

# Future Concepts of Law: Strafe ohne Staat

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Augsburg

## I. Von der nicht-staatlichen zur staatlichen Strafe – und zurück?

### 1. Verstaatlichung des Strafens

Am Abend fand Herr Becker einen anderen Mann bei seiner Ehefrau. Er stach seine untreue Gattin nieder und verletzte sie schwer. Die Ratsherren entschieden, dass Herr Becker den Ehebruch seiner Frau angemessen bestraft habe und verzichteten darauf, Frau Becker ein weiteres Mal zu sanktionieren. Dieser Fall einer anerkannten, privaten Strafe trug sich im Jahr 1416 zu.<sup>1</sup> Formen der Privatjustiz blieben in Deutschland lange verbreitet. Erst als die Landesfürsten ihr Gewaltmonopol durchsetzen und eine grosso modo gleichmäßige Rechtsanwendung gewährleisten konnten, erschien die staatliche Strafe den Untertanen als einzige legitime Reaktion auf die Verletzung grundlegender Rechte.<sup>2</sup>

Die Verbindung von Staat und Strafe verfestigte sich in der Folge nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in legitimierungstheoretischer und begrifflicher Hinsicht.<sup>3</sup> Für *Kant* verdient eine jede das Recht des Menschen kränkende Tat Strafe, „wodurch das Verbrechen an dem Täter gerecht (nicht bloß der Schaden ersetzt) wird.“ Die Strafe sei dabei kein „Akt der Privatautorität des Beleidigten, sondern eines von ihm unterschiedenen Gerichtshofes, der den Gesetzen eines Oberen über alle, die demselben unterworfen sind, Effekt gibt [...]“.<sup>4</sup> Demzufolge strafe, so *Kant*, auch nicht das Volk, sondern „das Gericht (die öffentliche Gerechtigkeit)“<sup>5</sup> – wenn man so will: der institutionalisierte homo noumenon. *Hegel* zufolge ist dies eine „Forderung einer vom subjektiven Interesse und Gestalt sowie von der Zufälligkeit der Macht befreiten, so nicht rächenden, sondern strafenden Gerechtigkeit.“<sup>6</sup>

Die Entprivatisierung und Verstaatlichung der Strafe wurde im Laufe des 19. Jahrhunderts so selbstverständlich, dass sie nicht mehr hinterfragt wurde. Selbst *Friedrich Nietzsche*, demzufolge Sinn und Zweck der Strafe und Ausgestal-

tung des Strafrechts „flüssig“ sind, hält das „Drama“ der Strafvollstreckung und eine gewisse strenge „Abfolge von Prozeduren“ für unveränderlich.<sup>7</sup> Zu diesem Kern zählt der Umstand, dass nicht das Opfer der Straftat, sondern eine von ihm zu unterscheidende Körperschaft – staatliche Gerichte – das „Drama“ der Strafvollstreckung initiiert und inszeniert; dies habe sich, so *Durkheim*, als das dauerhafte Element in allen gesellschaftlichen Formen des Strafens erwiesen.<sup>8</sup>

Gefestigt wurde die Verbindung von Strafe und Staat dadurch, dass Fürsten und Könige des 19. Jahrhunderts das Strafrecht als wichtiges Symbol ihrer staatlichen Macht begriffen und dementsprechend einsetzten: Die bayerische Strafrechtsreform, die zu *Feuerbachs* berühmtem Bayerischen Gesetzbuch von 1813 führte, diente dem König von Bayern auch und vor allem als Ausweis moderner Staatsverwaltung und Beleg seiner Macht über die hinzugewonnenen Territorien.<sup>9</sup> Der preußische König und frisch gekrönte deutsche Kaiser erstreckte das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund bereits im Mai 1871 auf das soeben gegründete Deutsche Reich, während das Bürgerliche Gesetzbuch und das Handelsgesetzbuch erst 1900 in Kraft traten. Nicht nur aus politisch-symbolischen, sondern auch aus funktionalen Erwägungen war das Strafrecht an den Nationalstaat und seine innere Ordnung gebunden. Dem Strafrecht kam (und kommt) die Aufgabe zu, die innere Ordnung des Staates zu stabilisieren, und muss(te) zu diesem Zweck Anschluss an Kultur und Tradition des jeweiligen Landes halten und den von der Gesellschaft als bedrängend empfundenen sozialen Problemen begegnen. Eine internationalisierte Strafgesetzgebung oder supranationale Strafgewalt war daher aus (kriminal-)politischen Gründen undenkbar.

