

Das Ziel muss vielmehr sein, ein kritisch durchdachtes Strafrecht zu konzipieren, das der Erhaltung der axiologischen Grundlagen der Lebenswelt der grundrechtsstrukturierten Demokratie dient. Die Frage nach den normativen Parametern, die ein demokratieförderndes von einem demokratiegefährdenden oder -verhindernden Strafrecht unterscheiden, ist deshalb entscheidend. Diese Parameter muss eine substantielle, durch Konkretion normativ bissige Theorie demokratisch und verfassungsstaatlich, aber auch strafrechtlich ausbuchstabierter Freiheit, Gleichheit und Würde von Menschen unabhängig von ihren vielfältigen Unterschieden, geschlechtlichen Orientierungen und bunten Identitäten bereitstellen, die den Stand der internationalen Rechtsentwicklung und ihrer Reflexion nicht vergisst. Jenseits von Gut und Böse, im Nirgendwo des normativen Skeptizismus welcher theoretischen Färbung auch immer oder normativ bindingslos gedachter voluntaristischer Rechtstheorien ist keine demokratieverträgliche Strafrechtstheorie möglich. Die epistemologischen Türen stehen für dieses Projekt dabei weit offen.

Drittens: Eine überzeugende normative Kalibrierung des Strafrechts, wie auch anderer Teile des Rechts ist ohne eine empirisch abgesicherte, politisch-philosophische Anthropologie nicht möglich. Die anthropologische Sterilität von Strafrechts- und Demokratietheorien, in denen Grundbedingungen menschlicher Existenz bestenfalls zum Epiphänomen erklärt werden, muss überwunden werden. Die existentiellen Grundlagen der Selbstzweckhaftigkeit autonomer, gleichwertiger, in Gemeinschaft mit anderen sich verwirklichender menschlicher Subjekte sind der Kern dieser politisch-philosophischen Anthropologie, die sowohl Strafrecht wie Demokratie fundiert.

II. Warum es ernst ist

1. Jenseits der Theodizeen

Wenn man beginnt, über das Verhältnis von Strafrecht und Demokratie nachzudenken, stellen sich vermutlich schnell bestimmte Bilder ein. Zu ihnen werden Zeugnisse der Prozesse vor dem Volksgerichtshof während der Nazi-Herrschaft gehören. Ein anderes ikonisches Beispiel bilden die stalinistischen Schauprozesse im Jahr 1937, in denen die bolschewistische Revolution mit Rechtsmitteln weitere grosse Stücke ihrer selbst verschlang.

Diese Tragödie wurde dadurch erleichtert, dass führende marxistisch-leninistische Rechtstheoretiker der Zeit sich selbst der Mittel der normativen Kritik ihrer eigenen Liquidation beraubt hatten.¹

Diese Bilder werden jedenfalls dann nicht lange auf sich warten lassen, wenn man sich hinreichend intensiv mit den grossen barbarischen Ereignissen des 20. Jahrhunderts beschäftigt hat. Für eine solche Auseinandersetzung gibt es offensichtlich sehr gute Gründe, nicht zuletzt, weil diese Ereignisse Einblicke in den Maschinenraum der Geschichte liefern. Nachdem man genauer hingeschaut hat, welche Kräfte hier wirken, kann man besser verstehen, was menschliche Geschichte antreibt.²

1 Klassisches Beispiel ist E. Paschukanis, der 1937 ermordet wurde. Er hatte die bis heute anzutreffende These vertreten, dass wesentliche Rechtselemente, insbesondere Rechte der Person, allein aus Austauschverhältnissen erwachsen und deswegen ein kontingentes, mit ihr zu überwindendes Element der kapitalistischen Gesellschaft bildeten, vgl. z.B. *Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (1929), Freiburg/Berlin 1991, S.160 f., S.169 f.: „Der Tauschende muss Egoist sein, d.h. er muss sich an die nackte wirtschaftliche Kalkulation halten, sonst kann das Wertverhältnis nicht als gesellschaftlich notwendiges Verhältnis zutage treten. Der Tauschende muss der Träger von Rechten sein, d.h. er muss die Möglichkeit einer autonomen Entscheidung haben, denn sein Wille soll ja ‚in den Dingen hausen‘ (MEW 23/99). Endlich verkörpert der Tauschende den Grundsatz der prinzipiellen Gleichwertigkeit der menschlichen Persönlichkeit, denn im Tausch gleichen sich alle Arten von Arbeit einander an und werden auf abstrakte menschliche Arbeit reduziert. Somit sind die drei (...) Momente oder, wie man sich früher auszudrücken liebte, die drei Prinzipien des Egoismus, der Freiheit und der Höchstwertigkeit der Persönlichkeit untrennbar miteinander verbunden und stellen in ihrer Gesamtheit den rationellen Ausdruck ein und desselben gesellschaftlichen Verhältnisses dar. Das egoistische Subjekt, das Rechtssubjekt und die moralische Persönlichkeit sind die drei wichtigsten Charaktermasken, unter denen der Mensch in der warenproduzierenden Gesellschaft auftritt. (...)“

