



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2018

Strafe ohne Staat? Zukunftskonzepte für ein transnationales Strafrecht

Meyer, Frank

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-161985>

Journal Article

Originally published at:

Meyer, Frank (2018). Strafe ohne Staat? Zukunftskonzepte für ein transnationales Strafrecht. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik: ZIS*, 13(2):68-72.

Strafe ohne Staat? Zukunftskonzepte für ein transnationales Strafrecht

Von Prof. Dr. Frank Meyer, Zürich

I. Einleitung

Im Fokus des Beitrags stehen die strafrechtlichen Entwicklungen im über- und transstaatlichen Bereich. Dabei wird das Thema der Veranstaltung „Strafe ohne Staat“ nicht selbst zu einem zu explorierenden Konzept gemacht, sondern als Hypothese verstanden, welche die Suche nach Konzepten anleiten soll. Ist die Rede von „Strafe ohne Staat“, dann sind damit aus Sicht des Strafrechtlers Phänomene angesprochen, die gerne als Entstaatlichung, Verdrängung des Staates oder Privatisierung der Rechtspflege verschlagwortet werden. Am Ende dieser Evolution stünde gar ein transnationales Recht einer globalen Gesellschaft, unter deren gestaltungsmächtigen Akteuren der Staat nur einer unter vielen ist, dafür aber Private und internationale Organisationen eine umso größere Rolle bei Normgebung, Ermittlungen und Sanktionierung spielen.¹ Ich halte dieses Bild weder für eine treffende Momentaufnahme noch für eine realistische Prognose des Endpunkts einer angestrebten oder laufenden Entwicklung.

Der Beitrag wird deshalb mit der Gegenthese eröffnet, dass der Abgesang auf den Staat verfrüht ist und es der rechtlichen Diskussion schadet, wenn der Ist-Zustand nicht scharf in den Blick genommen wird. Zu ihrer Untermauerung muss ich es hier bei einer notwendig skizzenhaften Bestandsaufnahme bewenden lassen, die uns aber gleichwohl zu den drei Hauptproblembereichen führen wird, bei denen „future concepts“ ansetzen müssen. Es sind dies:

1. das Proprium der Kriminalstrafe,
2. die Begründung und Allokation von Strafhoheit,
3. der Grund- und Menschenrechtsschutz.

Das Nachdenken über „Strafe ohne Staat“ verlangt zunächst einmal eine Vergewisserung darüber, was wir eigentlich unter Kriminalstrafe verstehen.² Denn möglicherweise ist Kriminalstrafe konzeptuell untrennbar an den Staat oder zumindest andere Formen konstitutionalisierter gesellschaftlicher Selbstbestimmung (mit eigenem Gewaltmonopol) gebunden. Dies lässt sich aktuell überzeugend vertreten, weil nur staatliche Gremien den wohl unerlässlichen gesellschaftlich-expressiven Gehalt von Kriminalstrafe zum Ausdruck bringen und die dafür erforderliche Rechtsförmigkeit herstellen können.³ Private funktionale Äquivalente zum strafrecht-

lichen Rechtsgüterschutz gibt es dann schlichtweg nicht.⁴ Mit einem solchen Begriffsverständnis wäre daher gleich zu Beginn zu konstatieren, dass sich die Staatenwelt, außer im Bereich des Völkerstrafrechts, den theatralischen Akt der Bestrafung vorbehält und es eben nicht so ist, dass der Staat (private und supranationale) Sanktionsakteure ohne Weiteres neben sich erwachsen lässt.

Richtig ist aber ganz gewiss, dass es zu tektonischen Verschiebungen gekommen ist. Kennzeichnend für diese ist aber weder die Verdrängung des Staates noch eine großflächige Ausdifferenzierung der transnationalen Strafrechtspflege, sondern: Der Staat kämpft. Und das muss er auch, denn es ist schon fast eine Binsenwahrheit, dass die Handlungsmacht des Staates sich nicht mit den kriminalgeografischen Risikoräumen deckt, deren Wirkungen er ausgesetzt ist. Das können wir bei der Schlepperkriminalität tagtäglich in den Medien beobachten. Zahl und Erscheinungsformen grenzüberschreitender Zusammenhänge nehmen auf allen Ebenen menschlicher Gesellschaften laufend zu.⁵ Der Staat muss daher reagieren und sich Handlungspotenziale und Verfolgungsmöglichkeiten innerhalb der für ihn bedeutenden kriminalgeografischen Räume erschließen. In diese komplexen internationalen Kooperationsbeziehungen bringt der Staat als elementare Fähigkeit seine Kompetenz zu strafen, aber auch sein noch immer fast exklusives Recht zur Vornahme von prozessualen Zwangsmaßnahmen ein.⁶ Zwar ist der Staat auf Kooperation angewiesen, wenn Straftaten im nur schwer durchschaubaren Innenleben großer (multinationaler) Unternehmen ihren Ursprung haben (Stichwort: Compliance) oder es primär Private sind, die über besonders vitale Informationen verfügen (Stichwort: Vorratsdaten), doch gibt er das Heft nicht aus der