### 2. Der Staat als Träger aller echten Strafgewalt

Im Jahr 1916 diskutierten Strafrechtswissenschaftler in Deutschland und Österreich-Ungarn erstmalig über die Schaffung eines einheitlichen mitteleuropäischen Strafrechts. Im Zentrum der Debatte stand *Franz von Liszt*, der eine abgestimmte Strafgesetzgebung in den Staaten Mitteleuropas für eine Aufgabe „der allernächsten Zukunft“<sup>10</sup> hielt. Damit eilte *v. Liszt* seiner Zeit weit voraus. Jedoch dachte selbst er nicht daran, den Staat als Garantmacht des Strafrechts oder gar als zur Strafvollstreckung berechtigte Instanz zu verabschieden. Weder die Kompetenz zur Setzung von Strafrecht noch die Befugnis zur Durchsetzung des Strafrechts sollten vom Staat auf über- oder zwischenstaatliche Institutionen übertra-

<sup>1</sup> *Willoweit*, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, S. 37 (43).

<sup>2</sup> Umfassend dazu die Beiträge in *Willoweit* (Hrsg.), *Die Entstehung des öffentlichen Strafanspruches*, 1999. Zum lange fortbestehenden Einfluss von Ständen und sozialen Genossenschaften auf die Verhängung von Strafe *Eb. Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, §§ 86 ff.; *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2014, *Einführung* Rn. 18.

<sup>3</sup> Vgl. *Pawlik*, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, S. 15 f., wonach die Verhängung der Strafe in einem formalisierten staatlichen Verfahren zum alltagssprachlichen und rechtlichen Begriff der Strafe zählt. Siehe ferner *Zürcher*, *Legitimation von Strafe*, 2014, S. 30.

<sup>4</sup> *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, Reclam Ausgabe, 1990, S. 460.

<sup>5</sup> *Kant* (Fn. 4), S. 335.

<sup>6</sup> *Hegel*, *Grundlinien der Rechtsphilosophie*, § 103.

<sup>7</sup> Dazu und zum Folgenden *Nietzsche*, in: *Vormbaum* (Hrsg.), *Strafrechtsdenker der Neuzeit*, 1998, S. 500, 508.

<sup>8</sup> *Durkheim*, *Über die Teilung der sozialen Arbeit*, 1977, S. 137 f.

<sup>9</sup> Zur politischen Bedeutung der bayerischen Strafrechtsreform und ihrer Ikonographie *Kubiciel*, in: *Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik* (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, S. 1 ff., 393 ff.

<sup>10</sup> *v. Liszt*, *ZStW* 38 (1917), 1 (4). Dazu *Kubiciel*, *JZ* 2015, 64.

gen werden. *Franz von Liszt* entwarf vielmehr einen Mechanismus, mittels dessen sich eine überschaubare Gruppe von Staaten auf ein weitgehend vereinheitlichtes Strafgesetzbuch verständigen sollte. Die Souveränität des Staates in Strafsachen sollte erhalten bleiben. *Franz von Liszt's* Vorstellung von der „Zukunft des Strafrechts“ sah anders aus als sein Plädoyer für ein mitteleuropäisches Strafgesetzbuch annehmen lässt: Er hielt einen Staat für denkbar, der ohne die Strafe im klassischen, tatschuldvergeltenden Sinne auskommt; an ihre Stelle sollte ein spezialpräventives Maßregelrecht treten.<sup>11</sup> Dass sich – umgekehrt – die Strafe und das Strafrecht vom Staat ablösen könnten, vermochte er sich nicht vorzustellen. Lediglich in einer Ausnahmesituation, am Ende des 2. Weltkrieges, sprachen internationale Militärtribunale, nicht Staaten, Recht. Sie schrieben ein Kapitel der Strafrechtsgeschichte, dem zunächst keine weiteren folgten. Die Prophezeiung *Jeschecks*, dass sich der Staat als „Träger aller echten Strafgewalt“ zurückziehen werde und Gebiete seiner Strafgewalt „übernationalen Gemeinschaften“ abtreten werde, blieb für ein halbes Jahrhundert unerfüllt.<sup>12</sup>

