutlich restriktiver sind. Vgl. dazu Göhler 2019, S. 335 ff.

<sup>470</sup> Zitiert nach Hanloser 2010, S. 22 mit Fn. 98.

<sup>471</sup> Die VIS dienen darüber hinaus dem Interesse des Opfers an einer Bestrafung des Täters sowie an der Vermeidung einer Sekundärviktimsierung, vgl. dazu eingehend und m. w. N. Hanloser 2010, S. 20 ff. und Göhler 2019, S. 143 ff.

<sup>472</sup> Etwa von Hinterbliebenen von Tötungsdelikten über die gemeinsame Zeit und den Charakter des Getöteten, vgl. m. w. N. Hanloser 2010, S. 31 f.

<sup>473</sup> Vgl. m. w. N. Hanloser 2010, S. 32 f. Diese können sogar beleidigend sein (etwa, dass der Angeklagte „ein Stück Dreck“ sei, zitiert nach ebd., S. 33).

<sup>474</sup> Vgl. m. w. N. Hanloser 2010, S. 33 und Göhler 2019, S. 145.

<sup>475</sup> In Anspielung auf die gleichnamige Monographie von S. Walther 2000.

<sup>476</sup> Dies geschieht in unterschiedlich starkem Maße; deutlich etwa bei Sarhan 2006, S. 220 ff., wenn er Genugtuungsbedürfnisse des Verbrechensofers auf einen intersubjektiven Rechtsbruch zurückführt und in diesem auch die Rechtfertigung für die Verfahrensstellung des Privat- und Nebenklägers sieht. Auch bei S. Walther 2000, S. 250 ff. (vgl. auch schon S. Walther, ZStW 1999, S. 123, 128 ff.) findet eine normative Rückbindung statt, insofern der Realkonflikt nicht auf einen empirisch-sozialen Konflikt auf intersubjektiver Ebene reduziert wird, sondern in Kontinuität zum klassischen Verständnis von der Straftat als öffentlicher Rechtsverletzung gesetzt wird. Gleichwohl betont S. Walther, GA 2007, S. 615, 617 ff., dass nach ihrem Verständnis die Straftat als Realkonflikt auch eine „Verantwortungsübernahme des Täters in einem auf [...] soziale Tatbewältigung gerichteten Sinn“ verlange, was (so ebd., S. 623, Fn. 51) auch die Möglichkeit für jeden Verletzten verlange, sich – nach dem Vorbild der VIS – über die Tatfolgen und die Rechtsfolgen der Tat frei zu äußern. Auch Weigend, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 55 spricht davon, dass die Möglichkeit der Verletzten, „ihre Meinung und ihre Gefühle kundtun zu können[,] [...] in einer rechtsstaatlichen, an den Bedürfnissen der Bürger orientierten Strafrechtspflege ei-

Auch wenn mithin kein Ableitungszusammenhang zwischen straftheoretischer Berücksichtigung und Verfahrensstellung des Verletzten besteht, so sind die normativen Gründe, die die Anerkennung von Genugtuungsverlangen in der Straftheorie als berechtigt und rational ausweisen, letztlich dieselben wie im Strafverfahren. Denn die Berücksichtigung des Verletzten in Straftheorie und Strafverfahren ist nach meinem Verständnis gleichermaßen darauf zurückzuführen, dass dieser über einen von der Strafrechtsordnung anerkannten Rechtsstatus verfügt, dessen mutmaßliche Verletzung Gegenstand des Strafverfahrens ist. Die Straftheorie trägt der (festgestellten) Verletzung dieses Status Rechnung. Das Strafverfahren ermöglicht seine Behauptung. Damit ist der Verletzte normativ berechtigt, im Rahmen des gemeinsamen Ziels einer Wiederherstellung rechtlicher Anerkennung ein Genugtuungsbedürfnis im Verfahren zu äußern bzw. zu verfolgen. Diesem Umstand hat das Strafverfahren durch Verfahrensbefugnisse, die auf die Aufklärung der Tat- und Schuldfrage zielen, Rechnung zu tragen. Umgekehrt ist eine emotionale Konfliktbewältigung nicht genuine Aufgabe des Strafverfahrens. Etwaigen – mitunter affektbedingten – Ausbrüchen in diese Richtung kann im Rahmen der richterlichen Verfahrensleitung adäquat begegnet werden, ohne dass hierdurch die Rationalität der strafprozessualen Konfliktbewältigung desavouiert würde.

### c) „Monokausale“ Begründung der Verletztenstellung?

Lässt sich also – rückblickend – weder normativ (Stichwort: „Preisgabe des staatlichen Strafanspruchs“) noch faktisch (Stichwort: „drohende Irrationalität des Strafverfahrens“) überzeugend begründen, den durch eine Straftat verletzten Rechtsinhaber aus der strafprozessualen Konfliktbewältigung weitgehend herauszuhalten, so spricht dies für die Richtigkeit des eingangs geforderten Gleichlaufs von materiell-rechtlicher Rechtsverletzung und prozessrechtlicher Rechtsverfolgung. Dass bei Verletzung disponibler Indivi-

---

gentlich selbstverständlich sein [sollte]“ und möchte – *Weigend* 1989, S. 515f. – das Recht auf Gehör auch über die Nebenklage hinaus im Sinne der dargestellten VIS erweitern. Dies dürfe jedoch nur im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben für die Strafzumessungsentscheidung Einfluss auf die gerichtliche Entscheidung haben (ebd., S. 516). Ein Recht des Opfers auf rechtliches Gehör sieht auch Art. 3 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI des Rates über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (ABl. EG L 82/1) vor, dessen Mindestvorgaben jedoch nicht die Reichweite von VIS erreichen (vgl. dazu eingehend *Hanloser* 2010 und *Göhler* 2019, S. 143 ff.). Vgl. zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses *Wannek*, jurisPR-StrafR 2016. Vgl. vor diesem Hintergrund für eine emotionale Konfliktbewältigung des Opfers argumentierend *Göhler* 2019, S. 489 ff., insb. 502 ff., die diese jedoch aus dem eigentlichen Strafprozess durch ein zusätzliches Verfahren ausgliedern möchte, vgl. dazu auch unten S. 322 f.



dualrechtsgüter das Kriminalunrecht sowohl auf objektiv-rechtlicher als auch auf subjektiv-rechtlicher Ebene zu verorten ist, rechtfertigt das prozessuale System aus öffentlicher Anklage sowie selbstständiger und mit umfassenden Aktivrechten einhergehender Verfahrensstellung des Verletzten. Und weil überdies ein subjektiv-rechtliches Unrechtsverständnis die Straftat spezifisch als Statusverletzung ausweist, ist das Prozessrechtsverhältnis als zweipersonales Anerkennungsverhältnis zu interpretieren.

Es widerspräche jedoch meiner Intention, falls dies als eine einen Ausschließlichkeitsanspruch erhebende, „monokausale“ Begründung der Verfahrensstellung des Verletzten verstanden würde.<sup>477</sup> Die vorstehenden Ausführungen zeigen lediglich auf, inwiefern die konzeptuelle Erfassung von Kriminalunrecht als Rechtsverletzung und damit verbunden als Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung zu einem besseren Verständnis der gegenwärtigen Verletztenbeteiligung im Strafverfahren beiträgt und für welche Änderungen sie *de lege ferenda* aus Kohärenzgründen spricht. Die in den Kapiteln B. und C. für die Analyse des materiellen Strafrechts herangezogenen Kriterien der subjektiven Rechts- und Statusverletzung sind jedoch weder für das Strafrecht noch für das Strafverfahrensrecht entwickelt worden, sondern können lediglich dem Recht und der Rechtsdogmatik immanente normative Strukturen aufdecken und zum Ausgangspunkt einer normativen Kritik erklären. Sie als universales Richtmaß für die StPO hochzustilisieren, wäre unredlich, zumal die StPO ein austariertes und spezialisiertes Regelungsgefüge darstellt, das vielen anderen Faktoren ebenfalls Rechnung trägt und tragen muss.

Einer dieser Faktoren, dem auch bei der Begründung der Verletztenstellung im Strafverfahren eine Bedeutung maßgebliche zugeschrieben wird, ist zweifelsohne die faktische Betroffenheit des Verletzten und der Schaden, den der Täter dem Verletzten empirisch zugefügt hat. Dieser empirischen Verbrechensdimension kann der hier vorgestellte Ansatz, der ausschließlich die normative Betroffenheit des Verletzten abbildet, nicht Rechnung tragen. Dass mein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht gewissermaßen auf dem empirischen Auge blind ist, heißt jedoch nicht, dass es in dieser Hinsicht nicht ergänzungsfähig ist. So lässt sich dafür argumentieren, dass dem erlittenen Schaden des Verletzten nicht nur durch das Zivil-, sondern auch durch das Strafrecht in Form einer Wiedergutmachung (wie sie heute bspw. in § 46a StGB, §§ 155af. StPO eine Rolle spielt) Rechnung zu tragen sei:<sup>478</sup> etwa indem man – wie bspw. Walther – dafür argumentiert, dass sich

---

<sup>477</sup> Vgl. zum Erklärungsanspruch der hier vollzogenen immanenten Rechtskritik auch schon oben S. 214 ff.

<sup>478</sup> Ich beschränke mich mit Blick auf die Bedeutung, die die faktische Betroffenheit bei der Begründung der Verletztenstellung im Verfahren haben soll, im Wesent-



die Straftat nicht ohne Inbezugnahme der Realdimension des Verbrechens als Verletzung öffentlicher Interessen begreifen lasse,<sup>479</sup> oder – wie es Sarhan vorschlägt – im Rahmen einer personalen Straftheorie die Kriminalstrafe auf die Vergeltung der gekränkten Gefühle des Opfers zurückführt.<sup>480</sup> Wenn sich hierdurch im Verhältnis zum hier vorgestellten Ansatz im Einzelnen Friktionen auf Begründungsebene ergeben, so ist das meines Erachtens ein Stück weit hinzunehmen. Denn es wäre eine überzogene Erwartung, die Stellung des Verletzten und alle Formen seiner Beteiligung im Verfahren auf ein Prinzip zurückzuführen. Während sich etwa – wie gezeigt – Privat- und Nebenklage mit dem hier vertretenen Ansatz normativ gut begründen lassen, so gilt dies bspw. nicht mit Blick auf den Täter-Opfer-Ausgleich, soweit dieser auf einen *materiellen* Schadensausgleich rekurriert (§ 46a Nr. 2 StGB). Hier bedarf es anderer Begründungsansätze, die in der Lage sind, dem physischen Schaden bzw. Opferleiden eine straf- und strafverfahrensrechtliche Relevanz beizumessen.<sup>481</sup> Gleichwohl bleibt es dann noch möglich, eine in ihrer Tragweite abgeschwächte Form meiner Thesen zu übernehmen (etwa zur besagten Begründung von Privat- und Nebenklage).

Damit will ich jedoch nicht einem Begründungsrelativismus das Wort reden. Auch wenn mein Ansatz nicht für eine kongruente 1:1-Übernahme in die StPO herangezogen werden kann, so zeigt er gleichwohl rote Linien auf, die mit Blick auf die Verletztenstellung im Strafverfahren nicht widerspruchsfrei überschritten werden können. Diese Linien verlaufen entlang der

---

lichen auf die Frage einer Wiedergutmachung zugunsten des Opfers. Mindestens ebenso bedeutsam und diskussionsbedürftig wäre jedoch eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern der Verletzte in seiner Rolle als Opferzeuge vor einer Sekundär-*viktimisierung* zu schützen ist. Dies gilt umso mehr, als ich vorstehend (vgl. oben S. 288 ff.) mit Blick auf § 247 S. 2 StPO für eine restriktive Auslegung plädiert habe. Eine umfassende Auseinandersetzung mit der Frage, ob und in welchen Grenzen dem Opferschutz Vorrang vor den Verteidigungsrechten des Angeklagten (zu deren Kernbereich meiner Ansicht nach das Konfrontationsrecht gehört) zu gewähren ist, kann hier jedoch nicht geleistet werden. Diese erforderte eine eingehende Erfassung und Bewertung der Belastungen des Opferzeugen (vgl. dazu m. w. N. nur *Maaß* 2012, S. 17 ff.), der rechtlichen Begründung des Opferschutzes im Strafverfahren (vgl. dazu m. w. N. nur *Wollmann* 2009, S. 33 ff.) und schließlich eine Abwägung mit den Verteidigungsrechten des Angeklagten (inbegriffen einer Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit durch Einsatz audio-visueller Medien eine praktische Konkordanz erreicht werden kann), vgl. hierzu neben den vorgenannten Autorinnen auch *Bader* 2019, S. 93 ff.

<sup>479</sup> Vgl. *S. Walther* 2000, S. 218 ff.

<sup>480</sup> Vgl. *Sarhan* 2006, S. 220 ff.

<sup>481</sup> Die Frage, ob dies erfolgreich und überzeugenwd gelingen kann, möchte ich an dieser Stelle offenlassen. Mir geht es alleine darum, dass die hier vorgelegte Begründung der Verfahrensstellung des Verletzten prinzipiell durch andere Begründungsansätze ergänzungsfähig ist.

Frage, die auch im Zentrum dieser Untersuchung steht: nämlich ob sich Kriminalunrecht dogmatisch in einer Rechtsverletzung im Verhältnis von strafandrohendem Staat und Täter erschöpft oder zusätzlich eine Betroffenheit des Verletzten in eigenen normativ relevanten Positionen abbildet – und hieran anknüpfend, wie das Strafverfahren dem Rechnung zu tragen hat. In dieser Frage erscheinen jedoch nicht alle Begründungsansätze, die für eine Berücksichtigung der Realdimension des Verbrechens sowie faktischer Opferinteressen argumentieren, mit dem meinigen kompatibel. Deutlich zeigt sich dies etwa bei Lüderssen und Göhler, die für eine Opferbeteiligung *außerhalb* des Strafjustizsystems argumentieren. Während nämlich Walther und Sarhan für eine stärkere Berücksichtigung des Verletzten *im* Strafverfahren streiten, weil sie ebenso wie ich das herkömmliche Verständnis der Straftat als vertikaler Konflikt im Verhältnis von Täter und staatlich verfasster Rechtsgemeinschaft aufbrechen wollen,<sup>482</sup> halten Lüderssen und Göhler genau hieran fest.

So fordert Lüderssen ein „nicht-strafrechtliches Ausgleichssystem mit klarer und legitimer Interessenzuweisung“<sup>483</sup>, weil sich das Strafrecht durch seinen Gemeinwohlbezug und den Strafanspruch des Volkes auszeichne, was eine Berücksichtigung von Genugtuungsinteressen des Verletzten im Straf-

---

<sup>482</sup> Ein in der kritischen Stoßrichtung nahezu kongruentes Programm verfolgt *Sarhan* 2006, S. 220 ff. und 227 ff., da es auch ihm darum geht den „Genugtuungsbedürfnissen des Opfers ([dem] Besondere[n]) im Strafrecht“ eine eigenständige normative Relevanz in der Kriminalunrechtsbestimmung neben der Verletzung der „für das Strafrecht bedeutsamen höheren Ordnung (des Allgemeinen)“ zuzumessen. Nur bedingt gilt dies für den Ansatz von *S. Walther* 2000. Auch sie möchte das herkömmliche Verständnis der Straftat als vertikaler Konflikt im Verhältnis von Täter und staatlich verfasster Rechtsgemeinschaft überwinden. Anders als ich möchte sie jedoch nicht eine individuelle Unrechtsdimension, die die Straftat auch normativ als horizontalen Konflikt zwischen Täter und Verletztem ausweist, in den klassischen Verbrechensbegriff integrieren. Vielmehr möchte sie in der Unrechtsbestimmung die grundlegende Unterscheidung zwischen Straftat und zivilrechtlichem Delikt aufgeben, da sich das bürgerliche Deliktsrecht nicht ohne Gemeinbezug auf Verletzung privater Interessen reduzieren lasse und sich umgekehrt das Strafrecht nicht ohne Inbezugnahme der Realdimension des Verbrechens als Verletzung öffentlicher Interessen begreifen lasse (vgl. ebd., S. 207 ff.). Daher sei die Deutung der Straftat als Rechtsbruch im Subordinationsverhältnis um einen Realkonflikt zu ergänzen, welcher Wiedergutmachung als eigenständige strafrechtliche Reaktionsform (neben Strafe und Maßregeln) verlange (vgl. ebd., S. 281 ff.). Damit divergiert Walthers Ansatz, wie diese holzschnittartige Skizze zeigt, in verschiedener Hinsicht deutlich von dem meinigen: die Trennung von Zivil- und Kriminalunrecht wird ein Stück weit aufgegeben; am klassischen Verbrechensbegriff wird im Grunde festgehalten; stattdessen soll durch das eigenständige Unrechtselement des Realkonflikts der personalen Kränkung des Opfers durch die Straftat Rechnung getragen werden.

<sup>483</sup> *Lüderssen*. FS Hirsch, 1999, S. 889; dagegen jedoch *Krauß*. FS Lüderssen, 2002, S. 276 ff.

verfahren (wie auch in der Straftheorie) verbiete.<sup>484</sup> Diese Diagnose teilt auch Göhler, obgleich sie anders als Lüderssen ihre Forderung nach einem opferzentrierten Parallelsystem nicht primär auf das Interesse des Opfers an materieller Kompensation gründet,<sup>485</sup> sondern auf die Befriedigung individueller Genugtuungsinteressen. Denn die behauptete Notwendigkeit eines vom Strafjustizsystem unabhängigen und daher „additiven Betroffenenforums“<sup>486</sup>, speist sich unter anderem aus ihrer vorangegangenen Analyse, dass „[n]ach der Dogmatik im deutschen Recht [...] das konstruktive Element einer Straftat die Verletzung eines ideell-abstrahierten Rechtsguts bzw. einer abstrakten Norm [ist], das bzw. die der Gesamtgesellschaft zugeordnet ist.“ Wenn aber eine Straftat „als Unrecht gegenüber der Rechtsgemeinschaft als Ganzer konzipiert“ sei, dann gehe „es im Strafverfahren um das Interesse der Allgemeinheit an der Reaktion auf eine mögliche Verletzung ihrer Interessen“.<sup>487</sup>

Ungeachtet der Tatsache, dass sich schon aus praktischen Gründen die „Verbindung mit dem Strafverfahren gegen den Tatverdächtigen auf[drängt], da dort ja die gleiche Materie zu verhandeln ist und da der Urteilsspruch gegen den Täter dem Opfer die gewünschte verbindliche Feststellung der Verantwortlichkeit bringt“,<sup>488</sup> ist diese der Trennungsthese zugrunde liegende Analyse falsch. Denn angesichts der Ergebnisse dieser Untersuchung gibt es eine subjektiv-rechtliche Dimension von Kriminalunrecht, sodass die Schlussfolgerung verfehlt ist, den Bedürfnissen des Verletzten in einem vom eigentlichen Strafverfahren abgetrennten Parallelverfahren Rechnung tragen zu müssen. Meiner Ansicht nach bildet die Erkenntnis, dass Kriminalunrecht eine Unrechtsdimension aufweist, die es erlaubt die Verfahrensstellung des Verletzten aus seiner Betroffenheit in eigenen normativ relevanten Positionen zu rechtfertigen, die zuvor angesprochene rote Linie, jenseits derer dogmatische Theoriebildung im Bereich des Straf- und Strafverfahrensrechts mit dem hier vertretenen Ansatz unvereinbar ist. Ist es jedoch möglich, diesen von mir herausgestellten Aspekt im Grundsatz zu integrieren,<sup>489</sup> so ist die

<sup>484</sup> Vgl. Lüderssen 2012, S. 466, insb. 470 ff.; Lüderssen. FS Hirsch, 1999, S. 887 ff. und zum von ihm konstatierten Gemeinwohlbezug des Strafrechts Lüderssen, StV 2004, S. 97, 100 f. Vgl. damit sympathisierend auch Galen, StV 2013, S. 171 ff.

<sup>485</sup> Angesichts einer „grandiose[n] Unterversorgung des Opfers durch das Zivil- und Sozialrecht“ (Lüderssen 2000, S. 70) will Lüderssen. FS Hirsch, 1999, S. 890 ff. vordringlich das Schadensersatzsystem durch ein sozialrechtliches System öffentlicher Opferentschädigung ergänzen.

<sup>486</sup> Vgl. zu dessen Ausgestaltung im Einzelnen Göhler 2019, S. 489 ff.

<sup>487</sup> Vgl. Göhler 2019, S. 357 ff. und dazu auch bereits oben S. 252 ff.

<sup>488</sup> Weigend, Rechtswissenschaft 2010, S. 39, 50, Fn. 52; vgl. ebenso Dölling. FS Jung, 2007, S. 81 f.

<sup>489</sup> Dies ist etwa bei Sarhan und Walther, vgl. oben S. 321, trotz der in Fn. 482 festgestellten Unterschiede der Fall.

hier dargestellte Begründung der Prozessstellung des Verletzten prinzipiell durch andere Begründungsansätze ergänzungsfähig. Welche weiteren Kriterien nach diesen aber auch zu berücksichtigen sein mögen, so sind sie jedenfalls zum subjektiv-rechtlichen Charakter von Kriminalunrecht in Verhältnis zu setzen und sollten – so möglich – hierzu in praktische Konkordanz gebracht werden.

## E. Resümee und Schlussbetrachtung

Nunmehr können wir zu der Frage zurückkehren, mit der diese Untersuchung ihren Anfang genommen hat: *Wem* geschieht eigentlich Unrecht, wenn Straftaten begangen werden? Und wir können auf Grundlage der Analyse des Strafrechts und der hierzu entwickelten Dogmatik eine Antwort auf diese Frage geben: Soweit es disponible Individualrechtsgüter betrifft, stellt sich Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte des Rechtsgutsinhabers *und gleichzeitig* als Verletzung der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft in ihrem Anspruch auf Einhaltung der strafrechtlich sanktionierten Verhaltenserwartungen dar. Und gerade weil Kriminalunrecht bei Verletzung von Individualrechtsgütern gleichzeitig als subjektiv-rechtliche Rechtsverletzung und als gesamtgesellschaftlich-rechtlicher Konflikt zu begreifen ist, rechtfertigt dies im Strafprozess ein Nebeneinander von öffentlicher Klage durch die Staatsanwaltschaft und individueller Verfolgung durch den Verletzten. Im Folgenden möchte ich die zurückliegenden Argumentationsschritte, die zu diesem Untersuchungsergebnis geführt haben – das Verbrechen als Verletzung subjektiver Rechte (E.I.), den Aspekt der Statusverletzung als Charakteristikum dieses subjektiv-rechtlichen Unrechtsverständnisses (E.II.) sowie die Rolle, die darauf aufbauend subjektive Rechte und Anerkennung im Straf- und Strafverfahrensrecht spielen (E.III.) – rekapitulieren und rückblickend den meines Erachtens zentralen Ertrag dieser Untersuchung herausstellen (E.IV.).

