

4. Ende der Epoche?

Unsere Überlegungen betreffen also nichts weniger als eine politische Existenzfrage unserer Zeit, die man vielleicht so fassen kann: Ist die Epoche angebrochen, die die Errungenschaften der bürgerlichen Revolutionen des 18. Jahrhunderts und der langen Kämpfe um Demokratie, Verfassungsstaat, Menschenrechte und rechtsgestützte internationale Ordnung verspielt? War das Zeitalter der demokratischen Verfassungsstaaten eine historische Episode? Sind wir es, die ihr Ende einläuten?

Nichts in der Geschichte der Menschen garantiert, wie wir gerade unterstrichen haben, dass unsere Zukunft nicht ein Wiedergänger einer dunkleren Vergangenheit sein könnte. In den letzten Jahren haben sich zudem über demokratischen Verfassungsstaaten und den normativen Prinzipien, für die sie stehen, dunkle Wolken zusammengebraut, die die Frage nach der politischen Weiterexistenz dieser anspruchsvollen menschlichen Organisationsform stellen. Dabei haben gerade die Feinde der Demokratie die Bedeutung ihrer rechtsstaatlichen Grundlagen begriffen und greifen sie deswegen an.

Nur von diesem Ausgangspunkt kann man angemessen und wirklichkeitsnah über das Problem von Strafrecht und Demokratie nachdenken. Dies ist meine erste schlichte These.

Nunmehr soll im Aufriss geklärt werden, welche normativen Prinzipien einer Demokratie und einem Verfassungsstaat zu Grunde liegen, um dann zu fragen, welche Rolle Strafrecht in diesem Rahmen spielen kann.

III. Warum eigentlich Demokratie und Verfassungsstaat?

1. Utopia jenseits des Verfassungsstaats?

Warum wollen wir eigentlich in einem demokratischen Verfassungsstaat leben? Vielleicht erscheint manchen ein demokratischer Verfassungsstaat als eine etwas grau und staubig gewordene Organisationsform politisch assoziierter Menschen. Vielleicht träumen manche von einer anderen Ordnung, die radikalere utopische Träume befriedigt. Vielleicht meinen sie, dass die Verteidigung des demokratischen Verfassungsstaates den Blick auf

sche Studien der politischen und rechtlichen Instrumente der Destruktion der Demokratie wie *Sajó*, *Ruling by Cheating: Governance in Illiberal Democracy*, Oxford 2021.

gesellschaftliche und gerade auch ökonomische Unfreiheit und Ungleichheit verhindere.¹⁵ Vielleicht jagt ihnen die kernige Rede von Autorität, Gewalt und Diktator wie merkwürdig vielen Intellektuellen der Vergangenheit und Gegenwart einen wohligen Schauer den Rücken herunter.¹⁶ Vielleicht scheint es dem einen oder der anderen deshalb so, dass der demokratische Verfassungsstaat seine Zeit gehabt und nun besser von der welthistorischen Bühne abtreten sollte.

Ich möchte jetzt einige Gründe liefern, warum man mit der Aufgabe des demokratischen Verfassungsstaates besser noch etwas warten sollte – und zwar gerade, wenn man der Meinung ist, dass die menschlichen politischen Entwicklungsmöglichkeiten keineswegs ausgeschöpft und wichtige Gestaltungsaufgaben in Wirtschaft und Gesellschaft, wenn man es mit Gleichheit und Freiheit ernst meint, keineswegs erledigt sind.

2. Verfassungsbegriff

Eine Verfassung dient der originären Begründung, Organisation, Bestimmung der Kompetenzen und Aufgaben sowie der Begrenzung öffentlicher Gewalt. Sie bildet normhierarchisch höchstes Recht, wobei heute diese

15 Dass dies gerade für Menschenrechte als wesentlichem Teil des Verfassungsstaates gelte, vertritt *Moyn*, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Cambridge MA 2018.