### 3. Tendenzen zur Entstaatlichung der Strafe

Dies hat sich grundlegend geändert. Heute setzt der Internationale Strafgerichtshof überstaatliches Recht gegen (para-)staatliche Makrokriminalität durch, während sich im Bereich der Alltagskriminalität der Staat die Gesetzgebung mit den verschiedensten internationalen Akteuren teilt. So hat die Europäische Union begonnen, das Strafrecht ihrer Mitgliedstaaten zu harmonisieren und internationale Organisationen wie die Vereinten Nationen, der Europarat oder die OECD schreiben den Staaten die Kriminalisierung von Wirtschafts-, Umwelt- und Cyberdelikten vor. Das Strafrecht ist zu einem gängigen Instrument transnationalen und internationalen Regierens geworden.<sup>13</sup> Damit reagieren die Staaten auf ihre geschrumpfte Handlungsmacht: Die Mobilität von Menschen, Waren und Daten haben grenzüberschreitende – im Internet sogar: grenzenlose – Räume entstehen lassen, in denen ein Staat allein nicht für die Durchsetzung des Rechts sorgen kann. Infolgedessen gehen Staaten eine Vielzahl von Kooperationen ein, um ihre Ordnungsansprüche in einer veränderten Kriminalgeographie einlösen zu können. Die internationalen Übereinkommen, die in Folge dieser Politikkoordination entstehen, sind Kompromisse. Sie führen in der Regel auch dazu, dass ein Staat verpflichtet wird, Verhaltensweisen zu kriminalisieren, die seine Bürger bzw. die betroffenen Ver-

kehrskreise nicht ohne weiteres als strafwürdig erachten.<sup>14</sup> Setzt der Staat das Übereinkommen gleichwohl um und werden seine Strafgerichte tätig, machen letztere zwar in formeller Hinsicht einen staatlichen Strafanspruch geltend; hinter diesem steht aber der *materielle* Inhalt einer überstaatlichen Institution bzw. eines zwischenstaatlichen Übereinkommens. Fragt der Angeklagte, weshalb sein Verhalten unter Strafdrohung stehe und weshalb er bestraft werde, lautet die Antwort: weil sich die Bundesrepublik Deutschland zur Kriminalisierung des fraglichen Verhaltens völkerrechtlich verpflichtet habe. Dass völkerrechtliche Vertragstreue kein hinreichender Strafgrund ist, liegt dabei auf der Hand.

Ob die Europäisierung und Internationalisierung zu einem Strafrecht führt, das sich vom Staat noch weiter löst, indem beispielsweise die Durchführung des Strafverfahrens und die Vollstreckung der Strafe auf die Europäische Union übertragen werden, vermag niemand mit Bestimmtheit zu sagen. Die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft mit ihren Ständigen Kammern, die auch judikative Funktionen übernehmen, deutet immerhin in diese Richtung.<sup>15</sup> Eine Weiterführung dieses Prozesses ist nicht ausgeschlossen,<sup>16</sup> zumal die Verbindung von Strafe und Staat nicht logisch oder rechtlich zwingender, sondern politischer Natur und daher veränderlich ist.<sup>17</sup> So wie das Strafrecht sich mit der Entwicklung der Gesellschaft verändert, so wandelt sich auch die Strafe. Diese ist zwar eine Rechtsinstitution,<sup>18</sup> wird aber gesellschaftlich präformiert, so dass nicht nur ihre äußere Gestalt und innere Rechtfertigung Veränderungen unterliegen. Auch der Umstand, dass heute in aller Regel der Staat die Strafe verhängt, um die mit der Strafverhängung verfolgten Aufgaben zu erfüllen, ist – als ein „Produkt historischer Kontin-

<sup>11</sup> Zur spezialpräventiven Umdeutung der Strafgesetzgebung v. *Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, 1905, S. 1, 15 ff., insbes. S. 22. Zur Einordnung *Schild*, *ARSP* 70 (1984), 71 (102 ff.) Zur Renaissance dieses Gedankens in den 1970er Jahren siehe *Plack*, *Abschaffung des Strafrechts*, 1974, passim, insbes. S. 202.