### I. Das Verbrechen als Rechtsverletzung: Kapitel B.

Aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht ist es in doppelter Hinsicht ungewohnt, das Verbrechen als Verletzung subjektiver Rechte zu begreifen: Zum einen betrachtet der überwiegende Teil der deutschen Strafrechtslehre Kriminalunrecht als Verletzung eines abstrakt-ideellen Rechtsguts bzw. einer öffentlich-rechtlichen Norm im Subordinationsverhältnis zwischen Täter und strafandrohendem Staat. Ein etwaiges subjektives Recht des Verletzten auf Unterlassen der Straftat spielt keine Rolle. Vielmehr ist der Verletzte lediglich die „empirische Leinwand“, auf der sich der Normbruch im Subordinationsverhältnis manifestiert. Zum anderen sind *subjektive Rechte* keine klassische Kategorie der Strafrechtsdogmatik, sodass es nicht weit führt, das positive Straf(verfahrens)recht aus strafrechtsdogmatischer Sicht auf einen

subjektiv-rechtlichen Gehalt hin zu befragen. Um vor diesem Hintergrund zu untersuchen, ob und inwieweit der Straftat eine subjektiv-rechtliche Unrechtsdimension zukommt, habe ich daher in dieser Untersuchung methodisch den Weg einer immanenten Rechtskritik beschritten: Diese trägt nicht normative Vorgaben „von außen“ an das Strafrecht heran, sondern entwickelt das Potenzial für eine kritische Bewertung des Strafrechts und seiner Dogmatik aus einer Strukturanalyse der im Recht auffindbaren Normativität selbst. Diese rechtsinterne Normativität wird lediglich durch „fachfremde“ Begriffsanalyse aufgedeckt.

Mit Blick auf die Untersuchungsfrage äußerte sich dies konkret in der Entwicklung einer Begriffsbestimmung subjektiver Rechte, anhand derer das Strafrecht und die hierzu entwickelte Dogmatik (insbesondere materielle Unrechtslehren) auf ihren subjektiv-rechtlichen Gehalt hin befragt werden können. Danach können – ausgehend von einerseits einer dogmengeschichtlichen und andererseits einer rechtstheoretischen Annäherung – subjektive Rechte bestimmt werden als Ansprüche des Rechtsinhabers, denen gerichtete Pflichten anderer korrelieren, über die der Rechtsinhaber ein Mindestmaß an Kontrolle verfügt (etwa indem er diese Pflichten aufheben oder auf deren Erfüllung bestehen kann). Diese Begriffsbestimmung ist zum einen dogmengeschichtlich vertretbar, insoweit in der Zivilrechtsdogmatik die Zuweisung einer bestimmten Rechtsmacht, aufgrund derer der Einzelne seine Interessen selbstbestimmt wahrnehmen und gegenüber anderen einfordern kann, bis heute den funktionalen Kern subjektiver Rechte abbildet. Zum anderen ist sie rechtstheoretisch angezeigt, da es vorliegend um die Frage geht, ob sich bei Verletzung sanktionsbewehrter Verhaltenspflichten das Kriminalunrecht strukturell bzw. funktional als subjektive Rechtsverletzung beschreiben lässt. Und dies lässt sich vordringlich mit einem willentheoretischen Verständnis subjektiver Rechte angemessen beantworten, weil dieses die Funktionsweise subjektiver Rechte (und nicht die inhaltlichen Gründe für eine Rechtszuschreibung) in den Mittelpunkt rückt.

Ausgehend von dieser Begriffsbestimmung wurden sodann die heute vertretenen materiellen Unrechtslehren daraufhin untersucht, inwieweit sie in der Kriminalunrechtsbestimmung strukturell an eine subjektive Rechtsverletzung anknüpfen oder diese sogar abbilden. Dabei stellte sich zunächst heraus, dass hierzu allein diejenigen Unrechtslehren in der Lage sind, die die Verletzung eines Rechtsverhältnisses als materiellen Kern des Verbrechens erachten. Unter diesen kann innerhalb eines positivistischen Begründungsrahmens wiederum nur die Rechtsverletzungslehre bestehen, welche die in den Primärordnungen des öffentlichen und des bürgerlichen Rechts konstituierten subjektiven Rechte als Schutzgut von Strafvorschriften begreift. Dass diese – wie ich es nenne – „klassische“ Rechtsverletzungslehre zudem gegenüber

den anderen dargestellten Unrechtslehren vorzuziehen ist, zeigte sodann eine Betrachtung der Einwilligungsdogmatik im deutschen Strafrecht: Denn soweit ein großer Teil der Strafrechtswissenschaft der Einwilligung tatbestandsausschließende Wirkung beimisst, weil ein Inhaber-relativer Rechtsgutsbegriff zugrunde gelegt wird, der in das Rechtsgut die darauf bezogene Rechtsmacht des Einzelnen integriert, läuft dies der Sache nach auf die besagte Rechtsverletzungslehre hinaus (Rechtsgutsargument: Bezweckt Strafrecht den Schutz Inhaber-relativ verstandener Rechtsgüter, bezweckt es letztlich den Schutz privatrechtlich anerkannter subjektiver Rechte). Soweit hingegen nach herrschender Auffassung der Einwilligung rechtfertigende Wirkung zukommt, weil Rechtsgüter unabhängig vom Individualwillen als inhaberunabhängig-wertvoll begriffen werden, muss die Einwilligung als starke Erlaubnis verstanden werden, bei der der Rechtsgutsinhaber der Berechtigte der Normbefolgungspflicht ist. Damit hängt die Geltung der den Straftatbeständen zugrundeliegenden Verhaltensnormen im konkreten Fall von dessen Willen ab und ein Urteil über die Normwidrigkeit einer Handlung ist bei Zustimmung des Rechtsgutsinhabers nicht möglich (Erlaubnisargument: Bezweckt Strafrecht den Schutz inhaberunabhängig verstandener Rechtsgüter, läuft es *de facto* auf den Schutz privatrechtlich anerkannter subjektiver Rechte hinaus).

Jedoch reicht der Erklärungsgehalt dieser Argumentation viel weiter: Denn an der Einwilligung wird nicht nur deutlich, dass subjektive Rechte vorzugswürdiger Weise als Schutzgut des Strafrechts zu begreifen sind. Vielmehr zeigt die Einwilligungsdogmatik – nach Maßgabe der o.g. Begriffsbestimmung subjektiver Rechte – außerdem, dass Kriminalunrecht bei Verletzung von Individualrechtsgütern zwei zu unterscheidende Unrechtsdimensionen aufweist: den Aspekt der Verhaltensnormübertretung (Verletzung der generalisierten Rechtsnorm) und den Aspekt der Verhaltenspflichtverletzung (Verletzung der hieraus abgeleiteten situationsbezogenen Rechtsnorm), an welche die Strafsanktion anknüpft. Bezüglich letzterer beweist die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung eine deontische Kontrolle des Einwilligungsbefugten über die strafbewehrte Verhaltenspflicht und weist insoweit die Straftat (d.h. die Verhaltenspflichtverletzung) als Verletzung seines subjektiven Rechts aus. Damit sind subjektive Rechte nicht nur das Schutzgut individualschützender Strafvorschriften (so die „klassische“ Rechtsverletzungslehre), sondern Kriminalunrecht ist in diesen Fällen – jenseits der objektiv-rechtlichen Unrechtsdimension – vielmehr selbst subjektiv-rechtlich strukturiert.

Möglichen Bedenken gegen ein solches Kriminalunrechtsverständnis, wonach sich Verbrechen normativ auch horizontal im Verhältnis von Täter und Verletztem vollziehen, konnten zurückgewiesen werden: Erstens stellt das



Vorliegen von Einwilligungsschranken ein subjektiv-rechtliches Unrechtsverständnis nicht als solches in Frage, sondern beschränkt dieses – so Einwilligungsschranken denn begründbar sind – allenfalls auf den Bereich, in dem die Rechtsordnung die Kontrolle über strafbewehrte Verhaltenspflichten ausschließlich dem Individuum zuweist. Zweitens lässt sich ein subjektiv-rechtliches Unrechtsverständnis nicht mit der Existenz von strafrechtlich geschützten Allgemeinrechtsgütern widerlegen. Denn auch dort lässt sich die Straftat konstruktiv als Verletzung subjektiver Rechte (sowohl als Schutzgut, als auch in Ansehung der strafbewehrten Verhaltenspflicht) begreifen. Allein folgen hieraus praktisch keine anderen Konsequenzen im Vergleich zu herkömmlichen Unrechtsbestimmungen, da sich bei einer Verletzung subjektiver Rechte der staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft das Kriminalunrecht weiterhin nur im Subordinationsverhältnis vollzieht. Und schließlich lässt sich – drittens – auch der Befürchtung einer „Privatisierung“ des Strafrechts begegnen: Weder erodiert ein subjektiv-rechtliches Unrechtsverständnis die Bewertungs- und Bestimmungsfunktion sanktionsbewehrter Verhaltensnormen, da die den konkreten Verhaltenspflichten zugrundeliegende generalisierte Rechtsnorm unangetastet bleibt. Noch wird die Straftat zu einem rein privaten Konflikt, weil die in der Überschreitung der generalisierten Verhaltensnorm liegende überindividuelle Unrechtsdimension erhalten bleibt. Noch entstehen schließlich Probleme, die Strafbarkeit bestimmter Begehungsformen und Deliktsarten (insb. Versuch, Fahrlässigkeit, Gefährdungsdelikte) zu begründen, da es auch hier bei Zustimmung des Betroffenen zu einem Unrechtsausschluss durch Entfallen der strafbewehrten Verhaltenspflicht kommt.

## II. Das Verbrechen als Statusverletzung: Kapitel C.

Damit weist Kriminalunrecht bei Verletzung von Individualrechtsgütern zwei notwendige Aspekte auf, die zusammengenommen unrechtskonstitutiv sind: die als subjektive Rechtsverletzung zu qualifizierende Verhaltenspflichtverletzung sowie die als Verletzung objektiven Rechts zu begreifende Verhaltensnormübertretung. Diese beiden Aspekte des Kriminalunrechts stehen jedoch nicht unverbunden nebeneinander, sondern in einem Begründungszusammenhang zueinander. Dieser wird verständlich, wenn man sich die Statusverletzung vor Augen führt, die für ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht spezifisch ist: Danach besteht der subjektiv-rechtliche Kern des Verbrechens in der Missachtung des autoritativen Rechtsstatus, den der Verletzte als einwilligungsbefugter Rechtsinhaber mit Blick auf die Verhaltenspflicht hat. Dieser individuelle Rechtsstatus gründet sich aber wiederum auf den mit allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft geteilten – und damit überindividuellen – Status der Rechtssubjektivität. In-

soweit die Straftat auch als Verletzung objektiven Rechts zu begreifen ist, wird dieser überindividuelle Status eines jeden Mitglieds der Rechtsgemeinschaft missachtet.

Die normativen Strukturen, die diesem auf den ersten Blick komplizierten Zusammenhang von Rechtsverletzung und Statusverletzung zugrunde liegen, lassen sich transparent machen, indem man Kriminalunrecht mit dem Konzept der Anerkennungsverletzung analysiert. Danach ist das Spezifikum eines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht die Verletzung rechtlich vermittelter Anerkennung. Da jedoch *Anerkennung* oder *Anerkennungsverletzung* keine genuin strafrechtsdogmatischen (oder auch nur rechtlichen) Konzepte sind, bedurfte es zunächst einer Verständigung darüber, was unter Anerkennung zu verstehen ist. In Frage kam angesichts der methodischen Weichenstellung der Untersuchung dabei nur ein möglichst prämissenarmes Anerkennungskonzept. Denn zu einem besseren Verständnis der dem Recht inhärenten Normativität kann das Konzept der Anerkennung nur beitragen, wenn es selbst keine allzu umfangreichen Vorannahmen an das Recht heranträgt. Ein Konzept, das dies leisten kann, ließ sich anknüpfend an Überlegungen Kants und Darwalls entwickeln: Danach vermittelt eine normative Struktur zwischen Personen genau dann Anerkennung, wenn sie zum einen die Verbindlichkeit begründet, den autoritativen Status eines anderen handlungsleitend zu berücksichtigen; und wenn dabei zum anderen Anerkennungsberechtigte und -verpflichtete in einem Verhältnis der Zweitpersonalität zueinanderstehen. Letzteres erfordert, dass Anerkennungsberechtigte und -verpflichtete gleichermaßen normativ kompetente Mitglieder einer normativen Gemeinschaft (eines normativen Systems) sind, sodass der besondere Status und die damit einhergehende Autorität, welche der Anerkennungsberechtigten von der normativen Gemeinschaft zugewiesen werden, prinzipiell reziprok beansprucht bzw. zugeschrieben werden können. Nur dann wird der autoritative Status gegenüber der Anerkennungspflichtigen nicht aufgezwungen, sondern ist von dieser als freier und gleicher Akteurin der normativen Gemeinschaft akzeptabel. Zusammenfassend lässt sich daher *Anerkennung* bestimmen als die notwendige Zuschreibung und handlungsleitende Berücksichtigung des normativen Status eines anderen, die Ausdruck der normativen Autorität des Anerkannten und Rechenschaftspflichtigkeit des Anerkennenden ist, welche ihrerseits im gemeinsamen Status als gleiche Mitglieder der normativen Gemeinschaft gründen.

Dieses Anerkennungskonzept eignet sich nun in besonderer Weise zur Analyse des Rechts, da sich mit ihm Anerkennung als Aspekt bestimmter Formen bzw. Strukturen praktischer Normativität feststellen lässt (nämlich solcher, die den vorgenannten Anforderungen – Statusbezogenheit, vorrangige Verbindlichkeit, Zweitpersonalität – genügen), ohne dabei die begründungstheoretischen Fragen dieser Normativität mit beantworten zu müssen.

Auf das positive Recht angewandt, zeigt dieses Konzept auf, wie positiv-rechtlich konstituierte subjektive Rechte Anerkennung vermitteln: Denn die mit subjektiven Rechten einhergehende Rechtsmacht begründet auf Seiten des Rechtsinhabers einen besonderen Status, der ihm im Verhältnis zum Rechtsadressaten eine normative Autorität verleiht und von letzterem handlungsleitend zu berücksichtigen ist. Hierbei handelt es sich auch um ein zweitpersonales Autoritäts-Rechenschafts-Verhältnis, da der autoritative Status des Rechtsinhabers auf Grund der Gesetzlichkeit subjektiver Rechte prinzipiell jedem Rechtssubjekt zugeschrieben werden kann. Denn die individuelle normative Autorität, welche die Rechtsinhaber für sich in Anspruch nehmen, ist erst im und durch das Rechtssystem begründet. Als solche kann sie *ceteris paribus* prinzipiell von jedem Rechtssubjekt, d. h. jedem Mitglied der Rechtsgemeinschaft (den konkreten Rechtsadressaten eingeschlossen), beansprucht werden. Wer subjektive Rechte verletzt, missachtet damit nicht nur die individuelle besondere Autorität des konkreten Rechtsinhabers, sondern zugleich auch die überindividuelle Autorität eines jeden Rechtssubjekts der Rechtsgemeinschaft (sich selbst eingeschlossen).

In der Verletzung positiv-rechtlich vermittelter Anerkennung liegt nun das Spezifikum eines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht. Denn im Vergleich zum herkömmlichen Kriminalunrechtsverständnis, das die Straftat als Pflichtverletzung im Subordinationsverhältnis zwischen Täter und strafandrohendem Staat begreift, unterscheidet sich der hier dargelegte Unrechtsbegriff nicht in Ansehung der sanktionsbewehrten Verhaltenspflicht *materialiter* (das Verhalten, das es bei Strafandrohung zu unterlassen gilt, ist nach beiden Ansichten dasselbe). Das Spezifikum eines subjektiv-rechtlichen Verständnisses von Kriminalunrecht liegt vielmehr in der Pflichtverletzung *formaliter*. Das heißt darin, dass die Verhaltenspflicht *gegenüber* dem Verletzten einzuhalten ist und dass durch die Pflichtverletzung *gerade dem* Verletzten Unrecht getan wird. Diese Gerichtetheit der Pflichtverletzung lässt sich – dies hat die Übertragung des Anerkennungskonzepts auf subjektive Rechte gezeigt – adäquat als Anerkennungsverletzung beschreiben: nämlich als Missachtung des autoritativen Rechtsstatus, der dem Verletzten als Berechtigter der strafbewehrten Verhaltenspflicht (Stichwort: Einwilligungsbefugnis) zukommt. Zugleich ist hiermit ein qualitatives Unterscheidungskriterium angegeben, anhand dessen sich ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht gegenüber Zivilunrecht abgrenzen lässt. Da nämlich das Zivilrecht verschuldensunabhängige Haftungstatbestände kennt, ist eine vorwerfbare Verhaltenspflichtverletzung und damit eine Missachtung desjenigen, der diese Verhaltenspflicht deontisch kontrolliert, nicht zivilunrechtskonstitutiv. Die Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung ist allein für das Kriminalunrecht konstitutiv, weil nur das Strafrecht notwendig die vorwerfbare Verletzung einer sanktionsbewehrten Verhaltenspflicht und

damit eine Statusverletzung des (diese Verhaltenspflicht kontrollierenden) Rechtsinhabers voraussetzt.

Vor allem aber lässt sich mit dem Kriterium der Statusverletzung die über-individuelle Bedeutungsdimension des Verbrechens, über das Zwei-Personen-Verhältnis hinauszureichen, erklären und in ein subjektiv-rechtliches Unrechtsverständnis integrieren: Die Verletzung von Individualrechtsgütern können wir als subjektive Rechtsverletzung begreifen, weil der Rechtsgutsträger über einen besonderen individuellen Status verfügt, der nur ihm zukommt. Denn *qua* Einwilligungsbefugnis verfügt er über eine besondere Rechtsmacht gegenüber dem Adressaten strafbewehrter Verhaltenspflichten, die ihn zum Rechtsinhaber macht und die allen anderen Rechtssubjekten nicht zukommt. Diese individuelle Autorität hat er jedoch nur, weil die Rechtsordnung jedem Rechtssubjekt *ceteris paribus* denselben Status zuweist. Nur weil alle anderen Rechtssubjekte ihrerseits über die ihnen zukommenden Rechtsgüter disponieren können, sind sie verpflichtet, im konkreten Fall die individuelle Autorität des Rechtsinhabers handlungsleitend zu berücksichtigen. Daher können auch sie beanspruchen, dass die Autorität des Rechtsinhabers respektiert wird, auch wenn sie selber im konkreten Fall nicht einwilligungsbefugt sind. Verletzt daher eine Straftat die individuelle Autorität des Rechtsinhabers, so liegt hierin zugleich eine Verletzung der überindividuellen Autorität eines jeden Rechtssubjekts.

Damit lässt sich mit dem Kriterium der Statusverletzung erklären, warum bei Verletzung von Individualrechtsgütern die als Verletzung objektiven Rechts zu begreifende Verhaltensnormübertretung weiterhin ein eigenständiges Unrechtsmoment neben der als subjektive Rechtsverletzung zu qualifizierenden Verhaltenspflichtverletzung darstellt. Weil sich aus generalisierten Verhaltensnormen auf Grund ihrer nomologischen Struktur subjektive Berechtigungen potenziell für jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft ergeben können (nämlich in Ansehung daraus abgeleiteter konkreter Verhaltenspflichten), kann jedes Mitglied die allgemeine Normgeltung beanspruchen. Damit weist Kriminalunrecht stets eine überindividuelle Bedeutungsdimension auf, die mit der individuellen Unrechtsdimension gleichursprünglich und interdependent ist. Gleichzeitig bleibt diese überindividuelle Verletzung objektiven Rechts durchgehend intersubjektiv konzipiert: Die Bedeutungsdimension des Verbrechens, eine über das Zwei-Personen-Verhältnis hinausreichende Angelegenheit der Allgemeinheit zu sein, ergibt sich nicht aus der Allgemeinheit des strafrechtlichen Schutzgegenstandes (bspw. die allgemeine Normgeltung oder ein abstrakt-wertvolles Gut), sondern aus der Pluralität der verletzten Subjekte.

### **III. Subjektive Rechte und Anerkennung im materiellen Strafrecht, in der Straftheorie und im Strafverfahren: Kapitel D.**

Freilich hat es nachgelagerte Konsequenzen für das materielle Strafrecht und das Strafverfahrensrecht, wenn man Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte begreift und hierbei das Spezifikum dieses subjektiv-rechtlichen Unrechtsverständnisses in einer Statusverletzung (Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter Anerkennung) sieht. Jedoch verdankt sich das kritische Potenzial, welches dieser Unrechtsbegriff entwickelt, der dem Recht *de lege lata* inhärenten Normativität selbst. Damit erlaubt er eine immanente Rechtskritik. Hierin liegt meines Erachtens ein nicht zu unterschätzender Vorteil gegenüber materiellen Unrechtslehren, die auf eine externe Kritik des Rechts abzielen. Wie wir anhand des Beispiels gesetzgebungskritischer Rechtsgutslehren sahen, haben diese Probleme, ihren systemkritischen Maßstab zur Beurteilung von Kriminalunrecht überzeugend zu begründen. Die Rechtsgutslehre kann diesen nämlich nicht aus sich selbst heraus entwickeln, sondern ist hierzu auf externe, strafrechtsfremde Maßstäbe angewiesen. Doch je nachdem, woher die Rechtsgutslehre diese Maßstäbe nimmt, leidet darunter entweder ihre normative Überzeugungskraft, weil es an der Allgemeinverbindlichkeit dieser Maßstäbe fehlt (bspw. einer vorpositiven Wertordnung), oder ihr gesetzgebungskritisches Potenzial, weil das einfache Recht und die Wertmaßstäbe der Verfassung keine hinreichend selektiven Beurteilungskriterien enthalten.

Diesem Einwand sieht sich eine immanente Rechtskritik auf Grundlage des hier entwickelten Unrechtsbegriffs nicht ausgesetzt: In geltungstheoretischer Hinsicht beruht sie auf der Verbindlichkeit des positiven Rechts und in inhaltlicher Hinsicht rekurriert sie nicht auf materielle Vorgaben des einfachen Rechts oder der Verfassung, sondern auf formale Strukturmerkmale des positiven Rechts. Dies ermöglicht es, Anforderungen an ein kohärentes und in sich stimmiges Strafrechtssystem zu formulieren, deren kritisches Potenzial umso größer ist, je systemrelevanter die in Rede stehenden Strukturmerkmale sind. Vorliegend ist dies bei der subjektiv-rechtlichen Struktur von Kriminalunrecht der Fall: Diese ist implizit in der unrechtsausschließenden Wirkung der Einwilligung angelegt und kann kritisches Potenzial entfalten, weil dieses Rechtsinstitut von zentraler Bedeutung für das Strafrechtssystem ist, da es einfachgesetzlich (§ 228 StGB) und strafrechtsdogmatisch anerkannt ist sowie im Selbstbestimmungsprinzip (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) eine verfassungsrechtliche Verankerung findet.