invasiv wäre. Jede Konzeptionierung privater Übelzufügung als Strafe muss daher eine ganze Reihe kritischer Fragen beantworten können. Dies beginnt schon bei ganz banalen Fragen. Wer ist für eine Sanktionierung zuständig? Wer sorgt für die Einhaltung von Proportionalität? Wie ist eine solche überhaupt zu bemessen? Müssen Private einer bestimmten Strafzwecklehre folgen und woraus folgte eine solche? Gilt der ne-bis-in-idem-Grundsatz für solche Sanktionen? Welche schützenden Formen bestehen bei der Ermittlung der Sanktionssachverhalte durch Private? Gibt es Rechtsschutz? Welche Entschädigung ist für rechtswidrige und v.a. unverhältnismäßige Sanktionierung vorzusehen und von wem? Es erscheint sehr fraglich, ob sich dies über Drittwirkungsdogmatik und grundrechtliche Schutzpflichten einfangen lässt; insb. dann, wenn die privaten Sanktionsakteure unterstützt durch das grenzenlose Internet in mehreren Staaten aktiv werden.

⁴ Anders Sieber, *Rechtstheorie* 41 (2010), 151 (165), der aber nicht den Begriff der Kriminalstrafe problematisiert; nicht zu leugnen ist freilich, dass in der Diskussion ein Aufbrechen klassischer Vorstellungen von Strafe anzutreffen ist.

⁵ Vgl. u.a. Sieber, *Rechtstheorie* 41 (2010), 151 (152 ff.).

⁶ Für eine Taxonomie der unterschiedlichen Strafrechtstypen, die dabei entstehen, siehe Meyer, *ZStW* 123 (2011), 1 (15 ff.).

¹ Ausf. Sieber, *Rechtstheorie* 41 (2010), 151 (158 ff.).

² Dazu Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998; Meyer, *Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen*, 2012, S. 58 ff.; dezidiert zur EMRK *ders.*, *ZDAR* 2014, 99; und zur EU *ders.*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Kommentar, AEUV*, 7. Aufl. 2015, Vor Art. 82 ff. Rn. 27 ff.

³ Damit ist zugleich gesagt, dass alle anderen punitiven Rechtseingriffe durch Private keine Kriminalstrafe im strengen Sinn sind; z.B. Umsetzung von Smart Sanctions, FIFA-Disziplinarrecht, öffentliches Naming & Shaming, Boykottaufrufe gegen Unternehmen etc. Das heißt freilich nicht, dass Privatstrafe harmlos und nicht (potenziell sehr) grundrechts-

Hand. Der Staat behält das Steuer auch in der Hand, wenn er sich auf Ko-Regulierungsmodelle mit der Privatwirtschaft einlässt, um sich deren größere Expertise und Sachnähe bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung⁷ nutzbar zu machen.⁸

Als elementare Herausforderung erweist sich dabei jedoch, dass sich jenseits des Staates kein passendes institutionelles Gefäß findet, das umfassend zur Kompensation der Defizite in der Lage wäre. Zudem sind auch Risikoraum und notwendiger Aktionsraum nicht statisch, sondern variieren nach Delikt, Herausforderungsszenario und materieller Regelungsmaterie; d.h. den geltenden und zu schützenden Verhaltensnormen. Es fehlt dementsprechend an koordiniertem, kohärentem Vorgehen bei der Risikobewältigung, aber auch schon bei der Risikobewertung und Verständigung auf kriminalpolitische Ansätze. Das Strafrecht ist zu einem Tummelplatz internationaler, supranationaler und nationaler Akteure geworden, die sehr unterschiedliche Agenden verfolgen und ihr Vorgehen nur bedingt miteinander koordinieren. Besonders spannungsreich ist dabei das Verhalten von Staaten mit multiplen Mitgliedschaften, z.B. in UN, EU, OECD, Europarat, die zeitgleich mehrere Spielfelder mit unterschiedlichen Zielsetzungen bespielen, während die Organisationen ihrerseits primär auf die effektive und binnenkohärente Aufgabewahrnehmung fokussiert sind.