<sup>12</sup> *Jescheck*, *ZStW* 65 (1953), 496 (497); dazu *Böse*, in: *Böse* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2013, § 1 Rn. 1.

<sup>13</sup> Umfassend und grundlegend *Meyer*, *Strafgenese in Internationalen Organisationen*, 2012.

<sup>14</sup> Siehe zur Aufnahme des in Deutschland heftig umstrittenen sog. Geschäftsherrn-Modells in § 299 StGB *Dannecker*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 299 Rn. 2 f.; *Gaede*, in: *Rosenau/Leitner* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2016, § 266 StGB Rn. 3 ff.; *Hoven*, *NSZ* 2015, 553 (555 ff.); *Kubiciel*, *ZIS* 2014, 667; *Rübenstahl/Teubner*, in: *Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2017, § 299 Rn. 1 f.

<sup>15</sup> Einen „Legitimationsbruch“ sieht darin *Noltenius*, in: *Jakl/Brunhöber u.a.* (Hrsg.), *Recht und Frieden – Wozu Recht?*, *ARSP-Beiheft* 140 (2014), S. 148 (158). Umfassend zur Verordnung zur Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft *Brodowski*, *StV* 2017, 684.

<sup>16</sup> Die Spielräume im bestehenden Unionsrecht (vgl. Art. 288 AEUV) sind indes eng, wenn auch noch nicht ausgeschöpft, dazu *Kubiciel*, *öAnwBl.* 2017, 324.

<sup>17</sup> Siehe aber *Zaczyk*, *ZStW* 123 (2011), 691 (699 ff.), für den ein freiheitliches und damit legitimes Strafrecht nur denkbar ist, wenn die Strafgesetzgebung über eine demokratische Legitimationskette an den Bürger zurückgebunden ist, was im Staat, nicht aber innerhalb der Europäischen Union möglich sei.

<sup>18</sup> *Kubiciel*, *ZStW* 118 (2006), 44; *Neumann*, in: *Pawlik/Zaczyk* (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, 2007, S. 435.

genz<sup>19</sup> – nicht zwingend, sondern änderbar. In dem Maße, in dem der Nationalstaat seine Souveränität und Handlungsmacht an internationale oder supranationale Organisationen abgibt, kann sich auch die Strafgesetzgebung und Strafrechtsdurchsetzung vom Nationalstaat ablösen. Der Internationale Strafgerichtshof und die Europäische Staatsanwaltschaft markieren daher eher den Anfang als das Ende der Entwicklung.

Auch innerhalb seiner Grenzen ist der Staat immer öfter auf nicht-staatliche Kooperationspartner angewiesen: Ermittlungen in großen Unternehmen werden häufig von internen Untersuchungen durch Rechtsanwaltssozietäten begleitet, die ihre Ergebnisse der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stellen. Da letztere bei komplexen Verfahren schnell an die Grenzen ihrer Ressourcen stoßen, ist diese Hilfe willkommen und wird mit Nachlässen auf Strafe bzw. Unternehmensgeldbußen honoriert. Hier zieht sich der Staat zwar nicht vollständig zurück, wohl aber testet er Kooperationsformen, um das Recht unter erschwerten Bedingungen durchzusetzen.<sup>20</sup> Dazu zählt auch die Strategie, Straftatbestände vornehmlich als Impulsgeber für die Auslösung von Selbstheilungskräften bzw. Compliance-Maßnahmen einzusetzen.<sup>21</sup> So gesehen, haben Vorschriften wie die §§ 299a, 299b StGB vor allem eine „katalytische Funktion“, da sie Heilberufler, Verbände und Kammern dazu anhalten, sich um die Unterscheidung von zulässigen und unzulässigen Kooperationen zu bemühen.<sup>22</sup> Ihre Wirkung besteht mithin eher darin, eine private Regelkonkretisierung<sup>23</sup> und Selbstregulierung bzw. Selbstreinigung zu aktivieren als staatliche Ermittlungsverfahren zu initiieren.

