

Future Concepts of Law: Konturen eines Privatstrafrechts der Antidiskriminierung*

Von Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Hamburg

I. Strafen ohne Staat – Freilegung eines Gegenstands

Man kann das Thema „Strafe ohne Staat“ schnell abhandeln, indem man Strafe als etwas einführt, das per definitionem eine staatliche Veranstaltung ist.¹ Strafe ohne Staat ist dann etwas, was es gar nicht gibt. Im herkömmlichen Begriff der Kriminalstrafe ist das angelegt. Aber eine solche Voraussetzung ist zu normativ, zu eng, für eine wissenschaftliche Untersuchung zu wenig ergiebig. Weiterführende Untersuchungen zur Strafe haben immer mit weiteren Strafbegriffen gearbeitet. Ein eindrucksvolles Beispiel ist die Studie von *Edwin Sutherland* über „White Collar Crimes“.² Solche Straftaten gibt es zum Zeitpunkt der Untersuchung noch gar nicht. Jedenfalls gibt es im strengen Sinne des Begriffs vom Kriminalrecht keine solchen Straftatbestände, die den heute so selbstverständlichen Bereich des Wirtschaftsstrafrechts ausmachen. Der Gegenstandsbereich der White Collar Crimes musste erst gewonnen, er musste durch seine Untersuchung erst konstituiert werden. *Sutherland* greift für dieses Unternehmen in großem Umfang auf Verfahrensdokumente zurück, die keinem Strafprozess entstammen. Er analysiert diese Dokumente nach ihrem kriminologisch relevanten Gehalt und gewinnt so einen weiten Begriff von Strafe, über den er den neuen Gegenstand einführt.

Folgt man einer verbreiteten Begriffsbestimmung, lässt sich Strafe als Ausdruck der Missbilligung eines individuellen Verhaltens bestimmen, die mit der Zufügung eines Übels nicht notwendigerweise verbunden sein muss (vgl. §§ 59, 60 StGB³), aber regelmäßig und typischerweise verbunden ist.⁴ Ich will mich hier nicht mit der Überlegung aufhalten, dass bereits der Umstand, zum Adressaten eines Unwerturteils gemacht zu werden, als Zufügung eines Übels betrachtet werden kann. Für eine solche Annahme gibt es durchaus Gründe. Vieles spricht jedoch für die analytische Trennung

beider Begriffselemente (Unwerturteil plus Übelszufügung), weil man dann die Übelszufügung als dauerhafte oder temporäre Einschränkung von sozialen Partizipationsmöglichkeiten rekonstruieren kann, während der missbilligende Sprechakt als solcher noch keine solche Einschränkung bedeuten muss.

Jedenfalls kommunizieren Gesellschaften, Gemeinschaften oder, ganz allgemein, Gruppen in mancherlei Fällen Abwertung und schränken Partizipationsmöglichkeiten ein und lassen sich insoweit als strafende Sozialpraktiken bestimmen, ohne dass schon der Staat in irgendeiner Weise ins Spiel gebracht worden wäre. Zum Teil geht es hierbei um Strafen, deren Bedeutung von vornherein keine öffentliche Aussagekraft zukommt. Denken wir etwa an das Fernsehverbot der Eltern, mit dem sie ein Kind disziplinieren wollen. Solche privaten Strafpraktiken von lediglich partikularer Bedeutung interessieren mich hier nicht. Ebenso wenig interessieren mich Ausprägungen privater Sanktionsregimes, die, wie etwa Vertragsstrafen, ein synallagmatisches Interessenverhältnis zwischen zwei Parteien ausgestalten. Mich interessieren Strafen, die ohne Beteiligung des Staates zustande kommen und denen zugleich eine Aussagekraft für die gesamte Gesellschaft zukommt oder zukommen soll. Während lokale außerstaatliche Strafpraktiken ein bekanntes und alltägliches Phänomen darstellen, handelt es sich bei außerstaatlichen Strafpraktiken mit öffentlichem Anspruch um ein neues Phänomen, das sich derzeit noch entwickelt und daher nicht abschließend beobachtet und bewertet werden kann.