Spannungsreich ist aber auch das Verhalten der Staaten zueinander. Staat ist nicht gleich Staat. Beim Umgang mit internationalen Sicherheitsrisiken geht es auch um die Fragen, welches Politikmodell sich durchsetzt, wie mit Machtasymmetrien umzugehen ist und in welchem Rahmen demokratische Staaten mit anderen Staatssystemen kooperieren können.

Die Komplexität und Gegensätzlichkeit der Interessenlagen, aber auch die Eigenart der Regelungsmaterie können sektoral dazu führen, dass Regelungsvakuen entstehen, die entweder gar nicht⁹ oder von transnationalen privaten Akteu-

ren gefüllt werden. Prominente Beispiele sind die Regulierung der Domainvergabe und andere Teilaspekte der Internetregulierung¹⁰, des Sports oder des Handels (*lex mercatoria*)¹¹ oder Kryptowährungen wie Bitcoin¹². Verdrängt wird der Staat hier nicht, eher handelt es sich um einen Aufwuchs von transnationalem (privat gesetztem) Recht. Es fehlt deshalb unter den selbst geschaffenen Durchsetzungsmechanismen auch an Strafrecht im technischen Sinn. Jedoch zeigt sich in der Praxis eindrücklich, dass staatliche Gremien auch in diesem transnationalen Bereich auf den Plan treten können, wenn Verletzungen der ursprünglich nicht-staatlich geschaffenen Normen als zu schwer erscheinen und sie sich für die Durchsetzung der bestehenden Regeln verantwortlich fühlen; so zuletzt der Europarat hinsichtlich der Manipulation von Sportwettbewerben. Dies zieht allerdings die Frage nach sich, welcher Staat oder welche Organisation bei transnationalen Sachverhalten mit überstaatlichen bzw. transnationalen Regelungen legitim für sich in Anspruch nehmen darf, Abweichungen von diesen Verhaltensnormen nach eigenem Recht unter Strafe zu stellen. Ein Zuweisungssystem oder ein Divergenzvereinbarungsverfahren für Ausschnitte, bei denen die Strafwürdigkeit abweichend bewertet wird, existiert nicht.

Entstanden ist dadurch eine zerklüftete Regelungslandschaft, deren Hauptmerkmal die Polyzentrik der handelnden Institutionen und Rechtsentstehungsprozesse ist.¹³ Eine weitere wesentliche Charakteristik ist ihre Asynchronität. Unter Asynchronität verstehe ich primär, dass sich die betroffenen Rechtsräume in unterschiedlichen Geschwindigkeiten entwickeln. Die Schaffung materieller Strafnormen erfolgt regelmäßig schneller als die Effektivierung ermittlungsrelevanter Kooperationsinstrumentarien und diese wiederum schneller als die Entwicklung strukturadäquater schützender Formen und Verfahrensrechte, aber auch schneller als die Rückkopplung an demokratisch-rechtsstaatliche Verantwortungszu-

⁷ Sieber/Vogel, Terrorismusfinanzierung, Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht, 2015.

⁸ Weitere Beispiele sind die Einbindung von Telekommunikationsunternehmen bei der Blockade von IS-Werbung im Internet, die Applikation von Smart Sanctions durch Finanzdienstleister, der Informationsaustausch zwischen Sportverbänden, staatlichen Behörden und Wettanbietern zur Bekämpfung von Sportmanipulation sowie konkrete Meldepflichten von Wettanbietern oder der automatische Informationsaustausch von Bankkundendaten für Steuerzwecke.

⁹ Man denke beispielsweise an die fast ausschließlich von Soft Law erfasste Verantwortung multinationaler Unternehmen für die Gewährleistung von Menschenrechten oder Fragen der strafrechtlichen Konzernhaftung. Lücken entstehen auch, wenn eine Rechtsgutsschädigung auf verschiedene Ursachen in verschiedenen Jurisdiktionen rückführbar ist und damit zwar einzelne Anknüpfungspunkte für eine Haftung bestehen, aber keine zusammenhängende Gesamtzuständigkeit für eine integrierte Lösung. Als zusätzliche Schwierigkeit kann sich erweisen, wenn die Schadensereignisse in

anderen Jurisdiktionen auftreten als ihre Ursachen. Als aktuelles Beispiel mögen die gesundheitsgefährdenden Mängel bei Hoverboards dienen. Bei diesen Elektrorollbrettern bestehen offenbar gravierende Konstruktions- und Programmierfehler. Da Konstruktion, Herstellung, Vertrieb und Gebrauch sich zumeist auf eine Mehrzahl von Ländern verteilen, lässt sich ein umfassender Handlungsansatz kaum entwickeln.