## II. Strafe ohne Staat: Neue Phänomene, neue Forschungsfragen

### 1. Unbeantwortete grundlegende Fragen

Bereits die gerade skizzierten Entwicklungen werfen eine Vielzahl ungelöster Grundsatzprobleme auf. Mit Blick auf die Internationalisierung der Kriminalpolitik fragt sich vor allem, ob eine internationalisierte Strafgesetzgebung noch unter Hinweis auf demokratische Mitwirkungsrechte der Bürgerinnen und Bürger gerechtfertigt werden kann, wenn nationale Parlamente Strafnormen verabschieden, die ihnen internationale Übereinkommen oder Empfehlungen zwischenstaatlicher Evaluierungskommissionen vorschreiben.<sup>24</sup> Selbst wenn man diese Frage nicht pauschal verneint,<sup>25</sup> lässt sich nicht leugnen, dass der demokratische Legitimationsfa-

den umso dünner wird, je weiter sich der Prozess der Strafgesetzgebung von nationalen Parlamenten entfernt und auf die Ebene internationaler Organisationen bzw. Expertengremien verlagert. In dem Maße, in dem die prozedural-demokratische Legitimation schwindet, tritt die materielle Rechtfertigung von Straftatbeständen in den Vordergrund und damit die Frage, ob und wie sich grundrechtliche Mindeststandards der Strafgesetzgebung und Strafrechtsdurchsetzung transnational begründen lassen und wie deren Einhaltung garantiert werden kann.<sup>26</sup>

Soweit bereits die Strafverhängung internationalisiert ist, bedarf eine solchermaßen inter- bzw. supranationalisierte Strafe einer tragfähigen Legitimationsbasis. Dabei ist schon unklar, aus welcher Quelle die überstaatliche Instanz ihre Strafberechtigung gegenüber dem Einzelnen schöpft bzw. weshalb der Einzelne einer Instanz Gehorsam schuldet, die ihm keine demokratischen Mitwirkungsrechte und allenfalls punktuellen Schutz gewährt.<sup>27</sup> Sodann stellt sich bei einer internationalisierten Strafe mit besonderer Dringlichkeit die Frage, wie sich diese straftheoretisch rechtfertigen lässt.<sup>28</sup> Paradoxerweise ist dies im Hinblick auf völkerstrafrechtliche Delikte, die schwerste Menschenrechtsverletzungen betreffen, noch schwieriger zu beantworten als für die nationale Bestrafung von Alltagsdelikten: Zum einen verstoßen solche Taten zwar gegen Normen, die in vielen Ländern der Welt anerkannt sind, die aber in der Situation eines (Bürger-)Krieges oder in einer Diktatur keine Geltung haben, so dass eine retributive Strafbegründung nur schwer möglich ist. Zum anderen ist es sehr zweifelhaft, ob die gelegentliche Bestrafung von Menschenrechtsverletzungen wirklich jene generalpräventive Wirkung erzeugt, die man sich für die Zukunft von ihnen verspricht. Wenn aber schon die Grundlagen des (existierenden) Völkerstrafrechtsgebäudes unsicher sind,<sup>29</sup> ist von einer Erweiterung dieses Gebäudes tendenziell abzura-

ten.<sup>30</sup> Die „Reprivatisierung“<sup>31</sup> strafrechtlicher Ermittlungen ist nicht nur ein praktisch eminent wichtiges, sondern auch rechtsstaatlich heikles Thema, da bei privaten Untersuchungen andere Rechtsstandards gelten als im staatlichen Ermittlungsverfahren.<sup>32</sup> Letzteres macht interne Untersuchungen einerseits für Unternehmen und Strafverfolgungsbehörden attraktiv, andererseits ist dafür Sorge zu tragen, dass sie nicht in einer Weise durchgeführt werden, die strafprozessuale und

<sup>19</sup> Martins, ZIS 2014, 514 (518).