Wenn das lebendige Band, das das Individuum mit der Klasse verbindet, tatsächlich so stark ist, dass die Grenzen des Ichs sozusagen verwischt werden und der Vorteil der Klasse tatsächlich mit dem persönlichen Vorteil identisch wird, dann hat es keinen Sinn mehr, von der Erfüllung einer moralischen Pflicht zu reden, dann fehlt überhaupt das Phänomen der Moral.“ Die klassenlose Struktur der Gesellschaft beseitigt Moral (und mit ihr das Recht) als sinnbeladene Kategorie. Das stalinistische System erzeugte entgegen diesen Ideen eine hierarchische Klassengesellschaft, in der Moral und Recht ihre Funktion als Grenzen der totalen Macht ideologisch und institutionell verloren.

2 Analysen des Nationalsozialismus und Stalinismus bilden deswegen mehr als Studien historischer Sonderfälle, auch wenn die Analyseobjekte historisch einzigartig bleiben. Latente Potentiale der menschlichen Geschichte werden in ihnen freigelegt, die auch neue Epochen prägen können, z.B. durch autoritäres Unheil in neuer Form. Diesen Anspruch findet man unzweifelhaft in klassischen Studien. Vgl. z.B. *Horkheimer/Adorno, Die Dialektik der Aufklärung*, Frankfurt/M 1969 zur Subjektbildung in der europäischen Geschichte, die mit einem Herrschaftsanspruch verwoben sei, der sich in

Kant hat die Französische Revolution, genauer die Anteilnahme der Menschen an ihren Freiheits- und Gleichheitsversprechen als Geschichtszeichen aufgefasst, dass sich die Menschheit beständig zum Besseren hin entwickle.³ Die moralischen Anlagen, die sich in dieser Anteilnahme gezeigt hätten, könnten, so ersichtlich Kants Einschätzung, in der Geschichte nicht völlig wirkungslos bleiben. Diese Einschätzung und die Hoffnung, die sie impliziert, sollte man nicht als teleologischen Zuckerbäckerhumanismus der inzwischen drollig gewordenen Aufklärung denunzieren. Es gibt harte wissenschaftliche, moraltheoretische, psychologische, neurowissenschaftliche und evolutionstheoretische Gründe, die Idee einer moralischen Anlage von Menschen ernst zu nehmen.⁴ Und man kann Kant auch nicht vorwerfen, nicht gehant zu haben, wie tief der Abgrund sein würde, den die Nachgeborenen nach Jahrtausenden bewusster ethischer Reflexion mit ihren Verbrechen ausmessen würden. Die Art dieser Verbrechen, der Charakter der Menschen, die die Taten begangen, und der obszöne Wahnsinn gerade der Ideologie des Nationalsozialismus übersteigen immerhin, wie Hannah Arendt mit kühler, entsetzter Verzweiflung festgehalten hat, das menschliche Verstehen gerade in ihrer Mischung aus Schrecklichem und Lächerlichem.⁵ Zudem unterhielt Kant keineswegs heitere Vorstellungen vom Geschichtsverlauf – vom Übel, dass sich im Schoss jeder unter Rechtsgesetzen stehenden Gesellschaft vorbereiten kann, hat er ausdrücklich gewarnt⁶ und

radikaler Form im Nationalsozialismus ausgeprägt habe. Vgl. ebenfalls *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, München 2005 (zitiert als: *Arendt*, Elemente), zur Analyse des Totalitarismus als Ausdruck der existentiellen Verlassenheit, die die wirtschaftliche, kulturelle und moralische Krise der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gesellschaftsstrukturell und massenpsychologisch geschaffen habe. Zu einem jüngeren Beispiel mit ähnlichem Anspruch *Snyder*, *The Road to Unfreedom: Russia, Europe, America*, New York 2018, zur Analyse der Konfrontation der demokratischen Staatenwelt mit Russland durch Kategorien der „politics of inevitability“ and „politics of eternity“.