¹⁰ Viellechner, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 127 ff.

¹¹ Röthel, JZ 2007, 755.

¹² Zur Rechtslage in der EU, SWIFT Institute Working Paper No. 2015-001, S. 8.

¹³ Diese Vielfalt stellt auch die gebräuchliche Trichotomie in Frage, welche das Strafrecht in domestic criminal law, transnational criminal law und international criminal law gliedert. Sie blendet sowohl die sicherheitspolitische Verwobenheit der Materien als auch die Zahl und partielle Verquickung der Rechtsentstehungsprozesse aus. In vielen Bereichen dürfte es daher sinnvoller erscheinen, nach themenspezifischen Regimes zu differenzieren, um Aufschluss über die Entstehung und Hintergründe von Normen zu erlangen sowie legitimatorische Herausforderungen klarer erkennen zu können.

sammenhänge.¹⁴ In allen drei Punkten gibt es wiederum Entwicklungsdivergenzen nach ihrer räumlichen Reichweite; nur wenige Regelungen sind wirklich transnational in einem globalen Sinn. So können beispielsweise die Kooperationsmöglichkeiten für ein- und dasselbe Delikt regional auseinanderklaffen.

II. Die Begründung und Verteilung/Allokation von Kriminalhoheit

Mit diesem Zwischenfazit gelangen wir direkt zum zweiten Problemkreis, den ich hier aber nicht ausführen kann, nämlich der Begründung und Allokation von Kriminalhoheit. Auch wenn der Akt der Kriminalstrafe beim Staat verbleibt, sind zumindest strafrechtliche Rechtsetzungskompetenzen aus dem Staat abgeflossen. Es stellt sich damit die grundsätzliche Frage, ob und wie Kriminalhoheit außerhalb des Staates begründet werden kann. Das ist im Übrigen eine Frage, die selbst das Völkerstrafrecht noch nicht vollends überzeugend beantwortet hat. Praktisch noch weitaus bedeutsamer ist freilich, welche der zahlreichen Inhaber von Kriminalhoheit für bestimmte Normverletzungen zuständig sind und sich bestimmter Herausforderungen ggf. annehmen müssen. Das betrifft zum einen die Behandlung von Jurisdiktionskonflikten. Zum anderen ist die Sanktionierungsverantwortlichkeit bei transnationalen Sachverhalten angesprochen. Hier bedarf es einer prinzipiengeleiteten Koordinierung der potenziell Handlungsbefugten. Als besonders knifflig dürfte sich dabei der Bereich des durch Private geschaffenen transnationalen Rechts erweisen. Es muss eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage stattfinden, wer unter welchen Voraussetzungen als Schutzgarant für einzelne Verhaltensnormen auftreten darf, die aber hier aus Zeitgründen ausbleiben muss. Das Hauptaugenmerk des Beitrags soll auf dem Schutz der Grund- und Menschenrechte liegen.

III. Grund- und Menschenrechtsschutz

Dort stehen drei Aspekte im Vordergrund. Zunächst ist bei Begründung und Allokation von Kriminalhoheit die individuelle Selbstbestimmung und demokratische Rückkopplung zu gewährleisten.¹⁵ Dieses Erfordernis kann insbesondere für

die demokratischen Mitglieder der Staatenwelt dazu führen, dass ihnen der Weg zu output-technisch effektiveren Normgebungsverfahren verschlossen bleiben muss. Diese Staaten stehen letztlich vor dem Trilemma, gleichzeitig für die Förderung supra- oder transstaatlicher Demokratisierung, die Erhaltung nationaler Selbstbestimmung und die Verbesserung effektiver transnationaler Strafverfolgung sorgen zu müssen. Zur Vermeidung einer rechtspolitischen Legitimationskrise, welche die Last unerfüllbarer Sicherheitsversprechen auslösen könnte, erscheint aber nicht die Aufopferung demokratisch-rechtsstaatlicher Fundamentalnormen indiziert, sondern die von gesellschaftlichem Diskurs begleitete Rückbesinnung auf deren Unverbrüchlichkeit.