16 Ein gutes Beispiel ist Nietzsches philosophische Apologie autoritärer Macht, des „unbedingt Befehlenden“ in immer wiederkehrenden, ersichtlich tief genossenen Macht- und Unterwerfungsphantasien. Vgl. z.B., für den verfolgten Zusammenhang nützlicherweise mit gleichzeitiger verachtungsvoller Kritik des Verfassungsstaates, *Nietzsche*, *Jenseits von Gut und Böse*, Kritische Studienausgabe Bd. 5, München 1999 (zitiert als: *Nietzsche*, *Jenseits von Gut und Böse*), Aphorismus 199, S. 120: Der „Heerdenmensch in Europa“ gebe sich „das Ansehn, als sei er die einzig erlaubte Art Mensch, und verherrlicht seine Eigenschaften, vermöge deren er zahm, verträglich und der Heerde nützlich ist, als die eigentlich menschlichen Tugenden: also Gemeinsinn, Wohlwollen, Rücksicht, Fleiss, Mässigkeit, Bescheidenheit, Nachsicht, Mitleiden. Für die Fälle aber, wo man der Führer und Leithammel nicht enttrathen zu können glaubt, macht man heute Versuche über Versuche, durch Zusammen-Addiren kluger Heerdenmenschen die Befehlshaber zu ersetzen: dieses Ursprungs sind zum Beispiel alle repräsentativen Verfassungen. Welche Wohlthat, welche Erlösung von einem unerträglich werdenden Druck trotz Alledem das Erscheinen eines unbedingt Befehlenden für diese Heerdenthier-Europäer ist, dafür gab die Wirkung, welche das Erscheinen Napoleon's machte, das letzte grosse Zeugnis: – die Geschichte Napoleon's ist beinahe die Geschichte des höheren Glücks, zu dem es dieses Jahrhundert in seinen werthvollsten Menschen und Augenblicken gebracht hat.“

normhierarchische Stellung vorbehaltlich bestimmter Regelungen des Völker- und Europarechts eingenommen wird, wobei die Details enorm strittig sind.¹⁷ Regelmässig (aber nicht immer) handelt es sich um geschriebenes, in einer speziellen Urkunde festgelegtes Recht. Die Begrenzung öffentlicher Gewalt erfolgt um der Autonomie und Rechte einzelner Personen willen. Ein bloss formaler Verfassungsbegriff führt deshalb in die Irre. Eine Diktatur kann in einem formalen Sinn eine Verfassung besitzen. Die Idee der Verfassung als Teil der politischen Theorie des Konstitutionalismus weist aber in eine andere Richtung. Eine Verfassung ist aufgrund ihrer Funktion des Schutzes menschlicher Autonomie notwendig mit Demokratie und Menschenrechten verbunden.

Die Verfassung erhebt einen normativ qualifizierten Geltungsanspruch. Dieser Geltungsanspruch zeigt sich durch spezifische Schutzmassnahmen, die der Verfassungsordnung gegenüber dem einfachen Recht eine erhöhte Dauerhaftigkeit verleihen sollen, etwa durch qualifizierte Mehrheiten, materielle Veränderungssperren wie in Art. 79 III GG oder Art. 139 III, 194 II BV sowie die verschiedenen Mechanismen dessen, was man eine wehrhafte Demokratie nennt.¹⁸ Sie erhebt auch einen erkenntnistheoretisch eigenen, qualifizierten Anspruch: Da ihre Normen der Alltagspolitik entzogen sind, ist mit einer Verfassung notwendig die Idee verbunden, normative Gehalte erhöhter Gewissheit zu positivieren. Die These, Verfassungen verkörpern einen politischen Voluntarismus oder Dezisionismus,¹⁹ geht am Kern der Idee des demokratischen Verfassungsstaates vorbei, die (mit guten Gründen) beansprucht, ein Element echter Erkenntnis der politischen Theorie zu verkörpern.

17 *Mahlmann*, Conditioned Hierarchies of Law in Europe: Content, Legitimacy and Default Lines, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich 2013, S. 395 ff.

18 Vgl. m. w. N. und Beispielen *Mahlmann*, Schutz der Verfassung, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1, Zürich 2020 (zitiert als: *Mahlmann*, Schutz), S. 211 ff.