Mit Blick auf die Konsequenzen, die sich danach aus dem hier entwickelten Unrechtsbegriff für das materielle Strafrecht ergeben, ist zwischen subjektiven

Rechten als strafrechtliches Schutzgut auf der Ebene der dem Strafrecht vorgelagerten Rechtszuweisungsordnung einerseits und der subjektiv-rechtlichen Struktur des Kriminalunrechts selbst andererseits zu differenzieren. Zum Ersteren: Wenn Strafrecht (zumindest *de facto*) ausschließlich subjektive Rechte schützen kann, welche in den Primärordnungen des Zivil- und öffentlichen Rechts konstituiert sind, dann ist – will man die Akzessorietät des Strafrechts nicht aufgeben – Interessen und Gütern, die keine solche subjektiv-rechtliche Anerkennung genießen, der strafrechtliche Schutz zu versagen. Im Einklang mit Forderungen der „klassischen“ Rechtsverletzungslehre betrifft dies etwa den strafrechtlichen Schutz von Moral- oder etatistischen Ordnungsvorstellungen (bspw. § 126 StGB). Zum Letzteren: Wenn Strafrecht (über den Schutz subjektiver Rechte des Zivil- und öffentlichen Rechts hinaus) seinerseits selbst subjektiv-rechtlich strukturiert ist und der spezifische Unwert der Straftat nach einem solchen Unrechtsverständnis in einer Statusverletzung besteht, dann ist allein der Handlungsunwert einer Tat unrechtskonstitutiv. Denn für die Verletzung des durch subjektive Rechte vermittelten Rechtsstatus ist es unerheblich, ob sich der Übergriff in eine fremde Rechtsmacht in einem bestimmten Erfolg oder Zustand manifestiert. Damit liefert der hier dargelegte Unrechtsbegriff nicht nur eine neue Begründung für eine monistische subjektive Unrechtslehre, sondern zeigt auch Wege auf, diese gegenüber üblichen Einwänden (fehlende Darstellbarkeit der intersubjektiven und gesellschaftlichen Unrechtsdimension; fehlende Erklärbarkeit der Minderbestrafung des unbeendeten Versuchs) zu verteidigen. Zudem lässt sich von einer kriminalunrechtskonstitutiven Statusverletzung nur bei vorsätzlicher oder zumindest bewusst fahrlässiger Tatbegehung sprechen, sodass es zu einer Ausgrenzung nicht strafwürdigen Verhaltens im Bereich der unbewussten Fahrlässigkeit kommt.

Eine rechtliche Statusverletzung als unrechtskonstitutives Moment des Strafrechts auszuweisen, hat jedoch, wie ich aufgezeigt habe, auch Konsequenzen auf straftheoretischer Ebene. Zum einen erhält ein expressives Strafverständnis, wonach Strafe als Ausdruck eines sozialetischen Tadels zu begreifen ist, durch den hier dargelegten Unrechtsbegriff eine normative Begründung. Denn die reaktiven Einstellungen, denen ein Schuldspruch Ausdruck verleiht, lassen sich positiv-rechtlich fundieren und auf rechtlich vermittelte Anerkennungsansprüche (des Verletzten sowie der übrigen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft) zurückführen. Zum anderen verpflichtet uns das dargestellte Verständnis von Kriminalunrecht darauf, auch dem Täter Rechtssubjektivität zuzuschreiben und ihn in der Strafsanktion als normativ kompetentes und rechenschaftsfähiges Rechtssubjekt zu adressieren. Aus diesem Grund ist Strafe auch als an den Täter gerichteter Appell zu verstehen, das bestrafte Verhalten als Statusverletzung (d.h. als Verletzung von gegenüber anderen rechtlich geschuldeter Anerkennung) zu begreifen. Ob es zu einer solchen Unrechtseinsicht kommt, mag zwar ungewiss sein. Dass wir

den Täter hierzu auffordern, ist jedoch unumgänglich, wenn die Strafsanktion reaktive Einstellungen in Nachfolge einer Verletzung rechtlicher Anerkennung ausdrücken soll.

Besondere Bedeutung hat ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht schließlich auch für das Strafverfahren und die Ausgestaltung des Prozessrechtsverhältnisses. So wie Kriminalunrecht nach herkömmlicher Auffassung als Rechtsbruch im Subordinationsverhältnis zwischen Täter und strafandrohendem Staat begriffen wird, so werden auch die Strafverfolgung und der Strafprozess als genuin öffentliche Angelegenheit verstanden, worin auch die strafrechtsdogmatische Rechtfertigung für das weitgehende Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft gesehen wird. Wie nachgewiesen werden konnte, kommt Kriminalunrecht jedoch auch eine subjektiv-rechtliche Unrechtsdimension zu. Daher ist das Verbrechen als Unrecht zu verstehen, das sich normativ nicht nur im Verhältnis zur staatlich verfassten Rechtsgemeinschaft vollzieht, sondern zugleich eine Verletzung subjektiver Rechte des Verbrechensofopfers darstellt. Dient der Strafprozess aber – zumindest auch – der Bewährung bzw. Verwirklichung des materiellen Strafrechts, so muss dieser materielle Gehalt des Kriminalunrechts auch im Strafverfahren, insb. in der Ausgestaltung des Prozessrechtsverhältnisses, Widerhall finden.

So ließ sich nachweisen, dass die gerichtliche Verfolgung einer Straftat differenziert zu betrachten ist: Gerade weil Kriminalunrecht bei Verletzung disponibler Individualrechtsgüter gleichzeitig als subjektiv-rechtliche Rechtsverletzung und als gesamtgesellschaftlich-rechtlicher Konflikt zu begreifen ist, rechtfertigt dies im Strafprozess ein Nebeneinander von öffentlicher Klage durch die Staatsanwaltschaft und individueller Verfolgung durch den Verletzten. Der Anwendungsfall, an dem sich insoweit das Erklärungspotenzial des hier entwickelten Ansatzes zeigte, waren Privat- und Nebenklage. Diese sind als prozessualer Reflex einer Verletzung subjektiver Rechte des Verletzten auf Ebene des materiellen Strafrechts zu betrachten. Privat- und Nebenklage erhalten hierdurch eine eigenständige normative Begründung im materiellen Strafrecht, die es entgegen vielfach geäußelter Kritik (insb. an der Privatklage) rechtfertigt, dem Verletzten eine starke und mit Aktivrechten einhergehende Verfahrensstellung – sowohl was Verfahrenseinleitung als auch Verfahrensteilnahme anbelangt – einzuräumen. Ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht schafft damit allererst das dogmatische Fundament, um die vorgenannten Rechtsinstitute nicht nur als strafprozessuale Institute *sui generis* hinzunehmen, sondern aus dem Wesen strafrechtlichen Unrechts zu begründen.

Ausgehend von einem subjektiv-rechtlichen Verständnis von Kriminalunrecht lassen sich jedoch nicht nur Privat- und Nebenklage normativ rechtfertigen, sondern auch Anforderungen an die Ausgestaltung des Prozess-



rechtsverhältnisses zwischen den Verfahrensbeteiligten der Hauptverhandlung formulieren. Denn soweit Kriminalunrecht als Statusverletzung zu qualifizieren ist, weil es die Verletzung subjektiv-rechtlich begründeter, zweitpersonaler Anerkennungsansprüche zum Gegenstand hat, können die Prozessbeteiligten im Prozess rechtlich geschuldete Anerkennung auch zweitpersonal voneinander einfordern: Etwa muss es dem Nebenkläger, der mit der Behauptung auftritt, in seiner *qua* Einwilligungsbefugnis bestehenden Rechtsmacht verletzt worden zu sein, möglich sein, seinen Rechtsstatus gegenüber dem Angeklagten zu behaupten. *Vice versa* hat der Angeklagte auf Grund der Unschuldsvermutung das subjektive Recht, bis zur Feststellung seiner Schuld als unschuldig zu gelten, und kann von den anderen Prozessbeteiligten die Anerkennung des ungeschmäleren Status als Rechtssubjekt und damit als gleichberechtigtes Mitglied der Rechtsgemeinschaft einfordern. Dabei ist die Prozesssituation jedoch im Unterschied zu einer rein materiell-rechtlichen Betrachtung dadurch gekennzeichnet, dass bis zum rechtskräftigen Urteil unklar ist, welcher dieser im Strafverfahren aufeinandertreffenden Anerkennungsansprüche tatsächlich (durch die Straftat bzw. die unberechtigte Verfahrenseinleitung) verletzt ist.

Die Prozessbeteiligten haben also einen wechselseitigen Anspruch gegeneinander, sich im Strafverfahren auf die gemeinsame Untersuchung und Beurteilung der vorgeworfenen Straftat einzulassen. Und diese Untersuchung muss so ausgestaltet sein, dass die Anerkennung des jeweils wechselseitig in Frage gestellten Rechtsstatus eingefordert werden kann. Dieser zweitpersonale Anspruchscharakter des strafprozessualen Anerkennungsverhältnisses lässt sich, wie nachgewiesen wurde, zur Begründung des Anwesenheitsprinzips in der Hauptverhandlung heranziehen: So lässt sich das Anwesenheitsrecht des Angeklagten als Ausdruck des durch die Unschuldsvermutung verbürgten Rechts zur Statusbehauptung begreifen. Denn es ermöglicht dem Angeklagten, durch unmittelbare Verhandlungsteilnahme von den übrigen Prozessbeteiligten Anerkennung des ungeschmäleren Status als gleiches Rechtssubjekt einzufordern. Bestimmte Einschränkungen dieses Rechts – wie die nach § 247 S. 2 StPO – sind mit dieser Begründung des Anwesenheitsrechts *prima facie* schwer zu vereinbaren. Ebenso wie es aber dem Angeklagten (*qua* Anwesenheit) möglich sein muss, bspw. einen ihn belastenden Opferzeugen zu konfrontieren, um seinen in der Unschuldsvermutung begründeten Status gegenüber demjenigen, der ihn in Frage stellt, zweitpersonal zu behaupten; ebenso muss es auch der Staatsanwaltschaft bzw. der Nebenklage möglich sein, den Tatvorwurf als Verletzung rechtlich geschuldeter Anerkennung an den Angeklagten zu adressieren und hierdurch ihren Rechtsstatus zweitpersonal zu behaupten. Damit lässt sich auch die Anwesenheitspflicht des Angeklagten (§§ 230f. StPO) zu einem gewissen Grad mit der Befugnis der anderen Prozessbeteiligten begründen, ihre rechtlich vermittel-

ten Anerkennungsansprüche als solche geltend zu machen. Darüber hinaus findet die Anwesenheitspflicht des Angeklagten eine Begründung ausgehend vom hier dargelegten Strafverständnis: Denn damit Strafe den Täter als Rechtssubjekt adressieren und eine Appellfunktion entwickeln kann, muss sie ihm gegenüber gerechtfertigt werden können. Daher muss der Strafprozess den Angeklagten als rationalen Akteur einbinden und ihm Gründe vorlegen, die ihm – für den Fall einer späteren Verurteilung – eine Unrechtseinsicht und Schuldauseinandersetzung ermöglichen. Daher bedarf es der Anwesenheitspflicht zur durchgängigen Einbindung des Angeklagten in das Verfahren, damit Strafe möglich ist.

Im Ergebnis hält das hier entwickelte Verständnis von Kriminalunrecht eine neue Begründung für die Rolle des Verletzten im Strafverfahren bereit. Gleichwohl ist hiermit kein Ausschließlichkeitsanspruch verbunden. Insbesondere hinsichtlich der faktischen Betroffenheit des Verletzten und des Schadens, den der Täter dem Verletzten empirisch zugefügt hat, ist der hier vorgestellte Ansatz ergänzungsfähig (und womöglich auch ergänzungsbedürftig). Dessen ungeachtet besteht eine Stärke des hier gewählten Ansatzes jedenfalls darin, dass mit der dargestellten normativen Begründung für eine starke Prozessstellung des Verletzten Bedenken zurückgewiesen werden können, die häufig dagegen vorgebracht werden: Zum einen droht durch eine Verletztenbeteiligung keine Preisgabe des staatlichen Strafanspruchs, da sich ein subjektiv-rechtliches Verständnis von Kriminalunrecht lediglich als Ergänzung zum Rechtsbruch im Subordinationsverhältnis von Staat und Täter versteht. Wohl aber ist eine „Teil-Privatisierung“ des Strafanspruchs – verstanden als Befugnis, die Erfüllung der staatlichen Strafpflicht zu verlangen – aus materiell-rechtlichen Gründen angezeigt. Zum anderen lässt sich die Befürchtung einer drohenden Irrationalität des Strafverfahrens zurückweisen, da Genugtuungs- und Vergeltungswünsche des Verletzten als Reflex (aber auch nur als Reflex) der behaupteten Rechtsverletzung auf materiell-rechtlicher Ebene legitim sind. Damit ist es normativ angezeigt, der Beteiligung des Verletzten, der bspw. das Verfahren als Nebenkläger betreibt, insoweit Raum zu geben, als dies der Feststellung einer staatlichen Strafpflicht und der hierfür erforderlichen Aufklärung der Tat- und Schuldfrage dient.

## IV. Schlussbetrachtung

Ziel der Untersuchung war es, eine Antwort auf die Frage zu finden, ob Opfer einer Straftat von Kriminalunrecht nicht bloß faktisch betroffen werden, sondern ob ihnen hierdurch auch normativ Unrecht getan wird. Das heißt, ob Straftäter eine Pflicht verletzen, die den Verletzten gegenüber einzuhalten ist, sodass wir Kriminalunrecht als Verletzung subjektiver Rechte

der von der Straftat Betroffenen begreifen können. Rückblickend auf die Ergebnisse dieser Untersuchung lässt sich dies bejahen: Verbrechen sind als eine Rechtsverletzung zu konzipieren, die sich – im Falle der Verletzung von disponiblen Individualrechtsgütern – normativ auf zwei Ebenen vollzieht: der als subjektive Rechtsverletzung zu qualifizierenden Verhaltenspflichtverletzung sowie der als Verletzung objektiven Rechts zu begreifenden Verhaltensnormübertretung. Und es spricht viel dafür, diesem Umstand auf den Ebenen der Straftheorie, des materiellen Strafrechts sowie des Strafverfahrens Rechnung zu tragen. Denn Verbrechen als subjektive Rechts- und Statusverletzung zu begreifen, vermittelt sowohl dem Verletzten, als auch dem Täter, als aber auch den übrigen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft eine gänzlich andere normative Stellung im Verhältnis zur Straftat. Diese Sicht auf das Strafrecht ist neu und bewegt sich jenseits der gewohnten strafrechtsdogmatischen Bahnen. Jedoch verdankt sie sich gerade einer Analyse der normativen Strukturen des Strafrechts und der hierzu entwickelten Dogmatik. Wie die rechts- und normtheoretische Betrachtung der unrechtausschließenden Wirkung der Einwilligung gezeigt hat, bedurfte es allein einer „fachfremden“ Begriffsanalyse, um den subjektiv-rechtlichen Gehalt des Kriminalunrechts transparent zu machen. Oder etwas überspitzt formuliert: Die Strafrechtsdogmatik schreibt dem Kriminalunrecht implizit schon lange eine subjektiv-rechtliche Unrechtsdimension zu. Allein bedurfte es des richtigen „begrifflichen Filters“, um dies sichtbar zu machen.

Daher besteht der wesentliche Ertrag dieser Untersuchung meines Erachtens darin: Erstens, der dogmatischen Betrachtung des Strafrechts ein begriffliches Instrumentarium an die Hand gegeben zu haben, das es mit möglichst wenig voraussetzungsreichen Prämissen erlaubt, die Verletzung subjektiver Rechte und des hierdurch vermittelten Rechtsstatus als zentrale Aspekte des Kriminalunrechts zu identifizieren. Sowie zweitens, hierdurch Kriterien (aber auch Forderungen) für ein kohärentes Verständnis des Strafrechtssystems (auf den Ebenen der Straftheorie, des materiellen Strafrechts sowie des Strafverfahrens) aufgezeigt zu haben, deren kritisches Potenzial sich aus der dem Recht inhärenten Normativität selbst ergibt. Dazu habe ich in dieser Untersuchung einen umfassenden explanatorischen Bogen – von basalen Theoremen zu subjektiven Rechten, Normen und Anerkennung; über deren Anwendung auf das Strafrecht und die hierzu entwickelte Dogmatik; bis hin zu Konsequenzen für konkrete Institute des Prozessrechts – gespannt, um die subjektiv-rechtliche Unrechtsdimension im Strafrecht möglichst stark zu fundieren und möglichst konkret zu veranschaulichen.

## Literaturverzeichnis

- Abdallah*, Tarek, Die Problematik des Rechtsmißbrauchs im Strafverfahren. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Bezüge des Strafprozeßrechts, Berlin 2002.
- Abraham*, Markus, Sanktion, Norm, Vertrauen. Zur Bedeutung des Strafschmerzes in der Gegenwart, Berlin 2019.
- Aicher*, Josef, Das Eigentum als subjektives Recht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Berlin 1975.
- Alexy*, Robert, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.
- Altenhain*, Karsten, Angreifende und verteidigende Nebenklage, JZ 2001, S. 791 ff.
- Altenhain*, Karsten, Das Anschlußdelikt. Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung, Tübingen 2002.
- Ambos*, Kai, Rechtsgutsprinzip und harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung der Funktion des Völkerstrafrechts. Ein zweiter Beitrag zu einer grundlegenden Theorie des Völkerstrafrechts, in: Mark A. Zöller, et al. (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Berlin 2013, S. 1285 ff.
- Amelung*, Knut, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmenschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens, Frankfurt a.M. 1972.
- Amelung*, Knut, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Berlin 1981.
- Amelung*, Knut, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, ZStW 1997, S. 490 ff.
- Amelung*, Knut, Der Begriff des Rechtsguts und die Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Roland Hefendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 155 ff.
- Amelung*, Knut/Eymann, Frieder, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, S. 937 ff.
- Anastasopoulou*, Ioanna, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, München 2005.
- Anders*, Ralf P., Beweiserhebungskontrollen des Tatgerichts und Autonomie der Verteidigung durch Präsentation von Entlastungsbeweisen in der Hauptverhandlung des Strafprozesses, Berlin 1998.

- Anders*, Ralf P., Straftheoretische Anmerkungen zur Verletztenorientierung im Strafverfahren, ZStW 2012, S. 374 ff.
- Androulakis*, Nikolaos, Über den Primat der Strafe, ZStW 1996, S. 300 ff.
- Antoine*, Jörg, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, Berlin 2011.
- Appel*, Ivo, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Berlin 1998.
- Appel*, Ivo, Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, KritV 1999, S. 278 ff.
- Arnoldi*, Olaf, § 230, in: Hartmut Schneider/Christoph Knauer/Hans Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, München 2016.
- Arzt*, Gunther, Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt a.M. 1970.
- Ast*, Stephan, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt, Berlin 2010.
- Ast*, Stephan, Vom Recht auf Verteidigung zum Recht auf Vertretung? Die Vereinbarkeit der Abwesenheitsverwerfung mit Art. 6 EMRK, JZ 2013, S. 780 ff.
- Auer*, Marietta, Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds, AcP 2008, S. 584 ff.
- Auer*, Marietta, Kants Rechtsbegriff und die Struktur subjektiver Rechte, RphZ 2020, S. 162 ff.
- Bader*, Jutta, Legitime Verletzteninteressen im Strafverfahren. Eine kritische Untersuchung der Rechtslage und Vorschläge de lege ferenda, Wiesbaden 2019.
- Baker*, Dennis J., The Right Not to be Criminalized. Demarcating Criminal Law's Authority, Farnham, Surrey 2011.
- Balint*, Peter, Respect Relations in Diverse Societies, Res Publica 2006, S. 35 ff.
- Barisch*, Kai T., Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129b StGB. Verfassungswidrig politisiertes symbolisches Feindstrafrecht zum Schutze eines Scheinrechtsgutes oder sinnvolles Strafanwendungsrecht eines streitbaren demokratischen Rechtsstaates in der Weltgesellschaft?, Berlin 2009.
- Barton*, Stephan, Strafrechtspflege und Kriminalpolitik in der viktimären Gesellschaft. Effekte, Ambivalenzen und Paradoxien, in: Stephan Barton/Ralf Kölbel (Hrsg.), Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts. Zwischenbilanz nach einem Vierteljahrhundert opferorientierter Strafrechtspolitik in Deutschland, Baden-Baden 2012, S. 111 ff.
- Barton*, Stephan, Opferschutz und Verteidigung: Die Ambivalenz der Opferzuwendung des Strafrechts, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Alternativen zur Freiheitsstrafe. 36. Strafverteidigertag Hannover, 16.-18. März 2012, Berlin 2013, S. 49 ff.
- Barton*, Stephan/Kölbel, Ralf, Einführung in den Band, in: dies. (Hrsg.), Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts. Zwischenbilanz nach einem Vierteljahrhundert opferorientierter Strafrechtspolitik in Deutschland, Baden-Baden 2012, S. 11 ff.

- Bartsch*, Tillmann, Bericht über einen Moribunden: Das Privatklageverfahren. Rechtliches, Rechtstatsächliches, Reform-und Zukunftsperspektiven – Teil 1, ZJS 2017, S. 40 ff.
- Bartsch*, Tillmann, Bericht über einen Moribunden: Das Privatklageverfahren. Rechtliches, Rechtstatsächliches, Reform-und Zukunftsperspektiven – Teil 2, ZJS 2017, S. 167 ff.
- Bauer*, Hartmut, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, Berlin 1986.
- Baumann*, Jürgen, Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, München 1992.
- Baumann*, Jürgen, et al., Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 12. Aufl., Bielefeld 2016.
- Baumgarten*, Arthur, Notwehr und Notstand. Eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht, Tübingen 1911.
- Baxhenrich*, Bernhard, Die Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten, o.O. 1979.
- Becker*, Jörg-Peter, § 231a, in: Jörg-Peter Becker, et al. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg – Großkommentar, 27. Aufl., Berlin 2019.
- Beckert*, Sandra M., Einwilligung und Einverständnis, JA 2013, S. 507 ff.
- Bedorf*, Thomas, Verkennende Anerkennung. Über Identität und Politik, Berlin 2010.
- Bedorf*, Thomas, Appell oder Aufforderung? Intersubjektivität, Alterität und Anerkennung bei Fichte, Husserl und Levinas, in: Thomas S. Hoffmann (Hrsg.), Das Recht als Form der „Gemeinschaft freier Wesen als solcher“. Fichtes Rechtsphilosophie in ihren aktuellen Bezügen, Berlin 2014, S. 87 ff.
- Beling*, Ernst v., Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.
- Beling*, Ernst v., Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin 1928.
- Benhabib*, Seyla, Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics, Cambridge 1991.
- Bennett*, Christopher, The Varieties of Retributive Experience, The Philosophical Quarterly 2002, S. 145 ff.
- Bentham*, Jeremy, Of Laws in General, London 1970.
- Berg*, Johannes, § 247, in: Jürgen-Peter Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung, 39. Aufl., München 2021.
- Bernsmann*, Klaus, Hauptverhandlung ohne den Angeklagten? Einige Überlegungen zu Art. 103 Abs. 1 GG, in: Burkhardt Ziemse, et al. (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 697 ff.
- Betzler*, Monika, Zweitpersonale Gründe. Was sie sind und was sie uns zeigen, DZPh 2009, S. 159 ff.
- Beulke*, Werner, Empirische und normative Probleme der Verwendung neuer Medien in der Hauptverhandlung, ZStW 2001, S. 709 ff.