II. Private Strafpraktiken mit öffentlichem Anspruch

Ich nenne zwei Beispiele: Münchner Kreditinstitute haben dem Vorsitzenden einer rechtspopulistischen und islamfeindlichen Partei Girokonten gekündigt. In einer Stellungnahme des Genossenschaftsinstituts Münchner Bank wird die öffentliche Bedeutung des Vorgangs unmissverständlich hervorgehoben: „Die genossenschaftlichen Werte basieren auf einem friedlichen Miteinander von Menschen unterschiedlicher Herkunft und Religion. Die Münchner Bank e.G. will daher nicht – wie vom Kontoinhaber im Internet veranlasst – in einem Atemzug mit Aktionen genannt werden, die die Menschenwürde verletzen und dieses friedliche Miteinander bedrohen.“⁵

Ein zweites Beispiel: Ein deutsches Automobilunternehmen kündigt einem Auszubildenden, der einen menschenverachtenden Kommentar auf seiner Facebookseite veröffentlicht hatte. Die freiwillige Feuerwehr einer oberösterreichischen Gemeinde hatte an einem heißen Sommertag syrische Flüchtlinge mit einer Wasserdusche erfrischt. Der Lehrling kommentierte auf Facebook, dass Flammenwerfer die bessere Lösung seien. Der Autobauer reagierte prompt und ließ durch einen Sprecher mitteilen: „Der Lehrvertrag wurde mit sofort

* Vortrag im Rahmen der Veranstaltungsreihe „Future Concepts of Law – Kölner Forum zur Zukunft des Rechts“ an der Universität zu Köln am 28.1.2016.

¹ Vgl. z.B. die Begriffsbestimmung von *Hobbes*, wonach „Beleidigungen und Rache einzelner Bürger nicht eigentlich Strafe [sind]; denn sie rühren nicht vom Staate her“, *Hobbes*, *Leviathan*, Übers. der lat. Ausgabe von 1668, Reclam Ausgabe 1986, S. 230 (2. Teil, Kap. XXVII). Diese Definition ist freilich auch für erweiternde Zugriffe auf das Thema offen, denn mit der Strafe im uneigentlichen Sinne kommen eben gerade jene Formen von Strafe in den Blick, die unabhängig vom Staat praktiziert werden und denen man gleichwohl nicht sinnvoll den Charakter von Strafen absprechen kann. *Hobbes* selbst bezieht den Strafbegriff produktiv auf außerkriminalrechtliche Zusammenhänge, so etwa in seiner Abgrenzung zur „feindseligen Tat“, die später von *Günther Jakobs* aufgegriffen wurde.

² *Sutherland*, *White Collar Crime*, 1948; *Sutherland* verwendet den Begriff erstmals 1939.

³ Verwarnung mit Strafvorbehalt, Absehen von Strafe.

⁴ *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl. 2014, S. 15 ff.

⁵ SZ Online v. 30.9.2013

<http://www.sueddeutsche.de/muenchen/rechte-partei-die-freiheit-banken-kuendigen-stuerzenbergers-konten-1.1784508> (19.1.2018).

tiger Wirkung vorzeitig beendet. Wir lehnen jegliche Art der Diskriminierung strikt ab. Dieser Vorfall hat uns daher zum Handeln gezwungen.“⁶

Ob diese Vorgänge mit den Regeln des Privat- oder Arbeitsrechts konform sind, ist hier nicht der interessante Punkt. Maßgeblich ist, dass beide Vorgänge nach der vorgeschlagenen allgemeinen Definition als Verhängung von Strafen beschrieben werden können. In beiden Fällen wird in Bezug auf ein bestimmtes individuelles Verhalten ein Unwerturteil ausgesprochen und zwar eines, das an universell gültige Normen, nämlich Menschenrechte und den Gedanken der Gleichheit in seiner Ausprägung als Prinzip der Nichtdiskriminierung appelliert. Und in beiden Fällen wird das Unwerturteil öffentlich kommuniziert und den Verurteilten das Übel einer Beschränkung sozialer Partizipationsmöglichkeiten auferlegt.