Zweitens ist das Fehlen von kohärenten normativen, insbesondere autonomiesichernden Kriminalisierungstheorien zu problematisieren. Man findet solche allenfalls ansatzweise in einzelnen Staaten und supranationalen Entitäten. Das gegenwärtige, sicherheitsgetriebene und funktionalistische Vorgehen ist potenziell freiheitsgefährdend und muss daher eingehegt werden. Allerdings wäre jedes Bemühen in diese Richtung mit der unangenehmen Wahrheit konfrontiert, dass die divergierenden politischen Ordnungsvorstellungen es hochgradig unwahrscheinlich machen, dass die Staaten sich auf eine gemeinsame Position verständigen können. Als theoretisches Konzept ist eine „transnational autonomy“ gewiss begründbar, aber politisch-praktisch ist es nicht realisierbar. Entsprechende Versuche versprechen daher allenfalls in Weltregionen mit annähernd vergleichbarem Autonomie- und Demokratieverständnis Aussicht auf Erfolg. In Abwesenheit von anschlussfähigen Leitmotiven sind daher für den Moment die demokratische Rückbindung und der Schutz (im spezifisch strafrechtlichen Kontext international noch auszuhärtender) elementarer Menschenrechte umso wichtiger.

Drittens müssen schützende Formen und Verfahrensrechte jenseits und über den Nationalstaat hinaus neu gedacht werden. Auf sie soll sich der Beitrag im weiteren Verlauf konzentrieren. Auch bei der grenzüberschreitenden strafrechtlichen Zusammenarbeit ist die große rechtliche Herausforderung weder derzeit noch künftig, dass Private oder internationale Akteure ohne den Staat strafverfolgend tätig werden. Eine Delegation von Exekutivbefugnissen nehmen Staaten nur höchst selten vor. Die Herausforderung liegt vielmehr in der (teilweisen) Disaggregation von Strafverfolgungsfunktionen auf nationaler Ebene. Kritische Fahndungs-, Ermittlungs-, Analyse- und Koordinierungsaufgaben werden auf transnationaler Ebene in Partnerschaft mit anderen Staaten, internationalen Organen und bisweilen auch durch überstaatliche Einrichtungen wahrgenommen. Im Gegensatz zur oft thematisierten vermeintlichen Privatisierung der Strafverfolgung durch Compliance und Internal Investi-

¹⁴ Prima vista unterscheiden lassen sich verschiedene kriminalgeografische Risikoräume, Gestaltungsräume (untergliedert nach Organisation und Delikt), Kooperationsräume (wiederum untergliedert nach Organisation und jeweiligem völkervertraglichen oder supranationalen Kooperationsrecht, nach speziellen Kooperationsregelungen einzelner Delikte und nach Aktionsbereichen von supra-/internationalen Strafverfolgungseinrichtungen), territoriale Anwendungsbereiche von Strafnormen bzw. Räume mit weitgehend identischen Strafvorschriften im nationalen Strafrecht (untergliedert nach Delikten bzw. Kriminalitätskomplexen) sowie territoriale Anwendungsbereiche von Grund- und Menschenrechten.

¹⁵ Vgl. Meyer (Fn. 2), S. 597 ff.; zur legitimatorisch heiklen Strafgesetzgebung durch den UN-Sicherheitsrat gestützt auf Kap. VII UN-Charta siehe S. 158 ff. sowie Macke, UN-Sicherheitsrat und Strafrecht – Legitimation und Grenzen

einer internationalen Strafgesetzgebung, 2010, S. 226 ff. Nach einigen Jahren der Abstinenz hat der Sicherheitsrat mit SR-Res. Nr. 2178 (2014) erneut zum Mittel der verordneten Strafgesetzgebung gegriffen. In der Sache geht es um sog. „traveling jihadists“.