- Beulke*, Werner, Einleitung, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafprozessordnung – Kommentar, 4. Aufl., Köln 2020.
- Beulke*, Werner/*Swoboda*, Sabine, Strafprozessrecht, 15. Aufl., Heidelberg 2020.
- Beuthien*, Volker, Zur Grundlagengewissheit des deutschen Gesellschaftsrechts, NJW 2005, S. 855 ff.
- Binding*, Karl, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abth. 7, Theil 1: Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.
- Binding*, Karl, Der Entwurf einer neuen Strafprozeßordnung, GS 1909, S. 1 ff.
- Binding*, Karl, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, in: ders., Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Band 1: Strafrecht, München 1915, S. 61 ff.
- Binding*, Karl, Die Normen und ihre Übertretung. Band I. Normen und Strafgesetze (1922), 4. Aufl., Aalen 1965.
- Birnbacher*, Dieter, Sind wir der Natur verantwortlich?, in: ders. (Hrsg.), Ökologie und Ethik, Stuttgart 2001, S. 103 ff.
- Birnbaum*, Johann M. F., Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. Mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, Archiv des Criminalrechts – Neue Folge 1834, S. 149 ff.
- Birnbaum*, Johann M. F., Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens und die römischen Begriffe von *Delictum*, *Juris Civilis*, *Delictum Juris Gentium*, und *probrum natura*, Archiv des Criminalrechts – Neue Folge 1836, S. 560 ff.
- Bittner*, Rüdiger, Achtung und ihre moralische Bedeutung, Analyse und Kritik 2009, S. 339 ff.
- Bloy*, René, Rezension zu Hörnle: Grob anstößiges Verhalten, GA 2006, S. 656 ff.
- Bockelmann*, Paul, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Hamburg 1967.
- Bosch*, Nikolaus, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht. Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur seipsum accusare“, Berlin 1998.
- Böse*, Martin, Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK und die Verteidigung des abwesenden Angeklagten in der Berufung, in: Carl-Friedrich Stuckenberg/Klaus F. Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Berlin 2015, S. 567 ff.
- Böttcher*, Reinhard, Wie viel Opferschutz verträgt der rechtsstaatliche Strafprozess?, in: Dieter Dölling, et al. (Hrsg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, Berlin 2010, S. 929 ff.
- Brammsen*, Joerg, Einverständnis und Einwilligung. Der materielle Weg, in: Jan C. Joerden/Kurt Schmoller (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017, Berlin 2017, S. 3 ff.



- Brockhaus Enzyklopädie Online* (2021), Genugtuung (allgemein), abrufbar unter <https://brockhaus.de/infos/>, zuletzt geprüft am 15.05.2021.
- Brockmann*, Michael, Das Rechtsgut des § 176 StGB. Zugleich ein Beitrag zur Leistungsfähigkeit des Rechtsgutsbegriffs als Hilfsmittel der Auslegung, Berlin 2015.
- Bruckmann*, Philipp, Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien – überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation staatlicher Strafe?, *KriPoZ* 2019, S. 105 ff.
- Bucher*, Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965.
- Buchheim*, Johannes, Actio, Anspruch, subjektives Recht. Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts, Tübingen 2017.
- Bung*, Jochen, Zweites Opferrechtsreformgesetz. Vom Opferschutz zur Opferermächtigung, *StV* 2009, S. 430 ff.
- Bung*, Jochen/*Jahn*, Matthias, Die Grenzen der Nebenklagebefugnis. Zugleich Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 09.05.2012 – 5 StR 523/11, *StV* 2012, S. 754 ff.
- Bydlinski*, Franz, Die „Person“ in der Sicht der Jurisprudenz, in: Christian Kanzian (Hrsg.), Personen: ein interdisziplinärer Dialog. Akten des 25. Internationalen Wittgenstein-Symposiums, 11. bis 17. August 2002, Kirchberg am Wechsel (Österreich), Wien 2003, S. 332 ff.
- Campbell*, Tom, Rights. A Critical Introduction, London/New York 2006.
- Caspari*, Stefan, Stärkung der Opfergehörsrechte im Strafverfahren?, *DRiZ* 2011, S. 350 ff.
- Chelidonis*, Apostolos, Legalität und Legitimation. Gedanken zum Verhältnis von subjektivem Recht und Rechtsmissbrauch, *JURA* 2010, S. 726 ff.
- Cierniak*, Jürgen/*Niehaus*, Holger, § 247, in: Hartmut Schneider/Christoph Knauer/Hans Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, München 2016.
- Coing*, Helmut, Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“, in: Markus S. Stepanians (Hrsg.), Individuelle Rechte, Paderborn 2007, S. 33 ff.
- Cranor*, Carl. F., Toward a Theory of Respect for Persons, *American Philosophical Quarterly* 1975, S. 309 ff.
- Dahs*, Hans, Der „entfernte“ Angeklagte oder die Hauptverhandlung als „Videokonferenz“, in: Carl-Friedrich Stuckenberg/Klaus F. Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Berlin 2015, S. 559 ff.
- Dan-Cohen*, Meir, Harmful Thoughts. Essays on Law, Self, and Morality, Princeton 2002.
- Dannecker*, Gerhard, § 299, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Darwall*, Stephen L., Two Kinds of Respect, *Ethics* 1977, S. 36 ff.
- Darwall*, Stephen L., The Second-Person Standpoint. Morality, Respect, and Accountability, Cambridge, Mass. 2006.

- Darwall, Stephen L.*, Authority and Reasons. Exclusionary and Second-Personal, in: ders., *Morality, Authority and Law. Essays in Second-Personal Ethics I*, Oxford 2013a, S. 151 ff.
- Darwall, Stephen L.*, Bipolar Obligation, in: ders., *Morality, Authority and Law. Essays in Second-Personal Ethics I*, Oxford 2013b, S. 20 ff.
- Darwall, Stephen L.*, Justice and Retaliation, in: ders., *Honor, History, and Relationship. Essays in Second-Personal Ethics II*, Oxford 2013c, S. 50 ff.
- Darwall, Stephen L.*, Law and the Second-Person Standpoint, in: ders., *Morality, Authority and Law. Essays in Second-Personal Ethics I*, Oxford 2013d, S. 168 ff.
- Darwall, Stephen L./Darwall, Julian*, Civil Recourse as Mutual Accountability, in: Stephen L. Darwall, *Morality, Authority and Law. Essays in Second-Personal Ethics I*, Oxford 2013e, S. 179 ff.
- Davis, Michael*, *Justice in the Shadow of Death. Rethinking Capital and Lesser Punishments*, Lanham, Md. 1996.
- Degenhart, Christoph*, Art. 103, in: Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, 9. Aufl., München 2021.
- Deiters, Mark*, § 230, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., Köln 2016.
- Deiters, Mark*, § 231a, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., Köln 2016.
- Delius, Hans*, Der Ruf nach Einschränkung der Privatklagedelikte. Aufgaben der Polizei bei solchen, *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* 1930, S. 295 ff.
- Diemer, Herbert*, § 247, in: Rolf Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl., München 2019.
- Dillon, Robin S.*, Respect (2018), abrufbar unter <https://plato.stanford.edu/entries/respect/>, zuletzt geprüft am 15.05.2021.
- Dohna, Alexander z.*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre, Halle 1905.
- Dolinko, David*, Punishment, in: John Deigh/David Dolinko (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford u. a. 2019, S. 403 ff.
- Dölling, Dieter*, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, S. 71 ff.
- Dölling, Dieter*, Einwilligung und überwiegende Interessen, in: ders. (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, Heidelberg 2002, S. 209 ff.
- Dölling, Dieter*, Zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, in: Heinz Müller-Dietz, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Heike Jung. Zum 65. Geburtstag am 23. April 2007*, Baden-Baden 2007, S. 77 ff.
- Dölling, Dieter*, Vor § 1, in: Dieter Dölling, et al. (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht – Kommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017.

- Donagan, Alan*, The Theory of Morality, Chicago 1991.
- Donellus, Hugo*, Commentariorum Iuris Civilis, Lyon 1566.
- Downie, Robert S./Telfer, Elizabeth*, Respect for Persons, London 1969.
- Dreier, Horst*, Grenzen des Tötungsverbotes. Teil 2, JZ 2007, S. 317 ff.
- Duff, Antony*, Trials and Punishments, Cambridge 1991.
- Duff, Antony*, Prävention oder Überredung?, in: Bernd Schünemann/Andrew Ashworth (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog; Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 181 ff.
- Duff, Antony*, Punishment, Communication, and Community, Oxford 2001.
- Duguit, Léon*, Traité de droit constitutionnel. Tome 1. Le règle de droit, le problème de l'état, 3. Aufl., Paris 1927.
- Dünnebier, Hanns*, Das Kontumazialverfahren ist abgeschafft, in: Hans Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz. Zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, Berlin 1972, S. 669 ff.
- Dürig, Günter/Klein, Hans*, Art. 18, in: Theodor Maunz; Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, 93. Aufl., München 2020.
- Duttge, Gunnar*, Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozeßrecht, ZStW 2003, S. 539 ff.
- Duttge, Gunnar*, Der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB) 2005, GA 2006, S. 573 ff.
- Duttge, Gunnar*, § 216, in: Dorothea Prütting (Hrsg.), Medizinrecht – Kommentar, 5. Aufl., Köln 2019.
- Duttge, Gunnar*, § 15, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2020.
- Düwell, Marcus*, Anerkennung, in: Petra Kolmer/Armin Wildfeuer (Hrsg.), Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe. Band 1: Absicht – Gemeinwohl, Freiburg i. Br. 2011, S. 124 ff.
- Dworkin, Ronald*, Rights as Trumps, in: Jeremy Waldron (Hrsg.), Theories of Rights, Oxford 1984, S. 153 ff.
- Ebert, Ina*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht, Tübingen 2004.
- Edmondson, William A.*, An Introduction to Rights, 2. Aufl., Cambridge 2012.
- Eisele, Jörg*, Der Tatbestand der Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c StGB), JA 2007, S. 168 ff.
- Eisele, Jörg*, § 299, in: Adolf Schönke; Horst Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl., München 2019.
- Eisele, Jörg*, Vor § 13, in: Adolf Schönke; Horst Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl., München 2019.
- Eisenberg, Ulrich*, Sich-Entfernen bzw. Fernbleiben während der Hauptverhandlung (§ 231 II StPO), NStZ 2012, S. 63 ff.

- Engisch, Karl*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 1958, S. 566 ff.
- Engländer, Armin*, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 2015, S. 616 ff.
- Engländer, Armin*, Grundkurs StPO, 9. Aufl., München 2018.
- Erdag, Ali-Ihsan*, Der rechtliche Einfluß des privaten Verletzten auf den Beginn des Strafverfahrens, Heidelberg 2001.
- Eschelbach, Ralf*, § 230, in: Bernd v. Heintschel-Heinegg/Paul Bockelmann/Heinz Stöckel (Hrsg.), KMR Kommentar zur Strafprozeßordnung, Neuwied/Kriftel/Berlin 1980.
- Eser, Albin*, Sterbehilfe und Euthanasie in rechtlicher Sicht, in: Volker Eid (Hrsg.), Euthanasie oder soll man auf Verlangen töten?, 2. Aufl., Mainz 1985, S. 45 ff.
- Eser, Albin*, Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen. Auf dem Weg zur „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens?, ZStW 1992, S. 361 ff.
- Eser, Albin*, Rechtsgut und Opfer. Zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen, in: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker. Zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1996, S. 1005 ff.
- Eser, Albin, et al.*, Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme. Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, GA 2014, S. 1 ff.
- Eser, Albin/Bosch, Nikolaus*, Vor § 22, in: Adolf Schönke; Horst Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl., München 2019.
- Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht. Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, Berlin 2002.
- Esser, Robert*, (Nichts) Neues aus Straßburg – Effektive Verteidigung bei Nichterscheinen des Angeklagten zu Beginn der Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz (§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO). Zugleich Anmerkungen zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.02.2012 – III-2 RVs 11/12, und EGMR, *Neziraj v. Deutschland*, Urt. v. 08.11.2012, Individualbeschwerde – Nr. 30804/07, StV 2013, S. 331 ff.
- Fabricius, Dirk*, Die Stellung des Nebenklagevertreters, NSTz 1994, S. 257 ff.
- Fateh-Moghadam, Bijan*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts. Zur strafrechtlichen Beobachtung religiöser Pluralität, Tübingen 2019.
- Feinberg, Joel*, Social Philosophy, Englewood Cliffs, NJ 1973.
- Feinberg, Joel*, The Expressive Function of Punishment, in: ders., *Doing and Deserving. Essays in Theory of Responsibility*, Princeton 1974, S. 95 ff.
- Feinberg, Joel*, Duties, Rights, and Claims, in: ders., *Rights, Justice and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton, NJ 1980a, S. 130 ff.
- Feinberg, Joel*, The Nature and Value of Rights, in: ders., *Rights, Justice and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton, NJ 1980b, S. 143 ff.

- Feinberg*, Joel, Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life, in: ders., Rights, Justice and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy, Princeton, NJ 1980c, S. 221 ff.
- Feinberg*, Joel, The Moral Limits of Criminal Law, New York u. a. 1984–1990.
- Feuerbach*, Paul J. A., Antihobbes, Erfurt 1798.
- Feuerbach*, Paul J. A., Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen, 14. Aufl., Gießen 1847.
- Fezer*, Karl-Heinz, Teilhabe und Verantwortung. Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts, München 1986.
- Fichte*, Johann G., Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre (1794/1795), 2. Aufl., Hamburg 1956.
- Fichte*, Johann G., Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre (1796), Hamburg 1979.
- Finnis*, John, Natural Law and Natural Rights, Oxford 1979.
- Fischer*, Hans A., Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911.
- Fischer*, Thomas, Einleitung, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., München 2019.
- Fischer*, Thomas (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 68. Aufl., München 2021.
- Fischer-Lescano*, Andreas/*Franzki*, Hannah/*Horst*, Johan (Hrsg.), Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts, Tübingen 2018.
- Forst*, Rainer, Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 2007.
- Frank*, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Tübingen 1908.
- Frank*, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.
- Frankena*, William K., The Ethics of Respect for Persons, Philosophical Topics 1986, S. 149 ff.
- Fraser*, Nancy/*Honneth*, Axel, Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse, Frankfurt a.M. 2003.
- Frehsee*, Detlev, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen, Berlin 1987.
- Freier*, Friedrich von, Selbstbelastungsfreiheit für Verbandspersonen?, ZStW 2010, S. 117 ff.
- Freund*, Georg, Der Zweckgedanke im Strafrecht?, GA 1995, S. 4 ff.
- Freund*, Georg, Vor § 13, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2020.

- Freund, Georg/Rostalski*, Frauke, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2019.
- Frisch, Wolfgang*, Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, Köln 1983.
- Frisch, Wolfgang*, An den Grenzen des Strafrechts, in: Wilfried Küper/Friedrich Dencker (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 69 ff.
- Frisch, Wolfgang*, Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann/Andrew Ashworth (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog; Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 125 ff.
- Frisch, Wolfgang*, Zum Recht des abwesenden Angeklagten auf Verteidigung, insbesondere in der Berufungsinstanz, in: Carl-Friedrich Stuckenberg/Klaus F. Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Berlin 2015, S. 589 ff.
- Frister, Helmut*, Die Notwehr im Sytem der Notrechte, GA 1988, S. 291 ff.
- Frister, Helmut*, § 247, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., Köln 2016.
- Gaede, Karsten*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK. Ein Beitrag zur Dogmatik des fairen Verfahrens in europäischen Strafverfahren und zur wirksamkeitsverpflichteten Konventionsauslegung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigungsbeistand, Berlin 2010.
- Gaede, Karsten*, Sanktion durch Verfahren. Grenzen der Justizpflicht des Beschuldigten insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren, ZStW 2017, S. 911 ff.
- Gaede, Karsten*, Art. 6 EMRK, in: Christoph Knauer/Hans Kudlich/Hartmut Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, München 2018.
- Galen, Margarete von*, „Parallel Justice“ für Opfer von Straftaten – ein Verfahren mit „Opfervermutung“ außerhalb des Strafrechts, StV 2013, S. 171 ff.
- Gallas, Wilhelm*, Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968.
- Gallas, Wilhelm*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, München 1979, S. 155 ff.
- Gärditz, Klaus F.*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 2010, S. 331 ff.
- Gardner, John*, Justifications and Reasons, in: ders., Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, Oxford 2007, S. 91 ff.
- Gardner, John*, Justification under Authority, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2010, S. 71 ff.
- Geerds, Friedrich*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, S. 262 ff.

- Geerds*, Friedrich, Der Schiedsmann in der Strafrechtspflege, Schiedsmannszeitung 1980, S. 73 ff.
- Geilen*, Gerd, Euthanasie und Selbstbestimmung. Juristische Betrachtungen zum „Recht auf den eigenen Tod“, Tübingen 1975.
- Gemmeren*, Gerhard van, Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 6.12.2000 – 1 StR 488/00 (LG Passau), NSTZ 2001, S. 262 ff.
- Geppert*, Klaus, Rechtfertigende „Einwilligung“ des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW 1971, S. 947 ff.
- Gerland*, Heinrich B., Systematische Stellung des Privatklageverfahrens im Strafprozess. Eine kritische Studie, Stuttgart 1901.
- Gerson*, Oliver H., Das Recht auf Beschuldigung. Strafprozessuale Verfahrensbalance durch kommunikative Autonomie, Berlin/Boston 2016.
- Gerst*, Hans-Joachim, Die Konventionsgarantie des Art. 6 III c EMRK und die Abwesenheitsverwerfung gemäß § 329 I StPO – Ein kleiner Schritt für Straßburg, ein zu großer für Deutschland?, NSTZ 2013, S. 310 ff.
- Gewirth*, Alan, Why Rights are Indispensable, Mind 1986, S. 329 ff.
- Gewirth*, Alan, Rights and Duties, Mind 1988, S. 441 ff.
- Gierhake*, Katrin, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, Berlin 2005.
- Gierhake*, Katrin, Das Prinzip der Weltrechtspflege nach § 1 Völkerstrafgesetzbuch und seine prozessuale Umsetzung in § 153f der Strafprozessordnung, ZStW 2008, S. 375 ff.
- Gierhake*, Katrin, Zum „ernstlichen Tötungsverlangen“ i.S. des § 216 I StGB und zum Irrtum über dessen Vorliegen gemäß § 16 II StGB. Zugleich Überlegungen zum Strafgrund der Tötung auf Verlangen, GA 2012, S. 291 ff.
- Gierhake*, Katrin, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht. Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorisimusprävention, Berlin 2013.
- Gierhake*, Katrin, Strafe, Strafverfahren und Medienöffentlichkeit, in: Uwe Murmann (Hrsg.), Strafrecht und Medien, Göttingen 2016, S. 51 ff.
- Gmel*, Duscha, § 230, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., München 2019.
- Gmel*, Duscha, § 231a, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., München 2019.
- Göbel*, Alfred A., Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt a.M. 1992.
- Göhler*, Johanna M., Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union. Eine rechtsvergleichende Analyse sowie der Vorschlag eines Alternativmodells für die Befriedigung des individuellen Genugtuungsinteresses, Berlin 2019.
- Goldschmidt*, James, Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925.



- Gollwitzer*, Walter, Die Stellung des Nebenklägers in der Hauptverhandlung, in: Helwig Hassenpflug (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag am 11. Dezember 1979, Berlin 1980, S. 65 ff.
- Gollwitzer*, Walter, Die Verfahrensstellung des in der Hauptverhandlung nicht anwesenden Angeklagten, in: Hans H. Jescheck/Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Berlin/New York 1989, S. 455 ff.
- Gorf*, Claudia, § 231a, in: Jürgen-Peter Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung, 39. Aufl., München 2021.
- Görg*, Hans-Jürgen, Die Entstehung des strafprozessualen Anklageerzwingungsverfahrens als historische Konsequenz aus dem Wandel von der privaten zur staatlich monopolisierten Strafverfolgung, Regensburg 1995.
- Graul*, Eva, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991.
- Graul*, Eva, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss (in JuS-Lernbögen), JuS 1995, S. 41 ff.
- Grebing*, Gerhardt, Abschaffung oder Reform der Privatklage?, GA 1984, S. 1 ff.
- Greco*, Luis, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin 2009.
- Greco*, Luis, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Berlin 2015.
- Grimm*, Jacob/*Grimm*, Wilhelm, Deutsches Wörterbuch (1897), München 1984.
- Grolman*, Karl L. W. von, Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung. Nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maasstabe der Strafen und der juridischen Imputation, Gießen 1799.
- Große-Wilde*, Thomas, Handlungsgründe und Rechtfertigungsgründe. Einmal mehr: Was heißt es, eine Tat zu rechtfertigen?, ZIS 2011, S. 83 ff.
- Grotius*, Hugo, On the Rights of War and Peace. An Abridged Translation by William Whewell (1625), Clark, NJ 2011.
- Grünewald*, Anette, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, GA 2012, S. 364 ff.
- Grünhut*, Max, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in: August Hegler (Hrsg.), Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Tübingen 1930, S. 1 ff.
- Grunsky*, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts. Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG, 2. Aufl., Bielefeld 1974.
- Grünwald*, Gerald, Anmerkung zu BVerfG, Beschluß v. 21.1.1976 – 2 BvR 941/75 = BVerfGE 41, 246, JZ 1976, S. 767 ff.
- Grupp*, Magdalena, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat, Baden-Baden 2009.

