

einer realen politischen Praxis.³⁰ Ihr axiologischer Kern ist deshalb ein Stachel im Fleisch von politischen Visionen, die die Freiheit, Gleichheit und Würde von Menschen angreifen oder jedenfalls für Schimären halten. Die praktische Wirksamkeit ist zweifellos begrenzt – verfassungsstaatliche Strukturen lassen viele soziale Bereiche, in denen Freiheit, Gleichheit und Würde keineswegs den Ton angeben, unberührt. Das nimmt dem Bereich, in dem diese Prinzipien immerhin herrschen, nichts von seiner Wichtigkeit. Gleichheit, Freiheit und Würde im verfassungsrechtlich bestimmten, demokratischen Raum schliesst die Verwirklichung dieser Ideen in anderen Bereichen nicht aus, sondern ist ihr Ausgangspunkt.

Mit diesen Bemerkungen zu den normativen Grundlagen der verfassten Demokratie, haben wir einen entscheidenden Schritt vorwärts gemacht, um die aufgeworfenen normativen Fragen zu klären und um die Bedeutung gerade des Strafrechts für die Idee der Demokratie zu erörtern.

IV. Normative Parameter des Strafrechts

1. Demokratiefernnes Strafrecht?

Ist Strafrecht und seine Wissenschaft in einem nicht nur oberflächlichen Sinn demokratiefernes, wie manchmal behauptet wird?³¹ Bei der Reflexion

30 Mahlmann, *Gerechtigkeit*, S. 81 ff.

31 Dabei spielt im deutschen Diskurs die strafrechtliche Rechtsgutstheorie eine herausgehobene Rolle, wobei die Debatten insbesondere um die Inzest-Entscheidung des BVerfG 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 124 kreisen. Zur Diskussion z.B. K. F. Gärditz, der der Rechtsgutstheorie eine „bildungsaristokratischen“ Haltung attestiert, die demokratische Kontingenz und gesetzgeberische Entscheidungsmacht durch Rechtsgeltung beanspruchende Einsichten der Rechtswissenschaft ersetzen wolle, Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, Paderborn 2015 (zitiert: Gärditz, *Staat*); ders., *Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, Tübingen 2022 (zitiert: Gärditz, *Sonderstellung*), S. 15 ff., S. 44; oder Stuckenberg, *Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit*, ZSTW 2017, 349 ff.; Ambos, *Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität*, in: Tiedeman et al. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Baden-Baden 2016, S. 321 ff., S. 322 wendet sich gegen Rechtssysteme (wie in Deutschland), die durch ein „tendenziell demokratiefernes, aristokratisches Diskursmodell (...) geprägt sind, die also – zugespitzt ausgedrückt – einem demokratiefernen, abgehoben-theoretischen, mitunter sogar autoritären Diskurs frönen, der sich wenig um Verständlichkeit bemüht, weil er von der wissenschaftlichen Richtigkeit – mitunter sogar kulturellen Überle-

dieser Frage sollte in jedem Fall zwischen Strafrecht, Strafrechtsrechtsprechung und Strafrechtswissenschaft und weiter zwischen verschiedenen nationalen³² und internationalen Diskursen³³ unterschieden werden, was nicht durchweg geschieht.

Die intensiv diskutierten Probleme der *Transitional Justice* und der spezifischen Rolle, die Strafrecht beim Aufbau von Demokratien spielen kann, illustrieren anschaulich die politische Bedeutung dieser Frage.³⁴ Das Entstehen und der Fortbestand einer demokratischen Kultur ist darauf angewiesen, dass ein Strafrechtssystem existiert, das keiner autokratischen Vergangenheit verpflichtet ist, rechtsstaatlichen Regeln folgt, Vertrauen gewinnt und den Grundprinzipien der demokratischen Verfassungsordnung

genheit – seiner ‚dogmatischen‘ Positionen überzeugt ist“ und gegen die „Unverfügbarkeit bestimmter dogmatischer Kategorien“, ebd., S. 336. Dagegen z.B. *Schünemann*, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda, ZIS 2016, 654 ff.; *Roxin/Greco*, StrafR AT I, § 2 Rn. 94e ff. Die Entscheidung zum selbstbestimmten Sterben BVerfG, 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182 bildet einen interessanten Prüfstein für den Gehalt dieser Debatten. Vgl. zu Rechtsgütern aus verfassungsrechtlicher Sicht *Mahlmann*, Rechtsgüter: Stolpersteine des liberalen Verfassungsstaates?, in: Rosenau/Kunig/Kemal Yildiz (Hrsg.), Rechtsstaat und Strafrecht: Anforderungen und Anfechtungen, Tübingen 2021, S. 67 ff.