Unschwer lassen sich die beschriebenen Sanktionspraktiken auch im Lichte der herkömmlichen Strafzwecke als Bestrafungsvorgänge deuten. Bedenkt man etwa, dass in Umsetzung einer EU-Richtlinie ab 2016 jeder das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu einem Bankkonto haben soll,⁷ lässt sich vor diesem Hintergrund die Kündigung eines Kontos aus dem Gesichtspunkt der Antidiskriminierung als retributive Maßnahme darstellen: Wenn diskriminierungsfreier Zugang zu einem Bankkonto ein Menschenrecht ist, dann ist die Diskriminierung des Diskriminierers durch Kontokündigung ein Akt der Vergeltung. Ohne Schwierigkeiten lassen sich den beschriebenen Sanktionspraktiken auch generalpräventive Zwecksetzungen entnehmen: Abschreckung potentieller Diskriminierer sowie die Bestätigung des Vertrauens in die Unverbrüchlichkeit der Geltung elementarer menschenrechtlicher Normen. Dass es der Münchner Bank und Porsche auch um Selbstdarstellung und Integritätsmanagement geht, ist geschenkt. Das ist auch bei staatlichem Strafen der Fall. Auch staatliches Strafen lässt sich ohne Schwierigkeiten aus dem Selbstdarstellungs- und Integritätsinteresse jenes Großunternehmens begründen, dessen normative Grundlage der Gesellschaftsvertrag ist. Was der Autor einer kritischen Auseinandersetzung mit der Porsche-Entscheidung bemerkt, gilt für öffentliche wie private Akteure gleichermaßen, dass sie es sich nicht leisten können, „eine solche Aussage unwidersprochen stehen zu lassen“⁸.

⁶ Spiegel Online v. 24.7.2015

<http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/oesterreich-porsche-entlaesst-lehrling-wegen-hass-kommentar-a-1045306.html> (19.1.2018); siehe auch den ähnlichen Fall Spiegel Online 25.8.2015

<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/kommentar-gegen-fluechtlinge-awo-kuendigt-mitarbeiterin-a-1049774.html> (19.1.2018).

⁷ ZEIT Online 13.6.2015

<http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-06/bankkonto-fluechtlinge> (19.1.2018).

⁸ Hurz, SZ Online v. 26.7.2015

<http://www.sueddeutsche.de/politik/porsche-lehrling-rassismus-gehoert-geachtet-aber-nicht-so-1.2583179> (19.1.2018).

Von diesem Standpunkt aus stellt sich freilich, für staatliches wie außerstaatliches Strafen gleichermaßen, die Frage nach der Angemessenheit des Strafmaßes. Gerade im Fall des gefeuerten 17-jährigen Kfz-Lehrlings mag zweifelhaft erscheinen, ob die fristlose Kündigung seines Ausbildungsplatzes eine sinnvolle Maßnahme ist. Zweifel an Sinn und Angemessenheit lassen sich gerade in Fällen von Jugendverfehlungen aus dem Erfordernis einer spezialpräventiven Begründung der Strafe anmelden. So schreibt der Autor in seiner Kritik der Porsche-Entscheidung: „Bestrafung hat noch ein anderes Ziel: Täter sollen aus ihren Fehlern lernen und ihr Verhalten hinterfragen. [...] Straffällige Jugendliche brauchen Unterstützung und Betreuung, keine soziale Isolation. Beim Porsche-Lehrling ist es genauso.“⁹ Es ist naheliegend zu vermuten, dass das neue Privatstrafrecht der Antidiskriminierung, eben weil es noch ein unentwickeltes und formal unabgesichertes Feld darstellt, die Gefahr birgt, den Gedanken der reintegrativen Funktion der Strafe gegenüber generalpräventiven und retributiven Faktoren zu vernachlässigen. Aber auch dies ist keine spezielle Eigenschaft der hier beschriebenen außerstaatlichen Bestrafungsformen, sondern allgemein das Problem von jungen, noch in der Entwicklung begriffenen Strafordnungen, die sich großer Themen annehmen, wie man ganz gut am Völkerstrafrecht sehen kann, bei welchem dem Resozialisierungsinteresse bislang auch kein maßgebliches Begründungsgewicht zukommt.

Die schwache Ausprägung des Reintegrationsinteresses bedeutet noch keine Delegitimierung dieser neuen Strafpraktiken, sie müssen sich aber im Interesse ihrer eigenen Integrität am menschenrechtlichen Maßstab des Erfordernisses messen lassen, dass in einer aufgeklärten humanen Gesellschaft nicht ohne Absicht auf Reintegration gestraft werden darf. Dauerhafte soziale Exklusion ist nur im äußersten Grenzfall eines Akteurs denkbar, der jederzeit und unabsehbar eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben anderer Personen darstellt, ansonsten ist sie, wie gerade die jüngeren Auseinandersetzungen um die Sicherungsverwahrung gezeigt haben, unverhältnismäßig und die neuen Strafpraktiken, gerade weil sie die horizontale Geltung menschenrechtlicher Normen beanspruchen und bekräftigen, müssen sich selbst an diese Normen gebunden fühlen.