19 Vgl. *Schmitt*, Verfassungslehre, Berlin 1928, S. 22 (zitiert als: *Schmitt*): „Jedes Gesetz als normative Regelung, auch das Verfassungsgesetz, bedarf zu seiner Gültigkeit im letzten Grunde einer ihm vorhergehenden politischen Entscheidung, die von einer politisch existierenden Macht oder Autorität getroffen wird. Jede existierende politische Einheit hat ihren Wert und ihre ‚Existenzberechtigung‘ nicht in der Richtigkeit oder Brauchbarkeit von Normen, sondern in ihrer Existenz. Was als politische Grösse existiert, ist, juristisch betrachtet, wert daß es existiert.“ Der Ursprung der normativen Verfassungsordnung liege in einem politischen Faktum – der „existentiellen Totalentscheidung“ eines Volkes, ebd., S. 24.

3. Demokratie als Gerechtigkeitsidee und Respektskultur

Eine Demokratie bildet eine spezifische Form politischer Herrschaft und gleichzeitig einen Grund ihrer Legitimation. Der Kern der demokratischen Idee ist, dass die Rechtsunterworfenen gleichzeitig Rechtserzeugende sind – Subjekte und Adressaten der öffentlichen Gewalt sind identisch, was prozedural gesichert wird.²⁰ Demokratie ist deshalb der politisch-organisatorische Ausdruck einer egalitären Gerechtigkeitsidee. Die Gleichheit der Bürger und Bürgerinnen wird in eine Organisationsform politischer Autonomie überführt.

Demokratie verkörpert eine spezifische Respektskultur. Andere Menschen werden so ernst genommen, dass sie, wenn sie eine Mehrheit erreichen, in dem entschiedenen Zusammenhang über einen selbst bestimmen können. Eine Demokratie fordert nicht weniger als den eigenen Autonomiegebrauch nach einer demokratischen Entscheidung dem Autonomiegebrauch anderer unterzuordnen. In der Demokratie achtet man das Selbstbestimmungsbedürfnis anderer und ihr dem eigenen gleiches Selbstbestimmungsrecht in einem so hohen Grade, dass man ihm unter den Umständen einer Mehrheitsentscheidung den Vorrang vor den eigenen Wünschen einräumt. Wenn man an die historischen Ausdrucksformen des Verlangens von Menschen denkt, selbst zu herrschen und andere zu beherrschen, vom Nahbereich einer patriarchalen Paarbeziehung, über das Alltagsphänomen von abgewählten Politikern und Politikerinnen, sich an die Macht

20 Kant, *Zum Ewigen Frieden*, Akademie Ausgabe Bd. VIII, Berlin/Leipzig 1923, S. 349 f.; *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (2. Aufl. 1929), in: ders., *Verteidigung der Demokratie*, ausgewählt und hrsg. v. Jestaedt/Lepsius, Tübingen, 2006 (zitiert als: *Kelsen*, *Wesen und Wert*), S. 162: „Demokratie ist der Idee nach eine Staats- oder Gesellschaftsform, bei der der Gemeinschaftswille, oder ohne Bild gesprochen, die soziale Ordnung durch die ihr Unterworfenen erzeugt wird: durch das Volk. Demokratie bedeutet Identität von Führer und Geführten, von Subjekt und Objekt der Herrschaft, bedeutet Herrschaft des Volkes über das Volk.“ Das normative Grundprinzip, dass die Adressaten von rechtlichen Regelungen, die dem Handeln der öffentlichen Gewalt unterliegen, auch die politischen Urheber dieser Regelungen sein müssen, stellt keineswegs die Legitimität von demokratischen Repräsentationsmechanismen in Frage. Sie schafft nur einen kritischen Massstab, um sie zu bewerten. Vgl. zu Identitätsthese und Repräsentation kritisch *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR*, Bd. 3 § 34 Rn. 1 ff. Diese Identität hat keineswegs eine substantielle „Homogenität des Volkes“ zur Voraussetzung und als Bezugspunkt, so aber *Schmitt*, S. 234 ff. Sie bildet vielmehr eine Kurzformel für ein normatives Verwirklichungsverhältnis politischer Autonomie durch (rechtlich und institutionell vermittelte) Selbstherrschaft.

zu klammern, manchmal mit Lügen, manchmal mit Gewalt, bis hin zu den verschiedenen Griffen nach Weltmacht und den kollektiven Energien, die diese Herrschaftsprojekte freisetzen, ist das eine ausserordentliche ethische und politische Idee.