- 32 Der ambivalente Einfluss von bestimmten demokratischen Verfahren beispielsweise auf das US-amerikanische Strafrechtssystem wirft viele Fragen auf, die sich z.T. in Deutschland, Österreich oder der Schweiz aus institutionellen oder politischen Gründen nicht stellen. Die Diskussion ist heterogen, kontrovers und theoretisch ebenso wie politisch vielfältig und reicht von einer Kritik von Lösungen des Problems der Kriminalisierungsinflation und Überfüllung von Gefängnissen durch Mittel partizipativer Demokratie aufgrund von empirischer Forschung, *Rappaport*, Some Doubt About Democratizing Criminal Justice, The University of Chicago Law Review 87 (2020), 711, der Diskussion der Machtstellung von gewählten „prosecutors“ in einem föderierten Strafrechtssystem, *Brown*, Free Market Criminal Justice, Oxford, 2016, S. 25 ff., bis zu einer neo-hegelianischen Strafrechtstheorie, die demokratisches Strafrecht der Rekonstruktion des spezifischen Ethos einer Gemeinschaft verpflichtet will, *Kleinfeld*, Three Principles of Democratic Criminal Justice, Northwestern Law Review 111 (2017), 1455, um nur diese Beispiele zu nennen.
- 33 Die Konzipierung und Legitimation transnationaler Strafrechtsnormen sind der Gegenstand verzweigter Debatten, in denen gerade die demokratische Legitimation eine wichtige Rolle spielt, vgl. z.B. *Meyer*, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2009; *ders.*, Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen – Strukturen und Legitimationsvoraussetzungen strafrechtlicher Normbildungsprozesse in Mehrebenensystemen, Baden-Baden 2012.
- 34 Vgl. z.B. das Politikprogramm des UN High Commissioner for Human Rights, <https://www.ohchr.org/en/transitional-justice> (abgerufen am: 26.1.2023).

verpflichtet ist. Das ist nicht zuletzt eine Lehre der Analyse der Rolle der Justiz in der Weimarer Republik.

Für die These einer Demokratieferne des Strafrechts werden verschiedene Gründe angeführt, zu denen rechtshistorische, erkenntnis-, rechts- und demokratietheoretische gehören. Aus rechtshistorischer Perspektive trifft es zu, dass die Idee von Strafe und Strafrecht sowie wichtige strafrechtliche Grundvorstellungen in der Tat kein Kind von Zeiten sind, in denen Demokratie herrschte. Die Sanktionierung von bestimmten Verhaltensweisen aus normativen Gründen ist vermutlich sogar eine Konstante menschlicher, auch akephaler Gesellschaften. Diese historische Genealogie bildet aber aus verschiedenen Gründen keinen Anlass, Strafrecht eine spezifische Demokratieferne zu unterstellen.³⁵ Viele bis heute strukturbestimmende Rechtsbegriffe, -institute und -ideen wurden ausserhalb von demokratischen Strukturen geboren – wenig überraschender Weise, wenn man die kurze Zeit bedenkt, während deren solche Strukturen weltgeschichtlich überhaupt bestanden haben. Auch die Idee individueller Rechte ist kein Produkt demokratischer Zeitalter.³⁶ Das bildet aber keinen Grund, die Legitimität dieser Idee zu bezweifeln. Das wäre schon deswegen kurzsichtig, weil die Idee unveräusserlicher menschlicher Rechte dem politischen Projekt und der materialen Rechtfertigung der Demokratie unterliegt, wie wir gesehen haben.³⁷

Deswegen muss es keineswegs verwundern, dass ausserhalb von demokratischen Herrschaftsformen Einsichten über die Grundlagen von Straf-

35 Vgl. z.B. Gärditz, Staat, S. 39 ff., der aber einräumt, dass „jede Rechtsordnung auf (rechts-)kulturell gewachsenen Beständen fußt“, ders., Sonderstellung, S. 21.

36 Klassische Beispiele aus der hochentwickelten Naturrechtstradition im Zusammenhang mit einer der wichtigsten Ereignisse der Menschheitsgeschichte, der Eroberung Amerikas durch Europäer und der Frage, ob auch die Menschen Amerikas Rechte hatten, bilden etwa *de Vitoria*, De Indis, in: Horst/Justenhoven/Stüben (Hrsg.), Vorlesungen II (Relectiones), Stuttgart 1997, S. 370 ff.; *de Las Casas*, De regia potestate, Notabile I, § I, 1, in: Rodríguez (Hrsg.), Obras Completas, Bd. 12, São Paulo 1990, S. 34, S. 36: „Nam libertas est ius insitum hominibus de necessitate et per se ab exordio rationalis naturae, et sic de iure naturalis“. Vgl. dazu Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. Aufl., Baden-Baden 2023 (zitiert als: Mahlmann, Rechtsphilosophie), § 3. Die Wurzeln der Idee ursprünglicher Rechte von Menschen reichen aber noch weiter zurück, auch hinter die Arbeiten der Kanonisten des Mittelalters, vgl. im Einzelnen, Mahlmann, Mind and Rights, S. 133 ff.