III. Veränderte gesellschaftliche Empfindlichkeiten

Es ist gut möglich, dass die beschriebenen Strafpraktiken, denen ich Konturen eines neuen Privatstrafrechts der Antidiskriminierung entnehme, an Umfang und Bedeutung zunehmen werden. Sie bilden insofern, um mit Bezug auf den Titel dieser Vortragsreihe zu sprechen, ein „future concept of law“. Dies jedoch in wirklichkeitshaltiger Weise nur dann, wenn sie als Reflexionsformen gesellschaftlicher Entwicklungen mit einer Befindlichkeit korrelieren, die sich als gesteigerte Empfindlichkeit für jene Art von friedensstörenden Akten wahrnehmen lässt, die darin besteht, dass man andere über eine kollektivierende Zuschreibung aus einem privilegierten Kollektiv ausschließt. Es ist nicht sicher, dass die in vielen Gesellschaften zu beobachtende gesteigerte Empfind-

⁹ Siehe Fn. 8.

lichkeit für den Unrechtscharakter solcher Akte nicht wieder rückläufig werden könnte, dass Gesellschaften wieder zu robusteren Referenzrahmen des Dazugehörens und Nichtdazugehörens übergehen, wie es zum Teil schon heute – man denke nur an die gegenwärtige Flüchtlingsdiskussion oder die allenthalben zu beobachtenden Re-Nationalisierungsprozesse – zu bemerken ist.

Eine Gesellschaft aber, die sich durch eine gesteigerte Empfindlichkeit für das Unrecht öffentlich artikulierter Missachtung von gleichen Achtungsansprüchen anderer Personen und Personengruppen ausweist, wird ihre Strafpraktiken ganz sicher nicht auf formalisierte kriminalverfahrensrechtliche Prozeduren beschränken, sondern ein Privatstrafrecht der Antidiskriminierung ausbilden, das für die Herstellung eines innergesellschaftlichen Friedenszustands eine wichtigere Rolle spielen könnte als das Kriminalstrafrecht im engeren, offiziellen Sinne.

Man muss sich in diesem Zusammenhang daran erinnern, dass es eine ehrwürdige Tradition der liberalen Staatsbegründung gibt, wonach die Verfolgung bestimmter Angriffe auf Achtungsansprüche der Person (herkömmlich: Beleidigungen) gar nicht zu den Aufgaben staatlicher Strafverfolgung gehört. Für *Hobbes* ergibt sich die Unzuständigkeit des Staates aus dem naturrechtlichen Gebot, dass man nicht schnell beleidigt sein darf.¹⁰ Dieser Punkt wird bereits von *Grotius* ausführlich erörtert und unter Einbeziehung christlicher Verhaltensregeln einer ähnlichen Empfehlung zugeführt.¹¹ Freilich haben sowohl *Grotius* als auch *Hobbes* nur Verletzungen der Individuallehre vor Augen, nicht aber jene Fälle, in denen die Verletzung des Achtungsanspruchs der Person über die Einbeziehung in ein als nicht gleichwertig erachtetes Kollektiv vermittelt ist. Friedensstörende Akte, mit denen sich das neue Privatstrafrecht der Antidiskriminierung beschäftigt, lassen sich kaum mit einem individuellen Ethos des aufgeklärten Desinteresses kompensieren. Die Gesellschaft kann es sich, um die oben zitierte Wendung aufzugreifen, nicht leisten, die Negation der Geltung menschenrechtlicher Elementarnormen un widersprochen zu lassen.

Da es bei diesen Elementarnormen um *zwischenmenschliche* Normen geht, ist es von erheblicher Bedeutung, dass nicht nur der Staat als Garant ihrer Unverbrüchlichkeit auftritt, sondern dass sie gerade auch in außerstaatlichen Zusammenhängen bekräftigt werden. Das neue Privatstrafrecht der Antidiskriminierung belegt und bekräftigt insofern nichts anderes als die unmittelbare Horizontalwirkung von Grund- und Menschenrechten. Es bestätigt auch die rechtssoziologische Vermutung einer „sich weltweit durchsetzende[n] Empfindlichkeit“ für Situationen, „in denen Rollenasymmetrien durch eine externe Referenz festgeschrieben und als unumkehrbar behandelt werden.“¹²

¹⁰ *Hobbes* argumentiert, „dass diejenigen, welche durch Worte aufgebracht werden können, völlig unbrauchbare Bürger sind“, *Hobbes* (Fn. 1), S. 249 (2. Teil, Kap. XXVII).