- 3 *Kant*, *Der Streit der Fakultäten*, Akademie Ausgabe Bd. VII, Berlin 1907, S. 84 f.
- 4 Vgl. z.B. zu diesem Forschungsfeld *Mikhail*, *Elements of Moral Cognition*, Cambridge 2011; *Mahlmann*, *Mind and Rights: The History, Ethics, Law and Psychology of Human Rights*, Cambridge 2023 (zitiert als: *Mahlmann*, *Mind and Rights*).
- 5 *Arendt*, *Elemente*, S. 379.
- 6 *Kant*, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, Akademie Ausgabe Bd. VIII, Berlin/Leipzig 1923, S. 25f.

zudem über das radikal Böse nachgedacht⁷ – als einer der wenigen in der kanonischen philosophischen Tradition.⁸

Die grossen Verbrechen des 20. Jahrhunderts haben Kants Geschichtsinterpretation deshalb nicht widerlegt, sondern durch weitere Geschichtszeichen ergänzt: Menschen können durchaus den Weg zum Besseren beschreiten, sie können aber auch und immer wieder eine schäbige und schreckliche Welt von Ungerechtigkeit, Gewalt und Menschenverachtung errichten. Wie entsetzlich diese Welt aussehen kann, haben die Verbrechen des 20. Jahrhunderts genau illustriert. Sie lassen wenig Raum für Vertrauen der Menschen auf eine Geschichte, deren Ereignisse notwendig auf einen sinngebenden, vielleicht sogar erlösenden Zweck gerichtet sind. Die Analyse der historischen Gründe für die Möglichkeit der paradigmatischen Schreckensregime der jüngeren Vergangenheit beendet vielmehr die Möglichkeit einer teleologischen Geschichtsphilosophie, sei es im religiösen Kleid, aus einer idealistischen⁹ oder materialistischen Perspektive¹⁰ oder in der Form sozialfunktionalistischer Evolutionstheorien.¹¹ Die Tatsache, dass

-
- 7 *Kant*, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, Akademie Ausgabe Bd. VI, Berlin 1907, S. 36: „Folglich ist der Mensch (auch der Beste) nur dadurch böse, daß er die sittliche Ordnung der Triebfedern in der Aufnehmung derselben in seine Maximen umkehrt: das moralische Gesetz zwar neben dem der Selbstliebe in dieselbe aufnimmt, da er aber inne wird, daß eines neben dem anderen nicht bestehen kann, sondern eines dem anderen als seiner obersten Bedingung untergeordnet werden müsse, er die Triebfeder der Selbstliebe und ihre Neigungen zur Bedingung der Befolgung des moralischen Gesetzes macht, da das letztere vielmehr als die oberste Bedingung der Befriedigung der ersteren in die allgemeine Maxime der Willkür als alleinige Triebfeder aufgenommen werden sollte.“ Warum diese geschehe, sei letztlich unerklärlich, vgl. ebd., S. 31 f.
- 8 Vgl. beispielsweise *Arendt*, Das Urteilen, 6. Aufl., München 2021, S. 30 ff. Zu einem sehr wichtigen literarischen Beitrag zum Problemverständnis, *Mahlmann*, Politische Verbrechen und europäische Kultur – Joseph Conrads „Heart of Darkness“ und die Gegenwelten der Gerechtigkeit, in: Bung/Grünewald/Magnus/Putzke/Scheinfeld/Bublitz (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Berlin 2020, Teilband I, S. 183 ff.
- 9 Vgl. zur philosophischen Apotheose des absoluten Geistes, dessen Triumph eine Apologie der Ereignisse ist, die die Geschichte zur „Schädelstätte“ machen, *Hegel*, Phänomenologie des Geistes, Werke Bd. 3, Frankfurt/M 1986, S. 591.
- 10 Vgl. z.B. *Marx/Engels*, Manifest der Kommunistischen Partei, Berlin 1987, S. 60 zu den „theoretischen Sätzen der Kommunisten“ als Ausdruck der objektiven historischen Bewegung, die eine Freiheitsordnung etablieren werde, ebd., S. 69.
- 11 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt/M 1998, dazu weiter vielleicht informativ die Kritik der systemtheoretischen Geschichtstheorie in *Mahlmann*, Katastrophen der Rechtsgeschichte und die autopoietische Evolution des Rechts, *ZfRSoz* 2000, 21(1), 247 ff.

diese Ereignisse möglich waren, hat die über Jahrhunderte aufgebauten Prachtgebäude der religiösen oder säkular verwandelten Theodizeen zum Einsturz gebracht.