37 Die Begründung von Demokratie aus Rechten, wenn auch selektiv einer Minderheit gewährten, findet sich auch in der Auseinandersetzung um die „Isonomie“ der atheistischen Demokratie. Dazu Vlastos, Isonomia, The American Journal of Philology 74 (1953), 337 ff.

recht entwickelt wurden, die hartnäckig ihrer Ablösung trotzen. Ein gutes Beispiel ist Aristoteles' Zurechnungstheorie, die im Wesentlichen einige Kriterien formuliert hat, die auch heute Zurechnungsfragen theoretisch und praktisch bestimmen.³⁸ Man kann aber auch noch weiter zurück in die Geschichte gehen und etwa die Zurechnungskriterien der ältesten sumerischen oder babylonischen Rechtskodexe untersuchen – mit durchaus interessanten Ergebnissen zu (bei allen offensichtlichen Unterschieden) bleibenden Kontinuitäten der Rechtsreflexion,³⁹ die wichtige Fragen zur tieferen Erklärung des Ursprungs solcher Phänomene aufwerfen.⁴⁰

Es ist zudem epistemologisch zu kurz gegriffen, bestimmte auch nach kritischer Reflektion wohlbegründete Annahmen zum Recht mit bestimmten unplausiblen Formen der Metaphysik zu identifizieren.⁴¹ Der Begriff der Metaphysik ist zunächst einmal in hohem Maße klärungsbedürftig und zudem in keiner Weise grundsätzlich diskreditiert. Metaphysik geht nicht im durch Gründe nicht erschütterbaren reaktionären Vorurteilsset denkfauler Bevölkerungsgruppen auf. Im Gegenteil, selbst in der analytischen Philosophie, in der die schärfste Metaphysikkritik des letzten Jahrhunderts entwickelt wurde, hat es immer auch metaphysische Ansätze gegeben,⁴² die in den letzten Jahrzehnten zudem Auftrieb gewonnen haben.⁴³ Wichtige Teile der modernen Wissenschaftstheorie halten es für unausweichlich zu akzeptieren, dass notwendig theoretische Annahmen bei der Wissen-

38 *Aristoteles*, *Nicomachische Ethik*, 1109 b ff.

39 Vgl. z.B. die zurechnungstheoretischen Implikationen der folgenden Passage aus dem Codex Hammurabi: "§ 244: If a man rents an ox or a donkey and a lion kills it in the open country, it is the owner's loss. § 245 If a man rents an ox and causes its death either by negligence or by physical abuse, he shall replace the ox with an ox of comparable value for the owner of the ox", *Roth*, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta 1997, S. 127.

40 Vgl. zum Beispiel Menschenrechte und ihren ethischen Vorläufern, *Mahlmann*, *Mind and Rights*.

41 Vgl. z.B. *Gärditz*, *Staat*, S. 42: „Dem Strafrecht, in idealistischen, vordemokratischen und antipositivistischen Traditionen tief verwurzelt, ist es hingegen nie wirklich gelungen, sich aus dem Griff der Metaphysik zu befreien. Es gründet auf Richtigkeitsannahmen, die dem positivem Recht vorgelagert sind, und markiert daher eine widerspenstige verfassungstheoretische Kontrastfläche zur modernen Rationalität institutioneller Rechtserzeugung.“

42 Dies ist schon bei einem der Begründer der analytischen Philosophie der Fall: *Russell*, *Our Knowledge of the External World*, London 1959, S. 42 ff. (zitiert als: *Russell*, *External World*), zu nicht-empirischen Voraussetzungen der empirischen Theoriebildung.

43 Z.B. *Strawson*, *Individuals: An Essay in Descriptive Metaphysics*, London 1959; *Kripke*, *Naming and Necessity*, Cambridge MA 1980.

schaftsbildung gemacht werden müssen, die nicht auf empirischen Beobachtungen beruhen, weil sie die Möglichkeit der Theoriebildung aufgrund von empirischen Beobachtungen überhaupt erst ermöglichen. Dazu gehört beispielsweise aufgrund der Unterbestimmtheit von induktiven Schlüssen das Induktionsprinzip selbst.⁴⁴ Man mag diesen Ansätzen nicht zustimmen, mit einer spekulativen Metaphysik haben sie jedenfalls nichts zu tun. Entsprechend kann man den Anspruch von Aussagen einer normativen Theorie, begründet zu sein, nicht schon dadurch epistemologisch diskreditieren, dass er metaphysisch sei. Man muss vielmehr darlegen, warum er sachlich unberechtigt sei und dabei klären, welcher Begriff von Metaphysik der Kritik zugrunde liegt und warum eine Verbindung mit metaphysischen Annahmen, soweit sie bestehen, unzulässig sei. Das gilt für Annahmen der Ethik ebenso wie für solche der Rechtsphilosophie und selbstverständlich auch für die Strafrechtstheorie.