- Grzeszick*, Bernd, Art. 20 Abs. 3, in: Theodor Maunz; Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, 93. Aufl., München 2020.
- Günther*, Hans-Ludwig, Die Genese eines Straftatbestands, JuS 1978, S. 8 ff.
- Günther*, Hans-Ludwig, Die Schweigebefugnis des Tatverdächtigen im Straf- und Bußgeldverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht, GA 1978, S. 193 ff.
- Günther*, Hans-Ludwig, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Köln 1983.
- Günther*, Klaus, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein ‚Paradigmawechsel‘ im Strafrecht?, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1995, S. 445 ff.
- Günther*, Klaus, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention, in: Cornelius Prittwitz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden 2002, S. 205 ff.
- Günther*, Klaus, Anerkennung, Verantwortung, Gerechtigkeit, in: Rainer Forst, et al. (Hrsg.), Sozialphilosophie und Kritik. Axel Honneth zum 60. Geburtstag, Frankfurt a. M. 2009, S. 269 ff.
- Günther*, Klaus, Criminal Law, Crime and Punishment as Communication. Normative Order Working Paper 02/2014 (2014), abrufbar unter <https://www.normativeorders.net/de/publikationen/working-paper>, zuletzt geprüft am 15.05.2021.
- Gutmann*, Thomas, Anerkennung in den Rechtswissenschaften, in: Ludwig Siep/Heikki Ikäheimo/Michael Quante (Hrsg.), Handbuch Anerkennung, Wiesbaden 2019, S. 1 ff.
- Haas*, Volker, Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, Berlin 2002.
- Haas*, Volker, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre, Berlin 2008a.
- Haas*, Volker, Strafbegriff, Staatsverhältnis und Prozessstruktur. Zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren, Tübingen 2008b.
- Haas*, Volker, Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt, ZStW 2011, S. 226 ff.
- Habermas*, Jürgen, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 1994.
- Habermas*, Jürgen, Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte, DZPh 2010, S. 343 ff.
- Hahn*, Henning, Moralische Selbstachtung. Zur Grundfigur einer sozialliberalen Gerechtigkeitstheorie, Berlin/New York 2008.
- Hahn*, Karl, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Strafprozeßordnung und Einführungsgesetz zu derselben, Berlin 1880–1886.

- Halbig*, Christoph, Anerkennung, in: Marcus Düwell/Christoph Hübenthal/Micha H. Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, Stuttgart/Weimar 2006, S. 303 ff.
- Hampton*, Jean, The Retributive Idea, in: Jeffrie G. Murphy/Jean Hampton (Hrsg.), Forgiveness and Mercy, Cambridge 1990, S. 111 ff.
- Hampton*, Jean, Retributivism and Its Critics, in: Wesley Cragg (Hrsg.), Retributivism and its Critics. Papers of the Special Nordic Conference, Held at the University of Toronto, 25–27 June 1990, Stuttgart 1992, S. 1 ff.
- Hanloser*, Marlene, Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren. Ein Vorschlag zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses über die Stellung des Opfers im Strafverfahren auf der Grundlage einer Betrachtung des Victim Impact Statement im US-amerikanischen Recht, Frankfurt a.M. 2010.
- Hanna*, Nathan, Say What? A Critique of Expressive Retributivism, Law and Philosophy 2008, S. 123 ff.
- Hart*, H. L. A., Are There Any Natural Rights?, The Philosophical Review 1955, S. 175 ff.
- Hart*, H. L. A., Commands and Authoritative Legal Reasons, in: ders., Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory, Oxford 1982a, S. 243 ff.
- Hart*, H. L. A., Legal Rights, in: ders., Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory, Oxford 1982b, S. 162 ff.
- Hart*, H. L. A., The Concept of Law, 2. Aufl., Oxford 1994.
- Hassemer*, Winfried, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt a.M. 1973.
- Hassemer*, Winfried, Rezension zu Amelung, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage, ZStW 1975, S. 146 ff.
- Hassemer*, Winfried, Gefährliche Nähe. Die Entfernung des Angeklagten aus der Hauptverhandlung (§ 247 StPO), JuS 1986, S. 25 ff.
- Hassemer*, Winfried, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: Lothar Philipps/Heinrich Scholler (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, S. 85 ff.
- Hassemer*, Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990.
- Hassemer*, Winfried/Neumann, Ulfrid, Vor § 1, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paefgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Hassemer*, Winfried/Reemtsma, Jan P., Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit, München 2002.
- Hattenhauer*, Hans, „Person“. Zur Geschichte eines Begriffs, JuS 1982, S. 405 ff.
- Hecker*, Bernd, § 315c, in: Adolf Schönke; Horst Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl., München 2019.

- Hefendehl*, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002.
- Hefendehl*, Roland, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, GA 2007, S. 1 ff.
- Hegel*, Georg W. F., Grundlinien der Philosophie des Rechts (1820), 4. Aufl., Hamburg 1955.
- Hegel*, Georg W. F., Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. Teil 3. Die Philosophie des Geistes (mit den mündlichen Zusätzen) (1830), Frankfurt a. M. 1970.
- Hegel*, Georg W. F., Phänomenologie des Geistes (1807), Hamburg 2006.
- Heger*, Martin, Die Rolle des Opfers im Strafverfahren, JA 2007, S. 244 ff.
- Heger*, Martin, James Goldschmidt und der Strafprozess als Rechtslage, JZ 2010, S. 637 ff.
- Heger*, Martin, Vor § 13, in: Kristian Kühl/Martin Heger (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 29. Aufl., München 2018.
- Hegler*, August, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 1915, S. 19 ff.
- Heine*, Günter/*Schittenhelm*, Ulrike, § 324, in: Adolf Schönke; Horst Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl., München 2019.
- Hellwig*, Konrad, Anspruch und Klagerecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht, Aalen 1924.
- Henckel*, Wolfram, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.
- Henkel*, Heinrich, Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Stuttgart 1968.
- Herdegen*, Matthias, Art. 1 Abs. 3, in: Theodor Maunz; Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, 93. Aufl., München 2020.
- Hilgendorf*, Eric, Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 2013, S. 111 ff.
- Hilgendorf*, Eric, Strafrechtspolitik und Rechtsgutslehre, in: Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts. Band 1: Grundlagen des Strafrechts, Heidelberg 2019, S. 791 ff.
- Hilgendorf*, Eric/*Zabel*, Benno, Die Idee subjektiver Rechte, in: Eric Hilgendorf/Benno Zabel/Susanne Beck (Hrsg.), Die Idee subjektiver Rechte, Berlin/Boston 2021, S. 1 ff.
- Hilger*, Hans, Vor § 374, in: Volker Erb, et al. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg – Großkommentar, 26. Aufl., Berlin 2009.
- Hill*, Thomas E., Donagan's Kant, Ethics 1993, S. 22 ff.
- Hillenkamp*, Thomas, Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen 1981.
- Himma*, Kenneth E., Law's Claim of Legitimate Authority, in: Jules L. Coleman (Hrsg.), Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law, Oxford 2001, S. 271 ff.

- Hirsch, Andrew v.*, Censure and Sanctions, Oxford 1995.
- Hirsch, Andrew v.*, Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“, in: Roland Heffendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 13 ff.
- Hirsch, Andrew v.*, Warum soll die Strafsanktion existieren. Tadel und Prävention als Element einer Rechtfertigung, in: Andrew v. Hirsch/Kurt Seelmann/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden 2011, S. 43 ff.
- Hirsch, Andrew v./Neumann, Ulfrid*, „Indirekter“ Paternalismus im Strafrecht am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), GA 2007, S. 671 ff.
- Hirsch, Hans J.*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, Bonn 1960.
- Hirsch, Hans J.*, Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes, Karlsruhe 1967.
- Hirsch, Hans J.*, Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, in: Paul Bockelmann (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1969, S. 304 ff.
- Hirsch, Hans J.*, Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens, in: Günter Warda (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin 1976, S. 815 ff.
- Hirsch, Hans J.*, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Teil II, ZStW 1982, S. 239 ff.
- Hirsch, Hans J.*, Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht. Über die Grenzen strafrechtlicher Aufgaben, in: Gerhard Dornseifer/Eckhard Horn (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, S. 699 ff.
- Hirsch, Hans J.*, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 1990, S. 534 ff.
- Hirsch, Philipp-Alexander*, Freiheit und Staatlichkeit bei Kant. Die autonomietheoretische Begründung von Recht und Staat und das Widerstandsproblem, Berlin 2017.
- Hirsch, Philipp-Alexander*, Verletzung in eigenen Rechten. Zur strafrechtsdogmatischen Stellung des Verletzten, in: Markus Abraham, et al. (Hrsg.), Verletzte im Strafrecht, Baden-Baden 2020, S. 31 ff.
- Hirsch, Philipp-Alexander*, Rezension zu Luna Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, ZIS 2020, S. 589 ff.
- Hirschberg, Max*, Die Schutzobjekte der Verbrechen: speziell untersucht an den Verbrechen gegen den Einzelnen. Eine konstruktiv-dogmatische Studie, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform, Breslau 1910.
- Hobbes, Thomas*, Leviathan. With selected variants from the Latin edition of 1668 (1651), 7. Aufl., Indianapolis 2007.
- Hochheuser, Ernst*, Der Verletzte im Strafrecht, Köln 1965.

- Hoerster*, Norbert, Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe, NJW 1986, S. 1786 ff.
- Hoffmann-Holland*, Klaus, § 22, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2020.
- Hohfeld*, Wesley N., Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale Law Journal 1913, S. 16 ff.
- Hohfeld*, Wesley N., Einige Grundbegriffe des Rechts, wie sie in rechtlichen Überlegungen Anwendung finden, in: Markus S. Stepanians (Hrsg.), Individuelle Rechte, Paderborn 2007, S. 51 ff.
- Hohn*, Kristian, Grundwissen – Strafrecht. Handlungs- und Erfolgsunrecht, JuS 2008, S. 494 f.
- Holroyd*, Jules, The Retributive Emotions: Passions and Pains of Punishment, Philosophical Papers 2010, S. 343 ff.
- Holz*, Wilfried, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, Berlin 2007.
- Holznagel*, Sascha, Zustimmung als negatives Tatbestandsmerkmal. Dekonstruktion der Zweiteilungslehre und Rekonstruktion einer einheitlichen Zustimmungsdogmatik unter besonderer Berücksichtigung subjektiver Wirksamkeitshindernisse, Berlin 2019.
- Honig*, Richard, Die Einwilligung des Verletzten. Teil I. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Mannheim 1919.
- Honneth*, Axel, Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte, Frankfurt a. M. 1992.
- Honneth*, Axel, Anerkennung und moralische Verpflichtung, ZphF 1997, S. 25 ff.
- Honneth*, Axel, Autonomie und Anerkennung. Zur Genealogie von Hegels Anerkennungslehre, in: Klaus Viertbauer/Thomas Hanke (Hrsg.), Subjektivität denken. Anerkennungstheorie und Bewusstseinsanalyse, Hamburg 2017, S. 11 ff.
- Honneth*, Axel, Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte, Berlin 2018.
- Horn*, Eckhard, Konkrete Gefährdungsdelikte, Köln 1973.
- Hörnle*, Tatjana, Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Roland Hefendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 268 ff.
- Hörnle*, Tatjana, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt a. M. 2005.
- Hörnle*, Tatjana, Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 2006, S. 950 ff.
- Hörnle*, Tatjana, Das Verbot des Geschwisterinzests. Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 2008, S. 2085 ff.
- Hörnle*, Tatjana, „Rights of Others“ in Criminalisation Theory, in: Andrew Simester/Antje Du Bois-Pedain/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch, Oxford/Portlang, Oregon 2014, S. 169 ff.

- Hörnle*, Tatjana, Theories of Criminalization, in: Markus D. Dubber/Tatjana Hörnle (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Law, Oxford 2014, S. 679 ff.
- Hörnle*, Tatjana, Straftheorien, 2. Aufl., Tübingen 2017.
- Hörnle*, Tatjana, Straftheorien, in: Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts. Band 1: Grundlagen des Strafrechts, Heidelberg 2019, S. 507 ff.
- Hörnle*, Tatjana/*Hirsch*, Andrew v., Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, S. 261 ff.
- Hoyer*, Andreas, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, Berlin 1997.
- Hoyer*, Andreas, Vor § 32, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Köln 2017.
- Hruschka*, Joachim, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: Hans-Heinrich Jescheck (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher. Zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, Berlin 1977, S. 189 ff.
- Hruschka*, Joachim, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, 2. Aufl., München 1988.
- Hruschka*, Joachim, Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts, JZ 2004, S. 1085 ff.
- Hug*, Markus, Zur Vorbereitung von Konfrontationseinvernahmen aus der Sicht des Strafverteidigers, in: Andreas Donatsch (Hrsg.), 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich. Festschrift, Zürich 2000, S. 387 ff.
- Hüls*, Silke/*Reichling*, Tilman, Der abwesende Angeklagte in der (Berufungs-)Hauptverhandlung nach der EGMR-Entscheidung *Neziraj vs. Deutschland*. Zugleich Anmerkungen zu OLG Bremen, Beschl. v. 10.06.2013 – 2 Ss 11/13 = StV 2014, 211 und OLG Celle, Beschl. v. 19.03.2013 – 32 Ss 29/13 = StV 2014, 209, StV 2014, S. 242 ff.
- Ikadatsu*, Yasuhiro, Der Paradigmenwechsel der Privatrechtstheorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen. Pufendorf, Wolff, Kant und Savigny, Ebelsbach 2002.
- Ikäheimo*, Heikki, Anerkennung, Berlin 2014.
- Ingelfinger*, Ralph, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots. Das Menschenleben als Schutzobjekt des Strafrechts, Köln 2004.
- Iser*, Mattias, Recognition (2019), abrufbar unter <https://plato.stanford.edu/entries/recognition/>, zuletzt geprüft am 15.05.2021.
- Jäger*, Christian, § 23, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Köln 2017.
- Jäger*, Christian, Vor § 1, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Köln 2017.
- Jäger*, Tilman, Die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung, Hamburg 2005.



- Jahn*, Matthias, Stellungnahme Rechtsausschuss 2. ORRG vom 13. Mai 2009 (2009), abrufbar unter [https://www.jura.uni-frankfurt.de/55029494/Stellungnahme\\_Opfer\\_rechtsreformgesetz.pdf](https://www.jura.uni-frankfurt.de/55029494/Stellungnahme_Opfer_rechtsreformgesetz.pdf), zuletzt geprüft am 15.05.2021.
- Jahn*, Matthias/*Bung*, Jochen, Die Grenzen der Nebenklagebefugnis. Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 9.5.2012 – 5 StR 523/11, StV 2012, S. 754 ff.
- Jakobs*, Günther, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, S. 751 ff.
- Jakobs*, Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1991.
- Jakobs*, Günther, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem. Öffentlicher Vortrag vom 2. Februar 1998, München 1998.
- Jakobs*, Günther, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 88 ff.
- Jakobs*, Günther, Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck, Paderborn 2004.
- Jakobs*, Günther, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin 2008.
- Jakobs*, Günther, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, Paderborn 2012.
- James*, Aaron, Legal and Other Governance in Second-Person Perspective, Loyola of Los Angeles Law Review 2007, S. 911 ff.
- Järkel*, Christian, Die wegen Sittenwidrigkeit rechtswidrige Körperverletzung. Ein Beitrag zur Auslegung und Reform des § 228 StGB, Hamburg 2010.
- Jellinek*, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1905), 2. Aufl., Tübingen 2011.
- Jerouschek*, Günter, Straftat und Traumatisierung. Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive, JZ 2000, S. 185 ff.
- Jescheck*, Hans-Heinrich, Vor § 13, in: Burkhard Jähnke/Heinrich Laufhütte/Walter Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 2003.
- Jescheck*, Hans-Heinrich/*Weigend*, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
- Jhering*, Rudolf v., Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Theil 3, Abtheilung 1, Leipzig 1865.
- Jhering*, Rudolf v., Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Theil 3, Abtheilung 1, 5. Aufl., Leipzig 1906.
- Joerden*, Jan C., Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg 2018.
- Jones*, Peter, Rights, London 1994.
- Julius*, Karl-Peter, Zur Disponibilität des strafprozessualen Anwesenheitsgebots, GA 1992, S. 295 ff.

- Julius*, Karl-Peter, § 230, in: Björn Gercke (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., Heidelberg (u. a.) 2012.
- Kaden*, Erich-Hans, Buchbesprechung: Pugliese, Giovanni, *Actio e diritto subiettivo*, SZ-RA 1940, S. 255 ff.
- Kahlo*, Michael, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff*, Berlin 1990.
- Kahlo*, Michael, *Der Begriff der Prozeßsubjektivität und seine Bedeutung im reformierten Strafverfahren, besonders für die Rechtsstellung des Beschuldigten*, KritV 1997, S. 183 ff.
- Kahlo*, Michael, *Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht*, in: Roland Hefendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 26 ff.
- Kahlo*, Michael, „Die Weisheit der absoluten Theorien“, in: Felix Herzog/Jong d. Bae (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010, S. 383 ff.
- Kaiser*, Hanno, *Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe*, Berlin 1999.
- Kamm*, Frances M., *Conflicts of Rights. Typology, Methodology, and Nonconsequentialism*, *Legal Theory* 2001, S. 239 ff.
- Kamm*, Frances M., *Rights*, in: Jules L. Coleman/Scott Shapiro/Coleman-Shapiro (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford 2004, S. 476 ff.
- Kamm*, Frances M., *Intricate Ethics. Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*, Oxford 2007.
- Kant*, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), Berlin 1911.
- Kant*, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), Berlin 1913.
- Kant*, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Berlin 1968.
- Kant*, Immanuel, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. (1793), Berlin 1969.
- Kant*, Immanuel, *Vorarbeiten und Nachträge*, Berlin 1969.
- Kar*, Robin B., *The Second-Person Standpoint and the Law*, *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series* 2011, S. 1 ff.
- Kargl*, Walter, *Friede durch Vergeltung. Über den Zusammenhang von Sache und Zweck im Strafbegriff*, GA 1998, S. 53 ff.
- Kargl*, Walter, *Die Freiheitsberaubung nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, JZ 1999, S. 72 ff.
- Kaser*, Max, *Das römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. Aufl., München 1971.

- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian*, Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 22. Aufl., München 2021.
- Kaufmann, Armin*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954.
- Kaufmann, Armin*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Armin Kaufmann, et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin/Boston 1974, S. 393 ff.
- Kaufmann, Armin*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl., Göttingen 1988.
- Kaufmann, Arthur*, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, Mainz 1950.
- Kaufmann, Arthur*, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg 1961.
- Kaufmann, Horst*, Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, JZ 1964, S. 482 ff.
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960.
- Kerstein, Samuel J.*, How to Treat Persons, Oxford 2013.
- Kientzy, Dieter*, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers. Auf Grund einer kritischen Betrachtung der Differenzierung in Einwilligung und Einverständnis, Tübingen 1970.
- Kilchling, Michael*, Opferinteressen und Strafverfolgung, Freiburg i.Br. 1995.
- Kilchling, Michael*, Opferschutz und der Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?, NSTZ 2002, S. 57 ff.
- Kindhäuser, Urs*, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt a.M. 1989.
- Kindhäuser, Urs*, Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe, GA 1989, S. 493 ff.
- Kindhäuser, Urs/Schramm, Edward*, Strafrecht, Besonderer Teil. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 9. Aufl., Baden-Baden 2020.
- Kindhäuser, Urs/Schumann, Kay H.*, Strafprozessrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Kindhäuser, Urs/Zimmermann, Till*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Baden-Baden 2020.
- Kircher, Peter*, Die Privatklage. Eine strafprozessuale und kriminalpolitische Studie zur Möglichkeit einer Begrenzung des Strafrechts auf prozessualen Weg, o.O. 1971.
- Kirchhof, Paul*, Art. 3 Abs. 1, in: Theodor Maunz; Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, 93. Aufl., München 2020.
- Kirchmann, Julius H. von*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin 1848.
- Kirste, Stephan*, Eine deskriptive Rechtsethik, JRE 2011, S. 241 ff.

- Kirste*, Stephan, A Legal Concept of Dignity as a Foundation of Law, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.), Human Dignity as a Foundation of Law. Proceedings of the special workshop held at the 24th world congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Beijing, 2009, Stuttgart 2013, S. 63 ff.
- Kirste*, Stephan, Die beiden Seiten der Maske. Rechtstheorie und Rechtsethik der Rechtsperson, in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste/Oliver Lembecke (Hrsg.), Person und Rechtsperson. Zur Ideengeschichte der Personalität, Tübingen 2015, S. 345 ff.
- Kirste*, Stephan, Zur Begründung subjektiver öffentlicher Rechte. Zugleich eine Kritik naturalistischer und etatistischer Theorien, in: Eric Hilgendorf/Benno Zabel/Susanne Beck (Hrsg.), Die Idee subjektiver Rechte, Berlin/Boston 2021, S. 259 ff.
- Kleinert*, Tino, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung. Eine Untersuchung zur Stellung des Deliktsopfers im Strafrechtssystem, Berlin 2008.
- Kluszczewski*, Diethelm, Straftataufklärung im Internet. Technische Möglichkeiten und rechtliche Grenzen von strafprozessualen Ermittlungseingriffen im Internet, ZStW 2011, S. 737 ff.
- Klingbeil*, Stefan, Der Begriff der Rechtsperson, AcP 2017, S. 848 ff.
- Klocke*, Gabriele/Henning, Ernst M., Zur Renaissance der Vergeltung, StV 2014, S. 370 ff.
- Kloc-Konkołowicz*, Jakub, Anerkennung als Verpflichtung. Klassische Konzepte der Anerkennung und ihre Bedeutung für die aktuelle Debatte, Würzburg 2015.
- Knauer*, Christoph/Brose, Johannes, § 216 StGB, in: Andreas Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht – Kommentar, 3. Aufl., München 2018.
- Knierim*, Angela, Das Tatbestandsmerkmal „Verlangen“ im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Unrechtslehre am Beispiel der Tötung auf Verlangen und des Schwangerschaftsabbruchs nach Konfliktberatung, Berlin 2018.
- Koch*, Arnd, Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit. Ein Streifzug durch zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsdogmatik, ZIS 2010, S. 175 ff.
- Koewius*, Rüdiger, Die Rechtswirklichkeit der Privatklage, Berlin 1974.
- Köhler*, Michael, Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg 1982.
- Köhler*, Michael, Der Begriff der Strafe, Heidelberg 1986.
- Köhler*, Michael, Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis. Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfaden der Hegelschen Rechtsphilosophie, in: Ingeborg Puppe/Jörg Tenckhoff/Wilfried Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin, Boston 1987, S. 11 ff.
- Köhler*, Michael, Prozeßrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe, ZStW 1995, S. 10 ff.
- Köhler*, Michael, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg 1997.
- Köhler*, Michael, Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit, Tübingen 2017.
- Kölbel*, Ralf, Opfergenugtuung oder rehabilitative Idee?, StV 2014, S. 698 ff.