Demokratische Verfahren drücken notwendig auch die Achtung vor der Selbstbestimmungsfähigkeit anderer aus. Man nimmt demokratische Mehrheitsentscheidungen hin, weil die Achtung der autonomen Selbstbestimmung schwerer wiegt als die Durchsetzung der eigenen Interessen, die in der Minderheit geblieben sind, aber auch aus epistemischer Selbstdistanz: Ein Mensch sollte irgendwann das Bewusstsein der Möglichkeit des eigenen Irrtums und der besseren Einsicht anderer gewinnen.²¹ In der Demokratie schlägt sich deshalb ein wichtiges Element epistemischer Reife nieder, die demokratische Entscheidungsfindung im besten Fall zu einem wechselseitigen selbstkritischen reflexiven Lernprozess macht.

Demokratie ist gesellschaftsfunktional mit einer materialen Rationalisierungshoffnung verbunden.²² Nicht nur irgendwelche, aus unergründlichem Wollen hervorquellende, oder gar imaginierten ethnonationalisti-

21 Mit Ausnahme natürlich von Zürcher Rechtsprofessoren, für die dies unnötig ist.

22 Der Begriff der „Rationalisierung“ ist vielschichtig und erläuterungsbedürftig, gesellschaftstheoretisch aber alternativlos. Massstabbildend sind Max Webers berühmte Thesen zum okzidental Rationalismus, vgl. *Weber*, Vorbemerkung, in: ders. Die protestantische Ethik, MWG I/18, hrsg. v. Schluchter, Tübingen 2016, S. 101 ff., S. 116 f. Vgl. dazu *Schluchter*, Die Entstehung des modernen Rationalismus: Eine Analyse von Max Webers Entwicklungsgeschichte des Okzidents, Frankfurt/M, 1998. Zu einem Versuch, Umrisse einer Gesellschaftstheorie des Rechts zu skizzieren, die einen substantiellen (und nicht eurozentristischen) Rationalisierungsbegriff verwendet, *Mahlmann*, Widerständige Gerechtigkeit, Baden-Baden, 2018, S. 81 ff. (zitiert als: *Mahlmann*, Gerechtigkeit). Stufen der Rationalisierung markieren aus dieser Perspektive unterschiedliche Grade der Rechtfertigungsfähigkeit verschiedener normativer Ordnungen gegebener historischer Gesellschaftsformationen durch intersubjektiv überzeugende Gründe. Dabei geht es um materiale, nicht nur instrumentale Rationalität, d.h. um Rechtfertigung unter Bezug auf substantielle normative Prinzipien, z.B. Standardmensenrechte. Es handelt sich mithin nicht nur um die begründete Anleitung, effiziente Mittel zur Erreichung von beliebig gesetzten Zielen zu wählen. Auf eine solche Kategorie (in welcher Terminologie auch immer) kann eine Gesellschaftstheorie des Rechts nicht verzichten, wenn sie ihre analytischen Hausaufgaben erledigen will. Es muss eine analytische Kategorie geben, auf die zurückgegriffen werden kann, um auszudrücken, dass beispielsweise zwischen einem Führerbefehl und einem parlamentarischen Gesetz Welten der Rechtfertigungsfähigkeit liegen oder eine absolutistische Monarchie weniger gut legitimiert ist als ein demokratischer Verfassungsstaat. Andernfalls verliert die Theorie ihr zentrales Explanandum in der Gegenwart aus dem Blick: die Entstehung eines grundrechtsgebundenen demokratischen Verfassungsstaates als epochalem *Rechtsfortschritt*.

schen Identitäten entspringende Entscheidungen sollen die politische Gemeinschaft leiten, sondern solche, die reflexiver Kritik standhalten. Anderes ist mit der Idee politischer Autonomie nicht vereinbar. Wenigstens die Annäherung an die Wahrheit über Sachverhalte in der Welt und gerechtfertigte Auffassungen von der Richtigkeit von Normen und Werten ist eine Bedingung gelungener Selbstbestimmung. Täuschung und Wahn dienen der Selbstbestimmung nicht.²³