Bestimmte Thesen der normativen Theorie, die strafrechtlich ausbuchstabiert werden, z.B. zu den Voraussetzungen der Zurechnung, müssen zudem keineswegs den Wegen der modernen Metaphysik folgen, um einen epistemologisch respektablen Begründetheitsanspruch zu erheben. In keinem humanen Erkenntnisprojekt gibt es andere Ressourcen der Rechtfertigung von Aussagen als Gründe, die überzeugen. Auch die Relativitätstheorie hat nicht aufgrund von göttlicher Offenbarung und entsprechender Erleuchtung von Physikern und Physikerinnen eine grosse Anhängerschaft gewonnen.

Dass es nun etwa für Grundprinzipien des Strafrechts wie dem Schuldprinzip keine solche Gründe gäbe, die sich gegenüber kritischem Zweifel nicht aufgrund der Trägheit von Denkgewohnheiten, Ideologie, Parteilichkeit oder sonstiger theoretischer Scheuklappen, sondern aufgrund ihrer Überzeugungskraft durchsetzen, kann nicht ernsthaft behauptet werden.⁴⁵

44 Vgl. z.B. *Russell*, External World, S. 42 ff., S. 226; *Goodman*, Fact, Fiction, Forecast, Cambridge MA 1983.

45 Um es an *Gärditz'* Bemerkungen, s.o. Fn. 41, zu illustrieren: Ein Strafrecht, das Sanktionen an einem Subjekt zurechenbare Intentionen und Handlungen knüpft, ist offensichtlich nicht ein Produkt einer idealistischen Metaphysik (was immer damit genau gemeint sein mag), sondern beruht auf plausiblen Annahmen zu den (komplexen) Bedingungen normativer Verantwortlichkeit von Subjekten. Es ist deshalb kein Wunder, dass bestimmte Zurechnungslehren eine „spezielle Stabilität“ aufweisen können – im besten Fall aufgrund der guten Gründe, die für sie sprechen. Im Übrigen beruht auch *Gärditz'* Verteidigung eines voluntaristischen Positivismus auf „Richtigkeitsannahmen, die dem positiven Recht vorgelagert sind“, z.B. dass nur in bestimmten Verfahren gesetztes Recht geltendes Recht sei, da diese Annahme selbst

Demokratische Entscheidungen in den dafür vorgesehenen Verfahren setzen solche Gründe voraus, denn sie streben ja ihrem Sinn nach an, gerechtfertigte Entscheidungen und nicht nur aus dem Nirgendwo stammende Willensäußerungen zu bilden.⁴⁶ Recht allgemein und gewiss nicht zuletzt Strafrecht kann keine Legitimität gewinnen, wenn es nicht kritisch bedachte Gründe für seine Inhalte gibt.⁴⁷ Demokratie besteht nicht nur in Willensathletik. Dass in Parlamenten häufig nicht gute Gründe, sondern Interessen und Machtpolitik den Gang der Dinge bestimmten, beweist nicht, dass es anders nicht besser wäre.

In einer Demokratie entscheidet die Mehrheit in den dafür vorgegebenen Verfahren, welche Regeln für Staat und Gesellschaft massgeblich sind. Offensichtlich bedeutet die Annahme, eine bestimmte normative Position sei begründet, nicht, dass sie schon deshalb geltendes Recht sei und Rechtsphilosophiekönige an Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers

nicht dem positiven Recht entstammt, sondern positives Recht als Recht überhaupt erst identifiziert. Gleiches gilt für die Auszeichnung von Verfahren, nicht materiellen Inhalten als Kern von Verfassungen, *Gärditz*, Sonderstellung, S. 35 f., die eine spezifische (strittige) normative These impliziert und erst recht für inhaltliche Stellungnahmen, etwa zum Schwangerschaftsabbruch, ebd., S. 30 f., die zeigen, wie wenig plausibel die Thesen von der „Vollpositivität“, ebd., der Verfassung schon dann sind, wenn man nur die argumentative Praxis eines „Vollpositivisten“ analysiert.

- 46 *Gärditz*, Staat, S. 85, formuliert unter Bezug auf R. Rorty: „Ein Strafrecht, das mehr sein will als ein auf dem verwesenden Kadaver des Idealismus vegetierender Saprophyt, muss sich auf den demokratischen Primat des Politischen gegenüber der Philosophie einlassen.“ Diese Aussage illustriert die Gefahr, politische Entscheidungen irrational zu mystifizieren. Politik kann von guten Gründen nur profitieren, wo immer man sie finden kann. Das ist gerade unter in Bezug auf Neigungen in der Demokratie zu Symbolpolitik wichtig. Diese Tendenzen tragen dazu bei „den expressiven, symbolischen und performativen Charakter politischer Aktivität gegenüber dem Raum öffentlicher, auf rationale Gründe gestützte Deliberation zu immunisieren. Die Frage der empirisch nachprüfbarer Wirksamkeit wird dann ebenso vernachlässigt wie die Frage nach der Verhältnismäßigkeit und der Rechtfertigung des damit verbundenen Eingriffs in die Freiheitsrechte“, *Günther*, Demokratische Transformation des Strafrechts der Moderne, Rg 2020, 120 ff., 121. Diesen Entwicklungen kann durch inhaltliche Auseinandersetzung im Rahmen der demokratischen Öffentlichkeit, Verfahren und Institutionen begegnet werden, damit „symbolische Kriminalpolitik nicht zu einem Feindstrafrecht der Mehrheit gegen die Minderheit wird“, ebd.