<sup>20</sup> Umfassend und grundlegend Bung, ZStW 125 (2013), 536.

<sup>21</sup> Dazu Kubiciel, ZStW 129 (2017), 473 (490 ff.).

<sup>22</sup> Kubiciel, WiJ 2016, 1 (9 f.).

<sup>23</sup> Treffend Pieth, in: Prittwitz/Baurmann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 317 (325). Am Beispiel der (strafrechtlichen) Regulierung der Pharmaindustrie Kuhlen, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Hassemer, 2010, S. 875, und insbes. S. 888.

<sup>24</sup> Umfassend dazu Meyer (Fn. 13), S. 653 ff.

<sup>25</sup> Zutreffend Meyer (Fn. 13), S. 709.

<sup>26</sup> Kubiciel, GA 2015, 61 (63 f.).

<sup>27</sup> Vgl. dazu am Beispiel des Strafanwendungsrechts Pawlik, ZIS 2006, 274.

<sup>28</sup> Umfassend Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005; Werkmeister, Straftheorien im Völkerstrafrecht, 2015. Aus kriminologischer Sicht Neubacher, ZIS 2015, 485.

<sup>29</sup> Treffend Gierhake, (Fn. 28), S. 30. Zustimmung Werkmeister (Fn. 28), S. 26.

<sup>30</sup> So R. Merkel während der Kölner Tagung.

<sup>31</sup> Zabel, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 733.

<sup>32</sup> Vgl. Rotsch, ZStW 125 (2013), 481 (488).

verfassungsrechtliche Mindeststandards unterläuft. Denn in einem solchen Fall nähmen nicht nur die Grundrechte der Betroffenen Schaden; auch das staatliche Strafverfahrenssystem trüge einen Legitimationsverlust davon, wenn es planmäßig mit Erkenntnissen arbeitete, die auf rechtsstaatlich zweifelhafte Art erlangt worden sind.<sup>33</sup>

## 2. Neuartige Phänomene und Fragestellungen

Während die gerade skizzierten Grundlagenfragen noch unbeantwortet sind, deuten sich bereits neue Entwicklungen an, deren Legitimationsprobleme noch nicht einmal erfasst, geschweige denn gelöst sind.

### a) Rechtsdurchsetzung im Internet bzw. sozialen Netzwerken

Am deutlichsten scheinen diese Entwicklungen in der virtuellen Welt auf, genauer: bei der Rechtsdurchsetzung im Internet, insbesondere im sog. Darknet und den sozialen Netzwerken. Der Satz von Bundeskanzlerin Angela Merkel, das Internet sei noch Neuland, ist zwar oft belächelt worden, trifft aber jedenfalls für das Recht und die Strafrechtswissenschaft zu. Geklärt hat sich in den letzten beiden Jahrzehnten der Ausbreitung des Internets nämlich lediglich, dass zwei Extrempositionen zu verwerfen sind.<sup>34</sup> Einerseits ist das Internet kein Ort, der sich selbst überlassen und von staatlichem Recht freizuhalten ist, sind es doch nicht zuletzt die Nutzer des Internets, die nach Schutz ihrer Grundrechte verlangen. Andererseits geht die von Politikern gern verwendete Formel, dass in der virtuellen Welt das Recht genauso gelte wie in der realen Welt, an der Wirklichkeit vorbei. Denn die Besonderheiten des Internets und von internetbasierten (sozialen) Netzwerken haben die Begehung von Straftaten erleichtert und die Rechtsdurchsetzung erschwert. Wer eine Filesharing-Software installiert, sich anonym in das Darknet begibt oder hinter einem Fake-Account bei Facebook versteckt, dem fällt es nicht nur in technischer Hinsicht, sondern auch psychologisch leichter, unberechtigt Filme oder Musik zu nutzen, nach verbotener Pornographie oder Waffen zu suchen oder andere zu beleidigen oder zu verleumden. Es kommt hinzu, dass die Aufklärung von Straftaten und die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs mit den für die reale Welt geschaffenen Mitteln des Strafverfahrensrechts im Internet schwer möglich ist. Und selbst wenn sich der Verbreiter urheberrechtlich geschützter Musik- und Filmdateien oder verbotener Pornographie bzw. der Verfasser eines volksverhetzenden Tweets unter großen Mühen feststellen lässt, ist damit weder der soziale Konflikt erledigt noch die Gefahr für Rechte Dritter gebannt: Denn die Dateien bzw. der Tweet sind noch in der virtuellen Welt und haben sich oft schon hundertfach weiterverbreitet, bevor eine Löschung gerichtlich angeordnet werden kann.