- Koller, Peter*, Die Struktur von Rechten, in: Georg Meggle (Hrsg.), *Analysomen 2 – Proceedings of the 2nd Conference „Perspectives in Analytical Philosophy“*. Bd. 3: *Philosophy of Mind, Practical Philosophy, Miscellanea*, Berlin 1997a, S. 251 ff.
- Koller, Peter*, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, 2. Aufl., Wien 1997b.
- König, Peter*, § 315c, in: Gabriele Cirener, et al. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 13. Aufl., Berlin/Boston 2021.
- Korsgaard, Christine M.*, *The Sources of Normativity*, Cambridge 1996.
- Korsgaard, Christine M.*, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge 1999.
- Krack, Ralf*, *Rehabilitierung des Beschuldigten im Strafverfahren*, Tübingen 2002.
- Kramer, Matthew H.*, Rights without Trimmings, in: Matthew H. Kramer/N. E. Simmonds/Hillel Steiner (Hrsg.), *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford 2002, S. 7 ff.
- Krausbeck, Matthias*, *Konfrontative Zeugenbefragung. Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für das deutsche Strafrecht*, Tübingen 2010.
- Krauß, Detlef*, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, *ZStW* 1964, S. 19 ff.
- Krauß, Detlef*, Täter und Opfer im Rechtsstaat, in: Cornelius Prittwitz (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden 2002, S. 269 ff.
- Krawietz, Werner*, Juridische Kommunikation im modernen Rechtssystem in rechtstheoretischer Perspektive, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2013, S. 181 ff.
- Kreiner, Sebastian*, Nr. 86 RiStBV, in: Jürgen-Peter Graf (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung*, 39. Aufl., München 2021.
- Krick, Carsten*, § 299, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., München 2019.
- Kröger, Thomas*, *Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat. Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie*, Berlin 2016.
- Kronecker*, *Erörterungen über das Privatklageverfahren*, GA 1885, S. 1 ff.
- Kröpil, Karl*, Zum Mißbrauch strafprozessualer Befugnisse, *JZ* 1998, S. 135 f.
- Kröpil, Karl*, Das strafprozessuale Verfahrensziel als Argumentationstopos in der Rechtsprechung, *JR* 2013, S. 14 ff.
- Krüger, Jochen*, Gibt es ein prozessuales Recht auf Abwesenheit von der Hauptverhandlung?, in: Heike Jung/Heinz Müller-Dietz (Hrsg.), *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens. Beiträge anlässlich des Colloquiums zum 65. Geburtstag von Gerhard Kielwein*, Köln 1989, S. 87 ff.
- Krüger, Matthias*, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin 2000.
- Krümpelmann, Justus*, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin 1966.

- Kubiciel*, Michael, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, ihre Methoden, Frankfurt a.M. 2013.
- Kuch*, David, Anspruch und Wirklichkeit des Rechts. Grundzüge des Rechtsdenkens von Joseph Raz, JZ 2017, S. 719 ff.
- Kudlich*, Hans, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot. Anwendbarkeit und Konsequenzen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots für die Ausübung strafprozessualer Verteidigungsbefugnisse, Berlin 1998.
- Kudlich*, Hans, Einleitung, in: Hans Kudlich/Christoph Knauer/Hartmut Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, München 2014.
- Kudlich*, Hans, Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, ZStW 2015, S. 635 ff.
- Kudlich*, Hans, § 315c, in: Bernd v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar StGB, 49. Aufl., 2021.
- Kühl*, Kristian, Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten, NJW 1987, S. 737 ff.
- Kühl*, Kristian, Zum Missbilligungscharakter der Strafe, in: Jörg Arnold (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 149 ff.
- Kühl*, Kristian, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2017.
- Kühl*, Kristian, Vor § 32, in: Kristian Kühl/Martin Heger (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 29. Aufl., München 2018.
- Kühne*, Hans-Heiner, Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl., Heidelberg 2015.
- Küper*, Wilfried, Berufungsverwerfung nach § 329 I StPO wegen Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten? – BGHSt 23, 331, JuS 1972, S. 127 ff.
- Kymlicka*, Will, Liberalism, Community and Culture, Oxford 1991.
- Lagodny*, Otto, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik; dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996.
- Lagodny*, Otto, Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, in: Roland Hefendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 83 ff.
- Laitinen*, Arto, Recognition, Needs and Wrongness. Two Approaches, European Journal of Political Theory 2009, S. 13 ff.
- Lampe*, Ernst-Joachim, Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre, ZStW 2006, S. 1 ff.
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band, Besonderer Teil, Halbband 2, 13. Aufl., München 1994.
- Larenz*, Karl/*Wolf*, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997.

- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.
- Lesch, Heiko H.*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, Frankfurt a.M. 1992.
- Lesch, Heiko H.*, Zur Einführung in das Strafrecht. Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens (2. Teil), JA 1994, S. 590 ff.
- Lesch, Heiko H.*, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln 1999.
- Lesch, Heiko H.*, Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung, ZStW 1999, S. 624 ff.
- Lesch, Heiko H.*, Anmerkungen zu BGH v. 12.1.2005 – 5 StR 191/04. Strafrechtliches Verwendungsverbot für wahre Angaben eines Steuerpflichtigen nach Einleitung eines Steuerstraßverfahrens, JR 2005, S. 302 f.
- Liszt, Franz v.*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 1883, S. 1 ff.
- Liszt, Franz v.*, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre, ZStW 1886, S. 663 ff.
- Liszt, Franz v.*, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Ernst I. Bekker (Hrsg.), Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Heft 5, Berlin 1889.
- Liszt, Franz v.*, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, ZStW 1893, S. 325 ff.
- Liszt, Franz v.*, Tagungsbeitrag, Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung 1912, S. 376 ff.
- Liszt, Franz v.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin 1927.
- Locke, John*, Second Treatise of Government (1689), 2. Aufl., Indianapolis, In 1980.
- Lohse, Kai/Jakobs, Sebastian*, Art. 6 EMRK, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., München 2019.
- Lotz, Martin*, Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung, Berlin 2017.
- Lüderssen, Klaus*, Opfer im Zwielficht, in: Thomas Weigend/Georg Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin 1999, S. 879 ff.
- Lüderssen, Klaus*, Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter. Von der Staatsraison über das Gemeinwohl zum Opfer?, in: Cornelius Prittwitz/Günter Bemann (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende. Deutsch-griechisches Symposium, Rostock 1999, Baden-Baden 2000, S. 63 ff.
- Lüderssen, Klaus*, Das moderne Strafrecht. Eine Zerreißprobe zwischen ultima ratio, Pragmatismus und kulturellem Hochgefühl, StV 2004, S. 97 ff.
- Lüderssen, Klaus*, Rechtsfreie Räume?, Berlin 2012.
- Lüderssen, Klaus/Jahn, Matthias*, Einleitung, in: Jörg-Peter Becker, et al. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg – Großkommentar, 27. Aufl., Berlin, Boston/Saarbrücken 2016.



- Luhmann*, Niklas, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a. M. 1983.
- Luhmann*, Niklas, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a. M. 1984.
- Luhmann*, Niklas, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987.
- Lütz-Binder*, Eva, Rechtswirklichkeit der Privatklage und Umgestaltung zu einem Aussöhnungsverfahren. Untersuchung unter Auswertung der Privatklageverfahren der Jahre 1992–2002 aus den Amtsgerichtsbezirken Landau/Pfalz, Neustadt/Weinstraße und Ludwigshafen/Rhein, Frankfurt a. M. 2010.
- Lyons*, David, Rights, Claimants, and Beneficiaries, in: ders., Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory, New York 1994, S. 23 ff.
- Maatz*, Kirstin, Der Schutz besonders sensibler Zeugen durch den Einsatz von Videotechnik unter besonderer Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte und Verfahrensprinzipien, Berlin 2012.
- Maatsch*, Asmus, Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtspflichtverstoß. Zum Strafrecht einverständlicher Sterbehilfe, Berlin 2001.
- MacCormick*, Neil, Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights, ARSP 1976, S. 305 ff.
- MacCormick*, Neil, Rights in Legislation, in: Peter M. S. Hacker (Hrsg.), Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart, Oxford 1977, S. 189 ff.
- Mackie*, John L., Can there be a Right-Based Moral Theory?, in: Jeremy Waldron (Hrsg.), Theories of Rights, Oxford 1984, S. 168 ff.
- Maiwald*, Manfred, Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren, GA 1970, S. 33 ff.
- Marfels*, Georgia, Von der Ehre zur Anerkennung? Die Bedeutung sozialphilosophischer Anerkennungstheorien für den strafrechtlichen Ehrbegriff, Baden-Baden 2011.
- Martin*, Claus-Peter, Das Sühneverfahren vor dem Schiedsmann in Strafsachen. Eine strafprozessual-verfahrenspsychologische Studie zum Schiedsmannsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der historischen Grundlagen, Lübeck 1988.
- Martin*, Rex/Nickel, James W., Recent Work on the Concept of Rights, American Philosophical Quarterly 1980, S. 165 ff.
- Martins*, Antonio, Ein nachmetaphysisches Strafrecht? Gedanken zum retributiven Charakter der Strafe, ZIS 2014, S. 514 ff.
- Marx*, Michael, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, Köln/Berlin/Bonn 1972.
- Maurach*, Reinhart/Gössel, Karl H., Strafrecht, Allgemeiner Teil. Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 8. Aufl., Heidelberg/Hamburg 2014.
- McCloskey*, Henry J., Rights, The Philosophical Quarterly 1965, S. 115 ff.
- McConnell*, Terrance C., Inalienable Rights. The Limits of Consent in Medicine and the Law, Oxford/New York 2000.
- Meder*, Stephan, Rechtsgeschichte. Eine Einführung, 7. Aufl., Stuttgart/Köln/Weimar/Wien 2021.

- Menke*, Christoph, Das Nichtanerkennbare. Oder warum das moderne Recht keine „Sphäre der Anerkennung“ ist, in: Rainer Forst, et al. (Hrsg.), Sozialphilosophie und Kritik. Axel Honneth zum 60. Geburtstag, Frankfurt a.M. 2009, S. 87 ff.
- Menke*, Christoph, Kritik der Rechte, Berlin 2018.
- Merkel*, Adolf, Kriminalistische Abhandlungen. Teil 1: Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, Leipzig 1867.
- Meyer*, Thomas, Semantik des Begriffs „Anerkennung“, in: Ludwig Siep/Heikki Ikäheimo/Michael Quante (Hrsg.), Handbuch Anerkennung, Wiesbaden 2019, S. 1 ff.
- Mezger*, Edmund, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 1924, S. 207 ff.
- Mezger*, Edmund, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin 1949.
- Mikus*, Rudolf A., Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, Berlin 2002.
- Mill*, John S., On Liberty (1859), in: Mary Warnock (Hrsg.), Utilitarianism and On Liberty. Including Mill's Essay on Bentham and selections from the writings of Jeremy Bentham and John Austin, 2. Aufl., Malden, MA 2003, S. 88 ff.
- Mill*, John S., Utilitarianism (1863), in: Mary Warnock (Hrsg.), Utilitarianism and On Liberty. Including Mill's Essay on Bentham and selections from the writings of Jeremy Bentham and John Austin, 2. Aufl., Malden, MA 2003, S. 181 ff.
- Mitsch*, Wolfgang, § 70, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2020.
- Mohr*, Georg, Unrecht und Strafe, in: Ludwig Siep (Hrsg.), G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1997, S. 95 ff.
- Montenbruck*, Axel, Deutsche Straftheorie. Lehrbuch in vier Teilen, 4. Aufl., Berlin 2020.
- Morris*, Herbert, The Status of Rights, Ethics 1981, S. 40 ff.
- Moser*, Elias, Rights in Criminal Law in the Light of a Will Theory, Criminal Justice Ethics 2019, S. 176 ff.
- Moser*, Elias, Unveräußerliche Rechte 2020.
- Mugdan*, Benno (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band 1, Berlin 1899.
- Münzberg*, Wolfgang, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt a.M. 1966.
- Murmann*, Uwe, Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, Berlin 1993.
- Murmann*, Uwe, Über den Zweck des Strafprozesses, GA 2004, S. 65 ff.
- Murmann*, Uwe, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Berlin/Heidelberg 2005.
- Murmann*, Uwe, Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung, in: Hans-Ullrich Paeffgen, et al. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 767 ff.

- Murmann*, Uwe, § 217 StGB im System des (Straf-)Rechts, in: Katrin Höffler/Stefan Harrendorf/Axel Dessecker (Hrsg.), *Angewandte Kriminologie – justizbezogene Forschung*. 12. Kriminalwissenschaftliches Kolloquium und Symposium zu Ehren von Jörg-Martin Jehle, 22./23. Juni 2018, Göttingen 2019a.
- Murmann*, Uwe, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 5. Aufl., München 2019b.
- Murmann*, Uwe, § 22, in: Gabriele Cirener, et al. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 13. Aufl., Berlin/Boston 2021.
- Murmann*, Uwe, § 23, in: Gabriele Cirener, et al. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 13. Aufl., Berlin/Boston 2021.
- Murmann*, Uwe, Vor § 22, in: Gabriele Cirener, et al. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 13. Aufl., Berlin/Boston 2021.
- Muttelsee*, Anna B., *Die Sicherung des Rechtsfriedens im Bereich der Privatklagedelikte. Analyse und Reformüberlegungen*, Bonn 1991.
- Nagel*, Thomas, *The View from Nowhere*, New York 1986.
- Nagel*, Thomas, *Personal Rights and Public Space, Philosophy and Public Affairs* 1995, S. 83 ff.
- Naucke*, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburg 1962.
- Naucke*, Wolfgang, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, ZStW 1982, S. 525 ff.
- Naucke*, Wolfgang, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, KritV 1993, S. 135 ff.
- Naucke*, Wolfgang, *Die Legitimation strafrechtlicher Normen – durch Verfassungen oder durch überpositive Quellen?*, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Legitimationen (Band 1)*, Baden-Baden 1998, S. 156 ff.
- Nelles*, Ursula/*Oberlies*, Dagmar, *Reform der Nebenklage und anderer Verletztenrechte*, Baden-Baden 1998.
- Neuhaus*, Christa, *Der Grundsatz der ständigen Anwesenheit des Angeklagten in der strafprozessualen Hauptverhandlung 1. Instanz unter besonderer Berücksichtigung des § 231a StPO*, o.O. 2000.
- Neumann*, Ulfrid, *Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung*, GA 1985, S. 389 ff.
- Neumann*, Ulfrid, *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, ZStW 1987, S. 567 ff.
- Neumann*, Ulfrid, *Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren*, ZStW 1989, S. 52 ff.
- Neumann*, Ulfrid, *Rechtspolitische Aspekte der Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a.M./Berlin 1995, S. 197 ff.

- Neumann*, Ulfrid, Anfragen an Hegels Straftheorie aus „nachmetaphysischer“ Sicht, in: Andrew v. Hirsch/Kurt Seelmann/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden 2011, S. 159 ff.
- Neumann*, Ulfrid/*Saliger*, Frank, § 216, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Neuner*, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020.
- Niemeyer*, Jürgen, Genugtuung des Verletzten durch Buße. Eine Untersuchung der Bußvorschriften im Alternativ-Entwurf, Tübingen 1972.
- Niese*, Werner, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre, Göttingen 1950.
- Nino*, Carlos S., The Ethics of Human Rights, Oxford 1991.
- Nipperdey*, Hans C./*Enneccerus*, Ludwig, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, Tübingen 1959.
- Nöckel*, Anja, Grundprobleme zu § 299 StGB. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, ZJS 2013, S. 50 ff.
- Noll*, Peter, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 1956, S. 181 ff.
- Noll*, Peter, Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962.
- Noll*, Peter, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 1965, S. 1 ff.
- Noltenius*, Bettina, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre, Frankfurt a. M. 2003.
- Noltenius*, Bettina, Kritische Anmerkungen zum Täter-Opfer-Ausgleich, GA 2007, S. 518 ff.
- Noltenius*, Bettina, „Verhältnismäßige“ Gerechtigkeit im Strafmaß?, HRRS 2009, S. 499 ff.
- Noltensmeier*, Silke, Public Private Partnership und Korruption, Berlin 2009.
- Nowakowski*, Friedrich, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 1951, S. 287 ff.
- Nozick*, Robert, Anarchy, State, and Utopia, Malden, MA 1974.
- Oehler*, Dietrich, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Berlin 1959.
- Oehler*, Dietrich, Die Zukunft der Privatklage, Schiedsmannszeitung 1977, S. 103 ff.
- Oppe*, Wilfried, Das Abwesenheitsverfahren in der Strafprozessreform, ZRP 1972, S. 56 ff.
- Ott*, Yvonne, § 261, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., München 2019.

- Otto*, Harro, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, in: Heinz Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln 1971, S. 1 ff.
- Otto*, Harro, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Aufl., Marburg 1978.
- Otto*, Harro, Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), Verhandlungen des sechsundfünfzigsten Deutschen Juristentags. Band I, Gutachten Teil D, München 1986.
- Otto*, Harro, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, in: Ellen Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, Lübeck 1995, S. 603 ff.
- Otto*, Harro, Rechtsgutsbegriff und BVerfGE 120, 224, JURA 2016, S. 361 ff.
- Paeffgen*, Hans-Ullrich, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, in: Gerhard Dornseifer/Eckhard Horn (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, S. 399 ff.
- Paeffgen*, Hans-Ullrich, Das „Rechtsgut“ – ein obsoleter Begriff?, in: Mark A. Zöllner, et al. (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Berlin 2013, S. 125 ff.
- Pagenkopf*, Martin, Art. 18, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 9. Aufl., München 2021.
- Parfit*, Derek, Reasons and Persons, Oxford 1984.
- Patsourakou*, Stavroula N., Die Stellung des Verletzten im Strafrechtssystem. Eine rechtsdogmatische, rechtsphilosophische und rechtspolitische Analyse, Bonn 1994.
- Patzak*, Jörn, § 29, in: Betäubungsmittelgesetz – Kommentar, 9. Aufl., München 2019.
- Pauer-Studer*, Herlinde, Autonom leben. Reflexionen über Freiheit und Gleichheit, Frankfurt a. M. 2000.
- Pawlik*, Michael, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Berlin 2004.
- Pawlik*, Michael, Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke, in: Eva Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat. 15. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, Berlin 2010, S. 59 ff.
- Pawlik*, Michael, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre, Tübingen 2012.
- Pawlik*, Michael, Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens, Baden-Baden 2017.
- Pawlowski*, Hans-Martin, Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 1967, S. 345 ff.
- Pegel*, Christian, § 315c, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., München 2019.
- Peinemann*, Christopher, Zur Frage der Strafbarkeit des geschäftsführenden Alleingesellschafters einer GmbH wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. § 299 Abs. 1 StGB, Hamburg 2009.

- Perron*, Walter, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß. Eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen und verfahrensstrukturellen Grundlagen, gesetzlichen Regelungen und rechtstatsächlichen Auswirkungen sowie eine Erörterung der Reformperspektiven unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des adversatorischen Prozeßmodells, Berlin 1995.
- Perry*, Stephen, Second Order Reasons, Uncertainty, and Legal Theory, *Southern California Law Review* 1989, S. 913 ff.
- Peter*, Frank K., Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren. Unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Rechte des Beschuldigten, Hamburg 2014.
- Peters*, Karl, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses, Tübingen 1963.
- Pettit*, Philip, Consequentialism and Respect for Persons, *Ethics* 1989, S. 116 ff.
- Pfeiffer*, Gerd, Die Unschuldsvermutung im Strafprozeß, in: Hans E. Brandner/Horst Hagen/Rolf Stürner (Hrsg.), *Festschrift für Karlmann Geiß. Zum 65. Geburtstag*, Köln 2000, S. 147 ff.
- Pfordten*, Dietmar v. d., Normativer Individualismus, *ZphF* 2004, S. 321 ff.
- Philipps*, Lothar, Normentheorie, in: Winfried Hassemer, et al. (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 291 ff.
- Picker*, Eduard, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972. Aufl., Goldbach 1995.
- Pinsdorf*, Christina, Lebensformen und Anerkennungsverhältnisse. Zur Ethik der belebten Natur, Berlin/Boston 2016.
- Pollähne*, Helmut, Zu viel geopfert!?, *StV* 2016, S. 671 ff.
- Primoratz*, Igor, Punishment as Language, *Philosophy* 1989, S. 187 ff.
- Prittwitz*, Cornelius, Opferlose Straftheorien?, in: Bernd Schünemann/Markus D. Dubber (Hrsg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Köln 2000, S. 51 ff.
- Pufendorf*, Samuel v., Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht. Mit des weitberühmten Jcti. Johann Nicolai Hertii, Johann Barbeyrac und anderer Hoch-Gelehrten Männer außerlesenen Anmerkungen erläutert und in die teutsche Sprache übersetzt (1711), Hildesheim 1998.
- Pugliese*, Giovanni, *Actio e diritto subiettivo*, Mailand 1939.
- Puppe*, Ingeborg, § 15, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Puppe*, Ingeborg, Vor § 13, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Püschel*, Christof, Anmerkung zum Urteil des EGMR v. 8.11.2012 in der Rechtssache *Neziraj v. Deutschland*, *StraFo* 2012, S. 493 ff.
- Quine*, Willard V. O., Two Dogmas of Empiricism, *The Philosophical Review* 1951, S. 20 ff.

- Rabbas*, Øyvind, Virtue, Respect, and Morality in Aristotle, *Journal of Virtue Inquiry* 2015, S. 619 ff.
- Radbruch*, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, S. 105 ff.
- Radbruch*, Gustav, *Rechtsphilosophie* (1932), 2. Aufl., Heidelberg 2003.
- Raff*, Thomass, § 1004, in: Franz J. Säcker, et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., München 2020.
- Rainbolt*, George W., *The Concept of Rights*, Dordrecht 2006.
- Raiser*, Ludwig, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, *JZ* 1961, S. 465 ff.
- Rath*, Jürgen, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, *JuS* 1998, S. 1106 ff.
- Rawls*, John, *A Theory of Justice*, Oxford 1974.
- Rawls*, John, Justice as Fairness, in: Samuel R. Freeman (Hrsg.), *Collected Papers*, Cambridge, Mass. 1999, S. 47 ff.
- Rawls*, John, *Political Liberalism*. Expanded Edition (1993), New York 2011.
- Raz*, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal Systems*, 2. Aufl., Oxford 1980.
- Raz*, Joseph, On the Nature of Rights, *Mind* 1984, S. 194 ff.
- Raz*, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford/New York 1986.
- Raz*, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2. Aufl., Princeton/Oxford 1990.
- Regelsberger*, Ferdinand, *Pandekten*. Band 1, Leipzig 1893.
- Reichert*, Christoph, Der Diebstahl geringwertiger Sachen als Privatklagedelikt, *ZRP* 1997, S. 492 ff.
- Remmert*, Barbara, Art. 19 Abs. 1, in: Theodor Maunz; Günter Dürig (Begr.), *Grundgesetz – Kommentar*, 93. Aufl., München 2020.
- Rengier*, Rudolf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., München 2020.
- Renzikowski*, Joachim, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994.
- Renzikowski*, Joachim, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, *Tübingen* 1997.
- Renzikowski*, Joachim, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und allgemeiner Rechtslehre. Zugleich eine Auseinandersetzung mit Andreas Hoyer: Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, *ARSP* 2001, S. 110 ff.
- Renzikowski*, Joachim, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, in: Dieter Dölling (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, Heidelberg 2002, S. 3 ff.
- Renzikowski*, Joachim, Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe, *JRE* 2005, S. 643 ff.