Der Anspruch auf Wahrheit der Tatsachengrundlagen von politischen Entscheidungen liegt schon aus instrumentell-rationalen Gründen nahe. Man kann den Begriff der Wahrheit (und seine epistemologischen Äquivalente) mit verschiedenen gängigen theoretischen Vokabularen zum alten Eisen der Philosophie erklären und sich für einige kurze Momente im Gefühl der Überlegenheit über all diejenigen sonnen, die epistemologisch naiv die Möglichkeit wohlbegründeter Einsicht verteidigen. Der Moment des Hochgefühls vergeht aber schnell – denn die Dinge, wie sie wirklich sind (was immer wir davon verstehen mögen), haben die unangenehme Eigenschaft, sich nicht darum zu kümmern, was wir für Vorstellungen von ihnen haben und noch weniger um unsere Meinung, ob wir überhaupt zutreffende Vorstellungen über Dinge in der Welt haben können oder gar ihre Existenz bezweifeln müssen. Einen Kenner postmoderner Wahrheitskritik etwa werden seine Argumente für die Kontingenz aller Kriterien für die Annahme der Existenz des Covid-19-Virus und ihres Ursprungs in performativer, womöglich semantisch sublimierter Gewalt²⁴ nicht vor den Wirkungen der Existenz des Covid-19-Virus schützen. Der tastende Durchgriff menschlichen wissenschaftlichen Denkens auf die Struktur der Welt (wie begrenzt auch immer), der sich in der Wirksamkeit eines Impfstoffs ganz praktisch zeigt, widerlegt die Erzählung von der radikalen Kontingenz aller Erkenntnisansprüche – zum Glück auch für die Gesundheit der radikal Zweifelnden.

Der Anspruch auf Wahrheit der Aussagen in politischen Auseinandersetzungen und auf Richtigkeit der normativen Prinzipien, die entschei-

23 Zur epistemischen Lebenswelt der Demokratie *Mahlmann*, Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie, in: Walter (Hrsg.), Staat und Gesellschaft in der Pandemie, VVDStRL 80, Berlin/Boston 2021, S. 91.

24 Vgl. zu derartigen Thesen nicht nur in Bezug auf Gerechtigkeitskriterien *Derrida*, Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority', in: Cornell/Rosenfeld/Gray Carlson (Hrsg.), Deconstruction and the Possibility of Justice, London/New York 1992 (zitiert als: *Derrida*, Force of Law).

dungsleitend sein sollen, hat aber auch mit der Idee der Demokratie als Respektskultur zu tun. Ethnopolitische postfaktische Politik ist nicht nur langfristig gefährlich aufgrund der Unverfügbarkeit der Wirklichkeit, sondern verletzt auch den Respektanspruch von Menschen. Wen man belügt, verachtet man, weil man ihn als autonom denkendes Subjekt nicht ernst nimmt, sondern leichtfüßig für die eigenen Zwecke zu instrumentalisieren sucht. Gleiches gilt für normative Fragen – wenn man sich nicht gemeinsam auf den schwierigen Pfaden von Gründen auf die Suche nach reflexiv gerechtfertigten Normen macht, sondern andere in ihren normativen Überzeugungen manipulieren will, drückt man ebenfalls Verachtung für sie als selbstständig denkende, auch praktisch urteilsfähige Menschen aus.

Demokratie ist auch nicht, wie manchmal behauptet, aus anderen Gründen mit Skeptizismus oder positivistischem politischen Voluntarismus verbunden. Eine Demokratie überlässt zwar die politischen Entscheidungen dem offenen politischen Prozess. Schon damit ist aber keine skeptizistische Position notwendig verbunden, die jeden Begründetheitsanspruch politischer Entscheidungen verneint. Der offene politische Prozess ist vielmehr das beste Verfahren, mit der Vielfalt menschlicher Ansichten und Interessen, der Schwierigkeit vieler politischer Probleme und der Fallibilität eigener Überzeugungsbildungen umzugehen. Die demokratischen politischen Grundstrukturen selbst sind mit einem substantiellen erkenntnistheoretischen Richtigkeitsanspruch verbunden – der demokratische Prozess wird ja nicht selbst zum Gegenstand der Alltagspolitik gemacht, sondern legitimiert sie allein.²⁵ Dem epistemologischen Problem der Begründung der Legitimität der Demokratie kann man nicht entkommen.