Dem Staat stehen in dieser Situation zwei Handlungsoptionen zur Verfügung. Zum einen kann er seine Institutionen – namentlich Strafverfolgungsbehörden und Gerichte – an die

Herausforderungen anpassen, indem er ihnen vereinfachte und schnellere Entscheidungswege eröffnet und vor allem sie mit der in der virtuellen Welt erforderlichen Technik (bildlich: vom Trojaner bis hin zu Auswertungsalgorithmen und künstlicher Intelligenz) ausstattet. Zum anderen kann er die Netzbetreiber oder Rechteinhaber gezielt zur Rechtsdurchsetzung einsetzen, indem er ein Rechtsregime schafft, das eine verstärkte Selbstregulierung und engagiertere Rechtsdurchsetzung „triggert“. Im vergangenen Jahr hat der Gesetzgeber bekanntlich für einen Teilbereich des Problems die zweite Handlungsoption gewählt: Das Gesetz zur Durchsetzung des Rechts in sozialen Netzwerken verpflichtet die Betreiber sozialer Netzwerke (NetzDG) zur Vorhaltung eines Beschwerde-Management-Systems, das für eine zeitnahe Löschung strafrechtswidriger Inhalte sorgt.<sup>35</sup> Damit soll gewährleistet werden, dass soziale Netzwerke, die für ihnen bekannte rechtswidrige Inhalte nach dem TMG verantwortlich sind, überhaupt auf Beschwerden reagieren und diese löschen, bevor sich die Rechtsverletzung vertieft. Diese Löschung setzt eine (partielle) Anwendung des Strafrechts voraus, da die sozialen Netzwerke die Strafrechtswidrigkeit eines Inhalts beurteilen oder diese Prüfung einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung (vgl. § 3 Abs. 6 NetzDG) überlassen müssen. Gleichwohl ist die Löschung der Inhalte keine Strafe im engeren Sinne und soll auch ein mögliches Strafverfahren nicht ersetzen. Dessen ungeachtet wird sie von vielen Nutzern als Quasi-Strafe empfunden, da die sozialen Netzwerke auf eine strafrechtswidrige Handlung mit einer als Übel verstandenen Löschung antworten. Da diese Löschung mittelbar vom Staat angeordnet wird, sehen die Kritiker des NetzDG darin eine unzulässige Privatisierung der (Straf-) Justiz.<sup>36</sup> Ob das NetzDG ein rechtspolitischer Irrweg oder ein innovativer Ansatz zur Durchsetzung des Rechts in der virtuellen Welt ist, ist nicht ausgemacht. Klar ist bislang nur, dass die für die reale Welt entwickelten, langsamen Rechts- und Kriminalrechtssysteme an ihre Grenzen stoßen, wenn sie soziale Konflikte in der virtuellen Welt befrieden sollen. Ohne die Entwicklung von Alternativen, ohne eines „future concepts of criminal law“ werden sich die Herausforderungen nicht lösen lassen.

### b) Neue Formen gesellschaftlicher Strafen

Ein weder vom Staat noch der Wissenschaft initiiertes neuartiges Phänomen ist die gelegentlich aufscheinende Renaissance gesellschaftlicher Strafen, namentlich Verfahren des „naming and shamings“ oder Boykottaufrufe. Diese lösen nicht die Forderung *Nils Christies* nach der „Rückgabe des Konflikts“ durch den Staat an die Gesellschaft ein.<sup>37</sup> Vielmehr reklamieren gesellschaftliche Gruppen ein eigenes

<sup>35</sup> § 3 NetzDG. Dazu nur *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 7/2017.