- 47 Auch führende Positivistinnen verteidigen keineswegs die These eines irgendwie bindungslosen Gesetzgebers. Vgl. z.B. klassisch *Hart*, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review* 1958, 593 ff., 606 ff. Hart argumentiert hier für die Trennung von Recht, wie es ist, von Recht, wie es sein soll. Wenn geltendes Recht keine (klare) Lösung bereithalte, sollten Gerichte wie ein Gesetzgeber handeln, am besten orientiert an rationalen Gründen.

treten sollten. Dies für selbstverständlich zu halten, zwingt aber keineswegs, anzunehmen, dass Mehrheitsentscheidungen auch ein Wahrheitskriterium bildeten. Nichts spricht für Rousseaus These, dass der Ausgang einer Abstimmung beweise, dass die Minderheit sich geirrt habe.⁴⁸ Mehrheitsentscheidungen sind unverzichtbare Instrumente der Demokratie, Handlungsfähigkeit sicherzustellen, indem ein Mittel bestimmt wird, Entscheidungsprozesse in sinnvoller Frist demokratisch legitimiert abzuschliessen. Sie schaffen keine letzte Instanz zur Bestimmung des Wahrheitswertes von Aussagen und Theorien. Kritik auch an Mehrheitsentscheidungen bleibt deswegen möglich, was nicht unwichtig ist, weil solche Kritik, deren Ursprung im besten Fall gute Gründe sind, immerhin ein Lebenselixier der Demokratie bildet.⁴⁹

Im Übrigen besitzen demokratische Verfassungsstaaten durch die Errichtung einer Grundrechtsordnung, die durch Verfassungsgerichtsbarkeit und internationalen gerichtlichen Grundrechtsschutz bewährt ist, ein Strukturelement, das Mehrheitsentscheidungen zur Sicherstellung der Grundrechte aller korrigieren kann. Die komplexen Entscheidungen, die dabei von Gerichten getroffen werden müssen, sollten weder sich noch der politischen Gemeinschaft theoriefreie axiologische Unschuld vortäuschen, sondern so transparent wie möglich Entscheidungen treffen, die kritischen Rechtfertigungsmaassstäben standhalten, was ohne normative Theorie nicht gelingen kann.⁵⁰ Auch das Strafrecht muss sich den dabei entwickelten Rechtfertigungsmaassstäben stellen, beispielsweise, aber gewiss nicht nur den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips.⁵¹

48 Rousseau, *Du Contract Social*, Livre IV, Chapitre II, wobei allerdings Rousseaus Qualifikationen nicht vergessen werden sollten, etwa in Bezug auf den législateur, ebd., Livre II, Chapitre VII und die Verbindung der Mehrheit mit der *volonté générale*, ebd., Livre IV, Chapitre II.

49 Die kritische Funktion der Strafrechtswissenschaft betonen zu Recht Roxin/Greco, *StrafR AT I*, § 2 Rn. 94g. Dort auch eine Kritik der Vorstellung, Demokratie sei mit Relativismus verbunden, ebd. Rn. 94 f.

50 Vgl. zum Problem der Grundrechtstheorie und ihrer normativen Parameter Mahlmann, *Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie*, Baden-Baden 2008.

51 Dazu z.B. Brunhöber, *Grundrechtliche Sonderstellung des Strafrechts?*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, Tübingen 2022, S. 53 ff.; Nettesheim, *Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, Tübingen 2022, S. 93 ff., S. 130 ff. Die normativen Anforderungen an ein legitimes Strafrecht gehen nicht in den Implikationen eines ursprünglichen, vorkonstitutionellen Gesellschaftsvertrags auf, Schünemann, *ZIS* 2016, 654, 657, sondern müssen unabhängig von solchen Legitimationsfiguren begründet werden, weil diese selbst auf ihnen zugrunde liegende normative Prinzipien verwei-