gations¹⁶ haben diese kaum Aufmerksamkeit von Wissenschaft und Rechtspolitik erfahren. Umfassende verfahrensrechtliche Regelungskörper gibt es daher wenig überraschend nicht. Und spezifische grundrechtsschützende Regelungen jenseits des Staates findet man auch nur dort, wo sich unmittelbare Eingriffe nicht mehr leugnen lassen, also insbesondere bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Bereitwillig übersehen wird dagegen, dass die operativen Tätigkeiten nationaler Stellen in wichtigen Kriminalitätsbereichen maßgeblich durch Akteure außerhalb des eigenen Justizsystems beeinflusst, wenn nicht gelenkt werden. Da förmliche Prozesshandlungen weiterhin nationalen Autoritäten vorbehalten sind, bleibt den Betroffenen diese verdeckte Vertikalisierung regelmäßig verborgen. Ich möchte diesen Effekt als Invisibilisierung der Eingriffsverantwortung und Eingriffsdimension bezeichnen. Er verschleiert geschickt, dass es zu einer erheblichen Relativierung der Verantwortlichkeiten für den Grundrechtsschutz gekommen ist. Weitere sichtbare Effekte sind Partikularisierung und Sektoralisierung von Grundrechtsschutz. Rechtlich zur Prüfung gestellt werden können regelmäßig nur die unmittelbaren nationalen Teilakte einer grenzüberschreitenden Ermittlung im jeweiligen Nationalstaat. Eine Gesamtbewertung bleibt dagegen aus – ein Problem, das uns vor allem bei der ESTa noch intensiv beschäftigen wird. Soweit sektoral spezielle Schutzmechanismen eingeführt worden sind, v.a. im Datenschutz, gilt auch hier, dass jede Kooperationseinrichtung (SIS II, Interpol, Europol etc.) ihr eigenes Schutzsystem hat, aber dieses wiederum nicht in einen überwölbenden abgestimmten Rechtsrahmen eingebettet ist und mithin auch keine übergreifende Kontrolle des interinstitutionellen Zusammenwirkens erfolgt.

IV. Future concepts

Nach dieser knappen Analyse drängen sich zwei Bereiche als Anknüpfungspunkte für Zukunftskonzepte auf.

Anzusetzen ist erstens beim Mangel an Leitmotiven, welche die Entwicklungen animieren und normativ mit Leben erfüllen (crisis of animating ideas). Es fehlt an rechtlichen Leitprinzipien für den Bau überstaatlicher Strafrechtsräume und der internationalen Zusammenarbeit allgemein. Wir finden zwar entsprechende Grundsätze innerhalb des Staates und innerhalb diverser supra- und internationaler Organisationen, aber nicht in Bezug auf ihr Miteinander. Es kann dabei freilich nur um die sukzessive Ausbildung sehr allgemeiner Rechtsgrundsätze gehen, zumal sich leicht Friktionen zwischen den Zielen, Prinzipien und rechtlichen Limitierungen sowohl von internationalen Akteuren untereinander als auch im Verhältnis zu Nationalstaaten einstellen können. Kandidaten hierfür sind u.a. Komplementarität und Kohärenz bei der institutionellen und materiellen Aufgabenverteilung, Effektivität¹⁷, aber auch Solidarität und Impunität. Letztere ist nicht

nur im Völkerstrafrecht ein echtes Problem, wenn negative Kompetenzkonflikte auftreten oder allgemein keine Kooperation stattfindet. In einigen Ministerien wird derzeit daher beispielsweise geprüft, ob Kooperation (auch mit Staaten wie China) die „default rule“ sein sollte. Normative Grundlage hierfür könnten neben einem allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsatz der Solidarität¹⁸ auch positive menschenrechtliche Verpflichtungen zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit (zumindest zur Verfolgung schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen)¹⁹ sein.

Bei der Genese dieser Rechtsprinzipien geht es also ganz bescheiden erst einmal um wenige verbindliche Basisregeln, nicht um sog. Verfassungsprinzipien (constitutional principles) einer globalen Rechtsgemeinschaft. Die Konstitutionalisierungsmetapher ist im hiesigen Kontext irreführend.²⁰ Sie ist nicht mehr als eine Chiffre oder ein Platzhalter, unter dem das Nachdenken über die rechtlichen Folgen der Entstaatlichung begonnen hat, bis überzeugende Kategorien gefunden wurden.²¹

Als Zutat hierzu und zugleich als Gegengewicht zu den obigen Prinzipien der Kooperationsförderung braucht es freilich etwas, was *Anne Peters* als subjektives internationales Recht bezeichnet, nämlich die Anerkennung der Völkerrechtsfähigkeit des Individuums, welche dann die Zuschreibung von Rechten ohne vertragliche Einräumung, also losgelöst von der Normsetzungstätigkeit der Nationalstaaten eröffnet.²² Zu bedenken ist, dass die Anerkennung der Völkerrechtsfähigkeit nicht automatisch dazu führt, dass der Einzelne sogleich mit einem Basissatz an Rechten ausgestattet ist, den die wirksame Ausübung der Völkerrechtsfähigkeit quasi erforderlich macht. Jedoch sollten sich künftig einige essenzielle, aus der Menschenwürde erwachsende Schutzgehalte formen lassen.²³ Denn zumindest mit einem menschenwürde-

International Law, Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, S. 913.