<sup>36</sup> Aus dem vielstimmigen Chor der Kritiker siehe nur *Guggenberg*, ZRP 2017, 98; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721; *Spindler*, K&R 2017, 533. Gegenkritik bei *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 7/2017.

<sup>37</sup> Vgl. *Christie*, Grenzen des Leids, 1986, S. 125 ff. Kritisch dazu *Neumann*, in: *Neumann/Prittowitz* (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung der Strafe, 2005, S. 89 (92 ff.).

<sup>33</sup> Dazu *Kaspar*, GA 2013, 206; *Kubiciel*, GA 2013, 226.

<sup>34</sup> Dazu und zum Folgenden *Kubiciel*, GA 2013, 226 (236 ff.).

Sanktions„recht“ für einen Konflikt, dessen rechtliche Existenz nicht gerichtlich festgestellt worden ist, ja nicht einmal an der Behauptung einer Rechtsverletzung anknüpft. Da solche gesellschaftlichen Sanktionen – im Unterschied zum NetzDG – weder vom Staat getriggert noch regelgeleitet vollzogen werden, können sie staatliche Sanktionen nicht nur nicht ersetzen; sie können nicht einmal als normativ und funktional gleichwertig bzw. gleichartig an die Seite staatlicher Rechtsfolgen treten. Zudem zielen sie mehr auf die Verschärfung eines sozialen Konflikts als auf dessen Beilegung bzw. Befriedung. Daher lassen sie sich auch nicht mit dem sich im (Wirtschafts-)Privatrecht ausbreitenden Phänomen privater „alternative dispute resolutions“ vergleichen.<sup>38</sup> Gleichwohl spiegeln sie ein gesellschaftliches Bedürfnis nach Sanktionierung, das staatliche Institutionen und Verfahren nicht befriedigen können und das wegen seiner (zumindest schwachen) Institutionalisierung etwas qualitativ anderes ist als ein individueller Racheakt.

*c) Transnationalisierung des Verfahrens*

Neuartig ist schließlich das Phänomen transnationaler Strafrechtsdurchsetzung im europäisierten Strafverfahren. Die Rechtshilfe innerhalb der Europäischen Union hat mittlerweile eine Struktur angenommen, die sich grundlegend von der klassischen zwischenstaatlichen Rechtshilfe unterscheidet. Anstelle von zwei klar voneinander zu unterscheidenden Verfahren – dem Strafanspruch des einen Staates, der mit Hilfe eines anderen, rechtshilfeleistenden Staates durchgesetzt werden soll – amalgamieren innerhalb der Europäischen Union beide Verfahren zu einer neuartigen Form. Diese lassen nicht nur das bereits oben angesprochene strafrechtstheoretische Problem einer supra- oder jedenfalls transnationalen Strafe in einem neuen Licht erscheinen, sondern werfen auch die bislang nicht beantwortete Frage nach der Gewährleistung eines hinreichenden Grundrechtsschutzes auf.

### III. Future Concepts of Law

Den beiden zuletzt (unter II. 2. b) und c) genannten Entwicklungen widmen sich die beiden nachstehenden Beiträge.<sup>39</sup> Ihnen liegen Vorträge zugrunde, die *Jochen Bung* (Hamburg) und *Frank Meyer* (Zürich) im Januar 2016 auf Einladung des *Verfassers* und seines (damaligen) Kölner Kollegen *Dan Wielsch* im Rahmen der Veranstaltungsreihe „Future Concepts of Law“ gehalten haben.<sup>40</sup> Ein dritter Vortrag, den *Reinhard Merkel* (Hamburg) zur Zukunft des Völkerstrafrechts gehalten hat, liegt leider nicht als Manuskript vor. Ganz im Sinne der Vortragsreihe formulieren die hier publizierten Texte keine Antworten, sondern widmen sich einer (möglichen) Zukunft des Strafrechts.

---

<sup>38</sup> Dazu zuletzt *Basedow*, JZ 2018, 1 (7 ff.).

<sup>39</sup> *Bung*, ZIS 2018, 65; *Meyer*, ZIS 2018, 68.

<sup>40</sup> Zu dieser Reihe und zur ersten Veranstaltung siehe *Schiffbauer*, JZ 2015, 718.