2. Strafrecht und Repression

Wie wir eingangs bemerkt haben, bildet Strafrecht ein klassisches Mittel der politischen Unterdrückung. Es gibt Theorien und Analysen, die Strafrecht sogar notwendig mit illegitimer Repression verbinden. Derartige Theorien müssen nicht, können aber mit einer grundsätzlichen Kritik der Rechtsform verbunden werden: „Das Auge des Gesetzes sitzt im Gesicht der herrschenden Klasse“, wie Ernst Bloch aus marxistischer Sicht formulierte.⁵² Ähnliche Thesen klingen in bestimmten postmodernen Rechtsanalysen an, die Recht grundsätzlich als Gewaltform auffassen.⁵³ Solche Annahmen sind allerdings wenig plausibel, wie aus marxistischer Sicht z.B. auch Ernst Bloch betont hat. Seine Verteidigung der Menschenrechte aus marxistischer Sicht stellt die genannte These selbst in dem Zusammenhang, in dem sie aufgestellt wurde, fundamental in Frage, nachdem er die Lehren des stalinistischen und poststalinistischen Rechtsnihilismus verdaut hatte.⁵⁴

Interessanter ist deshalb eine andere offensichtliche Schlussfolgerung aus der normativen Theorie von Demokratie und Verfassung und den Ideen der Freiheit, Gerechtigkeit und Würde, auf die sie hinführt: Diese Schlussfolgerung besteht in der Notwendigkeit von Kritik von Strafrechtsnormen und strafprozessrechtlichen Praktiken, die an diesen Massstäben gemessen illegitime politische Repression ermöglichen. Diese Kritik kann sich auf Strafrechtsnormen und politische Justiz in autoritären oder gar diktatorischen Systemen richten. Dies sind die in gewissem Sinne normativ einfachen Fälle. Dass die Bezeichnung des Krieges in der Ukraine als Krieg in Russland als Schwerkriminalität behandelt wird, wirft etwa keine schwierigen Bewertungsfragen auf.

Aber auch in Demokratien können Strafrechtsnormen die illegitime Begrenzung politischer Freiheit bedeuten oder sonst Grundwerten demokratischer Verfassungsstaaten widersprechen.

sen. Vgl. zu den normativen Grundlagen der Gesellschaftsvertragstheorie *Mahlmann*, Rechtsphilosophie, § 5. Die häufig betonte menschenrechtliche Bindung von Strafrecht unterstreicht nur die Bedeutung der normativen Theorie, die die legitime Entfaltung von Grund- und Menschenrechtsgehalten absichert, die Strafrecht prägen sollen. Vgl. z.B. zu menschenrechtlichen Durchbildung der Strafzumessung, *Summers*, *Sentencing and Human Rights*, Oxford 2022.

52 *Bloch*, Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt/M 1961, S. 206 (zitiert als *Bloch*, Naturrecht).

53 Vgl. *Derrida*, *Force of Law*.

54 *Bloch*, Naturrecht.

Klassische Felder gehören zu den Gegenständen von Dauerdiskussionen im Strafrecht. Dazu zählt etwa die Kriminalisierung von Vorfeldgefahren bei der Bekämpfung von organisierter Kriminalität und Terrorismus. In der Schweiz hat es in diesem Problembereich vor nicht langer Zeit im Zuge der Reform der Terrorismusgesetzgebung eine Volksabstimmung gegeben.⁵⁵ Auch Überwachungsbefugnisse von Strafverfolgungsbehörden werden in diesem Zusammenhang diskutiert. Andere Beispiele liefert das Versammlungsstrafrecht oder der strafrechtliche Umgang mit zivilem Ungehorsam. In Deutschland ist etwa die Bedeutung des Gewaltbegriffs der Nötigung ein Klassiker der Auseinandersetzung.⁵⁶ In der Schweiz erregte das Tennisspiel in einer Credit Suisse Filiale nationale Aufmerksamkeit. Konnten sich die tennisspielenden Klimaaktivisten auf eine Rechtfertigung durch Notstand berufen? Eine erste Instanz bejahte dies sogar, nicht aber höhere Instanzen.⁵⁷ Wie ist es mit Wissenschaftlern, die sich mit Superkleber an Regierungsgebäuden befestigen? Von Klimawissenschaftlerinnen wurde durchaus prominent zu solchem zivilen Ungehorsam aufgerufen.⁵⁸ Dieser Fragenkomplex ist ein weiterer Grund, warum uns der Klimawandel vermutlich in Zukunft auch rechtlich zunehmend ins Schwitzen bringen wird.

55 Vgl. Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT), BBl 2020 7741, das z.B. in das Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) (Stand am 1. Juni 2022), Art. 23e Abs. 2 eingefügt hat: „Als terroristische Aktivität gelten Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung, die durch die Begehung oder Androhung von schweren Straftaten oder mit der Verbreitung von Furcht und Schrecken verwirklicht oder begünstigt werden sollen.“ Darauf gestützte präventiv-polizeiliche Massnahmen sind strafbewehrt, Art. 29a BWIS. Der Regelungskomplex ist auch ein Beispiel für die Verzahnung von präventiver Polizeiarbeit und strafrechtlichen Repressionszielen.

56 Vgl. im Überblick zur schwankenden Rechtsprechung *Schönke/Schröder*, Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a Rn. 10b, c, § 240 Rn. 14 f., Rn. 15 ff.