- Renzikowski, Joachim*, Pflichten und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung, GA 2007, S. 561 ff.
- Renzikowski, Joachim*, Das Konfrontationsrecht im Fokus des Anspruchs auf ein faires Verfahren, in: Stefan Hiebl/Hans Lilie/Nils Kassebohm (Hrsg.), Festschrift für Volkmarr Mehle. Zum 65. Geburtstag am 11.11.2009, Baden-Baden 2009, S. 529 ff.
- Renzikowski, Joachim*, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen. Besprechung zu BGH v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08, HRRS 2009, S. 347 ff.
- Renzikowski, Joachim*, Einleitung, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 2. Aufl., München 2020.
- Renzikowski, Joachim*, Vor § 13, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 2. Aufl., München 2020.
- Ricœur, Paul*, Wege der Anerkennung. Erkennen, Wiedererkennen, Anerkanntsein, Frankfurt a. M. 2006.
- Rieß, Peter*, Die Durchführung der Hauptverhandlung ohne Angeklagten, JZ 1975, S. 265 ff.
- Rieß, Peter*, Die Hauptverhandlung ohne den Angeklagten in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hans-Heinrich Jescheck (Hrsg.), Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Berlin 1978, S. 175 ff.
- Rieß, Peter*, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: Helwig Hassenpflug (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag am 11. Dezember 1979, Berlin 1980, S. 155 ff.
- Rieß, Peter*, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren. Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, München 1984.
- Rieß, Peter*, Über die Aufgabe des Strafverfahrens, JR 2006, S. 269 ff.
- Rieß, Peter*, Entwicklungstendenzen in der deutschen Strafprozessgesetzgebung seit 1950, ZIS 2009, S. 466 ff.
- Ripstein, Arthur*, Beyond the Harm Principle, Philosophy and Public Affairs 2006, S. 215 ff.
- Ripstein, Arthur*, Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy, Cambridge, Mass. 2009.
- Rittner, Fritz*, Rechtsperson und Rechtsfähigkeit im europäischen Privatrecht, in: Peter Kindler (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 843 ff.
- Rogall, Klaus*, Vor § 133, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., Köln 2016.
- Röhmel, Klaus*, Die Hauptverhandlung ohne den Angeklagten (Die vorsätzlich herbeigeführte Verhandlungsunfähigkeit), JA 1976, S. 663 ff.
- Romero, José M.* (Hrsg.), Immanente Kritik heute. Grundlagen und Aktualität eines sozialphilosophischen Begriffs, Bielefeld 2014.

- Rönnau*, Thomas, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 2001.
- Rönnau*, Thomas, Grundwissen – Strafrecht. Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, S. 209 ff.
- Rönnau*, Thomas, Vor § 32, in: Gabriele Cirener, et al. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl., Tübingen 2020.
- Rösinger*, Luna, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung. Über den Begründungszusammenhang von Mitwirkungsfreiheit und Strafverfahreneingriff, Tübingen 2019.
- Rössner*, Dieter, § 395 StPO, in: Dieter Dölling, et al. (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht – Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Röttger*, Wolfgang, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materialen Konzeption, Berlin 1993.
- Roxin*, Claus, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 1969, S. 613 ff.
- Roxin*, Claus, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 2004, S. 929 ff.
- Roxin*, Claus, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests. Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materieller Strafvorschriften, StV 2009, S. 544 ff.
- Roxin*, Claus, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Felix Herzog/Jong d. Bae (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 573 ff.
- Roxin*, Claus, Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, GA 2012, S. 655 ff.
- Roxin*, Claus/Greco, Luis, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020.
- Roxin*, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 29. Aufl., München 2017.
- Rudolphi*, Hans-Joachim, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 51 ff.
- Rudolphi*, Hans-Joachim, Literaturbericht. Strafrecht – Allgemeiner Teil, ZStW 1974, S. 68 ff.
- Rudolphi*, Hans-Joachim, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung, in: Gerhard Dornseifer/Eckhard Horn (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, S. 371 ff.
- Rüping*, Hinrich, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Berlin 1976.
- Sachs*, Caspar, Moral, Tadel, Buße. Zur Straftheorie von Antony Duff, Baden-Baden 2015.

- Safferling*, Christoph, Die Rolle des Opfers im Strafverfahren. Paradigmenwechsel im nationalen und internationalen Recht?, ZStW 2010, S. 87 ff.
- Safferling*, Christoph, § 216, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 2. Aufl., München 2020.
- Sarhan*, Amr, Wiedergutmachung zugunsten des Opfers im Lichte strafrechtlicher Trennungsdogmatik. Plädoyer für eine opferorientierte Neuausrichtung des Strafgrundes, Berlin 2006.
- Satzger*, Helmut, Einleitung, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 5. Aufl., Köln 2021.
- Sauer*, Wilhelm, Allgemeine Prozeßrechtslehre. Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis, Berlin 1951.
- Sauer*, Wilhelm, Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmäßige Darstellung, 3. Aufl., Berlin 1955.
- Sautner*, Lyane, Opferinteressen und Strafrechtstheorien. Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten, Innsbruck/Wien/Bozen 2010.
- Savigny*, Friedrich C. v., System des heutigen Römischen Rechts. 8 Bände, Berlin 1840–1849.
- Schaber*, Peter, Wieso moralische Achtung wichtig ist, Analyse und Kritik 2009, S. 351 ff.
- Schaber*, Peter, Instrumentalisierung und Würde, 2. Aufl., Münster 2013.
- Schacky*, Susanne v., Das Privatklageverfahren und seine Berechtigung heute, o.O. 1975.
- Schäfer*, Jürgen, § 126, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., München 2017.
- Schaffstein*, Friedrich, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?, Deutsches Strafrecht 1935, S. 97 ff.
- Schaper*, Jürgen, Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens. Ein Beitrag zur Diskussion um Grundlagen und Grundbegriffe von Prozeß und Prozeßrecht, Berlin 1985.
- Schapp*, Jan, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, Berlin 1977.
- Schild*, Wolfgang, Der Strafrichter in der Hauptverhandlung, Heidelberg 1983.
- Schlehofer*, Horst, Vor § 32, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München 2020.
- Schmetkamp*, Susanne, Respekt und Anerkennung, Paderborn 2012.
- Schmid*, Christian, Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht, Berlin 2002.
- Schmidhäuser*, Eberhard, Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, S. 511 ff.

- Schmidhäuser*, Eberhard, Der Unrechtstatbestand, in: Paul Bockelmann (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1969, S. 433 ff.
- Schmidhäuser*, Eberhard, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., Göttingen 1971.
- Schmidhäuser*, Eberhard, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1975.
- Schmidhäuser*, Eberhard, Handeln mit Einwilligung des Betroffenen – strafrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung, in: Ellen Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, Lübeck 1995, S. 593 ff.
- Schmidhäuser*, Eberhard/*Alwart*, Heiner, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch, 2. Aufl., Tübingen 1984.
- Schmidt*, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Göttingen 1952.
- Schmitt*, Bertram, in: Bertram Schmitt/Lutz Meyer-Gossner (Hrsg.), Strafprozessordnung – Kommentar, 64. Aufl., München 2021.
- Schmitt*, Rudolf, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes, in: Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 113 ff.
- Schneider*, Anne, Die Verhaltensnorm im internationalen Strafrecht, Berlin 2011.
- Schneider*, Hartmut, § 216, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., München 2017.
- Schnüriger*, Hubert, Eine Statustheorie moralischer Rechte, Münster 2014.
- Schöch*, Heinz, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, NStZ 1984, S. 385 ff.
- Schöch*, Heinz/*Verrel*, Torsten, Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung, GA 2005, S. 553 ff.
- Schopenhauer*, Arthur, Die Welt als Wille und Vorstellung. 1. Bd. 2. Teilbd. (1819), Zürich 1977.
- Schorn*, Hubert, Das Recht der Privatklage, Neuwied 1967.
- Schröder*, Jan, Hugo Donellus, in: Gerd Kleinheyer/Jan Schröder (Hrsg.), Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Tübingen 2017, S. 118 ff.
- Schroeder*, Friedrich-Christian, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, ZStW 1994, S. 565 ff.
- Schroth*, Klaus, Opferrechtsreformgesetz. Das Strafverfahren auf dem Weg zum Parteienprozess?, NJW 2009, S. 2916 ff.
- Schroth*, Klaus/*Schroth*, Marvin, Die Rechte des Verletzten im Strafprozess, 3. Aufl., Heidelberg 2018.

- Schulev-Steindl*, Eva, Subjektive Rechte. Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts, Wien 2008.
- Schulte*, Günter, Die Erweiterung der sachlichen Zuständigkeit der Vergleichsbehörde, insbesondere des Schiedsmannes, *Schiedsmannszeitung* 1980, S. 38 ff.
- Schulz*, Lorenz, Grenzen prozessualer Normativierung. Aspekte der Unschuldsvermutung, *GA* 2001, S. 226 ff.
- Schulz*, Lorenz, Normiertes Misstrauen. Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt a. M. 2001.
- Schünemann*, Bernd, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin 1984, S. 1 ff.
- Schünemann*, Bernd, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, *NStZ* 1986, S. 193 ff.
- Schünemann*, Bernd, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, *GA* 1995, S. 201 ff.
- Schünemann*, Bernd, Der deutsche Strafprozeß im Spannungsfeld von Zeugenschutz und materieller Wahrheit. Kritische Anmerkungen zum Thema des 62. Deutschen Juristentages 1998, *StV* 1998, S. 391 ff.
- Schünemann*, Bernd, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Roland Hefendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 133 ff.
- Schünemann*, Bernd, Der Ausbau der Opferstellung im Strafprozeß. Fluch oder Segen?, in: Regina Michalke, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlin 2008, S. 687 ff.
- Schünemann*, Bernd, Risse im Fundament, Flammen im Gebäck. Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren, *ZIS* 2009, S. 484 ff.
- Schünemann*, Bernd, Can Punishment be Just?, in: Andrew Simester/Antje Du Bois-Pedain/Ulfrid Neumann (Hrsg.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford/Portland, Oregon 2014, S. 269 ff.
- Seelmann*, Kurt, Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht, *JZ* 1989, S. 670 ff.
- Seelmann*, Kurt, Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?, *ARSP* 1993, S. 228 ff.
- Seelmann*, Kurt, Die Denkfigur des „subjektiven Rechts“ in der spanischen Spätscholastik, in: Reyes Mate (Hrsg.), *Spaniens Beitrag zum politischen Denken in Europa um 1600. Vorträge, gehalten anlässlich eines Arbeitsgesprächs vom 18. bis 21. September 1989 in der Herzog-August-Bibliothek*, Wiesbaden 1994, S. 141 ff.
- Seelmann*, Kurt, Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?, in: ders., *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, Freiburg i. Br. 1995, S. 63 ff.
- Seelmann*, Kurt, Rechtsgutskonzept, ‚Harm Principle‘ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien, in: Roland Hefendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang

- Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 261 ff.
- Seelmann*, Kurt, Subjektives Recht. Der Streit um die historischen Quellen, in: Eric Hilgendorf/Benno Zabel/Susanne Beck (Hrsg.), *Die Idee subjektiver Rechte*, Berlin/Boston 2021, S. 37 ff.
- Seher*, Gerhard, Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff, in: Roland Hefendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 39 ff.
- Siep*, Ludwig, Anerkennung in der Phänomenologie des Geistes und in der heutigen praktischen Philosophie, in: Hans-Christoph Schmidt am Busch/Christopher F. Zurn (Hrsg.), *Anerkennung*, Berlin 2009, S. 107 ff.
- Siep*, Ludwig, *Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie. Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie des Geistes*, Hamburg 2014.
- Siep*, Ludwig, Formen und Stufen der Anerkennung, in: Ludwig Siep/Heikki Ikäheimo/Michael Quante (Hrsg.), *Handbuch Anerkennung*, Wiesbaden 2019, S. 1 ff.
- Siep*, Ludwig/*Ikäheimo*, Heikki/*Quante*, Michael (Hrsg.), *Handbuch Anerkennung*, Wiesbaden 2019.
- Simester*, Andrew/*Hirsch*, Andrew v., Rethinking the Offense Principle, *Legal Theory* 2002, S. 269 ff.
- Simshäuser*, Wilhelm, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny. Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen, Bielefeld 1965.
- Sina*, Peter, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“*, Basel 1962.
- Singer*, Joseph W., The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld, *Wisconsin Law Review* 1982, S. 975 ff.
- Spendel*, Günter, Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem, in: Bernd Heinrich (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2004, S. 3 ff.
- Spickhoff*, Andreas, § 1, in: Franz J. Säcker, et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., München 2018.
- Spilgies*, Gunnar, Über die Aporie der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht. Anmerkung zu Arnd Koch, *ZIS* 2010, 175, *ZIS* 2010, S. 490 ff.
- Spindler*, Berald, § 253, in: Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, 56. Aufl. 2021.
- Sreenivasan*, Gopal, A Hybrid Theory of Claim-Rights, *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, S. 281 ff.
- Stächelin*, Gregor, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Berlin 1998.

- Stahl*, Titus, Immanente Kritik. Elemente einer Theorie sozialer Praktiken, Frankfurt a. M. 2013.
- Staudinger*, Wolfgang, Welche Folgen hat die Unschuldsvermutung im Strafprozess? Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda, Baden-Baden 2015.
- Stein*, Ulrich, Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung. Versuch einer verfassungskonformen Auslegung der §§ 230, 231, 232–236 StPO, ZStW 1985, S. 303 ff.
- Stein*, Ulrich, Beendeter und unbeendeter Versuch beim Begehungs- und Unterlassungsdelikt, GA 2010, S. 129 ff.
- Steiner*, Hillel, An Essay on Rights, Oxford 1994.
- Stern*, Robert, Transcendental Arguments (2019), abrufbar unter <https://plato.stanford.edu/entries/transcendental-arguments/>, zuletzt geprüft am 15.05.2021.
- Sternberg-Lieben*, Detlev, Einstellungsurteil oder Freispruch, ZStW 1996, S. 721 ff.
- Sternberg-Lieben*, Detlev, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997.
- Sternberg-Lieben*, Detlev, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: Roland Hefendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 65 ff.
- Sternberg-Lieben*, Detlev, Vor § 32, in: Adolf Schönke; Horst Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl., München 2019.
- Sternberg-Lieben*, Detlev/Schittenhelm, Ulrike, § 126, in: Adolf Schönke; Horst Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl., München 2019.
- Sternberg-Lieben*, Detlev/Schuster, Frank, § 15, in: Adolf Schönke; Horst Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl., München 2019.
- Stoll*, Hans, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, München 1964.
- Stratenwerth*, Günter, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, in: Gerald Grünwald (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, Göttingen 1975, S. 177 ff.
- Stratenwerth*, Günter, Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 377 ff.
- Strawson*, Peter F., Freedom and Resentment, in: Peter F. Strawson, Freedom and Resentment. And Other Essays, London 1974, S. 1 ff.
- Stuckenberg*, Carl-Friedrich, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin 1998.
- Stuckenberg*, Carl-Friedrich, Die normative Aussage der Unschuldsvermutung, ZStW 1999, S. 422 ff.
- Stuckenberg*, Carl-Friedrich, Trojanisches Pferd oder Windmühlenflügel? Replik zu Lorenz Schulz „Grenzen prozessualer Normativierung“, GA 2001, S. 583 ff.



- Stuckenberg*, Carl-Friedrich, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA 2011, S. 653 ff.
- Stuckenberg*, Carl-Friedrich, Justizpflicht und Verdacht, in: Carl-Friedrich Stuckenberg/Klaus F. Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Berlin 2015, S. 483 ff.
- Stuckenberg*, Carl-Friedrich, Schuldprinzip und Wahrheitserforschung. Bemerkungen zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht, GA 2016, S. 689 ff.
- Sumner*, L. W., The Moral Foundation of Rights, Oxford 1987.
- Swoboda*, Sabine, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 2010, S. 24 ff.
- Tasioulas*, John, The Moral Reality of Human Rights, in: Thomas Pogge (Hrsg.), Freedom from Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?, Oxford 2009, S. 75 ff.
- Taylor*, Charles, The Politics of Recognition, in: Amy Gutmann (Hrsg.), Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition, Princeton 1992, S. 25 ff.
- Taylor*, Charles, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2012.
- Thompson*, Michael, What is it to Wrong Someone? A Puzzle about Justice, in: R. J. Wallace (Hrsg.), Reason and Value. Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz, Oxford 2006, S. 333 ff.
- Thomson*, Judith J., The Realm of Rights, Cambridge, Mass. 1990.
- Thon*, August, Rechtsnorm und subjectives Recht, Weimar 1878.
- Thur*, Andreas von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München, Leipzig 1910.
- Tiedemann*, Klaus, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Tübingen 1969.
- Tiedemann*, Klaus, Verfassungsrecht und Strafrecht, Heidelberg 1991.
- Töwe*, Das Privatklageverfahren, GS 1935, S. 145 ff.
- Tugendhat*, Ernst, Liberalism, Liberty and the Issue of Economic Human Rights, in: ders., Philosophische Aufsätze, Frankfurt a. M. 1992, S. 352 ff.
- Tugendhat*, Ernst, Vorlesungen über Ethik, Frankfurt a. M. 1993.
- Ullrich*, Christina, Schutz des verletzten Zeugen durch Entfernung des Angeklagten gemäß § 247 StPO im Bereich der Sexualdelinquenz, Hamburg 1998.
- Unberath*, Hannes, Die Vertragsverletzung, Tübingen 2012.
- Valerius*, Brian, § 395, in: Christoph Knauer/Hans Kudlich/Hartmut Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, München 2019.
- Valerius*, Brian, § 374, in: Jürgen-Peter Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung, 39. Aufl., München 2021.

- Valerius*, Brian, Art. 1 EMRK, in: Jürgen-Peter Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung, 39. Aufl., München 2021.
- Velten*, Petra, Vor § 374, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., Köln 2020.
- Velten*, Petra, Vor § 395, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., Köln 2020.
- Velten*, Petra, Vor §§ 374–406h, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., Köln 2020.
- Villey*, Michel, Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit, Paris 1963.
- Vogel*, Hans J., Strafverfahrensrecht und Terrorismus – eine Bilanz, NJW 1978, S. 1217 ff.
- Vogel*, Joachim, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin 1993.
- Vogel*, Joachim, Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, StV 1996, S. 110 ff.
- Volckart*, Bernd, Opfer in der Strafrechtspflege, JR 2005, S. 181 ff.
- Volk*, Klaus, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, Ebelsbach 1978.
- Volk*, Klaus, Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten – ein Anachronismus, in: Heinz Schöch (Hrsg.), Recht gestalten – dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher, Berlin 2007, S. 213 ff.
- Vormbaum*, Thomas, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2019.
- Wach*, Adolf, Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Leipzig 1889.
- Wagner*, Gerhard, Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen, AcP 1993, S. 319 ff.
- Waldron*, Jeremy, Introduction, in: ders. (Hrsg.), Theories of Rights, Oxford 1984, S. 1 ff.
- Walter*, Tonio, Die Lehre von der „einverständlichen Fremdgefährdung“ und ihre Schwächen – eine Verteidigung der Rechtsprechung, NSTZ 2013, S. 673 ff.
- Walter*, Tonio, Vor § 13, in: Gabriele Cirener, et al. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl., Tübingen 2020.
- Walther*, Angelika, § 391, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., München 2019.
- Walther*, Angelika, § 395, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., München 2019.
- Walther*, Susanne, Was soll „Strafe“?, ZStW 1999, S. 123 ff.
- Walther*, Susanne, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems, Berlin 2000.

- Walther*, Susanne, Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation von Belastungszeugen“, GA 2003, S. 204 ff.
- Walther*, Susanne, Subjektiv-öffentliche Rechte auf Erstattung von Strafanzeige und Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen, in: Heinz Müller-Dietz, et al. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung. Zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, Baden-Baden 2007, S. 1045 ff.
- Walther*, Susanne, Zum Anspruch des Deliktsofners auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren, GA 2007, S. 615 ff.
- Wannek*, Felicitas, Das 3. Opferrechtsreformgesetz. Umsetzung der Opferschutzrichtlinie 2012/29/EU und gesetzliche Verankerung der psychosozialen Prozessbegleitung, jurisPR-StrafR 2016.
- Warda*, Günter, Hauptverhandlung mit dem verhandlungsunfähigen, aber verhandlungswilligen Angeklagten?, in: Wolfgang Frisch/Werner Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln 1978, S. 415 ff.
- Weber*, Joachim, Zum Genugtuungsinteresse des Verletzten als Strafzweck, Baden-Baden 1997.
- Weber*, Max, Max Weber Gesamtausgabe. Band I/22,3: Wirtschaft und Gesellschaft, Recht. Herausgegeben von Werner Gephart und Siegfried Hermes, Tübingen 2010.
- Weber*, Ulrich, Überspannung der staatlichen Bußgewalt, ZStW 1980, S. 313 ff.
- Weigend*, Thomas, Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, ZStW 1984, S. 761 ff.
- Weigend*, Thomas, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 1986, S. 44 ff.
- Weigend*, Thomas, Deliktsofner und Strafverfahren, Berlin 1989.
- Weigend*, Thomas, Immaterielle Genugtuung als Strafzumessungsgrund i. S. d. § 46 Abs 2 StGB? Anmerkung zu OLG Hamburg v. 31.1.1989 (1 Ss 165/88), JR 1990, S. 29 ff.
- Weigend*, Thomas, Das Opfer als Prozesspartei? Bemerkungen zum 2. Opferrechtsreformgesetz 2009, in: Dieter Dölling, et al. (Hrsg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, Berlin 2010, S. 947 ff.
- Weigend*, Thomas, „Die Strafe für das Opfer?“. Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtswissenschaft 2010, S. 39 ff.
- Weigend*, Thomas, „Das erledigt mein Anwalt für mich.“ Hat der Angeklagte ein Recht darauf, sich in der Hauptverhandlung vertreten zu lassen?, in: Martin Hecker/Brigitte Kelker/Edward Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 947 ff.
- Weigend*, Thomas, Echte Verfahrensrechte für angebliche Opfer?, in: Michael Kubink/Frank Neubacher (Hrsg.), Kriminologie – Jugendkriminalrecht – Strafvollzug. Gedächtnisschrift für Michael Walter, Berlin 2014, S. 243 ff.