¹⁸ *Hilpold*, JöR 2007, 195 (196 ff.).

¹⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 7.1.2010 – 25965/04, Rn. 288. Auf außereuropäischer Ebene könnte sich eine solche Pflicht aus dem IPBPR ergeben. Ob eine solche Pflicht zur Kooperation zumindest bei gravierenden Rechtsverletzungen auch schon völkergewohnheitsrechtlich gesichert ist, muss als ungeklärt gelten.

²⁰ Mit den Worten *Luhmanns*, ARSP 57 (1971), 1 (4): „Es droht die Gefahr, dass die Begriffsprägungen über ihre Zeit hinauswirken und unsere Erwartungen und Beobachtungen fehlleiten. Mangels alternativer Erfahrungen müssten neue Konzepte aber notgedrungen aus den Trümmern der alten Ordnung gewonnen werden.“

²¹ *Viellechner* (Fn. 10), S. 94 f.

²² Zur Herleitung *Peters*, JöR 2011, 411 (440).

²³ Mit diesem Ansatz lassen sich menschenwürdebasierte staatliche Pflichten in Rechte transformieren; z.B. wenn im ersuchenden Staat eine ständige Praxis grober, offenkundiger oder massenhafter Verletzungen der Menschenrechte herrscht oder erniedrigende Strafen und Haftbedingungen drohen; ferner sollte sich aus dem Menschenwürdekern ein Anspruch auf rudimentären Rechtsschutz bzw. ein Anspruch auf ge-

¹⁶ *Zerbes*, ZStW 125 (2013), 551; eingehend zur Drittwirkungsproblematik *Jahn/Kirsch*, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, 2015, § 33 Rn. 2 f., 68 ff.

¹⁷ *Hilf/Hörmann*, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung, Common Values in

basierten Achtungsanspruch wäre der völkerrechtsfähige Einzelne eo ipso ausgestattet.²⁴ Das subjektive Recht ist als rechtliche Kategorie gerade Ausdruck der Würde des Menschen und bringt seine Personalität zum Ausdruck.

Dieser Gedanke ist auch für die Problematik der Jurisdiktionsallokation fruchtbar zu machen und mit gesellschaftsvertraglichen und normtheoretischen Erwägungen zu koppeln. Der Einzelne muss mit seinem Anspruch auf Berücksichtigung der negativen Beeinflussung seiner Rechtsstellung wahrgenommen werden, die von den ungesteuerten und ungebändigten Beanspruchungen von Kriminalhoheit bei grenzüberschreitenden Sachlagen ausgeht. Normtheoretisch ist in diesem Zusammenhang gezielt danach zu fragen, welcher Akteur als Schutzgarant in der Pflicht steht respektive nach welchen Leitprinzipien eine Selektion versucht werden kann, um die Zuständigkeit zu konzentrieren. Man wird vermutlich zwischen verschiedenen Regimes und Deliktsbereichen im transnationalen Strafrecht unterscheiden müssen. Bei Tatbeständen, die der staatenübergreifende internationale Konsens hervorgebracht hat, wonach gegen derartiges Unrecht aus gemeinsamem Interesse auf internationaler Ebene zusammen vorgegangen werden muss, ließe sich ebenso wie bei von vornherein genuin transnationalen Normen überzeugend begründen, dass die Schutzgarantenfunktion gemeinschaftlich wahrgenommen wird. Dies hätte zur Folge, dass keine multiplen unabhängigen Zuständigkeiten beansprucht werden könnten, sondern die Staaten bei einer Strafverfolgung füreinander als Treuhänder tätig werden; umgekehrt wäre auch nur eine einmalige Verfolgung zulässig.

Zweitens sollte klar geworden sein, dass schützende Formen und Verfahrensrechte neu gedacht werden müssen. Es bedarf eines strukturadäquaten Konzepts transnationaler Verfahrensrechte bzw. der Entwicklung einer Theorie von transnationalen Prozesssubjekten. Das klingt wohlfeil und wirft die Frage auf, wie das vonstattengehen soll. Denkbar sind zwei Herangehensweisen. Man könnte sich wiederum auf die Suche nach (wie auch immer herzuleitenden) Meta-Prinzipien im Strafrecht und internationalen Recht begeben. Ankerpunkt könnte das schon zuvor angesprochene Konzept subjektiver internationaler Rechte sein, um die Kluft zu überbrücken, welche die Staaten aufreißen lassen, indem sie selbst keine spezifischen Rechte schaffen.