57 Vgl. BGer 26.5.2021 – 6B_1295/2020.

58 *Capstick et al.*, Civil disobedience by scientists helps press for urgent climate action, *Nat. Clim. Chang.* 12 (2022), 773 f., <https://doi.org/10.1038/s41558-022-01461-y> (abgerufen am 26.1.2023).

3. Strafrecht als Schutzinstrument der Demokratie

Unter dem Begriff der „wehrhaften Demokratie“ werden verschiedene Mechanismen des Schutzes einer Verfassung durch Recht diskutiert.⁵⁹ Zu diesem Instrumentarium gehören auch strafrechtliche Mittel, die dem Schutz von politischen Rechten und anderen Elementen einer demokratischen Kultur zu dienen bestimmt sind.⁶⁰

Viele Rechtsordnungen enthalten spezialisierte Normen des Staats- und Verfassungsschutzes, die klassische Objekte der Kritik bilden, weil sie im Verdacht stehen, illegitime Machtstrukturen zu befestigen. Ob solche Regelungen grundsätzlich rechtlich und politisch sinnvoll sind, kann man gerade in den USA in der Auseinandersetzung um Trumps mögliche Rechtsbrüche überprüfen. Dabei geht es um einen Problemkomplex, den man als Verfassungskriminalität bezeichnen kann.⁶¹ Eine ganze Reihe von Normen werden dabei in der Diskussion über die Bewertung seines Handelns und Unterlassens während des Sturms auf das Kapitol in Betracht gezogen.⁶² Dafür, dass Verfassungskriminalität einer Qualität wie von Trumps Handeln verkörpert auch mit strafrechtlichen Mitteln beantwortet werden sollte, spricht vieles. Das Problem liegt deswegen wie so häufig im Detail der Würdigung der entsprechenden Normen und der durch sie geschützten Rechtsgüter. Der Schutz von staatlichen Symbolen wie Flaggen oder sonstigen Hoheitszeichen durch Strafrecht erscheint dabei etwa weniger naheliegend, als die strafrechtliche Sanktionierung von Kernelemente demokratischer Strukturen verletzender Verfassungskriminalität – bis hin zum Versuch einer Vielzahl von Akteuren, ein Wahlergebnis zu fälschen

59 *Loewenstein*, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, *The American Political Science Review* 1937, 417 ff., 638 ff.

60 *Mahlmann*, *Schutz*, S. 211 ff.

61 Vgl. dazu *Mahlmann*, *Das Pence-Trump-Problem – Mechanismen der Normbindung am Beispiel der Verfassungskriminalität* (im Erscheinen).

62 Vgl. die strafrechtliche Würdigung im Final Report of the Select Committee to Investigate the January 6th Attack on the United States Capitol, 22 December 2022, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-J6-REPORT/pdf/GPO-J6-REPORT.pdf> (abgerufen am 26.1.2023), S. 98 ff. zu „Obstruction of an Official Proceeding (18 U.S.C. § 1512(c))“; „Conspiracy to Defraud the United States (18 U.S.C. § 371)“; „Conspiracy to Make a False Statement (18 U.S.C. §§ 371, 1001)“; „Incite, “Assist” or “Aid and Comfort” an Insurrection (18 U.S.C. § 2383)“; Überprüfung von „Other Conspiracy Statutes (18 U.S.C. §§ 372 and 2384)“ und „concerns regarding possible obstruction of its investigation“, neben anderen Normverletzungen, etwa der internen Regeln des Repräsentantenhauses.

oder eines abgewählten Präsidenten, sich illegal als Staatsoberhaupt eines Verfassungsstaates zu inthronisieren.

Auch andere Strafrechtsnormen haben eine demokratieerhaltende Funktion. Man sollte vielleicht an eine Einsicht erinnern, die eine Binsenwahrheit bildet, aber nicht banal ist: Schon der Schutz von grundlegenden Rechtsgütern ist für demokratische Kulturen wichtig. Das gilt selbst für die Ur-Rechtsgüter Leben und körperliche Integrität: Eine, und zwar keine irgendwie selbstverständlich gesicherte Voraussetzung der Demokratie ist ja, dass diejenigen, die sich für Demokratie einsetzen, am Leben bleiben und zwar nicht nur überhaupt, sondern uneingeschüchtert und unverletzt am Leben bleiben. Das zeigen schon die Todesstatistiken von politisch und journalistisch arbeitenden Menschen in vielen Ländern. Auch die Verhältnisse in den USA sind hier aufschlussreich. Hat die Waffengewalt in den USA, ja schon die Tatsache der umfassenden Bewaffnung grosser Teile der Bevölkerung der USA nicht auch Folgen für die Demokratie? Was ist die Folge der Bemerkung des Senators Lindsey Graham, dass, wenn Trump verurteilt werde, „riots“, gewalttätige Unruhen zu befürchten seien? Einer Bemerkung, die er als Prognose, nicht als Drohung verstanden wissen wollte?⁶³