25 Die Verbindung von Demokratie und Relativismus behaupten z.B. *Kelsen*, *Wesen und Wert*, S. 224 ff; *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, in: Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. II*, Heidelberg 1993, S. 214 betont die Bedeutung des Relativismus für die Demokratietheorie: „Denn der Relativismus ist die gedankliche Voraussetzung der Demokratie: sie lehnt es ab, sich mit einer bestimmten Auffassung zu identifizieren, ist vielmehr bereit, jede politische Auffassung, die sich die Mehrheit verschaffen konnte, die Führung im Staate zu überlassen, weil sie ein eindeutiges Kriterium für die Richtigkeit politischer Anschauungen nicht kennt, die Möglichkeit eines Standpunktes über den Parteien nicht anerkennt. Der Relativismus mit seiner Lehre, daß keine politische Auffassung beweisbar, keiner widerlegbar ist, ist geeignet, jener bei uns in politischen Kämpfen üblichen Selbstgerechtigkeit entgegenzuwirken, die beim Gegner nur Torheit oder Böswilligkeit sehen will: ist keine Parteauffassung beweisbar, so ist jede Auffassung vom Standpunkt einer entgegengesetzten zu bekämpfen; ist aber auch keine widerlegbar, so ist jede auch vom Standpunkte der geg-

4. Verfassung und Demokratie

Die Idee der Verfassung verweist auf Demokratie, wie wir gesehen haben, weil Verfassungen geschaffen werden, um die autonome, gleiche politische Subjektivität von Menschen zu schützen. Die Idee der Demokratie führt aber auch zwangsläufig zum Begriff der Verfassung: Demokratie besteht nicht in einzelnen Akten der willkürlichen Entscheidung, sondern in einem auf Dauer gestellten Prozess der organisatorisch, staatsstrukturell gesicherten Möglichkeit politischer Selbstbestimmung. Dieses Ziel zu erreichen ist eine wesentliche Funktion der Verfassung, dem sie mit dem Schutz von Grundrechten, die einen offenen politischen Prozess absichern ebenso dient wie mit ihren Verfahren, Institutionen und Rechtsschutzmöglichkeiten. Wie wir schon angedeutet haben, kann man die Bedeutung von rechtsstaatlichen Verfassungsstrukturen für die Demokratie am Instrumentarium derjenigen ablesen, die demokratische Herrschaft unterminieren wollen und deswegen diese Strukturen politisch bedeutungslos machen wollen. Die „illiberale Demokratie“ ist nicht nur illiberal, sie hört auch auf, eine Demokratie zu sein.

Die normative Wurzel der Demokratie sind Menschenrechte, am Ende die Idee menschlicher Würde, verstanden als Wertprädikat, das ausdrückt, das Menschen einen intrinsischen Wert besitzen und einen Selbstzweck bilden, die aufgrund von Gerechtigkeits- und Solidaritätspflichten ihren Schutz durch universale Rechte gebietet. Die Subjektstellung von Menschen verlangt, dass ihnen in demokratischen Strukturen der ihnen zukommenden Raum zur politischen Entfaltung gewährleistet wird.²⁶