¹¹ *Grotius*, Drei Bücher über das Recht des Krieges und des Friedens, 1869, S. 225 f. (2. Buch, Kap. 1, X).

¹² *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 580.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Moderne Gesellschaften entwickeln vielfach eine gesteigerte Empfindlichkeit für den Unrechtscharakter von artikulierter Missachtung des gleichen Achtungsanspruchs anderer Personen und Personengruppen. Zum Teil sind solche Missachtungen über positives materielles Strafrecht erfasst, im Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts etwa über §§ 185 ff. oder 130 StGB. Das Kriminalisierungsbedürfnis diskriminierungsempfindlicher Gesellschaften wird aber durch die Aktivierung dieser Normen in herkömmlichen kriminalverfahrensrechtlichen Handlungsprogrammen nicht abgedeckt. Es bildet sich ein informelles Antidiskriminierungsstrafrecht heraus, dessen Eingriffsintensität regelmäßig höher ist, als die Auswirkungen einer formellen kriminalrechtlichen Sanktion. Beispielhaft: Verlust des Arbeits- oder Ausbildungsplatzes, Entziehung der Kontoführungserlaubnis und dergleichen.

Dass die entsprechenden Eingriffe als Bestrafungsvorgänge erfasst werden können, wird durch eine allgemein anerkannte Definition von Strafe ermöglicht, wonach Strafe eine Übelzufügung ist, die durch ein sozialetisches Unwerturteil in Bezug auf individuell zu verantwortendes Fehlverhalten begründet ist. Durch das Unwerturteil wird im privaten Antidiskriminierungsstrafrecht bekräftigt, dass menschenrechtliche Normen auch horizontale Geltung beanspruchen. Um sich nicht in ein widersprüchliches Selbstverhältnis zu setzen, müssen die neuen Sanktionspraktiken dabei berücksichtigen, dass auch sie dem Kriterium der Angemessenheit genügen müssen, das sich in herkömmlicher Weise im Zusammenspiel der retributiven und präventiven Strafzwecke darstellen lässt. Insbesondere muss auch das neue private Antidiskriminierungsstrafrecht berücksichtigen, dass es neben Vergeltung, Abschreckung und Normgeltungsbekräftigung darum geht, dem Bestraften eine Perspektive der Reintegration zu gewähren. In dieser Hinsicht bleibt das neue Privatstrafrecht der Antidiskriminierung häufig hinter den Leistungen formeller strafrechtlicher Verhaltenskontrolle zurück.

Dieser Aspekt ist jedoch nur ein Anknüpfungspunkt dafür, neue Sanktionspraktiken kritisch zu begleiten, kein grundsätzlicher Einwand gegen eine Praxis, deren Vernünftigkeit sich aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit ergibt. Die Sicherung von zivilisatorischen Mindeststandards der Anerkennung kann vom Staat allein gar nicht bewerkstelligt werden, weil die Mindeststandards interpersonaler Anerkennung nicht in einem Subordinationsverhältnis generiert, sondern in einem System der Reziprozität etabliert werden. Insofern sind gerade private Akteure berufen, dieses System im Falle seiner Negation mittels eklatanter Missachtungsgesten durch Sanktionierung zu bekräftigen. Weil diese Bekräftigung in ihrer Aussagekraft über das private Verhältnis hinausgeht, lassen sich die entsprechenden Sanktionspraktiken rechtssoziologisch ohne weiteres als Recht ansprechen, als ein Beleg dafür, dass die Zukunft des Rechts in wachsendem Umfang auch darin bestehen könnte, dass Strafe ohne Beteiligung des Staates stattfindet. Um diese Entwicklung zu erfassen, muss man über den engen Horizont einer juristischen Analyse hinausgehen: „Denn das Rechtssystem beruht nicht nur auf den systemeigenen Sanktionen [...], sondern auch auf gesellschaftsweiter Resonanz festgestellter Rechtswidrigkeit, die zusätzlich motiviert, sich ans Recht zu halten.“¹³

¹³ *Luhmann* (Fn. 12), S. 585.