In anderen Regelungsbereichen haben weitere strafrechtliche Normen demokratiefunktionale Wirkungsdimensionen: Straftatbestände, die dem Schutz der Persönlichkeit dienen, können etwa helfen, eine bestimmte Form des zivilen Umgangs zu erhalten – ein Effekt mit durchaus politischen Konsequenzen. Der Schutz vor der Verbreitung von Unwahrheiten über Personen kann demokratierelevant sein – im digitalen Zeitalter und seinen Beschleunigungs- und Verbreitungseffekten durch seine Medien eine vielleicht sogar besonders bedeutsame Schutzaufgabe des Strafrechts. Auch klassische Probleme wie die Kriminalisierung der Leugnung bestimmter historischer Tatsachen wie des Holocaust gewinnen in der Welt digitaler Medien eine neue Dimension. Gleiches gilt für *Hate Speech*, der in der digitalen Informationsumgebung ein neues Schädigungspotential besitzt.⁶⁴ Die Regulierung des Internets, womöglich auch mit den Mitteln des Strafrechts, ist deshalb zu einem Dauerbrenner der rechtspolitischen Diskussion geworden.

63 Weisman, Graham Predicts ‘Riots in the Streets’ if Trump Is Prosecuted, New York Times, 29.8.2022.

64 Vgl. aus der schweizerischen Rechtsprechung z.B. den Tweet „vielleicht brauchen wir wieder eine Kristallnacht (...) diesmal für Moscheen“, was zu einer Geldstrafe führte, BGer 4.11.2015 – 6B_627/2015.

Dieser Fragenkreis berührt das auch strafrechtlich verfolgte Ziel, die soziale Anerkennung der Gleichwertigkeit von Menschen, die Gleichbehandlungsansprüche von Menschen begründet, zu sichern. Die EU und in ihrer Folge die Mitgliedstaaten haben dazu ein differenziertes Regelungswerk erlassen, dass strafrechtliche Instrumente umfassen kann, aber nicht muss.⁶⁵ In der Schweiz gibt es wie auch in anderen Ländern ein strafrechtliches Diskriminierungsverbot.⁶⁶ Demokratie ist schwer vorstellbar ohne rechtlich gesicherte Inklusion von allen Menschen, unabhängig von bestimmten Merkmalen und Identitäten, die sie besitzen und wählen. Deswegen sind solche Normen auch demokratierelevant.

Die strafrechtliche Erfassung von Korruption betrifft eine weitere Bedrohung demokratischer Entscheidungsfindung, nicht nur, wenn es um das Handeln von Wählenden oder Mandatsträgern und -trägerinnen geht,⁶⁷ sondern auch in den vielen möglichen Grauzonen der Einflussnahme auf politische Entscheidungen nicht durch Argumente, sondern Geld.⁶⁸

Die Liste lässt sich verlängern, wobei im Detail offensichtlich schwierige Fragen des Ob und Wie der Regulierung aufgeworfen werden. Dass Strafrecht aber eine vielfältige demokratieschützende Funktion erfüllen kann und muss, haben diese Beispiele deutlich gemacht. Diese Beispiele illustrieren gleichzeitig, dass normativen Prinzipien der Freiheit, Gleichheit und Würde von Menschen immer wieder als kritische Massstäbe herangezogen

65 Vgl. z.B. RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, OJ L 180, 19.7.2000, S. 22 ff.; RL 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, OJ L 303, 2.12.2000, S. 16 ff.

66 Art. 261^{bis} Abs. 5 CH-StGB.

67 Vgl. dazu z.B. § 108b D-StGB, (Wählerbestechung); § 108e D-StGB (Bestechung und Bestechlichkeit von Mandatsträgern).

68 Der BGH, Beschluss, StB 7–9/22 vom 5. Juli 2022, Rn. 70, hat in der sog. Maskenaffäre zu § 108e StGB-D festgehalten, dass eine etwaige Strafbarkeitslücke in Bezug auf das ausserparlamentarische Wirken von Mandatsträgern vom Gesetzgeber zu schliessen sei, nicht von Gerichten, „selbst wenn die hier zu beurteilenden Handlungen ähnlich strafwürdig erscheinen mögen wie das pönalisierte Verhalten“. Vgl. a. Art. 322^{ter} ff. CH-StGB. Vgl. als Beispiel internationaler Regulierungsabkommen Criminal Law Convention on Corruption, Strasbourg, 27.1.1999, CETS No. 173. In der Präambel wird betont “that corruption threatens the rule of law, democracy and human rights, undermines good governance, fairness and social justice, distorts competition, hinders economic development and endangers the stability of democratic institutions and the moral foundations of society”. Zu den Vertragsstaaten gehören sowohl Deutschland als auch die Schweiz.