- Weiner, Bernhard, § 395, in: Jürgen-Peter Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung, 39. Aufl., München 2021.
- Weissinger, Jakob, Content and Competence. A Descriptive Approach to the Concept of Rights 2019.
- Wellman, Carl, A Theory of Rights. Persons under Laws, Institutions, and Morals, Totowa 1985.
- Wellman, Carl, Real Rights, New York 1995.
- Wellman, Carl, Relative Moral Duties, American Philosophical Quarterly 1999, S. 209 ff.
- Welp, Jürgen, Die Gestellung des verhandlungsunfähigen Angeklagten, JR 1991, S. 265 ff.
- Welzel, Hans, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 1939, S. 491 ff.
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969.
- Wenar, Leif, The Nature of Rights, Philosophy and Public Affairs 2005, S. 223 ff.
- Wenar, Leif, Rights (2020), abrufbar unter <https://plato.stanford.edu/entries/rights/>, zuletzt geprüft am 15.05.2021.
- Wenske, Marc, Weiterer Ausbau der Verletztenrechte? Über zweifelhafte verfassungsgerichtliche Begehrlichkeiten, NStZ 2008, S. 434 ff.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 50. Aufl., Heidelberg 2020.
- Wieacker, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- Wielsch, Dan, Die Praxis der Rechte, in: Eric Hilgendorf/Benno Zabel/Susanne Beck (Hrsg.), Die Idee subjektiver Rechte, Berlin/Boston 2021, S. 153 ff.
- Wildt, Andreas, Recht und Selbstachtung, im Anschluss an die Anerkennungslehren von Fichte und Hegel, in: Michael Kahlo/Ernst A. Wolff/Rainer Zaczyk (Hrsg.), Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis. Die Deduktion der §§ 1–4 der „Grundlage des Naturrechts“ und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie, Frankfurt a. M. 1992, S. 127 ff.
- Williams, Glanville, The Concept of Legal Liberty, Columbia Law Review 1956, S. 1129 ff.
- Wilms, Heiner/Jäger, York, Menschenwürde und Tötung auf Verlangen, ZRP 1988, S. 41 ff.
- Windscheid, Bernhard, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856), Aalen 1969.
- Wohlers, Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Berlin 2000.
- Wohlers, Wolfgang, Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutskritikers, in: Roland Hefendehl/Andrew v. Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 281 ff.

- Wohlers*, Wolfgang, Der Strafverteidiger. Rechtsbeistand oder (auch) Vertreter des Beschuldigten?, in: Carl-Friedrich Stuckenberg/Klaus F. Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Berlin 2015, S. 621 ff.
- Wolf*, Gerhard, Kriminelles Versehen? Verbrecherische Unaufmerksamkeit? Die bloß objektive Nichteinhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist de lege lata nicht strafbar!, in: Hans-Ullrich Paeffgen, et al. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1067 ff.
- Wolf*, Jean-Claude/*Haaz*, Ignace, Strafe als Tadel? Argumente pro und kontra, in: Andrew v. Hirsch/Kurt Seelmann/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden 2011, S. 69 ff.
- Wolff*, Christian, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754), Hildesheim 1980.
- Wolff*, Ernst A., Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, Heidelberg 1964.
- Wolff*, Ernst A., Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 1985, S. 786 ff.
- Wolff*, Ernst A., Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Winfried Hassemer/Roberto Bergalli (Hrsg.), Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform, Frankfurt a.M. 1987, S. 137 ff.
- Wolfslast*, Gabriele, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, Köln 1995.
- Wollmann*, Susanne, Mehr Opferschutz ohne Abbau liberaler Strukturen im Verständnis der Prinzipien der Strafprozessordnung. Dargestellt am Beispiel des verbesserten Zeugenschutzes in § 255a Abs. 2 StPO, Baden-Baden 2009.
- Wolter*, Jürgen, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlin 1981.
- Wolter*, Jürgen, Strafverfahrensrecht und Strafprozeßreform, GA 1985, S. 49 ff.
- Wolter*, Jürgen, Informelle Erledigungsarten und summarische Verfahren bei geringfügiger und minderschwerer Kriminalität, GA 1989, S. 397 ff.
- Wood*, Allen W., Kant's Ethical Thought, Cambridge 1999.
- Würtenberger*, Thomas, Rechtsfriede und Strafrecht, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 209 ff.
- Yaffe*, Gideon, Reasonableness in the Law and Second-Personal Address, Loyola of Los Angeles Law Review 2007, S. 939 ff.
- Zabel*, Benno, § 228, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Zabel*, Benno/*Paeffgen*, Hans-Ullrich, Vor § 32, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Zaczyk*, Rainer, Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes, Berlin 1981.

- Zaczyk, Rainer*, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin 1989.
- Zaczyk, Rainer*, Die Struktur des Rechtsverhältnisses (§§ 1–4) im Naturrecht Fichtes, in: Michael Kahlo/Ernst A. Wolff/Rainer Zaczyk (Hrsg.), Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis. Die Deduktion der §§ 1–4 der „Grundlage des Naturrechts“ und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie, Frankfurt a. M. 1992, S. 9 ff.
- Zaczyk, Rainer*, Prozeßsubjekte oder Störer? Die Strafprozeßordnung nach dem OrgKG – dargestellt an der Regelung des Verdeckten Ermittlers, StV 1993, S. 490 ff.
- Zaczyk, Rainer*, Die Freiheit der Person als Zentrum der Rechtsbegründung, in: Peter Siller (Hrsg.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, Baden-Baden 1999a, S. 51 ff.
- Zaczyk, Rainer*, Zum Strafrecht. Vortrag vom 28. Oktober 1998 in der „Mainzer Runde ’98“, Mainz 1999b.
- Zaczyk, Rainer*, Demokratieprinzip und Strafbegründung. Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz, Der Staat 2011, S. 295 ff.
- Zaczyk, Rainer*, Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts. Zugleich zum Begriff „fragmentarisches Strafrecht“, ZStW 2011, S. 691 ff.
- Zaczyk, Rainer*, Anerkennung. Zum Gehalt des Begriffs für ein universales Rechtsprinzip, in: Thomas S. Hoffmann (Hrsg.), Das Recht als Form der „Gemeinschaft freier Wesen als solcher“. Fichtes Rechtsphilosophie in ihren aktuellen Bezügen, Berlin 2014, S. 23 ff.
- Zaczyk, Rainer*, Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm, GA 2014, S. 73 ff.
- Zaczyk, Rainer*, § 22, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Zander, Sebastian*, Das Adhäsionsverfahren im neuen Gewand. Ein dogmatischer, rechtstatsächlicher und rechtsvergleichender Beitrag zur Behandlung zivilrechtlicher Ansprüche im Strafverfahren, Berlin 2011.
- Zielinski, Diethart*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, Berlin 1973.
- Zieschang, Frank*, § 315c, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Zimmermann, Florian*, Verdienst und Vergeltung, Tübingen 2012.
- Zipf, Heinz*, Strafantrag, Privatklage und staatlicher Strafanspruch, GA 1969, S. 234 ff.
- Zipf, Heinz*, Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg 1980.
- Zitelmann, Ernst*, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 1906, S. 1 ff.
- Zürcher, Tobias*, Legitimation von Strafe. Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe, Tübingen 2014.

## Sachwortverzeichnis

akzessorischer Charakter des Strafrechts  
74 ff.; 96; 102 ff.

Allgemeinrechte/Allgemeinrechtsgüter

- Rechtsverletzung bei -n 120 ff.; 217 f.
- Statusverletzung bei -n 194 ff.

Anerkennung

- als normatives Strukturmerkmal subjektiver Rechte 156 ff.; 171 f.
- Anspruch auf 153 f.; *s. auch* → Anwesenheitspflicht als Möglichkeitsbedingung der Adressierung rechtlicher Anerkennungsansprüche; → Anwesenheitsrecht als Recht zur Statusbehauptung; → Beanspruchung von Rechten, assertorische; → *ius formaliter*; → Opfer, Genugtuungsbedürfnisse des -s; → Strafverfahren als Statusbehauptung
- Begriffsbestimmung von 154 f.
- bei Darwall 147 ff.
- bei Fichte 137 f.
- bei Forst 141 f.
- bei Hegel 138 f.
- bei Honneth 140 f.
- bei Kant 144 ff.
- im positiven Recht 156 ff.
- institutionalisiertes *versus* durchgehend intersubjektives Verständnis von 181, Fn. 181; 188 f. mit Fn. 198; 196; 268 f.
- Kriminalunrecht als Verletzung subjektiv-rechtlich vermittelter → Kriminalunrecht als Statusverletzung
- Statusbezogenheit der 144 ff.
- Struktur von 143 f.
- -sverletzung als vorpositives Strafwürdigkeitskriterium 182, Fn. 184; 195, Fn. 223

– und Strafe → Strafe

– vorrangige Verbindlichkeit der 146 ff.; 165 ff.

– Zweitpersonalität der → Zweitpersonalität

Angeklagter

– Anwesenheitspflicht des -n → Anwesenheitspflicht

– Anwesenheitsrecht des -n → Anwesenheitsrecht

– Statusbehauptung des -n → Strafverfahren als Statusbehauptung

Anspruchsrechte 36 ff.

Anwesenheitspflicht (des Angeklagten)

– als Möglichkeitsbedingung der Adressierung rechtlicher Anerkennungsansprüche 302 ff.

– als Möglichkeitsbedingung der Strafsanktion als Verfahrensausgang 298 ff.

– herkömmliche Begründung der 294 f.

– Kritik der 295 ff.

– Umfang und Art der 304 ff.

Anwesenheitsrecht (des Angeklagten)

– als Möglichkeitsbedingung des Konfrontationsrechts → Konfrontationsrecht des Angeklagten

– als Recht zur Statusbehauptung 282 ff.

– Einschränkungen des -s 283 ff.

– gesetzliche Herleitung des -s 280 ff.

Autorität

– des Rechtsinhabers 162 ff.; 176 ff.; 186 ff.

– individuelle 150 ff.; 231 ff.; *s. auch* → Autorität des Rechtsinhabers

– Missachtung von → Kriminalunrecht als Statusverletzung



- normative 150 ff.; 167 ff.; *s. auch* → Autorität des Rechtsinhabers; → Kontrolle von Verhaltenspflichten im materiellen Strafrecht
- überindividuelle 151 ff.; 186 ff.; 231 ff.

### Beanspruchung von Rechten

- assertorische 167 ff.; 275 ff.; 290
- performative 168 ff.
- Begründungsinsensitivität 155 f.; 171 f.
- Berechtigung 13 ff.; 85; 99 ff.; 107 ff.; 124 ff.; 168 ff.; *s. auch* → gerichtete Pflicht; → subjektive Rechte, Theorien

### Deliktsaufbau 91, Fn. 283; 103, Fn. 323

### Ebenen der Rechtsverletzung → Kriminalunrecht, zwei Dimensionen/ Ebenen von

Einverständnis 87 f.

### Einwilligung

- rechtfertigende Wirkung der 87 f.
- tatbestandsausschließende Wirkung der 88; 91 ff.
- und die Kontrolle von Verhaltenspflichten 99 ff.; 109 ff.; *s. auch* → Kontrolle von Verhaltenspflichten
- Verankerung in der Verfassung 89, Fn. 272; 212 f.

Einwilligungsschranken 116 ff.

### Erlaubnis

- schwache 96 f.
- starke 97 ff.
- Verhältnis zur Verhaltensnorm 94 ff.; 103, Fn. 323

Erlaubnisargument 94 ff.

### externe Rechtskritik

- im Vergleich zu immanenter Kritik → immanente Kritik des Strafrechts
- Probleme von -r R. 199 ff.; 206 ff.

### Fahrlässigkeit

- Entkriminalisierung unbewusster 224 ff.

- und Rechtsverletzung 130 f.
- funktionale Strafrechtsgutslehre 66 ff.; 105 f.; 192 f.; 210 f.

### Gefährdungsdelikte 130

gerichtete Pflicht 39 ff.; 111; 158

### (Handlungs-)Gründe

- akteur-relative 149
- i. S. v. *exclusionary reasons* 166 f.
- und Verhaltensnormen 166, Fn. 129
- zweitpersonale 149 ff.

### *Harm Principle* 59 f.; 207 f.

### immanente Kritik

- als Methode 21 ff.
- des Strafrechts 83 f.; 211 ff.
- Erklärungsanspruch von -r K. 22 f.; 214 f.

Imperativentheorie 33; 75 f. mit Fn. 227

Interessentheorie subjektiver Rechte 33 f.; 41 f.; 72 f. mit Fn. 214

*ius formaliter* und *ius materialiter* 162 ff.; 167 ff.; 180 f.; 194 f.; 224 ff.

Konfrontationsrecht des Angeklagten 289 ff.

### Kontrolle von Verhaltenspflichten

- aus Sicht der Rechtstheorie 40 f.; 45 ff.;
- Bedeutung für das Strafverfahren 250 f.
- im materiellen Strafrecht 92 f.; 109 ff.; 116 ff.; 122 f.; 128 f.; 186 ff.

### Kriminalunrecht

- als ausschließlich im Subordinationsverhältnis bzw. gegenüber der Rechtsgemeinschaft stattfindender Rechtsbruch 15 ff.; 74 f.; 107 ff.; 252 f.; 310 ff.; 322 ff.
- als Freiheitsverletzung → Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung
- als Rechtsgutsverletzung 52 ff.; 56 ff.; 64 f.; 92 f.

- als Rechtsverletzung → Rechtsverletzungslehre
- als Schädigung bzw. Abfall von der gesellschaftlichen Wertordnung → funktionale Strafrechtsgutslehre
- als Statusverletzung 175 ff.; 185 ff.; 219 ff.; 224 ff.; 266 ff.
- individueller bzw. subjektiv-rechtlicher Gehalt des -s 111 ff.; 175 ff.; 186 ff.; 219 ff.; 235 f.; 250 ff.; 309 ff.
- überindividueller Gehalt des -s 114 f.; 126 f.; 185 ff.; 235 f.
- zwei Dimensionen/Ebenen von 115; 126 f.; 186 ff.; 250 ff.; 309 ff.

**Lehre vom Verbrechen als Freiheitsverletzung** 77 ff.; 181 f.; 190 f.; 208 f.; 267 ff.

#### Nebenklage

- als prozessualer Reflex der Verletzung subjektiver Rechte 250 ff.; 310
- gegenwärtige Ausgestaltung der 262
- Rechtfertigung der 263 f.
- Vorschläge zur Ausgestaltung der 264 f.

*nemo tenetur*-Grundsatz 275; 296  
normative Kompetenz 150; 231 f.

**objektives Unrecht** → Kriminalunrecht, überindividueller Gehalt des -s

#### Opfer

- als „empirische Leinwand“ 17
- als Rechtsinhaber → Autorität als Rechtsinhaber; → Kriminalunrecht, individueller bzw. subjektiv-rechtlicher Gehalt des -s
- Bedeutung in der Straftheorie 234 ff.
- faktische Betroffenheit des -s 222 f.; 320 ff.
- Genugtuungsinteresse/-bedürfnis des -s 259; 263 f.; 312 ff.
- Statusbehauptung des -s → Strafverfahren als Statusbehauptung
- Strafanspruch des -s → Strafanspruch

- theoretische Neutralisierung des -s 15 ff.; 252 f.; 266; 308 ff.

#### Pflichtverletzung

- *formaliter* und *materialiter* 164 f.; 180 f.
- im Unterschied zur Verhaltensnorm-übertretung → Verhaltensnorm, generalisierte *versus* situationsbezogene

#### Privatisierung

- des Strafrechts 123 ff.; 185 ff.
- des Strafverfahrens 308 ff.

#### Privatklage

- als prozessualer Reflex der Verletzung subjektiver Rechte 250 ff.; 310
- gegenwärtige Ausgestaltung der 254 f.
- Kritik an der 255 ff.

- Rechtfertigung der 257 ff.

- Vorschläge zur Ausgestaltung der 260 f.

#### Prozessrechtsverhältnis

- als Anerkennungsverhältnis 267 ff.
- und Verletzung subjektiver Rechte 248 ff.
- zweipersonaler Anspruchscharakter des -ses 276 ff.

#### reaktive Einstellungen → Strafe

Rechenschaftspflichtigkeit 149 ff.; 154; 157 f.

#### Rechte → subjektive Rechte

Rechtsgemeinschaft 162, Fn. 118

#### Rechtsgut

- als Argumentationstopos 60; 206 f.
- als individuelle, normativ relevante Position 62 ff.
- Inhaber-relativ wertvoll *versus* inhaberunabhängig-wertvoll verstandenes 90 f.; 105 f.

Rechtsgutsargument 86 ff.

#### Rechtsgutsbegriff

- Genealogie des -s 51 ff.

- gesetzgebungskritischer 56 ff.; 199 ff.
- methodologischer 55 f.
- Rechtsgutslehre
  - als Beispiel für die Probleme externer Rechtskritik → externe Rechtskritik
  - individualistischer Gehalt der 61 f.; *s. auch* → Rechtsgut als individuelle, normativ relevante Position
  - personale 56 ff.; 72 f.; *s. auch* → Rechtsgut als individuelle, normativ relevante Position
- Rechtsmacht 31 ff.; 63 ff.; 73 f.; 80 ff.; 92 f.; 102 ff.; 163 ff.; 216 f.; *s. auch* → Kontrolle; → Autorität des Rechtsinhabers
- Rechtsverletzungslehre
  - eigene 109 ff.
  - klassische 51; 70 ff.; 107 f.
- Rechtszuweisungsordnung 76 f.; 105 f.; 113; 216 ff.; *s. auch* → akzessorischer Charakter des Strafrechts
- Regelbefolgungspflicht 97 ff.; 111 f.
- Respekt → Statusbezogenheit der Anerkennung
- Reue → Strafe und selbstbezogene reaktive Einstellungen
- Reziprozität 151; 159 ff.; 231 f.
- Sanktionsnorm 95 f.
- Status
  - -behauptung im Prozess → Strafverfahren als Statusbehauptung
  - individueller S. als Rechtsinhaber 157 ff.; 162 ff.; 186 ff.; 276 ff.; 289 f.; 303; *s. auch* → Autorität, individuelle/ des Rechtsinhabers
  - überindividueller S. als Rechtssubjekt 157 ff.; 187 ff.; 278; 303; *s. auch* → Autorität, überindividuelle
- Statustheorie subjektiver Rechte 42 f.
- Strafanspruch
  - Preisgabe des staatlichen -s 308 ff.
  - Teil-Privatisierung des -s 310
- Strafe
  - als inkludierende (Ankerkennungs-) Aufforderung 230 ff.; 238 ff.; *s. auch* → Strafe und zweitpersonales Prozessrechtsverhältnis
  - als Unterwerfung 230 ff.
  - als Wiederherstellung von Anerkennung 267 ff.; 271 ff.
  - expressive Theorie der 228 ff.
  - und selbstbezogene reaktive Einstellungen 237 ff.
  - und (un-)persönliche reaktive Einstellungen 234 ff.
  - und zweitpersonales Prozessrechtsverhältnis 271 ff.; 300 f.
- strafrechtlicher Schutz von Moral- und Ordnungsvorstellungen 216
- Strafverfahren
  - als öffentliche Angelegenheit 126; 189 f.; 197; 235 f.; 252 ff.; 278; *s. auch* → Privatisierung des Strafverfahrens
  - als Rechtsverwirklichung 247 ff.
  - als Statusbehauptung 275 ff.; 288 ff.; 302 ff.
  - Ergebnisoffenheit des -s 273 f.; 275 ff.; 316 f.
  - Nebeneinander von öffentlicher Klage und individueller Verfolgung im 189 f.; 250 ff.; 308 ff.
  - Rationalität des -s → Opfer, Genugtuungsinteresse/-bedürfnis des -s
  - Zielbestimmungen des -s 243 ff.
- Strukturanalyse der im Recht auffindbaren Normativität → immanente Kritik subjektive Rechte
  - als Gründe für Pflichten 38; 41 f.; 109
  - als kritischer Maßstab 215 ff.
  - als Schutzgut des Strafrechts 51; 70 ff.; 86 ff.; 216 ff.
  - auf Ebene der Rechtszuweisungsordnung → Rechtszuweisungsordnung
  - Begriffsbestimmung -r R. 43 ff.

- Dogmengeschichte -r R. 28 ff.
- Korrelativitätsthese -r R. → Anspruchsrechte
- Theorien -r R. 40 ff.
- und Anerkennung → Anerkennung als Strukturmerkmal subjektiver Rechte; → Anerkennung im positiven Recht
- Verletzung -r R. 45; 70 ff.; 92 f.; 102 ff.; 113 ff.; *s. auch* → Kriminalunrecht, individueller bzw. subjektiv-rechtlicher Gehalt des -s
- Struktur -r R. 36 ff.
- Zuschreibung -r R. → subjektive Rechte, Theorien -r R., subjektive Unrechtslehre 219 ff.

#### Unrechtsbegriff

- materieller 49 f.
- subjektiv-rechtlicher 113 f.; *s. auch* → Kriminalunrecht als Rechtsverletzung; → Kriminalunrecht, individueller bzw. subjektiv-rechtlicher Gehalt des -s;

Unrechtsdimensionen → Kriminalunrecht, zwei Dimensionen/Ebenen von

Unschuldsumsetzung 278 f.; 282; 288 ff.; 298 ff.; 316 f.; *s. auch* → Strafverfahren, Ergebnisoffenheit des -s

Unterscheidung zwischen Zivil- und Kriminalunrecht 172 ff.

#### Verbrechen

- als Anerkennungsverletzung → Kriminalunrecht als Statusverletzung
- als gesamtgesellschaftlicher Konflikt 185 ff.; 252 ff.; *s. auch* → Kriminalunrecht, überindividueller Gehalt des -s
- als intersubjektiver Konflikt 18; 64 ff.; 70; 80 ff.; 113 ff.; 116 ff.; 185 ff.; 196 f.; 222; 269; 310 ff.
- als individuelle Rechtsverletzung → Kriminalunrecht, individueller bzw. subjektiv-rechtlicher Gehalt des -s

- als vertikaler Konflikt → Kriminalunrecht als ausschließlich im Subordinationsverhältnis bzw. gegenüber der Rechtsgemeinschaft stattfindender Rechtsbruch

#### Verhaltensnorm

- Bestimmungsfunktion von -en 77; 95 f.; 101 ff.; 123 ff.; 128
- Bewertungsfunktion von -en 76; 95; 102
- generalisierte *versus* situationsbezogene 106; 108 ff.; 115; 124 ff.; 192 f.
- Verhältnis zur Erlaubnisnorm → Erlaubnis

#### Verletzte → Opfer

Verletzung subjektiver Rechte *s. auch* → subjektive Rechte

- als Anlass der Bestrafung 74; 107; 113
- als Grund der Bestrafung 113 ff.; *s. auch* → Kriminalunrecht, individueller bzw. subjektiv-rechtlicher Gehalt des -s

#### Versuch

- Minderbestrafung des -s 223 f.
- untauglicher 127 ff.; 190 f.

*Victim Impact Statements* 317 f.

Willenstheorie subjektiver Rechte 31 ff.; 40 f.; 43 ff.

zweitpersonale Adressierung 153 f.; 170 f.; 280; 290 f.; 303 f.

Zweitpersonalität 148 ff.

- der Anerkennung 148 ff.; 157 ff.; 170 f.; 271 ff.; 275 ff.; 290 f.; 302 f.
- der Strafe → Strafe als inkludierende Aufforderung
- im positiven Recht → Anerkennung im positiven Recht
- und Strafverfahren → Prozessrechtsverhältnis
- von Gründen → Gründe, zweitpersonale