Den Kern der Bitterkeit dieser Geschichtszeichen bildet dabei gerade die Unmöglichkeit, die Ereignisse überpersönlichen, unveränderlichen geschichtlichen, sozialen, ökonomischen oder biologischen Notwendigkeiten zuzuschreiben, die Menschen mit dem eisernen Griff des Schicksals ergriffen und mit sich mitschliffen. Menschliches soziales Handeln entfaltet sich vor dem Hintergrund von vielfältigen sozialen Strukturen, die ihm manchmal Grenzen setzen, manchmal Raum schaffen und in vieler Hinsicht die Weltverständnisse, Motive und Ziele der Menschen beeinflussen. Diese Strukturen heben aber die Urheberschaft von Menschen für ihr Denken, Urteilen und Handeln nicht auf.¹² Menschen bleiben die Subjekte ihrer Geschichte und müssen mit der sich aus dieser Stellung ergebenden Verantwortung leben, die vielleicht tragbarer wird durch die Gründe für die Hoffnung, die sie birgt: Keine Eschatologie verspricht eine innerweltliche, politische Erlösung, aber auch keine negative Geschichtsteleologie zwingt Menschen, Schmiede fremden und am Ende auch ihres eigenen politischen Unglücks zu sein.

2. Lehren aus Schauprozessen

Dass zu diesen Geschichtszeichen bildenden Ereignissen auch die politische Instrumentalisierung von Recht etwa in Schauprozessen gehört, sollte

12 In Anbetracht verschiedener Theorien, die unbeschwert das Ende des Subjekts verkünden, ist es vielleicht sinnvoll, an den humanen Kern der Diskussion der Frage zu erinnern, ob Menschen eigentlich Subjekte ihres Handelns und zusammen mit anderen auch historischer Entwicklungen ihres Zeitalters sein können, z.B. anhand von Hannah Arendts Bericht über einen Zeugen im Eichmann-Prozess, der am Beispiel eines deutschen Feldwebels zeigte, dass man der Ideologie des Massenmords widerstehen konnte: „Während der wenigen Minuten, die Kovner brauchte, um über die Hilfe eines deutschen Feldwebels zu erzählen, lag Stille über dem Gerichtssaal; es war, als habe die Menge spontan beschlossen, die üblichen zwei Minuten des Schweigens zu Ehren des Mannes Anton Schmidt einzuhalten. Und in diesen zwei Minuten, die wie ein Lichtstrahl inmitten dichter, undurchdringlicher Finsternis waren, zeichnete ein einziger Gedanke sich ab, klar, unwiderlegbar, unbezweifelbar: wie vollkommen anders alles heute wäre, in diesem Gerichtssaal, in Israel, in Deutschland, in ganz Europa, vielleicht in allen Ländern der Welt, wenn es mehr solcher Geschichten zu erzählen gäbe.“ *Arendt, Eichmann in Jerusalem*, 2. Aufl., München, 2007, S. 345.

mit besonderer Aufmerksamkeit vermerkt werden. Es bildet ein interessantes Kontinuum der Geschichte der Tyrannei, dass sich Diktaturen zur Machtsicherung rechtlicher Instrumente und gerade des Mittels des Strafprozesses bedienen. Diktaturen nutzen die Fassade der rechtsstaatlichen Verfahren, um die Öffentlichkeit, die hinter der rechtlichen Fassade noch die alte Wohnung der Gerechtigkeit vermutet, darüber zu täuschen, dass hier nunmehr Willkür, Machtimperative und Gewalt eingezogen sind. Die Prozesse gegen diejenigen in Russland, die gegen den Krieg gegen die Ukraine demonstrieren, gegen Oppositionelle in China oder Myanmar, zeigen, wie lebendig die Tradition der offensichtlichen Instrumentalisierung von Recht geblieben ist.

Dabei ist eine wichtige Beobachtung zu machen: Noch im Moment seiner Zerstörung und Pervertierung beweisen die normativen Prinzipien, die der Idee eines Rechtsstaates unterliegen, ihre Kraft. Die parasitäre Instrumentalisierung von Gerechtigkeitsideen im Schauprozess der Diktatur unterstreicht die Macht der Hoffnung von Gerechtigkeit durch Recht.