Es gibt aber noch eine zweite Möglichkeit, die in fruchtbarer Wechselbeziehung mit besagtem Konzept steht. Auch im Interesse heutiger und künftiger Alltagswirksamkeit erscheint es mir unerlässlich, von den bestehenden menschenrechtlichen Verpflichtungen auszugehen und diesen Bestand sukzessive auszubauen. Hierbei muss aber eine andere Rich-

tung eingeschlagen und unser Verständnis von Hoheitsgewalt bei der strafrechtlichen Zusammenarbeit orientiert an den beschriebenen Effekten neu ausgerichtet werden.²⁵

Methodisch bewegen wir uns dabei im Bereich der Grundrechtsdogmatik. Zum einen muss der Eingriffsbegriff konsequent auf mittelbare (bzw. faktische) Grundrechtseingriffe erweitert werden. Dieser muss auch die besonderen Wirkungszusammenhänge zwischen den beteiligten Kooperations- und -einrichtungen aufnehmen und verarbeiten können. Die Transnationalität des Interagierens und der daraus erwachsenden Wirkungen drängt ferner darauf, auch deren kumulativen Effekten bei der Bemessung individueller Betroffenheit Rechnung zu tragen. Kurz: Sehen wir einen Beschuldigten als einheitlichen Grundrechtsträger, dessen menschenwürdegetragene Subjektsqualität im Angesicht grenzüberschreitender Ermittlungsverbände gesamthaft gewahrt werden muss? Oder bleibt er eine vielfach gesplante Rechtspersönlichkeit, der isoliert für einzelne Ermittlungsepisoden mal partikulär und separat in beteiligten Nationalstaaten, mal sektoral bei überstaatlichen Einrichtungen Grundrechtsschutz gewährt wird?

Soll die individuelle Betroffenheit gesamthaft verkoppelt werden, stellt sich in Ermangelung eines universal gültigen Katalogs von insbesondere auch transnational anwendbaren Justiz- und Freiheitsgrundrechten allerdings die berechnete Frage, wie das konstruktiv funktionieren soll. Ganz nüchtern betrachtet muss bei der Ausdehnung der extraterritorialen Anwendbarkeit schon bestehender Grundrechte und der Betonung von aus ihnen folgenden „positive obligations“ angesetzt werden.²⁶ Staaten und internationale Organisationen müssen (auch als Ausfluss solcher positive obligations) in die Verantwortung genommen werden, auch die Entwicklung strukturadäquater Schutzmechanismen mitzudenken und zu implementieren, wenn ein Ausbau des Kooperations-Acquis erfolgt.

Auftrag einer zukunftsorientierten Wissenschaft ist es daher, sich bei der Anleitung dieser Ausformung konstruktiv einzubringen. Ihr obliegt es, für eine exakte und umfassende Beschreibung der Entwicklung der sich herauskristallisierenden Interaktionsformen zu sorgen. Was die schützenden Formen betrifft, besteht die Herkulesaufgabe darin, sich ein wirklich zutreffendes Bild davon zu machen, woran es bei bestimmten Kooperationsmechanismen krankt, und kreativ strukturadäquate Abhilfen zu ersinnen. Dazu gehört auch, dass die geforderten grundrechtsdogmatischen Anpassungen theoretisch unterfüttert werden. Das ist kein anspruchsloses Vorhaben, aber aller Mühen wert.

samthafte und gemeinschaftliche Beachtung etwaiger massiver Einwirkungen auf das Selbstbestimmungsrecht durch verantwortliche Akteure herleiten lassen (z.B. normativer Anspruch auf zwischenstaatlichen ne-bis-in-idem-Schutz für bestimmte Deliktssituationen).

²⁴ Zur Menschenwürde als Begründung von Menschenrechten *Besson*, in: *Moeckli/Shah/Sivakumaran, International Human Rights*, 3. Aufl. 2018, S. 22 (34 f.); *Mahlmann*, *EuR* 2011, 469 (479 ff.).

²⁵ Zum Begriff der komplexen Hoheitsgewalt, *Peters*, *AVR* 48 (2010), 1 (52 ff.).

²⁶ *Viellechner* (Fn. 10), S. 285 ff., verwendet für eine derartige Durchdringung grundrechtlich defizitärer Rechtsräume mittels Förderung extraterritorialer Geltungsansprüche den Begriff der Fremdkonstitutionalisierung von transnationalen Regelungsarrangements.