nerischen zu achten. So lehrt der Relativismus zugleich Entschiedenheit der eigenen und Gerechtigkeit gegen die fremde Stellungnahme.“ Diese Passage ist (wie übrigens auch *Kelsens* Verteidigung der Demokratie) ein Musterbeispiel für den anziehenden Ethos, der aus relativistischen Perspektiven wohl nicht gewonnen wird, sondern ihnen zugrunde liegt. Offensichtlich ist das Argument aber unhaltbar: Respekt und Achtung fremder Positionen ist keine Folge relativistischer Positionen, sondern eine gerade nicht relative normative Voraussetzung des aufgeklärten Umgangs mit Meinungsunterschieden aus Respekt vor den Personen und ihrem Denken. Wie wenig selbstverständlich eine solche Haltung des Respekts ist, wie sehr sie substantielle ethische Überzeugungen voraussetzt, haben die Nationalsozialisten auch Radbruch schon ein Jahr nach Erscheinen dieser Passage gelehrt. Die berühmten Äusserungen Radbruchs der Nachkriegszeit zu gesicherten Rechtserkenntnissen, etwa in Gestalt der Menschenrechte, unterstreichen dies.

26 Menschenrechte und Demokratie sind deshalb nicht „gleichursprünglich“, wie *Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt/M 1992, S. 109 ff. meint. Das in der Würde

Menschenrechte sind rechtfertigungstheoretisch sehr anspruchsvolle und strukturell komplexe Phänomene. An Ende verweisen sie auf einen zentralen Kern: Sie drücken eine unübersehbare Bejahung des Sinns menschlicher Existenz aus. Jedes Leben einer Person mit seinen Irrtümern, Dummheiten, gelegentlichen hellen Momenten der Einsicht und seltenen Augenblicken guter und gerechter Handlungen ist es wert, in seinem Dasein und seinen Entfaltungsmöglichkeiten, um seiner selbst willen geschützt zu werden. Andernfalls ist das ethische und rechtliche Projekt der Menschenrechte sinnlos – man muss keine Rechtsgüter wie Leben, körperliche Integrität oder Freiheit schützen, wenn das Wesen, für das diese Dinge Güter bilden, keinen Eigenwert hätte. Menschenrechte sind deshalb jenseits aller Rhetorik die radikale Gegenthese zur Idee der Wertlosigkeit von Menschen, ihrer Degradierung zum Material, das man zur Verfolgung anderer Zwecke nutzen kann.²⁷

Demokratische Verfassungsstaaten werden deswegen gesellschaftstheoretisch nur unvollkommen verstanden, wenn man sie nicht nur historisch faktisch, sondern analytisch-legitimationstheoretisch als Produkt der bürgerlichen Revolutionen fasst und damit gleichzeitig historisch relativiert, womöglich gar mit Produktionsverhältnissen des Früh- und Spätkapitalismus kritisch oder affirmativ verbindet oder als Ausdruck eines vergänglichen Machtepstems der Neuzeit versteht. Ihre gesellschaftstheoretische Bedeutung ist von ganz anderer Art. Sie liegt zum einen in einer spezifischen, legitimen und funktional erfolgreichen Form der Organisation einer politischen Gemeinschaft, die wenig ernst zu nehmende Konkurrenten hat – jedenfalls scheinen etwa anarcho-syndikalistische Organisationsformen²⁸ oder kommunal gegliederte Rätssysteme²⁹ vielleicht einige Vorzüge, aber staatsorganisatorisch und demokratietheoretisch auch grosse Nachteile zu besitzen. Zum anderen bilden sie einen politisch-institutionellen Brückenkopf relevant gemachter, in der Wirklichkeit in verbindlichen Normen, Institutionen und sozialen Strukturen verkörperter Ideen der Freiheit, Gleichheit und Würde von Menschen. Sie bewahren ein wertvolles ethisches Reflexionsgut nicht nur als Idee, sondern als Strukturen und Leitlinien

der Menschen wurzelnde Recht auf autonome Selbstbestimmung ist der zentrale legitimationstheoretische Grund der Demokratie.

27 Ein zentraler Gehalt totalitärer Systeme ist nach *Arendt*, *Elemente*, S. 926, dass ihre Vernichtungspolitik die „Überflüssigkeit“ von Menschen impliziere.

28 *Rocker*, *Die Entscheidung des Abendlandes*, Hamburg 1949. Zur Praxis während des Spanischen Bürgerkriegs vgl. *Orwell*, *Hommage to Catalonia*, London 2021.

29 *Arendt*, *Über die Revolution*, 7. Aufl., München 2019, S. 319 ff., S. 344 ff.