Diese Rolle von Strafrechtsprozessen und materiellen Strafrechtsnormen in Diktaturen erschliesst eine offensichtliche Dimension des Verhältnisses von Strafrecht und Demokratie: Strafrecht ist ein klassisches Mittel der Repression, die sich bis zum Terror steigern kann. Das strafrechtliche, auch strafprozessrechtliche Instrumentarium ist dabei vielfältig.

3. Politische Geschichte und Krise des demokratischen Verfassungsstaates

Die Verortung von politischen Prozessen im weiteren Kontext der politischen Geschichte der jüngeren Vergangenheit und ihrer geschichtsphilosophischen, aus gewisser Sicht unverdaulichen Lehren, zeigt: Wir bewegen uns auf rechtszivilisatorisch dünnem Eis. Es gibt grundsätzlich keinen Anlass zu frohgemutem Geschichtsoptimismus, wenn man ein wenig Zeit mit der Analyse der vielen, durch ihre Vermeidbarkeit nur noch schmerzhafteren Tragödien der menschlichen Geschichte verbracht hat. Das gilt, wie wir gerade in Erinnerung gerufen haben, auch für die Geschichte des Rechts.

Diese Einsicht ist wichtig, eine aktuelle Entwicklung in ihrer ganzen Bedeutung zu verstehen:

Die zumindest annäherungsweise rechtsstaatlichen und demokratischen politischen Ordnungen der Welt stehen unter ganz erheblichem Druck. Dieser Druck wird von aussen von konsolidierten autoritären Weltmächten

wie China oder Russland ausgeübt. Er entspringt aber auch aus der Mitte der demokratischen Gesellschaften selbst. Es gibt viele Anzeichen, die zeigen, dass Grundprinzipien von Rechtsstaat und Demokratie ein schon grosses Mass an Unterstützung verloren haben. Die Wahlerfolge von rechtsnationalen Populisten in Polen oder Ungarn, von Bolsonaro und natürlich von Trump, der Aufstieg Le Pens in Frankreich oder Melonis in Italien, zeigen, dass ein Angriff auf Grundstrukturen der Demokratie, legitimiert mit durchaus demokratischen Mitteln, verschiedene Personengruppen anspricht. Dabei ist von zentraler Bedeutung für die Analyse der Entwicklungen, dass der Angriff auf die Demokratie über die Flanke der Schwächung des Rechtsstaates erfolgt. Dies ist in der Türkei, Polen, Ungarn oder den USA ebenso zu beobachten wie in Israel, hier mit den Mitteln der Kompetenzbeschneidung des Obersten Gerichts und dem Argument der Stärkung der Demokratie.¹³ Diese Entwicklungen weisen auf eine wichtige Erkenntnis hin: Ein Rechtsstaat ist auf demokratische Legitimation angewiesen. Umgekehrt kann aber eine Demokratie ohne rechtsstaatliche Sicherung, nicht zuletzt durch Grundrechte, die einen Prozess der Meinungs- und Willensbildung und Herrschaft wechselnder Mehrheiten überhaupt erst ermöglicht, nicht zu dem werden, was sie zu sein intendiert: eine dauernde Institutionalisierung politischer Autonomie.

Auch wenn prominente Vertreter dieser politischen Bewegungen wie Trump und Bolsonaro abgewählt wurden, haben die Kräfte und Entwicklungen, die sie an die Macht brachten und die sie selbst weiter in ihren demokratiefeindlichen Haltungen genährt haben, nicht an Gefährlichkeit verloren. Dabei ist besonders unheimlich, dass diese Abkehr von Demokratie und Rechtsstaat aus einer politisch freien Entscheidung folgt. Niemand zwingt US-amerikanische Bürger und Bürgerinnen, den politischen Autoritarismus, für den Trumps Republikanische Partei inzwischen steht, mit Wahlerfolgen zu legitimieren, kein Repressionsapparat schränkt die Meinungsäusserung ein, niemand wird für seine politischen Ansichten ins Gefängnis geworfen. Auch fehlt es keineswegs an kritischer Berichterstattung in den Medien noch an anderen kritischen gesellschaftlichen Akteuren – von Graswurzelorganisationen der Zivilgesellschaft bis zu scharfen akademischen Analysen.¹⁴

13 Kingsley, Netanyahu Surges Ahead With Judicial Overhaul, Prompting Fury in Israel, New York Times, 12. Januar 2023.

14 Vgl. nicht nur J-W. Müller, Was ist Populismus?, Frankfurt/M 2016 oder knappe, scharfe Analysen wie Snyder, On Tyranny, New York 2017, sondern auch tiefe analyti-